

Sygn. akt: KIO 212/21

WYROK
z dnia 19 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
Robert Skrzyszewski
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2021 r. przez wykonawcę FBService S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9 (01-204 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach z siedzibą w Katowicach przy ul. Myśliwskiej 4 (40-017 Katowice)

przy udziale

A. wykonawcy Primost Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie przy ul. Odkrywkowej 91 (42-504 Będzin);

B. wykonawcy Przedsiębiorstwa Wielobranżowego BANIMEX Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie przy ul. Energetycznej 10 (42-504 Będzin);

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę FBService S.A. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy FBService S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

.....
.....

Sygn. akt: KIO 212/21

Uzasadnienie

Generalna Dyрекcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego na *remont estakady w ciągu drogi krajowej nr 81 w km 62+780 – jezdnia prawa i lewa – w miejscowości Skoczów* (znak sprawy: O.K.A.D-3.2412.44.2020), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 sierpnia 2020 r., pod numerem 575136-N-2020.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 18 stycznia 2021 r. wykonawca FBService S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec:

- czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Primost Południe sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie (zwanego dalej: „Primost”);
- zaniechania wykluczenia wykonawcy Primost z postępowania;
- zaniechania odrzucenia oferty Primost;
- zaniechania wezwania Primost do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 24 ust. 4 i 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Primost z postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku rażącego niedbalstwa lub zamierzonego działania wprowadził w błąd zamawiającego przy przedstawieniu informacji, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania doświadczenia w zakresie określonym w pkt 7.2 lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”), gdy w rzeczywistości Primost tego warunku nie spełniał, gdyż w celu jego wykazania powołał się na wykonanie przez podmiot udostępniający mu potencjał inwestycji polegającej na „Budowie dwóch mostów w/c drogi krajowej nr 75 w miejscowości Witowice Górne na rzece Białka i w miejscowości Tęgoborze na potoku Świdnik” M1: „Budowa mostu w km 46+153 w m. Witowice Górne na rzece Białka w/c drogi krajowej nr 75” -M2 „Budowa mostu na potoku w km 53+309 w m. Tęgoborze na rzece Świdnik w/c drogi krajowej nr 75” wskazując jednocześnie, że zamówienie to obejmowało budowę obiektów mostowych o wartości tych robót 9 806 005,88 zł brutto w sytuacji, gdy inwestycja ta obejmowała również prace niepolegające na budowie ani na przebudowie ani na remoncie obiektu czy obiektów mostowych, a wartość prac związanych z budową obiektu mostowego była znacznie niższa, niż wymagana przez zamawiającego wartość 6 800 000 PLN brutto, przy czym

wykonawca Primost będąc profesjonalistą ubiegającym się o zamówienia publiczne powinien był zweryfikować prawdziwość informacji o posiadanym przez podmiot udostępniający zasoby doświadczeniu, stąd też podanie przez niego informacji niezgodnych z rzeczywistością musi być ocenione jako przejaw co najmniej rażącego niedbalstwa, zaś okoliczność dotycząca ewentualnego niezrozumienia przez Primost postanowień SIWZ w zakresie treści warunku udziału w postępowaniu oraz zaniechania wyjaśnienia wątpliwości w tym zakresie w drodze pytań dotyczących treści SIWZ świadczyć może co najwyżej o niedochowaniu przez Primost należytej staranności wymaganej od profesjonalisty, co również jest przejawem niedbalstwa (w okolicznościach sprawy zdaniem odwołującego niedbalstwa rażącego);

2) art. 24 ust. 4 i 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Primost z postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie tego, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania doświadczenia w zakresie określonym w pkt 7.2 lit. a) SIWZ, gdy w rzeczywistości Primost tego warunku nie spełnia, gdyż w celu jego wykazania powołał się na wykonanie przez podmiot udostępniający mu potencjał inwestycji polegającej na „Budowie dwóch mostów w/c drogi krajowej nr 75 w miejscowości Witowice Górne na rzece Białka i w miejscowości Tęgoborze na potoku

Świdnik” M1: „Budowa mostu w km 46+153 w m. Witowice Górne na rzece Białka w/c drogi krajowej nr 75” -M2 „Budowa mostu na potoku w km 53+309 w m. Tęgoborze na rzece Świdnik w/c drogi krajowej nr 75” wskazując jednocześnie, że zamówienie to obejmowało budowę obiektu mostowego o wartości tych robót 9 806 005,88 zł brutto w sytuacji, gdy inwestycja ta obejmowała również prace niepolegające na budowie ani na przebudowie ani na remoncie obiektu czy obiektów mostowych, a wartość prac związanych z budową obiektu mostowego była znacznie niższa, niż wymagana przez zamawiającego wartość 6 800 000 PLN brutto, przy czym Primost będąc profesjonalistą ubiegającym się o zamówienia publiczne powinien dochować należytej staranności i zweryfikować prawdziwość informacji o posiadanym przez podmiot udostępniający zasoby doświadczeniu, stąd też podanie przez niego informacji niezgodnych z rzeczywistością musi być ocenione jako przejaw co najmniej niedbalstwa (i to zdaniem odwołującego niedbalstwa rażącego), zaś okoliczność dotycząca ewentualnego niezrozumienia przez Primost postanowień SIWZ w zakresie treści warunku udziału w postępowaniu oraz brak wyjaśnienia wątpliwości w tym zakresie w drodze pytań dotyczących treści SIWZ świadczyć może co najwyżej o niedochowaniu przez Primost należytej staranności wymaganej od profesjonalisty, co również jest przejawem niedbalstwa (w okolicznościach sprawy zdaniem odwołującego niedbalstwa rażącego);

3) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Primost z postępowania pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania doświadczenia, gdyż na potwierdzenie jego spełnienia powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego, dotyczące „Budowy dwóch mostów w/c drogi krajowej nr 75 w miejscowości Witowice Górne na rzece Białka i w miejscowości Tęgoborze na potoku Świdnik” M1: „Budowa mostu w km 45+153 w m. Witowice Górne na rzece Białka w/c drogi krajowej nr 75” -M2 „Budowa mostu na potoku w km 53+309 w m. Tęgoborze na rzece Świdnik w/c drogi krajowej nr 75”, w sytuacji gdy inwestycja ta nie spełnia wymogów określonych przez zamawiającego, bowiem wykonane w jej ramach prace polegające na budowie obiektów mostowych miały wartość niższą, aniżeli wymagana przez zamawiającego wartość 6 800 000,00 zł brutto, a następnie, w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień skierowanego przez zamawiającego wskutek odwołania wniesionego przez odwołującego w dniu 30 listopada 2020 r. oświadczył, że samodzielnie dokonuje zmiany podmiotu, na którego zasobach polega, co w świetle art. 22a ust. 6 oraz art. 7 ust. 1 Pzp było niedopuszczalne zarówno z uwagi na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, jak i z uwagi na brak wystąpienia przez zamawiającego z żądaniem takiej zmiany;

4) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Primost z postępowania pomimo że wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w drodze polegania na zasobach innego podmiotu, z uwagi na fakt, że zarówno podmiot udostępniający swoje doświadczenie na rzecz Primost zgodnie z pierwotną treścią jego oferty, tj. pan W. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Budownictwo Komunikacyjne inż. W. K. (zwany dalej: „W. K.”), jak i podmiot udostępniający swoje doświadczenie zgodnie ze zmienioną ofertą Primost, tj. Banimex Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie (zwany dalej: „Banimex”), zobowiązał się do wykonania jedynie części robót branży mostowej, a nadto taki zakres pod wykonawstwa również z treści oferty Primost (pkt 5 formularza ofertowego), co jest niewystarczające do umożliwienia Primost korzystania z udostępnianych zasobów, gdyż przepis art. 22a ust. 4 Pzp wymaga, aby podmiot udostępniający doświadczenie zrealizował (w całości, nie jedynie w części) te roboty, do realizacji których te zasoby są wymagane, przy czym złożone przez Primost wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny (ujawnione odwołującemu dopiero po unieważnieniu przez zamawiającego pierwotnej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej) wskazują, że Primost w istocie zamierzał wykonać przedmiot zamówienia opierając się niemal wyłącznie o własny potencjał, nie zaś potencjał pana W. K. czy Banimex, wykonując roboty budowlane samodzielnie lub przy pomocy podwykonawców innych niż pan W. K. czy Banimex;

5) art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Primost, pomimo iż wykonawca ten, wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, nie wykazał w sposób dostateczny, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru ceny rażąco niskiej, gdyż:

a) przedstawił jedynie porównanie cen jednostkowych zaoferowanych przez poszczególnych oferentów, wskazał wyłącznie jeden element kosztotwórczy (koszt jednej roboczogodziny) potwierdził (bez załączenia dowodów), że w cenie ofertowej uwzględnił wszystkie koszty i wymagania zamawiającego oraz załączył oferty podwykonawcze pochodzące jednak od innych podmiotów, aniżeli podwykonawcy, na których zasobach polega i którzy powinni wykonać zasadniczą część przedmiotu zamówienia,

b) nie wykazał rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia, w szczególności nie przedstawił jakichkolwiek kalkulacji dotyczących wyliczenia ceny,

c) w swoich wyjaśnieniach Primost powoływał się niemal wyłącznie na okoliczności dotyczące osobistej realizacji przedmiotu zamówienia (posiadane zasoby sprzętowe i osobowe oraz własne doświadczenie) i oferty złożone przez podwykonawców innych niż pan W. K. i Banimex, podczas gdy zgodnie z przedstawionymi przez Primost zobowiązaniami i oświadczeniami początkowo pan W. K., a po zmianie oferty Banimex miałby wykonać zasadniczą część przedmiotu zamówienia, a tym samym cena powinna zostać wyjaśniona kontekście kosztów realizacji zamówienia przez ww. podmiot;

6) art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Primost i Banimex z postępowania, pomimo że wykonawcy ci zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, uznane przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów za praktykę ograniczającą konkurencję w decyzji z dnia 30 grudnia 2014 r. znak: DOK1-410-2/13/MF, a sprowadzające się do doprowadzenia sytuacji analogicznej do takiej, która miałaby miejsce w przypadku złożenia przez Banimex dwóch ofert w postępowaniu;

z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu podniesionego w pkt 1 - 6 powyżej

7) art. 90 ust. 1 w zw. z art. 22a ust. 6 Pzp przez zaniechanie wezwania Primost do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, pomimo iż w wyniku dokonanej przez Primost samodzielnie zmiany podwykonawcy, na którego zasobach Primost polega, a który powinien wykonać zasadniczą część przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy, zmianie musiały ulec również założenia kosztowe dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia - bowiem przypadku realizacji zamówienia przez podwykonawcę Banimex to koszty ponoszone przez Banimex - nie zaś koszty Primost czy pana W. K. - miały decydujące znaczenie dla oceny charakteru ceny ofertowej (czy nie jest ona ceną rażąco niską), a pierwotnie złożone przez Primost wyjaśnienia w ogóle do kosztów ponoszonych przez Banimex nie odnosiły się, przy czym zamawiający powinien powziąć uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przez podwykonawcę Banimex przedmiotu zamówienia w ramach ceny zaoferowanej przez Primost, w szczególności z uwagi na fakt, że Banimex jest jednocześnie wykonawcą, który w postępowaniu złożył własną ofertę, proponując wykonanie przedmiotu za cenę o około 30% wyższą niż cena zaoferowana przez Primost.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
 - nakazanie zamawiającemu wykluczenie Primost z postępowania;
 - nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty Primost;
 - na wypadek nieuwzględnienia zarzutu określonego powyżej o nakazanie zamawiającemu wezwania Primost do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny
- Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem jest zainteresowany udziałem w postępowaniu i złożył w postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która została sklasyfikowana na drugim miejscu. Uwzględnienie odwołania doprowadzić może do wyeliminowania Primost z postępowania i tym samym do uzyskania przez odwołującego zamówienia udzielanego w postępowaniu.

W uzasadnieniu dla zarzutów dotyczących podania przez Primost informacji wprowadzających w błąd w zakresie warunku udziału w postępowaniu odnośnie posiadania doświadczenia odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniem pkt 7.2. ppkt 3 lit. a) SIWZ zamawiający wymagał, aby każdy z wykonawców wykazał się wykonaniem w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jednego zamówienia (umowy) obejmującej swym zakresem **budowę lub przebudowę lub remont obiektu / obiektów mostowego / -ych o łącznej wartości tych robót** co najmniej 6 800 000,00 PLN brutto. Tak sformułowany warunek udziału w postępowaniu może być rozumiany tylko w jeden sposób, tj. jako obowiązek wykazania się przez wykonawców wykonaniem zamówienia, które obejmowało swym zakresem budowę lub przebudowę lub remont obiektu lub obiektów mostowych, przy czym owa budowa, przebudowa lub remont obiektu mostowego miałyby mieć wartość na poziomie co najmniej 6 800 000 zł brutto. Wynika to w sposób jednoznaczny z literalnej treści wspomnianego warunku. Mianowicie, formułując ten warunek zamawiający wskazał na konieczność wykazania się wykonaniem:

- po pierwsze zamówienia - które w świetle art. 2 pkt 13 Pzp należy rozumieć jako dostawy, usług lub roboty budowlane,
- po wtóre obejmującego **budowę lub przebudowę lub remont obiektu / obiektów mostowego**, a więc **konkretne roboty budowlane**, bowiem zgodnie z definicją robót budowlanych zapisaną w art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r. poz. 1333, ze zm.; zwanej dalej: „**Prawo Budowlane**” - do której to ustawy wprost odsyła postanowienie pkt 5.1. SIWZ in fine przez roboty budowlane należy rozumieć **budowę**, a także prace polegające na **przebudowie**, montażu, **remontach** lub rozbiórce **obiektu** budowlanego; przy czym zbieżność użytej w tym zakresie nomenklatury (terminologii) dla każdego profesjonalnego wykonawcy jest oczywista i żadnych wątpliwości budzić nie może;
- po trzecie, gdzie wartość **tych robót** (nie zaś tego zamówienia) wynosiła co najmniej 6 800 000 zł brutto - a więc nie może budzić najmniejszych wątpliwości, że istotna w kontekście spełnienia warunku udziału była nie wartość całego zamówienia (a więc wszystkich dostaw, usług lub robót budowlanych, które byłyby realizowane w ramach danego zamówienia), lecz wartość robót budowlanych i to robót konkretnych („tych robót”), tj. robót polegających na budowie, przebudowie lub remoncie obiektów budowlanych.

Zdaniem odwołującego odmienne rozumienie przedmiotowego warunku (tj. przy założeniu, że wartość 6 800 000 zł miałyby się odnosić do całego zamówienia, a nie wskazanych robót budowlanych), byłoby nie tylko sprzeczne z literalną treścią pkt 7.2. ppkt 3 lit. a) SIWZ, ale dodatkowo byłoby również absurdalne. Oznaczałoby to bowiem, że dla ubiegania się o zamówienie udzielane w postępowaniu (dotyczące w całości remontu obiektu mostowego) wystarczające byłoby się wykazanie nawet takim zamówieniem, w ramach którego wykonano drobne prace związane z remontem obiektu mostowego (np. remont kładki o wartości kilkuset czy nawet kilkudziesięciu tysięcy złotych) połączone ze znacznie bardziej wartościowymi pracami w zakresie remontu dróg, chodników czy nawet zupełnie innych jakościowo prac, np. aranżacji przestrzeni publicznej czy koszeniem trawy. Wystarczające w tym zakresie byłoby zrealizowanie np. zamówienia na renowację parku miejskiego połączoną z remontem małej kładki dla pieszych na strumyku. Tymczasem oczywistym jest, że dla prawidłowej realizacji zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania zasadnicze znaczenie ma wiedza i doświadczenie w wykonaniu robót mostowych, związanych z budową, przebudową lub remontem obiektu mostowego - skoro cały przedmiot zamówienia dotyczy remontu obiektu mostowego. O zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia decyduje zatem posiadanie doświadczenia w wykonaniu nie jakichkolwiek prac (usług lub robót budowlanych niezwiązanych bezpośrednio z przedmiotem zamówienia), lecz tylko robót o podobnym charakterze - a więc co do zasady robót w branży mostowej, dotyczących remontu, przebudowy lub budowy obiektu mostowego. Tym samym w sytuacji, gdy zarówno literalna wykładnia postanowień SIWZ odnoszących się do warunku udziału w postępowaniu, jak i wykładnia funkcjonalna, prowadzą do tego samego rezultatu, przedmiotowy warunek nie może być interpretowany w żaden inny sposób, aniżeli tak, że każdy z wykonawców obowiązany był wykazać się wykonaniem robót budowlanych w zakresie budowy, przebudowy lub remontu obiektu mostowego, których wartość (wartość tych konkretnych robót) była nie niższa od 6 800 000 zł brutto. Tymczasem Primost, w celu potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu powołał się na posiadane przez pana W. K. doświadczenie w zakresie „realizacji w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w wykonaniu (zakończeniu) co najmniej jednego zamówienia (umowy) obejmującej swym zakresem budowę lub przebudowę lub remont obiektu / obiektów mostowego / mostowych o łącznej wartości tych robót 6 800 000,00 PLN brutto”. W przedstawionym później na wezwanie zamawiającego wykazie robót budowlanych Primost wskazał, że ww. doświadczenie wynikało z wykonania przez pana W. K. zamówienia pn. „budowa dwóch mostów w/c drogi krajowej nr 75 w miejscowości Witowice Górne na

rzece Białka i w miejscowości Tęgoborze na potoku Świdnik" MI: „Budowa mostu w km 46+153 w m. Witowice Górne na rzece Białka w/c drogi krajowej nr 75" -M2 „Budowa mostu na potoku w km 53+309 w m. Tęgoborze na rzece Świdnik w/c drogi krajowej nr 75". W przedmiotowym wykazie Primost wskazał ponadto, że wartość tych robót (obejmujących budowę obiektów mostowych) wynosiła 9 806 005,88 zł brutto. W opinii odwołującego ta informacja nie jest prawdziwa, bowiem jak wynika z informacji ustalonej przez niego, ww. inwestycja obejmowała - obok budowy dwóch obiektów mostowych - również inne prace, w szczególności roboty drogowe, roboty elektryczne, roboty teletechniczne i inne czynności wymienione w Wymaganiach ogólnych. Nazwa zadania okazała się myląca dla zamawiającego, gdyż zadanie to równie dobrze mogłoby nazywać się „Remont drogi krajowej DK 75 wraz z budową dwóch mostów” i wówczas oczywista byłaby konieczność weryfikacji zakresu branży mostowej. Same zaś roboty związane z budową obiektów mostowych miały w ramach inwestycji wskazanej przez Primost znacznie niższą wartość, aniżeli wskazana w wykazie kwota 9 806 005,88 zł brutto, a jednocześnie wartość tych robót była niższa od wymaganej przez zamawiającego wartości 6 800 000,00 PLN brutto. Okoliczność tę potwierdził sam zamawiający - w drodze informacji uzyskanej bezpośrednio od inwestora przedmiotowej inwestycji (na co wskazuje wprost w swoim piśmie do Primost z dnia 18 grudnia 2020 r. W tym zakresie wskazać należy, że Primost - wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień - wyjaśnił, że przyjął takie rozumienie warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym wymaganą przez zamawiającego wartość 6 800 000 zł brutto należało odnosić do wszystkich robót zrealizowanych w ramach wykazywanego zamówienia. Stwierdził przy tym, że SIWZ nie wskazywała wyraźnie na obowiązek odnoszenia wartości 6 800 000 zł brutto do wartości robót mostowych, a nadto brak było w niej postanowień, jak należy liczyć wartość tego rodzaju robót - a ustalenie takiej wartości - zdaniem Primost - byłoby szczególnie trudne w przypadku inwestycji rozliczanych ryczałtowo. Primost powołał się również na orzecznictwo Izby dotyczące tłumaczenia niejasności na korzyść wykonawców.

W ocenie odwołującego powyższe tłumaczenia w okolicznościach sprawy trudno jest uznać za wiarygodne. Stanowią one jedynie przejaw przyjętej przez Primost taktyki obranej celem uniknięcia wykluczenia z postępowania. Jak bowiem wskazano powyżej, ustalenie rzeczywistej treści warunku udziału w postępowaniu dla profesjonalisty, trudniącego się zawodowo wykonawstwem robót budowlanych w zakresie obiektów mostowych, nie powinno powodować żadnych trudności. Literalna treść zapisu jest w tym zakresie jasna - zamawiający wyraźnie odniósł wymaganie dotyczące wartości robót (6 800 000 zł brutto) do konkretnych robót budowlanych („tych robót”), tj. robót dotyczących budowy, przebudowy lub remontu obiektu mostowego. Każdy wykonawca powinien mieć przy tym świadomość, że dla prawidłowej realizacji zadania polegającego na remoncie obiektu mostowego znaczenie ma doświadczenie w realizacji prac dotyczących właśnie obiektów mostowych, nie zaś jakichkolwiek innych prac, nawet wykonywanych przy okazji robót „mostowych”). Wskazane zaś w wyjaśnieniach Primost z dnia 23 grudnia 2020 r. dywagacje na temat trudności w ustaleniu rzeczywistej wartości robót mostowych szczególnie w przypadku robót rozliczanych w ramach wynagrodzenia ryczałtowego pozostają bez znaczenia - skoro inwestycja wykazana przezeń na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu była rozliczana kosztorysowo, a tym samym ustalenie wartości robót dotyczących budowy obiektów mostowych w tym konkretnym przypadku żadnej trudności nie sprawiało. Co więcej, nawet jeśli Primost analizując postanowienia SIWZ miał jakiegokolwiek wątpliwości co do rzeczywistej treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, to **nie powinien z góry zakładać tłumaczenia tych wątpliwości na swoją korzyść, lecz winien je wyjaśnić** w drodze skierowania stosownego zapytania o wyjaśnienie treści SIWZ. W tym miejscu odwołujący powołał się na dwa orzeczenia Sadu Najwyższego z 4 lipca 2019 r. sygn. akt IV CSK 363/18 oraz z 5 czerwca 2014 r. sygn. akt IV CSK 626/13).

W tym kontekście – zdaniem odwołującego – wskazanie przez Primost w treści przedłożonego wykazu informacji o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz o tym, że roboty dotyczące budowy obiektów mostowych w ramach inwestycji „budowa dwóch mostów w/c drogi krajowej nr 75 w miejscowości Witowice Górne na rzece Białka i w miejscowości Tęgoborze na potoku Świdnik” MI: „Budowa mostu w km 46+153 w m. Witowice Górne na rzece Białka w/c drogi krajowej nr 75” -M2 „Budowa mostu na potoku w km 53+309 w m. Tęgoborze na rzece Świdnik w/c drogi krajowej nr 75” miały wartość 9 806 005,88 zł brutto należy ocenić, jako wyraz niedochowania przez Primost należytej staranności wymaganej od wykonawcy zawodowo trudniącego się ubieganiem się o zamówienia publiczne. Działanie to polegało na zinterpretowaniu postanowień SIWZ na swoją korzyść - bez podjęcia próby ich wyjaśniania czy doprecyzowania. Nastąpiło to w okolicznościach, gdy warunek udziału w postępowaniu został opisany bardzo precyzyjnie i dla żadnego profesjonalisty trudniącego się wykonywaniem robót mostowych nie mógł on budzić żadnych wątpliwości - a zatem zinterpretowanie przez Primost przedmiotowego postanowienia SIWZ na swoją korzyść, wbrew jego literalnej treści winno być uznane za przejaw co najmniej rażącego niedbalstwa. W konsekwencji Primost winien zostać z postępowania wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria (kryteria selekcji) lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Stosownie zaś do art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, z postępowania wyklucza się również wykonawcę, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przedmiotowe uregulowania nakazują wykluczyć takich wykonawców, którzy:

- odpowiednio: wprowadzają w błąd zamawiającego (tj. wywołują skutek w postaci błędnego przeświadczenia zamawiającego - o rzeczywistości) lub przekazują informacje, które zamawiającego w błąd wprowadzić mogą;
- odpowiednio: w zakresie okoliczności dotyczących m.in. spełniania warunku udziału w postępowaniu lub niepodlegania wykluczeniu albo w zakresie mającym wpływ na decyzje zamawiającego, zaś
- podanie przez nich nieprawdziwych informacji ma charakter zawiniony, przy czym wina może mieć charakter odpowiednio: winy umyślnej lub z rażącego niedbalstwa albo z lekkomyślności lub zwykłego (nie rażącego) niedbalstwa.

Odwołujący stwierdził, że w stanie faktycznym sprawy wszystkie ww. okoliczności zostały spełnione.

Ad. 1) Co do zasady wprowadzenie zamawiającego w błąd następuje (bądź może nastąpić) poprzez przekazanie informacji nieprawdziwych. Informacja nieprawdziwa to taka informacja, która jest niezgodna z istniejącym stanem rzeczy. Jest to zatem informacja wprowadzająca jej adresata w błąd z uwagi na fakt, że wywołuje u niego mylne postrzeżenie rzeczywistości. Niewątpliwie powołanie się przez Primost na posiadanie przez pana W. K. doświadczenia w zakresie budowy obiektów mostowych o wartości 9 806 005,88 zł brutto w sytuacji, gdy wartość tych robót była znacznie niższa, było informacją obiektywnie nieprawdziwą. Jej podanie przez Primost wywołało uzamawiającego błędne przekonanie, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu. Podobnie za nieprawdziwe należy

uznać oświadczenie w przedmiocie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, złożone wraz z ofertą Primost.

Ad. 2) Informacje dotyczące posiadania wymaganego przez zamawiającego doświadczenia odnosiły się do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności zawodowej. Informacje takie miały bezpośredni wpływ na decyzję zamawiającego o niewykluczeniu Primost z postępowania (względnie: o niewezwaniu tego wykonawcy go do uzupełnienia dokumentów) i w konsekwencji do dokonania wyboru oferty tego wykonawcy.

Ad. 3) Podanie ww. informacji nastąpiło co najmniej w wyniku niedbalstwa, i to niedbalstwa rażącego. W stosunku do profesjonalistów (do których z pewnością należą wykonawcy oferujący swoje usługi na rynku zamówień publicznych) miernik należytej staranności należy ustalać przy zastosowaniu przepisu art. 355 § 2 k.c. Zgodnie z jego treścią, należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się z uwzględnieniem zawodowego charakteru tej działalności. Jak się wskazuje w orzecznictwie, *prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania* (por. uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 22 stycznia 2015 r. sygn. akt I ACa 347/15). *Od podmiotu takiego wymaga się posiadania niezbędnej wiedzy fachowej, która obejmuje nie tylko formalne kwalifikacje, ale również ustalone standardy wymagań* (tak w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 7 maja 2015 r. sygn. akt I ACa 1666/14). *Należyta staranność dłużnika, określona z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej* (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 15 marca 2012 r. sygn. akt I CSK330/11). Pojęcie „rażącego niedbalstwa” jest nieostre i nie zawsze łatwe do oddzielenia od niedbalstwa zwykłego. W polskim orzecznictwie podkreśla się jednak konieczność obiektywizacji tego pojęcia, oceniając je w oderwaniu od elementów subiektywnych (jak np. stan psychiczny sprawcy). Ponadto, jak się wskazuje w piśmiennictwie w przypadku, gdy wykonanie zobowiązania wymaga specjalnych wiadomości lub umiejętności, za rażące niedbalstwo należy uznać także jego postępowanie poniżej minimalnego, elementarnego poziomu tych wiadomości lub umiejętności.

W tym zakresie wymaga dostrzeżenia, że pewnym minimum staranności, której należy wymagać od wykonawcy ubiegającego się o zamówienia publiczne, jest oczekiwanie, aby przekazywane przez niego informacje były informacjami prawdziwymi. Wykonawca, jeśli tylko posiada możliwość ich weryfikacji, winien takiego sprawdzenia dokonać. Wykonawca winien sobie bowiem zdawać sprawę, że przekazywane informacje stanowią podstawę wydatkowania istotnych środków publicznych (w tym przypadku kilkudziesięciu milionów złotych), zaś odpowiedzialność wykonawcy za podanie informacji fałszywych jest w prawie polskim szczególnie rygorystyczna. Każdy wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne powinien również szczegółowo analizować zapisy SIWZ, szczególnej staranności dokładając przy interpretowaniu postanowień dotyczących warunków udziału w postępowaniu. Winien w tym zakresie dążyć do ustalenia ich rzeczywistej treści, nie zaś takiej, która byłaby wyłącznie dla niego korzystna. W razie zaistnienia po jego stronie jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie, ma on obowiązek zwrócić się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, które przedmiotowe wątpliwości pozwoliłyby usunąć (tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 lipca 2019 r. sygn. akt IV CSK 363/18 oraz wyroku z dnia 5 czerwca 2014 r. sygn. akt IV CSK 626/13).

Odwolujący stwierdził tym samym, że w stanie faktycznym sprawy takiej staranności po stronie Primost mogło zabraknąć. Wykonawca ten winien posiadać wiedzę, jakim doświadczeniem dysponuje podmiot, na którego potencjałe zamierza polegać ubiegając się o zamówienie publiczne oraz winien był zweryfikować informacje przekazane przez ów podmiot. Weryfikacja taka nie była wcale trudna, bowiem inwestycja, w ramach której pan W. K. zbudował dwa obiekty mostowe była realizowana w trybie zamówienia publicznego, co oznacza, że wszelkie informacje tej inwestycji dotyczące stanowią informację publiczną, zaś jej rozliczenie było dokonane w oparciu o obmiar (kosztorysowo). Niewątpliwie powinien też zrozumieć rzeczywisty sens postanowień SIWZ dotyczących warunku udziału w postępowaniu - z całą pewnością rozumiał ów sens po wniesieniu przez odwołującego odwołania z dnia 30 listopada 2020 r. i po otrzymaniu od zamawiającego wezwania z dnia 18 grudnia 2020 r. - bowiem wówczas samodzielnie, nie czekając na wezwanie ze strony zamawiającego, dokonał zmiany podmiotu, na zasobach którego polega w taki sposób, aby przedmiotowy warunek zgodnie z jego literalną treścią spełnić.

W konsekwencji, za uzasadnioną odwołujący uznał tezę, że wykonawca Primost winien zostać wykluczony z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp (w stanie faktycznym sprawy spełnione są przesłanki określone w obu tych przepisach).

Jeśli chodzi o uzasadnienie zarzutu dotyczącego nieskutecznej zmiany podmiotu na zasobach, którego Primost polega odwołujący wskazał, że dokonana przez Primost w dniu 23 grudnia 2020 r. zmianę podmiotu udostępniającego zasoby należy uznać za nieskuteczną. Jakkolwiek przepis art. 22a ust. 6 Pzp dopuszcza możliwość zmiany podmiotu udostępniającego zasoby w trakcie trwania postępowania odwoławczego, to jednak możliwość taka nie jest nieograniczona - w szczególności stosowanie tego przepisu musi pozostawać w zgodności z fundamentalnymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia i nie może prowadzić do nieuzasadnionej zmiany oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 Pzp. W tym kontekście odwołujący szeroko zacytował wyrok Izby z 23 października 2018 r. o sygn. akt KIO 2083/18, w pełni podzielać zawartą w nim argumentację i prezentując ją za własną.

Dodatkowo odwołujący podkreślił, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy istnieją dodatkowe argumenty przemawiające za niedopuszczalnością zastąpienia pana W. K. jako podmiotu udostępniającego swe zasoby spółką Banimex. Po pierwsze bowiem udostępniane przez ww. podmioty zasoby dotyczą doświadczenia, które jest wymagane do wykonania niemal całości zamówienia udzielanego w postępowaniu. Udostępnienie tych zasobów wiąże się z koniecznością wykonania przez podmiot udostępniający zasoby niemal całości przedmiotu zamówienia - tj. robót związanych z remontem obiektu mostowego (estakady), które to roboty wyczerpują niemal 100 % całego zamówienia (art. 22a ust. 4 Pzp). Zmiana podwykonawcy, na którego zasobach Primost: polega oznacza w istocie zmianę przeważającej części świadczenia ofertowego - które w tym przypadku miałyby być zrealizowane de facto w inny sposób - tj. przez inny podmiot trzeci, w oparciu o własne doświadczenie, przy wykorzystaniu innych zasobów osobowych i odmiennej organizacji pracy. Jest to zupełnie inna sytuacja niż taka, która miałaby miejsce np. w przypadku zastąpienia podmiotu finansującego inwestycję (bank lub inny przedsiębiorca udostępniający zasoby finansowe), zapewniającego sprzęt (np. takiego, który zobowiązuje się do wynajęcia pojazdów) czy też nawet podmiotu udostępniającego w formie pod wykonawstwa swoją wiedzę i doświadczenie, jednak w takim zakresie, który dotyczy jedynie części realizowanego zamówienia (np. jednej kategorii charakterystycznych robót, których wartość stanowi jedynie niewielką część składową ceny ofertowej). W stanie faktycznym sprawy udział podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia dotyczyć powinien w istocie jego całości - stąd też zmiana takiego podmiotu wiązać by się musiała z istotną zmianą całej oferty złożonej przez Primost.

Niezależnie od tego odwołujący wskazał, że w stanie faktycznym sprawy podmiotem, który zgodnie z wprowadzoną

przez Primost w dniu 23 grudnia 2020 r. zmianą miałyby udostępnić zasoby na rzecz Primost jest spółka Banimex, a więc wykonawca, który samodzielnie złożył w postępowaniu ofertę sklasyfikowaną na piątym miejscu. Podmiot ten nie mógłby zgodnie z prawem udostępnić swoich zasobów na rzecz Primost w dacie złożenia oferty - takie zachowanie musiałoby bowiem być potraktowane jako porozumienie ograniczające konkurencję. Z uwagi na znaczny zakres udostępnionych zasobów i tym samym pod wykonawstwa oraz świadczonej przez Banimex współpracy na rzecz Primost, w razie zawarcia umowy w sprawie zamówienia z Primost to Banimex w istocie musiałby wykonać niemal cały przedmiot zamówienia. Sytuacja taka mogłaby być potraktowana jako sprowadzająca się w istocie do dwukrotnego złożenia oferty przez Banimex. W tym zakresie odwołujący wskazał, że na gruncie podobnego stanu faktycznego Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał, że tego rodzaju współpraca odrębnych przedsiębiorców, jakkolwiek jest realizowana w ramach prawnie dozwolonych metod współpracy (udostępnienie potencjału i podwykonawstwo), to jednak w rzeczywistości, z uwagi na swój zakres, nosi znamiona z umowy przetargowej zakazanej na mocy art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076, ze zm.). Wyrazem takiej oceny było uznanie przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów analogicznej praktyki dwóch przedsiębiorców za praktykę ograniczającą konkurencję i nałożenie na nich wysokich kar pieniężnych **decyzją z dnia 30 grudnia 2014 r. znak: DOK-410- 2/13/MF**. Jakkolwiek decyzja ta z powodów formalnych została później uchylona (wyłącznie z uwagi na przekroczenie terminu wszczęcia postępowania antymonopolowego przez Prezesa Urzędu), to jednak stanowisko w niej wyrażone pozostaje aktualne i adekwatne do oceny stanu faktycznego niniejszej sprawy. W tym zakresie odwołujący wskazał, że w sytuacji, w której poleganie przez Primost na zasobach Banimex w chwili złożenia oferty byłoby niedopuszczalne, za niedopuszczalne musi być uznane również powołanie się na zasoby tego podmiotu w trybie zmiany dokonanej na podstawie art. 22a ust. 6 Pzp. Odmienne ocena prowadziłaby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, bowiem w lepszej sytuacji stawiałby wykonawcę dokonującego zmianę podmiotu trzeciego niż takiego, który od początku polegałby w szerokim zakresie na zasobach innego wykonawcy ubiegającego się o zamówienie w tym samym postępowaniu. Byłoby to oczywiście w świetle art. 7 ust. 1 Pzp niedopuszczalne. Tym niemniej, powołując się na powyższą argumentację odwołujący wskazał, że w przypadku gdyby uznać dokonaną w dniu 23 grudnia 2020 r. zmianę podwykonawcy, na zasobach którego Primost polega, za dopuszczalną, należałoby uznać że w jej wyniku zarówno Banimex jak i Primost winni z postępowania zostać wykluczeni na zasadzie art. 22 ust. 1 pkt 20 Pzp, tj. z uwagi na zawarcie przez nich porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego niedostatecznego wykazania, że doświadczenie nabyte przez podmiot udostępniający zasoby będzie oddane do dyspozycji Primost w zakresie adekwatnym do wykonania zamówienia odwołujący wyjaśnił, że niezależnie od powyższego wskazać należy, iż w stanie faktycznym sprawy Primost nie wykazał, aby miał zapewnioną możliwość korzystania z doświadczenia pana W. K. w zakresie zapewniającym należyte wykonanie zamówienia. Zgodnie bowiem z treścią przedstawionego w postępowaniu zobowiązania do udostępnienia potencjału, pan W. K. zobowiązał się do wykonania w charakterze podwykonawcy jedynie części robót branży mostowej. Tymczasem zgodnie z art. 20a ust. 4 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów tylko wtedy, gdy podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W sytuacji, gdy w treści zobowiązania wskazano bardzo lakonicznie, że podmiot udostępniający zasoby wykona jako podwykonawca jedynie część robót branży mostowej (a więc część tych robót, do których zrealizowania jest wymagane doświadczenie w zakresie budowy, przebudowy lub remontu obiektu mostowego), nie sposób jest uznać, aby Primost wykazał, że udostępniane przez pana W. K. zasoby pozwalają na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (art. 22a ust. 3 Pzp) oraz że stosunek prawny łączący Primost z panem W. K. gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego (§ 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2020 r. poz. 1282)). Nie wiadomo w szczególności, jakie konkretnie prace w charakterze podwykonawcy miałby zrealizować pan W. K. (do realizacji jakich prac ów podmiot się zobowiązał), a tym samym nie sposób jest uznać, czy jego zobowiązanie obejmuje kluczowe elementy zamówienia, do realizacji których doświadczenie udostępniane przez pana W. K. jest niezbędne. W tym zakresie odwołujący wskazał, że zamawiający w dniu 13 listopada 2020 r. zwrócił się do wykonawcy Primost m.in. o wskazanie, jaki będzie zakres powierzanych do wykonania panu W. K. W odpowiedzi na to wezwanie Primost pismem z dnia 16 listopada 2020 r. wyjaśnił, że zamierza powierzyć panu W. K. „kluczowe roboty branży mostowej zgodnie z poniższym wykazem:

1. Wyburzenie obiektów budowlanych i inżynierskich,
2. Bariery stalowe ochronne,
3. Ekran akustyczny,
4. Fundamentowanie,
5. Zbrojenie,
6. Beton,
7. Montaż prefabrykowanych belek sprężonych,
8. Kotwy kap,
9. Pokrywanie powłokami malarskimi,
10. Izolacja bitumiczna wykonana na zimno,
11. Izolacja z papy termozgrzewalnej,
12. Nawierzchnia jezdni - warstwa wiążąca,
13. Odwodnienie,
14. Łożyska,
15. Urządzenia dylatacyjne,
16. Elementy zabezpieczające,
17. Zabezpieczenie antykorozyjne powierzchni betonowych,
18. Umocnienie stożków przyczółków,
19. Zabezpieczenie powierzchni betonowych przed graffiti,
20. Naprawa powierzchni betonowych zaprawami PCC,
21. Iniekcja rys i pęknięć.

Powyższe wyjaśnienia wykonawcy, zdaniem odwołującego, pozostają bez znaczenia dla oceny adekwatności udostępnienia zasobów przez Primost. Sprezycyzowanie zakresu podwykonawstwa winno nastąpić bowiem przez podmiot udostępniający zasoby - to on jest bowiem autorem zobowiązania, którego zakres oceniał zamawiający. Wyjaśnienia złożone przez Primost w żaden sposób na zakres zobowiązania pana W. K. nie wpływają, bowiem nie mogą one w

żaden sposób modyfikować treści zobowiązania złożonego przez ów podmiot trzeci. Zatem doprecyzowanie, w jakim zakresie pan W. K. zobowiązał się do wykonania robót w charakterze podwykonawcy, wymagało złożenia oświadczenia pochodzącego do pana W. K. - wyjaśnienia dokonane przez Primost były w tym zakresie niewystarczające. Dodatkowo w ocenie odwołującego wymagało dostrzeżenia, że przywołane wyjaśnienia Primost pozostają w jawnej sprzeczności z treścią złożonej przez tego wykonawcę oferty oraz z treścią zobowiązania pana W. K., które do oferty zostało załączone. W pkt 5 oferty Primost oświadczył bowiem, że zamierza powierzyć podwykonawcy (panu W. K. - zgodnie z pkt 6 oferty) wykonanie części prac robót branżowy - co było w pełni zgodne z treścią lit. b) załączonego do oferty zobowiązania do udostępnienia zasobów. Tymczasem zakres robót budowlanych, które Primost wskazał jako prace powierzane podwykonawcy w wyjaśnieniach z dnia 16 listopada 2020 r., jest znacznie szerszy - obejmuje on w istocie całość (a nie część) robót z branży mostowej. Wyjaśnienia złożone przez Primost są w tym zakresie niewiarygodne, a nadto sprzeczne z treścią pierwotnie złożonej oferty. Z uwagi na brak możliwości zmiany oferty po jej złożeniu (w szczególności w trybie wyjaśnień treści oferty).

W opinii odwołującego zakres zasobów udostępnionych przez pana W. K. należy ocenić jako niewystarczający. Skoro Primost zamierzał polegać w 100% na doświadczeniu pana W. K. w wykonaniu robót dotyczących budowy, przebudowy lub remontu obiektu mostowego, to Banimex dla realnego przekazania tych zasobów powinien wykonać całość takich robót, nie zaś tylko ich część (nie wiadomo jaką - być może zaledwie np. 10 - 20%). Nawet analiza złożonych przez Primost wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny wskazuje, że zamierza on wykonać przedmiot zamówienia w znacznej części samodzielnie - korzystając z własnego doświadczenia, sprzętu, własnej kadry, bądź podwykonawców innych niż pan W. K.. Potwierdza to w sposób niezbity, że faktyczny udział pana W. K. w wykonaniu robót polegających na remoncie obiektu mostowego będzie niewielki - niewystarczający, aby zapewnić wykonawcy Primost możliwość korzystania z doświadczenia ww. podmiotu trzeciego. W przypadku zatem, gdyby uznać, że wobec nieskutecznej zmiany podmiotu udostępniającego zasoby zobowiązanie pana K. pozostawało wiążące dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, należałoby uznać, że Primost nie wykazał, aby miał zapewnioną możliwość korzystania z zasobów w postaci doświadczenia pana W. K. w zakresie adekwatnym do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie nieadekwatności zobowiązania do udostępnienia zasobów przez Banimex odwołujący stanął na stanowisku, że gdyby uznać, iż „zmiana” podwykonawcy, na którego zasobach Primost zamierza polegać była dopuszczalna, to również zobowiązanie Banimex należy ocenić jako niewystarczające dla zapewnienia wykonawcy Primost możliwości adekwatnego korzystania z zasobów Banimex. W treści tego zobowiązania również bowiem wskazano, że Banimex wykona część robót mostowych w następującym zakresie:

1. Wyburzenie obiektów budowlanych i inżynierskich,
2. Bariery stalowe ochronne,
3. Ekran akustyczny,
4. Fundamentowanie,
5. Zbrojenie,
6. Beton,
7. Montaż prefabrykowanych belek sprężonych,
8. Kotwy kap,
9. Pokrywanie powłokami malarskimi,
10. Izolacja bitumiczna wykonana na zimno,
11. Izolacja z papy termozgrzewalnej,
12. Nawierzchnia jezdni - warstwa wiążąca,
13. Odwodnienie,
14. Łożyska,
15. Urządzenia dylatacyjne,
16. Elementy zabezpieczające,
17. Zabezpieczenie antykorozyjne powierzchni betonowych,
18. Umocnienie stożków przyczółków,
19. Zabezpieczenie powierzchni betonowych przed graffiti,
20. Naprawa powierzchni betonowych zaprawami PCC,
21. Iniekcja rys i pęknięć.

Analizując powyższe oraz oceniając to w kontekście zapisu pkt 5 formularza ofertowego złożonego przez Primost odwołujący stwierdził, że wykonanie przez Banimex zaledwie części robót mostowych musi być uznane za niewystarczające dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Skoro Primost polega w 100% na doświadczeniu Banimex w wykonaniu robót dotyczących budowy, przebudowy lub remontu obiektu mostowego, to Banimex dla realnego przekazania tych zasobów powinien wykonać całość takich robót, nie zaś tylko ich część (nie wiadomo jaką - być może zaledwie np. 10 - 20%). Nawet analiza złożonych przez Primost wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny wskazuje, że zamierza on wykonać przedmiot zamówienia w znacznej części samodzielnie - korzystając z własnego doświadczenia, sprzętu, własnej kadry, bądź podwykonawców innych niż Banimex. Potwierdza to w sposób niezbity, że faktyczny udział Banimex w wykonaniu robót polegających na remoncie obiektu mostowego będzie niewielki - niewystarczający, aby zapewnić wykonawcy Primost możliwość korzystania z doświadczenia ww. podmiotu trzeciego. W tych okolicznościach w ocenie odwołującego należało uznać, że wykonawca Primost nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia. Powyższe winno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania. W związku bowiem z podjętą przez Primost próbą samodzielnego uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, ponowne stosowanie w tym zakresie procedury sanacyjnej przewidzianej w art. 26 ust. 3 Pzp jest niedopuszczalne.

W uzasadnieniu dla zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Primost pomimo niewykazania, że nie zawiera ona ceny rażąco niskiej odwołujący wyjaśnił, iż w stanie faktycznym sprawy zamawiający wezwał Primost do złożenia na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Wykonawca Primost takie wyjaśnienia w dniu 26 października 2020 r. złożył. Wyjaśnienia te odwołujący ocenił jako niewystarczające, obarczone zasadniczym brakiem: nie wykazują konkretnych wartości kosztów, jakie wykonawca będzie ponosił przy realizacji zamówienia. Jak wskazał odwołujący, nie wskazywały one w szczególności:

- jaka jest struktura takich kosztów;
- jakie koszty pracy wykonawca Primost uwzględnił w swojej cenie ofertowej (poza lakonicznym wskazaniem kosztu

jednej roboczogodziny na poziomie 47 zł brutto - choć nie wskazał przy tym, jaki nakład pracy (ile takich roboczogodzin) przewidział jako koniecznych do należytego wykonania zamówienia); przy czym ww. wartość jednej roboczogodziny budzi istotne wątpliwości i jest nad wyraz wysoka - znacznie wyższa od rynkowych stawek wynagrodzenia pracowników i znacząco przekracza koszt roboczogodziny uwidoczony w wydawnictwie Sekocenbud, co samo w sobie budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przez Primost zamówienia w ramach zaoferowanej ceny ofertowej;

- jakie koszty materiałów i urządzeń poniesie;
- jakie przewiduje koszty dostawy (transportu);
- jakie koszty sprzętu poniesie;
- jakie będzie ponosił koszty ogólne czy inne koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

Nie przedstawił on również jakichkolwiek dowodów w tym zakresie (poza ofertami podwykonawczymi od firm, którym nie powierzył on zasadniczej części prac w zakresie zamówienia – zgodnie z deklaracją zawartą w ofercie oraz przedstawionymi w postępowaniu zobowiązaniami do udostępnienia zasobów przy wykorzystaniu podwykonawstwa). Wykonawca Primost nie przedstawił też żadnej, chociażby ogólnej kalkulacji ceny ofertowej.

Odwolujący wyjaśnił, że Primost w swoich wyjaśnieniach zaprezentował natomiast takie informacje, które trudno jest uznać za mogące służyć realnemu wyjaśnieniu ceny ofertowej. W szczególności:

- przedstawił on porównanie cen jednostkowych swoich konkurentów, które w żaden sposób nie dowodzi, że zaoferowana przez niego cena pokrywa wszelkie koszty realizacji zamówienia - każdy z wykonawców może ponosić różne koszty związane z realizacją tych samych robót, w zależności od indywidualnych, dostępnych tylko jemu, czynników, organizacji pracy i stosowanej technologii oraz posiadanych zasobów, w tym zasobów sprzętowych, osobowych i materiałowych;
- zadeklarował zgodność oferowanych robót z wymaganiami zamawiającego – co w okolicznościach sprawy stanowi jedynie ogólną deklarację, nieopartą żadnymi dowodami i nieweryfikowalną w żaden sposób;
- wskazał, że posiada własne zasoby, własne doświadczenie swoje i zatrudnianej kadry oraz własny sprzęt, w tym koparki i żurawie HDS, własną konstrukcję do podparcia tymczasowego obiektu itp. - czego jednak w żaden sposób nie udowodnił, mimo że miał taką możliwość (okoliczność ta ma charakter faktyczny, może być wykazania stosownymi dowodami); ponadto twierdzenia o zasobach własnych pozostają oderwane od treści oferty Primost, skoro polega on w całości na doświadczeniu innego podmiotu (początkowo pana W. K., później, po zmianie oferty, na doświadczeniu Banimex) - **to podmiot udostępniający swoje zasoby powinien wykonać roboty związane z remontem estakady, nie zaś Primost, przy wykorzystaniu własnych zasobów;**
- posiada scentralizowany system zakupów i doświadczonego Dyrektora Handlowego, co pozwala mu taniej kupować materiały - okoliczności tej jednak nie udowodnił i nie wykazał, jakie konkretnie oszczędności i na jakich materiałach osiągnie realnie z tego tytułu (nie wykazał chociażby, że posiada jakieś nadzwyczaj atrakcyjne warunki handlowe wynegocjowane rzekomo u dostawców);

- zadeklarował uwzględnienie w cenie ofertowej kosztów prac prowadzonych na terenach należących do innych podmiotów, w tym do PKP PLK S.A., przedstawił ponadto aktualny cennik PKP PLK S.A. - jednak w ogóle nie wskazał jakie konkretnie koszty i w jakim zakresie z tego tytułu uwzględnił w swojej cenie ofertowej;

- potwierdził koszty niektórych pozycji ofertami uzyskanymi od podwykonawców - jednak żadna z nich najprawdopodobniej (odwołujący mógł w tym zakresie jedynie domniemywać - bowiem zamawiający treści ofert podwykonawczych odwołującemu nie udostępnił), nie pochodziła od Banimex (czy nawet pana W. K. - który na etapie składania wyjaśnień był znany jako podwykonawca, który wykona roboty mostowe);

- przedstawił ofertę na dostawę dwóch dostawców – na dostawę prętów zbrojeniowych oraz belek prefabrykowanych – co stanowiło jednak zaledwie część materiałów wykorzystywanych na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia, nie przestawił w tym zakresie żadnych wyliczeń czy kalkulacji, które potwierdzałyby uwzględnienie kosztów ww. elementów w cenie ofertowej, a nadto nie wskazał, czy w swojej cenie ofertowej uwzględnił ryzyko wzrostu ceny stali – cena ta podlega bowiem znacznym wahaniom, a w ostatnim czasie w znacznym stopniu wzrosła, co samo w sobie podaje w wątpliwość możliwość wykonania przez Primost zamówienia za cenę zaproponowaną w ofercie.

Ponadto - co istotne według odwołującego w tej sprawie - wyjaśnienia złożone przez Primost całkowicie pomijają okoliczność, że przy realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca ten będzie korzystał z doświadczenia innego podmiotu (odpowiednio pana W. K. – jeśli zmiana tego podwykonawcy zostanie uznana za nieskuteczną; względnie Banimex – gdyby taka zmiana była skuteczna), a podmiot ten winien wykonać znaczną część przedmiotu zamówienia (co do zasady roboty związane w zakresie remontu estakady). Tym samym wyjaśnienia, aby mogły zostać uznane za skuteczne, winny referować do tych kosztów, jakie będzie generowało wykonanie przedmiotu zamówienia przez ww. podmiot trzeci. Tymczasem w treści wyjaśnień Primost próżno szukać odwołania do kosztów realizacji zamówienia przez pana W. K. czy też przez Banimex. W odniesieniu do Banimex ww. kwestia jest szczególnie wątpliwa w sytuacji, gdy ten podmiot, składając w postępowaniu własną ofertę, zaproponował zamawiającemu wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę o 30% wyższą, aniżeli cena ofertowa Primost. Jest wysoce wątpliwe, aby realizując zamówienie w charakterze podwykonawcy był on w stanie tak znacząco obniżyć ponoszone przez siebie koszty w stosunku do kosztów oszacowanych na potrzeby kalkulacji własnej ceny ofertowej. W tym zakresie przedmiotowe wyjaśnienia, zdaniem odwołującego, muszą być uznane za niewystarczające do wykazania, że cena zaoferowana przez Primost została wyliczona poprawnie.

Jeśli chodzi o uzasadnienie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania Primost do ponownego złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny odwołujący wstępnie zaznaczył, iż zarzut ten został sformułowany jedynie z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów skutkujących obowiązkiem wykluczenia Primost z postępowania oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy. W ocenie odwołującego zastosowanie tej procedury w okolicznościach wskazanych w poprzednim akapicie byłoby konsekwencją uznania, pierwotnie złożone wyjaśnienia nie uwzględniają istotnej zmiany oferty w postaci podmiotu, który miałby zrealizować roboty w zakresie remontu estakady. Pierwotnie złożone wyjaśnienia – przed taką zmianą oferty – siłą rzeczy ww. okoliczności uwzględniać nie mogły. Tymczasem okoliczność dotycząca wykonania robót mostowych (robót dotyczących remontu estakady) w odpowiedniej części (zgodnie z art. 22a ust. 4 Pzp powinna być to całość lub przy najmniej przeważająca część prac, do których doświadczenie w tym zakresie jest wymagane) przez określonego podwykonawcę ma zasadnicze znaczenie dla kalkulacji ceny ofertowej. Udział podwykonawcy wiązać się będzie z koniecznością zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy, które powinno zostać uwzględnione w cenie ofertowej. Wynagrodzenie to, aby samo w sobie nie nosiło znamion wynagrodzenia rażąco niskiego, winno pokryć koszty ponoszone przez Banimex w związku z realizacją powierzonego mu zakresu zadań – a koszty te, z uwagi na odmienne uwarunkowania kształtować się mogą inaczej w przypadku realizacji zamówienia przez Banimex, niż gdyby to miało miejsce przy realizacji zamówienia osobiście przez

Primost lub przez pana W. K. czy innych podwykonawców. W stanie faktycznym sprawy wątpliwości zamawiającego w tym zakresie powinien wzbudzić w szczególności fakt, że Banimex składając w postępowaniu własną ofertę, zaproponował zamawiającemu wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę o 30% wyższą, aniżeli cena ofertowa Primost. Jest wysoce wątpliwe, aby realizując zamówienie w charakterze podwykonawcy był on w stanie tak znacząco obniżyć ponoszone przez siebie koszty w stosunku do kosztów oszacowanych na potrzeby kalkulacji własnej ceny ofertowej.

Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego, zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp winien był wezwać Primost do ponownego złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy: Primost Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Banimex Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie. Wykonawca Banimex już piśmie dotyczącym zgłoszenia przystąpienia zawarł argumentację dotyczącą swojego stanowiska, która odnosiła się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 15 lutego 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Do odpowiedzi do odwołania zamawiający załączył dokumenty na potwierdzenie części swojej argumentacji,

Wykonawca Primost pismem z dnia 15 lutego 2021 r. złożył swoje stanowisko wobec postawionych zarzutów, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości. Do pisma procesowego ww. wykonawca załączył dokumenty na potwierdzenie części swojej argumentacji.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. Mając na uwadze powyższe, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej nadal: „nPzp”, ponieważ zostało ono wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 18 stycznia 2021 r., czyli po dniu 31 grudnia 2020 r.

Izba uznała, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i wyeliminowania z postępowania wybranego wykonawcy lub jego oferty, wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 nPzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 nPzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 nPzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień przez wykonawców: Primost Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie (zwanego dalej: „Primost”) oraz Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Banimex Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie (zwanego dalej: „Banimex”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba oddaliła opozycję zgłoszoną przez odwołującego wobec przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę Banimex. Odwołujący wskazywał, że ww. wykonawca ten nie ma interesu, w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego, a popieranie stanowiska zamawiającego powodowało niemożność uzyskania zamówienia przez tego wykonawcę.

Jak ustaliła Izba wykonawca Banimex w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia wskazał, że zgłasza przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w zakresie wszystkich przedstawionych w odwołaniu zarzutów, w tym w szczególności zarzutu wskazanego w pkt 6 odwołania, dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp.

Jak wynika z treści art. 525 ust. 1 nPzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego m. in. wskazując stronę, do której przystępuje. Przepis ten należy interpretować w taki sposób, że nie jest możliwe przystąpienie po stronie każdej ze stron tj. po części po stronie zamawiającego i po części po stronie odwołującego. Z jednej strony należy wskazać, że wykonawca Banimex złożył ofertę w postępowaniu, przez co teoretycznie mógłby być zainteresowany w popieraniu stanowiska odwołującego w celu chociażby poprawy swojej lokaty w rankingu ofert. Z drugiej jednak strony odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp, który dotyczył zakłócającego konkurencję porozumienia pomiędzy oboma przystępującymi. W przypadku potwierdzenia tego zarzutu obaj przystępujący zostaliby wykluczeni z postępowania.

W związku z powyższym Izba uznała, że wykonawca Banimex decydując się na zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego miał interes, o którym mowa w art. 525 ust. 3 nPzp. Ustawa obowiązująca od 1 stycznia 2021 r. podobnie jak poprzednia regulacja, nie definiuje, pojęcia interesu przystępującego tj. czy ma to być interes prawny, czy też interes faktyczny w uzyskaniu zamówienia, należy go zatem interpretować szeroko. Skład orzekający Izby ma prawo badać, czy dany wykonawca posiada interes warunkujący skuteczne zgłoszenie przystąpienia, i decydować o dopuszczeniu takiego wykonawcy do udziału w postępowaniu. Tym samym skład orzekający doszedł do przekonania, że wykonawca Banimex przez powołanie się na okoliczności dotyczące zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp wykazał, że posiada interes w zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego, ponieważ w ten sposób mógł przedstawić argumentację i stanowisko przeciwstawiające się ww. zarzutowi, którego potwierdzenie mogłoby skutkować wykluczeniem go z postępowania, a w dalszej kolejności powstaniem dolegliwości w związku z przepisami wynikającymi także z innych aktów prawnych.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną po części w formie papierowej, a po części w postaci elektronicznej, zapisaną na płytach

CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 11 lutego 2021 r., w tym w szczególności:

- SIWZ wraz z załącznikami;
- oferty złożone przez przystępujących;
- wezwanie z dnia 22 października 2020 r. skierowane do wykonawcy Primost w sprawie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
- wyjaśnienia z dnia 26 października 2020 r. udzielone przez wykonawcę Primost w odpowiedzi na powyższe wezwanie wraz z załącznikami;
- wezwanie z dnia 13 listopada 2020 r. skierowane do wykonawcy Primost na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp;
- wyjaśnienia z dnia 16 listopada 2020 r. udzielone przez wykonawcę Primost w odpowiedzi na powyższe wezwanie;
- wezwanie z dnia 18 grudnia 2020 r. skierowane do wykonawcy Primost na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp;
- wyjaśnienia z dnia 23 grudnia 2020 r. udzielone przez wykonawcę Primost w odpowiedzi na powyższe wezwanie wraz z załącznikami;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 13 stycznia 2021 r.;

2) załączone do odpowiedzi na odwołanie:

- pismo z dnia 12 lutego 2019 r. skierowane przez Centrum Unijnych Projektów Transportowych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie przedstawienia interpretacji przepisu art. 22a ust. 6 Pzp pkt 1 Pzp;
- pismo z dnia 20 marca 2019 r. stanowiące odpowiedź Dyrektora Departamentu Prawnego UZP na powyżej wskazane pismo;

3) załączone do pisma procesowego wykonawcy Primost:

- dokument pn. *Opinia prawna dot. zarzutów nr 3, 4 i 6 zawartych w odwołaniu FB Serwis S.A. z dnia 18.01.2021 roku* sporządzony w dniu 1 lutego 2021 r. przez A. G.-B.;

- porozumienie z dnia 7 września 2020 roku, zawarte pomiędzy Primost a podmiotem trzecim poprzednio udostępniającym mu swoje zasoby – panem W. K. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Budownictwo Komunikacyjne inż. W. K.;

- decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30 grudnia 2014 r. znak: DOK-410-2/13/MF.

4) złożony przez odwołującego na rozprawie plik dokumentów zawierający pisma, przedmiary oraz ofertę pana W. K.;

5) złożone przez zamawiającego na rozprawie oświadczenie pana S. Ł. – Naczelnika Wydziału Mostów GDDKiA oddział Katowice z dnia 15 lutego 2021 r.

Ponadto mając na uwadze treść art. 538 ust. 3 nPzp, Izba postanowiła nie dopuścić dowodów wskazanych w pkt 2 lit. od d do h pisma procesowego przystępującego Primost tj.:

- oferty na wykonanie robót budowlanych z dnia 22 grudnia 2020 r., sporządzonej przez Banimex;
- wykazu środków trwałych;
- faktur zakupowych dla środków trwałych;
- projektu technologicznego opracowanego przez Primost;
- oświadczenia dyrektora handlowego Primost;

z uwagi na objęcie tych dowodów tajemnicą przedsiębiorstwa oraz uznając je za spóźnione w kontekście wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z postanowieniem pkt 7.2.3 lit. a) SIWZ (Tom I IDW) zamawiający wymagał, aby każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie wykazał się wykonaniem w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej jednego zamówienia (umowy) obejmującej swym zakresem **budowę lub przebudowę lub remont obiektu/ obiektów mostowego/ych** o łącznej **wartości tych robót** co najmniej 6 800 000,00 PLN brutto Wykonawca Primost w celu potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu powołał się na doświadczenie posiadane przez pana W. K. W przedstawionym na wezwanie zamawiającego wykazie robót budowlanych Primost wskazał, że ww. doświadczenie wynikało z wykonania przez pana W. K. zamówienia pn. „budowa dwóch mostów w/c drogi krajowej nr 75 w miejscowości Witowice Górne na rzece Białka i w miejscowości Tęgoborze na potoku Świdniń M1: „Budowa mostu w km 46+153 w m. Witowice Górne na rzece Białka w/c drogi krajowej nr 75 -M2 „Budowa mostu na potoku w km 53+309 w m. Tęgoborze na rzece Świdniń w/c drogi krajowej nr 75”.

Na podstawie pkt 10.5. SIWZ (Tom I IDW) –*Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego:*

1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub

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

Pismem z dnia 22 października 2020 r. zamawiający wezwał Primost na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 oraz art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie 13 pozycji odnośnie cen jednostkowych zaoferowanych w kosztorysie ofertowym. W odpowiedzi na to wezwanie Primost złożył wyjaśnienia pismem z dnia 26 października 2020 r., do których załączył dowody mające potwierdzić, że wskazane przez zamawiającego pozycje z kosztorysu nie powodują, iż cena jego oferty nie była rażąco niska. Dodowami tymi były sporządzone tabele odnoszące się do porównania wskazanych przez zamawiającego pozycji kosztorysu w odniesieniu do cen przedstawionych przez pozostałych wykonawców, wykazy środków trwałych i kadry, kopie referencji oraz oferty podwykonawców.

Pismem z dnia 13 listopada 2020 r. zamawiający wezwał Primost na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu prac pana W. K. jako podwykonawcy, doprecyzowania na jaki okres zasoby podmiotu trzeciego będą udostępnione wykonawcy oraz w jaki sposób wykonawca zorganizuje swoją współpracę z panem W. K. w celu zapewnienia realnego wykorzystania przekazanych zasobów przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Wykonawca Primost przekazał swoje wyjaśnienia pismem z dnia 16 listopada 2020 r.

Pismem z dnia 18 grudnia 2020 r. zamawiający wezwał Primost na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących w szczególności:

- z jakich powodów wskazał, że zamówienie pn.: „Budowa dwóch mostów w/c drogi krajowej nr 75 w miejscowości Witowice Górne na rzece Białka i w miejscowości Tęgoborze na potoku Świdniń- M1: „Budowa mostu w km 46+ 153 w m. Witowice Górne na rzece Białka w/c drogi krajowej nr 75 - M2: „Budowa mostu na potoku w km 53+ 309 w m. Tęgoborze na rzece Świdniń w/c drogi krajowej nr 75”, realizowane przez pana W. K. (na którego zasoby w zakresie

wiedzy i doświadczenia wykonawcy się powołał) obejmowało budowę obiektów mostowych o wartości tych robót na kwotę: 9 806 005,88 zł brutto i w konsekwencji może wykazać się doświadczeniem ww. zakresie;

- czy i w jaki sposób przed złożeniem oferty weryfikował doświadczenie pana W. K. na zasobach którego polega.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Primost pismem z dnia 23 grudnia 2020 r. wyjaśnił, że treść SIWZ zrozumiał w ten sposób, że wymaganą przez zamawiającego wartość 6 800 000 zł brutto odnosił do wartości całego zamówienia. Ponadto wskazał, że treść SIWZ nie definiowała, w jaki sposób należało ustalać wartość robót obejmujących budowę lub przebudowę obiektów mostowych, co w szczególności w przypadku inwestycji rozliczanych ryczałtowo byłoby problematyczne. Wyjaśnił również, że sama nazwa inwestycji, którą wykazał na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczyła budowy dwóch mostów. Jednocześnie jednak Primost oświadczył, że zastępuje pierwotnie wskazany podmiot, na którego zasobach polega (pana W. K.) innym podmiotem (Banimex) i przedstawił zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia zasobów wraz z dokumentami potwierdzającymi spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz oświadczeniem o niepodleganiu wykluczeniu przez ten podmiot.

W dniu 13 stycznia 2021 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu i jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Primost.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 24 ust. 4 Pzp – *Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą;*

- art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;*

- art. 24 ust. 1 pkt 17 – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;*

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

- art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp – *Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej;*

- art. 22a ust. 4 Pzp – *W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane;*

- art. 90 ust. 3 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;*

- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;*

- art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;*

- art. 90 ust. 1 Pzp – *Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:*

1) *oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177);*

2) *pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;*

3) *wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*

4) *wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;*

5) *powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy;*

- art. 22a ust. 6 Pzp – *Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:*

1) *zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub*

2) *zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaze zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie zarzutów podniesionych w pkt 1 i 2 *petitum* odwołania Izba w znacznej mierze przyjęła argumentację zamawiającego oraz wykonawcy Primost. W pierwszej kolejności należy wskazać, że w treści SIWZ nie została zawarta definicja ani wyjaśnienie tego, jak należy rozumieć sformułowanie: (...) *o łącznej wartości tych robót co najmniej 6 800 000,00 PLN brutto*. Zamawiający nie wymienił w SIWZ dokładnego zakresu rzeczowego robót związanych z budową, przebudową lub remontem obiektu/ obiektów mostowego/ych do których powinna odnosić się ww. wartość. W ocenie składu orzekającego wykonawca Primost, już wyjaśnieniach z dnia 23 grudnia 2020 r. słusznie wskazywał, że opis warunku udziału w postępowaniu zawarty w pkt 7.2.3. lit a) SIWZ (Tom I IDW) mógł budzić uzasadnione wątpliwości co do sposobu jego interpretacji, a w konsekwencji nie powinien być interpretowany na niekorzyść wykonawcy tj. w sposób sprzeczny ze wskazanym jego rozumieniem przez tegoż wykonawcę. W związku z tym brak było podstaw do uznania zasadności stanowiska odwołującego, odnoszącego się do konieczności wykazywania na potwierdzenie spełnienia

warunku udziału w postępowaniu wartości robót polegających wyłącznie na budowie, przebudowie lub remoncie obiektów budowlanych bez uwzględnienia wartości robót towarzyszących i niezbędnych do wykonania danego obiektu/ obiektów mostowych, stanowiących również przedmiot wskazywanego przez danego wykonawcę na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu zadania, skoro wymóg taki w żaden sposób nie wynikał wprost z opisu warunku udziału w postępowaniu zawartego w SIWZ. Tym samym skład orzekający doszedł do przekonania, że literalnego brzmienia treści warunku, nie sposób było jednoznacznie stwierdzić, iż zamawiającemu chodziło o wskazywanie wartości wyłącznie robót dotyczących budowy, przebudowy lub remontu obiektu mostowego. Gdyby taka była intencja zamawiającego, to zapewne wskazane zostałyby w treści warunku, jakie elementy robót dotyczących obiektu mostowego należałoby wziąć pod uwagę przy określaniu wartości robót dotyczących obiektu mostowego lub zostałyby wskazane w sposób jasny, że do wartości tej nie należy uwzględniać np. robót drogowych, sieciowych itp. czy też wskazane by zostało, że wartość robót tych należy ocenić według rozbitcia cenowego scalonego, dotyczącego robót mostowych.

Odnosząc się do powyższych argumentów Izba uznała, że po pierwsze dla rozpoznania przedmiotowych zarzutów należało wziąć pod uwagę wskazywaną przez zamawiającego zasadę wynikającą z orzecznictwa, zgodnie z którą wszelkie rozbieżności czy też niejasności dotyczące treści SIWZ nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawcy w postępowaniu, a więc przede wszystkim nie mogą prowadzić do odrzucenia oferty, czy wykluczenia wykonawcy z postępowania, zgodnie z regułą *in dubio contra proferentem*. Po drugie skoro wykładnia językowa nie wystarczała do jednoznacznej analizy użytego w treści SIWZ warunku udziału w postępowaniu, należało skorzystać z posiłkowej metody interpretacji tego warunku, w ramach wykładni funkcjonalnej. W tym wypadku Izba przychyliła się do stanowiska wykonawcy Primost, który w swojej argumentacji zwrócił uwagę na ten rodzaj wykładni przy analizie treści warunku. Należy bowiem zauważyć, że zadanie wskazane przez Primost w wykazie robót dotyczyło, jak sama nazwa wskazuje, budowy dwóch mostów w ciągu drogi krajowej nr 75. Już choćby z tego można było wywnioskować, że przedmiotem tego zamówienia była budowa dwóch mostów, a w konsekwencji wszystkie jego elementy tworzyły funkcjonalny zakres niezbędnych robót dotyczących budowy obiektów mostowych. W tej sytuacji, wykładnia funkcjonalna rzeczowego warunku udziału w postępowaniu uzasadniała – wbrew stanowisku odwołującego – tezę, że wszystkie elementy zamówienia tworzyły funkcjonalny zakres niezbędnych robót dotyczących budowy obiektów mostowych. Oczywiście jest, że przy tego typu realizacjach wykonywanych jest szereg innych prac koniecznych do zrealizowania takiego zamierzenia. Jednak zasadniczym celem jest w tym wypadku wybudowanie obiektu mostowego. Zamawiający nie wskazał w treści SIWZ, że z wartości zamówienia obejmującego budowę, przebudowę czy remont należy wyłączyć jakiegokolwiek prace wchodzące w zakres tego zadania. Z tych też względów i przy tak zastosowanej metodzie wykładni, wykonawca Primost mógł przyjąć, iż istotą warunku było wykazanie się zadaniem/zadaniami obejmującymi swym zakresem budowę, przebudowę lub remont, a cała wartość robót w ramach tego zadania miała mieć wartość nie mniejszą niż 6 800 000,00 zł brutto. W konkluzji dla tej części rozważań Izba stwierdziła, że patrząc przez pryzmat sposobu interpretacji treści warunku udziału w postępowaniu, należało przyjąć, iż wykonawcy mogli w różny sposób zinterpretować treść tego warunku.

Przechodząc do istoty dwóch pierwszych zarzutów skład orzekający uznał, że w przedmiotowej sprawie nie można mówić o wprowadzeniu w błąd zamawiającego czy też podaniu nieprawdziwych informacji przez wykonawcę Primost w treści oferty, w tym w wykazie robót. Przedstawione przez ww. wykonawcę dokumenty potwierdziły fakt realizacji zamówienia, wartość robót oraz okres w jakim były wykonywane. Informacje te zostały podane w wykazie robót budowlanych według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ (Tom I IDW). Z posiadanych przez zamawiającego dokumentów, w szczególności protokołu odbioru ostatecznego robót, wynikała wartość wykonanych robót, która była tożsama z wartością wskazaną przez Primost w wykazie robót. W związku z tym można było przyjąć, że wykonawca Primost nie kreował nowej wartości w treści wykazu robót, a wskazał wartość z treści protokołu odbioru ostatecznego. Powyższa okoliczność pośrednio potwierdziła, że ww. wykonawca właśnie w taki sposób zrozumiał treść warunku udziału w postępowaniu. Gdyby doszło do sytuacji, w której w treści wykazu zostałyby podana inna wartość robót niż wynikała z treści protokołu odbioru ostatecznego, można byłoby przyjąć, że nastąpiła próba wprowadzenia zamawiającego w błąd. W treści SIWZ nie zostało natomiast wskazane, na podstawie jakich dokumentów oraz informacji należało dokonać wskazania wartości *tych robót* oraz o które konkretnie roboty chodziło w treści warunku w pkt. 7.2.3 lit. a).

Niezależnie od powyższego Izba zwróciła uwagę, że jak słusznie wskazywał zamawiający, odwołujący podnosił sposób bardzo ogólny i lakoniczny, iż na wystąpienie przesłanek uzasadniających wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp wskazują poniższe okoliczności:

- powołanie się przez Primost na posiadanie przez pana W. K. doświadczenia w zakresie budowy obiektów mostowych o wartości 9 806 005,88 zł brutto w sytuacji, gdy wartość tych robót była znacznie niższa, było informacją obiektywnie nieprawdziwą. Jej podanie przez Primost wywołało u zamawiającego błędne przekonanie, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu. Podobnie za nieprawdziwe należy uznać oświadczenie w przedmiocie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, złożone wraz z ofertą Primost;
- informacje dotyczące posiadania wymaganego przez zamawiającego doświadczenia odnosiły się do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności zawodowej. Informacje takie miały bezpośredni wpływ na decyzję zamawiającego o niewykluczeniu Primost z postępowania (względnie: o niewezwaniu tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów) i w konsekwencji do dokonania wyboru oferty tego wykonawcy;
- podanie ww. informacji nastąpiło co najmniej w wyniku niedbalstwa, i to niedbalstwa rażącego.

Skład orzekający aprobując argumentację zamawiającego uznał, że zaistnienie przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp odnosi się do sytuacji, w której to wykonawca przez przedstawienie określonych informacji wywołał w świadomości zamawiającego fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości. Istotą „błędu”, jest więc wykreowanie u zamawiającego przekonania, iż dana okoliczność czy zdarzenie miały miejsce, podczas, gdy w rzeczywistości tak nie było. Do takiego stanu doprowadzić musi swoim działaniem wykonawca przez przedstawienie nieprawdziwej informacji, która stała się źródłem błędnego przekonania zamawiającego o danej okoliczności i zdarzeniu. Biorąc pod uwagę ustalenia dokonane w toku postępowania, zamawiający nie miał podstaw do uznania, że informacja przedstawiona przez wykonawcę Primost była informacją nieprawdziwą, a jako taka wprowadzała zamawiającego w błąd.

Jak wskazuje się w doktrynie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp zawiera w swojej treści kilka elementów, których spełnienie jest wymagane do stwierdzenia jego naruszenia. Zgodnie z ww. regulacją z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie

przedstawić wymaganych dokumentów, Aby możliwe było wykluczenie wykonawcy wszystkie ww. przesłanki muszą być spełnione łącznie. Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawcę chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to. Poza tym ta podstawa wykluczenia może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo jako kwalifikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna była przewidzieć ich skutki. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał uzasadnienia faktycznego ani nie przedstawił dowodów na potwierdzenie tego, że wykonawca Primost wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji, że jego działanie cechuje wina umyślna, w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym. Odwołujący nie wykazał również, że działanie ww. wykonawcy było wynikiem rażącego niedbalstwa.

Zgodnie natomiast z treścią z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dla zastosowania przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp niezbędne jest łączne spełnienie wszystkich wskazanych w nim przesłanek. Podstawą wykluczenia wykonawcy w oparciu o ww. przepis jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, przy czym nie musi być ono wynikiem działania umyślnego, ale wystarczające jest dopuszczenie się przez wykonawcę lekkomyślności lub niedbalstwa. Ustawodawca wymaga, aby wprowadzenie w błąd zamawiającego miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co oznacza, że wprowadzenie w błąd musi dotyczyć takich czynności zamawiającego, które wpływają na sytuację wykonawcy w postępowaniu, tj. na jego wykluczenie z postępowania, odrzucenie jego oferty bądź na jego szanse w uzyskaniu zamówienia (pozycję w rankingu ofert).

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, iż w przedmiotowej sprawie doszło do lekkomyślnego czy niedbałego działania wykonawcy Primost w związku z kwestionowanym warunkiem, a pomiędzy dokumentami i wyjaśnieniami złożonymi przez ww. wykonawcę nie doszło do powstania rozbieżności wskazujących na podanie nieprawdziwych informacji i wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z całą pewnością nie może o tym świadczyć fakt, że w wykazie robót wykonawca Primost podał jako wartość zrealizowanych robót kwotę: 9 806 005,88 zł brutto, która jest tożsama z wartością wynikającą z protokołów odbioru robót i która znalazła swoje potwierdzenie w informacjach uzyskanych przez zamawiającego. Również okoliczność, że ww. wartość robót obejmuje roboty niezbędne do zrealizowania w sposób kompletny obiektu mostowego nie może zostać uznana za równoznaczną z wprowadzeniem w błąd co do spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Dodowami złożonymi przez odwołującego w ramach przedmiotowej grupy zarzutów był plik dokumentów, zawierający pisma, przedmiary oraz ofertę pana W. K., złożony na okoliczność tego, że ww. wykonawca nie zrealizował robót dotyczących obiektu mostowego w zakresie wymaganym przez zamawiającego. W ocenie składu orzekającego z przedmiotowych dokumentów nie wynikało nic, ponad to co ustalił zamawiający, a co znalazło przełożenie w treści pisma z dnia 18 grudnia 2020 r. skierowanego do wykonawcy Primost, a szczególnie nie wynikała z nich jednoznacznie i w sposób niebudzący wątpliwości kwota robót, do których odnosiła się treść warunku. Skoro wcześniejsze ustalenia nie doprowadziły do potwierdzenia zarzutu, to również złożony na rozprawie przez odwołującego dowód nie mógł do tego doprowadzić.

Reasumując Izba uznała, że zarzuty naruszenia art. 24 ust. 4 i 24 ust. 1 pkt 16 Pzp oraz art. 24 ust. 4 i 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, należało oddalić.

Kolejne dwa zarzuty wskazane w odwołaniu tj. zawarte w pkt 3 i 4 *petitum* odwołania odnosiły się do niespełnienia przez wykonawcę Primost warunku udziału w postępowaniu. W zakresie przedmiotowych zarzutów w pierwszej kolejności skład orzekający zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią art. 22a ust. 1 Pzp, wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Przewidziana w ww. przepisie możliwość korzystania przez wykonawcę z zasobów podmiotów trzecich ma na celu umożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom, którzy sami nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, ale mając rzeczywisty dostęp do zasobów współpracujących z nimi podmiotów trzecich, będą w stanie należycie wykonać zamówienie publiczne. Kluczowe znaczenie w przedmiotowej sprawie stanowi ponadto przepis art. 22a ust. 4 Pzp, w którym ustawodawca wskazał, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów tylko wtedy, gdy podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Innymi słowy, jeżeli to podmiot trzeci spełnia warunek np. doświadczenia, jak to ma miejsce w rozpoznawanej sprawie, to ten podmiot trzeci ma realizować zamówienie w tym zakresie, w którym do należytego wykonania niezbędne jest doświadczenie opisane w warunku udziału w postępowaniu.

Kolejnym przepisem wartym wskazania w zakresie materii przedmiotowej sprawy, w tym przede wszystkim obu powyżej wskazanych zarzutów jest art. 22a ust. 6 Pzp. Jak słusznie, w ocenie Izby, wskazał wykonawca Primost opierając się na załączonej do pisma procesowego opinii – należy zwrócić uwagę nie tylko na ugruntowane orzecznictwo Izby i stanowisko UZP (wynikające z załączonych do odpowiedzi na odwołanie dokumentów), ale także na kolejne wyroki, z których wynika, że przepisy Pzp dają możliwość zmiany podmiotu trzeciego zgłoszonego na etapie składania oferty, w trakcie prowadzonej przez zamawiającego procedury weryfikującej posiadanie przez wykonawcę odpowiednich zdolności (zob. np. wyrok KIO z dnia 19 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2517/20). Kluczowe i godne uznania były też argumenty przedstawione przez Izbę w wyroku z dnia 7 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2153/19. Zdaniem Izby posłużenie się przez ustawodawcę wyrażeniem *zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami* przesądza, że w tym przypadku chodzi o powołanie się na zasoby nowego podmiotu trzeciego na etapie badania i oceny ofert. Ponadto skład orzekający Izby wskazał w uzasadnieniu wyroku, że *jak wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej „spoczywający na sądzie krajowym obowiązek odniesienia się do treści dyrektywy przy dokonywaniu wykładni i stosowaniu odpowiednich przepisów prawa krajowego jest ograniczony przez ogólne zasady prawa, w szczególności zasadę pewności prawa i zasadę niezdziałania prawa wstecz, i nie może służyć jako podstawa dla dokonywania wykładni prawa krajowego contra legem (tak w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 15 kwietnia 2008 r. C-268/06; podobnie w wyroku z dnia 16 czerwca 2005 r. w sprawie C-105/03). Przyjęcie stanowiska prezentowanego przez odwołujących stanowiłoby wykładnię contra legem, skoro w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp wyraźnie*

przewidziano uprawnienie wykonawcy do zastąpienia jednego podmiotu innym podmiotem trzecim, a nawet kilkoma takimi podmiotami, na etapie badania i oceny ofert. Należy również podkreślić, iż zasada pewności prawa ma bardzo istotne znaczenie w odniesieniu do procedury udzielania zamówień publicznych. Nie można zamawiającym zarzucać stosowania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego instytucji w sposób jednoznaczny uregulowany w przepisach ustawy Pzp. Z drugiej strony należy mieć na uwadze, iż zastosowanie określonej wykładni przepisów korzystne dla jednego wykonawcy, na ogół wywołuje skutek w odniesieniu do sfery interesów innego wykonawcy, w szczególności poprzez pozbawienie go możliwości uzyskania zamówienia. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż w obecnym stanie prawnym nie można wykonawcom odmówić skorzystania z uprawnienia w sposób jednoznaczny uregulowanego w przepisie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Do tej materii podobnie odnosili się inne orzeczenia jak np. wyrok z dnia 16 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 29/18 lub wyrok z dnia 21 listopada 2017 r., o sygn. akt KIO 2336/17, które w swoim piśmie wskazywał wykonawca Primost.

W dalszej kolejności, zdaniem Izby, ww. wykonawca trafnie przywołał treść wyroku z dnia 31 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 91/20, w którym podzielono pogląd wyrażony wcześniej w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym przepisy ustawy Pzp nie zawierają zakazu samodzielnego podejmowania przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia inicjatywy w zakresie składania dokumentów, nawet bez uprzedniego wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (tu w trybie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp). Może się bowiem zdarzyć sytuacja, w której zamawiający - pomimo wspomnianego obowiązku wezwania wykonawcy - czynności tej bezprawnie zaniecha, co nie tylko stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp, ale skutkować może negatywnymi konsekwencjami dla samego wykonawcy. Tym samym kwestię samodzielnego uzupełniania dokumentów i oceny jego skutków, należy rozstrzygać indywidualnie, w okolicznościach konkretnego stanu faktycznego (tak między innymi wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2017 r., sygn. akt: KIO 1597/17). W konsekwencji, uznać również należy, że w przypadku, gdy wykonawca samodzielnie dokonał przedmiotowej zmiany, obowiązkiem zamawiającego było wziąć pod uwagę złożone przez wykonawcę oświadczenie.

W świetle przedstawionego powyżej stanowiska, podjęcie przez wykonawcę Primost samodzielną inicjatywy w zakresie składania dokumentów, nawet bez uprzedniego wezwania ze strony zamawiającego oraz zaakceptowanie tego działania przez zamawiającego, w ocenie Izby nie doprowadziło do naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów. Ponadto Izba przyjęła za własne stanowisko wykonawcy Primost, który wskazał, że dokonane przez niego uzupełnienia odnosili się do zakresu wezwania zamawiającego i w tym zakresie dokumenty zostały uzupełnione. Zastąpienie podmiotu trzeciego innym podmiotem było możliwe, ponieważ ww. wykonawca już w ofercie deklaruwał, że będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego. Możliwość taka wynikała również z treści punktu 10.5 SIWZ, z której to możliwości ww. wykonawca skorzystał. W konsekwencji, Primost powołał się na zasoby Banimex jako nowego (zmienionego) podmiotu trzeciego w toku postępowania, na skutek badania i oceny spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu. W związku z tym należało uznać, że przepis art. 22a ust. 6 Pzp stanowi w konsekwencji podstawę wprowadzenia, w trakcie prowadzonej przez zamawiającego procedury weryfikującej spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, zmiany podmiotu trzeciego zgłoszonego na etapie składania oferty (w tym – jak przedstawiono już powyżej, również zmiany samodzielną). Z istoty tego przepisu wynika zatem, że udostępnienie wykonawcy odpowiednich zasobów następuje, gdy zasoby podmiotu trzeciego pierwotnie wskazanego w ofercie nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, czy też gdy wobec podmiotu trzeciego zachodzą podstawy wykluczenia.

Odwołujący oparł zarzut wskazany w pkt 4 na tym, że wykonawca Primost, dokonując zmiany podmiotu trzeciego, na zasobach którego polega, wskazał zakres podwykonawstwa, w sposób który zdaniem odwołującego, rozszerza ten zakres w stosunku do pierwotnie wskazanego i powinno to skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania z uwagi na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia, oraz że w związku z przedstawionym zakresem podwykonawstwa doszło do nieuprawnionej zmiany treści oferty.

Skład orzekający zauważył, że wykonawca Primost w swojej ofercie złożył oświadczenie, iż zamierza powierzyć podwykonawcom część robót branży mostowej. W zobowiązaniu pierwotnego podmiotu trzeciego jako zakres prac wskazano realizację części robót mostowych w charakterze podwykonawcy, tak samo oświadczone w zobowiązaniu zmienionego podmiotu trzeciego wpisując realizację części robót mostowych w charakterze podwykonawcy. Jak słusznie w ocenie Izby wywiódł Primost zarzut dotyczący nieuprawnionego rozszerzenia zakresu podwykonawstwa w zobowiązaniach podmiotów trzecich (pierwotnym i zmienionym) w stosunku do wskazanego w ofercie, był nieuzasadniony. W okolicznościach przedmiotowej sprawy skład orzekający przyjął, że miarą zmiany podmiotu trzeciego może być ustalenie, że wykonawcy zakładali udział podwykonawcy w realizacji zamówienia części robót mostowych, co powinno wynikać z treści oferty, a tak było w przedmiotowej sprawie. Nie wystąpiło przy tym, podnoszone przez odwołującego, rozszerzenie zakresu podwykonawstwa. Nie wystąpiła bowiem sytuacja, w której drugi z podmiotów trzecich, zastępujący pierwotnie występującego, zostałby wprowadzony dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w szerszym zakresie niż to miało miejsce w przypadku pierwszego podmiotu, na zasobach którego wykonawca polegał. Należy przy tym zauważyć, że zamawiający zwrócił się do Primost m.in. o wskazanie, jaki będzie zakres prac powierzanych do wykonania panu W. K., a Primost stosując się do wezwania o wyjaśnienia takie prace wskazał. W tym aspekcie odwołujący zarzucił, że te wyjaśnienia wykonawcy pozostają bez znaczenia dla oceny adekwatności udostępnienia zasobów, nie mogą modyfikować treści zobowiązania. Odwołujący pominął jednak fakt, że zobowiązanie pierwotnego podmiotu trzeciego mogłoby być przedmiotem uzupełnienia, w wyniku którego Primost mógłby przedstawić zobowiązanie podmiotu trzeciego (pana W. K.) zawierające uszczegółowienie, jakie roboty branży mostowej zamierza on wykonać w charakterze podwykonawcy. Przepisy Pzp co do zasady dają bowiem wykonawcom szansę sanowania nieprawidłowości w złożonych oświadczeniach lub dokumentach, w tym w zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby. Nie można było także zgodzić się ze stwierdzeniem odwołującego, jakoby przywołane wyjaśnienia Primost pozostają w jawnej sprzeczności z treścią złożonej przez tego wykonawcę oferty oraz z treścią zobowiązania Pana W. K., które do oferty zostało załączone. W ocenie składu orzekającego nie doszło w powyższym zakresie do sprzeczności, ponieważ w ofercie wykonawca wskazał na to, że zamierza powierzyć podwykonawcy (panu W. K.) część robót branży mostowych, a w zobowiązaniu ten podmiot trzeci (podwykonawca) zobowiązał się do realizacji części robót branży mostowej w charakterze podwykonawcy. Zakres prac wskazany do wykonania przez pierwotny podmiot trzeci (pana W. K.), jak i zakres prac do których wykonania zobowiązał się zmieniony podmiot trzeci (Banimex) był tożsamy. Tym bardziej zatem, w analizowanym przypadku nie można mówić o zmianie oferty, lecz raczej była to sytuacja dotycząca co najwyżej uszczegółowienia treści zobowiązania w relacji do literalnego brzmienia warunku oraz powiązania go z treścią wykazu robót budowlanych.

W wyroku z dnia 17 września 2019 r., sygn. akt KIO 1719/19 Izba podniosła, że określenie kto konkretnie będzie

podwykonawcą (i zarazem udostępniającym zasoby) jest okolicznością, która podlega zmianie również niezależnie od woli wykonawcy. Z tego względu za uzasadnione należy uznać umożliwienie wykonawcy zmiany w toku postępowania podmiotu udostępniającego zasoby, o ile taki nowy podmiot wykazuje brak podstaw do wykluczenia i spełnia dotyczące go warunki udziału w postępowaniu. Interpretacja odwołującego zastosowana w odniesieniu do korzystania z zasobów podmiotu trzeciego uniemożliwiałaby zmianę takiego podmiotu, dopuszczoną wprost przepisem art. 22a ust. 6 Pzp. Wykonawca, który w toku badania i oceny ofert dokonuje zmiany podmiotu, na którego zasobach polega, nie podlega wykluczeniu, jeśli przedstawione przez niego dokumenty potwierdzają dysponowanie doświadczeniem wymaganym w SIWZ. Nie powinno wywoływać wątpliwości, że oświadczenia dotyczące udziału podmiotu trzeciego mogą ulegać korekcie w toku badania spełniania warunku udziału w postępowaniu, czego nie należy utożsamiać z prowadzeniem negocjacji zmierzających do ustalenia nowej treści oferty. Zmiana podmiotu trzeciego często z założenia prowadzić musi do modyfikacji oświadczenia złożonego pierwotnie w ofercie, co do udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu części zamówienia w części, do której realizacji potrzebne są zdolności podmiotu trzeciego.

Niezależnie od powyższego odnosząc się do twierdzenia odwołującego, jakoby udział podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia musiał dotyczyć w istocie jego całości (czy też jak w innym miejscu odwołania podnosi niemal 100%) całego zamówienia, nie znajduje uzasadnienia w przepisach Pzp. Dyspozycja wynikająca z przepisu art. 22a ust. 4 Pzp wymaga bezpośredniego uczestnictwa w realizacji zamówienia przez podmiot, na którego zdolnościach polega dany wykonawca (por. wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2480/18, wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2677/17), ale nie przesądza o tym, że ma to być realizacja w całości.

Rodzaje robót, jakie ma wykonać podmiot udostępniający należy uznać za kluczowe dla roboty z zakresu robót mostowych. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że podmiot trzeci wykona, zgodnie z zobowiązaniem, w charakterze podwykonawcy część robót mostowych, przy czym część ta stanowi niewątpliwie znaczny (przeważający) oraz kluczowy dla realizacji zamówienia zakres robót budowlanych.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że podmiot na zdolności którego powołuje się wykonawca nie musi wykonać sam zakresu zamówienia, do którego wykonania wymagane są te zdolności. Jednocześnie jednak udział jego nie może pozostać symboliczny, niewielki w stosunku do całości wykonywanych robót budowlanych. Nie sposób przy tym ustalić jednego poziomu – choćby procentowego – udziału podmiotu w wykonywaniu zamówienia, który zagwarantuje, że warunek zostanie uznany za spełniony. Wszystko zależy od okoliczności faktycznych konkretnej sprawy, w tym od przedmiotu zamówienia oraz postawionych warunków udziału w postępowaniu. W oparciu o całokształt treści oferty oraz dokumentów postępowania zamawiający winien dokonać oceny, czy zakres realizacji zamówienia przez taki podmiot jest realny i gwarantuje prawidłową realizację zamówienia przez posiadający wymagane kwalifikacje podmiot. W przedmiotowej sprawie odwołujący *de facto* dążył do tego, aby w treści zobowiązania podmiotu trzeciego został wymieniony cały zakres rzeczowy przedmiotowego zamówienia. Takie stanowisko uznać należy za niezasadne. Prowadziłoby to bowiem do nieuprawnionego zrównania warunków udziału w postępowaniu z zakresem przedmiotowym zamówienia. Odróżnić ponadto należy warunek posiadania doświadczenia od przedmiotu zamówienia publicznego, o którego wykonanie ubiega się dany wykonawca, ponieważ zamawiający nie musi oczekiwać i w tym konkretnym wypadku nie żądał wykazania się przez wykonawcę identycznym zakresem prac, który został przewidziany do wykonania w ramach zamówienia publicznego. Warto przy tym wskazać, że wcześniejsze doświadczenie ma dawać rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego i to sam zamawiający ocenia, jakie doświadczenie stanowi wystarczającą podstawę do tego, aby wykonawca wykazał się określonymi zdolnościami.

Wobec powyższego, Izba nie znalazła podstaw do uznania, że przedstawione zobowiązanie podmiotu trzeciego, a w szczególności jego zakres, miałby w jakikolwiek sposób okazać się niewystarczający dla wykazania spełnienia przez Primost warunku udziału w postępowaniu, względnie do zapewnienia mu możliwości adekwatnego korzystania z zasobów Banimex.

Skład orzekający zwrócił uwagę na dowód złożony przez wykonawcę Primost w postaci porozumienia z dnia 7 września 2020 roku, zawartego pomiędzy Primost a podmiotem trzecim poprzednio udostępniającym mu swoje zasoby – panem W. K. Jak wynikało z treści przedmiotowego porozumienia pan W. K. zobowiązał się do zawarcia z wykonawcą Primost umowy o roboty budowlane w zakresie robót mostowych obejmujących:

- a) wyburzenie obiektów budowlanych i inżynierskich;
- b) bariery stalowe ochronne;
- c) ekrany akustyczne;
- d) fundamentowanie;
- e) zbrojenie;
- f) beton;
- g) montaż prefabrykowanych belek sprężonych;
- h) kotwy kap;
- i) pokrywanie powłokami malarskimi;
- j) izolację bitumiczną wykonaną na zimno;
- k) izolację z papy termozgrzewalnej;
- l) nawierzchnię jezdni - warstwa wiążąca;
- m) odwodnienie;
- n) łóżyska;
- o) urządzenia dylatacyjne;
- p) elementy zabezpieczające;
- q) zabezpieczenie antykorozyjne powierzchni betonowych;
- r) umocnienie stożków przyczółków;
- s) zabezpieczenie powierzchni betonowych przed graffiti;
- t) naprawę powierzchni betonowych zaprawami PCC;
- u) iniekcję rys i pęknięć.

Wskazany zakres robót koresponduje z zakresem robót wskazanym przez Primost w pisemnych wyjaśnieniach z dnia 16 listopada 2020 r., skierowanych do Zamawiającego. Dodatkowo podkreślić należy również, że zakres podwykonawstwa Banimex pozostaje identyczny do zakresu, który miał wykonywać pan W. K. jako podmiot pierwotnie udostępniający swoje zasoby. Tym samym, zakres robót budowlanych, które wykonawca Primost wskazał w pisemnych wyjaśnieniach z dnia 16 listopada 2020 r. – wbrew twierdzeniom odwołującego – nie był sprzeczny z treścią pierwotnie złożonej oferty, której podstawę w zakresie powierzenia prac podmiotowi udostępniającemu zasoby stanowiło wskazane wyżej porozumienie z dnia 7 września 2020 r.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) oraz w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp.

Jeśli chodzi o zarzut zawarty w pkt 6 skład orzekający przyjął za własną argumentację podnoszoną przez zamawiającego i wykonawcę Primost.

W związku z tym podkreślić należy, że Primost powołał się na zasoby Banimex jako nowego (zmienionego) podmiotu trzeciego w toku postępowania, na skutek badania i oceny spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu. Podmiot ten wprawdzie był jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu, ale uplasował się na dalszej pozycji (tj. piątej). Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania lub uznania za nieprawdziwego stanowiska wykonawcy Primost wskazującego, że współpracę z nowym podmiotem udostępniającym zasoby nawiązał dopiero po otrzymaniu pisma od zamawiającego o braku uznania referencji poprzedniego podmiotu udostępniającego, a tym samym zarzut jakoby doszło do zмовы przetargowej, Izba uznała za niepotwierdzony w okolicznościach przedmiotowej sprawy. Skład orzekający nie doszukał się także dowodu na istnienie niedozwolonego porozumienia. Izba doszła do przekonania, że zamawiający nie mógłby rozstrzygać na podstawie jedynie podejrzeń i wątpliwości innego podmiotu na niekorzyść wykonawcy. Zamawiający powinien posiadać jednoznaczny dowód, konkretne ustalenia dokonane chociażby na podstawie potwierdzonych okoliczności, czy wynikających z dowodów pośrednich, że ma do czynienia z zakłóceniem uczciwej konkurencji. Za taki dowód choćby pośredni nie można było uznać, w okolicznościach niniejszej sprawy, samego tylko udziału wykonawcy Banimex jako jednego z wykonawców w postępowaniu. Skład orzekający zwrócił uwagę na wyrok z dnia 14 września 2018 r., sygn. akt KIO 1441/18, KIO 1462/18, w którym uznano, że okoliczność, iż po terminie składania ofert, wykonawca sklasyfikowany na dalszej pozycji w rankingu ofert, udostępnia swoje zasoby wykonawcy sklasyfikowanemu wyżej w rankingu ofert, nie zakłóca konkurencji w postępowaniu. Nie dochodzi bowiem do zmiany w pierwotnym rankingu ofert.

Ponadto jak słusznie wskazał wykonawca Primost, w wyroku KIO z dnia 6 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1409/19 podniesiono, że zмова przetargowa jest jednym z najostrzejszych przejawów nieuczciwej konkurencji zatem dowody na jej istnienie nie mogą pozostawiać wątpliwości co do istnienia zмовы. Dowodami takimi może być np. Decyzja Prezesa UOKiK o stwierdzeniu zмовы przetargowej czy wyrok sądu powszechnego. Tym bardziej dowody poszlakowe – muszą być na tyle silne aby dawały jednoznaczną podstawę do jej stwierdzenia. Tymczasem odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, na to że Primost nawiązał współpracę z Banimex nie w dobrej wierze i nie na warunkach rynkowych, a celem jej miało być ograniczanie konkurencji.

Po raz kolejny skład orzekający zwraca uwagę na fakt, że do powołania się na zasoby nowego podmiotu doszło w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Do udostępnienia doświadczenia przez zmieniony podmiot trzeci doszło po złożeniu ofert, data udostępnienia nie mogła być inna niż data faktycznego udostępnienia przez nowy podmiot, skoro czynność ta nastąpiła w toku badania ofert, na wezwanie zamawiającego do wyjaśnień.

Odwołujący wskazał, jako główny argument potwierdzający zarzut, na decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30 grudnia 2014 r. znak: DOK-410-2/13/MF. Zdaniem odwołującego jakkolwiek decyzja ta z powodów formalnych została później uchylona (wyłącznie z uwagi na przekroczenie terminu wszczęcia postępowania antymonopolowego przez Prezesa Urzędu), to jednak stanowisko w niej wyrażone pozostaje aktualne i adekwatne do oceny stanu faktycznego niniejszej sprawy. Skład orzekający stwierdził, akceptując w tym zakresie argumentację zamawiającego i Primost, że stanowisko odwołującego było nieuprawnione i stanowiło wyraz błędnej interpretacji treści ww. decyzji. Analiza stanu faktycznego będącego podstawą przywołanej decyzji prowadziła bowiem do wniosku o jego odmienności od stanu faktycznego niniejszej sprawy. Wskazać chociażby należy, że – jak wynika z jej tezy 24 – przed upływem terminu złożenia ofert w przetargu, doszło do zainicjowania współpracy pomiędzy T. – przedsiębiorcą działającym na rynku sterowania ruchem kolejowym – i Q., który dotychczas nie prowadził działalności na rynku sterowania ruchem kolejowym. Ustalono też (teza 26), że w toku negocjacji dotyczących współpracy przedsiębiorców w zakresie przygotowania oferty podwykonawczej, T. poinformował Q., że będzie również składał oddzielną ofertę w przetargu jako wykonawca. Na nieadekwatność sprawy objętej ww. decyzją do sytuacji mającej miejsce w postępowaniu, wskazują także dalsze informacje szczegółowe, zawarte w decyzji.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp.

Ostatnia grupa zarzutów odnosiła się do zagadnienia rażąco niskiej ceny i została określona w pkt 5 i 7 *petitum* odwołania.

W pierwszej kolejności należy wyjaśnić, że zamawiający wezwaniem z dnia 22 października 2020 r. skierował do wykonawcy Primost prośbę o wyjaśnienie cen jednostkowych zaoferowanych w kosztorysie ofertowym w odniesieniu do pozycji T.2.1, T.3.4.2, T.3.4.10, T.3.17.1, T.3.23.1, T.3.28.1, T.3.33.1, T.3.36.1, T.3.39.1, T.3.39.2, T.3.41.1, T.3.44.1, T.3.44.2, tj. łącznie 13 pozycji, zadając w tym celu szereg szczegółowych pytań dotyczących przyjętych przez ww. wykonawcę metod wyceny. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Primost złożył wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 26 października 2020 r., odnosząc się oddzielnie do każdej wskazanej przez zamawiającego pozycji kosztorysu oraz załączając dokumenty w postaci: wykazu kadr wraz z oznaczeniem stanowiska, wykazu sprzętu, maszyn i pojazdów własnych, a także dokumenty potwierdzające prawidłowe ukończenie dotychczas realizowanych kontraktów, jak również oferty podwykonawców.

Po dokonaniu analizy wyjaśnień wykonawcy Primost, które zostały poparte stosownymi dowodami oraz mając na uwadze argumentację odwołującego, która nie została poparta żadnymi dowodami i pozostała gołosłowna, skład orzekający uznał, że ww. wykonawca w sposób adekwatny do treści wezwania i poparty stosownymi dokumentami wyjaśnił zamawiającemu, że w zaoferowanej cenie uwzględnił wymogi wynikające z dokumentacji, a w szczególności takie elementy jak:

- odpowiednią ilość i zaangażowanie potencjału sprzętowego i osobowego, niezbędnego do prawidłowej i terminowej realizacji zamówienia tj. 2 do 3 brygad ośmioosobowych wraz z zapewnieniem wszelkiego wymaganego sprzętu oraz urządzeń;

- wynagrodzenia pracowników, którzy zostaną zatrudnieni przy realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę na poziomie nie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami prawa. Jak zostało to wskazane, Primost przyjął stawkę za roboczogodzinę na poziomie 47 zł brutto;

- wyjaśnił również, że wszelkie oferty otrzymane od podwykonawców, dostawców oraz usługodawców w związku z postępowaniem skalkulowane zostały na podstawie dokumentacji przetargowej w tym w szczególności specyfikacji technicznych, projektu budowlanego oraz wykonawczego.

Odwołujący wskazywał na szereg braków czy też okoliczności, których wykonawca Primost nie wskazał w swoich wyjaśnieniach (str. 22 odwołania). Skład orzekający stwierdził, że wskazywane przez odwołującego braki nie były *stricto*

przedmiotem wezwania zamawiającego z dnia 22 października 2020 r. Ponadto stanowisko odwołującego było tak skonstruowane, że zmierzało do podważenia złożonych przez Primost wyjaśnień w kontekście całości zaoferowanej ceny. Odwołujący wskazując na braki w wyjaśnieniach Primost wymieniał np. brak podania kosztów materiałów i urządzeń, przewidywanych kosztów dostawy (transportu), kosztów sprzętu, kosztów ogólnych czy też innych kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Stanowisko odwołującego w tym zakresie, w ocenie Izby, zupełnie rozminęło się z treścią i zakresem wezwania do wyjaśnień. Po raz kolejny należy przypomnieć, że zamawiający wyraźnie wskazał w treści wezwania, iż jego wątpliwości budziły ceny jednostkowe zaoferowane przez Primost w kosztorysie ofertowym w odniesieniu do konkretnych pozycji. Wykonawca Primost udzielił wyjaśnień w zakresie wymaganym przez zamawiającego, a sugerowanie rozszerzenia tego zakresu Izba uznała za nieadekwatne do ustalonego stanu sprawy.

Ponadto podnoszony przez odwołującego fakt pominięcia w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny okoliczności korzystania przez Primost z doświadczenia innego podmiotu, miał charakter irrelevantny, ponieważ kwestia ta nie była przedmiotem wezwania z dnia 22 października 2020 r.

Izba uznała także, że odwołujący nie sprostował również ciężarowi wykazania, że zamawiający powinien był powziąć wątpliwości skutkujące koniecznością ponownego wezwania wykonawcy Primost do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny.

W tym kontekście należy wskazać po raz kolejny, że wezwanie odnoszące się do rażąco niskiej ceny dotyczyło konkretnych pozycji, czyli wyłącznie w takim zakresie budziło wątpliwości zamawiającego i wątpliwości te zostały wyjaśnione. Jak wynika z powyżej wskazanego uzasadnienia, Izba nie dopatrzyła się w tym zakresie naruszeń w kontekście zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny.

Ponadto skoro Izba uznała, że zamiana przeprowadzona przez Primost (z pana W. K. na Banimex) nie naruszała treści art. 22a ust. 6 Pzp, a także nie potwierdziły się pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu to, wobec bierności odwołującego w zakresie podnoszonej argumentacji w ramach zarzutu ewentualnego, jedynym racjonalnym wnioskiem jaki mógł się nasunąć był taki, że Banimex znał realia sprawy na moment negocjacji z Primost w sprawie możliwości zmiany podmiotu udostępniającego zasoby i z własnej woli zgodził się udostępnić zasoby i być podwykonawcą, na warunkach analogicznych lub zbliżonych jak wcześniejszy podmiot.

Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz zarzut ewentualny, tj. naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 22a ust. 6 Pzp, podniesiony z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie złożonej na rozprawie faktury.

Przewodniczący:.....

.....
.....