Sygn. akt: KIO 270/21

WYROK

z dnia 2 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **MMT IDEA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Tczewie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu;**

przy udziale wykonawcy **Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Miejskiemu Przedsiębiorstwu Komunikacyjnemu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej połączone z ponowną oceną ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty wykonawcy MMT IDEA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Tczewie.

1.Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** i:

1.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MMT IDEA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Tczewie,** tytułem wpisu od odwołania,

1.2zasądza od zamawiającego **Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz wykonawcy **MMT IDEA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Tczewie** kwotę **18 665 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset sześćdziesiąt pięć złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 i 580 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 Odwoławczejdo Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……..

Sygn. akt KIO 270/21

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający" lub „MPK") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.), zwanej dalej: „ustawą" lub „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pt. „Konserwacja i utrzymanie w pełnej sprawności technicznej sieci trakcyjnej tramwajowej i wyposażenia towarzyszącego na terenie miasta Wrocławia w okresie od 1.1.2021 do 31.12.2021".

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 października 2020 r. pod nr 2020/S 207-504222.

W dniu 25 stycznia 2021 r. wykonawca MMT IDEA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Tczewie (dalej: „Odwołujący" lub „MMT IDEA") wniósł na podstawie art. 514 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) - zwane dalej: „Nustawą" lub „NPzp") wniósł odwołanie wobec:

1.niezgodnej z przepisami ustawy czynności wykluczenia Odwołującego, z powodu rzekomego niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy Odwołujący warunki te spełnia oraz wykazał to spełnianie;
2.niezgodnej z przepisami ustawy czynności odrzucenia oferty Odwołującego (jak również uznania oferty za odrzucona), ponieważ Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania, a zatem jego oferta nie może zostać uznana za odrzuconą, a tym bardziej oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu;
3.niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej - oferty spółki Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Przystępujący" lub „ZSiZ", podczas, gdy oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą;
4.zaniechania wezwania Odwołującego do poprawienia wykazu usług oraz złożenia dokumentów w sytuacji, gdy Zamawiający po wyjaśnieniach Odwołującego nabrał wątpliwości, co do spełniania warunków udziału w

postępowaniu, do której to czynności Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji bezpodstawne wykluczenie Odwołującego, za niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy Odwołujący prawidłowo wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu powołując się na zasoby podmiotu trzeciego, który również w sposób prawidłowy wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 24 ust, 4 ustawy (błędnie przywołanego przez Zamawiającego jako art, 24 ust. 1 pkt 4 ustawy) przez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji bezpodstawne uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, podczas gdy Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania;
3. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy przepis ten nie ma zastosowania w niniejszym postępowaniu, jak również nie ma podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, ponieważ nie podlega on wykluczeniu;
4. art. 91 ust. 1 ustawy przez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji dokonanie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę ZSiZ, podczas gdy oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą;

ewentualnie z ostrożności procesowej na wypadek nieuwzględniania zarzutów od 1 do 3:

5. [zarzut ewentualny] art. 26 ust. 3 ustawy przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania Odwołującego do poprawienia „Wykazu usług" oraz złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług, w przypadku, gdy Zamawiający po udzielonych przez Odwołującego wyjaśnieniach miał dalsze wątpliwości, co do spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego.

Mając na względzie opisane wcześniej zarzuty, Odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie odwołania w całości;
- przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania (w szczególności treści SIWZ, oferty Odwołującego, wezwań Zamawiającego oraz wyjaśnień i dowodów składanych przez Odwołującego, pism, dokumentów i oświadczeń znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), a w szczególności wskazanych w treści odwołania;
- unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego oraz uznania jego oferty za odrzuconą;
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- z ostrożności, w przypadku uwzględnienia zarzutu ewentualnego - nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do poprawienia „Wykazu usług" oraz złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług;
- nakazanie Zamawiającemu ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu (w tym oferty Odwołującego);
- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wykonawca MMT IDEA podnosił m. in., że:

1. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Odwołujący wyjaśniał, że powołał się skutecznie na zasoby podmiotu trzeciego, tj. firmy PUH RAJBUD Sp. z o.o z siedzibą w Szymbarku (dalej: „RAJBUD"), która zrealizowała, jako jedyny wykonawca zamówienie publiczne pn. „Utrzymanie infrastruktury torów tramwajowych oraz urządzeń i instalacji elektroenergetyki trakcyjnej tramwajowej na terenie miasta Gdańska na rzecz Gminy Miasta Gdańsk" w imieniu, którego działał Gdański Zarząd Dróg i Zieleni – dalej: „GZDiZ". Potwierdzeniem realizacji ww. usługi były protokoły odbioru usług podpisane przez poprzedniego zamawiającego, a w związku z wątpliwościami Zamawiającego - również auto referencje firmy RAJBUD ze względu na czas oczekiwania na dokument referencji, który nie został na czas wydany przez GZDiZ. Dodatkowo Zamawiający potwierdził prawidłowość wykonania w/w usług samodzielnie u źródła przez skierowanie zapytania bezpośrednio do poprzedniego zamawiającego. Jedyne zastrzeżenie, które poczynił Zamawiający w stosunku do ww. usług i które legło u podstaw decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania był fakt, że firma RAJBUD podczas realizacji przedmiotowego zamówienia korzystała z usług podwykonawcy, tj. PBE ELBUD GDAŃSK S.A. (dalej: „ELBUD' Zdaniem Zamawiającego, korzystanie z pomocy podwykonawców, wyklucza nabywanie zdolności (wiedzy i doświadczenia), przez samego wykonawcę.

Z powyższą tezą Odwołujący się nie zgadzał. W jego ocenie zapatrywanie takie nie ma żadnej podstawy w ustawie. Jego zdaniem na uwagę zasługuje brzmienie nowego rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415), a to przepisu § 9 ust. 3 pkt 2, odnoszącego się do doświadczenia nabytego przez wykonawcę wespół z innymi wykonawcami, zgodnie, z którym jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz dotyczy usług, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy. Odwołujący wskazywał, że powyższe rozporządzenie stanowi wyraz uwzględnienia w polskim porządku prawnym wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 roku (C-387/14) w sprawie Esaprojekt a zatem regulacją tą prawodawca w pełni uregulował powyższe zagadnienie, co wynika przede wszystkim z uzasadnienia do projektu rozporządzenia.

Zdaniem Odwołującego zarówno z brzmienia przepisu, jak również z brzmienia uzasadnienia wynika, że celem prawodawcy było uregulowanie sytuacji powoływania się na zasoby nabyte „wspólnie z innymi wykonawcami" to jest „doświadczenie konsorcjum". W żadnym miejscu przepisu, ani uzasadnienia prawodawca nie odnosił powyższych reguł do stosunku wykonawca - podwykonawca, a wyłącznie do stosunków konsorcjalnych. Jakkolwiek powyższa regulacja nie ma zastosowania w niniejszym stanie faktycznym, do którego stosuje się ustawę, to jednak wydźwięk nowych przepisów wskazuje na jasną intencję prawodawcy, który w sposób ścisły odnosi się do zapadłego wyroku Trybunału Sprawiedliwości, nie ujmując regulacją stosunku wykonawca - podwykonawca (co czyni Zamawiający).

Odwołujący stwierdził, że zapatrywanie prezentowane przez Zamawiającego nie wynika również w żadnej sposób z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości ani orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, które to judykaty zapadały wyłącznie w stanach faktycznych odnoszących się do konsorcjów (wykonawców wspólnie realizujących zamówienie), a nie do pojedynczych wykonawców, którzy korzystają jedynie z usług podwykonawców, jednocześnie sprawując nadzór i kontrolę nad prawidłowością wykonania całego zamówienia oraz ponoszących wyłączną odpowiedzialność przed zamawiającym za ewentualne uchybienia podczas realizacji zamówień. Niemniej jednak, nawet wyroki zapadłe na kanwie wspólnej realizacji zamówień przez konsorcjantów wskazują, że dla nabycia wiedzy i doświadczenia nie jest konieczne samodzielne wykonanie całego zakresu, ale udział w realizacji takiego zakresu.

Kolejno Odwołujący podnosił, że udział RAJBUD w realizacji usług referencyjnych był istotny i dzięki temu udziałowi podmiot ten nabył wiedzę i doświadczenie wymagane przez Zamawiającego. RAJBUD, jako samodzielny wykonawca realizował poprzednie zamówienie przy pomocy podwykonawców, niemniej jednak RAJBUD nadzorował i kierował wszelkimi pracami i usługami wykonywanymi przez swoich podwykonawców (o czym świadczą podpisy Pana mgr. inż. S. S. - kierownika robót - na protokołach odbiorów potwierdzających prawidłową realizację usługi). Z samego faktu, że na protokołach tych widnieją również podpisy podwykonawcy nie świadczy o fakcie, że to podwykonawca był jedynym podmiotem odpowiedzialnym za świadczenie usług.

Odwołującemu wyjaśniał, że nie jest znana treść zapytania Zamawiającego oraz odpowiedzi udzielonej przez poprzedniego zamawiającego, stąd Odwołujący nie może podjąć ewentualnej polemiki z ww. stanowiskami, ponieważ nie zostały one przekazane Odwołującemu przez Zamawiającego. Niemniej jednak kierownictwo i nadzór RAJBUD podczas realizacji usług przez podwykonawcę ELBUD powoduje, że RAJBUD nabył niezbędną wiedzę i doświadczenie podczas realizacji usług referencyjnych, a zatem stanowisko Zamawiającego jest błędne i nie powinno doprowadzić do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

2.Zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp.

Odwołujący stwierdził, że ww. zarzut stanowi uzupełnienie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy. Zamawiający w informacji o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty powołuje się na normę art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy, jednak jak się wydaje, Zamawiający na ma myśli przepis art. 24 ust. 4 ustawy. Pokłosiem uwzględnienia zarzutu opisanego powyżej powinna zostać uznana za niezasadną również czynność uznania oferty Odwołującego za odrzuconą, skoro sam Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania, ponieważ w sposób prawidłowy wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

3.Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zdaniem wykonawcy MMT IDEA posłużenie się przez Zamawiającego normą art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w postępowaniu jednoetapowym (przetargu nieograniczonym) jest całkowicie niezrozumiałe, bowiem norma ta odnosi się wyłącznie do postępowań kilkuetapowych, w których wykluczenie wykonawcy następuje na poprzednim etapie postępowania, a wykonawca taki próbuje złożyć ofertę na kolejnym etapie. W rozpoznawanej sytuacji zastosowanie powyższego przepisu przez Zamawiającego jest całkowicie bezzasadne.

4.Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp.

Odwołujący stwierdził, że w związku z błędnymi czynnościami i zaniechaniami Zamawiającego, dokonał on wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza w postępowaniu, taką, bowiem ofertą jest oferta Odwołującego, która w sposób niezgodny z przepisami ustawy została odrzucona z postępowania, a sam Odwołujący, wbrew regulacjom ustawy został z postępowania wykluczony. W związku z powyższym uwzględnienie odwołania i „przywrócenie" Odwołującego (i jego oferty) do postępowania winno spowodować unieważnienie dokonanego wyboru oraz ponowny wybór (z uwzględnieniem oferty Odwołującego), a w konsekwencji uznanie oferty Odwołującego za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu.

5.Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp.

Z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów nr 1-3 Odwołujący sformułował zarzut ewentualny dotyczący naruszenia przez Zamawiającego normy art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie jego zastosowania przez brak wezwania Odwołującego do poprawienia złożonego „Wykazu usług" oraz złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wskazanych usług. W sytuacji, gdy zdaniem Zamawiającego złożony wykaz (w zakresie udostępnionych zasobów) nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, to zgodnie z kategorycznym brzmieniem art. 26 ust. 3 ustawy, był on zobowiązany do wezwania Odwołującego do jego poprawienia. Zdaniem wykonawcy MMT IDEA nie może ujść uwadze, że wezwanie do złożenia dokumentów oraz udzielenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 oraz udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 21 grudnia 2020 r., w zakresie, w jakim odnosi się do wątpliwości Zamawiającego odnośnie wskazanej usługi referencyjnej, nie jest wezwaniem do poprawienia wykazu oraz złożenia dokumentów, ale jest wezwaniem do udzielenia wyjaśnień (zwraca są do wykonawcy o wskazanie zakresu prac, jaki rzeczywiście wykonywał podmiot trzeci, tj. RAJBUD przy realizacji przedsięwzięcia dotyczącego utrzymania urządzeń i instalacji elektroenergetyki trakcyjnej tramwajowej na terenie miasta Gdańska).

Zdaniem Odwołującego w tym stanie rzeczy bez znaczenia pozostaje fragment zawarty na stronie czwartej cytowanego pisma: *W sytuacji, gdy Wykonawca, który powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, nie jest w stanie potwierdzić dysponowania przez dany podmiot trzeci niezbędnym doświadczeniem i lub nie potwierdzi spełniania warunku udziału w postępowaniu lub nie potwierdzi braku podstaw do jego wykluczenia, Zamawiający na mocy art. 22a ust. 6 ustawy wzywa Wykonawcę do samodzielnego wykazania wymaganego doświadczenia lub zastąpienia tego podmiotu trzeciego innym podmiotem trzecim, w terminie wskazanym w niniejszym wezwaniu,* ponieważ zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej rolą Zamawiającego jest precyzyjne wskazane w wezwaniu czego ma ono dotyczyć (niedopuszczalne są wezwania fakultatywne na zasadzie: „albo do udzielenia wyjaśnień albo do poprawienia/uzupełnienia/złożenia"), jak również to rolą Zamawiającego jest weryfikacja spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, nie zaś rolą wykonawców jest samodzielne ocenianie przez siebie spełniania tych warunków (niedopuszczalne są wezwania na zasadzie: „jeśli wykonawca uważa, że nie spełnia warunków udziału, to powinien dokonać poprawy/uzupełnienia/złożenia").

Odwołujący stwierdził, że w tym stanie faktycznym wezwanie Zamawiającego do poprawienia „Wykazu usług" oraz złożenia dokumentów nie naruszałoby zasady jednokrotności takiego wezwania, ponieważ zgodnie z

orzecznictwem Izby jednokrotność odnosi się do takiego samego zakresu informacji i takiego samego błędu lub braku. W niniejszej sytuacji Zamawiający nie formułował wcześniej wezwania do poprawienia „Wykazu usług", a Odwołujący go nie zmieniał. W związku z powyższym, jeśli w wyniku udzielonych wyjaśnień, do których Zamawiający wezwał Odwołującego, Zamawiający nie uznał, że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, to winien wezwać go w trybie art 26 ust, 3 ustawy do poprawienia „Wykazu usług" oraz złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług.

Odwołujący stwierdził, że wyłącznie prawidłowa czynność Zamawiającego umożliwiłaby Odwołującemu dokonanie określonych czynności poprzez (a) złożenie wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń (wykazu) oraz dokumentów (referencji), mając na uwadze zakaz samodzielnego uzupełniania dokumentów w postępowaniu przez wykonawców albo (b) zaskarżenie powyższego wezwania odwołaniem do Krajowej Izby Odwoławczej gdyby Odwołujący nie zgadzał się z podjętą przez Zamawiającego czynnością wezwania go do poprawienia/uzupełnienia. W obecnej sytuacji Odwołujący nie miał podstaw do ewentualnego odwołania od czynności Zamawiającego wezwania go do wyjaśnień, ponieważ Zamawiający w każdym przypadku ma prawo mieć wątpliwości i żądać od wykonawców stosownych wyjaśnień z założeniem jednak, że w przypadku, jeśli poczynione przez wykonawców wyjaśnienia potwierdzą wątpliwości Zamawiającego, winien on następczo wezwać wykonawców do dokonania określonych działań poprawienia, uzupełnienia, złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Zamawiający odpowiedział na złożone odwołanie na piśmie, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości oraz przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w dokumentacji postępowania.

W uzasadnieniu pisma Zamawiający odpowiedział na postawione przez Odwołującego zarzuty uznając, że wszystkie są bezzasadne.

1.Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Zamawiający stał na stanowisku, że przedstawione przez Odwołującego informacje i dokumenty nie wykazują spełnienia warunku postawionego w postępowaniu polegającego na wykonaniu usługi, związanej z konserwacją i utrzymaniem sieci trakcyjnej, o łącznej wartości nie niższej niż 1.000.000,00 zł brutto (słownie: jeden milion złotych 00/100). Wobec powyższego faktu Zamawiający, po dwukrotnym bezskutecznym wezwaniu Odwołującego do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, wykluczył wykonawcę z postępowania.

Zamawiający stwierdził, że w SIWZ w jasny i precyzyjny sposób określił warunek udziału w postępowaniu, który miał na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku, do którego ze względu na sytuację podmiotową zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia. To na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne spoczywa ciężar udowodnienia, iż spełnia warunki udziału, o których mowa w art. 22 ust. 1b Pzp. Tym samym, co do zasady to nie Zamawiający ma udowadniać podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne, lecz to do wykonawcy należy wykazanie braku podstaw do wykluczenia, o ile oczywiście Zamawiający tego żąda. Powyższe w sposób jednoznaczny wynika z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Zamawiający wyjaśniał, że nie może dopuścić, aby zamówienie było realizowane przez wykonawcę, który nie posiada wymaganej wiedzy i doświadczenia, niezależnie od tego, czy wykonawca składa ofertę samodzielnie (w tym powołując się również na zasoby innych podmiotów), czy jako członek grupy wykonawców.

Jego zdaniem należy wziąć pod uwagę, że „Wiedza i doświadczenie stanowią składniki przedsiębiorstwa, które nie mogą być przedmiotem obrotu w oderwaniu od zorganizowanego kompleksu majątkowego. Niewątpliwie do składników przedsiębiorstwa należy suma doświadczeń zawodowych, posiadanych zdobyczy myśli technicznej i organizacyjnej, czyli to, co określa się w piśmiennictwie zapożyczoną nazwą know-how. Tak, więc w skład przedsiębiorstwa wchodzą również takie elementy jak np. renoma przedsiębiorstwa, czyli kategoria praktycznie tożsama z referencjami oraz związane z nimi doświadczenie w realizacji podobnych zamówień. Należy wskazać, iż doświadczenia nie można samodzielnie zbyć, ani w inny sposób zadysponować nim przenosząc go na określony podmiot. Wynika to z tego, iż posiadanie doświadczenia jest kwestią faktu, nie zaś prawa. Doświadczenie stanowi indywidualny dorobek przedsiębiorstwa, na który składa się ogół wiadomości oraz umiejętności zdobytych w toku prowadzonej działalności gospodarczej" (za opinią Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego" dostępną na stronie: https://www.uzp.gov.pl).

Ponadto Zamawiający powoływał się na wyrok Trybunat Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 w sprawie Esaprojekt, w którym stwierdzono, iż: „Artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji". Biorąc pod uwagę obowiązujący przepis art. 58 ust. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, stanowiący, że w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej instytucje zamawiające mogą nałożyć wymogi zapewniające posiadanie przez wykonawców niezbędnych zasobów ludzkich i technicznych oraz doświadczenia umożliwiającego realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości; instytucje zamawiające mogą w szczególności wymagać, aby wykonawcy mieli odpowiedni poziom doświadczenia wykazany odpowiednimi referencjami dotyczącymi zamówień wykonanych wcześniej - to należy stwierdzić, że treść przytoczonego powyżej przepisu potwierdza aktualna linia orzecznicza Trybunatu Sprawiedliwości UE, że wyłącznie podmiot, który samodzielnie realizował przedmiotowy zakres zamówienia, w charakterze wykonawcy, uczestnika konsorcjum, podmiotu udostępniającego zasób, podwykonawcy - ma odpowiednie doświadczenie, aby podejmować się danych robót, czy usług w kolejno zaciąganych zobowiązaniach realizacji zamówień publicznych, w sposób gwarantujący należyte wywiązanie się z umowy.

Zamawiający podnosił, że mając na względzie powyższe, w tym właściwą realizacje zamówienia publicznego, szczegółowo zweryfikował zdolność Odwołującego pod kątem możliwości wykonania przyszłej umowy, wyrażonych stosownym doświadczeniem wymaganym w postawionym przez Zamawiającego warunku. Z uwagi na nie wykazanie przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie posiadanego doświadczenia, Zamawiający wykluczył go z postpowania, ponieważ Odwołujący nieskuteczne powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, tj. RAJBUD. Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu Odwołujący powołał się na zasoby

podmiotu trzeciego, RAJBUD, i jako jego doświadczenie przywołał realizację zamówienia publicznego na rzecz Gminy Miasta Gdańsk w imieniu, której działał GZDiZ, w przedmiocie utrzymania infrastruktury torów tramwajowych oraz urządzeń i instalacji elektroenergetyki trakcyjnej tramwajowej na terenie miasta Gdańska.

Zdaniem Zamawiającego należało zwrócić uwagę, że przytoczona powyżej realizacja zamówienia na rzecz Gminy Miasta Gdańsk miała inny zakres, niż postawiony w niniejszym postępowaniu warunek udziału, bowiem były tam realizowane usługi związane z utrzymaniem infrastruktury torowej, czy innych niż sieć trakcyjna, urządzeń w szczególności nadzór i zdalne sterowanie stacjami prostownikowymi z Centrum Sterowania, czy też utrzymanie systemu napędu i sterowania zwrotnicami tramwajowymi. Natomiast Zamawiający w prowadzonym postępowaniu postawił warunek ściśle związany z wykonaniem usług związanych z konserwacją i utrzymaniem sieci trakcyjnej. Celem postawienia takiego warunku było niedopuszczenie do realizacji zamówienia wykonawców bez doświadczenia w zakresie stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. konserwacji i utrzymania sieci trakcyjnej. Firma RABUD na zasoby, której powołuje się wykonawca MMT IDEA, tę cześć kontraktu, która tożsama jest z postawionym przez Zamawiającego warunkiem, tj. utrzymanie instalacji elektroenergetyki trakcyjnej tramwajowej na terenie miasta Gdańska, w całości zleciła do wykonania swojemu podwykonawcy, tj. firmie ELBUD. MPK stwierdziło, że rzeczywiste doświadczenie w konserwacji i utrzymywaniu sieci trakcyjnej nabył podmiot ELBUD, a nie firma RAJBUD. Jednocześnie Zamawiający wskazywał, że nie odmówił podmiotowi trzeciemu doświadczenia w koordynowaniu, zarządzaniu itp. w odniesieniu do całego realizowanego zamówienia na rzecz Gminy Miasta Gdańsk, jednak Zamawiający miał wątpliwości, co do posiadania przez podmiot trzeci doświadczenia definiowanego, jako wykonanie usługi, związanej z konserwacją i utrzymaniem sieci trakcyjnej, o łącznej wartości nie niższej niż 1.000.000,00 zł brutto, czemu dał wyraz w wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wątpliwości te, niestety na niekorzyść Odwołującego, rozwiał GZDiZ w Gdańsku, do którego zwrócił się Zamawiający o informację w zakresie zrealizowanego zadania na mocy Umowy nr 6/B/UT/2017 z dnia 24.07.2017 r., który to jednoznacznie poinformował Zamawiającego, że firma RAJBUD, tj. podmiot na zasoby, którego powołuje się Odwołujący, na podstawie ww. umowy nie realizował prac związanych z elektroenergetyką trakcyjną, a wykonywała je firma ELBUD zgłoszona przez RAJBUD jako podwykonawca. Zamawiający stwierdził, że istotny udział podmiotu trzeciego firmy RAJBUD w postaci koordynowania, nadzorowania, czy kierowania, jak to wskazuje Odwołujący, oczywiście był, lecz w odniesieniu do realizacji całego kontraktu, na który powołuje się Odwołujący, a nie w odniesieniu do tej jego części, której Zamawiający wymagał, jako zdolność i umiejętność do realizacji przedmiotu zamówienia w postaci określonej w postawionym warunku. Jego zdaniem Odwołujący nie wykazał realizacji przez podmiot na zasoby, którego się powołał, prac tożsamych z postawionym warunkiem, nie wykazał jego realnego i faktycznego udziału. Odwołujący w swym odwołaniu wskazał m. in., że „udział RAJBUD w realizacji usług referencyjnych był istotny (...) RAJBUD nadzorował i kierował wszelkimi pracami i usługami wykonywanymi przez swoich podwykonawców (o czym świadczą podpisy Pana mgr. inż. S. S. - kierownika robót - na protokołach odbiorów potwierdzających prawidłową realizację usługi)". Informację tę należy jednak uściślić, bowiem wspomniany pan mgr. inż. S. S. reprezentujący firmę RAJBUD wymieniony został i podpisał się jedynie pod połową przedstawionych dowodów, w postaci protokołów odbioru m.in. prac w zakresie obsługi technicznej elektroenergetyki trakcyjnej, na kwotę 553.348,62 zł, tj. również na kwotę niższą niż wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, sformułowane w warunku udziału w postępowaniu, co jednocześnie również nie jest dowodem realizacji, a jedynie nadzoru nad ich wykonaniem.

Wspomnianego powyżej wyroku TSUE zdaniem Odwołującego nie należy odnosić do stosunku wykonawca-podwykonawca, a jedynie należy go rozpatrywać w odniesieniu do doświadczenia zdobywanego w ramach konsorcjum (tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie). W opinii Zamawiającego stanowisko Odwołującego w tym zakresie jest nieprawidłowe, choćby z uwagi na to, że „doświadczenie wykonawcy należy postrzegać w kategoriach faktycznych a nie prawnych. Powyższe wynika z istoty art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. Warunek udziału w postępowaniu o wykonanie zamówienia publicznego, dotyczący doświadczenia, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp odnosi się do rzeczywistego zrealizowania przez wykonawcę części lub całości zamówienia, a nie skutków prawnych powiązań wynikających z wcześniej zawartych przez wykonawcę umów” (z wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 1 lutego 2018 r., sygn. II GSK 4133/17).

Zgodnie z procedurą postępowania przed TSUE, jako pierwszy swą opinię, co do sposobu rozpoznawania sprawy przedstawił Rzecznik Generalny, który w pkt 50 opinii z dnia 24 listopada 2014 r. wskazał m. in., że doświadczenia nie nabywa się przez sam fakt bycia formalnie stroną umowy, bądź przynależności do grupy wykonawców. TSUE uznał, że można wykazywać się doświadczeniem jedynie w zakresie, jaki rzeczywiście dany podmiot wykonywał. Tak samo jak doświadczenia nie uzyskuje się poprzez sam udział w konsorcjum, nie uzyskuje się go również przez sam fakt bycia stroną umowy. Doświadczenie uzyskuje się przez konkretne czynności realizowane w ramach danej umowy.

W opinii MPK pogląd wyrażony w przywołanym wyroku TSUE w zakresie nabywania doświadczenia, jak najbardziej można również odnieść do relacji wykonawca - podwykonawca, a Zamawiający ma prawo żądać od przyszłego realizatora zamówienia (czy to wykonawcy, czy podmiotu trzeciego realizującego w charakterze np. podwykonawcy ten zakres zamówienia do realizacji, którego się zobowiązał) odpowiedniego poziomu doświadczenia. Obowiązkiem Zamawiającego było ustalenie faktycznego zakresu prac wykonanych przez podmiot trzeci, tj. RAJBUD i jego podwykonawcę PBE.

Wobec przytoczonej powyżej argumentacji Zamawiający stwierdził, że ma prawo oczekiwać, że Odwołujący, składając ofertę, rzeczywiście wykonał prace, na które się powołuje lub, jak w tym przypadku prace te wykonywał podmiot trzeci na zasoby, którego powołuje się Odwołujący. Reasumując, Zamawiający uznał, że nie miał podstaw, aby przyjąć, jak tego wymagał Odwołujący, że podmiot na zasoby, którego powołuje się wykonawca posiada wymagane doświadczenie i spełnia warunki udziału w postępowania poprzez sam fakt bycia stroną umowy w zamówieniu wskazanym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Następnie Zamawiający wskazał, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, na które zresztą powołuje się Odwołujący, prawidłowe wykluczenie z postępowania musi być poprzedzone, co najmniej jednym prawidłowym wezwaniem do uzupełnienia braków skierowanym w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, co bez cienia wątpliwości w tym przypadku miło miejsce. Ponieważ ze złożonych przez Odwołującego, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego trybie art. 26 ust. 1 Pzp, dokumentów nie wynikało, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, został on wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W wezwaniu tym Zamawiający szczegółowo i wyczerpująco przedstawił powody, dla których uznał, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Treść tego wezwania była sformułowana w sposób jednoznaczny, klarowny i konkretny.

Zamawiający dokładnie wskazał, jakie okoliczności oraz jakie dokumenty budzą jego wątpliwości i nie potwierdzają warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający jasno zakomunikował Odwołującemu jak ocenił złożone przez niego dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W opinii MPK wezwanie to należy, zatem potraktować, jako wyczerpujące procedurę objętą dyspozycją art. 26 ust. 3 Pzp. Dodatkowo Zamawiający podał, że w treści wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp powołał się również na dyspozycję art. 22a ust. 6 Pzp, tj. poinformował wykonawcę, że: „W sytuacji, gdy Wykonawca, który powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, nie jest w stanie potwierdzić dysponowania przez dany podmiot trzeci niezbędnym doświadczeniem i/lub nie potwierdzi spełniania warunku udziału w postępowaniu lub nie potwierdzi braku podstaw do jego wykluczenia, Zamawiający na mocy art. 22a ust. 6 ustawy PZP wzywa Wykonawcę do samodzielnego wykazania wymaganego doświadczenia lub zastąpienia tego podmiotu trzeciego innym podmiotem trzecim, w terminie wskazanym w niniejszym wezwaniu".

2.Zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp.

Zamawiający poinformował, że w dniu 22 stycznia 2021 r. (tj. przed terminem niniejszego odwołania) dokonał sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej w zakresie: INFORMACJI O WYKLUCZENIU WYKONAWCY I ODRZUCE OFERTY, pismo z dnia 13.01.2021 r. (l.dz.11/2020) w miejscu, gdzie Zamawiający wskazał art. 24 ust. 1 pkt 4 Pzp w nawiązaniu do odrzucenia oferty Wykonawcy MMT IDEA Sp. z o.o. Sp.k., ul. ks. Młyńskiego 37, 83-110 Tczew winno być: art. 24 ust. 4 ustawy (dotyczy pkt. 2 i ostatniego zdania w przywołanym piśmie); INFORMACJI O WYBORZ NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY, pismo z dn. 20.01.2021 r. (l.dz. 14/2021) - w miejscu, gdzie Zamawiający wskaz art. 24 ust. 1 pkt 4 Pzp w nawiązaniu do odrzucenia oferty Wykonawcy MMT IDEA Sp. z o.o. Sp.k., ul. ks. Młyńskiego 37, 83-110 Tczew winno być: art. 24 ust. 4 Pzp (dotyczy pkt 3 i lp. 1. Tabeli w przywołanym piśmie). Informację tą Zamawiający przekazał wykonawcom i opublikował na stronie internetowej postępowania. Biorąc pod uwagę przytoczoną w pkt 1 argumentację, czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, była prawidłowa, tym samym zdaniem Zamawiającego zarzut Odwołującego sformułowany we wniesionym odwołaniu należy uznać za bezpodstawny.

3.Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zamawiający poinformował, że biorąc pod uwagę przytoczoną w pkt 1 powyżej argumentację, czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, była prawidłowa i zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 4 Pzp, tj. „ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą". Zatem zarzut błędnego zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp jest całkowicie bezpodstawny. Przepis art. 24 ust. 4 Pzp uznaje w takim przypadku ofertę za odrzuconą z mocy prawa. Zamawiający nie orzeka w takim przypadku o odrzuceniu oferty.

Zamawiający podnosi, że w tej sytuacji kwestionowaniu przez wykonawców w odwołaniu, może podlegać tylko wykluczenie z postępowania, gdyż w przypadku uchylenia czynności o wykluczeniu wykonawcy, złożona oferta, z mocy prawa przestaje być ofertą odrzuconą. Tym samym, mając na uwadze powyższe, zarzut Odwołującego sformułowany we wniesionym odwołaniu zdanie MPK należało uznać za bezpodstawny.

4.Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy.

Zamawiający poinformował, że po wykluczeniu z postępowania wykonawcy MMT IDEA na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, zwrócił się do wykonawcy ZSiZ zgodnie z treścią art. 26 ust. 1 Pzp, do złożenia dokumentów (pismo Zamawiającego z dnia 15.01.2021 r., l.dz. 12/2020). W dniu 18.01.2021 r. wykonawca ten uzupełnił prawidłowo dokumenty, a w dniu 21.01.2021 r. Zamawiający wybrał jego ofertę, jako najkorzystniejszą. Wykonawca ZSiZ nie podlega wykluczeniu z postępowania, a złożona przez niego oferta jest zgodna z wymaganiami SIWZ oraz Pzp, nie zawiera rażąco niskiej ceny i nie zachodzą przesłanki do jej odrzucenia. Tym samym, mając na uwadze powyższe, w opinii MPK, zarzut Odwołującego sformułowany we wniesionym odwołaniu należy uznać za bezpodstawny.

5.Zarzut (zarzut ewentualny, sformułowany przez Odwołującego), tj. naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający poinformował, że w utrwalonym orzecznictwie Izby przyjmuje się jednorazowy charakter wezwania do uzupełnienia oznaczonego braku określonego dokumentu, usankcjonowany normą art. 26 ust. 3 Pzp, ale przy zachowaniu warunków, że treść wezwania jest jednoznaczna i jasna. Zignorowanie takiego wezwania przez wykonawcę, nie daje możliwości ponownego wezwania „o to samo". W związku z powyższym, zarzut Odwołującego zdaniem MPK jest w tym zakresie również bezzasadny, ponieważ Zamawiający podejmując decyzję o wykluczeniu Odwołującego z niniejszego postepowania nie zaniechał wezwania wykonawcy o dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku w postepowaniu na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, jak i na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający podniósł, że w wyniku zastosowania wyżej przytoczonych wezwań dysponował takim zakresem informacji, na podstawie, którego nie mógł podjąć innej decyzji, jak tej o wykluczeniu, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp, Odwołującego z postępowania.

Mimo, że Zamawiający poinformował Odwołującego w wezwaniu z dnia 21 grudnia 2020 r., skierowanego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, o możliwości skorzystania z dyspozycji art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, wykonawca nie skorzystał z takiej możliwości, jak i nadal nie potwierdził, że podmiot na zasoby, którego się powołuje spełnia warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający podał, że nie może dopuścić do sytuacji wielokrotnego uzupełniania dokumentów, gdyż naruszałoby to wyprowadzoną z zasady zapewnienia równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji pomiędzy nimi reguły, że tylko raz można uzupełniać ten sam brak.

Na powyżej wskazanym etapie postępowania procedura uzupełniania dokumentów kończy się i Zamawiający wybiera ofertę wykonawcy, jako najkorzystniejszą lub wyklucza wykonawcę z uwagi na niepotwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (co miało miejsce w tym przypadku) lub niewykazanie braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Przed posiedzeniem z udziałem stron do Izby wpłynęło pismo procesowe ze strony wykonawcy ZSiZ (pismo z dnia 2 marca 2021 r.), w którym wykonawca wnosił o oddalenie odwołania jako bezzasadnego i na poparcie tego stanowiska zaprezentował stosowną argumentację.

Również Odwołujący złożył pismo przygotowawcze z dnia 3 marca 2021 r., w który odniósł się do argumentacji zawartej w odpowiedzi na odwołanie oraz w piśmie procesowym Przystępującego.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody oraz oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego wyrażone w pismach

procesowych oraz na rozprawie Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający w specyfikacji w pkt 9.1 ppkt. 3 lit. a) w zakresie zdolności technicznej i zawodowej sformułował następujący warunek udziału w postępowaniu: „O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy, wobec których nie zachodzą podstawy do wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 i ust. 5 pkt 1, ustawy Pzp, oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, określone w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp, dotyczące: posiadania zdolności technicznej lub zawodowej - Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych należycie wykonuje usługi, związane z konserwacją i utrzymaniem sieci trakcyjnej, o łącznej wartości nie niższej niż 1.000.000,00 zł brutto (słownie: jeden milion złotych 00/100)".

W treści SIWZ Zamawiający nie wskazał, że w sytuacji, w której wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia polega na potencjalne innego podmiotu, który nabył je z udziałem podwykonawcy to takie doświadczenie nie może być brane pod uwagę w celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. Natomiast postanowienie SIWZ, do którego referował Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie z pkt 11.8 ppkt 4 dotyczy wykonawców wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum firm (art. 23 ust. 5 Pzp), a nie doświadczenia nabytego przez wykonawcę przy udziale podwykonawcy.

Otóż zgodnie z pkt 11.8 ppkt 4 SIWZ: „Zamawiający informuje, że przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawców wspólnie składających ofertę, na podstawie art. 23 ust. 5 Ustawy Pzp, Zamawiający przyjmie, że szczegółowe wymagania, o których mowa w pkt 9.1. ppkt. 3 lit. a muszą być spełnione w pełni, przez co najmniej jednego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Jednocześnie Zamawiający informuje, że przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawców wspólnie składających ofertę, na podstawie art. 23 ust. 5 Ustawy Pzp, Zamawiający przyjmie, że szczegółowe wymagania, o których mowa w pkt 9.1. ppkt. 3 lit. b, c i d będą ocenione pod kątem łącznego ich spełniania przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tak by warunek ten był spełniony sumarycznie przez kilku lub wszystkich tych Wykonawców. Dokumenty, o których mowa w pkt 11.2. ppkt 1 IDW zostaną ocenione pod kątem łącznego spełnienia wymagań Zamawiającego przez występujących wspólnie Wykonawców, z uwzględnieniem sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanego powyżej".

Wraz ze złożoną ofertą Odwołujący przedłożył zobowiązania podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na czas realizacji zamówienia takich jak:

- MMT Ł. T. w zakresie wiedzy i doświadczenia w wykonania usługi związanej z konserwacją i utrzymaniem sieci trakcyjnej o wartości 609.194,30 zł brutto oraz
- RAJBUD w zakresie wiedzy i doświadczenia w wykonaniu usługi związanej z konserwacją i utrzymaniem sieci trakcyjnej o wartości 456.948,35 zł brutto.

Ofertę najwyżej ocenioną w oparciu o zastosowane kryteria oceny ofert złożył Odwołujący. W związku z tym Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp wezwał go do złożenia oświadczeń i dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

W odpowiedzi na otrzymane wezwanie Zamawiającego Odwołujący w dniu 14 grudnia 2020 r. przedłożył m. in. „Wykaz wykonanych usług", w którym powołał się na zasoby wskazanych powyżej podmiotów trzecich, w zakresie wykonanych usług, tj.:

- MMT Ł. T.- „Usługa utrzymania, konserwacji oraz napraw awaryjnych elementów infrastruktury sieciowej na terenie miasta Olsztyna oraz zajezdni tramwajowej" wykonana na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie na kwotę 609.194,30 zł brutto;
- RAJBUD – „Utrzymanie urządzeń i elektroenergetyki trakcyjnej tramwajowej na terenie miasta Gdańska" wykonywana na rzecz GZDiZ na kwotę 1.599.882,08 zł brutto.

Do złożonego „Wykazu wykonanych usług" Odwołujący w odniesieniu do usługi z pkt 2 wykazu realizowanej przez RAJBUD załączył dowody potwierdzające należyte wykonanie usługi w postaci: Umowy nr 6/B/UT/2017 z dnia 24.07.2017 r. zawartej z Gminą Miasta Gdańska (w imieniu, której działał GZDiZ) na utrzymanie infrastruktury torów tramwajowych oraz urządzeń i instalacji elektroenergetyki trakcyjnej tramwajowej na terenie miasta Gdańska oraz protokoły odbioru prac.

W treści ww. umowy nr 6/B/UT/2017 z dnia 24.07.2017 r. podano m. in.:

§ 7 ust. 5 „Wykonawca prac będzie ponosił odpowiedzialność cywilną wobec osób trzecich za wszelkie zdarzenia, które wynikną w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia".

§ 7 ust. 6 „Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia najpóźniej w dniu podpisania umowy polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że zapewnia ubezpieczenie prac od odpowiedzialności cywilnej w stosunku do osób trzecich w przypadku uszkodzenia i strat mienia lub uszkodzenia ciała w trakcie realizacji prac".

§ 7 ust. 7 „Wykonawca zobowiązany jest naprawić i pokryć wszystkie koszty związane z naprawą uszkodzonego uzbrojenia zinwentaryzowanego i niezinwentaryzowanego, jego przełożenia według ustaleń z konkretnymi gestorami oraz naprawić i pokryć koszty ewentualnych uszkodzeń istniejącej zabudowy oraz urządzeń i instalacji innych użytkowników, powstałych z winy Wykonawcy".

§ 7 ust. 7 „Przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca jest zobowiązany bez dodatkowej zapłaty do oznakowania miejsca pracy i jego zabezpieczenia we własnym zakresie, zgodnie z obowiązującymi przepisami, pod rygorem wstrzymania prac przez inspektora Zamawiającego".

§ 7 ust. 11 „Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za zaistniałe zdarzenia po wykonanych przez niego pracach

awaryjnych, w tym samym miejscu i z tej samej przyczyny, w wysokości kosztów obsługi zdarzenia wraz z kosztami komunikacji zastępczej autobusowej".

§ 7 ust. 12 „Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za wypadki i szkody powstałe w wyniku niewłaściwego i nienależytego wykonania prac, czym przyczynił się do przerwy w komunikacji tramwajowej, a także spowodował stan zagrożenia i jego następstw".

§ 8 ust. 2 „Wykonawca odpowiada za roboty wykonane przez Podwykonawcę co do zakresu rzeczowego i jakości, jak za działania i zaniechania własne. Wykonawca ponosi wobec Zamawiającego pełną odpowiedzialność za roboty wykonywane przez Podwykonawców oraz zobowiązuje się do zapłaty Podwykonawcom wynagrodzenia na podstawie łączącego ich stosunku prawnego".

§ 12 ust. 2 „Ze strony Wykonawcy pracami kierować będą:

a)K. M.

b)S. S.

c)D. P.

d) M. T.".

W treści „Protokołów odbioru prac" z dnia 10.11.2017, 28.12.2018 r., 7.02.2019 r., 5.03.2019 r., 5.04.2019 r., 10.05.2019 r., 10.10.2019 r., podano, że zostały one zawarte pomiędzy GZDiZ jako Zamawiającym i RAJBUD jako wykonawcą i zostały opatrzone pieczęciami i podpisami osób z ramienia Zamawiającego oraz Wykonawcy. Za wykonawcę protokoły podpisywali odpowiednio: Pan S. S. przedstawiciel RAJBUD i R. B. lub O. H. przedstawiciele ELBUD.

W toku rozprawy Zamawiający i Przystępujący zgodnym oświadczeniem potwierdzili, że jest im wiadome, iż Pan S. S. jest pracownikiem wykonawcy RAJBUD.

Zamawiający pismem z dnia 21 grudnia 2021 r. wystosował do Odwołującego „Wezwanie do złożenia dokumentów oraz udzielenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 oraz udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp".

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie w piśmie z dnia 4 stycznia 2021 r. złożył stosowne wyjaśnienia oraz dokumenty. W tym auto referencję firmy RAJBUD.

Zamawiający pismem z dnia 7 stycznia 2021 r. w trybie dostępu do informacji publicznej zwrócił się do GZDiZ o podanie informacji związanych z realizacją umowy zawartej pomiędzy GZDiZ a wykonawcą RAJBUD i otrzymał następującą odpowiedź na zadane pytania:

„1) Czy Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe RAJBUD Sp. z o.o. wykonywało na rzecz Zamawiającego tj. Gdańskiego Zarządu Dróg i Zieleni prace związane z utrzymaniem infrastruktury urządzeń i instalacji elektroenergetyki trakcyjnej tramwajowej wraz z usuwaniem awarii na terenie miasta Gdańska osobiście, czy przy udziale podwykonawców? Z protokołów odbioru prac pomiędzy Gdańskim Zarządem Dróg i Zieleni a Przedsiębiorstwem Usługowo - Handlowym RAJBUD Spz o.o. wynika, że bezpośrednim Wykonawcą prac była firma PBE ELBUD Gdańsk S.A. Jaki był zatem podział prac pomiędzy Przedsiębiorstwem Usługowo Handlowym RAJBUD Sp. z o.o., a firmą PBE ELBUD Gdańsk S.A przy realizacji przedmiotu umowy nr 6/B/UT/2017?

„Ad. 1) Tak. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe RAJBUD Sp. z o.o. wykonywało prace związane z naprawą oraz usuwaniem awarii sieci trakcyjnej w okresie 1.10.2017- 30.09.2019r. na podstawie umowy nr 6/B/UT/2017 „na utrzymanie infrastruktury torów tramwajowych oraz urządzeń i instalacji elektroenergetyki trakcyjnej tramwajowej na terenie miasta Gdańska". Prace te wykonywała firma PBE Elbud Gdańsk S.A. zgłoszona przez firmę Rajbud jako podwykonawca robót związanych z elektroenergetyką trakcyjną, natomiast Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe RAJBUD Sp. z o.o. wraz ze zgłoszonym podwykonawcą tj. firmą WPRD Gravel Sp. z o.o. wykonywało prace związane z utrzymaniem infrastruktury torowej.

2) Czy Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe RAJBUD Sp. z o.o. wykonywało na rzecz Zamawiającego tj. Gdańskiego Zarządu Dróg i Zieleni prace terminowo, należycie i starannie, zgodnie z umową oraz obowiązującymi przepisami i normami. Z protokołów odbioru prac pomiędzy Gdańskim Zarządem Dróg i Zieleni a Przedsiębiorstwem Usługowo - Handlowym RAJBUD Sp. z o.o. wynika że, „uwagi i zalecenia dotyczące czynności utrzymaniowych zostały zawarte w protokołach z kontroli czynności utrzymaniowych".

Ad.2) Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe RAJBUD Sp. z o.o. wykonywało prace zgodnie z umową oraz obowiązującymi przepisami i normami, a wszelkie uwagi i zalecenia były zawierane w protokołach z kontroli czynności utrzymaniowych. W kilkunastu przypadkach zostały również naliczone kary umowne".

W dniu 13 stycznia 2021 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wykluczeniu wykonawcy MMT IDEA i odrzuceniu jego oferty. W treści uzasadnienia ww. pisma Zamawiający podał m. in.: „(…) Wykonawca nie wykazał faktycznego i realnego wkładu podmiotu na zasoby, którego się powołuje w realizacji usług, które wymagane były na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu. Przedstawione przez Wykonawcę informacje i dokumenty nie wykazują spełnienie warunku postawionego w niniejszym postępowaniu, tj. polegającego na wykonaniu usługi, związane z konserwacją i utrzymaniem sieci trakcyjnej, o łącznej wartości nie niższej niż 1.000.000,00 zł brutto (słownie: jeden milion złotych 00/100). W opisanej powyżej sytuacji należy stwierdzić, że Wykonawca nieskutecznie wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, skoro podmiot, na zdolnościach którego Wykonawca polega nie wykonywał zakresu przedmiotu umowy wykazanego na potwierdzenie spełnienia opisanego warunku, ponieważ zakres ten wykonywał w pełni jego podwykonawca. W obliczu tego faktu, oraz biorąc pod uwagę, że to nie cały przedmiot Umowy nr 6/B/UT/2017 zawartej między Przedsiębiorstwem Usługowo Handlowym RAJBUD Sp. z o. o. a

Gminą Miasta Gdańska, w imieniu której działał Gdański Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku, jest tożsamy z postawionym warunkiem w tym postępowaniu. Zamawiający nie może uznać, że udział podmiotu, na zdolności którego powołuje się Wykonawca, był realny i faktyczny w pracach, które przekładały się na spełnienie warunku postawionego przez Zamawiającego w tym postępowaniu. Udział firmy Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe RAJBUD Sp. z o. o. nie może być postrzegany jako istotny i kompleksowy w odniesieniu do części zrealizowanego zadania na mocy Umowy nr 6/B/UT/2017, w realizację którego ów Wykonawca nie był bezpośrednio zaangażowany, a w całości powierzył jego realizację swemu podwykonawcy. Doświadczenia nie nabywa się przez sam fakt bycia formalnie stroną umowy, jak to próbował w swych wyjaśnieniach wywieść Wykonawca. Winno wykazywać się doświadczeniem jedynie w takim zakresie, w jakim rzeczywiście podmiot dane zadanie wykonywał. Tak też sformułowany został warunek udziału w postępowaniu, w którym istotne jest wykazanie się wykonywaniem, bądź wykonaniem wskazanego zakresu usług. Należy również zauważyć, że Wykonawca nie przedstawił stosownych referencji lub innych dokumentów, które poświadczałyby, że dany podmiot, na zasoby którego powołuje się Wykonawca, faktycznie wykonywał konkretne czynności w zamówieniu, na którego wykonanie się powołuje. Reasumując wykazane przez Wykonawcę dokumenty i przytoczona argumentacja, nie przekładają się na spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej. Tym samym, Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W związku z powyższym, Zamawiający, działając na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 wykluczył z postępowania Wykonawcę MMT IDEA Sp. z o.o. Sp.k., ul. ks. Młyńskiego 37, 83-110 Tczew, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i tym samym, zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1pkt 5 w nawiązaniu do art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, odrzucił ofertę złożoną przez Wykonawcę wykluczonego z postępowania".

W dniu 21 stycznia 2020 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, którą zamieścił również na swojej stronie internetowej.

Pismem z dnia 22 stycznia 2021 r. „Sprostowanie oczywistej omyłki pisarskiej" Zamawiający dokonał korekty informacji podanych w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w ten sposób, że w miejscu gdzie wskazał podstawę prawną odrzucenia oferty wykonawcy MMT IDEA przepis art. 24 ust. 1 pkt 4 Pzp dokonał zamiany na przepis art. 24 ust. 4 Pzp.

W toku rozprawy złożono następuje dowody:

- Pismo GZDiZ z dnia 23 grudnia 2020 r. skierowane do wykonawcy ZSiZ wraz z wnioskiem tego wykonawcy z dnia 10 grudnia 2020 r. oraz załącznikiem w postaci publikacji z strony internetowej www.trojmiasto.pl.
- Pismo GZDiZ z dnia 24 grudnia 2020 r. skierowane do wykonawcy RAJBUD.
- Pismo GZDiZ z dnia 18 lutego 2021 r. skierowane do RAJBUD wraz referencjami za prace zrealizowane w ramach umowy 6/B/UT/2017 z dnia 24 lipca 2017 r. „na utrzymanie infrastruktury torów tramwajowych oraz urządzeń i instalacji elektroenergetyki trakcyjnej tramwajowej na terenie miasta Gdańska".

Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 505 ust. 1 NPzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przytaczając przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać przede wszystkim należy, że zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Według 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.

Natomiast przepis art. 91 ust. 1 Pzp stanowi, że Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na wstępie prezentowanej argumentacji Izba wskazuje, że w pełni aprobuje wnioski płynące z orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r.
C-387/14 w sprawie Esaprojekt. Jednak w tym przypadku należy wyraźnie zaznaczyć, że przedmiotem pytania prejudycjalnego zadanego przez Izbę w powołanej sprawie nie było doświadczenie wykonawcy zdobyte w realizacji zamówienia przy udziale podwykonawcy, a doświadczenia wykonawcy zdobyte w ramach wspólnej realizacji przedmiotu zamówienia w ramach konsorcjum. Tym samym stwierdzić należy, że powyższe orzeczenie TSUE zapadło na kanwie innego zagadnienia niż to rozpoznawane na potrzeby złożonego odwołania, co oznacza, że wnioski płynące z tego orzeczenia TSUE nie mogą mieć tak prostego i bezpośredniego przełożenia w rozpoznawanej sprawie, na, jakie podpierając się jego treścią, powołuje się Zamawiający oraz Przystępujący.

Analogiczną argumentację należy zastosować do powołanych szeroko orzeczeń Izby, które odnosiły się do doświadczenia wykonawcy nabytego w danym przedsięwzięciu w ramach konsorcjum. Jednakże wypada w tym miejscu również zauważyć, że również w przypadku doświadczenia nabywanego przez wykonawcę w ramach występowania w konsorcjum w orzecznictwie Izby daje się zauważyć linię, która wskazuje na możliwości powoływania się przez danego wykonawcę na doświadczenie postrzegane, jako bezpośredni udział w realizacji części zamówienia, do którego wykonania zobowiązana jest cała grupa wykonawców. W takiej sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, to doświadczenie tego wykonawcy należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, czyli jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. W tym aspekcie za istotne należy uznać uczestnictwo i nadzór w zakresie realizowanych prac a także kierowanie pracami, co bezpośrednio przekłada się na ustalenie tego, czy dany wykonawca miał istotny, faktyczny i konkretny wkład w realizację całego zadania, w tym także w wykonanie określonej części prac.

Jednak bez wątpienia realizacja zamówienia przez grupę wykonawców, jaką jest konsorcjum wykazuje pewne

różnice względem realizacji zamówienia przez wykonawcę z udziałem podwykonawców.

W tym zakresie należy powtórzyć za wyrokiem z dnia 25 października 2017 r. Sądu Apelacyjnego w Katowicach, zapadłym w sprawie o sygn. Akt I ACa 503/17, w którym stwierdzono, że: „Umowa konsorcjum należy do kategorii umów nienazwanych, a jej dopuszczalność wynika z zasady swobody umów (art. 353^1 k.c.). Umowa konsorcjum zawierana jest przez przedsiębiorców w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia, a w szczególności wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne, zawarcia umowy o jego wykonanie, a następnie wykonania tej umowy, by ostatecznie każdy z członków konsorcjum osiągnął zysk. Zawieranie tego typu umów w toku procedury przetargowej dopuszcza art. 23 Prawa zamówień publicznych (p.z.p.). Co istotne, konsorcjum nie ma osobowości prawnej ani zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych. W wyniku zawarcia umowy konsorcjum nie powstaje osobny byt prawny posiadający odrębną od konsorcjantów podmiotowość prawną, zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych. Taką podmiotowość i zdolność posiadają wyłącznie członkowie konsorcjum (zob. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 17 grudnia 2014 r., I ACa 1308/14; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 4 marca 2016 r., VI ACa 83/16). Natomiast w celu uproszczenia zarówno wewnętrznych stosunków między konsorcjantami oraz ich zewnętrznych stosunków z zamawiającym, jednemu z nich może zostać nadany status tzw. lidera konsorcjum (w art. 23 ust. 2 p.z.p. określonego pełnomocnikiem). Nie oznacza to jednak, że lider jest jedyną - z wyłączeniem pozostałych członków konsorcjum - stroną umowy zawartej z zamawiającym, ani też, że jest jedynym wierzycielem zamawiającego z tytułu wynagrodzenia za wykonanie umowy. Stronami umowy są wszyscy członkowie konsorcjum, jak i każdy z nich jest wierzycielem zamawiającego. Odmienne stanowisko nie ma żadnego uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa".

Izba uznała, że stanowisko wyrażone powyżej przesądza o tym, że w przypadku konsorcjum każdy z jego członków jest prawnie związany z Zamawiającym, co przekłada się na to, iż każdy z tego rodzaju podmiotów może bezpośrednio rozliczyć się z powierzonej jemu, a następnie wykonanej części zamówienia. Jedynie z utartej powszechnie praktyki wynika występowanie w takim przypadku podmiotu pełniącego funkcję lidera, który realizuje obowiązek koordynacji pracy w ramach całej umowy.

Natomiast odmienna sytuacja występuje w przypadku realizacji zamówienia przez wykonawcę, który korzysta przy jego wykonaniu z podwykonawców. Tego rodzaju sytuacja zawsze powoduje to, że to na wykonawcy (często nazywanego generalnym wykonawcą) - a nie na kimkolwiek innym - spoczywa obowiązek wykonania prac w ramach realizacji zamówienia objętego zawartą umową. Wynika to w pierwszej kolejności z regulacji zawartych w przepisach Pzp, ale także z faktu, że to pomiędzy wykonawcą a zamawiającym istnieje stosunek obligacyjny, w ramach którego wyłącznie wykonawca będzie zobowiązany do świadczenia względem Zamawiającego. W takim przypadku do jego obowiązków będzie należało, co najmniej organizowanie i koordynacja prac poszczególnych podwykonawców a następnie ich weryfikacja, dokonywanie odbiorów.

Kolejną kwestią, która wymaga uwypuklenia - w zakresie wskazywanych różnic - jest zagadnienie związane z odpowiedzialnością za wykonanie umowy.

W przypadku konsorcjum z przepisu art. 141 Pzp wprost wynika, że wykonawcy wspólne ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy. Zupełnie inaczej jest w przypadku wykonawcy, który realizuje umowę przy udziale podwykonawcy. W tym aspekcie zasadnym jest odwołanie się do przepisów kodeksu cywilnego, tj. art. 474 k.c. oraz art. 356 § 1 k.c.

Zgodnie z art. 474 k.c. dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza. Przepis powyższy stosuje się także w wypadku, gdy zobowiązanie wykonywa przedstawiciel ustawowy dłużnika.

Zaś według art. 356 § 1 k.c. wierzyciel może żądać osobistego świadczenia dłużnika tylko wtedy, gdy to wynika z treści czynności prawnej, z ustawy albo z właściwości świadczenia.

Na kanwie przywołanych przepisów stwierdzić należy, iż wykonawca ponosi odpowiedzialność za działania podwykonawcy jak za własne, bowiem na wykonawcy co do zasady nie ciąży obowiązek osobistego wykonania świadczenia i od jego decyzji zależy, czy posłuży się innymi osobami.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy wskazać należy, że osią sporu w rozpoznawanej sprawie była kwestia związana z tym, czy wykonawca realizujący prace, jako generalny wykonawca, który przy ich wykonaniu korzysta z potencjału podwykonawcy może następnie na potrzeby postepowania o udzielenie zamówienia publicznego powoływać się na doświadczenie tak zdobyte, tj. przy udziale podwykonawcy?

Wyjaśnienia wymaga, że Odwołujący w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postepowaniu, który został wskazany w specyfikacji w pkt 9.1 ppkt. 3 lit. a) polegał na zasobach wykonawcy RAJBUD, przedstawiając w tym zakresie zobowiązanie tego wykonawcy. Wobec tego istota sporu pomiędzy stronami w zakresie rozstrzyganego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp zasadza się na tym, że w odniesieniu do części zamówienia realizowanego przez RAJBUD w ramach umowy nr 6/B/UT/2017 z dnia 24 lipca 2017 r. w zakresie prac związanych z elektroenergetyką trakcyjną wykonawca ten posiłkował się podwykonawcą firmą ELBUD. Zatem, czy opisane doświadczenie może być wykorzystane przez Odwołującego przy wykazaniu spełnienia ww. warunku udziału w postepowaniu, bowiem w tym zakresie polega na zasobach RAJBUD.

Izba prezentuje pogląd, że w tym przypadku nabycie doświadczenia przez wykonawcę, mimo że osobiście nie wykonywał on pewnych prac, zlecając je podwykonawcom, nie budzi wątpliwości. W tym aspekcie Izba uznała, że dopuszczalnym i prawidłowa jest powoływanie się przez Odwołującego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w niniejszym postępowaniu, który został wskazany w specyfikacji w pkt 9.1 ppkt. 3 lit. a) na doświadczenie RAJBUD zdobyte z udziałem podwykonawcy ELBUD przy realizacji zamówienia realizowanego w oparciu o umowę nr 6/B/UT/2017 z dnia 24 lipca 2017 r. Za przyjęciem takiego stanowiska przez Izbę przemawiają następujące argumenty.

Po pierwsze wskazać należy, że analiza udziału wykonawcy RAJBUD w realizacji zadania polegającego na utrzymaniu infrastruktury torów tramwajowych oraz urządzeń i instalacji elektroenergetyki trakcyjnej tramwajowej na terenie miasta Gdańska wykazała, że udział RAJBUD w realizacji ww. przedsięwzięcia, jak również wymaganego zakresu doświadczenia był realny i faktyczny. Nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że wykonawca RAJBUD brał czynny i aktywny udział w realizacji zamówienia polegającego na utrzymaniu infrastruktury torów tramwajowych oraz urządzeń i instalacji elektroenergetyki trakcyjnej tramwajowej na terenie miasta Gdańska. Wydaje się, że powyższa okoliczność nie jest również kwestionowana przez Zamawiającego, który potwierdził ww. okoliczności zarówno w odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy. Również GZDiZ w piśmie przesłanym Zamawiającemu potwierdził, że RAJBUD

wykonywał prace związane z naprawą oraz usuwaniem awarii sieci trakcyjnej w okresie 1.10.2017-30.09.2019r. na podstawie umowy nr 6/B/UT/2017.

Po drugie, należy wskazać, że wykonawca RAJBUD był wykonawcą generalnym tego zamówienia, co znajduje odzwierciedlenie w protokołach z wykonanych prac, ale przede wszystkim z treści umowy oraz pisma Zamawiającego a także wydanych referencji. W związku z tym to właśnie wykonawca RAJBUD, jako generalny wykonawca prac był zobowiązany do kierowania pracami na zadaniu, co wprost wynika z § 12 ust. 2 umowy, co zostało opisane powyżej w ustaleniach dokonanych przez Izbę. Potwierdzenie tego rodzaju okoliczności wydaje się również wynikać z przedłożonych przez Odwołującego protokołów, w których jako wykonawcę podano RAJBUD i które były podpisywane przez przedstawiciela tej firmy Pana S. S. .

Co istotne, zgodnie z § 8 ust. 2 rzeczonej umowy firma RAJBUD, jako wykonawca umowy odpowiadał za roboty wykonane przez ELBUD, jako podwykonawcę nie tylko, co do zakresu rzeczowego, ale i jakości - jak za działania i zaniechania własne. Na mocy niniejszego postanowienia umownego RAJBUD, jako wykonawca nie tylko ponosił pełną odpowiedzialność za roboty wykonane przez ELBUD wobec Zamawiającego, ale zobowiązany był również do zapłaty firmie ELBUD wynagrodzenia.

Nie sposób również pominąć innych postanowień umownych, w tym również tych z § 7 umowy (np. przedstawienie polisy w zakresie odpowiedzialności cywilnej, zapewnienia odpowiedniej dyspozycyjności, zapewnienie odpowiednich materiałów do wykonania zadania, zorganizowanie zaplecza do prac itp.), które nakładały na RAJBUD, jako generalnego wykonawcę szereg zobowiązań oraz zobowiązywały do poniesienia odpowiedzialności za niewywiązanie się z nich oraz poniesienia określonego rodzaju kosztów.

W argumentację powyżej zaprezentowaną przez Izbę wpisują się również wyjaśnienia Odwołującego złożone na wezwanie Zamawiającego w piśmie z dnia 4 stycznia 2021 r., w którym wykonawca ten potwierdził, że RAJBUD był jedynym wykonawcą zamówienia, które realizował w pewnej części z udziałem firmy ELBUD. Nie mniej jednak to on był organizatorem i koordynatorem prac, na którym spoczywał cała odpowiedzialność za realizację zamówienia. Natomiast firma ELBUD „towarzyszyła temu podmiotowi przy realizacji części prac, jak również w pewnych przypadkach zastępowała wykonawcę przy spisywaniu protokołów odbiorów wykonanych prac. Prace realizowane były równolegle zarówno przez wykonawcę, jak również przez Podwykonawcę, co więcej to wykonawca główny był wyłącznie odpowiedzialny za prawidłowość wykonania prac i to on ponosił odpowiedzialność za należyte wykonania zamówienia przed zamawiającym".

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że wykonawca RAJBUD, jako generalny wykonawca zadania, który część prac realizował za pomocą podwykonawcy firmy ELBUDnatomiast zgodnie z umową kierował pracami i je organizował, jak również ponosił pełną odpowiedzialność za ich wykonanie jest uprawniony do tego, aby powoływać zdobyte w ramach tego zadania doświadczenie, nawet w przypadku, gdy część prac związanych z elektroenergetyką trakcyjną realizował przy pomocy podwykonawcy, który realizował je pod jego nadzorem.

Izba nie podzieliła argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego oraz Przystępującego wskazując, że z doświadczenia Izby wynika, że zdecydowana większość zamówień o większej wartości na roboty lub usługi jest wykonywana z udziałem licznej grupy podwykonawców. Nie można również tracić z pola widzenia tego, że podwykonawcy również mogą angażować podwykonawców kolejnego rzędu, bowiem zatrudnieni bezpośrednio przez generalnego wykonawcę mogą działać na podobnych zasadach jak generalny wykonawca.

Izba odniosła się również do kwestii wartości doświadczenia powoływanego przez Odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postepowaniu wskazując, że powyższe nie było podstawą wykluczenia wykonawcy MMT IDEA z postępowania, bowiem zagadnienie to nie znalazło się w informacji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, co potwierdził również Zamawiający w toku rozprawy. W kontekście powyższe Izba uznała, że na obecnym etapie postępowania materia ta powinna być pominięta, jako nieobjęta podstawami wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Kolejno należało się również ustosunkować do argumentacji odnoszącej się do braku przedstawienia przez Odwołującego dokumentu referencyjnego pochodzącego od Zamawiającego, który został zastąpiony dokumentem pochodzącym od wykonawcy RAJBUD (Auto referencja). Izba uznała przedstawioną argumentację za chybioną.

W tym miejscu należy sięgnąć do przepisów 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. poz. 1126 ze zm.) w § 2 ust. 4 pkt 2 uregulowano, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz, których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

Dostrzeżenia wymaga, że powołany przepis rozporządzenia nie precyzuje określonego katalogu dokumentów, które wykonawca powinien przedłożyć na potwierdzenie należytego wykonania a posługuje się jedynie określeniem „dowodów" zastrzegając przy tym, że dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz, którego dostawy lub usługi były wykonywane. Z powyższego jasno wynika, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia oprócz referencji na potrzeby potwierdzenia należytego wykonania danej usługi lub dostawy może posługiwać się nie tylko referencjami, ale również innymi dokumentami wystawionymi przez podmiot. Natomiast w sytuacji, gdy wykonawca z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów to wówczas dopuszczalnym jest posłużenie się oświadczeniem samego wykonawcy.

W omawianym stanie faktycznym Odwołujący na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 1

Pzp na potwierdzenie należytego wykonania prac złożył protokoły wykonania prac wraz z zawartą umową. Zamawiający zakwestionował dokumenty w postaci protokół wskazując, że zawierają one adnotacje o usterkach stąd też brak jest pewności, czy prace zostały wykonane należycie. Pismem z dnia 3 grudnia 2020 r. wykonawca RAJBUD wystąpił do GZDiZ z prośba o wydanie referencji. Pismem z dnia 24 grudnia 2020 r. Zamawiający poinformował RAJBUD, iż niezależnych od niego przyczyn referencję będą wydane dopiero w drugiej połowie stycznia 2021 r. W związku z tym Odwołujący wraz z pismem z dnia 4 stycznia 2021 r. na wezwanie Zamawiającego przedstawił dokument auto referencyjny podpisany przez wykonawcę RAJBUD. Dokument właściwej referencji został przesłany RAJBUD wraz z pismem z dnia 18 lutego 2021 r. W jego treści podano m. in., że „Gdański Zarząd Dróg i Zieleni potwierdza, że Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe RAJBUD Sp. z o.o. (…) było Wykonawcą prac pn.: „utrzymanie infrastruktury torów tramwajowych oraz urządzeń i instalacji elektroenergetyki trakcyjnej tramwajowej na terenie miasta Gdańska" w ramach umowy nr 6/B/UT/2017 z dnia 24.07.2017r. W ramach przedmiotowej umowy Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe RAJBUD Sp. z o.o. wykonało następujące prace: (…). Powyższe prace zostały wykonane zgodnie z warunkami umowy. Ponadto, Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe RAJBUD Sp. z o.o. na podstawie urnowy nr 6/B/UT/2017 „utrzymanie infrastruktury torów tramwajowych oraz urządzeń i instalacji elektroenergetyki trakcyjnej tramwajowej na terenie miasta Gdańska" zapłaciło kary umowne na łączną kwotę 80 511,13 zł". W tym miejscu przypomnieć należy, że Zamawiający informacje o wykonaniu prac przez wykonawcę RAJBUD otrzymał również wprost z GZDIZ w piśmie z dnia 7 stycznia 2021 r., w którym podano, że „Ad.2) Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe RAJBUD Sp. z o.o. wykonywało prace zgodnie z umową oraz obowiązującymi przepisami i normami, a wszelkie uwagi i zalecenia były zawierane w protokołach z kontroli czynności utrzymaniowych. W kilkunastu przypadkach zostały również naliczone kary umowne".

Odnosząc się do tak ustalonego stanu faktycznego Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do tego, aby uznać, że Zamawiający nie dysponował informacjami na temat wykonania usług wskazanych w poz. 2 „Wykazu wykonanych usług" przez wykonawcę RAJBUD, z uwagi na brak przekazania odpowiednich dokumentów przez wykonawcę.

Izba dała wiarę wyjaśnieniom złożonym przez Odwołującego w toku rozprawy, który wskazywał, że RAJBUD do tej pory posługiwał się dokumentami protokołów, które były uznawane za wystarczające. Dostrzeżenia również wymaga, że wykonawca RAJBUD pismem z dnia 3 grudnia 2020 r. zwrócił się do GZDIZ o wydanie referencji jednak z treści odpowiedzi udzielonej przez ten podmiot w piśmie z dnia 24 grudnia 2020 r. wynika, że żądaną referencję wystawi dopiero w drugiej połowie stycznia 2021 r. Wobec tego zrozumiałym dla Izby było, że w takiej sytuacji wykonawca RAJBUD zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 ww. rozporządzenia posłużył się własnym oświadczeniem, w którym stwierdzono, że prace zostały wykonane należycie. Natomiast referencja, która została wydana wraz z pismem z dnia 18 lutego 2021 r. mogła być z oczywistych względów dostarczona dopiero w terminie późniejszym.

Jeśli chodzi o samą treść referencji to Izba nie podziela zapatrywań Zamawiającego oraz Przystępującego, że zadanie było wykonywane przez Odwołującego w sposób nienależyty, bowiem w treści referencji brak jest stwierdzeń wartościujących a podano jedynie, że prace zostały wykonane zgodnie z warunkami umowy a ponadto wykonawcy naliczono kary umowne na kwotę około 80 tys. zł. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że Zamawiający ani Przystępujący nie zakwestionowali stwierdzenia, iż ww. wartość, że stanowiła jedynie 0.5% wartości umownej i nie przedstawili żadnych dowodów, z których wynikałoby, że w tym przypadku fakt naliczenia kary umownej przesądził o braku należytego wykonania zamówienia, co spowodowałoby brak wydania referencji lub też wpłynęło na jej taką, a nie inną treść.

W poruszonej kwestii Izba podziela stanowisko Odwołującego wsparte wyrokiem Izby z dnia 20 listopada 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2693/20, w którym stwierdzono, że „sam fakt naliczenia wykonawcy kary umownej nie przesądza o braku należytego wykonania umowy. Każdorazowo w takich przypadkach muszą być zbadane okoliczności faktyczne sprawy, w tym m.in. charakter wykonywanego zamówienia, powody naliczenia kary umownej, wysokość tej kary w stosunku do wynagrodzenia wykonawcy, ocena sposobu wykonania zamówienia przez zamawiającego, na rzecz, którego było ono realizowane".

Za niezasadne Izba uznała również twierdzenia, iż w treści dokumentu referencyjnego brak jest informacji o należytym wykonaniu zamówienia. Również w informacjach, które pozyskał Przystępujący i Zamawiający nie znajdują się takie określenia. Izba w tym zakresie powołuje się na utrwalony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, że pomiot występujący o wydanie referencji nie ma wpływu na treść, która się w niej znajdzie. O tym decyduje jej wystawca, a tym samym nieuprawnione jest domaganie się od wykonawcy przedstawienia referencji w określonym kształcie. Ponadto należy zauważyć, że w rozpoznawanej sprawie w piśmie przekazanym Zamawiającemu przez GZDiZ podano informacje o tym, że RAJBUD wykonywał prace zgodnie z umową oraz obowiązującymi przepisami i normami. Wobec faktu wydania referencji, a także wskazanie, że prace wykonane przez RAJBUD były zrealizowane zgodnie z umową oraz obowiązującymi przepisami i normami i brak przy tym dowodów przeciwnych (Izba nie uznała za wystarczający dowodu pochodzącego z wydruku ze strony , który wskazywał na pojedynczą awarię przy realizacji zamówienia) Izba uznała w tym przypadku za potwierdzenie należytego wykonania zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Oznacza to, że czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postepowania należy uznać za nieprawidłową. Naturalna konsekwencją takiego stanowiska Izby jest potwierdzenie się zarzutów naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

W związku z potwierdzeniem się ww. zarzutów Izba bez rozpoznania zostawiła dalszy zarzut ewentualny w postaci naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp.

Zgodnie z art. 557 NPzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 NPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

W związku z tym Izba kosztami postepowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 270/21 zgodnie z art. 575 NPzp oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 ust. 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 2 w zw. z 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) w kwocie 18 665 zł (na

którą składał się koszt wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego, wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego oraz koszty dojazdu Odwołującego na rozprawę) - obciążyła Zamawiającego jako stronę przegrywającą.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……