

WYROK
z dnia 28 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2021 r. przez odwołującego: **BUDREX sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** (ul. Hetmańska 92, 15-727 Białystok) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie** (ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa),

- przy udziale wykonawcy: **RAITIL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (ul. Żytnia 15/12, 01-014 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy RAITIL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; (2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie** (ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę **13. 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) obejmującą uiszczony przez odwołującego wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

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 z późn. 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**.

Sygn. akt KIO 978/21

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 26 marca 2021 r. przez wykonawcę: BUDREX sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (ul. Hetmańska 92, 15-727 Białystok) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 645 wraz z rozbiórką istniejącego i budową nowego mostu przez rzekę Szkwa w miejscowości Dęby w km 8+787”. Numer referencyjny: 005/21. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP w dniu 16 lutego 2021 r. Nr2021/BZP 00007763/01-N-2020. Odwołujący podniósł zarzuty wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy RAITIL sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Wskazał – jego zdaniem – na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegającą na nieprawidłowej ocenie przez Zamawiającego:

- 1) oferty złożonej przez RAITIL, a w konsekwencji nieuprawnionym dokonaniem wyboru oferty RAITIL jako najkorzystniejszej;
 - 2) wyjaśnień złożonych przez RAITIL dnia 17.03.2021 r., co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty RAITIL jako najkorzystniejszej;
 - 3) niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego zaniechania odrzucenia oferty RAITIL oraz zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu
- W związku z powyższym zamawiającemu zarzucił naruszenie:
- (1) art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) w zw. z art. 266 Pzp - nieodrzućcenie oferty RAITIL jako wykonawcy niespełniającego warunków udziału w Postępowaniu określonych w SWZ;
 - (2) art. 118 ust. 2 ust. 3 i ust. 4 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp oraz art. 57 pkt. 2 Pzp:
 - a) jego błędną wykładnię i przyjęcie, że oferta RAITIL spełnia wymogi określone w SWZ przez zamawiającego, podczas, gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia w odniesieniu do warunków technicznych i zawodowych (również w zakresie prac zastrzeżonych przez Zamawiającego do osobistego wykonania i braku realności udostępnionych zasobów);
 - b) przyjęcie, że postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu polegający na wykazaniu się przez Wykonawcę doświadczeniem w realizacji co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na rozbiórce i budowie lub przebudowie lub rozbudowie obiektu mostowego znajdującego się w ciągu drogi klasy Z, G, GP, S lub A o wartości nie mniejszej niż 1800 000,00 złotych brutto każda jest spełniony przez Wykonawcę przy powoływaniu się przez niego na wykonanie zupełnie innej i ograniczonej co do zakresu roboty budowlanej (tj. budowie tymczasowej przeprawy mostowej);
 - (3) art. 119 Pzp - błędną ocenę przez zamawiającego udostępnionych RAITIL przez DOMOST sp. z o.o. zdolności technicznych lub zawodowych, w tym doświadczenia i błędne przyjęcie, że udostępnione zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia pozwolą na wykazanie przez RAITIL spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy RAITIL nie posiada żadnego doświadczenia na zakres prac objęty przedmiotem zamówienia, jak również zastrzeżony do osobistego wykonania;
 - (4) art. 121 Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 i 4 Pzp - jego niezastosowanie polegające na przyjęciu, iż zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówienia na roboty budowlane może się pokrywać z zakresem polegania przez Wykonawcę na zasobach tzw. podmiotu trzeciego i udostępnienie to nadal będzie miało charakter realny w kontekście zakresu zastrzeżonego do osobistego wykonania zamówienia przez Wykonawcę;
 - (5) art. 118 ust. 2, ust. 3 i ust. 4 Pzp w zw. z art. 119 Pzp - uznanie, iż udział podmiotu trzeciego, na zasoby którego Wykonawca się powołuje będzie realny na etapie realizacji zamówienia, a podmiot trzeci wykona roboty objęte

zasobem udostępnianym, podczas gdy z treści zobowiązania i wyjaśnień RAI TIL wynika, iż udział firmy DOMOST sp. z o.o. będzie całkowicie marginalny i nie odpowiadający zasobom udostępnianym;

- (6) art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 121 Pzp i art. 116 ust. 1 Pzp - ich niezastosowanie, co skutkowało przyjęciem, że Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza daje gwarancję dostarczenia Zamawiającemu najlepszej jakości robót budowlanych i najlepszych efektów zamówienia, podczas gdy Wykonawca RAITIL ani nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, ani nie daje ww. gwarancji jego wykonania, z uwagi na całkowity brak własnego doświadczenia w wykonaniu robót objętych przedmiotem Postępowania;
- (7) art. 16 pkt. 1 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp - naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i dokonanie wyboru oferty RAITIL jako najkorzystniejszej w momencie gdy Wykonawca ten:
- A. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
 - B. nie udowodnił, że udział podmiotu trzeciego, na zasoby którego Wykonawca się powołuje będzie realny — z uwagi na zamierzony zakres powierzenia na zasadzie podwykonawstwa, jak również w kontekście obowiązku wykonania kluczowych części zamówienia samodzielnie przez Wykonawcę;
 - C. posiadał przewagę nad pozostałymi Wykonawcami, angażując firmę DOMOST sp. z o.o. mającą wiedzę na temat projektu dla realizacji robót budowlanych objętych przedmiotem niniejszego postępowania.

II. Na podstawie art. 534 ust. 1 Pzp oraz art. 538 ust. 1. Pzp wniósł o: (1) Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 554 ust. 3 pkt. 1 lit. a) PZP wniósł o:

(1) uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: powtórzenia czynności badania i oceny ofert; a w konsekwencji: odrzucenia oferty wykonawcy RAI TIL jako nie spełniającej warunków udziału w Postępowaniu; uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą w Postępowaniu.

Na podstawie art. 573 Pzp wniósł ponadto o: zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Wykonawca wskazał, że (...) *ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jego oferta uplasowana jest na miejscu drugim — z uwzględnieniem przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert w niniejszym postępowaniu. Tym samym Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania, a jednocześnie może ponieść szkodę w wyniku naruszeń przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby Zamawiający przeprowadził czynności zgodnie z wymogami określonymi w PZP oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a oferta RAITIL zostałaby odrzucona. Tym samym Odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania w niniejszej sprawie.*

W uzasadnieniu wskazał na następujące okoliczności:

W punkcie VIII.2.4 SWZ zatytułowanym „Warunki udziału w postępowaniu” Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do wymaganych zdolności technicznych i zawodowych tj. wykonania w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na rozbiórce i budowie lub przebudowie, lub rozbudowie obiektu mostowego znajdującego się w ciągu drogi klasy Z, G, GP, S lub A o wartości robót nie mniejszej niż 1 800 000,00 złotych brutto każda. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. z 2000 r., nr 63 poz. 735) i jej § 3 pkt 1) przez obiekt mostowy rozumie się, cyt.: budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszorowerowego, szlaku wędrowek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej nad przeszkodą terenową, a w szczególności: most, wiadukt, estakadę, kładkę. W oparciu o art. 121 Pzp Zamawiający w punkcie VI. 2. SWZ zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę robót tj.: rozbiórki konstrukcji istniejącego mostu, robót zbrojarskich i betoniarskich, montażu belek sprężonych strunobetonowych typu KUJAN, odwodnienia wykopu oraz objazdu tymczasowego. Dowód: SWZ (w aktach postępowania u Zamawiającego).

W Postępowaniu oferty złożyło 8 wykonawców, przy czym oferta RAITIL została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Dowód: zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 23.03.2021 r.

Wykonawca RAITIL w pkt V. 8 oferty wskazał, że roboty ziemne i wykończeniowe zostaną zlecone podwykonawcy — DOMOST sp. z o.o., zaś prace zastrzeżone do osobistego wykonania zostaną wykonane przez RAITIL. Jednocześnie w zakresie doświadczenia RAITIL wskazał, że będzie korzystał wyłącznie z doświadczenia swojego podwykonawcy, który przedłożył referencje wykonania 2 robót, które to referencje Odwołujący również kwestionuje. Podwykonawca przedłożył bowiem referencje z dnia 09.03.2018 r. wystawione przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo — Mostowych „OSTRADA” potwierdzające zrealizowanie budowy tymczasowej przeprawy mostowej na rzece Narew, co nie jest tożsame z wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem w zakresie rozbiórki i budowy lub przebudowy obiektu mostowego — również w ciągu drogi klasy Z, G, GP, S lub A

Przedstawione doświadczenie w zakresie cyt.: „Budowy tymczasowej przeprawy mostowej” nie obejmuje swym zakresem rozbiórki obiektu mostowego wymaganej klasy (co już dyskwalifikuje zakres doświadczenia zgodnie z wykładnią logiczną — występującą w warunku koniunkcją), to ponadto nie do przyjęcia jest traktowanie za równoważne doświadczenia w budowie obiektu mostowego z budową tymczasowej przeprawy mostowej. Zdaniem Odwołującego, nie sposób stawiać znaku równości pomiędzy dwoma wyżej wskazanymi zakresami robót — w szczególności co do zakresu, sposobu wykonania i grupy złożoności robót dotyczących wykonania obiektu mostowego w stosunku do tymczasowej przeprawy mostowej. Dodał również, iż tymczasowa przeprawa mostowa — choć w żadnym zakresie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, to dodatkowo wcale nie musiała zostać wykonana w ciągu drogi klasy Z, G, GP, S lub A, a stanowiła co najwyżej drogę stricte dojazdową (symbol D) w rozumieniu § 3 pkt 9) wyżej powołanego rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie. Nie sposób bowiem zakwalifikować tymczasowej przeprawy mostowej za fragment: autostrady, drogi ekspresowej, drogi głównej Przyspieszonego ruchu, drogi głównej czy choćby drogi zbiorczej. Tym samym wykonawca, zdaniem Odwołującego, nie dysponuje wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem już z wyżej wskazanej przyczyny. Dowód: oferta RAITIL (w aktach postępowania u Zamawiającego), referencje dla DOMOST sp. z o.o. ogłoszenie o zamówieniu nr 525042-N-2017 z dnia 05.06.2017 r., SIWZ Inwestycji pn. „Budowa tymczasowej przeprawy mostowej na rzece Narew w ciągu drogi krajowej nr 61 w Ostrołęce” ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Rozbudowa mostu na rzece Narew w Ostrołęce w ciągu drogi krajowej nr 61, ul. Mostowa, Ostrołęka. Także w niniejszej sprawie, treść samego zobowiązania firmy DOMOST sp. z o.o. z dnia 08.03.2021 r. złożonego wraz z ofertą RAITIL wskazuje

jednoznacznie, iż DOMOST sp. z o.o. będzie wykonywał na podstawie umowy podwykonawczej w okresie wykonywania zamówienia roboty objęte przedmiotem udostępnianych zasobów.

Mając uzasadnione na tym etapie wątpliwości, pismem z 15.03.2021 r. Zamawiający wezwał RAITIL do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie podziału obowiązków pomiędzy RAITIL a podwykonawcą DOMOST sp. z o.o. Dowód: pismo zamawiającego z dnia 15.03.2021 r., znak : W-1.43.2.3.2021.8 (w aktach postępowania u Zamawiającego)

W wyjaśnieniach treści złożonej oferty z dnia 17.03.2021 roku RAITIL oświadczyła, że samodzielnie wykona wszystkie wskazane w rozdziale VI pkt. 2 SWZ części zamówienia tj. rozbiórkę konstrukcji istniejącego mostu, roboty zbrojarskie i betoniarskie, montaż belek sprężonych strunobetonowych typu KUJAN, odwodnienie wykopu i objazd tymczasowy.

Jednocześnie tenże Wykonawca podniósł, że, cyt.: „W ofercie Raitil Sp. z o.o. wskazał Podwykonawcę Domost Sp. z o.o. jako wykonawcę robót ziemnych, a więc prace ściśle związane z wykonaniem mechanicznym i ręcznym robót ziemnych. W celu rozwiania wątpliwości Zamawiającego uprzejmie wyjaśniamy, iż prace związane z wykonaniem projektu technologicznego zabezpieczenia wykopów, prace pomiarowe i oznakowanie robót oraz prace zabezpieczające wykopy przed zasypaniem i napływającą wodą zostały przewidziane do realizacji przez Wykonawcę Raitil Sp. z o.o. Jedynie prace związane ze sprowadzeniem sprzętu do wykonania robót oraz odspojenie gruntu ze składowaniem na odkład zamierzamy powierzyć Podwykonawcy. Reasumując, jak dowiedliśmy powyżej żadnych operacji przewidzianych w SWZ przez Zamawiającego jako kluczowe części Zamówienie nie zlecimy Podwykonawcy(...) .” Dowód: pismo RAITIL z dnia 17.03.2021r., znak: R-T 1-011-17.03.2021 (w aktach postępowania u Zamawiającego)

Tym samym, zgodnie z art. 118 ust. 2 Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby* jeżeli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W związku z powyższym nie sposób uznać, że:

a) Wykonawca w jakikolwiek zakresie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

b) Wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego oraz zasadami obowiązującymi w nowo wprowadzonej ustawie Prawo zamówień publicznych;

c) Wykonawca udowodnił (a tak obowiązek na nim ciąży), iż udział podmiotu trzeciego będzie realny w odniesieniu do niniejszej sprawy.

W ugruntowanym orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że dla udostępnienia zasobu doświadczenia przez podmiot trzeci, zgodnie z art. 22a ust. 4 ówczesnie obowiązującej ustawy Pzp i orzecznictwem w tym zakresie (aktualnym na dzień dzisiejszy), koniecznym jest wykazanie rzeczywistego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego i grupa realizacja robót przez ów podmiot - samodzielnie lub wspólnie z wykonawcą. Nie jest dopuszczalne posługiwanie się w toku postępowania o udzielenia zamówienia publicznego w celu wykazania spełniania warunków wiedzy i doświadczenia referencjami podmiotu trzeciego, jeżeli podmiot ten nie będzie brał udziału w wykonaniu zamówienia w zakresie tożsamym z tym udostępnianym. Należy mieć bowiem na uwadze, iż doświadczenie nie stanowi dobra materialnego, czy też niematerialnego, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi bowiem składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa. Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Zgodnie z orzecznictwem KIO, do spełnienia przesłanki czynnego udziału podmiotu udostępniającego zasoby nie są wystarczające konsultacje mające polegać na przekazywaniu wiedzy pracownikom wykonawcy, gdyż doświadczenie w odniesieniu do robót budowlanych odnosi się nie tylko do praktycznej znajomości zagadnienia, ale także do umiejętności reakcji w warunkach zmieniających się okoliczności, której nie da się uzyskać w sposób inny, niż uprzednio osobiście wykonując roboty (np. wyrok KIO 2846/13). Ponadto, jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 3545/20 — aktualnym również na gruncie nowej ustawy PZP, cyt.: „Ustawodawca zastrzegł zatem, że powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego jest dopuszczalne, jeżeli podmiot ten wykona roboty budowlane, do których wymagane są zdolności na które się powołał wykonawca. Ustawa nie stanowi, że podmiot trzeci ma "wziąć udział" czy "wykonać znaczącą część". (...) Zobowiązanie do wykonania jedynie części zamówienia, gdy wykonawca powoływał się na doświadczenie w zakresie całości nie może być bowiem uznane za wystarczające. Ocena taka znajduje potwierdzenie w ugruntowanej linii orzeczniczej KIO - por. np. wyrok KIO 211/18, KIO 2245/14, KIO 1755/17, KIO 1857/17. Podkreślił wszystkie wyżej wskazane stanowiska KIO w powołanych sprawach pozostają aktualne na gruncie nowego Prawa zamówień publicznych, które nie zmienia zasad obowiązujących w zakresie udostępniania zasobów w celu wykazania się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu.

W niniejszym Postępowaniu Zamawiający zastrzegł, kluczowe, najbardziej specjalistyczne prace do osobistego wykonania Wykonawcy. Zastrzeżenie w dokumentacji obowiązku osobistego wykonania kluczowej części zamówienia oznacza, że w przypadku wykonawców będących osobami prawnymi lub jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej wykonanie zamówienia musi nastąpić siłami własnymi, co oznacza konieczność zaangażowania własnych zasobów technicznych, czy też np. kadrowych. Podmiot udostępniający zasoby, czy doświadczenie nie może realizować zastrzeżonej do osobistego wykonania przez Wykonawcę części zamówienia, a tym samym wyłączona zostaje możliwość powoływania się na doświadczenie podmiotu trzeciego.

Dodatkowo, zakres prac, który wskazał RAITIL do powierzenia podmiotowi trzeciemu nie mieści się w pojęciu „rozbiórka”. „budowa” lub „przebudowa” w rozumieniu prawa budowlanego, do których odwoływał się warunek Zamawiającego, a część prac związanych z cyt.: „sprowadzenie sprzętu do wykonania robót (...) ma charakter wyłącznie usługi (a nie robót budowlanych). Jednocześnie, zgodnie z deklaracją podmiotu trzeciego, zobowiązał się on do udostępnienia swoich zasobów "przez cały okres realizacji Zamówienia", co stoi w sprzeczności ze wskazanym rodzajem prac i terminem ich realizacji, bowiem byłyby wykonywane wyłącznie w początkowej fazie realizacji zamówienia. Stanowisko odwołującego w powołanym zakresie potwierdza w zupełności treść wydanego uzasadnienia do wyroku KIO 1857/17. Ponadto - jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2018 r. sygn. akt: „cyt.: „Natomiast wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą" (tak też: wyrok KIO 2245/17). Ustawodawca tym samym przesądził, że realne udostępnienie takich zasobów w przypadku ww. warunków może polegać wyłącznie na wykonaniu przez podmiot udostępniający, usług lub robót budowlanych, do których takie zdolności są wymagane. W ocenie Izby na gruncie dokumentów i oświadczeń przedstawionych przez Wykonawcę M. W. T. U podmiot trzeci nie zrealizuje zamówienia w zakresie, w jakim powołano się na jego doświadczenie. (...). Z taką sytuacją — jak opisana w powołanym wyżej orzeczeniu KIO mamy do czynienia również i w niniejszej sprawie.

Tym samym, DOMOST sp. z o.o. udostępniając RAITIL pełne doświadczenie wymagane w Postępowaniu w zakresie realizacji dwóch Inwestycji (z czego jednej nie spełniającej całkowicie warunków wskazanych SWZ, o czym mowa

powyżej) powinien wykonać wszelkie roboty objęte przedmiotem niniejszego Postępowania, tak by jego udział uznać za realny i rzeczywisty -- co jednocześnie stoi w sprzeczności z treścią oświadczenia Wykonawcy RAITIL z dnia 17.03.2021 r.

Wobec powyższego bezsprzeczne jest, że Wykonawca nie dysponuje potencjałem na takim poziomie, który gwarantuje prawidłowe wykonanie zamówienia, co nie znajduje również potwierdzenia w istniejącym stanie faktycznym. Dodał, że w niniejszym postępowaniu RAITIL samodzielnie nie posiada wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, dlatego też powołuje się w całości na doświadczenie swojego podwykonawcy — DOMOST sp. z o.o. z siedzibą w Małkini Górnej, który nie będzie mógł jednak wykonywać prac zastrzeżonych do osobistego wykonania wykonawcy. Zdaniem Odwołującego — również z tego punktu widzenia - udostępnienie przez DOMOST sp. z o.o. jest zgodnie z art. 118 ust. 2 Pzp nieskuteczne w zastrzeżonej w trybie przepisu art. 121 Pzp do osobistego wykonania części zamówienia, a ponadto udział DOMOST sp. z o.o. wyłącznie pozorny (co też wykazano powyżej). Przedstawione bowiem dokumenty wskazują na "pozorność" udostępniania przez inny podmiot własnych zasobów na rzecz RAITIL wyłącznie w celu ubiegania się o zamówienie podmiotu. Jeśli podmiot trzeci, na którego zasoby powołuje się Wykonawca nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia to Wykonawca nie może powoływać się na te zasoby celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jak wskazano w wyroku KIO 1756/16: „Udowodnienie polegania na zasobach innych podmiotów w przedmiocie m.in. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, należy do zakresu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez dysponowanie udostępnionymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, co stanowi istotę polegania na zasobach innych podmiotów wynikającego z regulacji ustawowej. Z powyższego wynika, że RAITIL nie wykazał w żadnym zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zatem zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) w zw. z art. 266 Pzp oraz 57 pkt. 1 i 2 Pzp Zamawiający winien odrzucić jego ofertę z powyższych przyczyn.

Dodatkowo wskazał, że Zamawiający zgodnie z art. 16 pkt. 1 Pzp obowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów. W jej założeniu wykonawcy powinni mieć umożliwiony równy dostęp do udziału w postępowaniu, a Zamawiający jest uprawniony do udzielenia zamówienia jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 Pzp). W wyroku KIO z dnia 02.07.2012 r. sygn. 1287/12 podkreślono: „Zasada równości polega m.in. na równym dostępie wszystkich uczestników do wszelkich informacji dotyczących przetargu. W poglądach doktryny przyjmuje się za niedopuszczalne jako sprzeczne z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji, zarówno wszelkie porozumienia pomiędzy zamawiającym a uczestnikami postępowania, jak też między samymi uczestnikami. Działania takie stanowią oczywistą manipulację przebiegiem postępowania przetargowego”

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył również przepis art. 16 pt. 1 Pzp w zw. z art. 17 ust.2 Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i dokonanie wyboru oferty RAITIL jako najkorzystniejszej w momencie gdy Wykonawca RAITIL nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie udowodnił, że udział podmiotu trzeciego, na zasoby którego Wykonawca się powołuje będzie realny i rzeczywisty — z uwagi na zamierzony zakres powierzenia na zasadzie podwykonawstwa, jak również w kontekście obowiązku wykonania kluczowych części zamówienia samodzielnie przez Wykonawcę. Co więcej, dokumentację projektową na zlecenie Zamawiającego sporządzała DOMOST sp. z o.o. z siedzibą w Małkini Górnej, która następnie po wyborze oferty RAITIL będzie wykonywała prace podwykonawcze. Wysoce prawdopodobnym, z uwagi na powiązania osobowe wspólników i reprezentantów obu spółek, że wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu znacznie wcześniej znał założenia wynikające z projektu budowlanego Inwestycji, co znacznie mu ułatwiło się oszacowanie kosztów budowy i ich optymalizację. Niewątpliwie takie informacje dają przewagę w postępowaniu u udzielenie zamówienia. Mając na uwadze powyższe i dokonując wyboru oferty RAITIL, mimo posiadanej wiedzy o współpracy w ramach Inwestycji RAITIL i jego podwykonawcy DOMOST sp. z o.o. która w sposób znaczący ograniczając konkurencję, Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania podwykonawców.

Na marginesie podał, że dane ujawnione w rejestrze przedsiębiorców KRS wskazują na powiązania rodzinne wspólników (z których część jest również prokurentami) ze wspólnikami i członkami organów podwykonawcy DOMOST sp. z o.o. na którego doświadczenie RAITIL powołuje się w Postępowaniu. Powyższe również niewątpliwie miało wpływ na termin i zakres przekazywanych informacji dotyczących Inwestycji. Dowód: wydruk z CI KRS RAITIL (w aktach postępowania u Zamawiającego); wydruk z CI KRS DOMOST sp. z o.o.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca RAITIL sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu, albowiem kluczowy zarzut dotyczący braku wykazania warunku udziału w postępowaniu określony w punkcie VIII.2.4 lit. a) SWZ odnoszący się do wymaganych zdolności technicznych i zawodowych wykonawcy jest zasadny.

Zgodnie ze wskazanym punktem wykonawca zobowiązany był wykazać wykonanie (...), *co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na rozbiórce i budowie lub przebudowie, lub rozbudowie obiektu mostowego znajdującego się w ciągu drogi klasy Z, G, GP, S lub A o wartości robót nie mniejszej niż 1 800 000,00 złotych brutto każda*”.

Jednocześnie Zamawiający w punkcie VI. 2. SWZ zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia podając, że Wykonawca wykona osobiście: rozbiórkę konstrukcji istniejącego mostu, robót zbrojarskich i betoniarskich, montażu belek sprężonych strunobetonowych typu KUJAN, odwodnienia wykopu oraz objazdu tymczasowego”.

W Formularzu ofertowym wykonawca RAITIL podał:

(...)

*„8. następujące roboty zamierzamy zlecić podwykonawcom:** (podać część zamówienia, liczbę i nazwę firm podwykonawców)*

1/ roboty ziemne i wykończeniowe – DOMOST Sp. z o.o.

2/ roboty drogowe – S. J., J., D. „Czystość” Spółka Jawna

Zamawiający w oparciu o art. 121 ustawy Prawo zamówień publicznych, zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę robót tj. rozbiórkę konstrukcji istniejącego mostu, roboty zbrojarskie i betoniarskie, montaż belek sprężonych strunobetonowych typu KUJAN, odwodnienie wykopu, objazd tymczasowy.

9. Nazwy (firmy) innych podmiotów na zasoby, których powołuje się na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu: 1/ DOMOST Sp. z o.o.; 2S. J., J., D. „Czystość” Spółka

Jawna”.

W piśmie z dnia 15 marca 2021 r., Zamawiający w nawiązaniu do punktu 8 Formularza – zwracając jednocześnie uwagę na punkt VI. 2. SWZ - wezwał wykonawcę: *do uszczegółowienia i wskazania jakie czynności/roboty wchodzi w zakres robót ziemnych, wskazanych w druku oferty, które mają Państwo zamiar zlecić do wykonania Podwykonawcy DOMOST Sp. z o.o.*”.

W odpowiedzi wykonawca ten podał (pismo z dnia 17.03.2021 r.): *„W nawiązaniu do Wezwania do wyjaśnienia treści złożonej oferty (...) Raitil Sp. z o.o. deklaruje spełnienie obowiązku osobistego przez Wykonawcę kluczowych części Zamówienia w tym wszystkich wskazanych w rozdziale VI pkt 2 SIWZ tj.: rozbiórkę konstrukcji i istniejącego mostu, roboty zbrojarskie i betoniarskie, montaż belek sprężonych strunobetonowych typu KUJAN, odwodnienie wykupu, objazd tymczasowy. W ofercie Raitil Sp. z o.o. Podwykonawcą Domost Sp. z o.o. jako wykonawcę robót ziemnych. a więc prace ściśle związane z wykonaniem mechanicznym i ręcznym robót ziemnych. Zamawiający nie wskazał wymogu wykonania przez Wykonawcę pełnego zakresu pozycji SST a jedynie wymienionych kluczowych części zamówienia. W celu rozwiania wątpliwości Zamawiającego uprzejmie wyjaśniamy, iż prace związane z wykonaniem projektu technologicznego zabezpieczenia wykopów, prace pomiarowe i oznakowanie robót oraz prace zabezpieczające wykopy przed zasypaniem i napływającą wodą zostały przewidziane do realizacji przez Wykonawcę Raitil Sp. z o.o. Jedynie prace związane ze sprowadzeniem sprzętu do robót oraz odspojenie gruntu ze składowaniem na odkład zamierzamy powierzyć Podwykonawcy. Reasumując, jak dowiedliśmy powyżej żadnych z operacji przewidzianych w SIWZ przez Zamawiającego jako kluczowe części Zamówienie nie zlecimy Podwykonawcy. Jednocześnie zapewniamy w pełni zgodne z ofertą i SWZ realizację przedmiotowego kontraktu.”*

Zamawiający w piśmie z dnia 18 marca 2021 r. („Wezwanie do złożenia dokumentów wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą”) skierowanym do RATAIL wezwał tego wykonawcę - na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych, w związku z uznaniem oferty jako najkorzystniejszej - do złożenie aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, wskazanych w X rozdziale, pkt 4 SWZ. m.in. w punkcie 2 pisma:

(...) 2) *potwierdzających spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu:*

- *Wykaz robót budowlanych (na wzorze zamawiającego), wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, porównywalnych z robotami budowlanymi stanowiącymi przedmiot zamówienia, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — inne odpowiednie dokumenty.*

- *Wykaz osób (na wzorze zamawiającego), skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami”.*

Wykonawca w odpowiedzi na to pismo przedłożył:

1) Wykaz dwóch robót budowlanych, jak podano w odwołaniu zrealizowanych przez podwykonawcę DOMOST - obejmujący pod pozycją drugą sporne „Roboty budowlane dotyczące zadania pn.: „Budowa tymczasowej przeprawy mostowej na rzece Narew w ciągu drogi krajowej nr 61 w Ostrołęce” w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Rozbudowa mostu na rzece Narew w Ostrołęce w ciągu drogi krajowej nr 61, ul. Mostowa, Ostrołęka”.

W dokumencie referencyjnym dla tych robót wskazano: „Przedsiębiorstwo Robót Drogowo- Mostowych „OSTRADA” Sp z o.o. zaświadcza, że firma DOMOST Sp. z o.o. ul. Kolejowa 30, 07-320 Małkinia Górna w okresie od 28.08.2017r. do 19.12.2017r. jako Podwykonawca zrealizował na nasze zlecenie zadanie”.

2) Wykaz osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, w którym wskazał na dwie osoby. Pierwsza z nich do pełnienia funkcji kierownika budowy (p. Ł. S.) i druga - do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych (p. D. C.).

W odniesieniu do p. S. - odnośnie podstawy dysponowania wskazano: „Dysponowanie pośrednie – udostępnienie – pracownik DOMOST sp. z o.o.”; Wskazano ponadto na zadanie 1 z Wykazu robót: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej 636 polegającej na rozbiórce istniejącego i budowie nowego obiektu mostowego na rzece Osownica w (...). W odniesieniu do p. C. - odnośnie podstawy dysponowania wskazano: „Dysponowanie pośrednie – udostępnienie – pracownik S. J., J. D. „Czystość” Spółka Jawna”.

Zarzut dotyczący drugiej pozycji z Wykazu robót dla potwierdzenia wskazanego warunku dla której załączono referencje z dnia 09.03.2018 r. wystawione przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo — Mostowych „OSTRADA” jest zasadny. Wskazane w ramach tej pozycji roboty nie są tożsame z wymagany przez Zamawiającego doświadczeniem polegającym (...) *na rozbiórce i budowie lub przebudowie, lub rozbudowie obiektu mostowego znajdującego się w ciągu drogi klasy Z, G, GP, S lub A (...).* Tak jak podał Odwołujący, nie zostało wykazane doświadczenie w zakresie „Budowy tymczasowej przeprawy mostowej na rzece Narew w ciągu drogi krajowej nr 61 w Ostrołęce” w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Rozbudowa mostu na rzece Narew w Ostrołęce w ciągu drogi krajowej nr 61, ul. Mostowa, Ostrołęka”. Z opisu referencyjnych robót, ani z dokumentu referencyjnego nie wynika, aby w ramach tych robót wykonano rozbiórkę obiektu mostowego, co dyskwalifikuje te roboty. Jednocześnie Izba zauważa, że wykonawca w zakresie tego – jego zdaniem obiektu referencyjnego - nie wykazał że został on wykonany w ciągu drogi klasy Z, G, GP, S lub A. Nie sposób a’ priori - jak wskazywał - Odwołujący zakwalifikować tymczasowej przeprawy mostowej za fragment: autostrady, drogi ekspresowej, drogi głównej przyspieszonego ruchu, drogi głównej czy choćby drogi zbiorczej. Ponadto zgodnie z treścią oferty oraz wyjaśnień z dnia 17.03.2021 r. wykonawca RAITIL zadeklarował, iż *spełni obowiązek wykonania osobistego przez Wykonawcę kluczowych części Zamówienia w tym wszystkich wskazanych w rozdziale VI pkt 2 SWZ tj.: rozbiórkę konstrukcji istniejącego mostu, roboty zbrojarskie i betoniarskie, montaż belek sprężonych strunobetonowych typu KUJAN, odwodnienie wykupu, objazd tymczasowy*”, podczas, gdy wykonawca ten nie wykazał wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia do wykonania wyżej wymienionych prac. Oba zadania referencyjne, z których jedno nie potwierdza wymagań z punktu VIII.2.4) lit. a) siwz były wykonywane przez wskazanego podwykonawcę DOMOST z przypisanym mu w zakresie tego zamówienia - zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 17.03.2021 r. – określonym zakresem prac.

Izba mając na uwadze przepis art. 555 ustawy Pzp zgodnie z którym: „Izba nie może orzekać co do zarzutów nie były zawarte w odwołaniu” dodatkowo wskazuje, że Zamawiający w punkcie VIII pkt. 2 ppkt 4) SWZ określił wymaganie w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, warunkujące udział w prowadzonym przez niego postępowaniu i tak:

1) pod lit. a) - wymaganie odnoszące się do wykonania przez wykonawcę: (...) *co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na rozbiórce i budowie lub przebudowie, lub rozbudowie obiektu mostowego znajdującego się w ciągu drogi klasy Z, G, GP, S lub A o wartości robót nie mniejszej niż 1 800 000,00 zł brutto każda*;

2) pod lit. b) - wymaganie odnoszące się z kolei do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a mianowicie osoby:

- do pełnienia funkcji kierownika budowy z doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika budowy dla robót budowlanych polegających na rozbiórce i budowie lub przebudowie, lub rozbudowie co najmniej jednego obiektu mostowego znajdującego się w ciągu drogi klasy Z, G, GP, S lub A;
- osoby - posiadające uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej drogowej, która będzie pełnić funkcję kierownika robót drogowych.

Wykonawca RAITIL sp. z o.o. przedkładając Wykaz osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (...) wg wzoru Zamawiającego (zgodnie z wezwaniem) oraz zobowiązania wskazanych podmiotów potwierdził wymagania, co do osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia (VIII pkt. 2 ppkt 4 lit.b) siwz). Nie potwierdził natomiast warunku co do doświadczenia wykonawcy w realizacji dwóch robót budowlanych wg wymagania z VIII pkt. 2 ppkt 4) lit. a). Przede wszystkim zgodnie z wymaganiem punktu VI.2 specyfikacji, Zamawiający zastrzegł (...) *obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia*. Wskazał, że „Wykonawca wykona osobiście: rozbiórkę konstrukcji istniejącego mostu, roboty zbrojarskie i betoniarskie, montaż belek sprężonych strunobetonowych typu KUJAN, odwodnienie wykopu, objazd tymczasowy”. DOMOST sp. z o.o. zatem jako podwykonawca nie może wykonywać prac zastrzeżonych do osobistego wykonania przez wykonawcę, pomimo, że w tym zakresie wykonawca powołuje się na jego zasoby. Izba z uwagi na wskazany art. 555 Pzp ponownie zauważa tylko, że zobowiązania dotyczą udostępnienia wskazanych osób, nie doświadczenia tych wykonawców. Niewątpliwie – jak twierdzi Odwołujący - zdolność zawodowa w postaci wiedzy i doświadczenia powinna być realnie udostępniona przez bezpośredni udział podmiotu udostępniającego w takiej części zamówienia lub w takim zakresie, w jaki wykonawca deklaruje udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji tej części lub zakresu zamówienia. Także słusznie twierdzi, że prac – w tym przypadku robót budowlanych – zastrzeżonych do osobistego wykonania (warunek nie podważony) nie może wykonywać wykonawca, który nie spełnia danego warunku. Wobec zastrzeżenia osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę kluczowych części zamówienia wykonawca powinien wykazać (w zakresie warunku) roboty/prace zrealizowane samodzielnie. Zamawiający zastrzegając obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane, tym samym wykluczył możliwość polegania na zasobach innego podmiotu.

Izba natomiast nie podzieliła stanowiska Odwołującego, co do naruszenia przez Zamawiającego – w związku z wyborem oferty RAITIL jako najkorzystniejszej - zasady równego traktowania wykonawców, o których stanowi art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 17 ust.2 Pzp - z uwagi na wskazywaną – zdaniem Odwołującego - przewagę tego wykonawcy nad pozostałymi wykonawcami, w związku z zaangażowaniem firmy DOMOST jako podwykonawcy. Odwołujący nie uprawdopodobnił, że uczestnictwo firmy DOMOST w opracowywaniu dokumentacji projektowej i wynikająca z tego ewentualna znajomość założeń wynikająca z projektu budowlanego inwestycji, miała ułatwić oszacowanie kosztów budowy i ich optymalizację wykonawcy RAITIL. Izba zwraca także uwagę, że w uzasadnieniu wykonawca wskazał, że ta prawdopodobna wiedza o współpracy w ramach inwestycji RAITIL i jego podwykonawcy DOMOST sp. z o.o. skutkowałą – ale chyba tylko z powodów znanych Odwołującemu - naruszeniem zasady równego traktowania podwykonawców.

Wobec powyższych ustaleń Izba uwzględniając odwołanie nakazała powtórzenia czynności badania i oceny ofert, co umożliwi w toku tego badania zastosowanie procedur przewidzianych ustawą Pzp.

Rozstrzygając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła art. 575 Pzp oraz § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....