Sygn. akt: KIO 2597/21

WYROK

z dnia 11 października 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Aneta Mlącka

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2021 roku przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum

w składzie: (1) DSV Air & Sea Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Duchnicach oraz (2) Bus Marco Polo Wratislavia 1992 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: 1 Regionalna Baza Logistyczna w Wałczu z siedzibą w Wałczu

przy udziale wykonawcy K. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Maxi Cargo K. T. z siedzibą w Swarzędzu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z 23 sierpnia 2021 roku polegającej na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału dotyczącego doświadczenia wykonawcy, jak również nakazanie Zamawiającemu przystąpienie do badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Przystępującego: K. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Maxi Cargo K. T. z siedzibą w Swarzędzu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: (1) DSV Air & Sea Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Duchnicach oraz
(2) Bus Marco Polo Wratislavia 1992 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Przystępującego - K. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod

firmą Maxi Cargo K. T. z siedzibą w Swarzędzu na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: (1) DSV Air & Sea Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Duchnicach oraz (2) Bus Marco Polo Wratislavia 1992 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt KIO 2597/21

UZASADNIENIE

Zamawiający: 1 Regionalna Baza Logistyczna w Wałczu z siedzibą w Wałczu prowadzi postępowania w celu zawarcia umowy ramowej na świadczenie usług transportu drogowego na potrzeby Sił Zbrojnych, nr sprawy: 15/2021, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 079-204551 w dniu 23 kwietnia 2021 r. Wartość przedmiotu zamówienia przekracza progi unijne.

Dnia 1 września 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. art. 513 pkt 1 i art. 505 ust. 1 w związku z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021r., poz. 1129 ze zmianami, dalej jako „PZP") odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia- konsorcjum w składzie: (1) DSV Air & Sea Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Duchnicach oraz (2) Bus Marco Polo Wratislavia 1992 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Odwołujący" lub „Konsorcjum").

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego podjętej w dniu 23 sierpnia 2021 r. polegającej na wezwaniu Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 PZP do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału dotyczącego doświadczenia wykonawcy.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 58 ust. 4 i 5 PZP w zw. z art. 117 ust. 1, 3 i 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP poprzez bezzasadne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w zakresie wymaganego doświadczenia i konieczne jest uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych, podczas gdy Odwołujący jednoznacznie wykazał spełnienie warunku udziału w całości przez jednego z konsorcjantów, który będzie w każdym możliwym przypadku brał bezpośredni udział w realizacji usługi dla Zamawiającego a planowany na obecnym etapie postępowania udział drugiego z konsorcjantów w realizacji umowy dla Zamawiającego jest niewystarczającą podstawą dla konieczności wymagania od niego całości wymaganego doświadczenia.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności z 23 sierpnia 2021 r. polegającej na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału dotyczącego doświadczenia wykonawcy a także ewentualnej czynności wtórnej wobec powyższego tj. odrzucenia wniosku Odwołującego, która może nastąpić na dzień rozpatrzenia odwołania

przez Izbę,

Odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie. Kopia odwołania została prawidłowo doręczona Zamawiającemu, a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Czynność Zamawiającego polegająca na nieuznaniu za wystarczające doświadczenia wykazanego przez Odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w zakresie posiadanego doświadczenia była w ocenie Odwołującego wadliwa, a zatem wezwanie Odwołującego w zakresie uzupełnienia dokumentów nie powinno mieć miejsca.

Odwołujący zaznaczył, że wprawdzie przedstawił swoje stanowisko Zamawiającemu w wyznaczonym przez niego terminie, jednak z istoty sprawy nie dokonał tego w zakresie zgodnym z żądaniem Zamawiającego. W konsekwencji, na obecnym etapie Odwołujący narażony jest na ryzyko poniesienia szkody w postaci odrzucenia jego wniosku na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP. Jedynie uwzględnienie odwołania zagwarantuje Odwołującemu możliwość dalszego ubiegania się o zawarcie umowy ramowej z Zamawiającym, co w dalszej perspektywie pozwoli mu na udział w postępowaniach na ubieganie się o umowy wykonawcze zawierane na podstawie umowy ramowej. Powyższe pozwoli Odwołującemu uzyskać wymierny zysk z usług świadczonych na rzecz Zamawiającego.

W części merytorycznego uzasadnienia zarzutów, Odwołujący wskazał, że Zamawiający wszczął postępowanie, którego celem jest zawarcie umowy ramowej na świadczenie usług transportu drogowego na potrzeby Sił Zbrojnych. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie przepisów Działu VI PZP, tj. zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Przedmiot zamówienia został podzielony na 3 części (zadania) w zależności od przedmiotu dokonywanego transportu tj. transport nienormatywny sprzętu wojskowego powyżej 35 do 70 ton (zadanie 1), transport nienormatywny sprzętu wojskowego do 35 ton (zadanie 2), transport środków zaopatrzenia (zadanie 3). Na podstawie innych wymagań dla potencjalnych wykonawców można domniemywać, że przedmiotem zamówienia będzie zarówno transport krajowy, jak i międzynarodowy. Więcej informacji w zakresie szczegółów usług realizowanych dla Zamawiającego w oparciu o umowę ramową Zamawiający nie uwzględnił w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Jednym z wymagań dla potencjalnych wykonawców była konieczność wykazania się wskazanym w treści ogłoszenia o zamówieniu doświadczeniem.

Zgodnie z Sekcją III.2.3) ogłoszenia (Kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe) Zamawiający określił, że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy w okresie

ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali

należycie usługi transportu drogowego w zakresie przewozu ponadgabarytowego sprzętu i/lub kontenerów ładunkowych ISO, których suma, odpowiada co najmniej wartości:

Zadanie nr 1 - 3 199 600,00 zł

Zadanie nr 2 - 1 512 900,00 zł

Zadanie nr 3 - 1 424 300,00 zł

W treści ogłoszenia pojawiły się też szczególne regulacje odnoszące się do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W szczególności w sekcji III.1.3) pkt VII ogłoszenia wskazano, że przynajmniej jedna z firm wspólnie składających wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu winna jest przedstawić oświadczenie wymienione w Części III.2.3) ogłoszenia. Dodatkowo w tym samym punkcie wskazano, że dokumentów wymienionych w Części III.2.3 ogłoszenia uczestnicy konsorcjum nie mogą złożyć łącznie tj. warunek ten musi spełnić ten z wykonawców, który wykona usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został ustalony na dzień 26 maja 2021 r. We wskazanym terminie swój wniosek złożyło 4 wykonawców, w tym także Odwołujący (w zakresie wszystkich 3 zadań).

Wykonawca wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedstawił dla lidera konsorcjum (DSV Air & Sea Sp. z o.o.) całe wymagane doświadczenie na potrzeby spełnienia warunku udziału dla wszystkich 3 zadań.

Jednocześnie, zgodnie z treścią oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 PZP, Wykonawca zadeklarował w toku postępowania, że usługę transportu drogowego będzie realizował zarówno jeden, jak i drugi członek konsorcjum. DSV oraz MARCO POLO dokonały następującego podziału usług, które będą wykonywały wspólnie na potrzeby realizacji zamówień: DSV - usługa transportu drogowego, organizacja transportu drogowego, MARCO POLO - usługa transportu drogowego. Powyższe oświadczenie dotyczy wszystkich trzech zadań.

Pierwsza ocena wniosku Odwołującego

W dniu 28 czerwca 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału. Zgodnie z przesłaną informacją, Zamawiający uznał, że Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału. Żaden z wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie (wnioski dwóch z nich zostały odrzucone) nie zakwestionował omawianej czynności Zamawiającego w terminie ustawowym do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Druga ocena wniosku Odwołującego

W dniu 23 lipca 2021 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o dokonaniu ponownej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału złożonego przez Odwołującego i bez unieważnienia poprzedniej czynności przyjął, że wniosek ten podlega odrzuceniu. W uzasadnieniu informacji Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału i na tej podstawie postanowił jego wniosek odrzucić, powołując się w tym zakresie na

art. 146 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP.

Zamawiający uzasadniając swoją decyzję wskazał na Oświadczenie Odwołującego z 6 czerwca 2021 r. w trybie art. 117 ust. 4 PZP, gdzie wskazano, że usługi transportu drogowego będą realizowali obydwaj członkowie konsorcjum Odwołującego jest nieprawidłowe. Na tej podstawie Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, ponieważ na wezwanie Zamawiającego nie uzupełnił licencji wspólnotowej zezwalającej na wykonywanie międzynarodowego transportu drogowego rzeczy przez DSV Air & Sea Sp. z o.o.

Wskazaną czynność zaskarżył Odwołujący w drodze odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Sprawa została zarejestrowana pod sygn. KIO 2314/21. Odwołanie zostało w całości uwzględnione przez Zamawiającego a Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego. Zamawiający unieważnił też czynność odrzucenia wniosku Odwołującego z 23 lipca 2021 r.

Trzecia ocena wniosku Odwołującego

Dokonując kolejnej oceny wniosku Odwołującego, w dniu 23 sierpnia 2021 r. Zamawiający dopatrzył się w nim rzekomej (nieidentyfikowanej wcześniej) wady polegającej na braku wykazania wystarczającego poziomu doświadczenia. Powyższe doprowadziło do skierowania w dniu 23 sierpnia 2021 r. do Odwołującego wezwania w trybie art. 128 ust. 1 PZP, będącego przedmiotem zaskarżenia.

Zamawiający uznał, że w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez kilku wykonawców (w ramach konsorcjum) oraz przy założeniu jakiejkolwiek wspólnej realizacji usług dla Zamawiającego, ustalony powyżej warunek udziału ma być spełniony nie tyle przez całe konsorcjum (w sensie: przynajmniej przez jednego z członków w całości), co przez każdego z jego członków osobno oraz w całości. W związku z powyższym, Zamawiający wezwał Odwołującego do wykazania całego doświadczenia także od drugiego z konsorcjantów Odwołującego wyznaczając mu termin na dokonanie tej czynności do 30 sierpnia 2021 r.

Odwołujący we wskazanym terminie nie ustosunkował się do wezwania Zamawiającego zgodnie z jego treścią.

Zdaniem Odwołującego stanowisko Zamawiającego wyrażone w wezwaniu z 23 sierpnia 2021 r. jest niezgodne z przywołanymi w odwołaniu przepisami PZP. Opiera się ono także na nieprawidłowej interpretacji treści ogłoszenia.

Prawdą jest, że zgodnie z treścią tego ogłoszenia, warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy powinien być spełniony samodzielnie przez danego członka konsorcjum, który wykona usługi, do realizacji, których omawiane doświadczenie jest niezbędne. W tym sensie niemożliwe byłoby łączenie potencjałów konsorcjantów na potrzeby spełnienia warunku udziału.

Przykładowo zatem, jeżeli na pierwszą część zamówienia należało się wykazać doświadczeniem w realizacji (nieokreślonej liczby) usług o wartości łącznej 3.199.600 złotych, to dany członek realizujący później usługi powinien samodzielnie wykazać się doświadczeniem w realizacji usług o łącznej wartości (co najmniej) 3.199.600 złotych i nie było możliwe łączenie doświadczeń konsorcjantów, gdzie jeden z nich wykonałby np. usługi o wartości 2.000.000 złotych a drugi kolejne 1.199.600 złotych. Taka a nie inna treść ustalonego warunku udziału w postępowaniu wyraźnie pokazywała, że w ocenie Zamawiającego jedynie wykonanie w okresie ostatnich 5 lat samodzielnie usług na określonym poziomie wartości daje rękojmię należytego wykonania. Jeżeli dany podmiot pojedynczo nie spełniałby tego wymogu, to nie byłoby możliwe sumowanie zrealizowanych usług przez kilka podmiotów.

Obecnie jednak Zamawiający wydaje się interpretować postanowienia treści ogłoszenia w inny sposób. Twierdzi on bowiem, że w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez kilku wykonawców (w ramach konsorcjum) oraz przy założeniu wspólnej realizacji usług dla Zamawiającego, ustalony powyżej warunek udziału ma być spełniony nie tyle przez całe konsorcjum (w sensie: przynajmniej przez jednego z członków w całości), co przez każdego z jego członków osobno i w całości.

Pomimo zatem tego, że Odwołujący wykazał posiadane doświadczenie dla jednego z członków konsorcjum (samodzielnie posiadane doświadczenie) - tj. dla DSV Air & Sea Sp. z o.o., a zamówienie będzie też w części realizował drugi z konsorcjantów (Bus Marco Polo Wratislavia 1992 sp. z o.o.), to także dla tego podmiotu należy wykazać (niejako oddzielnie) całe (a nie np. w części) posiadane doświadczenie - tak wynika z treści wezwania z 23 sierpnia 2021 r.

Tym samym, Zamawiający stawia Odwołującego w gorszej sytuacji niż pojedynczego wykonawcę (nie startującego w ramach konsorcjum), ponieważ de facto oczekuje od Odwołującego wykazaniem się podwójnym doświadczenia w zrealizowanych usługach. Stanowisko Zamawiającego narusza zatem zasadę równego traktowania wykonawców z art. 16 pkt 1 PZP. W takim przypadku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia są bowiem inaczej traktowani niż wykonawcy składający wnioski indywidualnie, gdyż muszą wykazać np. posiadanie wymaganych zdolności na kwoty wielokrotnie większe niż indywidualni wykonawcy.

Powyższe stanowisko narusza także art. 58 ust. 5 PZP, który nakłada na zamawiającego obowiązek traktowania wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia na równi z wykonawcami występującymi samodzielnie. Jak wskazano w komentarzu do ustawy PZP przygotowanym przez Urząd Zamówień Publicznych: [g]dyby nie przepis art. 58 ust. 5 Pzp, każdy ze współwykonawców musiałby samodzielnie spełniać wszystkie wymagania stawiane uczestnikom postępowania.

Odwołujący zauważył, że całe swoje stanowisko Zamawiający opiera na zupełnie wyrwanym z kontekstu fragmencie ogłoszenia, zgodnie z którym dokumentów wymienionych w części III.2.3 niniejszego ogłoszenia [wykaz zrealizowanych usług oraz referencje] uczestnicy konsorcjum nie mogą złożyć łącznie tj. warunek ten [dot. doświadczenia] musi spełnić ten z wykonawców, który wykona usługi do realizacji których te zdolności są wymagane.

O ile Odwołujący zgadza się z wykładnią przywołanego fragmentu treści ogłoszenia, że możemy mieć do czynienia z ograniczeniem możliwości sumowania potencjałów konsorcjantów, tak powyższe wcale nie oznacza, że spełnienie (przynajmniej) przez jednego z członków konsorcjum (który, w przeciwieństwie do swojego konsorcjanta, będzie realizował zamówienie w każdym przypadku) całego warunku udziału w postępowaniu będzie niewystarczające na potrzeby spełnienia tego warunku przez całe konsorcjum. Powyższe pozostaje w pełni zgodne z ideą konsorcjum, która sprowadza się do łączenia posiadanych zasobów w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Na bezzasadność obecnie prezentowanego przez Zamawiającego podejścia wskazuje także literalna treść samego ogłoszenia, zgodnie z którą przynajmniej jedna z firm wspólnie składających wniosek o dopuszczenie do udziału winna jest przedstawić (...) dokumenty wymienione w (...) części 111.2.3) ogłoszenia, czyli właśnie wykaz zrealizowanych usług oraz referencje.

W rzeczywistości zatem Zamawiający wydaje się wprowadzać na obecnym etapie do treści ogłoszenia szczególny sposób spełnienia warunków udziału przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (z art. 117 ust. 1 PZP). Zamawiający oczekuje bowiem, aby w przypadku wspólnej realizacji usług, każdy z członków konsorcjum realizujących usługi, wykazał się samodzielnie i niezależnie od pozostałych konsorcjantów całym wymaganym doświadczeniem. Abstrahując czy tego typu wymóg byłby zgodny

z przepisami PZP (w szczególności zasadą równego traktowania wykonawców oraz zasadą proporcjonalności) to oczywistym pozostaje, że nie znalazł się on w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Treść ogłoszenia jest w tym zakresie dość lakoniczna, a w związku z tym przyjęcie obecnie prezentowanej przez Zamawiającego interpretacji jest zdaniem Odwołującego niedopuszczalne. Doświadczenie w realizacji usług ma posiadać ten podmiot, który wykona usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W tym przypadku warto zauważyć, że przecież przedmiot zamówienia opisany w treści ogłoszenia nie znajduje wyraźnego odniesienia do warunku udziału w zakresie wymaganego doświadczenia. Trudno jest zatem jednoznaczne powiązać wykonywane usługi (przedmiot zamówienia) z poziomem wymaganej zdolności (warunki udziału w postępowaniu). O ile bowiem przedmiot zamówienia wskazuje na konkretny przedmiot realizowanych usług dla Zamawiającego (sprzęt wojskowy nienormatywny powyżej 35 do 70 ton, do 35 ton i środki zaopatrzenia), tak same warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia odnoszą się przecież do przewozu ponadgabarytowego sprzętu i/lub kontenerów ładunkowych ISO o określonej wartości realizowanych usług. Trudno zatem jednoznacznie odnieść jedno do drugiego i przesądzić, że np. na potrzeby świadczenia usługi transportu środków zaopatrzenia konieczne jest wykazanie się doświadczeniem w realizacji przewozu kontenera ładunkowego ISO o wartości 1.424.300 złotych. Zupełnie inna sytuacja miałaby miejsce, gdyby warunki udziału w postępowania byłyby zbieżne z zarysowanym na obecnym etapie postępowania przedmiotem zamówienia, np. na potrzeby zadania nr 1 konieczne byłoby wykazanie się doświadczeniem w realizacji określonej liczby usług dotyczących transportu nienormatywnego sprzętu wojskowego powyżej 35 do 70 ton. Taka sytuacja jednak nie miała miejsca w postępowaniu.

Odwołujący dodał, że z uwagi na etap prowadzonego postępowania (i nieprzekazanie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia wykonawcom) obecnie nie jest możliwe bardzo precyzyjne ustalenie konkretnego podziału usług realizowanych przez członków konsorcjum Odwołującego. Punktem odniesienia mogą być w tym zakresie w zasadzie jedynie warunki udziału w postępowaniu, które mogą stanowić pewien punkt wyjścia dla podziału przyszłych obowiązków pomiędzy konsorcjantami.

Jednocześnie, z uwagi na przyjętą przez Zamawiającego obecnie interpretację treści ogłoszenia o zamówieniu należałoby dojść do kuriozalnego wniosku, że albo daną usługę w 100% wykona jeden z członków konsorcjum Odwołującego albo drugi. Skoro bowiem Zamawiający wymaga obecnie wykazania się pełnym doświadczeniem od każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, to siłą rzeczy przyjmuje, że w każdym możliwym przypadku daną usługę będzie dla Zamawiającego realizował tylko jeden z wykonawców.

Powyższe pozostaje sprzeczne z dokonanym na obecnym etapie postępowania (i na tyle, na ile pozwalała treść informacji przekazanych przez Zamawiającego) podziałem obowiązków dokonanym w ramach konsorcjum Odwołującego. Z treści oświadczenia złożonego przez Odwołującego na podstawie art. 117 ust. 4 PZP wynika, że jeden z konsorcjantów (lider - DSV Air & Sea Sp. z o.o.) będzie miał większy zakres obowiązków, ponieważ poza świadczeniem samych usług transportu drogowego będzie też odpowiedzialny za organizację transportu drogowego. Drugi z konsorcjantów (MARCO POLO) będzie świadczył jedynie usługi transportu drogowego i nie będzie odpowiedzialny za jego organizację. Oczywistym przy tym pozostaje, że element organizacji transportu będzie znajdował zastosowanie do każdej usługi realizowanej dla Zamawiającego (każdą tego typu usługę trzeba przecież najpierw zorganizować) a w związku z tym, w każde zamówienie realizowane dla Zamawiającego siłą rzeczy będzie (przynajmniej w części) zaangażowany podmiot, dla którego Odwołujący wykazał całe posiadane doświadczenie. Nie dojdzie zatem nigdy do sytuacji, w której w zamówieniu nie będzie brał czynnego udziału podmiot, który wykazał się całym wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem. Gwarancję taką dla powyższego dla Zamawiającego daje mu właśnie oświadczenie złożone przez Odwołującego na podstawie art. 117 ust. 1 PZP, z którego jednoznacznie wynika, że każdą z usług (na tym poziomie szczegółowości informacji) będzie (przynajmniej) organizowało DSV Air & Sea Sp. z o.o., co nie wyklucza (w konkretnym przypadku) większego stopnia zaangażowania tego podmiotu. Odwołujący dodał także, że wykazane przez Odwołującego doświadczenie dla DSV Air & Sea Sp. z o.o. nie budziło (dotychczas) jakichkolwiek wątpliwości po stronie Zamawiającego.

W świetle powyższego, złożone przez Odwołującego dotychczas dokumenty jego zdaniem w pełni potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu a w konsekwencji zastosowanie przez Zamawiającego w stosunku do Odwołującego art. 128 ust. 1 PZP jest nieprawidłowe. Przywołany przepis PZP dopuszcza wprawdzie wzywanie wykonawcy do uzupełnienia złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokumentów, ale tylko wtedy, jeżeli wykonawca:

a) nie złożył wymaganych dokumentów,

b) złożone dokumenty są niekompletne,

c) złożone dokumenty zawierają błędy.

Żadna z wyżej wskazanych okoliczności nie miała miejsca w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym, a skoro tak, to wezwanie z 23 sierpnia 2021 r. skierowane do Odwołującego pozostaje jako takie niezgodne z przepisami PZP. W konsekwencji, stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w treści wezwania jawi się wyłącznie jako dokonana po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu, która jako taka pozostaje niezgodna z obowiązującymi przepisami prawa.

Na marginesie Odwołujący dodał, że działanie Zamawiającego, który najpierw dwukrotnie dokonuje oceny wniosku a dopiero przy trzeciej jego ocenie dopatruje się jakichkolwiek braków wymagających skierowania wezwania do uzupełnienia, budzi uzasadnione wątpliwości z punktu widzenia wyrażonej w art. 16 pkt 2 PZP zasady przejrzystości. Trudno bowiem w tym przypadku mówić o jakiejkolwiek przewidywalności działań ze strony Zamawiającego, skoro Odwołujący jako wykonawca jest nieustannie „zaskakiwany" kolejnymi czynnościami Zamawiającego zmierzającymi do odrzucenia wniosku.

Odwołujący popierając argumentację odwołania, wnosił jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny złożonego wniosku, w tym stwierdzenie niezasadności czynności wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, pozbawia Odwołującego możliwości zakwalifikowania się do dalszych etapów prowadzonego postępowania na zawarcie umowy ramowej, co w konsekwencji może prowadzić do braku uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia, co stanowi jego materialną szkodę.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca K. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Maxi Cargo K. T. z siedzibą w Swarzędzu. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia.

Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości. Wykonawca podnosił, że nie jest możliwe świadczenie usług transportu w całości przez lidera Konsorcjum, ponieważ nie posiada on wymaganych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej. Mając na uwadze brzmienie art. 117 ust. 2 ustawy Pzp warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej (.) jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane. Z przepisu tego wynika zatem wprost, że to ten członek Konsorcjum, który posiada stosowne wymagane uprawnienia, będzie realizował usługi - co zostaje potwierdzone oświadczeniem złożonym na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. W przypadku określenia podziału zadań pomiędzy członków Konsorcjum, wskazanego w formie oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, każdy z członków Konsorcjum musi spełniać warunki udziału w postępowaniu w takim zakresie, w jakim następnie będzie realizował zamówienie. Wynika to wprost z art. 117 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Zamawiający nie dokonuje obecnie odmiennej interpretacji treści ogłoszenia

o zamówieniu. Zamawiający sprecyzował warunki udziału w postępowaniu jednoznacznie i w zgodzie z przepisami obowiązującej ustawy Pzp. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wcale nie muszą spełniać warunku doświadczenia „podwójnie", co próbuje udowodnić Odwołujący. Z ogłoszenia o zamówieniu wynika wprost, że warunek - zarówno dotyczący doświadczenia, jak i wymaganych uprawnień - ma spełniać ten członek Konsorcjum, który następnie będzie realizował zamówienie (art. 117 ust. 2 i 3 ustawy Pzp). Dlaczego zatem lider Konsorcjum - DSV Air & Sea Sp. z o.o., który wykazał spełnienie warunku dotyczącego wymaganego doświadczenia, nie może realizować usług będących przedmiotem zamówienia? Otóż dlatego właśnie, że nie wykazał się posiadaniem wymaganych w postępowaniu uprawnień. Natomiast członek Konsorcjum - Bus Marco Polo Wratislavia 1992 Sp. z o.o. nie wykazał się w ogóle posiadaniem doświadczenia w zakresie usług transportu drogowego ponadgabarytowego sprzętu i/lub kontenerów ładunkowych ISO, zatem w świetle art. 117 ust. 3 ustawy Pzp nie powinien zostać wskazany w oświadczeniu jako podmiot przewidziany do realizacji przedmiotowych usług.

Nie ulega wątpliwości, że Wykonawcy wchodzący w skład Konsorcjum mają możliwość łącznego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Łączenie zdolności członków konsorcjum w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może jednak następować w sposób dowolny. Odwołujący interpretuje przywołane przepisy w sposób dopasowany do swojej sytuacji, ale niezgodny z obowiązującą ustawą Prawo zamówień publicznych. Jak bowiem czytamy w wydawnictwie UZP „Prawo zamówień publicznych. Komentarz", H. Nowak, M. Winiarz (red.), Warszawa 2021, s. 450: „Liczy się rola, jaką członek grupy odegra przy realizacji zamówienia. Wymagane zdolności powinien posiadać co najmniej ten z konsorcjantów, który w ramach przyjętego wewnętrznie podziału zadań wyznaczony zostanie do realizowania danej części zamówienia, z którą wiąże się obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia". Odwołujący zdaje się nie zauważać, że art. 117 ust. 4 odwołuje się wprost do ust. 2 i 3 ustawy Pzp. O ile w dotychczasowym stanie prawnym struktura wspólnego ubiegania się o zamówienie pozwalała na dowolne ustalenie podziału zadań i obowiązków pomiędzy członków konsorcjum, obecnie w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest to zasadnicza zmiana, bowiem w wyniku wprowadzenia regulacji w art. 117 ust. 2 in fine oraz ust. 3 in fine, członkowie konsorcjum zostali zobligowani do osobistego wykonania części zamówienia, do których realizacji wymagane są zdolności wykazane przez te podmioty na etapie postępowania. Przepisy art. 117 ust. 2 i 3 ustawy Pzp wprowadzają warunek polegania na zdolnościach poszczególnych członków konsorcjum w postaci rzeczywistego zaangażowania danego członka konsorcjum w realizację odpowiedniej części zamówienia, z którą wiąże się jednocześnie obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia. Ma to na celu wyeliminowanie sytuacji, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego byłaby wykonywana przez członka konsorcjum nieposiadającego wymaganych w SWZ cech (np. stosownych uprawnień lub określonego w SWZ doświadczenia). Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu wymaga zatem od Zamawiającego uzyskania wiedzy o sposobie realizacji zamówienia publicznego już na etapie oceny i badania wniosków / ofert, właśnie w postaci oświadczenia złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. Oświadczenie składane w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp ma umożliwić Zamawiającemu weryfikację, czy planowany podział zadań pomiędzy członków Konsorcjum zapewnia realizację zamówienia przez podmiot, który posiada stosowne uprawnienia i wymagane doświadczenie. Zgodnie z nowymi regulacjami tylko ten spośród wykonawców, który wykazuje spełnienie warunku określonego w SWZ, może realizować zakres świadczenia, do wykonania którego określone zdolności są wymagane. Określenie podziału zadań pomiędzy członków Konsorcjum jest istotne również w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-387/14 („Esaprojekt"), zgodnie z którym, w sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, nabyte przez niego doświadczenie należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w wykonywanie czynności, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.

Trudno oprzeć się również wrażeniu, że Odwołujący po raz kolejny zmienia zakres i odpowiedzialność poszczególnych członków Konsorcjum w realizacji usług stanowiących przedmiot zamówienia. Przyjmując, że oświadczenie składane w trybie art. 117 ust. 4 ustawy

Pzp stanowi podmiotowy środek dowodowy i jako taki podlega uzupełnieniu lub wyjaśnieniu, czynności takie winny być dokonywane w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a nie na potrzeby postępowania odwoławczego prowadzonego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W okolicznościach sprawy w ocenie Przystępującego zachodzą przesłanki uzasadniające wezwanie Odwołującego do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

Przystępujący złożył pisemne oświadczenie o korzystaniu z prawa do złożenia sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania.

Z treści dokumentacji postępowania wynika także, że we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołujący złożył zezwolenie na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego dla Bus Marco oraz licencję dotyczącą międzynarodowego

zarobkowego przewozu drogowego rzeczy dla tego samego podmiotu.

Wraz z wnioskiem złożono Wykaz usług zawierający 8 pozycji, gdzie jako Zamawiającego wskazano podmiot DSV Air & Sea A/S Oliehavnsvej 2 DK 8000 Aarhus C Denmark, jako przedmiot zamówienia usługi transportu drogowego pojazdów i innych ładunków militarnych realizowane na różnych trasach. Usługi wykonywało DSV Air & Sea Spółka z graniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Duchnicach. Wartość usług przekraczała wielkość ustaloną przez Zamawiającego w warunku udziału. Do Wykazu dołączono również potwierdzenia należytego wykonania usług.

Wykonawcy ubiegający się o zamówienie złożyli oświadczenie w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, z którego wynikało, że „DSV oraz MARCO POLO dokonały następującego podziału usług, które będą wykonywały wspólnie na potrzeby realizacji zamówień, dla których prowadzone jest Postępowanie:

- DSV - usługa transportu drogowego, organizacja transportu drogowego,

- MARCO POLO - usługa transportu drogowego.

Powyższe oświadczenie dotyczy wszystkich trzech zadań, dla których prowadzone jest Postępowanie (...).” Oświadczenie zostało złożone na wezwanie Zamawiającego, który podał, że ze złożonego wniosku nie wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy tworzący konsorcjum.

Następnie ustalono, że z treści ogłoszenia o zamówieniu podano, że Punkt III.1.3) Forma prawna, jaką musi przyjąć grupa wykonawców, której zostanie udzielone zamówienie:

I. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wymaga się, aby:

1. przynajmniej 1 z Wykonawców (lub wszyscy) spełniał wymagania, o których mowa w części III.1.4 ust. I pkt 1, ppkt 2) i 4) ogłoszenia;

2. żaden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 405 ust. 1 oraz art. 405 ust. 2 pkt 5 w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy Pzp;

(...)

III. W przypadku wymogu posiadania zezwolenia i licencji (o których mowa w Części III.2.1) ust. I odpowiednio pkt 1 i 2 ogłoszenia), Wykonawca zagraniczny winien posiadać zezwolenie i licencję lub inne dokumenty zezwalające na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego w zakresie krajowego i międzynarodowego przewozu rzeczy, wydane zgodnie z przepisami obowiązującymi w państwie Wykonawcy.

Zamawiający uzna, że wymóg przedstawienia w/w dokumentu został spełniony, jeżeli przedłożony.

Przedstawienie oświadczenia zamiast stosownego dokumentu dotyczy Wykonawców z tych krajów, w których przepisy uniemożliwiają uzyskanie takiego zezwolenia na etapie otwarcia wniosków.

IV. Zgodnie z art. 58 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Każda z firm wspólnie składających wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - złoży oddzielnie dla każdej z nich oświadczenia i dokumenty wymienione w części III.2.1) ust. II pkt. 1-6 ogłoszenia.

VII. Ponadto przynajmniej jedna z firm wspólnie składających wniosek o dopuszczenie do

udziału w postępowaniu winna jest przedstawić oświadczenie wymienione w Części III.1.4) ust. I pkt 1 oraz dokumenty wymienione w Części III.2.1) ust. I oraz w Części III.2.2) i Części III.2.3) ogłoszenia.

Dokumenty wymienione w Części III.2.1) ust. I ogłoszenia składają tylko ci uczestnicy konsorcjum, którzy będą wykonywali zakres czynności, która wymaga posiadania tych dokumentów (uprawnień). Dokumentów wymienionych w Części III.2.3 ogłoszenia uczestnicy konsorcjum nie mogą złożyć łącznie tj. warunek ten musi spełnić ten z wykonawców, który wykona usługi do realizacji których te zdolności są wymagane. W przypadku spółki cywilnej warunek ten ma spełnić spółka cywilna - a nie jej wspólnicy. W przypadku korzystania ze zdolności technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby warunek nie może zostać spełniony łącznie tj. Wykonawca musi spełnić warunek sam lub podmiot udostępniający zasoby musi spełnić warunek sam.

Dokument wymieniony w Części III.2.2 ogłoszenia uczestnicy konsorcjum mogą złożyć łącznie tzn. co najmniej jeden z Wykonawców spełni warunek lub Wykonawcy spełnią go łącznie.

VIII. Ponadto Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani są przedłożyć: 1) oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4, z którego wynikać będzie, które usługi wykonują poszczególni wykonawcy wspólnie składający ofertę,

2) pełnomocnictwo, w którym Wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenia zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (w pełnomocnictwie należy skonkretyzować postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, z podaniem numeru sprawy i przedmiotu zamówienia),

3) kopię umowy regulującej współpracę wykonawców składających ofertę wspólnie przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego (kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę).

Punkt III.2.1) Sytuacja podmiotowa

Kryteria dotyczące sytuacji podmiotowej wykonawców (które mogą prowadzić do ich wykluczenia), w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów:

I. W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy posiadają:

1. zezwolenie, o którym mowa w art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2140 ze zm.) zezwalające na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego w zakresie krajowego przewozu rzeczy.

2. licencję wspólnotową, o której mowa w art. 5 a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2140 ze zm.) zezwalającej na wykonywanie międzynarodowego transportu drogowego rzeczy.

Punkt III.2.3) Kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe

Kryteria dotyczące kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych wykonawców (które mogą prowadzić do ich wykluczenia)

Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów:

W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali należycie usługi transportu drogowego w zakresie przewozu ponadgabarytowego sprzętu i/lub kontenerów ładunkowych ISO, których suma, odpowiada co najmniej wartości:

Zadanie nr 1 - 3 199 600,00 zł

Zadanie nr 2 - 1 512 900,00 zł

Zadanie nr 3 - 1 424 300,00 zł

Okresy wyrażone w latach lub miesiącach liczy się wstecz od dnia w którym upływa termin

składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Uwaga:

1. W przypadku kiedy Wykonawca składa wniosek na kilka zadań winien zsumować wartość poszczególnych zadań i na łączną kwotę przedstawić wykaz usług i tak np.: jeżeli Wykonawca składa ofertę na zadanie od 1 do 3 wykaz winien opiewać na wartość 6 136

800,00 zł.

2. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może złożyć podmiotowego środka dowodowego wymaganego przez Zamawiającego, w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, Wykonawca składa inne podmiotowe środki dowodowe, które w wystarczający sposób potwierdzają spełnianie opisanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej.

3. Jeżeli w dokumentach składanych w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, kwoty będą wyrażane w walucie obcej, kwoty te zostaną przeliczone na PLN wg średniego kursu PLN w stosunku do walut obcych ogłaszanego przez Narodowy Bank Polski (Tabela A kursów średnich walut obcych) w dniu wykonania usługi. W przypadku braku publikacji kursów walut NBP obowiązujących w dniu, o którym mowa powyżej, zastosowanie ma kurs ostatnio ogłoszony przed tym dniem.

Zamawiający na podstawie art. 128 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, zaznaczając, że zgodnie z sekcją III.2.1 ust. I pkt 1 i 2 ogłoszenia o zamówieniu żądał w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu zezwolenia zgodnego z ustawą o transporcie drogowym na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego w zakresie krajowego przewozu rzeczy, a także licencji wspólnotowej zgodnej z ustawą o transporcie drogowym zezwalającej na wykonywanie międzynarodowego transportu rzeczy. Do wniosku dołączono zezwolenie i licencję dla podmiotu Bus Marco.

W części III.1.3 ust. VII ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, że podmiotowe środki dowodowe składają ci uczestnicy konsorcjum, którzy będą wykonywali zakres czynności, który wymaga posiadania tych dokumentów.

We wniosku konsorcjum oświadczyło, że zarówno DSV, jak i Bus Marco będą wykonywali usługi transportu drogowego. Zatem konieczne jest złożenie zezwolenia i licencji

dla obu wykonawców wspólnie składających wniosek. Zamawiający prosił o uzupełnienie

zezwolenia i licencji dla DSV.

16 czerwca 2021 roku, Odwołujący, odpowiadając na wezwanie z dnia 10 czerwca 2021 roku do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, oświadczył, że:

W odpowiedzi na wezwanie w zakresie uzupełnienia zezwolenia, o którym mowa w art. 5 ust. 1 ustawy o transporcie drogowym oraz licencji wspólnotowej, o której mowa w art. 5a ust. 1 ustawy o transporcie drogowym dla DSV, oświadczono, że:

- usługa międzynarodowego transportu drogowego rzeczy w ramach realizacji zamówienia będzie świadczona jedynie przez Bus Marco Polo, a zatem DSV nie jest zobowiązane do posiadania Licencji,

- zarówno Bus Marco Polo, jak i DSV będą świadczyć usługi krajowego transportu drogowego rzeczy. W związku z tym, Wykonawca przedłożył licencję na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy uzyskaną przez DSV w dniu 15 kwietnia 2009 roku, ważną do dnia 15 kwietnia 2039 roku.

Jedynie ma marginesie zaznaczono, że jak wskazano w komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza (str. 448): niezasadne i nadmierne byłoby oczekiwanie, aby w przypadku konsorcjum wszyscy jego członkowie legitymowali się odpowiednimi zezwoleniami bez względu na ich udział w realizacji zamówienia. Nie zawsze jednak wszyscy członkowie konsorcjum muszą być zaangażowani w spełnienie świadczenia, udział niektórych może ograniczać się do udostępnienia zasobów (np. finansowych) bądź wykonywania czynności przygotowawczych lub pomocniczych, niewchodzących w zakres świadczenia głównego, takich jak np. obsługa administracyjna.

W dniu 23 sierpnia 2021 roku Zamawiający, po uwzględnieniu poprzedniego odwołania, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej, tj. wykazu usług transportu drogowego w zakresie przewozu ponadgabarytowego sprzętu i kontenerów ładunkowych ISO, wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usług ujętych w wykazie.

W uzasadnieniu wezwania Zamawiający podał, że zgodnie z sekcją III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu w kryteriach dotyczących sytuacji podmiotowej wykonawców wymagał należytego wykonania usługi transportu drogowego, których suma odpowiada co najmniej wartości:

- dla zadania nr 1 - 3 199 600 zł;

- dla zadania nr 2 - 1 512 900 zł

- dla zdania nr 3 - 1 424 300 zł.

W przypadku składania wniosku na kilka części (zadań) Wykonawca winien zsumować wartość poszczególnych zadań i na łączną kwotę przedstawić Wykaz usług. Dla zadań od 1 do 3 wartość ta wynosiła 6 136 800 zł.

Zgodnie z treścią punktu III.1.3 ust. VII ogłoszenia o zamówieniu w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, Wykonawcy nie mogą spełnić łącznie, to znaczy warunek ten musi spełnić ten z Wykonawców, który wykona usługi do realizacji których te zdolności są wymagane.

Zgodnie z oświadczeniem wynikającym z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp Odwołującego usługi będą wykonywać obaj wykonawcy wspólnie. W związku z tym, Zamawiający uważa, iż każdy z Wykonawców - członków konsorcjum Odwołującego, skoro będzie wykonywał usługi, winien wykazać się doświadczeniem przedstawiając wykaz wykonanych usług przez każdego z członków konsorcjum. Czyli każdy z wykonawców - członków konsorcjum - winien przedstawić Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie z wykazem usług wykonanych przez DSV. Nie złożono wykazu usług wykonanych przez Bus Marco na kwotę 6 136 800 zł.

Na czynność tę Odwołujący wniósł odwołanie. Zamawiającemu przedstawiono stanowisko pisemne, w którym Odwołujący wykazywał niezasadność wystosowanego do Wykonawcy wezwania. Zamawiający negatywnie wypowiedział się co do wniosku Odwołującego, podnosząc, że argumenty zmierzające do kwestionowania zapisów ogłoszenia o zamówieniu należy uznać za spóźnione. Same zaś postanowienia ogłoszenia są jasne i nie wymagają dodatkowej interpretacji. Wynika z nich, że wymagane dokumenty w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia uczestnicy konsorcjum muszą złożyć łącznie, to jest warunek musi spełnić ten z wykonawców, który wykona usługi do realizacji, których te zdolności są wymagane.

Oświadczenie składane w trybie art. 11 ust. 4 ustawy Pzp ma służyć temu, by Zamawiający miał rozeznanie od kogo i w jakim zakresie ma żądać dokumentów potwierdzających spełnianie warunku. Nie może być tak, że jeden z członków konsorcjum faktycznie wykonujący zamówienie nie wykaże się stosownym doświadczeniem.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Kluczową kwestią dla potwierdzenia zasadności zarzutów odwołania, jest w ocenie składu orzekającego Izby, interpretacja treści art. 117 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 117 ustawy Pzp zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

Z ust. 2 wynika, że warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp,

jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

W przypadku ust. 3 ustawodawca wskazał, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Art. 117 ust 4 ustawy Pzp stanowi, że w przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Jak stanowi treść ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający ustalił, że przynajmniej jedna z firm wspólnie składających wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu winna jest przedstawić dokumenty wymienione w Części III.2.1) ust. I. Dokumentami wymienionymi w Części III.2.1) ust. I ogłoszenia były zezwolenie na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego w zakresie krajowego przewozu rzeczy oraz licencja wspólnotowa zezwalająca na wykonywanie międzynarodowego transportu drogowego rzeczy.
W przypadku Odwołującego takie dokumenty w postaci podmiotowych środków dowodowych przedstawiono. Licencją wspólnotową dysponuje Partner konsorcjum, a zezwolenie posiadają obaj członkowie konsorcjum. W ocenie składu orzekającego Izby oznacza to, że wymagania Zamawiającego określone w ogłoszeniu o zamówieniu zostały spełnione.

Dostrzeżenia także wymaga, iż spełniono również wymóg, zgodnie z którym dokumenty wymienione w Części III.2.1) ust. I ogłoszenia złożyć mieli tylko ci uczestnicy konsorcjum, którzy będą wykonywali zakres czynności, która wymaga posiadania tych dokumentów (uprawnień). Odwołujący oświadczył, że usługi transportu krajowego świadczyć będą oba podmioty, natomiast usługi transportu międzynarodowego Partner konsorcjum. Zatem złożone środki podmiotowe są całkowicie zgodne z treścią oświadczenia składanego w trybie art. 117 ustawy Pzp. W żadnym miejscu opisu spełniania warunku udziału nie podano, że każdy z członków konsorcjum musiał posiadać każdy z wymaganych dokumentów i tylko przedstawienie licencji oraz zezwolenia łącznie przez każdy z podmiotów będzie potwierdzało posiadanie wymaganych uprawnień.

Ponadto przedstawienie podmiotowych środków dowodowych przez Odwołującego w określonym zakresie oznacza również, że wypełniona została dyspozycja art. 117 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem uprawnienia do prowadzenia działalności gospodarczej posiadają ci uczestnicy konsorcjum, którzy będą realizowali usługi, do których posiadanie tych uprawnień jest wymagane. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego z wezwania do uzupełnienia, nie było konieczne potwierdzenie spełniania warunku przez każdego z członków konsorcjum osobno w takim samym zakresie. Innymi słowy warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do uprawnień prowadzenia działalności gospodarczej konsorcjum mogło spełnić łącznie, przy czym każdy z członków konsorcjum mógł go spełnić w innym zakresie. Każdy z podmiotów tworzących konsorcjum posiada uprawnienia, w zakresie w jakim każdy z podmiotów będzie realizował usługi. A przynajmniej z treści wezwania do uzupełnienia dokumentów nic innego w ocenie Izby nie można wyczytać.

Zarówno więc treść ogłoszenia o zamówieniu, jak i ustawa Pzp dopuszcza łączne spełnienie warunku i w taki sposób spełnienie warunku wymaganych uprawnień potwierdził Odwołujący.

Poddając analizie dalszą treść wezwania do uzupełnienia dokumentów, skład orzekający Izby zauważa, że Zamawiający wykroczył poza ustalone dla wykonawców w ogłoszeniu o zamówieniu ramy ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający w ogłoszeniu zaznaczył, by warunek dotyczący doświadczenia zawodowego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie nie mogli spełnić łącznie, to znaczy warunek ten musiał spełnić ten z Wykonawców, który wykona usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Treść warunku referowała do wykonania usługi transportu drogowego, o określonej wartości. Jak słusznie zauważył na rozprawie Odwołujący, nie odwoływała się ona do elementu geograficznego świadczenia usług, czyli nie zobowiązywała wykonawców do wykazania się doświadczeniem usług w transporcie krajowym i transporcie międzynarodowym. Prawidłowy byłby również wykaz, który przedstawiałby tylko realizacje w Polsce. Natomiast złożenie wykazu poświadczającego realizacje poza granicami kraju, może świadczyć jedynie na korzyść danego podmiotu. Odwołujący w złożonym

Wykazie usług przedstawił zadania o spełniającej warunek wartości. Zadania te wykonał

jeden z członków konsorcjum - Lider. Zatem wymóg, by warunek spełnił ten członek konsorcjum, który wykonywał będzie usługi, został poświadczony. Lider konsorcjum, jak wynika z oświadczenia w trybie art. 117 ustawy Pzp, będzie świadczył usługi krajowego transportu drogowego rzeczy. Niewątpliwie usługi takiego rodzaju stanowią przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Skład orzekający Izby wyraża przekonanie, że Zamawiający w zupełnie nieuprawniony sposób w wezwaniu o uzupełnienia dokumentów żądał, by Partner konsorcjum złożył wykaz usług na kwotę minimum 6 136 800,00 zł. W ocenie Izby nie ma przeszkód, by Lider konsorcjum w toku realizacji zobowiązania umownego posiłkował się umiejętnościami i doświadczeniem Partnera konsorcjum, co może być uzasadnione, choćby wielkością przedmiotu zamówienia w przyszłej umowie. Nie oznacza to jednak na gruncie prowadzonego postępowania, że również Partner musiał złożyć wykaz usług poświadczający realizacje w określonej wysokości. Warunek udziału zakazywał łącznego potwierdzenia spełnienia, przez co należy rozumieć zakaz sumowania usług na wymaganą kwotą, które w częściach zrealizowali poszczególni uczestnicy konsorcjum.

Izba podkreśla po pierwsze, że w zupełnie niezgodny z treścią ogłoszenia, a przede wszystkim z treścią ustawy Pzp żądano, by każdy z członków tworzących konsorcjum wykonawców po stronie Odwołującego posiadał doświadczenie świadczenia usług o określonej wysokości. Takie postrzeganie warunku udziału przeczyłoby istocie tworzenia grupy wykonawców, którzy wspólnie chcą ubiegać się o zamówienie. Poza tym byłoby to niezgodne z zasadą równego traktowania wykonawców, bowiem grupa kilku podmiotów musiałaby potwierdzać posiadanie doświadczenia na wyższym poziomie, niż pojedynczy wykonawca. W tym miejscu podkreślić można, że Zamawiający w wystarczający sposób zabezpieczył swoje interesy, zakazując sumowania wartości usług, tak by świadczenie usług o niewielkiej wartości przez różne podmioty złożyło się na jedno zadanie. W przedmiotowym postępowaniu jeden podmiot przedstawił wykaz, z którego wynika, że dysponuje on doświadczeniem w realizacji zadań o znacznej wartości, co zgodne jest z założeniami Zamawiającego.

Dodatkowo z argumentacji przedstawionej na rozprawie można wnioskować, że Przystępujący uważa, iż skoro Lider przedstawił w wykazie usługi transportu międzynarodowego, to winien w takim przypadku złożyć Zamawiającemu licencję na wykonywanie transportu międzynarodowego.

W tym przypadku, jak już zauważono, treść warunku nie nawiązywała do znacznika geograficznego, a więc bez znaczenia dla warunku doświadczenia pozostaje okoliczność,

który z członków konsorcjum posiada wymaganą licencję na wykonywanie transportu międzynarodowego i czy w ogóle takie usługi były świadczone. Zdaniem Izby dokonano nadinterpretacji i nieuprawnionego połączenia zasad potwierdzenia spełniania dwóch różnych warunków. Nie można nie zauważyć, że warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do odrębnych elementów, czyli posiadania uprawnień i posiadania odpowiedniego poziomu doświadczenia zawodowego. Zamawiający zdecydował, że w różny sposób opisze możliwości potwierdzenia spełnienia każdego z warunków. Nie byłoby nieuprawnione połączenie wymagania posiadania licencji z doświadczeniem usług realizowanych poza Polską, ale Zamawiający w ten sposób w prowadzonym postępowaniu nie uczynił. Zamawiający nie powiązał wymogu posiadania licencji na transport międzynarodowy z posiadaniem doświadczenia w tym transporcie. Być może taki był zamiar Zamawiającego, ale nie został on wyartykułowany w dokumentach postępowania. Zaś na obecnym etapie prowadzonego postępowania zmiana reguł i zasad oceny złożonych wniosków o dopuszczenie jest zabroniona i byłaby niezgodna z przepisami. Warto również zauważyć, iż tak treść warunku w zakresie posiadania uprawnień, jak również w zakresie posiadania doświadczenia zawodowego nie była skomplikowana i nie wymagane było celem jej interpretacji zastosowanie innych reguł wykładni, poza wykładnią językową.

Reasumując, skład orzekający Izby uważa, że w nieuprawniony sposób zastosowano art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, dokonując nieuprawnionej interpretacji dyspozycji art. 117 ustawy Pzp, co prowadziło do naruszenia zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i skutkować musiało uwzględnieniem odwołania zgodnie z wyrażonymi w nim żądaniami.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Przystępującego

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: .....

Członkowie: