Sygn. akt: KIO 3471/21

WYROK

z dnia 13 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący Anna Chudzik

Członkowie:

Przemysław Dzierzędzki

Anna Wojciechowska

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2021 r. przez M.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „MARGO" M.G.,

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Zbójna,

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o. z siedzibą w Łomży, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża M.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „MARGO" M.G. 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 Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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: .....

Zamawiający - Gmina Zbójna - prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji

postępowanie o udzielenie zamówienia przebudowę i rozbudowę drogi gminnej Nr 104483B w miejscowości Wyk etap II nawierzchnia bitumiczna. Wartość zamówienia jest mniejsza niż

progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 24 września 2021 r. pod nr 2021/BZP 00191106/01.

W dniu 29 listopada 2021 r. M.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą

Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „MARGO" M.G. wniósł odwołanie wobec odrzucenia

jego oferty oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa

Komunikacyjnego Sp. z o.o. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 65 § 1 Kc, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie błędnego uznania, że została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, przedstawił referencje na okoliczność wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt. XXI. 1. SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 65 § 1 Kc, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie błędnego uznania, że zobowiązanie podmiotu trzeciego do

oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów na potrzeby zamówienia zostało ograniczone

do 4% przedmiotu zamówienia, podczas gdy prawidłowa wykładnia treści złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego oraz oferty Odwołującego prowadzi do wniosku, że zakres ten ograniczony został do 96%, a tym samym Odwołujący, niezależnie od tego, że samodzielnie wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, wykazał ich spełnienie za pośrednictwem potencjału podmiotu trzeciego;

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty

Odwołującego na podstawie błędnego uznania, że Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu oraz przez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o. i wybór oferty tego wykonawcy, który pozostawał w zmowie przetargowej;

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez brak

poinformowania Odwołującego o powodach odrzucenia jego oferty, tj. jakie konkretnie

niezgodności pomiędzy stawianym warunkiem, a dokumentami przedstawionymi przez

Odwołującego zostały stwierdzone i ograniczenie się jedynie do poinformowania, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu;

- art. 223 ust. 2 pkt 1 i 3 w zw. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, poprzez brak uwzględnienia wyjaśnień Odwołującego i uznanie, że jego oferta powinna podlegać

odrzuceniu, w sytuacji gdy Zamawiający miał możliwość poprawienia dokumentów w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty.

Odwołujący wskazał, że pismem z 23 listopada 2021 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu jego oferty z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał, że Odwołujący składając ofertę przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby zamówienia. Zasoby podmiotu trzeciego, na które powoływał się Odwołujący to: „zdolności zawodowe - wiedzy i doświadczenia". Zakres wykorzystania tych zasobów w realizacji zamówienia w formie umowy o podwykonawstwo - w ocenie Zamawiającego - zadeklarowano na poziomie 4% całości zamówienia. W świetle powyższego, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - w ocenie Zamawiającego - Odwołujący zobowiązany był do wykazania samodzielnej realizacji wymaganego zadania. Zamawiający stwierdził, że wykonawca wykazał w całości doświadczenie podmiotu trzeciego, na którego zasoby się powoływał, a który tylko w 4 % miał uczestniczyć w realizacji zamówienia. Na wezwanie do uzupełnienia dokumentów i wykazania doświadczenia na 96% realizacji zamówienia Odwołujący - w ocenie Zamawiającego - nie udokumentował doświadczenia w wymaganym w SWZ zakresie.

Odwołujący podniósł, że po pierwsze - wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu za pomocą własnego doświadczenia, a po drugie - wykazał spełnienie warunku za pomocą doświadczenia podmiotu trzeciego, którego zakres zaangażowania przez Zamawiającego został błędnie oceniony. Wskazał, że w odpowiedzi wezwanie Zamawiającego z 3 listopada 2021 r. do złożenia, poprawienia bądź uzupełnienia dokumentów, przedłożył referencje na okoliczność samodzielnego spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał w pkt XXI. 1. aby na potwierdzenie tego warunku wymagane jest wykazanie przez wykonawcę realizacji w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej, tj.

budowy/przebudowy/rozbudowy drogi o wartości min. 800 000,00 zł brutto, w tym min. 3 km o nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych. Zamawiający nie określił w SWZ, że dla jego wypełnienia w zakresie wykonania robót o długości min. 3 km o nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych konieczne jest wykazanie, aby nastąpiło to w ramach jednej umowy, czy jednej usługi. Zamawiający w tym zakresie dopuścił sumowanie wykonanych robót. Jego wykazanie będzie zatem możliwe przez wykonawcę, który wykaże w ramach kilku robót o wartości 800.000 zł każda, spełnienie tego warunku.

W ocenie Odwołującego powyższy sposób rozumienia warunku jest uzasadniony nie tylko jego literalną interpretacją, ale też z jego celem, który ma zapewnić posiadanie przez wykonawcę odpowiedniego doświadczenia. Wyrazem jego jest niewątpliwie określenie przez Zamawiającego konieczności wykazania robót budowlanych polegających na budowie/przebudowie/rozbudowie jednej drogi o wartości 800.000 zł. To często bowiem wartość zamówienia determinuje, jaki potencjał kadrowy, sprzętowy był w stanie jednocześnie i jednorazowo zmobilizować wykonawca dla realizacji określonego przedmiotu zamówienia i czy jego doświadczenie pozwalało na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. W tym względzie nie jest już tak istotne wymaganie co do liniowego i ciągłego zakresu prac o powtarzalnym charakterze. Szerszym bowiem doświadczeniem dysponuje wykonawca, który posiada doświadczenie w zmiennych i różnorodnych warunkach drogowych, odmiennych z uwagi na przedmiot zamówienia oraz etapy wykonywania robót, czy występujące kolizje, aniżeli wykonawca, który wykazuje roboty rodzajowo jednolite (niekoniecznie wyspecjalizowane), z pominięciem innych zakresów. Z technicznego punktu widzenia istotnym pozostaje, aby wykonawca wykazał, że potrafi realizować roboty określonego rodzaju (wykonanie drogi o nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych), ale wymaganie, aby roboty te były tożsame lub zbliżone (w niniejszym postępowaniu wyraża to stosunek 3222,89 m/3000 m) z przedmiotem zamówienia musiałoby zostać w szczególny sposób uzasadnione z uwagi na zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający musiałby wykazać, że tylko wykonawca, który wykonał liniowy odcinek o określonej długości, byłby w stanie prawidłowo zrealizować przedmiot zamówienia. Wobec braku wyspecyfikowania przez Zamawiającego charakteru prac (np. względem obiektów mostowych, czy specyficznych warunków drogowych) w niniejszym postępowaniu zakres warunku uznać należy jako zunifikowany, typowy, powtarzalny względem określonego rodzaju prac.

Zdaniem Odwołującego, w niniejszej sprawie takiego warunku Zamawiający nie postawił. Jeśli uzasadniony pozostaje warunek w zakresie wykazania zdolności potencjału w realizacji poprzednich zamówień wyrażony poprzez wskazanie robót budowlanych polegających na budowie/przebudowie/rozbudowie jednej drogi o wartości 800.000 zł (niekoniecznie w ramach jednej umowy), to zważywszy na powtarzalność robót (wykonanie drogi o nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych) i brak istnienia uwarunkowań szczególnych (konieczności ich wykonania na obiektach mostowych, kolizji z obiektami infrastruktury kolejowej, czy w obrębie tuneli lub nad ciekami wodnymi), warunek ich ciągłości nie został postawiony.

W ocenie Odwołującego, za powyższym sposobem rozumienia opisu warunku przemawia jego literalna wykładnia, w świetle której warunek jest możliwy do wykazania przez podmiot, który zrealizował roboty o wartości 800.000 zł w łącznej długości 3 km. Zamawiający wskazując na „jedną" robotę odnosi się jedynie do kwestii wartości tej roboty. W pozostałym bowiem zakresie nie formułuje warunku w postaci literalnego wskazania, że 3 km odnoszą się do „łącznego" lub „ciągłego" wykonania tego rodzaju robót. Argumentem przemawiającym za takim wnioskowaniem jest także wtrącenie „w tym", którego logiczna wartość jednoznacznie odnosi się do większej całości. Przy czym, nie determinuje ona, że drugi z postawionych warunków nie może składać się z kilku niezależnych robót, każdorazowo o wielkości 800.000 zł.

Zdaniem Odwołującego, gdyby Zamawiający chciał określić, że roboty powinny spełniać warunek 800.000 zł i długości 3 km łącznie, w ramach jednej roboty, powinien wprost to wskazać poprzez np. sformułowanie: realizacji w okresie ostatnich pięciu lat przed

upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej, tj. budowy/przebudowy/rozbudowy drogi

o wartości min. 800 000,00 zł brutto i jednocześnie o łącznej długości min. 3 km o nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych. Brak literalnego wskazania

pozwalającego na uznanie konieczności wypełnienia powyższej określonej logicznej koniunkcji powoduje, że jeśli warunek w części 800.000 zł musi zostać spełniony każdorazowo w ramach jednej budowy (z uwagi na semantyczny charakter pojęcia „jednej budowy", choć „nie jednej umowy"), to już dalszy warunek nie ma takiego charakteru. Brak jednoznacznego wskazania przez Zamawiającego obowiązku spełniania dwóch części warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę, nie może wywoływać negatywnych skutków w stosunku jego oferty, czy w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt), w którym Trybunał wyraził pogląd, że (...) art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, chyba że instytucja zamawiająca wykluczyła taką możliwość na podstawie wymogów związanych z przedmiotem i celami danego zamówienia publicznego oraz proporcjonalnych względem nich.

Uzasadniając swoje stanowisko Trybunał wskazał, że instytucja zamawiająca może zasadnie wyraźnie wskazać, co do zasady w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymóg posiadania określonych zdolności i konkretne zasady,

zgodnie z którymi oferent powinien wykazać swoją zdolność do otrzymania i wykonania

danego zamówienia. Podobnie, w wyjątkowych okolicznościach, z uwagi na charakter danych robót oraz na przedmiot i cele zamówienia, instytucja zamawiająca może

wprowadzić ograniczenia, w szczególności z zakresie korzystania z ograniczonej liczby wykonawców, na mocy art. 44 ust. 2 dyrektywy 2004/18. Jednakże jeżeli instytucja zamawiająca postanowi skorzystać z takiej możliwości, musi ona zapewnić, że wprowadzone przez nią szczegółowe zasady są związane z przedmiotem i celami tego zamówienia oraz proporcjonalne względem nich (podobnie wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner A. D., C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 40, 56).

Odwołujący podniósł przy tym, że przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie

podjętych działań jest lakoniczne i niejasne. Zamawiający nie wskazuje konkretnych

okoliczności, na jakich oparł dokonane przez siebie rozstrzygnięcie, czyniąc je w zasadzie

samowolnym i arbitralnym. Zamawiający nie sprostał obowiązkowi podania uzasadnienia faktycznego podejmowanej czynności w sposób zgodny z przepisami prawa, nie wskazując precyzyjnie okoliczności stanowiących uzasadnienie dokonanej czynności, utrudniając w ten sposób możliwość skutecznej weryfikacji jej prawidłowości przez wykonawcę.

Dalej Odwołujący podniósł, że wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu również za pomocą doświadczenia podmiotu trzeciego.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający błędnie założył, że Odwołujący, powołując się na zasoby podmiotu trzeciego, będzie polegać na nich jedynie w zakresie 4%. Treść oferty i zobowiązania podmiotu trzeciego prowadzi do wprost odwrotnych wniosków.

Odwołujący wskazał, że powołując się na zasoby podmiotu trzeciego - Trans Drog Szlachetka Sp. z o.o., określił, że zasoby te zostaną udostępnione tylko w ramach jedynego stosunku, tj. umowy o podwykonawstwo (pkt c zobowiązania podmiotu trzeciego). Jednocześnie wykonawca i podmiot trzeci ograniczył zakres uczestnictwa podwykonawcy do zakresu prac tożsamych z warunkiem udziału w postępowaniu, tj. wykonania robót budowlanych polegających na przebudowie i rozbudowie drogi o wartości min. 800 000,00 zł brutto o długości 3 km z nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych. Zgodnie z treścią zobowiązania podmiotu trzeciego udostępnienie jego nie ogranicza się do 4% wartości przedmiotu zamówienia, ale obejmuje czynności pozwalające na „poświadczeniu należytego wykonania robót bud. na zad. pn. „Przebudowa i rozbudowa drogi gminnej Nr 104483B w miejscowości Wyk etap II nawierzchnia bitumiczna" (pkt a zobowiązania podmiotu trzeciego). Zdaniem Odwołującego, użyta przez podmiot trzeci formuła w pkt. d zobowiązania podkreślająca, że w ramach zamówienia będzie on świadczył konsultacje i doradztwo w zakresie żądanym przez wykonawcę, podporządkowana została stosunkowi jej świadczenia - umowie o podwykonawstwo. Jeśli zobowiązany podmiot trzeci wskazał na konsultacje i doradztwo, to punkt jego odniesienia należy upatrywać w poświadczeniu należytego wykonania robót dla całego warunku przedmiotowego zamówienia. Jeśli bowiem konsultacje i doradztwo mogłyby być świadczone w ramach umowy o świadczenie usług, to z racji tego, że takiej formy charakteru stosunku łączącego strony w zobowiązaniu (pkt c zobowiązania podmiotu trzeciego), nie określono, zobowiązanie podmiotu trzeciego, powinno być rozumiane jako potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie jego całości. Taki też zakres prac objęty został zobowiązaniem podmiotu trzeciego (pkt. a zobowiązania).

Zdaniem Odwołującego, powyższe potwierdza także treść samej oferty. Odwołujący zaznaczył, że jego intencją było złożenie jej w sposób odpowiadający wymaganiom Zamawiającego, a zatem spełnienie stawianym przez niego warunków udziału. Wykonawca robót budowlanych jest świadomy brzmienia art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Dlatego wskazanie przez niego w treści samej oferty w pkt. 6 na sformułowanie wiedzy i doświadczenia (doradztwo i konsultacje), także z uwagi na fakt, że nie przedstawił on innych referencji aniżeli podmiotu trzeciego jednoznacznie dowodzą, że celem ich przedstawienia było wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w całości.

Odwołujący podniósł, że powyższy sposób wykładni oświadczenia woli wykonawcy potwierdza także fakt, że przedmiotem niniejszego postępowania jest przebudowa i rozbudowa drogi o całkowitej długości 3222,89 m. Wykonawca korzystając z doświadczenia podmiotu trzeciego potwierdził zaś warunek udziału opisany jako przebudowa i rozbudowa drogi o długości 3000 m (w ramach jednego odcinka - co nie było warunkiem udziału), tym samym oczywistym pozostaje, że taki zakres robót zamierza powierzyć podwykonawcy. Pozostały zakres wynoszący ok. 4% stanowiący odpowiednik finansowy stosunku 3222,89 m/3000 m (ok. 7 % w zakresie zakresu stosunku względem proporcji długości, nieoddający rzeczowego zaangażowania), wykonawca zamierza wykonać samodzielnie. Intencją Wykonawcy było złożenie niewadliwej oferty, stąd wskazanie przez niego na wiedzę i doświadczenie podmiotu zdeterminowane zostało przez obowiązek uczestnictwa w realizacji zamówienia (podwykonawstwa), bo innych form współpracy wykonawca i podmiot trzeci nie wskazał. Wszelkie niedokładności oferty tym samym mogą zostać wyjaśnione bez jej zmiany lub ewentualnie poprawione w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, bez konieczności uzyskiwania dodatkowych informacji od wykonawcy, na

podstawie samej treści oferty oraz zobowiązania podmiotu trzeciego. Odwołujący zaznaczył, że jeżeli konieczność poprawy oferty występowałaby, to odnosiłaby się ona do zmiany treści załącznika nr 7, który co do zasady nie jest treścią oferty, a w którym wartość procentowa (96%) wynika w sposób oczywisty z treści przedłożonych dokumentów.

Odwołujący podniósł, że również w tym zakresie aktualny pozostaje zarzut nieodniesienia się przez do złożonych wyjaśnień, co narusza art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie wskazał konkretnych okoliczności, na jakich oparł dokonane przez siebie rozstrzygnięcie, czyniąc je w zasadzie samowolnym i arbitralnym. Zamawiający nie sprostał obowiązkowi podania uzasadnienia faktycznego podejmowanej czynności w sposób zgodny z przepisami prawa, nie wskazując precyzyjnie okoliczności stanowiących uzasadnienie dokonanej czynności i utrudniając w ten sposób możliwość skutecznej weryfikacji jej prawidłowości przez wykonawcę.

Dalej Odwołujący podniósł zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, że w niniejszym postępowaniu oferty złożyło 5 wykonawców, w tym Przedsiębiorstwa Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o. (na kwotę 875 503,34 zł) oraz BIK-PROJEKT Sp. z o.o. (na kwotę: 860 248,10 zł). W toku postępowania to BIK-PROJEKT Sp. z o.o., który zaoferował niższą kwotę za wykonanie przedmiotu zamówienia, nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Zdaniem Odwołującego doszło do zawarcia porozumienia i złożenia ofert przez wykonawców zależnych osobowo, kapitałowo, rodzinnie oraz dysponujących zależnym od siebie potencjałem, co doprowadziło do zakłócenia konkurencji.

Zważyć podniósł, że ww. podmioty nie tylko dysponują tym samym miejscem prowadzenia działalności (ul. Poligonowa 32, 18-400 Łomża), ale E.O. posiada 400 udziałów w BIK-PROJEKT Sp. z o.o., zaś najprawdopodobniej powiązany z nią rodzinnie Wojciech Tomasz Olechwierowicz posiada 904 udziały w Przedsiębiorstwa Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o. Posiadane udziały pozwalają na wpływanie na działalność przedsiębiorstw. Dysponując możliwością złożenia większej liczby ofert podmioty te mogły złożyć oferty różniące się od siebie. Rozbieżność w przypadku podmiotów dysponujących dokładnie takim samym potencjałem osobowym, zasobami wiedzy i doświadczeniem jest całkowicie nieuzasadniona z punktu widzenia rynkowego, a uzasadnia ją istniejąca zmowa przetargowa. Jedyne jej wytłumaczenie stanowi chęć jak zwiększenia szansy zwycięstwa któregoś z podmiotów, jak również uzyskanie jak najwyższej ceny za usługi. W swoim założeniu dzięki koordynacji działań ww. wykonawcy, nie przedłużając terminu związania ofertą, mogli wpłynąć na wybór wykonawcy o wyższej ofercie. Odwołujący podkreślił przy tym, że samo zaistnienie samego uzgodnienia cen stanowi czyn nieuczciwej konkurencji powodujący konieczność unieważnienia obecnie umowy.

Odwołujący stwierdził, że jeśli sama możliwość kontrolowania podmiotami zależnymi daje możliwość koordynowania ofert, to istnienie pomiędzy podmiotami tylko możliwości wymiany informacji, prowadzi do konieczności uznania istnienia zmowy przetargowej. Odwołujący powołał się na przepis art. 6 pkt. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który stanowi, że zakazane są uzgodnienia przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Wobec powyższego jakiekolwiek porozumienia między składającymi ofertę w przedmiocie warunków składanych ofert, niezależnie od formy, w jakiej te porozumienia zawarto, są zakazane. Sytuacja, gdy uczestnicy przetargu wchodzą w posiadanie informacji na temat specyfiki działalności innych uczestników, warunków oferty, jakie mogą przedstawić czy nawet zamiarów odnośnie postępowania w ramach przetargu, jest objęta zakazem sformułowanym przez prawo konkurencji.

Zdaniem Odwołującego, nawet przy ewentualnym braku ustaleń między obydwoma podmiotami co do wspólnej strategii w ramach przetargu (na istnienie, których wskazuje zresztą szereg okoliczności), już sama wymiana między nimi informacji w przedmiocie ofert, które zamierzają złożyć między nimi, która wyklucza autonomiczne działanie (gdyż uzyskanie takiej informacji musi siłą rzeczy wpłynąć na sposób działania podmiotu, który ją uzyskał), prowadzi do naruszenia zakazu sformułowanego art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Odwołujący podniósł, że powiązania zachodzące w niniejszej sprawie między ww. podmiotami znacznie wykraczają poza jedynie wymianę informacji. Uprawnione jest bowiem stwierdzenie, że w obliczu wszystkich powiązań, uprawnienia o decydowaniu o aktywności

i strategii gospodarczej tychże podmiotów, z uwagi na prawo własności udziałów, zostały skupione w rękach tych samych osób. Tak więc pomimo formalnej odrębności tych podmiotów, de facto pozostawały one tak blisko powiązane, że samodzielność podejmowania decyzji była praktycznie wyłączona. Skoro zaś zjawiskiem naruszeniem konkurencji jest wymiana strategicznych informacji między konkurentami, gdyż stoi ona w sprzeczności z wymogiem samodzielności konkurentów, to tym bardziej całkowite jej wyeliminowanie należy ocenić jako zachowanie antykonkurencyjne.

Odwołujący wskazał, że katalog najczęstszych symptomów zmowy przetargowej znaleźć można we wzorcu zawiadomienia o podejrzeniu zmowy przetargowej, który opracowany został przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumenta. Na gruncie niniejszego postępowania przetargowego, istotne pozostają symptomy przedsiębiorców podejrzewanych o zmowę poprzez występowanie m. in.: (1) więzów rodzinnych, (2) powiązań organizacyjnych (np. prowadzenie odrębnych działalności pod tym samym adresem) oraz (3) powiązań osobowych, ze szczególnym uwzględnieniem kwestii tożsamych wspólników spółek kapitałowych oraz ich członków zarządu. Odwołujący stwierdził, że dla stwierdzenia zmowy przetargowej nie jest konieczne wykazanie antykonkurencynego skutku danego porozumienia, jeżeli sam jego cel ma taki charakter.

Odwołujący powołał się na art. 101 ust. 1 TFUE, który stanowi, że: „Niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą mieć wpływ na handel między Państwami Członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego, a w szczególności te, które polegają na:

a) ustalaniu w sposób bezpośredni lub pośredni cen zakupu lub sprzedaży albo innych warunków transakcji;

b) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji, rynków, rozwoju technicznego lub inwestycji;

c) podziale rynków lub źródeł zaopatrzenia;

d) stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji;

e) uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów. "

Odwołujący powołał się na orzeczenie ETS w sprawie T-Mobile Netherlands (C-8/08), z którego wynika, że Trybunał dostrzega zagrożenie dla konkurencji w sytuacji, gdy podmioty na rynku wchodzą w posiadanie informacji na temat planowanego postępowania na rynku swoich konkurentów lub ujawniają konkurentowi informacje na temat działań, które same zamierzają podjąć na rynku. W takim przypadku nie jest konieczne nawet zawarcie formalnej (bądź nawet nieformalnej) umowy między konkurentami. Samo uzyskanie tego rodzaju informacji pozwala na skoordynowanie działań konkurentów ze szkodą dla konkurencji. Zarówno unijny jak i polski prawodawca formułują bowiem wymóg, aby przedsiębiorcy samodzielnie decydowali o tym jaką politykę zamierzają przyjąć na rynku. Autonomia poszczególnych konkurentów warunkuje bowiem odpowiedni poziom konkurencji, ponieważ

jak podkreśla się w literaturze, niepewność co do zachowania konkurenta skłania do oferowania towarów i usług o możliwie najlepszej jakości i cenie oraz do tworzenia rozwiązań

o charakterze innowacyjnym. Z tego powodu ustawodawca podchodzi z nieufnością do kontaktów między konkurentami oraz wymiany między nimi informacji. Należy również

podkreślić, że zarówno polski jak i unijny prawodawca, podkreślają, że nie jest istotna sama forma w jakiej dochodzi do porozumienia, lecz sam fakt zastąpienia autonomii konkurentów

koordynacją ich postępowania.

Odwołujący podkreślił, że ustalenie zmowy przetargowej może być poczynione na podstawie wnioskowania z okoliczności faktycznych, co stanowi często jedyny sposób

wykazania istnienia niedozwolonego porozumienia, ale nie można pomijać istotnej oceny

skutków tego porozumienia dla konkurencji w postępowaniu. Powołał się na wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt: III SK 6/06, w którym wskazano, że przedstawienie bezpośredniego dowodu na zaistnienie porozumienia ograniczającego konkurencję jest praktycznie niemożliwe, udowodnienie tych praktyk może nastąpić także na podstawie dowodów pośrednich, na podstawie reguł odnoszących się do domniemań faktycznych, o czym stanowi art. 231 Kpc.

Odwołujący podniósł, że istnienie powiązań między ww. podmiotami dawało im faktyczną przewagę nad innymi uczestnikami postępowania, poprzez zapewnienie sobie możliwości zaoferowania większej liczby ofert, co stwarzało większe szanse na uzyskanie zamówienia. Akceptacja takiej sytuacji stanowiłaby przyzwolenie do różnego traktowania wykonawców, gdyż część podmiotów miałaby inne warunki, mając świadomość, że łącznie z innym podmiotem powiązanym osobowo oraz kapitałowo starają się o szerszy zakres prac lub wyższe wynagrodzenie, jednocześnie nie narażając się na zarzut czynu nieuczciwej konkurencji. Dysponując możliwością złożenie większej liczby ofert podmioty te mogły złożyć oferty znacznie różniące się od siebie. Rozbieżność w przypadku podmiotów dysponujących dokładnie takim samym potencjałem osobowym, zasobami wiedzy i doświadczeniem jest całkowicie nieuzasadniona z punktu widzenia rynkowego, a uzasadnia ją istniejąca zmowa przetargowa. Jedyne jej wytłumaczenie stanowi chęć jak zwiększenia szansy zwycięstwa któregoś z podmiotów, jak również uzyskanie jak najwyższej ceny za usługi. W swoim założeniu dzięki koordynacji działań pozwani, nie uzupełniając przykładowo dokumentów niezbędnych do zawarcia umowy, mogli wpłynąć na wybór wykonawcy o wyższej ofercie.

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

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), stosownie do art. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.).

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o. z siedzibą w Łomży. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba nie rozstrzygała kwestii wystąpienia zmowy przetargowej między Przystępującym a wykonawcą BIK-PROJEKT Sp. z o.o. Zgodnie z oświadczenie złożonym przez Odwołującego do protokołu posiedzenia, kwestia ta nie jest przedmiotem zarzutów odwołania. Odwołujący przyznał w tym zakresie, że wobec niedokonania przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, nie ma możliwości podniesienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, w związku z czym przedstawione w odwołaniu twierdzenia dotyczące zmowy przetargowej nie stanowią zarzutu. W związku z wyraźnym oświadczeniem Odwołującego, kwestia ta pozostaje poza zakresem rozstrzygnięcia Izby.

W odniesieniu do odrzucenia oferty Odwołującego Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt. XX. 1. SWZ, na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymagane było wykazanie przez wykonawcę realizacji w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej t.j. budowy/przebudowy/rozbudowy drogi o wartości min. 800 000,00 zł brutto, w tym min.

3 km o nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych wraz z podaniem jej rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty. (Wzór załącznik nr 5 do SWZ).

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Odwołujący przedstawił wykaz robót, w którym wskazał roboty dotyczące remontu drogi powiatowej nr 1496N Dźwierzuty-Świętajno, zrealizowaną na rzecz Zarządu Dróg Powiatowych w Szczytnie. Do wykazu załączono poświadczenie należytego wykonania robót. Roboty zostały wykonane przez

Konsorcjum: TRANS-DROG Szlachetka Sp. z o.o., ARTPOL Sp. z o.o.

Odwołujący przedstawił również zobowiązanie podmiotu trzeciego (TRANS-DROG Szlachetka Sp. z o.o.) do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. W treści zobowiązania wskazano, że ww. podmiot zobowiązuje się do oddania do dyspozycji wykonawcy wiedzy i doświadczenia. Zobowiązanie obejmuje następujące oświadczenia:

a) udostępniam wykonawcy ww. zasoby w następującym zakresie: Poświadczenie należytego wykonania robót bud. na zad. pn. remont drogi powiatowej nr 1496N Dźwierzuty-Świętajno (...),

b) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów będzie następujący:

wykonanie części zamówienia jako Podwykonawca - zgodnie z przedmiarem poz. nr 2,

c) charakter stosunku łączącego mnie z wykonawcą będzie następujący: umowa o podwykonawstwo,

d) zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: zgodnie z przedmiarem poz. nr 2 - profilowanie i zagęszczanie podłoża pod warstwy konstrukcji nawierzchni, konsultacje i doradztwo w zakresie żądanym przez Wykonawcę,

e) okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: na okres obowiązywania umowy.

Odwołujący złożył ponadto oświadczenie pn. Podwykonawstwo (załącznik nr 7 do SWZ), w którym podano następujące informacje:

Lp.	Zakres rzeczowy powierzonej podwykonawcom części robót budowlanych, usług lub dostaw objętych przedmiotem zamówienia	Firmy podwykonawców, którym powierzono część robót budowlanych, usług lub dostaw objętych przedmiotem zamówienia	Szacunkowa wartość % lub kwota brutto powierzonej podwykonawcom części robót budowlanych, usług lub dostaw objętych przedmiotem zamówienia
1	Profilowanie i zagęszczanie podłoża pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni	TRANS-DROG Szlachetka Sp. z o.o.	4%

Pismem z 3 listopada 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, m.in. do wykazania przez wykonawcę samodzielnej realizacji robót wymaganych w ramach warunku dotyczącego doświadczenia, w zakresie 96% wartości robót objętych zamówieniem (Zamawiający stwierdził, że w zakresie pozostałych 4% stosowne referencje przedłożył podmiot trzeci - TRANS DROG Szlachetka Sp. z o.o.). Zamawiający podał w wezwaniu, że:

(...) przedłożone przez Wykonawcę referencje na rzecz podmiotu trzeciego - TRANS DROG SZLACHETKA Sp. Z o.o., Dylewo 48, 07-420 Kadzidło są w okolicznościach sprawy niewystarczające. Zgodnie z treścią załączników nr 7 (Podwykonawstwo) i 8 (Zobowiązania podmiotu trzeciego), podmiot trzeci ma wykonać w ramach Zamówienia prace obejmujące 4% jego szacunkowej wartości. W związku z powyższym, skoro Wykonawca ma w ramach

Zamówienia wykonać samodzielnie prace o szacunkowej wartości 96%, powinien wykazać się w tym zakresie własnym doświadczeniem i przedłożyć na tę okoliczność odpowiednie dowody. (...) Wykonawca może powołać się więc na wymienione zdolności podmiotu trzeciego, jeśli podmiot ten wykona roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których przedstawił wywód mający potwierdzać, że przedłożone wcześniej dokumenty potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu, wskazując m.in. jeśli zobowiązany podmiot trzeci wskazał na konsultacje i doradztwo to punkt jego odniesienia należy upatrywać w poświadczeniu należytego wykonania robót dla całego warunku przedmiotowego zamówienia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał: Wykonawca działając jednocześnie z daleko idącej ostrożności, pozostając zmobilizowany i w gotowości do wykonania przedmiotu umowy, przedkłada jednocześnie referencje pozwalające uznać, że także on samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu, co potwierdza jego spełnianie jego przez niego warunków postępowania, w przypadku hipotetycznego uznania, że zakres świadczenia podwykonawcy jest niewystarczający.

Do wyjaśnień Odwołujący załączył:

- Protokół odbioru końcowego: Zadanie pn.: „Przebudowa ulicy Brzozowej w Piszu", „Przebudowa ulicy Dębowej w Piszu", „Przebudowa ulicy Jaworowej w Piszu", „Przebudowa ulicy Grabowej w Piszu", „Przebudowa ulicy Sosnowej w Piszu" i „Przebudowa ulicy Topolowej w Piszu" - umowa nr IPF.7013.9.2020/25.2020 z dnia 29 kwietnia 2020 r., potwierdzający wykonanie przez Odwołującego zadania o wartości 2.178.253,55 zł brutto

- poświadczenie należytego wykonania robót wystawione przez Zarząd Dróg Powiatowych w Łomży, potwierdzające, że Odwołujący realizował roboty drogowe na zadanie pn.: „Remont drogi powiatowej nr. 1957B Rydzewo-Kuleszka o długości odcinka ok. 990m" zgodnie z umową nr.ZDP-4.253.P-10.58.1391.2020 z dnia 13.10.2020 r. w okresie od 16.10.2020 r. do 20.11.2020 r., na kwotę 556.236,15 zł;

- poświadczenie należytego wykonania robót Zarząd Dróg Powiatowych w Łomży potwierdzające, że Odwołujący realizował roboty drogowe na zadanie pn.: „Remont drogi powiatowej nr. 1938B Nowe Wyrzyki - Milewo o długości odcinka ok. 990m" zgodnie z umową nr.ZDP-4.253.P-10.59.1393.2020 z dnia 13.10.2020 r. w okresie od 19.10.2020 r. do 20.11.2020 r., na kwotę 801.821,61 zł.

Pismem z 23 listopada 2021 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty

Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia Zamawiający podał:

Wykonawca składając ofertę wykazał zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby zamówienia. Zasoby podmiotu

trzeciego, na które powoływał się Wykonawca to: „zdolności zawodowe - wiedzy i doświadczenia". Zakres wykorzystania tych zasobów w realizacji zamówienia w formie umowy o podwykonawstwo zadeklarowano na poziomie 4% całości zamówienia.

Na wezwanie do złożenia dokumentów Wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zobowiązany był do wykazania samodzielnej realizacji w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej t.j. budowy/przebudowy/rozbudowy drogi o wartości min. 800 000,00 zł brutto, w tym min. 3km o nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych zgodnie z zapisami zawartymi w SWZ. Wykonawca wykazał w całości doświadczenie podmiotu trzeciego, na którego zasoby się powoływał, a który tylko w 4% miał uczestniczyć w realizacji zamówienia. Na powtórne wezwanie do uzupełnienia dokumentów i wykazania doświadczenia na 96% realizacji zamówienia Wykonawca nie udokumentował doświadczenia w wymaganym w SWZ zakresie.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Art. 118 ustawy Pzp stanowi, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych (ust. 1) oraz że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (ust. 2).

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo ustalił, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku dotyczącego doświadczenia ani za pomocą potencjału podmiotu trzeciego, ani samodzielnie.

Po pierwsze, za nieskuteczne należy uznać powołanie się na doświadczenie TRANS-DROG Szlachetka Sp. z o.o. Skoro Odwołujący powołał się na doświadczenie tego podmiotu w wykonaniu budowy/przebudowy/rozbudowy drogi o wartości min. 800 000,00 zł brutto, w tym min. 3 km o nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych, to - stosownie do art. 118 ust. 2 ustawy Pzp - podmiot ten powinien wykonać całość robót budowlanych, do realizacji których doświadczenie to jest wymagane. Tymczasem zgodne z wyraźnym oświadczeniem w załączniku nr 7 do SWZ, zakres rzeczowy powierzonej podwykonawcy części robót obejmuje profilowanie i zagęszczanie podłoża pod warstwy konstrukcyjnej nawierzchni, co stanowi 4% wartości robót. Powyższe oświadczenie jest spójne z treścią zobowiązania podmiotu trzeciego, w którym wyraźnie wskazano, że zakres jego udziału w wykonaniu zamówienia to profilowanie i zagęszczanie podłoża pod warstwy konstrukcji nawierzchni, konsultacje i doradztwo w zakresie żądanym przez Wykonawcę (poz. nr 2 przedmiaru robót). Treść ww. oświadczeń jest jednoznaczna i nie budzi żadnych wątpliwości. Na ich podstawie należy dojść do wniosku, że pozostałą część robót zamierzał wykonać Odwołujący.

W tej sytuacji za niezrozumiałe należy uznać twierdzenia Odwołującego, jakoby zakres uczestnictwa podwykonawcy obejmował prace tożsame z warunkiem udziału w postępowania i nie ograniczał się do 4% wartości robót. Tezy te nie mają żadnego oparcia w treści oświadczenia dotyczącego podwykonawstwa i w treści zobowiązania do udostępnienia zasobów, a wręcz są z nimi oczywiście sprzeczne. Wobec precyzyjnego określenia zakresu udziału spółki TRANS-DROG Szlachetka w wykonaniu robót, wyprowadzanie odmiennych wniosków z tego, że Odwołujący działał z zamiarem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, jest całkowicie bezpodstawne.

Jednocześnie nie sposób zgodzić się z Odwołującym, jakoby o większym zakresie podwykonawstwa miało świadczyć wskazanie w treści zobowiązania na konsultacje i doradztwo w zakresie żądanym przez wykonawcę. Po pierwsze, z treści zobowiązania nie wynika, aby konsultacje i doradztwo miały obejmować całość zamówienia. Przede wszystkim jednak wskazać należy, że zgodnie z art. 7 pkt 27 ustawy Pzp, przez umowę o podwykonawstwo należy przez to rozumieć umowę (...), na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia. Oznacza to, że w przypadku robót budowlanych podwykonawstwo polega na wykonaniu określonej części tych robót. Nie można więc uznać, że poprzez bliżej nieokreślone konsultacje i doradztwo podmiot udostępniający zasoby wykonuje roboty, do których potrzebne jest doświadczenie wymagane w warunku udziału w postępowaniu.

Należy więc stwierdzić, że Zamawiający prawidłowo ocenił złożone przez Odwołującego dokumenty i zasadnie skierował do niego wezwanie do ich uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że uzupełnione przez Odwołującego dokumenty nie potwierdzały spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Wskazać należy, że żadna z robót stanowiących osobiste doświadczenie

Odwołującego, nie obejmowała 3 km o nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych, co jest okolicznością przyznaną przez Odwołującego.

Odwołujący bezpodstawnie próbował wykazać, że dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu wystarczające jest, aby przedstawione roboty obejmowały w sumie wykonanie 3 km wskazanej przez Zamawiającego nawierzchni. Taka interpretacja warunku nie ma żadnego oparcia w jego brzmieniu. Zamawiający podał wyraźnie, że oczekuje

wykazania się doświadczeniem w realizacji jednego zadania o wartości min. 800 000,00 zł brutto, w tym min. 3 km nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych, z czego jednoznacznie wynika, że to właśnie konkretne zadanie miało mieć ww. wartość oraz obejmować min. 3 km opisanej wyżej nawierzchni. Zatem wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający wskazał, że dla spełnienia warunku wymagane jest, aby wykonanie robót o długości min. 3 km o nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych nastąpiło to w ramach jednego zadania.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym Zamawiający wskazując na jedną robotę odnosi się jedynie do kwestii wartości tej roboty. Interpretacja ta jest oderwana od literalnego brzmienia warunku. Zamawiający nie musiał wskazywać, że

3 km odnoszą się do „łącznego" lub „ciągłego" wykonania tego rodzaju robót, skoro wskazał, że wykonawca ma posiadać doświadczenie w wykonaniu jednej roboty o określonej wartości, w tym 3 km określonej nawierzchni - w sposób oczywisty wskazuje to, że ta jedna realizacja miała obejmować wskazany odcinek.

Chybiona jest także teza Odwołującego, jakoby możliwość zsumowania kilku odcinków różnych robót potwierdzała wykładnia celowościowa warunku. Biorąc pod uwagę, że przedmiot zamówienia obejmuje odcinek ponad 3,2 km, żądanie doświadczenia w wykonaniu odcinka 3 km jest jak najbardziej uzasadnione z punktu widzenia celu, jakiemu służy warunek udziału w postępowaniu, tj. oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Nie ma przy tym wątpliwości, że inne jakościowo jest doświadczenie w jednorazowej realizacji robót o długości nawierzchni 3 km, a inne w wykonaniu wielu robót na krótkich odcinkach. W obu tych przypadkach inna jest skala robót wykonywanych w danym okresie oraz ich stopień skomplikowania ich organizacji.

Co więcej, przedstawione przez Odwołującego dokumenty nie odpowiadają interpretacji warunku, jaką przedstawił sam Odwołujący twierdząc, że wymóg dotyczący wartości robót odnosi się do pojedynczego zadania, a odcinki realizowane w ramach różnych zadań podlegają sumowaniu. Przedstawione przez Odwołującego dokumenty dotyczą robót, z których jedna nie spełnia warunku dotyczącego wartości, zatem zsumowanie odcinka nawierzchni, której te roboty dotyczyły z odcinkami wynikającymi z pozostałych dwóch zadań wydaje się sprzeczne z tezami prezentowanymi przez Odwołującego.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że dokumenty przekazane przez Odwołującego w wyniku wezwania Zamawiającego były niekompletne, Odwołujący nie przedstawił bowiem wykazu robót budowalnych, a jedynie dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót. Nie polega na prawdzie twierdzenie Odwołującego, że w wezwaniu z 3 listopada 2021 r. Zamawiający nie żądał złożenia wykazu robót. Żądanie takie zostało w tym wezwaniu wyraźnie sformułowane, Zamawiający wskazał, że należy przedstawić informacje na temat rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów na rzecz których roboty te zostały wykonane, zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ (tj. załącznik obejmujący właśnie wykaz robót). Wykazu takiego Odwołujący nie przedstawił.

W ocenie Izby nie wystąpiły podstawy do uwzględnienia odwołania z tego powodu, że Zamawiający nie poinformował Odwołującego o powodach odrzucenia jego oferty. W ocenie Izby przedstawione uzasadnienie czynności Zamawiającego należy uznać za spełniające minimalne wymagania dotyczące podania uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty. Po pierwsze Zamawiający wskazał w sposób jasny i precyzyjny, dlaczego uznał za nieskuteczne powołanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego. Zamawiający wskazał również w odniesieniu do dokumentów uzupełnionych, w jaki sposób należało wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu i prawidłowo ocenił, że Odwołujący tego nie

zrobił. Wobec faktu, że warunek udziału w postępowaniu był jasny i nie powinien budzić żadnych wątpliwości, nie było niezbędne szczegółowe analizowanie jego znaczenia w sytuacji, gdy Odwołujący złożył dokumenty po pierwsze niekompletne, a po drugie - nieodpowiadające oczywistym wymaganiom Zamawiającego. Sam Odwołujący zresztą zdawał sobie sprawę, w czym upatrywana jest wadliwość złożonych przez niego dokumentów, o czym świadczy obszerna polemika przedstawiona w odwołaniu. Zatem w sytuacji, gdy warunek udziału w postępowaniu nie budził wątpliwości, a złożone dokumenty w sposób oczywisty nie mogły zostać uznane za prawidłowe, uwzględnienie odwołania z powodu nieprzedstawienia przez Zamawiającego pogłębionego wywodu na ten temat byłoby w ocenie Izby niezasadne.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1

2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....