

WYROK

z dnia 11 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSV Air & Sea sp. z o.o. w Duchnicach oraz DB-PRO sp. z o.o. w Opolu

w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - 1 Regionalną Bazę Logistyczną w Wałczu

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSV Air & Sea sp. z o.o. w Duchnicach oraz DB-PRO sp. z o.o. w Opolu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSV Air & Sea sp. z o.o. w Duchnicach oraz DB-PRO sp. z o.o. w Opolu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSV Air & Sea sp. z o.o. w Duchnicach oraz DB-PRO sp. z o.o. w Opolu na rzecz Skarbu Państwa - 1 Regionalnej Bazy Logistycznej w Wałczu kwotę 4.317 zł 12 gr (słownie: czterech tysięcy trzystu siedemnastu złotych dwunastu groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Skarb Państwa - 1 Regionalna Baza Logistyczna w Wałczu, zwany dalej

„zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest zawarcie

umowy ramowej na świadczenie usługi transportu drogowego na potrzeby Sił Zbrojnych RP.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 maja 2022 r., nr 2022/S 096-266870.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 22 lipca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DSV Air & Sea Sp. z o.o. w Duchnicach oraz DB-PRO Sp. z o.o. w Opolu, zwani dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 146 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) Pzp w zw. z 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 przez bezzasadne przyjęcie, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia w zakresie zadania nr 8 i

12, a zatem konieczne było uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych w tym

zakresie, a w konsekwencji nieuzupełnienia tych środków - nieuprawnione odrzucenie wniosku o dopuszczenie od udziału w postępowaniu w zakresie zadania nr 8 u 12 złożonego przez niego, podczas gdy wykazał on spełnienie warunku udziału dotyczącego posiadanego

doświadczenia w postępowaniu także w zakresie zadania nr 8 i 12 w całości przez jednego z

konsorcjantów, który będzie brał bezpośredni udział w realizacji usługi dla zamawiającego w

zakresie zadania nr 8 i 12, do którego doświadczenie to jest wymagane.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z 12 lipca 2022 r. polegającej na wezwaniu go do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych

potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zadania nr 8 i 12

dotyczącego jego doświadczenia, a także czynności wtórnej wobec powyższego tj. czynności z 22 lipca 2022 r. (pismem datowanym na 21 lipca 2022 r.) odrzucenia jego wniosku z postępowania w zakresie zadania nr 8 i 12.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że postępowanie zostało podzielone na 12 części (Zadań), których przedmiot obejmował:

a) transport drogowy nienormatywnego sprzętu wojskowego („SpW”) na terenie kraju (Zadania nr 1, 2 i 3),

b) transport drogowy środków zaopatrzenia na terenie kraju (Zadanie nr 4),

c) transport drogowy nienormatywnego SpW na terenie Unii Europejskiej („UE”) i terenie Europy spoza UE (Zadania nr 5, 6, 7, 9, 10 i 11),

d) transport drogowy środków zaopatrzenia na terenie UE i terenie Europy spoza UE (Zadanie nr 8 i 12).

Odwołujący wskazał, że warunek udziału dotyczący wymaganych od wykonawców uprawnień (pkt III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu obowiązującego w postępowaniu) korespondował z zakresem terytorialnym przedmiotu zadań, na które był on wymagany i dotyczył posiadania:

a) zezwolenia na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego w zakresie krajowego przewozu rzeczy (lub obejmującej szerszy zakres - w który również wchodzi transport

krajowy - licencji wspólnotowej) - w przypadku Zadań nr 1, 2, 3 i 4 obejmujących transport krajowy,

b) licencji wspólnotowej zezwalającej na wykonywanie międzynarodowego transportu drogowego rzeczy - w przypadku Zadań nr 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 i 12 obejmujących transport międzynarodowy.

Odwołujący wskazywał również, że warunki udziału dotyczące wymaganego od wykonawców doświadczenia (pkt III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu obowiązującego w postępowaniu) dla każdego z zadań były takie same (pomimo, iż zadania odnosiły się do różnych zakresów terytorialnych) i dotyczyły wykonania należycie w ostatnich 5 latach usług w zakresie transportu. Inna była jedynie wymagana wartość zrealizowanych usług transportowych dla poszczególnych zadań oraz rodzaj ładunków, które miały być w ramach tych usług transportowane (dla zadania nr 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 10 i 11 - ładunki ponadgabarytowe, dla zadania nr 4, 8 i 12 - kontenerowe jednostki ładunkowe). W konsekwencji, warunki udziału prezentowały się następująco:

Nr Zadania oraz jego przedmiot	Warunek udziału dot. wymaganych uprawnień (pkt III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu)	Warunek udziału dot. wymaganego doświadczenia (pkt III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu)
Zadanie nr 8: Usługa w zakresie transportu drogowego środków zaopatrzenia na terenie UE	Posiadanie licencji wspólnotowej, o której mowa w art. 5a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (t. j. Dz. U. z 2022 r.,	W postępowaniu mogą, wziąć udział Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie
Zadanie nr 12:		wykonali należycie usługi w zakresie transportu drogowego ładunków ponadgabarytowych, których suma odpowiada, co najmniej: Zadanie nr 8 - 3 791 480,00 zł Zadanie nr 12 - 2 770 020,00 zł. (brak ograniczenia terytorialnego usług)
Usługa w zakresie transportu drogowego środków zaopatrzenia na terenie krajów Europy spoza UE	poz. 180 ze zm.) zezwalającej na wykonywanie międzynarodowego transportu drogowego rzeczy.	

Odwołujący wskazał także, że zgodnie z punktem III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu: W przypadku, kiedy Wykonawca składa wnioski na kilka zadań winien zsumować wartość

poszczególnych zadań i na łączną kwotę; przedstawić wykaz usług i tak np.: jeżeli Wykonawca składa ofertę na zadanie 8 i 12 wykaz winien opiewać na wartość 6.561.500,00 zł. Ponadto odwołujący argumentował, że w punkcie III.1.3) ust. I ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający wprost wskazał, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wymaga się, aby przynajmniej jeden z nich spełniał warunek udziału dotyczący wymaganych uprawnień tj. posiadania zezwolenia (licencji wspólnotowej) oraz przynajmniej jeden z nich spełniał warunek udziału dotyczący wymaganego doświadczenia. Jednocześnie w punkcie III.1.3) ust. VII ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający

dokonał zastrzeżenia, że dokument zezwolenia (licencji wspólnotowej) mają złożyć tylko ci uczestnicy konsorcjum, którzy będą wykonywali zakres czynności, która wymaga posiadania tych dokumentów (uprawnień).

Odwołujący podniósł, że celem wykazania się spełnianiem warunków udziału w zakresie zadania nr 8 i 12 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączył:

- a) licencję wspólnotową DB-PRO zezwalającą na wykonywanie międzynarodowego transportu drogowego rzeczy,
- b) wykaz usług (wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte zrealizowanie tj. referencjami), w którym wskazano zrealizowaną przez DSV usługę transportu drogowego kontenerowych jednostek ładunkowych na terenie Polski wykonaną na rzecz MPM agd S.A. z siedzibą w Milanówku o wartości powyżej 6.561.500 zł.

Odwołujący wskazał także, że złożył także oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust.

4 Pzp i w którym wskazał następujący podział usług, które DSV i DB-PRO będą wykonywały wspólnie na potrzeby realizacji zamówień, dla których prowadzone jest postępowanie:

- a) DSV - usługa transportu drogowego (przewóz krajowy, przewóz międzynarodowy), organizacja transportu drogowego, nadzór na realizacją zleceń,
- b) DB-PRO - usługa transportu drogowego (przewóz międzynarodowy, przewóz krajowy).

Odwołujący wskazał, że pismem z 7 lipca 2022 r. zamawiający wezwał go do uzupełnienia oświadczenia składanego na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp, z którego wynikać będzie, które usługi wykonają poszczególni konsorcjanci („Wezwanie z 7 lipca 2022 r.”). W wezwaniu tym zamawiający wskazał, że z uwagi na fakt, że postępowanie jest postępowaniem o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności bezpieczeństwa, wykonawca winien wykazać się spełnianiem warunku udziału w postępowaniu nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W związku z powyższym, w ocenie zamawiającego, DSV nie może wykonywać usług w zakresie zadań dotyczących transportu międzynarodowego (Zadanie nr 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 i 12), gdyż nie posiada wymaganych uprawnień tj. licencji wspólnotowej. W konsekwencji, zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia i uszczegółowienia (przedstawienia zakresu usług z podziałem na poszczególne zadania) oświadczenia złożonego przez wykonawcę na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp.

Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie z 7 lipca 2022 r., przedstawił uszczegółowione oświadczenie z art. 117 ust. 4 Pzp. Odwołujący wskazał, że ostatecznie przychylił się do stanowiska zamawiającego, że nie może deklarować wykonania usług transportu międzynarodowego przez DSV w zakresie, do którego wymagane jest posiadania licencji wspólnotowej (której na dzień złożenia wniosku o dopuszczenia w postępowaniu podmiot ten jeszcze nie posiadał).

Odwołujący wskazał, że nowe oświadczenie zawierało następujący podział:

- Zadania nr 1, 2, 3 i 4 - transport krajowy:
 - DSV - usługa transportu drogowego w pełnym zakresie (przewóz ładunków, organizacja transportu drogowego, nadzór na realizacją usługi oraz koordynacja zleceń),
- Zadania nr 5, 6, 7, 9, 10 i 11 - transport międzynarodowy:
 - DB-PRO - usługa transportu drogowego w pełnym zakresie (przewóz ładunków, organizacja transportu drogowego, nadzór na realizacją usługi oraz koordynacja zleceń),
- Zadania nr 8 i 12 - transport międzynarodowy:
 - DB-PRO - przewóz ładunków,
 - DSV - organizacja transportu drogowego, nadzór na realizacją usługi oraz koordynacja zleceń.

Odwołujący wskazał, że nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, że DSV nie może wykonywać żadnych usług przewidzianych postępowaniem w zakresie zadań, w których wymaga się transportu międzynarodowego (tj. Zadań nr 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 i 12). Wykonawca wskazał, że powyższe w szczególności nie wynika z określonych przez zamawiającego warunków udziału, które przecież dopuszczały możliwość przedstawienia doświadczenia na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zadaniu

dotyczącym transportów międzynarodowych przez podmiot nieposiadający licencji wspólnotowej (bowiem zgodnie z brzmieniem warunku udziału doświadczenie krajowe było wystarczające).

Odwołujący podniósł, że postawione przez zamawiającego wymagania zastrzegały

jedynie, że posiadać i przedłożyć licencję wspólnotową muszą ci konsorcjanci, którzy będą wykonywali zakres czynności, który wymaga posiadania tych dokumentów (uprawnień) (zob. punkt 1.10. treści niniejszego uzasadnienia). W konsekwencji, pozostały zakres czynności tj. ten, do realizacji którego wymagane było wykazanie się drugim z warunków udziału tj.

posiadanie doświadczenia w zrealizowaniu usług w zakresie transportu drogowego o określonej wartości (czy to krajowego czy międzynarodowego), powinno być zrealizowane przez konsorcjanta wykazującego ten warunek udziału. Biorąc więc pod uwagę brzmienie

warunków udziału w Postępowaniu (a przede wszystkim fakt, że podmiot nieposiadający licencji wspólnotowej mógł się wykazać stosownym doświadczeniem na cele zadań dotyczących transportu międzynarodowego), podmiot posiadający wymagane doświadczenie mógł (a nawet musiał) wykonać pozostałe czynności (poza bezpośrednim przewozem ładunków) polegające na szeroko rozumianej organizacji i zarządzaniu tymi przewozami. Odwołujący argumentował, że zamawiający w żadnym miejscu nie zastrzegł, że ten sam podmiot w ramach konsorcjum wykonawców musi się wykazać spełnieniem tych obu (czyli wszystkich) warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że pomimo uzupełnienia i uszczegółowienia oświadczenia składanego na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp, zamawiający pismem z 12 lipca 2022 r. wezwał go do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (tj. wymaganego doświadczenia).

Odwołujący wskazał, że skierowanie wezwania z 12 lipca 2022 r. do niego jest czynnością, którą zaskarża w pkt I lit. a) odwołania. W wezwaniu z 12 lipca 2022 r. zamawiający wskazał, że przedstawiony przez niego wykaz usług w zakresie zadania nr 8 i

12 nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego, gdyż wskazuje on wykonanie usług przez DSV (czyli inny podmiot niż wykazał w zakresie zadań nr 8 i 12 spełnienie warunku dotyczącego posiadania niezbędnych uprawnień tj. licencji wspólnotowej).

Zamawiający wskazał, że wymaga on, aby konsorcjant, który będzie wykonywał usługi w ramach zamówienia, wykazał się spełnieniem obu warunków udziału w postępowaniu (tj.

warunku dotyczącego posiadanych uprawnień oraz warunku dotyczącego posiadanego doświadczenia). Wskazał, że w postępowaniu usługą, do realizacji której wymagane jest stosowne doświadczenie (które mogło przecież dotyczyć doświadczenia w realizacji usługi

krajowego transportu drogowego) jest cała usługa międzynarodowego transportu drogowego. W konsekwencji, w ocenie zamawiającego jeden i ten sam konsorcjant powinien wykazać nie dość, że spełnianie wszystkich warunków udziału w postępowaniu, to jeszcze w konsekwencji zrealizować całą usługę, która ma być realizowana na podstawie umowy ramowej, na zawarcie której prowadzone jest postępowanie. Powyższe, według zamawiającego, jasno wynikało z zapisów ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący argumentował, że w odpowiedzi na wezwanie z 12 lipca 2022 r. wskazał, że jest ono bezpodstawne, gdyż wykazał on już spełnianie warunku udziału dotyczącego doświadczenia w zakresie zadań nr 8 i 12 w ramach przedłożonego wykazu usług zrealizowanych przez DSV, którego to wykazu zamawiający przecież nie kwestionował. Zdaniem odwołującego bezzasadne jest zatem wzywianie, aby drugi z członków konsorcjum (tj. DB-PRO) wykazywał się tożsamym doświadczeniem. Ponadto, wprowadzanie wymogów, które nie były wskazane w ogłoszeniu o zamówienie stanowi niedozwoloną zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu po upływie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że 22 lipca 2022 r. otrzymał informację o odrzuceniu jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie zadania nr 8 i 12 na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzo przez zamawiającego (pismo datowane na 21 lipca 2022 r.). Odwołujący wskazał, że uzasadnienie odrzucenia jego wniosku pokrywa się ze stanowiskiem zamawiającego przedstawionym w wezwaniu z 12 lipca 2022 r.

Odwołujący podniósł, że stanowisko zamawiającego nie znajduje potwierdzenia w przepisach Pzp ani w przygotowanej przez zamawiającego treści ogłoszenia o zamówieniu. Zdaniem odwołującego właściwa interpretacja warunków udziału i innych zapisów ogłoszenia o zamówieniu pokazuje, że właściwie wykazał on spełnienie warunków udziału także w

zakresie zadania nr 8 i 12.

Zdaniem odwołującego sporne między stronami są dwie kwestie dotyczące treści ogłoszenia o zamówieniu obowiązującego w postępowaniu:

- a) Czy w postępowaniu w zakresie zadania nr 8 i 12 wymagane było, aby jeden i ten sam konsorcjant wykazywał się spełnieniem obu warunków udziału (tj. dotyczącego zarówno uprawnień jak i doświadczenia)?
- b) Czy usługami do realizacji, których niezbędne jest wykazanie się spełnieniem warunku udziału dotyczącego doświadczenia w zakresie zadania nr 8 i 12 są wszelkie usługi, które mają być realizowane w ramach zamówienia, na udzielenie którego prowadzone jest postępowanie?

Odnosząc się do pierwszego pytania, gdyby zatem było tak, że każdy z konsorcjantów musiałby wykazać się spełnieniem obu (wszystkich) warunków udziału w postępowaniu, bezcelowe byłoby tworzenie konsorcjum przez wykonawców. Odwołujący podniósł, że co do zasady wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia są oceniani jak jeden wykonawca tj. całościowo mają spełniać postawione przez zamawiającego warunki udziału.

Zdaniem odwołującego odmienne stanowisko (przede wszystkim uznanie, że każdy z wykonawców osobno powinien spełniać warunki udziału w postępowaniu) doprowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców z art. 16 pkt 1 Pzp. Uczestnicy konsorcjum byłiby bowiem postawieni w gorszej sytuacji niż pojedynczy wykonawca - musieliby przecież w takiej sytuacji wykazać się spełnieniem jednego warunku udziału w postępowaniu kilkakrotnie. Zdaniem odwołującego, odstępstwo od wyżej wskazanej reguły może mieć miejsce jedynie, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu. W szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może, w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, określić wymagania związane z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców. Nie może się to jednak odbywać w sposób dowolny, ale zawsze musi mieć na względzie właśnie proporcjonalność takiego ograniczenia oraz cel jakiego ma ono służyć w kontekście przedmiotu zamówienia. Odwołujący argumentował, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu nie wskazał, że będzie oczekiwał wykazania się spełnieniem obu (wszystkich) warunków udziału w całości przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w punkcie III.1.3) ust. VII ppkt 3 ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia spełnią warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, jeżeli przynajmniej jeden z wykonawców posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej i zrealizuje usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane. Tym samym, nie było mowy o tym, aby to jeden i ten sam konsorcjant miał spełniać oba warunki udziału (dotyczące posiadania zezwolenia/licencji oraz wymaganego doświadczenia). Dopuszczano wprost spełnianie warunku dotyczącego posiadanych uprawnień tylko przez jednego konsorcjanta, który miał wykonać czynności, do których uprawnienie było wymagane.

Odnosząc się do drugiego z pytań (dotyczącego zakresu usług, do realizacji których niezbędne jest wykazanie się spełnieniem warunku udziału dotyczącego posiadanego doświadczenia w zakresie zadania nr 8 i 12), odwołujący w pierwszej kolejności przytoczył przepisy art. 117 ust. 3 i 4 Pzp. Zdaniem odwołującego warunki udziału ukształtowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego determinują wymagany zakres udziału wykonawcy/konsorcjanta/podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Zamawiający nie może zatem nie akceptować doświadczenia wykonawcy, które spełnia postawione przez niego wymogi, argumentując, że w jego ocenie takie doświadczenie jest niewystarczające do realizacji zamówienia. Zdaniem odwołującego, gdyby konieczne było spełnienie innych wymagań niż wskazane w warunku udziału - powinno znaleźć to konkretne odzwierciedlenie w treści ogłoszenia o zamówieniu, a nie zostać ukształtowane na etapie badania i oceny wniosku o dopuszczenie i być argumentowane realizacją zamówienia. Wykonawca spełniający określone przez zamawiającego wymagania nie może zatem nie kwalifikować się do realizacji zamówienia w żadnym zakresie. Byłoby to niezgodne z celem, dla którego kształtuje się warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł, że warunek dotyczący wymaganych uprawnień tj. zezwolenia (licencji wspólnotowej) korespondował z przedmiotem zadań, na które było ono wymagane. Z kolei warunek udziału w zakresie posiadanego doświadczenia abstrahował od przedmiotu przyszłego świadczenia.

O ile poszczególne zadania w zakresie przedmiotu przyszłego zamówienia dotyczyły

usługi transportu drogowego z podziałem na różne obszary terytorialne, tak warunek udziału w postaci wymaganego doświadczenia dla każdego z wyżej wskazanych zadań dotyczył wykonania usług transportowych bez wskazywania na jakim obszarze (Polski, UE, poza UE) rzeczony doświadczenie miało być zdobyte (patrz szerzej: punkty 1.3. - 1.6. treści uzasadnienia niniejszego odwołania).

Zdaniem odwołującego, możliwa była sytuacja, w której dany podmiot wykazałby posiadane krajowe doświadczenie na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zadaniu dot. transportów międzynarodowych (bowiem zgodnie z brzmieniem warunku udziału doświadczenie krajowe byłoby wystarczające), ale nie mógłby następnie wykonywać przewozów ładunków podczas realizacji usługi. Uzasadnieniem dla powyższego byłby brak niezbędnych uprawnień dla realizacji przewozów międzynarodowych (brak posiadania licencji wspólnotowej). Usługi przewozowe mogłyby być natomiast realizowane przez np. drugiego konsorcjanta, który posiadałby stosowne uprawnienia.

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie wymagał, aby konsorcjant spełniający warunek dotyczący doświadczenia w wykonaniu usługi w zakresie transportu, następnie w ramach realizacji zamówienia bezpośrednio wykonywał przewóz ładunków tj. aby jego pracownicy kierowali pojazdami z tymi ładunkami, a dopuścił możliwość innego sposobu realnego wykorzystania doświadczenia tego podmiotu w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego, jeżeli realizacja danego zadania (np. Zadania 8 i 12 - transport środków zaopatrzenia na terenie UE i terenie Europy spoza UE) nie wymaga na potrzeby jej wykonania doświadczenia w realizacji międzynarodowego transportu drogowego kontenerowych jednostek ładunkowych a jedynie krajowego, wówczas wykonawca udostępniający to doświadczenie wcale nie musi bezpośrednio zrealizować (nawet nie może, gdyż nie posiada niezbędnych uprawnień) usługi przewozu ładunków w przyszłej umowie. Uprawnionym jest w takiej sytuacji przyjęcie, że zrealizuje je inny konsorcjant, który (tak jak w omawianym przypadku) posiada niezbędne uprawnienia do realizacji danej usługi, ale nie posiada doświadczenia w realizacji (koordynowaniu) takich usług.

Odwołujący wywiódł, że do realizacji przedmiotu zamówienia, na które prowadzone jest postępowanie, nie wystarczy bowiem świadczenie tylko samej usługi przewozu towarów. Przedmiot zamówienia wymaga wykonania usługi jako szerszego pojęcia, obejmującej szereg czynności prawnych i faktycznych (poza wskazanym przewozem ładunków), które

dotyczą przemieszczania dóbr w ramach obowiązujących przepisów prawa i działalności gospodarczej. Do zadań przyszłego wykonawcy należeć będzie między innymi przyjmowanie zleceń, wybór odpowiednich środków transportu, nadawanie, odbieranie, przeładowywanie,

rozładowywanie i przekazywanie przesyłek, ubezpieczanie przewożonych towarów oraz przygotowywanie ładunków do odpraw celnych. Według odwołującego, zupełnie inna

sytuacja miałaby miejsce, gdyby zamawiający w postępowaniu powiązałby warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia z warunkami udziału w zakresie

posiadanych uprawnień i z przyszłym przedmiotem zamówienia (również w zakresie terytorialnym), czego jednak nie uczynił.

Zdaniem odwołującego, jeżeli zatem wymagane doświadczenie zostało wykazane przez wykonawcę za pomocą dokumentów przedstawionych przez jego konsorcjanta, a dodatkowo konsorcjant ten zadeklarował bezpośredni udział w realizacji zamówienia poprzez

świadczenie usługi organizacji transportu drogowego, nadzoru na realizacją usługi oraz koordynacji zadań (czym urealnił możliwość skorzystania z posiadanego doświadczenia podczas bezpośredniego udziału w realizacji zadania nr 8 i 12), to należy uznać, że spełnienie omawianego warunku zostało przez wykonawcę wykazane.

Odnosząc się natomiast do kolejnego warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego niezbędnych uprawnień (który był bezpośrednio już powiązany z przedmiotem realizowanych usług dla Zadania nr 8 i 12 w zakresie terytorialnym) odwołujący zaznaczył, że sam Zamawiający w pkt III.1.3) ust. VII ppkt 2 wskazał, że dokumenty potwierdzające uprawnienia składa tylko ten uczestnik konsorcjum, który będzie wykonywał zakres czynności, który wymaga posiadania tych dokumentów (uprawnień). Tym samym, zamawiający w dokumentach postępowania odróżniał zakres czynności (w ramach usługi stanowiącej

przedmiot zamówienia), do którego jest niezbędne posiadanie uprawnień (stosownej licencji/zezwoleń) od zakresu czynności (w ramach usługi stanowiącej przedmiot zamówienia), do którego posiadanie tych uprawnień nie jest wymagane. Nie jest i nie było zatem tak, że zakres czynności w ramach usługi, który wymaga stosownych uprawnień pokrywa się 1:1 z zakresem czynności w ramach usług, który wymaga stosownego doświadczenia.

Odwołujący wskazał, że do wniosku wykonawcy o dopuszczenie do udziału w

postępowaniu załączono wykaz usług, w którym dla wykazania niezbędnego doświadczenia

w zakresie zadania nr 8 i 12 wskazano usługę transportu drogowego kontenerowych jednostek ładunkowych na terenie Polski wykonaną przez DSV na rzecz MPM agd S.A. z siedzibą w Milanówku o wartości powyżej 6.561.500 złotych. Odwołujący wskazał, że DSV (podmiot posiadający niezbędne doświadczenie) zrealizuje czynności, do których to doświadczenie było wymagane w zakresie Zadnia 8 i 12 tj. organizacja transportu drogowego, nadzór na realizacją usługi oraz koordynacja zleceń. Domaganie się zatem w Wezwaniu z 12 lipca 2022 r. wykazania analogicznego doświadczenia przez drugiego z konsorcjantów tj. DB-PRO było nieuprawnione.

Odwołujący podniósł także, że zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu a zapisy w nim zawarte muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a ewentualne wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do postępowania. Zdaniem odwołującego, w wezwaniu z 12 lipca 2022 r. i (ponownie) w informacji o odrzuceniu wniosku w zakresie zadania nr 8 i 12 dokonał zatem nieuprawnionej zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego

stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, modyfikacje ogłoszenia o zamówieniu, wnioski wykonawców o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wezwania zamawiającego kierowane do odwołującego, oświadczenia i dokumenty składane przez odwołującego w toku postępowania, zawiadomienie o odrzuceniu wniosku odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Art. 58 ustawy Pzp stanowi, że:

4. W odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zamawiający może określić wymagania związane z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu.

5. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Art. 117 ustawy Pzp stanowi:

1. 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.

2. (...)

3. 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 wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

4. 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 wykonują poszczególni wykonawcy.

Art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Stosownie do art. 146 ustawy Pzp

1. Zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli:

2) został złożony przez wykonawcę:

a) (...),

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest zawarcie umowy ramowej na świadczenie usługi transportu drogowego na potrzeby Sił Zbrojnych RP.

Ustalono także, iż w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający zawarł następujące postanowienia: Postępowanie zostało podzielone na 12 części (Zadań), których przedmiot obejmował:

a) transport drogowy nienormatywnego sprzętu wojskowego („SpW”) na terenie kraju (Zadania nr 1, 2 i 3),

b) transport drogowy środków zaopatrzenia na terenie kraju (Zadanie nr 4),

c) transport drogowy nienormatywnego SpW na terenie Unii Europejskiej („UE”) i terenie Europy spoza UE (Zadania nr 5, 6, 7, 9, 10 i 11),

d) transport drogowy środków zaopatrzenia na terenie UE i terenie Europy spoza UE (Zadanie nr 8 i 12).

(por. pkt. II.3 ogłoszenia).

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 1), 2), 3) i 4) niniejszego ogłoszenia; (...)

VI. Zgodnie z art. 58 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

VII. Wykonawcy wspólnie składający wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu:

1. złożą oddzielnie dla każdego z nich oświadczenia i dokumenty wymienione w części III.2.1) ust. II pkt. 1-6 niniejszego ogłoszenia,
2. przynajmniej jedna z firm wspólnie składających wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu winna jest przedstawić oświadczenie wymienione w części III.2.1 ust. I pkt I oraz dokumenty wymienione w części III.2.1 ust. I pkt 2 oraz części III.2.3 niniejszego

ogłoszenia, z zastrzeżeniem, że dokument wymieniony w części III.2.1 ust. I pkt 2 niniejszego ogłoszenia składają tylko ci uczestnicy konsorcjum, którzy będą wykonywali zakres czynności, która wymaga posiadania tych dokumentów (uprawnień).

3. spełnią warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia (i przedłoży dokument opisany w części III.2.1 ust. I pkt 2 niniejszego ogłoszenia) do prowadzenia określonej działalności gospodarczej i zrealizuje usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane;

4. spełnią warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia) - Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z Wykonawców, którzy wykonają usługi, do realizacji, których te zdolności są wymagane.

Zamawiający wymaga w przypadku, gdy wniosek składa dwóch Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, z których każdy będzie wykonywał usługę będącą przedmiotem niniejszego postępowania aby każdy z tych Wykonawców wykazał się zdolnością do wykonania tego zamówienia.

Ocena spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej odbędzie się w następujący sposób:

(...)

4) dla zadań 8 i 12 (transport drogowy środków zaopatrzenia na terenie UE i terenie Europy spoza UE):

Złożony przez Wykonawców wykaz wykonanych usług winien zawierać usługi wykonane łącznie na minimalną wartość podaną w części III.2.3 ust. IV niniejszego ogłoszenia, z zastrzeżeniem, że wartość ta ma być proporcjonalnie wykazana przez każdego Wykonawcę wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Zamawiający poprzez proporcjonalność rozumie podzielenie wymaganego doświadczenia przez ilość Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, czyli wartość wymaganego doświadczenia (określona w w części III.2.3 ust. IV niniejszego ogłoszenia) podzielona przez ilość wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wówczas każdy z Wykonawców winien wykazać się doświadczeniem na minimalną kwotę wyliczoną zgodnie z proporcjonalnością;

Zamawiający zastrzega, iż usługi ujęte w poszczególnych wykazach wykonanych usług,

które dotyczą konkretnych zadań nie mogą się powtarzać.

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 wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

2) pełnomocnictwo, w którym Wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie 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 w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę).

III.1.4) Inne szczególne warunki, którym podlega realizacja zamówienia, zwłaszcza w zakresie bezpieczeństwa dostaw i bezpieczeństwa informacji:

I. O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy:

1. spełniają warunki określone w art. 112 ust. 2 ustawy Pzp, dotyczące:

1) (...)

2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów.

Zamawiający dokona oceny spełniania warunku na podstawie złożonego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu określonego w art. 112 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp (wg załącznika nr 1 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stanowiącego załącznik do niniejszego ogłoszenia o zamówieniu, zamieszczony przez Zamawiającego na platformie zakupowej) oraz dokumentów szczegółowo opisanych w ust. 1 pkt 2 części III.2.1) niniejszego ogłoszenia

3) (...)

4) zdolności technicznej lub zawodowej

Zamawiający dokona oceny spełniania warunku na podstawie złożonego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu określonego w art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp (wg załącznika nr 1 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stanowiącego załącznik do niniejszego ogłoszenia o zamówieniu, zamieszczony przez Zamawiającego na platformie zakupowej) oraz dokumentów szczegółowo opisanych w części III.2.3 niniejszego ogłoszenia.

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:

1. spełniają warunki udziału w postępowaniu określone w części III.1.4) ust. 1 pkt. 1

niniejszego ogłoszenia i przedłożą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 112 ust. 2 pkt. 1, 2, 3 i 4 ustawy Pzp (wg załącznika nr 1 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stanowiącego załącznik do niniejszego ogłoszenia o zamówieniu, zamieszczony przez Zamawiającego na platformie zakupowej),

2. posiadają i przedłożą:

a) zezwolenie, o którym mowa w art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 180 ze zm.) zezwalające na wykonywanie zawodu

przewoźnika drogowego w zakresie krajowego przewozu rzeczy lub 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 2022 r., poz. 180 ze zm.) zezwalającej na wykonywanie międzynarodowego transportu drogowego rzeczy - dotyczy Wykonawców, którzy składają wniosek o

dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie zadania nr 1, 2, 3 i 4 - transport krajowy.

b) 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 2022 r., poz. 180 ze zm.) zezwalającej na wykonywanie międzynarodowego transportu drogowego rzeczy - dotyczy Wykonawców, którzy składają wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie zadania nr 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 i 12 - transport międzynarodowy.

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:

(.)

IV. W ZAKRESIE ZADANIA NR 8 I 12:

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 w zakresie transportu drogowego kontenerowych jednostek ładunkowych, których suma

odpowiada, co najmniej:

Zadanie nr 8 - 3 791 480,00 zł

Zadanie nr 12 - 2 770 020,00 zł

Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów

W celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć:

IV. W ZAKRESIE ZADANIA NR 8 I 12:

wykaz usług potwierdzający, że w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - Wykonawca wykonał należycie usługi w zakresie transportu drogowego kontenerowych jednostek ładunkowych, których suma odpowiada, co

najmniej:

Zadanie nr 8 - 3 791 480,00 zł

Zadanie nr 12 - 2 770 020,00 zł

oraz dowody określające, czy usługi te zostały wykonane należycie.

Okresy wyrażone w latach lub miesiącach liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Wykonawca w wykazie - (w załączniku nr 3 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stanowiącego załącznik do niniejszego ogłoszenia o zamówieniu zamieszczony przez Zamawiającego na platformie zakupowej) - podaje wartość usług, ich przedmiot, datę wykonania i podmiot, na rzecz, którego usługi zostały wykonane.

Dowodami, o których mowa wyżej, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz, którego usługi zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy.

Uwaga:

- 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 8 i 12 wykaz winien opiewać na wartość 6 561 500,00 zł.

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania wniosków do zamawiającego swój wniosek złożył m.in. odwołujący, to jest wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DSV Air & Sea Sp. z o.o. w Duchnicach oraz DB-PRO Sp. z o.o. w Opolu.

Ustalono również, że odwołujący załączył do swego wniosku oświadczenie z 30 czerwca 2022 r., o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp w którym wskazał następujący podział usług, które DSV i DB-PRO będą wykonywały wspólnie na potrzeby realizacji zamówień, dla których prowadzone jest postępowanie:

- a) DSV - usługa transportu drogowego (przewóz krajowy, przewóz międzynarodowy), organizacja transportu drogowego, nadzór na realizacją zleceń,
- b) DB-PRO - usługa transportu drogowego (przewóz międzynarodowy, przewóz krajowy). Powyższe oświadczenie dotyczy wszystkich zadań, dla których DSV oraz DB-PRO złożą wspólnie wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu.

Do swego wniosku odwołujący załączył m.in. licencję nr TU-055341 wydaną przez Głównego Inspektora Transportu drogowego dotyczącą międzynarodowego zarobkowego przewozu drogowego rzeczy dla DB-Pro sp. z o.o. w Opolu, uprawniająca do wykonywania międzynarodowego zarobkowego przewozu drogowego rzeczy na wszelkich trasach, dla przewozów lub części przewozów realizowanych zarobkowo na terytorium Wspólnoty, jak określono w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i rady (WE) nr 1072/2009 z dnia 21 października 2009 r.

Do wniosku załączono także m.in. wykaz usług w zakresie zadania nr 8 i 12, w którym odwołujący powołał się na doświadczenie DSV Air & Sea w wykonaniu usługi transportu kontenerowych jednostek ładunkowych na terenie Polski na rzecz zleceniodawcy - MPM agd S.A. o wartości 6.561.500 zł. Załączono także referencje wystawione przez ww. zleceniodawcę tej usługi.

(por. wniosek odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w dokumentacji przesłanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym, w aktach sprawy).

W dalszej kolejności ustalono, że pismem z 7 lipca 2022 r. zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia oświadczenia składanego na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp, z którego wynikać będzie, które usługi

wykonywają poszczególni konsorcjanci. W wezwaniu tym zamawiający wskazał, że z uwagi na

fakt, że postępowanie jest postępowaniem o udzielenie zamówienia w dziedzinach

obronności bezpieczeństwa, wykonawca winien wykazać się spełnianiem warunku udziału w postępowaniu nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W ocenie zamawiającego, DSV nie może wykonywać usług w zakresie zadań dotyczących transportu międzynarodowego (Zadanie nr 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 i 12), gdyż nie

posiada wymaganych uprawnień tj. licencji wspólnotowej (...). Zamawiający wskazał, że w konsekwencji odwołujący nie może wskazywać w swoim oświadczeniu, że wykonawca DSV Air&Sea sp. z o.o. będzie wykonywał usługi w zakresie transportu międzynarodowego. W konsekwencji, zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia i uszczegółowienia (przedstawienia zakresu usług z podziałem na poszczególne zadania) oświadczenia złożonego przez wykonawcę na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp.

(por. ww. wezwanie, w dokumentacji przesłanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym, w aktach sprawy).

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie z 7 lipca 2022 r., odwołujący przedstawił 12 lipca 2022 r. uszczegółowione oświadczenie z art. 117 ust. 4 Pzp. Nowe oświadczenie zawierało następujący podział:

- Zadania nr 1, 2, 3 i 4 - transport krajowy:
 - DSV - usługa transportu drogowego w pełnym zakresie (przewóz ładunków, organizacja transportu drogowego, nadzór na realizacją usługi oraz koordynacja zleceń),
- Zadania nr 5, 6, 7, 9, 10 i 11 - transport międzynarodowy:
 - DB-PRO - usługa transportu drogowego w pełnym zakresie (przewóz ładunków, organizacja transportu drogowego, nadzór na realizacją usługi oraz koordynacja zleceń),
- Zadania nr 8 i 12 - transport międzynarodowy:
 - DB-PRO - przewóz ładunków,
 - DSV - organizacja transportu drogowego, nadzór na realizacją usługi oraz koordynacja zleceń.

(por. ww. pismo odwołującego, w dokumentacji przesłanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym, w aktach sprawy).

Następnie ustalono, że zamawiający pismem z 12 lipca 2022 r., działając na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (tj. wymaganego doświadczenia). W wezwaniu tym zamawiający wskazał, że:

Złożyliście Państwo wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu m.in. w zakresie zadania 8 i 12. Do wniosku dołączyliście Państwo wykaz wykonanych usług, w którym ujęta została usługa transportu drogowego kontenerowych jednostek ładunkowych na terenie Polski wykonana dla MPM agd S.A. z siedzibą w Milanówku, przy ul. Brzozowej 3, na wartość powyżej 6 561 500 PLN. Przedstawiona przez Państwa w tym wykazie usługa została wykonana na rzecz Zamawiającego przez Wykonawcę: DSV Air&Sea Sp. z o. o. z siedzibą w Duchnicach.

Biorąc pod uwagę złożone w dniu 11 lipca 2022 r. „Oświadczenie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp”, w którym wskazujecie, iż w zadania nr 8 i 12 transport (przewóz ładunków) będzie wykonywany przez DB — PRO Sp. z o. o. natomiast DSV Air&Sea Sp. z o. o. będzie odpowiedzialna za organizację transportu drogowego, nadzór nad realizacją usługi oraz koordynację zleceń, Zamawiający stwierdził, iż przedstawiony przez Państwa wykaz wykonanych usług nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego.

Mając na uwadze Państwa wyjaśnienia Zamawiający informuje, iż zgodnie bowiem z zapisami Ogłoszenia o zamówieniu (część III.1.3) ust. VII pkt 2) w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wymaga się aby przynajmniej jedna z firm wspólnie składających wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu winna jest przedłożyć m.in. dokumenty potwierdzające posiadanie przez Wykonawcę uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej (licencji) oraz dokument potwierdzający posiadane doświadczenie, z zastrzeżeniem, że dokumenty potwierdzające uprawnienia składa tylko ten uczestnik konsorcjum, który będzie wykonywał zakres czynności, która

wymaga posiadania tych dokumentów (uprawnień).

Dalej w części III.1.3) ust. VII pkt 3 Ogłoszenia o zamówieniu wskazuje się, iż Wykonawcy wspólnie składający wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spełnią warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia (i przedłoży dokument opisany w części III.2.1) ust. I pkt 2 ogłoszenia) do prowadzenia określonej działalności gospodarczej i zrealizuje usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane. Ponadto w pkt 4 tej samej części ogłoszenia Zamawiający zapisał, iż Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w zakresie spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia) mogą polegać na zdolnościach tych z Wykonawców, którzy wykonają usługi do realizacji których te zdolności są wymagane.

Przywołane powyżej zapisy zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu jasno wskazują na to, iż w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykazaniem się posiadaniem odpowiednich uprawnień może ten z Wykonawców, który będzie wykonywał usługę do realizacji, której te uprawnienia są wymagane a doświadczeniem winien wykazać się również ten z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, który wykona usługi do realizacji, których te zdolności są wymagane. Oby dwa warunki sprowadzają się do spełnienia warunku przez tego Wykonawcę wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia, który będzie wykonywał usługi.

Z uwagi na to, iż Zamawiający w zakresie zadania nr 8 i 12 wymaga wykazania się doświadczeniem w zakresie transportu drogowego kontenerowych jednostek ładunkowych od tego Wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia, który wykona usługę do realizacji, której to doświadczenie jest wymagane — przedłożony przez Państwa wykaz nie spełnia wymagań, gdyż zawarta została w nim usługa wykonana przez członka konsorcjum, który nie będzie realizował usługi transportu a jedynie odpowiedzialny będzie za organizację transportu i pełnił będzie nadzór nad realizacją usługi oraz koordynację zleceń.

Zamawiający wyjaśnia, iż w niniejszym postępowaniu usługą, do realizacji której wymagane jest doświadczenie jest nic innego jak wykonanie przez Wykonawcę usługi transportu drogowego tj. przewozu ładunków.

W związku z powyższym, proszę o uzupełnienie wykazu usług potwierdzającego, że w okresie ostatnich 5 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie — Wykonawca wykonał należycie usługi w zakresie transportu drogowego kontenerowych jednostek ładunkowych, których suma odpowiada, co najmniej 6.561.500,00 zł (w tym zadanie numer 8 — 3.791.480,00 zł oraz zadanie numer 12 — 2.770.020,00 zł), oraz dowodów określających, czy usługi zostały wykonane należycie. Dowodami, o których mowa wyżej, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz, którego usługi zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — oświadczenie Wykonawcy.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na wezwanie z 12 lipca 2022 r. odwołujący wskazał w piśmie z dnia 15 lipca 2022 r., że jest ono bezpodstawne, gdyż wykazał on już spełnienie warunku udziału dotyczącego doświadczenia w zakresie zadań nr 8 i 12 w ramach przedłożonego wykazu usług zrealizowanych przez DSV. Zdaniem odwołującego bezzasadne jest zatem wzywianie, aby drugi z członków konsorcjum (tj. DB-PRO) wykazywał się tożsamym doświadczeniem. Ponadto, wprowadzanie wymogów, które nie były wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu stanowi niedozwoloną zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu po upływie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Następnie ustalono, że 22 lipca 2022 r. zamawiający przesłał odwołującemu informację o odrzuceniu jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie zadania nr 8 i 12 na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp (pismo datowane na 21 lipca 2022 r.). W uzasadnieniu wskazał, że pomimo upływu terminu na uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych dotyczących zdolności technicznej i zawodowej odwołujący nie przesłał wymaganych dokumentów, w związku z czym zamawiający uznał, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. W pozostałym zakresie uzasadnienie odrzucenia wniosku odwołującego pokrywało się ze stanowiskiem zamawiającego przedstawionym w wezwaniu z 12 lipca 2022 r. i nie zostanie przytoczone.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Sporna między stronami okazała się okoliczność, czy odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, w sposób opisany w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zdaniem Izby zamawiający prawidłowo uznał, że odwołujący, pomimo wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, w sposób wymagany w ogłoszeniu o zamówieniu.

Przedmiotem zamówienia w zakresie części 8 była usługa w zakresie transportu drogowego środków zaopatrzenia na terenie UE, zaś przedmiotem zamówienia w zakresie części 12 była usługa w zakresie transportu drogowego środków zaopatrzenia na terenie krajów Europy spoza UE. Zamawiający w zakresie części 8 i 12 określił dwa warunki udziału w postępowaniu:

- 1) warunek w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się tacy wykonawcy, którzy posiadają i złożą 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 2022 r., poz. 180 ze zm.) zezwalającej na wykonywanie międzynarodowego transportu drogowego rzeczy (pkt III.2.1.) I. 2 b) ogłoszenia),
- 2) warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się tacy wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali należycie usługi w zakresie transportu drogowego kontenerowych jednostek ładunkowych, których suma odpowiada, co najmniej:

Zadanie nr 8 - 3 791 480,00 zł,

Zadanie nr 12 - 2 770 020,00 zł.

(pkt III. 2.3. IV ogłoszenia).

Biorąc powyższe pod uwagę należało stwierdzić, że zamawiający uznał, iż aby ubiegać się o udzielenie zamówienia niewystarczające jest posiadanie przez wykonawcę samych uprawnień do wykonywania międzynarodowego transportu drogowego. Zamawiający przesądził, że aby należycie zrealizować usługę, konieczne jest dodatkowo aby wykonawca posiadał doświadczenie wynikające z uprzedniego wykonania przez niego usługi w zakresie transportu drogowego kontenerowych jednostek ładunkowych. Innymi słowy zamawiający uznał, że rękojmię należytego wykonania zamówienia daje tylko taki wykonawca, który jednocześnie posiada wymaganą licencję wspólnotową oraz dodatkowo posiada doświadczenie wynikające z uprzedniego wykonania przez siebie usługi w zakresie transportu drogowego kontenerowych jednostek ładunkowych. Zamawiający nie dopracował, że to doświadczenie powinno być zdobyte poza granicami Polski, więc mogło być ono nabyte również na terenie kraju. Tym niemniej doświadczenie to musiało cechować wybranego wykonawcę. Zamawiający uznał zatem, że jeśli wykonawca posiada wymaganą licencję i choć raz wykonał analogiczną usługę, choćby na terenie kraju, to poradzi sobie wykonując usługę w zakresie części 8 i 12 zamówienia, czyli zagranicą. Następnie zaś tylko wykonawca spełniający obydwa warunki łącznie miał wykonywać dla zamawiającego usługę w zakresie zadania nr 8 oraz 12. W taki sposób powinno nastąpić wykazanie warunków, w sytuacji, gdy o udzielenie zamówienia ubiegał się jeden wykonawca.

W dalszej kolejności wskazać należało, 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 i podlega odrębnej reglamentacji, o której mowa w przepisie art. 117 Pzp. Przypomnienia wymagało bowiem, że zgodnie z przepisem art. 117 ust. 1 Pzp zamawiający ma prawo 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. Zamawiający z takiej możliwości skorzystał w treści ogłoszenia, o czym będzie mowa poniżej. Powyższe wiąże się z wprowadzeniem do Pzp przepisów art. 117 ust. 2 oraz art. 117 ust. 3 Pzp, z których wynika, że członkowie konsorcjum mają obowiązek wykonania osobiście tych części zamówienia, do których realizacji wymagane są zdolności wykazane przez tych wykonawców na etapie postępowania. Celem zaś ustalenia, jaki jest planowany podział obowiązków pomiędzy wykonawców zamawiający wymagał od wykonawców oświadczenia, o których mowa w art.

117 ust. 4 Pzp.

Kierując się przepisem art. 117 ust. 1 Pzp, zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu szczególny sposób spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Korzystając z kompetencji wynikającej z ww. przepisu, a także kierując się wymaganiami wynikającymi z art. 117 ust. 2 i art. 117 ust 3 Pzp, zamawiający przewidział, w jaki sposób powinno nastąpić wykazanie ww. warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złoży wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia.

W ślad za przepisem odpowiednio art. 117 ust. 2 Pzp oraz art. 117 ust. 3 Pzp zamawiający zastrzegł, że wykonawcy wspólnie składający wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu:

1) spełnią warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia (i przedłoży dokument opisany w części III.2.1 ust. 1 pkt 2 niniejszego ogłoszenia) do prowadzenia określonej działalności gospodarczej i zrealizuje usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane;

2) spełnią warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia) - Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z Wykonawców, którzy wykonają usługi, do realizacji, których te zdolności są wymagane

(por. pkt III.1.3. VII. 3 i 4 ogłoszenia o zamówieniu).

Treść ogłoszenia okazała się więc jednoznaczna. Jeśli o udzielenie zamówienia ubiegało się konsorcjum, to kierując się charakterem zamówienia i jego specyfiką, o których mowa w art. 117 ust. 1 Pzp, zamawiający dopracował jak należy wykazać warunki, aby uznać je za spełnione. I tak dla warunku w zakresie uprawnień niewystarczające było zatem samo złożenie licencji wspólnotowej przez któregoś z konsorcjantów. Zamawiający przesądził także dodatkowo, że to ten konsorcjant - posiadacz licencji - ma zrealizować usługi, dla których ta licencja jest wymagana. Skoro licencja dotyczyła wykonywania międzynarodowego transportu drogowego rzeczy, to konsorcjant - posiadacz licencji - musiał nie tylko wykazać się jej posiadaniem, ale także zadeklarować, że to właśnie on wykona międzynarodowy transport drogowy rzeczy.

Jeśli zaś chodzi o warunek dotyczący doświadczenia, to zamawiający przesądził, że konsorcjant, który takie doświadczenie posiada ma nie tylko wykazać posiadanie takiego doświadczenia, ale także wykonać usługi, dla których tego doświadczenia wymagano. Pojawiło się zatem pytanie, dla wykonania jakich usług wymagano doświadczenia. Odpowiedź na to pytanie była oczywista. Ponieważ zamawiający wymagał doświadczenia wynikającego z uprzedniego wykonania usługi w zakresie transportu drogowego kontenerowych jednostek ładunkowych (pkt III. 2.3. IV ogłoszenia), to prowadziło do wniosku, że doświadczenia tego wymagano dla wykonania właśnie usług transportu drogowego kontenerowych jednostek ładunkowych. Aby zatem wykazać spełnienie warunku w zakresie doświadczenia to konsorcjant, który dysponował takim doświadczeniem powinien zadeklarować, że to właśnie on wykona usługę w zakresie transportu drogowego kontenerowych jednostek ładunkowych.

Następnie zaś zamawiający wymagał, aby wykonawcy złożyli wraz z wnioskiem oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp i określili, jakie usługi będą wykonywali poszczególni konsorcjanci.

Przypomnienia wymagało również, że treść ogłoszenia po upływie terminu na wniesienia wobec niego odwołania stała się ostateczna i była wiążąca nie tylko dla zamawiającego ale i dla wykonawców, w tym odwołującego. Zatem aby wykazać spełnianie warunków wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni nie tylko złożyć stosowne dokumenty, ale i zadeklarować podział obowiązków, odpowiadający wymaganiom wynikającym wyraźnie z postanowień ogłoszenia. W szczególności za całkowicie niedopuszczalne należało uznać kwestionowanie - na tym etapie - dopuszczalności czy zasadności opisanego przez zamawiającego szczególnego sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Następnie stwierdzono, że do swego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwołujący załączył m.in. licencję nr TU-055341 wydaną przez Głównego Inspektora Transportu drogowego dotyczącą międzynarodowego zarobkowego przewozu drogowego rzeczy dla konsorcjanta - DB-Pro sp. z o.o. w Opolu, uprawniającą do wykonywania międzynarodowego zarobkowego przewozu drogowego rzeczy na wszelkich trasach, dla przewozów lub części przewozów realizowanych zarobkowo na terytorium Wspólnoty, jak określono w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i rady (WE) nr 1072/2009 z dnia 21 października 2009 r.

Do wniosku załączono także m.in. wykaz usług w zakresie zadania nr 8 i 12, w którym odwołujący powołał się na doświadczenie drugiego konsorcjanta - DSV Air & Sea w wykonaniu usługi transportu kontenerowych jednostek ładunkowych na terenie Polski na rzecz zleceniodawcy - MPM agd S.A. o wartości 6.561.500 zł. Załączono także referencje wystawione przez ww. zleceniodawcę tej usługi.

W złożonym oświadczeniu z art. 117 ust. 4 Pzp (oświadczenie z dnia 11 lipca, doręczone zamawiającemu 12 lipca 2022 r.) odwołujący ostatecznie zadeklarował następujący sposób wykonania usługi w zakresie zadania nr 8 i 12:

- DB-PRO sp. z o.o. - przewóz ładunków.
- DSV Air & Sea - organizacja transportu drogowego, nadzór na realizacją usługi oraz koordynacja zleceń.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że sposób wykazania przez odwołującego warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia) w części 8 i 12 zamówienia nie odpowiadał wymogom wynikającym z ogłoszenia o zamówieniu. Jedyń konsorcjant, który posiadał doświadczenie wynikające z uprzedniego wykonania przez niego usługi w zakresie transportu drogowego kontenerowych jednostek ładunkowych (DSV Air & Sea sp. z o.o.), wbrew wymogom wynikającym z ogłoszenia, nie zadeklarował, że wykona usługi w zakresie transportu drogowego kontenerowych jednostek ładunkowych. Gotowy był jedynie do wykonania organizacji transportu drogowego, nadzoru na realizacją usługi oraz koordynacji zleceń, co było sprzeczne z wyraźną treścią ogłoszenia.

Z kolei drugi konsorcjant - DB-PRO sp. z o.o., który zgodnie z przedstawionym podziałem obowiązków miał wykonać usługi w zakresie przewozów ładunków, nie posiadał wymaganego przez zamawiającego doświadczenia wynikającego z uprzedniego wykonania przez niego usługi w zakresie transportu drogowego kontenerowych jednostek ładunkowych, a więc nie dawał rękami należytego wykonania zamówienia w sposób opisany w ogłoszeniu.

Całkowicie chybione i oparte na błędzie logicznym okazały się wywody odwołującego, jakoby postawiony przez zamawiającego warunek doświadczenia wynikający z uprzedniego wykonania przez wykonawcę usługi w zakresie transportu drogowego kontenerowych jednostek ładunkowych, odrywał się od przedmiotu zamówienia. Uszło uwadze odwołującego, że warunek dotyczył doświadczenia w wykonaniu usługi w zakresie transportu drogowego kontenerowych jednostek ładunkowych i dokładnie taką usługę przyszły wykonawca będzie niewątpliwie realizował w ramach części 8 i 12 zamówienia. To, że w ramach warunku w zakresie doświadczenia można było się wykazać również usługą wykonaną na terenie kraju, a przedmiotem zamówienia jest usługa transportu międzynarodowy, niczego nie zmieniało. W jednym i drugim przypadku mieliśmy do czynienia z usługą w zakresie transportu drogowego kontenerowych jednostek ładunkowych.

Wszak przedmiotem zamówienia w części 8 była usługa w zakresie transportu drogowego środków zaopatrzenia na terenie UE, zaś przedmiotem zamówienia w zakresie części 12 była usługa w zakresie transportu drogowego środków zaopatrzenia na terenie krajów

Europy spoza UE.

Zasadniczy błąd logiczny, jakiego dopuścił się odwołujący polegał na tym, że z faktu iż w ramach warunku można było się wykazać usługą również wykonaną na terenie kraju, a przedmiotem zamówienia w części 8 i 12 był transport poza Polską, zdawał się wywodzić, że warunek doświadczenia jest w ogóle nieprzydatny dla oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania usługi w zakresie zadania nr 8 i 12. Gdyby warunek ten był nieprzydatny, to zamawiający by go nie zastrzegł poprzestając w ogłoszeniu na żądaniu samej licencji wspólnotowej. Skoro jednak zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się również doświadczeniem, to rolą odwołującego było wykazanie tego warunku,

i to zgodnie z treścią ogłoszenia. Nie można było zatem zgodzić się w żaden sposób z odwołującym, że Zamawiający nie wymagał, aby konsorcjant spełniający warunek dotyczący doświadczenia w wykonaniu usługi w zakresie transportu, następnie w ramach realizacji zamówienia bezpośrednio wykonywał przewóz ładunków. Wymóg taki wynikał wprost i bezpośrednio z zapisów ogłoszenia, których odwołujący nie zakwestionował w ustawowym terminie (por. przywołany wyżej pkt III.1.3. VII. 3 i 4 ogłoszenia o zamówieniu).

Całkowicie chybione okazały się wywody odwołującego, jakoby wystarczającym w świetle ogłoszenia było, aby konsorcjant posiadający wymagane doświadczenie wykonał na rzecz zamawiającego jedynie organizację transportu drogowego, nadzór na realizacją usługi oraz koordynację zleceń, a więc, jak sam odwołujący przyznał w pkt 2.45 odwołania, „obowiązki o mniejszym zakresie”. Z taką tezą odwołującego można byłoby próbować się zgodzić, gdyby zamawiający wymagał od wykonawców doświadczenia w uprzednim wykonaniu organizacji transportu drogowego, nadzoru nad realizacją usługi czy koordynacji zleceń. Nic takiego nie wynikało jednak z treści ogłoszenia. Jak wskazano wcześniej, warunek doświadczenia został sformułowany całkowicie odmiennie. Ponieważ zamawiający wymagał doświadczenia wynikającego z uprzedniego wykonania przez wykonawcę usługi w zakresie transportu drogowego kontenerowych jednostek ładunkowych to prowadziło do wniosku, że doświadczenia tego wymagano właśnie dla wykonania usług transportu kontenerowych jednostek ładunkowych.

Bezasadne okazało się powoływanie się odwołującego na wyrok Izby z dnia 11 października 2021 r., wydany w sprawie o sygn. akt KIO 2597/21. Wyrok ten zapadł w całkowicie odmiennym stanie faktycznym. Strony nie złożyły Izbie w charakterze dowodów dokumentów, na kanwie których Izba rozpoznawała sprawę KIO 2597/21. Oceny dokonano zatem wyłącznie na podstawie analizy treści uzasadnienia ww. wyroku. W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymagały zasadnicze różnice w stanach faktycznych obu spraw. Przede wszystkim, przedmiotem zamówienia w tamtym postępowaniu był także krajowy transport drogowy rzeczy. Tymczasem w analizowanej sprawie, w części 8 i 12 zamówienia, przedmiotem zamówienia był wyłącznie międzynarodowy transport drogowy rzeczy. Kolejno stwierdzono, że w tamtym postępowaniu konsorcjant DSV spełnił zarówno wymóg w zakresie uprawnień, legitymując się zezwoleniem na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego w zakresie krajowego przewozu rzeczy oraz jednocześnie legitymował się doświadczeniem w wykonaniu usługi transportowej i dodatkowo zadeklarował wykonanie usługi w części dotyczącej transportu krajowego, czym wykazał łączne spełnienie obu warunków w postępowaniu. A zatem, w tamtej sprawie, przynajmniej częściowo, czyniło to zadość obowiązkowi, aby ten konsorcjant, który posiadał wymagane doświadczenie zrealizował usługę, dla wykonania której taki warunek doświadczenia zastrzeżono. W analizowanej sprawie, w jakiegokolwiek części, ten wymóg wynikający wyraźnie z ogłoszenia nie został spełniony. Po drugie zaś Izba w tej sprawie nie podzieliła niektórych ogólnych tez przedstawionych w ww. wyroku.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo wezwał odwołującego pismem z dnia 12 lipca 2022 r. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Wskutek zaś bezskutecznego upływu terminu na uzupełnienie tych środków w dniu 22 lipca 2022 r. prawidłowo odrzucił wniosek odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie części 8 i 12 zamówienia. Nie potwierdziły się zatem zarzuty naruszenia art. 146 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) Pzp w zw. z 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 przedstawione w odwołaniu.

Nie można było zgodzić się z odwołującym, jakoby zamawiający w ramach zaskarżonych czynności dopuścił się nieuprawnionej zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i naruszył zasadę przejrzystości z art. 16 pkt 2 Pzp. Jak wskazano wcześniej zamawiający wprost zastosował przywołane wyżej, jednoznacznie brzmiące i przejrzyste postanowienia ogłoszenia o zamówieniu. Zdaniem Izby, przejście przedstawionej przez odwołującego interpretacji ogłoszenia oderwanej od jego treści, prowadziłoby także do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wynikającej z art. 16 pkt 1 Pzp. Wykonawcy, którzy prawidłowo wykazali spełnienie warunku bez żadnych powodów zostaliby potraktowani w taki sam sposób, jak odwołujący, który wymogów z ogłoszenia nie spełnił. Dodatkowo, dopuszczenie odwołującego do udziału w części 8 i 12 postępowania nastąpiłoby z pokrzywdzeniem tych potencjalnych wykonawców, którzy będąc w analogicznej sytuacji jak odwołujący i dokonując prawidłowej wykładni treści ogłoszenia, nie zdecydowali się złożyć wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w części 8 i 12 słusznie uznając, że nie będą w stanie wykazać warunków.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania oraz kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanych w odwołaniu naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

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

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł, a także wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł oraz koszty dojazdu zamawiającego na posiedzenie Izby w wysokości 717,12 zł, ustalone na podstawie spisu kosztów, złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: