

WYROK

z dnia 16 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Irmina Pawlik

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołana wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2022 r. przez wykonawcę SERVIAM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poddębicach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu,

przy udziale wykonawcy FBSerwis Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1987/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu nr 1 odwołania dotyczącego

naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, ze zm.) oraz zarzutu nr 3 odwołania dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, ze zm.) i nakazuje Zamawiającemu - Skarbowi Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego - wykonawcy SERVIAM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poddębicach, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy FBSerwis Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Nie uwzględnić zarzutu nr 2 odwołania dotyczącego naruszenia art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz.

1129, ze zm.).

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego - Skarb Państwa - Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu oraz Odwołującego - wykonawcę SERVIAM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poddębicach i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę SERVIAM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poddębicach tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od Zamawiającego - Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu na rzecz Odwołującego - wykonawcy

SERVIAM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poddębicach

kwotę 12 400 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy czterysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika procesowego.

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

Członkowie:

Sygn. akt KIO 1987/22

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Catoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie autostrady A2 na odcinku od węzła Modła do węzła Dąbie”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 grudnia 2021 r. pod nr 2021/S 255-675058.

W dniu 29 lipca 2022 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca SERVIAM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poddebicach, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy PZP czynności i zaniechania Zamawiającego polegające na:

- 1) wyborze oferty wykonawcy FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „wykonawca FBSerwis”) jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP poprzez jego błędne zastosowanie i niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego w postępowaniu, podczas gdy nie ziszczyły się przesłanki do zastosowania przedmiotowego przepisu, gdyż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu,
- 2) art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy FBSerwis, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, gdyż ofertą najkorzystniejszą jest oferta Odwołującego,
- 3) art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego w postępowaniu.

W konsekwencji powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy FBSerwis jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu,
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania skarżący czynności Zamawiającego Wykonawca podał, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony odrzucił jego ofertę mimo, iż spełnił on warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej. Zdaniem Odwołującego dokonując oceny spełniania tego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający powinien wziąć pod uwagę łączne przychody Odwołującego i przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. EKOINŻBUD P.P. z siedzibą w Uniejowie (dalej jako „podwykonawca EKOINŻBUD”), który udostępnił Odwołującemu swoje zasoby - średnioroczne przychody Odwołującego za okres 2019-2021 wynosiły dokładnie 7 925 138 zł 00 gr (słownie: siedem milionów dziewięć dwadzieścia pięć tysięcy sto trzydzieści osiem złotych), zaś w przypadku podwykonawcy EKOINŻBUD była to kwota ponad 8 milionów złotych. Zatem kumulatywny średnioroczny przychód Odwołującego i podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby wynosił około 16 milionów złotych, a co istotnie przewyższało wymagania graniczne określone przez Zamawiającego.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, według którego potencjał ekonomiczny dwóch podmiotów nie jest adekwatny do zasobów jednego wykonawcy, albowiem

istotą wspólnego ubiegania się o zamówienie czy też korzystania z zasobów podmiotów trzecich jest łączenie potencjału kilku wykonawców, które razem pozwalają wykazać fakt dysponowania odpowiednimi w stosunku do przedmiotu zamówienia kwalifikacjami, wiedzą i doświadczeniem. Warunki dotyczące zdolności finansowej i ekonomicznej mają wymiar pieniężny i obrazują sytuację finansową danego podmiotu, która ma dawać Zamawiającemu gwarancję prawidłowej realizacji inwestycji. Nie ma zatem przeszkód, aby takie potencjały matematycznie sumować, ponieważ to całość środków, którymi dysponować będzie dany podmiot, daje Zamawiającemu gwarancję zapewnienia finansowania dla inwestycji i zachowania płynności finansowej podmiotu. Nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia dla twierdzenia, że wspólne zasoby ekonomiczne dwóch podmiotów nie równają się potencjałowi wykazywanemu pojedynczo. Według Odwołującego traktowanie wykonawców zawiązujących konsorcjum (lub polegających na zasobach podmiotu trzeciego) w sposób odmienny niż wykonawców składających ofertę samodzielnie naruszałoby jedną z naczelnych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a mianowicie wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy PZP zasadę równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Odwołującego w doktrynie nie jest kwestionowane, że podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia publicznego mogą łączyć swój potencjał ekonomiczny i finansowy. Powołał się przy tym na komentarz Urzędu Zamówień Publicznych do art. 58 ustawy PZP, w świetle którego „W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu regułą jest, że wykonawców łącznie występujących w postępowaniu należy traktować, jakby byli jednym wykonawcą i w rezultacie sumować ich potencjały. Tylko wówczas, gdy konieczna jest indywidualna ocena poszczególnych współwykonawców, można odstąpić od tej reguły. Ma to miejsce np. w przypadkach, o których mowa w art. 117 ust. 1-3 Pzp, gdy zamawiający lub sama ustawa określa szczególnie sposób spełniania przez współwykonawców warunków udziału w postępowaniu” [H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, str. 244]. Przywołał też komentarz Urzędu Zamówień Publicznych do art. 117 ustawy PZP, który w sposób wyraźny wskazuje na możliwość łączenia potencjałów w zakresie przychodu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Możliwość łączenia zdolności w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej zależy od okoliczności. Jeżeli wykonawcą ubiegającym się o zamówienie jest łącznie kilka podmiotów, zasadne jest zsumowanie zgromadzonych środków finansowych lub zdolności kredytowej poszczególnych konsorcjantów. W zasadzie nie ma też przeszkód prawnych, aby kumulować roczne przychody, w tym przychody w zakresie działalności objętej zamówieniem, kilku wykonawców odpowiednio do ich roli w grupie” [H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, str. 449].

W podsumowaniu swoich wywodów co do braku podstaw do odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia Odwołujący wskazał, że nie ma żadnych racjonalnych przesłanek, aby różnicować sytuację wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z sytuacją podmiotu, który samodzielnie ubiega się o udzielenie zamówienia i powołuje się przy tym na potencjał podmiotu trzeciego. Podkreślił, że zgodnie z art. 120 ustawy PZP podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów odpowiada solidarnie z wykonawcą, który polega na jego sytuacji finansowej lub ekonomicznej - węzeł obligacyjny łączący wykonawcę i podmiot trzeci z Zamawiającym jest zatem analogiczny jak przy podmiotach wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy również odpowiadają solidarnie względem Zamawiającego. Na uzasadnienie swojego zapatrywania Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 września 2021 r. w sprawach połączonych KIO 2474/21 i KIO 2501/21, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że: „(...) nie ulega wątpliwości, że wymaganie posiadania zdolności ekonomicznej w całości przez jednego członka konsorcjum lub podmiot trzeci, nie tylko ograniczałoby swobodę tworzenia konsorcjum oraz korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, ale przede wszystkim sprzeciwiałoby się istocie i celowi zawierania konsorcjum oraz polegania na zdolności ekonomicznej podmiotu trzeciego. W przypadku warunków zdolności finansowej i ekonomicznej, czyli w przypadku warunków, które podlegają matematycznej kumulacji w aspekcie celu ich postawienia nie ulega wątpliwości prawo wykonawców do kumulatywnego wykazania ich spełniania na zasadzie właśnie sumowania matematycznego”. Ponadto Odwołujący zauważył, że Zamawiający uzasadniając czynność odrzucenia wskazał, że wymóg wykazania spełnienia warunku osiągnięcia obrotu rocznego w okresie ostatnich trzech lat w wysokości nie mniejszej niż 11 milionów złotych przez jeden podmiot w żaden sposób nie sprzeciwia się istocie relacji wykonawca - podmiot trzeci, niemniej jednak Zamawiający w treści SWZ takiego szczególnego sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu tylko przez jeden podmiot w ogóle nie postawił. Zamawiający nie określił szczególnych wymagań co do spełniania warunków udziału

w postępowaniu przez jeden podmiot i nie skorzystał np. z dyspozycji wynikającej z art. 117 ust. 1-3 ustawy PZP i art. 58 ust. 4 ustawy PZP. W konsekwencji Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP poprzez jego błędne zastosowanie i niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego w postępowaniu, podczas gdy nie ziszczyły się przesłanki do zastosowania tego przepisu, ponieważ Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający uchybił także normie prawnej wyrażonej w art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący dodał również, że Zamawiający pośrednio naruszył przepis art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP, albowiem dokonał wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, w tym także dwie kalkulacje własne złożone na rozprawie przez Uczestnika postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z przesłanek negatywnych wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła też, że wypełnione zostały wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia wykonawcy FBService do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego, albowiem zostało ono złożone w terminie i w przewidzianej przez przepisy prawa formie.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony oraz uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 sierpnia 2022 r. i stanowisko Odwołującego wyrażone w dalszym piśmie z dnia 10 sierpnia 2022 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z akt sprawy odwoławczej oraz dwóch kalkulacji własnych złożonych przez wykonawcę FBSerwis na rozprawie.

Izba uznała wiarygodność i moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej oraz kalkulacji złożonej przez Uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie autostrady A2 na odcinku od węzła Modła do węzła Dąbie”. Numer referencyjny zamówienia to O.PO.D-3.2413.115.2021.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 grudnia 2021 r. pod nr 2021/S 255-675058.

Zgodnie z rozdziałem 6 pkt 6.1. SWZ przedmiotem postępowania jest usługa polegająca na całorocznym kompleksowym (letnim i zimowym) utrzymaniu autostrady A2 na odcinku od węzła Modła do węzła Dąbie wraz z jej elementami. Usługa obejmuje wykonanie prac całorocznego, w tym zimowego i bieżącego utrzymania dróg, w szczególności: utrzymania nawierzchni dróg, utrzymania poboczy i pasów rozdziálu, utrzymania korpusu drogi, utrzymania odwodnienia, utrzymania chodników i ścieżek rowerowych, utrzymania oznakowania, utrzymania urządzeń bezpieczeństwa ruchu, utrzymania estetyki znaków, elementów bezpieczeństwa ruchu oraz pasa drogowego, utrzymania urządzeń wspomagających, zimowego utrzymania dróg, Zarządzania Kontraktem oraz utrzymania czystości na obiektach inżynierskich.

W rozdziale 8 pkt 8.2.3. lit. a Zamawiający przewidział warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej, zgodnie z którym wykonawca musiał wykazać średni roczny przychód za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy za ten okres (na podstawie „Rachunku zysków i strat” pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”) w wysokości nie mniejszej niż 11 milionów złotych.

Swoją ofertę w przedmiotowym postępowaniu złożył m. in. Odwołujący. Załączył do niej Formularz 3.2. z zobowiązaniem podmiotu trzeciego - podwykonawcy EKOINŻBUD do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Podwykonawca EKOINŻBUD zobowiązał się do oddania do dyspozycji Odwołującego swojego średniorocznego przychodu za ostatnie 3 lata obrotowe w wysokości nie mniejszej niż 8 220 587 zł 77 gr (słownie: osiem milionów dwieście dwadzieścia tysięcy pięćset osiemdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt siedem groszy).

Ponadto podwykonawca EKOINŻBUD oświadczył, że - celem potwierdzenia spełnienia warunku, o którym mowa w punkcie 8.2.3. lit. a SWZ - udostępnia Odwołującemu swoje zasoby w postaci średniorocznego przychodu za ostatnie 3 lata obrotowe w wysokości nie mniejszej niż 8 220 587 zł 77 gr (słownie: osiem milionów dwieście dwadzieścia tysięcy pięćset osiemdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt siedem groszy), który łącznie ze średniorocznym przychodem za ostatnie 3 lata obrotowe Odwołującego wynosi nie mniej niż wymagane przez Zamawiającego 11 milionów złotych netto, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia. Potwierdził też, że będzie on podwykonawcą w realizacji przedmiotowego zamówienia przez cały okres obowiązywania umowy w zakresie wskazanym przez Odwołującego w jego ofercie, a także że Odwołujący może liczyć podczas realizacji zamówienia na wsparcie finansowe w wymaganej kwocie. Oświadczył również, że zobowiązując się do udostępnienia Odwołującemu swoich zasobów odpowiada z nim solidarnie za szkodę poniesioną przez Zamawiającego, która może powstać wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

Pismem z dnia 31 maja 2022 r. Zamawiający działający w trybie art. 126 ust. 1 ustawy PZP i pkt 10.4., 10.6. i 10.8. SWZ wezwał Odwołującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym m. in. sprawozdania finansowego albo jego części, w przypadku gdy sporządzenie sprawozdania wymagane jest przepisami kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a jeżeli podlega ono badaniu przez firmę audytorską zgodnie z przepisami o rachunkowości, również odpowiednio ze sprawozdaniem z badania sprawozdania finansowego, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających w szczególności przychody oraz aktywa i zobowiązania - za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres.

W wykonaniu wezwania Zamawiającego Odwołujący przesłał m. in. własny „Rachunek zysków i strat” za lata 2019-2021 oraz „Bilans Firmy” podwykonawcy EKOINŻBUD za lata 2019-2021. Z przesłanej dokumentacji wynikało, że:

- 1) Odwołujący w 2019 r. osiągnął przychód netto ze sprzedaży w wysokości 6 929 950 zł 16 gr (słownie: sześć milionów dziewięćset dwadzieścia dziewięć tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt złotych szesnaście groszy),
- 2) Odwołujący w 2020 r. osiągnął przychód netto ze sprzedaży w wysokości 7 938 743 zł 37 gr (słownie: siedem milionów dziewięćset trzydzieści osiem tysięcy siedemset czterdzieści trzy złote trzydzieści siedem groszy),
- 3) Odwołujący w 2021 r. osiągnął przychód netto ze sprzedaży w wysokości 8 906 723 zł 27 gr (słownie: osiem milionów dziewięćset sześć tysięcy siedemset dwadzieścia trzy złote dwadzieścia siedem groszy),
- 4) podwykonawca EKOINŻBUD w 2019 r. osiągnął przychód netto ze sprzedaży w wysokości 8 398 488 zł 56 gr (słownie: osiem milionów trzysta dziewięćdziesiąt osiem tysięcy czterysta osiemdziesiąt osiem złotych pięćdziesiąt sześć groszy),
- 5) podwykonawca EKOINŻBUD w 2020 r. osiągnął przychód netto ze sprzedaży w wysokości 10 018 878 zł 75 gr (słownie: dziesięć milionów osiemnaście tysięcy osiemset siedemdziesiąt osiem złotych siedemdziesiąt pięć groszy),
- 6) podwykonawca EKOINŻBUD w 2021 r. osiągnął przychód netto ze sprzedaży w wysokości 6 118 165 zł 88 gr (słownie: sześć milionów sto osiemnaście tysięcy sto sześćdziesiąt pięć złotych osiemdziesiąt osiem groszy).

Następnie po weryfikacji przesłanych przez Odwołującego oświadczeń i dokumentów Zamawiający działając w trybie art. 122 ustawy PZP pismem wysłanym w dniu 15 czerwca 2022 r. - w związku z niespełnianiem przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej podmiotu udostępniającego zasoby dla niego (pkt

8.2.3. lit. a SWZ) - zażądał od Odwołującego wykazania tego warunku poprzez zastąpienie wskazanego podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami, ewentualnie poprzez jego samodzielne spełnienie.

W odpowiedzi z dnia 22 czerwca 2022 r. Odwołujący wskazał, że warunek w zakresie sytuacji ekonomicznej, tj. średni roczny przychód za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres w wysokości nie mniejszej niż 11 milionów zł został potwierdzony, albowiem przy jego ocenie należy brać pod uwagę łącznie przychody Odwołującego i podwykonawcy EKOINŻBUD, co znajduje m. in. potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 września 2021 r. w sprawach połączonych KIO 2474/21 i KIO 2501/21, w którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „nie ulega wątpliwości, że wymaganie posiadania zdolności ekonomicznej w całości przez jednego członka konsorcjum lub podmiot trzeci, nie tylko ograniczałoby swobodę tworzenia konsorcjum oraz korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, ale przede wszystkim sprzeciwiałoby się istocie i celowi zawierania konsorcjum oraz polegania na zdolności ekonomicznej podmiotu trzeciego. W przypadku warunków zdolności finansowej i ekonomicznej, czyli w przypadku warunków, które podlegają matematycznej kumulacji w aspekcie celu ich postawienia nie ulega wątpliwości prawo wykonawców do kumulatywnego wykazania ich spełniania na zasadzie własnie sumowania matematycznego”. W konkluzji swojej odpowiedzi Odwołujący podał, że jego średnioroczne przychody za lata 2019-2021 wynoszą

7 925 138 zł 00 gr (słownie: siedem milionów dziewięćset dwadzieścia pięć tysięcy sto trzydzieści osiem złotych), natomiast w przypadku podwykonawcy EKOINŻBUD jest to ponad

8 milionów złotych. Zatem łączny średnioroczny przychód Odwołującego i wskazanego podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby wynosi ok. 16 milionów złotych, czyli istotnie powyżej wymogu określonego przez Zamawiającego, wobec czego zdaniem Odwołującego w takiej sytuacji nie było konieczne wskazywanie nowego podmiotu udostępniającego zasoby.

W dniu 19 lipca 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy FBService jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, której przyznał 83,39 punktów zgodnie z zapisami SWZ. Jednocześnie Zamawiający zawiadomił Odwołującego, iż jego oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał, że w celu spełnienia ustalonych warunków w zakresie sytuacji ekonomiczno-finansowej, tj. posiadanie przychodu za ostatnie 3 lata obrotowe w wysokości minimum 11 milionów złotych. Odwołujący posiłkuje się zasobami podmiotu trzeciego. Podmiot trzeci podwykonawca EKOINŻBUD udostępnia zasób w postaci średniorocznego przychodu za ostatni rok obrotowy w wysokości 8 220 587 zł 77 gr (słownie: osiem milionów dwieście dwadzieścia tysięcy pięćset osiemdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt siedem groszy), a co jest poniżej wymaganego progu. Zdaniem Zamawiającego wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie ma znaczenia wyłącznie formalnego, lecz powinno być przestrzegane w aspekcie materialnym, czyli zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością do poniesienia kosztów finansowych jego realizacji. Osiągnięcie obrotu rocznego w wysokości 11 milionów złotych w ciągu trzech kolejnych lat obrotowych daje Zamawiającemu podstawę do oceny stałości i wiarygodności sytuacji finansowej wykonawcy. Na podstawie powtarzalności osiągnięcia obrotów o określonym poziomie w okresie kolejnych lat Zamawiający oczekuje wykonawcy o stabilnej sytuacji ekonomicznej i finansowej umożliwiającej ukończenie inwestycji o znacznym rozmiarze. Posługiwanie się zsumowanym obrotem osiągniętym przez Odwołującego i podmiot trzeci nie prowadzi do udzielenia zamówienia wykonawcom, których potencjał ekonomiczny i finansowy jest adekwatny do przedmiotu zamówienia i porównywalny z zasobami wykonawcy samodzielnie ubiegającego się o zamówienie. Wymóg wykazania spełnienia warunku osiągnięcia obrotu rocznego w okresie ostatnich trzech lat w wysokości nie mniejszej niż 11 milionów złotych przez jeden podmiot w żaden sposób nie sprzeciwia się istocie relacji wykonawca - podmiot trzeci. Uwzględnienie wskaźników ekonomicznych pochodzących od wykonawcy i podmiotu trzeciego nie mówiłoby nic o potencjale ekonomicznym oferty. Sumowanie obrotu wykonawcy i podmiotu (ów) trzeciego (ich) nie prowadziłoby do udzielenia zamówienia wykonawcy, którego potencjał ekonomiczny jest adekwatny do przedmiotu zamówienia i porównywalny z zasobami samodzielnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Wynikałoby z tego nieuzasadniona preferencja na rzecz wykonawców angażujących podmioty trzecie czy tworzących konsorcjum.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Analizując materiał dowodowy zgromadzony w aktach sprawy odwoławczej Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania okazały się być uzasadnione w jego zasadniczej części, tj. w odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP (zarzut nr 1) i zarzutu dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy PZP (zarzut nr 3).

Zgodnie z regulacją art. 559 ust. 2 ustawy PZP uzasadnienie orzeczenia Izby zawiera wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Art. 16 pkt 1 ustawy PZP określa podstawowe zasady prawa zamówień publicznej stanowiąc, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Izba rozpoznając odwołanie uznała, że Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, że wykonawca SERVIAM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poddębicach nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazania zdolności ekonomicznej, a tym samym do odrzucenia jego oferty w tym postępowaniu. Z uwagi na podjęcie tej czynności w postępowaniu przez Zamawiającego słuszny okazał się też zarzut Odwołującego dotyczący przeprowadzenia postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z regulacją art. 112 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć sytuacji ekonomicznej lub finansowej (art. 112 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP). W odniesieniu do sytuacji finansowej lub ekonomicznej zamawiający może określić warunki, które zapewnią posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej lub finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia. W tym celu zamawiający może wymagać w szczególności aby wykonawcy posiadali określone minimalne roczne przychody, w tym określone minimalne roczne przychody w zakresie działalności objętej zamówieniem (art. 115 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP). Jednocześnie w świetle art. 118 ust. 1 ustawy PZP 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. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 118 ust. 2 ustawy PZP).

W niniejszej sprawie Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej, zgodnie z którym wykonawca musiał wykazać średnioroczny przychód za ostatnie 3 lata obrotowe w wysokości nie mniejszej niż 11 milionów złotych. Odwołujący do swojej oferty załączył dokumenty finansowe za lata 2019-2021 oraz pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego - podwykonawcy EKOINŻBUD, z których wynikało, że sam posiada średnioroczny przychód za ostatnie 3 lata obrotowe w wysokości 7 925 138 zł 00 gr (słownie: siedem milionów dziewięćset dwadzieścia pięć tysięcy sto trzydzieści osiem złotych), oraz że z zachowaniem regulacji art. 118 ust. 3 i 4 ustawy PZP podwykonawca EKOINŻBUD udostępnił mu na potrzeby udziału w przedmiotowym postępowaniu własny średnioroczny przychód za ostatnie 3 lata obrotowe w wysokości 8 220 587 zł 77 gr (słownie: osiem milionów

dwieście dwadzieścia tysięcy pięćset osiemdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt siedem groszy). Po zsumowaniu łączny średnioroczny przychód Odwołującego i jego podwykonawcy za ostatnie 3 lata obrotowe wyniósł zatem 16 145 725 zł 77 gr (słownie: szesnaście milionów sto czterdzieści pięć tysięcy siedemset dwadzieścia pięć złotych siedemdziesiąt siedem groszy). Wobec tego wymóg Zamawiającego określony w punkcie 8.2.3. lit. a SWZ, który przewidywał minimalny średnioroczny przychód za ostatnie 3 lata obrotowe na poziomie 11 milionów złotych, został spełniony.

Istota niniejszej sprawy sprowadza się w gruncie rzeczy do tego, czy celem wykazania własnej sytuacji finansowej i ekonomicznej jako warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca może łączyć własne wskaźniki ekonomiczne (w tym przypadku średnioroczny przychód) ze wskaźnikami ekonomicznymi podmiotów trzecich, które udostępniają mu swoje zasoby. Chociaż w przepisach ustawy PZP wprost została przewidziana jedynie możliwość łącznego spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez członków konsorcjum, to w literaturze prawniczej oraz orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie budzi większych wątpliwości, że dopuszczalna jest również możliwość łącznego spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę wraz z podmiotem udostępniającym mu zasoby. Odnosi się to w szczególności do warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców. Poza tym z regulacji ustawy PZP nie wynika ogólny zakaz łącznego spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę i podmiot trzeci, który udostępnia mu zasoby.

Kolejnymi podnoszonymi w toku postępowania odwoławczego argumentami zarówno przez Zamawiającego, jak i wykonawcę FBSSerwis były te odnoszące się do niskiego potencjału ekonomicznego Odwołującego i jego podwykonawcy, który może skutkować zagrożeniem dla należącego wykonania tak trudnego zamówienia, jakim jest całoroczne kompleksowe utrzymanie długiego odcinka autostrady A2. Z jednej strony podniesione zostało, że obydwaj wykonawcy nie posiadają odpowiedniego doświadczenia w realizacji tak dużych zamówień i że żaden z tych przedsiębiorców samodzielnie nie spełniał wymogu posiadania minimalnego średniorocznego przychodu na poziomie 11 milionów złotych w ostatnich 3 latach obrotowych. Z drugiej strony wykonawca FBSSerwis zarzucił na rozprawie, że podwykonawca EKOINŻBUD użyczył Odwołującemu swój średnioroczny przychód za lata 2019-2021 w zdecydowanie większym zakresie aniżeli sam będzie realizował usługę na rzecz Odwołującego - w tym przypadku średnioroczny przychód podwykonawcy przekraczał nawet średnioroczny przychód Odwołującego, natomiast podwykonawca miał być odpowiedzialny za wykonanie niespełna 10% zamówienia. Jednakże w ocenie Izby, przy uwzględnieniu regulacji art. 118 ust. 2 i art. 120 ustawy PZP, podnoszone przez Uczestnika postępowania odwoławczego okoliczności nie mają znaczenia dla prognozy, czy wykonawca powołujący się na zdolność podmiotu trzeciego może być uznany za zdolnego do realizacji zamówienia, a tym samym czy spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Z regulacji art. 118 ust. 2 ustawy PZP wynika wyraźnie, że to tylko w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, które dotyczą wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których zdolności te są wymagane. Przepis ten nie odnosi się zatem w ogóle do zasobów ekonomicznych i finansowych podlegających udostępnieniu na rzecz wykonawcy. W odniesieniu do udostępnienia zasobów ekonomicznych (w tym przypadku średniorocznego przychodu za wskazany okres) przez podmiot trzeci kluczowe jest zatem zapewnienie realności udostępnienia potencjału ekonomicznego i finansowego. Aby można było mówić o skuteczności udostępnionego potencjału ekonomicznego, musi istnieć możliwość skorzystania z niego przez Zamawiającego na etapie realizacji zamówienia. Zdaniem Izby realność udostępnienia zasobu ekonomicznego przez podmiot trzeci przejawia się właśnie w solidarnej odpowiedzialności podmiotu trzeciego z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia zasobu. Przewidziana w art. 120 ustawy PZP instytucja solidarnej odpowiedzialności podmiotu trzeciego wraz z wykonawcą za nieudostępnienie zasobu stanowi zatem dla Zamawiającego ochronę zwiększającą pewność, że niezbędne do realizacji zamówienia środki finansowe, własne bądź kredytowe, zostaną przez podmiot trzeci rzeczywiście udostępnione (podobnie: K. Śliwak, *Zasada równego traktowania przy kwalifikacji podmiotowej w zamówieniach publicznych*, WKP, Warszawa 2022, str. 277 i n.). W ocenie Izby okoliczność, że Odwołujący do swojej oferty załączył wymagane przez art. 118 ust. 3 i 4 ustawy PZP pisemne zobowiązanie podwykonawcy EKOINŻBUD - który udostępniając swój potencjał ekonomiczny zarazem przyjął na siebie solidarną odpowiedzialność za nieudostępnienie tego potencjału - jest wystarczająca dla zabezpieczenia rzetelnego wykonania zamówienia publicznego. Tym bardziej, że art. 118 ust. 2 ustawy PZP nie nakłada w ogóle na podmiot trzeci obowiązku partycypacji w wykonaniu robót budowlanych lub usług w zakresie adekwatnym do udostępnianego potencjału ekonomicznego

lub finansowego na rzecz wykonawcy. Okoliczność przeciwna nie została ani przez Zamawiającego, ani przez Uczestnika postępowania odwoławczego wykazana.

Niezależnie od powyższego nie można również tracić z pola widzenia tego, że uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego - wykonawcy SERVIAM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poddębicach (vide str. 7 protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego) nie odnosiło się ani do kwestii realności udostępnienia potencjału ekonomicznego przez podmiot trzeci, ani również do zagadnienia udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia publicznego wynikającego z zakresu podwykonawstwa. Krajowa Izba Odwoławcza ocenia prawidłowość działania Zamawiającego przez pryzmat tego, co zostało przez niego ujęte w dokumentacji postępowania i co Zamawiający zakomunikował wykonawcy podejmując określoną czynność w postępowaniu. W tych okolicznościach podnoszona dopiero w postępowaniu odwoławczym argumentacja wskazująca na nieadekwatność udostępnianego przez podwykonawcę potencjału ekonomicznego względem jego rzeczywistego poziomu zaangażowania w realizację kontraktu wykracza poza podstawy odrzucenia oferty Odwołującego wynikające z dokumentacji postępowania.

Reasumując, zdaniem Izby odrzucenie oferty Odwołującego w trybie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP było nieuzasadnione w stanie faktycznym tej sprawy. Mając powyższe na uwadze w tym zakresie zarzut odwołania podlegał uwzględnieniu.

Równocześnie Izba uznała za uzasadniony zarzut dotyczący naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wskazać należy, że bezzasadne, z naruszeniem przepisów ustawy PZP odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę SERVIAM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poddębicach i przedwczesny wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy FBSerwis, zdaniem Izby świadczy właśnie o nierównym traktowaniu wykonawców i naruszeniu zasady uczciwej konkurencji przez Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba za trafny uznała zarzut odwołania dotyczący naruszenia zasad określonych w art. 16 pkt 1 ustawy PZP, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Według art. 239 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem (art. 239 ust. 2 ustawy PZP).

Zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP Izba uznała natomiast za nieuzasadniony. Zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt 21.2. SWZ jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu była cena. Podkreślić przy tym należy, że samo niesłuszne odrzucenie oferty wykonawcy z powodu rzekomego niespełnienia warunków udziału w postępowaniu nie oznacza równocześnie, że Zamawiający w toku postępowania dokonał oceny ofert niezgodnie z ustalonymi przez siebie kryteriami oceny albo aby niewłaściwie zastosował wybrane przez siebie kryteria oceny ofert. Odwołujący nie wykazał zatem, aby doszło do takiego właśnie naruszenia przepisów ustawy PZP ze strony Zamawiającego.

Mając powyższe na względzie Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP.

W tych okolicznościach, skoro Zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę wykonawcy SERVIAM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poddębicach naruszając przy tym zasadę przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, należało nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i zarazem unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy FBSerwis, a także nakazać mu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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). Izba uwzględniając dwa z trzech zarzutów zawartych w odwołaniu zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrot dwóch trzecich kosztów postępowania odwoławczego, tj. łącznie kwotę 12 400 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy czterysta złotych zero groszy).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....

Członkowie: