

Sygn. akt: KIO 3314/23

WYROK
z dnia 21 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant:

Tomasz

Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2023 r. przez wykonawcę MMT IDEA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Tczewie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wrocław, w imieniu którego działa Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Laubres Rail Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i Laubres Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego MMT IDEA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Tczewie i:
 - 2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego MMT IDEA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Tczewie na rzecz zamawiającego Gminy Wrocław kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 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:

Sygn. akt: KIO 3314/23

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Wrocław, w imieniu którego działa Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Konserwacja torów i zwrotnic tramwajowych we Wrocławiu w podziale na 2 zadania wraz z prawem opcji” (nr ref. KU.241/pn23_2023/AT). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 czerwca 2023 r. pod numerem 2023/S 118-371450. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 6 listopada 2023 r. wykonawca MMT IDEA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Tczewie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo faktu, że poprzednio złożone przez Odwołującego podmiotowe środki dowodowe były prawidłowe i Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 121 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z rozdziałem 12 ust. 12.6 pkt 3 SWZ poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji błędne uznanie, że Odwołujący nie mógł bazować na zasobach podmiotu trzeciego dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej - doświadczenia
2. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji błędne wezwanie Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, podczas gdy przepis ten ma zastosowanie wyłącznie w przypadku, gdyby Odwołujący nie złożył podmiotowych środków dowodowych, byłyby one niekompletne lub zawierałyby błędy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oraz przeprowadzenia ponownego badania oferty Odwołującego.

Na wstępie odwołania przywołano treść warunku udziału w postępowaniu z punktu 11.1.4 lit. a) SWZ oraz treść

zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia z punktu 12.6.3 SWZ. Odwołujący opisał ponadto przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, wskazał m.in. na złożone przez Odwołującego podmiotowe środki dowodowe oraz odpowiedź na wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący podniósł, iż analiza treści wezwania Zamawiającego z dnia 25 października 2023 roku, wskazuje na to, że Zamawiający błędnie odczytał postawiony przez siebie wymóg (zastrzeżenie) osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia [zastrzeżenie poczynione na podstawie art. 121 pkt 1 ustawy Pzp], które wynika z rozdziału 12 ust. 12.6 pkt 3 SWZ, a w konsekwencji błędnie uznał, że w zakresie warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznych – doświadczenia, wykonawca w żadnym wypadku nie jest uprawniony do bazowania na zasobach podmiotu trzeciego, bowiem podmiot taki musiałby realizować czynności zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawcę. W treści wezwania, Zamawiający stwierdził, że „Zgodnie z zapisami pkt 12.6 ppkt 3) SWZ Zamawiający zastrzegł jako kluczowe do osobistego wykonania przez Wykonawcę części niniejszego zamówienia tj. konserwację zwrotnic i torów tramwajowych oraz pracy pogotowia torowego, czyli pozycje od nr 1 do 4 oraz od nr 25 do 96 „Zestawienia kosztów zadania”. Wobec czego, zakres ten nie może być wykonany przez podwykonawcę, którym byłby podmiot udostępniający zasoby (doświadczenie)”. W konstatacji Zamawiający stwierdził, że Wykonawca nie może powoływać się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie doświadczenia i zobowiązany jest do wykazania samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie zgodził się z powyższym wskazując, iż na obecnym etapie Zamawiający dokonuje reinterpretacji zastrzeżenia kluczowych części zamówienia przewidzianych do osobistego wykonania przez Wykonawcę. Wbrew treści wezwania (pisma L.dz. 43/2023 z dnia 25 października 2023 roku), treść rozdziału 12 ust. 12.6 pkt 3 SWZ nie ma brzmienia (jak błędnie stwierdza Zamawiający): „konserwację zwrotnic i torów tramwajowych oraz pracy pogotowia torowego, czyli pozycje od nr 1 do 4 oraz od nr 25 do 96 „Zestawienia kosztów zadania””. Odwołujący przytoczył ponownie treść pkt 12.6 ppkt 3 SWZ podnosząc, iż Zamawiający nie odniósł obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia do określonych z numerów pozycji „Zestawienia kosztów zadania”, ale wskazał jedynie, że: kluczowymi częściami zamówienia są „konserwacja zwrotnic i torów tramwajowych oraz praca pogotowia torowego” w zakresie zwrotnic z napędem elektrycznym (poz. 5 – 23 „Zestawienia kosztów zadania”) możliwe jest zlecenie 100% zakresu zadania podwykonawcy. Odwołujący zauważył, iż powyższe dwa punkty nie stanowią podziału całkowitego zadania – tzn., że poza ww. punktami są również inne elementy zamówienia, które nie są ani kluczowymi częściami zamówienia, ani nie są objęte pozycjami 5-23 „Zestawienia kosztów zadania”, które odnoszą się do zwrotnic z napędem elektrycznym.

Taki wniosek zdaniem Odwołującego wynika już choćby z lektury opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2 do SWZ), zgodnie z którym konserwacja jest jednym z elementów utrzymania torów i zwrotnic, zaraz obok m.in. napraw bieżących infrastruktury torowej, czy obsługi technicznej i usuwania awarii infrastruktury torowej (Odwołujący wkleił w treść odwołania pkt 1.1.1-1.1.3 OPZ). Odwołujący wskazał, iż czynności objęte „Zestawieniem kosztów zadania” wchodzi w zakres napraw bieżących infrastruktury torowej, a nie „konserwacji”, która obejmuje czyszczenie, przegląd i konserwację. Jednocześnie zwrócił uwagę ponownie na brzmienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych – wiedzy i doświadczenia Wykonawcy, podnosząc, iż porównanie warunku udziału w postępowaniu oraz zastrzeżenia kluczowych części zamówienia przewidzianych do osobistego wykonania przez Wykonawcę prowadzi do wniosków, że: warunek udziału w postępowaniu składa się z dwóch alternatywnych członów: doświadczenia w konserwacji zwrotnic i torów tramwajowych doświadczenia w robotach budowlanych, kluczowe części zamówienia to konserwacja zwrotnic i torów tramwajowych oraz praca pogotowia torowego kluczowe części zamówienia są zbieżne z brzmieniem pierwszego członu warunku udziału w postępowaniu (doświadczenia w konserwacji zwrotnic i torów tramwajowych), ale nie są zbieżne z drugim członem warunku udziału w postępowaniu (doświadczenia w robotach budowlanych). O ile zatem można zgodzić się z Zamawiającym, że w zakresie pierwszego członu warunku udziału w postępowaniu – czyli wykazania doświadczenia w realizacji konserwacji torów i zwrotnic tramwajowych Odwołujący nie mógłby bazować na zasobach podmiotu trzeciego, gdyż podmiot ten nie mógłby realizować wymuszonego w takim przypadku podwykonawstwa (gdyż nie mógłby realizować konserwacji zwrotnic i torów tramwajowych), o tyle w zakresie drugiego członu warunku udziału w postępowaniu – czyli wykazania doświadczenia w realizacji robót budowlanych (a nie konserwacji), Odwołujący miał prawo bazować na zasobach podmiotu trzeciego, ponieważ zlecenie w takim przypadku temu podmiotowi podwykonawstwa w zakresie robót budowlanych, a nie konserwacji zwrotnic i torów, ani pracy pogotowia, nie narusza w żaden sposób kluczowych części zamówienia, które będzie wykonywał Odwołujący samodzielnie – zgodnie z poczynionym przez Zamawiającego zastrzeżeniem osobistego wykonania kluczowych części zamówienia.

Antycypując ewentualne dalsze wątpliwości, Odwołujący wskazał, że zastrzeżenie kluczowych części zamówienia – samo w sobie – sporządzone jest w sposób nieprecyzyjny, a zatem tym bardziej nie sposób uznać, że rzeczywiście zastrzegając kluczowe części zamówienia, Zamawiający zastrzegał je jako konkretne pozycje „Zestawienia kosztów zadania”. W treści zastrzeżenia Zamawiający wpisuje „(...) w zakresie obsługi elektrycznej zwrotnic, do której odnoszą się pozycje od 5 do 23 z „Zestawienia kosztów zadania”(…)”- tymczasem pozycje od 5 do 23 nie odnoszą się li tylko do „obsługi elektrycznej zwrotnic”, ale obejmują szeroki wachlarz czynności, w tym m.in. malowanie (zob. poz. 16), które z

całą pewnością nie jest obsługą elektryczną zwrotnic. Z powyższego tym bardziej wynika, że opis zawarty w zastrzeżeniu kluczowych części zamówienia (pkt 12.6 ppkt 3) SWZ) nie jest ściśle powiązany z konkretnymi pozycjami „Zestawienia kosztów zadania” oraz że opis ten nie jest odbiciem tych pozycji „jeden do jeden”, a co więcej, że opis i pozycje te są różne i dotyczą również czynności, które nie są skatalogowane ściśle w „Zestawieniu kosztów zadania”. Z tego względu – dla zrozumienia znaczenia sformułowania „konserwacja” nie należy odnosić się do „Zestawienia kosztów zadania”, które jest jedynie cennikiem, a nie opisem przedmiotu zamówienia, a zatem skupia się jedynie na cenach za wykonanie poszczególnych czynności, a nie na katalogowaniu czynności wchodzących bądź niewchodzących w zakres pojęcia „konserwacja”.

W związku z powyższym w ocenie Odwołującego nieuprawnionym jest na obecnym momencie dokonanie reinterpretacji postanowień SWZ przez Zamawiającego i nadawanie im brzmienia, które nie jest zgodne z brzmieniem, które obowiązywało w momencie składania ofert przez wykonawców. Zdaniem Odwołującego literalne brzmienie SWZ świadczy o tym, że kluczowymi częściami zamówienia są konserwacja torów i zwrotnic oraz pogotowie torowe, a nie konkretne pozycje „Zestawienia kosztów zadania”. Dodatkowo kluczowe części zamówienia są zbieżne z pierwszym członem warunku udziału w postępowaniu (doświadczeniem w zakresie konserwacji zwrotnic i torów), ale nie są zbieżne z drugim członem warunku udziału w postępowaniu (robotami budowlanymi), a zatem Odwołujący może wykazywać drugi człon warunku udziału w postępowaniu i w tym zakresie bazować na zasobach podmiotu trzeciego, któremu może być zlecone podwykonawstwo w tym zakresie. Konserwacja zwrotnic i torów nie równa się robotom budowlanym polegającym na zabudowie rozjazdu tramwajowego, ani polegającym na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego. Zgodnie z e słownikową definicją konserwacji – są to „zabiegi mające na celu utrzymanie czegoś w dobrym stanie” (zob. <https://sjp.pwn.pl/sjp/konserwacja;2564372/>), podczas gdy roboty budowlane są to zabiegi w wyniku których to „coś” albo dopiero powstaje albo (w wyniku przebudowy) jest zmieniane. A zatem nie sposób postawić znaku równości pomiędzy robotami budowlanymi i konserwacją. Z tego powodu Odwołujący powołując podwykonawcę do wykonywania robót budowlanych nie narusza obowiązku wykonania przez wykonawcę osobiście konserwacji zwrotnic i torów ani pogotowia torowego.

Mając na uwadze powyższe – jako, że wezwanie Zamawiającego: *podyktowane było jedynie faktem, że – zdaniem Zamawiającego – Odwołujący nie mógł powołać się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie posiadania doświadczenia w realizacji co najmniej 3 (trzech) robót budowlanych polegających na zabudowie rozjazdu tramwajowego z mechanizmem nastawczym manualnym lub elektrycznym oraz co najmniej 1 (jednej) budowy lub przebudowy torowiska tramwajowego*, nie wskazywało żadnych zarzutów merytorycznych co do przedstawionych robót budowlanych oraz przedstawionych dowodów wykazujących ich prawidłowe wykonanie, które mogłyby wskazywać na to, że zdaniem Zamawiającego roboty te nie spełniają warunku udziału w zakresie doświadczenia w realizacji *co najmniej 3 (trzech) robót budowlanych polegających na zabudowie rozjazdu tramwajowego z mechanizmem nastawczym manualnym lub elektrycznym oraz co najmniej 1 (jednej) budowy lub przebudowy torowiska tramwajowego* oraz w związku z przedstawioną powyżej argumentacją – zgodnie z którą Odwołujący był uprawniony do bazowania na zasobach podmiotu trzeciego używającego zasoby w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu (w zakresie drugiego członu w brzmieniu: *co najmniej 3 (trzy) roboty budowlane polegające na zabudowie rozjazdu tramwajowego z mechanizmem nastawczym manualnym lub elektrycznym oraz co najmniej 1 (jedną) budowę lub przebudowę torowiska tramwajowego*) oraz jest uprawniony do powierzenia w tym zakresie podwykonawcy robót budowlanych, do wykonania których wymagane jest udostępnione doświadczenie (po myśli art. 118 ust. 2 PZP), w ocenie Odwołującego należy uznać, że pierwotnie złożone przez Odwołującego podmiotowe środki dowodowe (złożone w dniu 6 października 2023 roku) były prawidłowe.

Odwołujący podniósł, iż przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp aktualizuje obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wyłącznie w sytuacji, gdy: nie zostały złożone wcale lub nie są prawidłowe (zawierają błędy) lub nie są prawidłowe (zawierają braki). W niniejszym postępowaniu nie zaszła żadna z powyższych okoliczności – to jest Odwołujący złożył prawidłowe i kompletne (pełne) podmiotowe środki dowodowe, niezawierające ani braków ani błędów. W związku z powyższym nie można zgodzić się, że wezwanie, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp powinno być zostać skierowane do Odwołującego *ergo* Odwołujący zmuszony jest skorzystać ze środków ochrony prawnej celem unieważnienia tego wezwania Zamawiającego, bowiem tylko jego unieważnienie może ochronić Odwołującego przed niekorzystnymi skutkami tego wezwania oraz błędnego uznania przez Zamawiającego, że dokumenty złożone przez Odwołującego są nieprawidłowe, jak również że Odwołujący powinien samodzielnie spełnić warunki udziału w postępowaniu, nie posiłkując się zasobami podmiotu trzeciego.

Zamawiający w dniu 17 listopada 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

W dniu 17 listopada 2023 r. pismo procesowe złożył także Przystępujący wnosząc na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp o odrzuceniu odwołania w zakresie zarzutu nr 1 z uwagi na fakt, że zarzut ten w istocie dotyczy postanowień SWZ. W tym postępowaniu termin na wniesienie odwołania w zakresie dot. postanowień SWZ upłynął 3 lipca 2023 r., zatem wniesienie odwołania w dniu 6 listopada 2023 r. powoduje, że odwołanie w zakresie zarzutu 1 podlegać powinno

odrzuconiu jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. W pozostałym zakresie Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego, a w przypadku uznania przez Izbę, że zarzut nr 1 z odwołania nie podlega odrzuceniu, także o oddalenie i tego zarzutu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Laubres Rail Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i Laubres Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu.

Izba za niezasadne uznała stanowisko Przystępującego, który podczas posiedzenia w dniu 20 listopada 2023 r. wskazywał na wątpliwości w zakresie prawidłowości wniesionego przez Odwołującego wpisu od odwołania. Przystępujący uzasadniając swój wniosek wskazał jedynie hasłowo, iż przedmiot zamówienia obejmuje oprócz usług także roboty budowlane, nie przedstawiając jednak żadnych dalszych argumentów, które pozwalałyby na stwierdzenie, że za główny przedmiot zamówienia należałoby uznać roboty budowlane. Taki wniosek nie może zostać uznany za uzasadniony, tym bardziej że stoi on w sprzeczności z treścią dokumentów zamówienia przekazanych Izbie przez Zamawiającego, która wskazuje, że głównym przedmiotem zamówienia są usługi – usługi konserwacji torów i zwrotnic tramwajowych.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania wskazanych w art. 528 ustawy Pzp.

Izba oddaliła wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym zarzutu nr 1 odwołania.

Izba stwierdziła, iż zarzut nr 1 odwołania odnosił się nie tyle do kwestionowania samej zgodności zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań z przepisami ustawy Pzp, co do interpretacji treści tego zastrzeżenia. Wskazuje na to uzasadnienie faktyczne zawarte w odwołaniu, wspólne dla obu zarzutów. Okoliczność powołania się przez Odwołującego na przepis art. 121 pkt 1 ustawy Pzp sama w sobie nie świadczy o tym, że Odwołujący kwestionuje treść dokumentów zamówienia. Nieprawidłowa podstawa prawna nie powoduje automatycznego uznania zarzutu za spóźniony czy za bezzasadny, jeżeli z podstawy faktycznej zarzutu da się wywieść prawidłową podstawę prawną, którą w tym wypadku niewątpliwie jest art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Przedmiotem zaskarżenia jest czynność wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, którą Odwołujący kwestionuje przede wszystkim z uwagi na nieprawidłową – w jego ocenie – interpretację punktu 12.6.3 SWZ, a nie z uwagi na niezgodną z ustawą Pzp treść ww. postanowienia SWZ. Co prawda Zamawiający i Przystępujący słusznie zwracali uwagę, że część twierdzeń Odwołującego należy uznać za twierdzenia spóźnione (o czym w dalszej części uzasadnienia), nie oznacza to jednak, że spóźniony jest zarzut jako całość.

Izba uznała, iż Odwołujący jako wykonawca, który w drodze wniesionego środka ochrony prawnej dąży do unieważnienia czynności wezwania go do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wskazując, iż dotychczas złożone oświadczenia i dokumenty są prawidłowe, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców, podmiotowe środki dowodowe złożone przez Odwołującego, wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp skierowane do Odwołującego, odpowiedź Odwołującego na to wezwanie, protokół postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia – zgodnie z punktem 5.1 SWZ – jest usługa konserwacji torów i zwrotnic tramwajowych we Wrocławiu w podziale na dwa zadania wraz z prawem opcji: 1) Zadanie nr 1 Konserwacja torów tramwajowych zlokalizowanych na terenie Wrocławia – Rejon A wraz z prawem opcji, 2) Zadanie nr 2 Konserwacja torów tramwajowych zlokalizowanych na terenie Wrocławia – Rejon B wraz z prawem opcji, na warunkach określonych w umowie oraz zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia. Zgodnie z pkt 5.3 SWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, wymagania i oczekiwania Zamawiającego zawiera: 1) Wzór umowy – WU (załącznik nr 1 do SWZ), 2) Opis Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 2 do SWZ) – które stanowią integralną część SWZ.

W Rozdziale 11 SWZ zawarto informacje o warunkach udziału w postępowaniu, w tym m.in. w pkt 11.1.4 lit. a SWZ w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej wskazano, iż Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonywał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych należycie wykonuje:

-1 (jedno) zadanie* obejmujące konserwację zwrotnic tramwajowych z mechanizmem nastawczym manualnym i elektrycznym oraz konserwację zabudowanych torowisk tramwajowych, zlokalizowanych na terenie miejskim (w granicach administracyjnych miasta z wyjątkiem zajezdni tramwajowych), na kwotę minimum 500 000,00 zł netto (pięćset tysięcy złotych);

lub w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – zrealizował:

-co najmniej 3 (trzy) roboty budowlane polegające na zabudowie rozjazdu tramwajowego z mechanizmem nastawczym manualnym lub elektrycznym oraz co najmniej 1 (jedną) budowę lub przebudowę torowiska tramwajowego.

*Przez sformułowanie „1 (jedno) zadanie” należy rozumieć 1 (jedną) umowę w zakresie konserwację zwrotnic tramwajowych z mechanizmem nastawczym manualnym lub elektrycznym oraz konserwację zabudowanych torowisk tramwajowych, zlokalizowanych na terenie miejskim (w granicach administracyjnych miasta z wyjątkiem zajezdni tramwajowych), na kwotę minimum 500 000,00 złotych netto (pięćset tysięcy złotych).

W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia wykazu wykonanych usług/robót budowlanych (załącznik nr 6 do SWZ) wraz z dowodami określającymi czy wykonano je należyście.

W pkt 12.6.3) SWZ wskazano, iż Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania kluczowych części niniejszego zamówienia przez Wykonawcę, tj. konserwacji zwrotnic i torów tramwajowych oraz pracy pogotowia torowego. Natomiast w zakresie obsługi elektrycznej zwrotnic, do której odnoszą się pozycje od 5 do 23 z „Zestawienia kosztów zadania” z załącznika nr 2 do umowy, wykonawca może zlecić do 100% zakresu zadania podwykonawcy.

Sposób przedstawienia ceny został wskazany w formularzu ofertowym, którego wzór stanowił załącznik nr 3 do SWZ. Dla Zadania nr 2 należało także wypełnić załącznik nr 3.2 Zestawienie kosztów zadania – Rejon B (umowa podstawowa i opcja). Dokument „Zbiornicze zestawienie kosztów” był także załącznikiem do projektowanych postanowień umowy. Punkt I zbiorczego zestawienia kosztów odnosił się do konserwacji zwrotnic tramwajowych, punkt II do konserwacji torów tramwajowych, a punkt III do usuwania awarii torowych i awarii zwrotnic tramwajowych. Dokument ten zawierał wyszczególnienie konkretnych elementów prac ze wskazaniem szacowanej ilości prac.

W Opisie Przedmiotu Zamówienia dla Rejonu B („OPZ”) w punkcie 1 wskazano:

„ Przedmiotem zamówienia jest:

1) Utrzymanie torów i zwrotnic tramwajowych we Wrocławiu - rejon B, (podział według Załącznika nr 1 Podział torowisk tramwajowych na rejony konserwacji torów”). Celem przedmiotu zamówienia jest utrzymanie w pełnej sprawności technicznej infrastruktury torowej, zapewniając ciągłość funkcjonowania komunikacji tramwajowej na terenie Wrocławia.

1.1. Utrzymanie torów i zwrotnic tramwajowych

1.1.1. Konserwacja i utrzymanie w sprawności zwrotnic tramwajowych

Konserwacja i utrzymanie w sprawności zwrotnic tramwajowych obejmuje czyszczenie, przegląd i konserwację:

- a) zwrotnic z manualnym mechanizmem nastawczym,
- b) zwrotnic z elektrycznym lub elektrohydraulicznym napędem i ryglowanym mechanizmem nastawczym wraz z układem sterowania i sygnalizatorem kierunku położenia iglic,
- c) zwrotnic z elektrycznym napędem i nieryglowanym mechanizmem nastawczym wraz z układem sterowania,
- d) układów ogrzewania zwrotnic.

1.1.2. Naprawy bieżące infrastruktury torowej

Naprawy bieżące infrastruktury torowej będą zlecane pisemnie przez Zamawiającego, z określeniem lokalizacji, zakresu i terminu realizacji prac.

1.1.3. Obsługa techniczna i usuwanie awarii infrastruktury torowej (obsługa zgłoszeń)

Całodobowa dyspozycyjność w zakresie usuwania zagrożeń tj. usterek lub uszkodzeń, które ograniczają użytkowanie torów oraz w zakresie usuwania awarii infrastruktury torowej, skutków wykojeń i innych zdarzeń komunikacyjnych.

W postępowaniu na zadanie nr 2 wpłynęły cztery oferty, w tym Odwołującego i Przystępującego. Odwołujący, którego ofertę oceniono najwyżej, pismem z 22 września 2023 r. został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 126 ustawy Pzp. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący złożył m.in. wykaz wykonanych usług/robót budowlanych obejmujący co najmniej 3 roboty budowlane polegające na zabudowie rozjazdu tramwajowego z mechanizmem nastawczym manualnym lub elektrycznym oraz co najmniej 1 budowę lub przebudowę torowiska tramwajowego (wykonane w okresie ostatnich 5 lat) oraz dowody potwierdzające należyte wykonanie robót budowlanych (3 sztuki). W ww. wykazie Odwołujący wskazał trzy roboty budowlane zrealizowane przez STANLED I Sp. z o.o. Odwołujący złożył też zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby STANLED I sp. z o.o., w którym wskazano na udostępnienie zasobów w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, zakres udziału przy wykonywaniu zamówienia określono jako wykonanie robót budowlanych, do których realizacji wymagane są wiedza i doświadczenie udostępniane w punkcie 1 zobowiązania, zaś sposób wykorzystania udostępnionych zasobów określono następująco: powierzenie realizacji części zamówienia w formie umowy podwykonawczej.

Zamawiający pismem z 10 października 2023 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 2. W dniu 24 października 2023 r. czynność ta została unieważniona.

Następnie Zamawiający pismem 25 października 2023 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu wykonanych usług / robót budowlanych wraz z podaniem przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi/roboty budowlane te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należyście. Zamawiający uzasadniając przedmiotowe wezwanie wskazał, iż Odwołujący „złożył podmiotowe środki dowodowe, w tym wykaz wykonanych usług/robót budowlanych, z którego wynika, że Wykonawca w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej i zawodowej określonego w pkt 1 1.1 ppkt 4) lit. a) wykazał doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby STANLED I Sp. z o.o. oraz złożył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Zgodnie z zapisami pkt 12.6 ppkt 3) SWZ Zamawiający zastrzegł jako kluczowe do osobistego wykonania przez Wykonawcę części niniejszego zamówienia tj. konserwację zwrotnic i torów tramwajowych oraz pracy pogotowia torowego, czyli pozycje od nr 1 do 4 oraz od nr 24 do 96 „Zestawienia kosztów zadania”. Wobec czego, zakres ten nie może być wykonany przez podwykonawcę, którym byłby podmiot udostępniający zasoby (doświadczenie). W związku z powyższym, Wykonawca powinien wykazać, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia w kluczowych częściach określonych przez Zamawiającego. Wobec czego, Zamawiający wzywa Wykonawcę na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia podmiotowego środka dowodowego wskazanego w pkt. 1 niniejszego pisma (wraz z dowodami), potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu samodzielnie przez Wykonawcę, ponieważ zgodnie z zapisami pkt 12.6 ppkt 3) SWZ, Wykonawca zobowiązany jest do samodzielnego wykonania kluczowych części zamówienia, a co za idzie niemożliwe jest poleganie na zasobach innych podmiotów w zakresie dotyczącym doświadczenia.”

W odpowiedzi Odwołujący złożył pismo z 27 października 2023 r., w którym zakwestionował zgodność z ustawą Pzp skierowanego do niego wezwania. Argumentacja przedstawiona w tym piśmie była zbieżna z uzasadnieniem zarzutów odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba za niezasadne uznała zarzuty naruszenia art. 121 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z pkt 12.6.3) SWZ poprzez błędne uznanie, że Odwołujący nie mógł bazować na zasobach podmiotu trzeciego dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej - doświadczenia oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne wezwanie Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, podczas gdy przepis ten ma zastosowanie wyłącznie w przypadku, gdyby Odwołujący nie złożył podmiotowych środków dowodowych, byłyby one niekompletne lub zawierałyby błędy.

Zgodnie z art. 121 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi. Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp 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.

Izba rozpoznała oba ww. zarzuty łącznie, ponieważ zostały one oparte na tożsamyh podstawach faktycznych, które przedstawiono w uzasadnieniu odwołania w sposób zbiorczy. W oparciu o te podstawy faktyczne należało stwierdzić, iż podstawą prawną obu zarzutów był art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, który w ocenie Odwołującego został błędnie zastosowany. Izba za słuszne uznała stanowisko Przystępującego, iż art. 121 pkt 1 ustawy Pzp odnosi się do możliwości zastrzeżenia w dokumentach zamówienia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, zatem nie może on co do zasady stanowić podstawy prawnej zarzutu na etapie badania i oceny ofert. Prawdopodobnie dokonania takiego zastrzeżenia podlegać może ocenie na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, tj. po opublikowaniu dokumentów zamówienia, a nie po otwarciu ofert. Niemniej fakt przywołania nieprawidłowej podstawy prawnej w opisie zarzutu - jak wskazano już wcześniej - nie świadczy sam w sobie o niezasadności zarzutu. W orzecznictwie Izby jednolicie wskazuje się, że w sytuacji, gdy podstawy faktyczne zarzutu pozwalają na wywiedzenie jego prawidłowej podstawy prawnej, to zgodnie z zasadą *iura novit curia* samo wskazanie błędnego przepisu prawa nie stanowi przeszkody dla rozpoznania zarzutu. W przedmiotowej sprawie nie budziło wątpliwości Izby to, że Odwołujący kwestionuje zasadność wezwania go do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z uwagi na dokonaną przez

Zamawiającego błędną interpretację zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań, a nie samą treść tego zastrzeżenia. Wskazuje na to już chociażby pierwsze zdanie uzasadnienia zarzutów (pkt III, str. 8 odwołania): „analiza treści wezwania Zamawiającego z dnia 25 października 2023 roku, wskazuje na to, że Zamawiający błędnie odczytał postawiony przez siebie wymóg (zastrzeżenie) osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia”.

Odnosząc się do treści zarzutów Izba stwierdziła, iż interpretacja punktu 12.6.3) SWZ dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa. Zamawiający zdecydował się zdefiniować zakres obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań poprzez odesłanie do zestawienia kosztów zadania, co wprost wynika z ww. postanowienia SWZ. Sama treść przedmiotowego zastrzeżenia nie była kwestionowana przez żadnego z wykonawców w drodze środków ochrony prawnej, jak i nie była przedmiotem pytań wykonawców. Tym samym stała się ona ostateczna i wiązała zarówno Zamawiającego, jak i wszystkich oferentów. W konsekwencji podnoszone przez Odwołującego twierdzenia, iż Zamawiający powinien był w treści zastrzeżenia odwołać się do dokumentu OPZ (załącznik nr 2 do SWZ), a nie do zestawienia kosztów zadania, należy uznać za spóźnione. Analogicznie spóźniona jest argumentacja Odwołującego wskazująca, iż zastrzeżenie sporządzone jest w sposób nieprecyzyjny (akapit 2 str. 11 odwołania), jak i podnoszona na rozprawie teza, iż zastrzeżenie całości przedmiotu zamówienia do osobistego wykonania nie jest dopuszczalne, skoro Odwołujący samego zastrzeżenia na odpowiednim etapie postępowania nie zakwestionował. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia kwestionowany w drodze środków ochrony prawnej nie był także warunek udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby punkt 12.6.3) SWZ jednoznacznie referował do zestawienia kosztów zadania. Zamawiający wskazał, iż „zastrzeża obowiązek osobistego wykonania kluczowych części niniejszego zamówienia przez Wykonawcę, tj. konserwacji zwoznic i torów tramwajowych oraz pracy pogotowia torowego. Natomiast w zakresie obsługi elektrycznej zwoznic, do której odnoszą się pozycje od 5 do 23 z „Zestawienia kosztów zadania” z załącznika nr 2 do umowy, wykonawca może zlecić do 100% zakresu zadania podwykonawcy.” Z powyższego wynika, iż wymienione w zdaniu drugim pozycje zestawienia kosztów zadania mogły podlegać powierzeniu podwykonawcy, natomiast pozostałe pozycje zestawienia należało wykonać osobiście. Koreluje to z pierwszym zdaniem punktu 12.6.3) SWZ, ponieważ pozostałe pozycje zestawienia odnoszą się właśnie do konserwacji zwoznic (punkt I zestawienia „Konserwacja zwoznic tramwajowych” – z wyłączeniem prac dotyczących obsługi elektrycznej zwoznic) i torów tramwajowych (punkt II zestawienia „Konserwacja torów tramwajowych”) oraz pracy pogotowia torowego (punkt III zestawienia „Usuwanie awarii torowych i awarii zwoznic tramwajowych”).

Podział prac dokonany w zestawieniu kosztów zadania koreluje z podziałem wynikającym z punktu 1.1 OPZ, na który powoływał się Odwołujący. Również tam wyodrębniono trzy grupy prac: 1.1.1. konserwacja i utrzymanie w sprawności zwoznic tramwajowych (czyli punkt I zestawienia kosztów zadania); 1.1.2. naprawy bieżące infrastruktury torowej (czyli punkt II zestawienia kosztów zadania); 1.1.3. obsługa techniczna i usuwanie awarii infrastruktury torowej – obsługa zgłoszeń (czyli punkt III zestawienia kosztów zadania). Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż „czynności objęte zestawieniem kosztów zadania wchodzi w zakres napraw bieżących infrastruktury torowej, a nie konserwacji, która obejmuje czyszczenie, przegląd i konserwację.” Zestawienie kosztów zadania obejmuje wszystkie czynności wyszczególnione w punkcie 1.1. OPZ, a nie jedynie naprawy bieżące infrastruktury torowej.

Dalej Izba stwierdziła, iż argumentacja Odwołującego została oparta na tym, że wyłącznie w punkcie 1.1.1. OPZ użyto słowa „konserwacja”, co miałyby powodować, iż tylko ten zakres prac podlega obowiązkowi osobistego wykonania, zaś punkt 1.1.2 OPZ już nie. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Abstrahując od wskazanej powyżej okoliczności, że punkt 12.6.3) SWZ referował do zestawienia kosztów zadania, a nie do OPZ, to podkreślenia wymaga, iż Odwołujący całkowicie pominął fakt, iż punkt 1.1.1 OPZ odnosi się wyłącznie do konserwacji zwoznic tramwajowych i nie obejmuje konserwacji torów tramwajowych, która również została objęta obowiązkiem osobistego wykonania, co wynika wprost z pkt 12.6.3) SWZ. Kompleksowa lektura treści dokumentów zamówienia wskazuje - jak przywołano powyżej - że do konserwacji torów tramwajowych należy odnieść punkt 1.1.2 OPZ (i punkt II zestawienia kosztów zadania), a do pogotowia torowego punkt 1.1.3 OPZ (i punkt III zestawienia kosztów zadania), zaś punkt 1.1.1 OPZ odnosi się jedynie do konserwacji zwoznic tramwajowych. Powyższe znajduje potwierdzenie także w dalszej części OPZ, jak i w złożonym przez Przystępującego na rozprawie zestawieniu, w którym przyporządkowano punkty OPZ poszczególnym pozycjom zestawienia kosztów zadania (treść tego zestawienia nie była przez Odwołującego kwestionowana).

Mając na uwadze powyższe nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający dokonał nieprawidłowej wykładni punktu 12.6.3) SWZ. W konsekwencji należało uznać, iż Zamawiający prawidłowo stwierdził, że Odwołującego należy wezwać do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych służących potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie kwestionował, że dla wykonania konkretnych pozycji wskazanych w zestawieniu złożonym podczas rozprawy przez Przystępującego w ramach grupy prac II zestawienia kosztów zadania (tj. grupy „Konserwacja torów tramwajowych” odpowiadającej pkt 1.1.2 OPZ „Naprawy bieżące infrastruktury torowej”) niezbędne są pewne roboty budowlane. Odwołujący jedynie podnosił, że naprawy bieżące

infrastruktury torowej nie zostały objęte obowiązkiem osobistego wykonania, co – jak omówiono powyżej – pozostawało w sprzeczności z treścią dokumentów zamówienia. Tym samym, powoływanie się przez Odwołującego na możliwość wykazania alternatywnego doświadczenia dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu pozostawało bez znaczenia dla rozstrzygnięcia - skoro do osobistego wykonania zastrzeżono prace wskazane w punkcie II zestawienia kosztów zadania „Konserwacja torów tramwajowych”, które swym zakresem obejmowały m.in. przebudowę, zabudowę torowisk czy prace związane z wymianą zwrotnic i krzyżownic, to Odwołujący nie mógł powołać się na potencjał podmiotu trzeciego w zakresie wykonania co najmniej trzech robót budowlanych polegających na zabudowie rozjazdu tramwajowego z mechanizmem nastawczym manualnym lub elektrycznym oraz co najmniej jednej budowy lub przebudowy torowiska tramwajowego. Odwołujący samodzielnie nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w 11.1.4 lit. a SWZ, podczas gdy niewątpliwie celem tego warunku było zweryfikowanie zdolności wykonawcy do realizacji kluczowych zadań objętych przedmiotem zamówienia.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), obciążając tymi kosztami w całości Odwołującego i zasądzając od niego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr tytułem zwrotu uzasadnionych koszty postępowania poniesionych przez Zamawiającego na wynagrodzenie pełnomocnika.

Przewodniczący: