

sygn. akt: KIO 326/18
KIO 327118

WYROK

z dnia 22 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Koniecz
Członkowie: Ernest Klauziński

Marzena Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 8 i 16 marca 2018 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2018 r. przez
odwołujących:

1. AVR S.A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 326/18);
2. Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich (sygn. akt KIO
327/18);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Skarb Państwa -
Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie
prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, przy udziale
przystępujących po stronie Zamawiającego:

1. w sprawie o sygn. akt KIO 326/17 — wykonawców wspólnie ubiegających się
o udzielenie zamówienia R. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą
M. R. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe MADROCAR z siedzibą w Podlesiu,
B. K. i W. K. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą ReDrog s.c. B. K. &
W. K. z siedzibą w Porąbce Iwkowskiej;
2. w sprawie o sygn. akt KIO 327/18 — wykonawcy DUBR sp. z o.o. z siedzibą
w Kielcach.

orzeka:

1. W sprawie o sygn. akt KIO 326/18:

1.1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22d
ust. 1 i art. 23 ust. 5 Pzp i nakazuje Zamawiającemu w części 4 zamówienia:

1.1.1. Unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej;

1.1.2. Wezwanie Przystępującego, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia wykazu usług potwierdzającego spełnianie warunku udziału w Postępowaniu opisanego w pkt 7.2.2.a) IDW;

1.1.3. Ponowne badanie i ocenę ofert.

1.2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

1.3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

1.3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

1.3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości

19.050,00 zł (słownie: dziewiętnaście tysięcy pięćdziesiąt złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę.

2. W sprawie o sygn. akt KIO 327/18:

2.1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp i nakazuje

Zamawiającemu w części 1 zamówienia:

2.1.1. Unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej;

2.1.2. Wezwanie Przystępującego, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia wykazu usług potwierdzającego spełnianie warunku udziału w Postępowaniu opisanego w pkt 7.2.2.a) IDW/

2.1.3. Ponowne badanie i ocenę ofert.

2.2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

2.3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości

18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok — w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia — przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego pn.: „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w latach 2018-2022 w podziale na 5 części”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 listopada 2017 r., pod nr 2017/S 225-468493.

12 lutego 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze ofert najkorzystniejszych - w części 4 (Rejon Tarnów) oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - R. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. R. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe MADROCAR z siedzibą w Podlesiu, B. K.

i W. K. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą ReDrog s.c. B. K. & W. K. z siedzibą w Porąbce Łwowskiej (dalej „Konsorcjum M”), natomiast w części 1 - Przedsiębiorstwo DUBR sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (dalej „Wykonawca D”).

22 lutego 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęły odwołania wykonawców:

1. AVR S.A. z siedzibą w Krakowie - w części 4 zamówienia - Rejon Tarnów (sygn. akt KIO 326/18);
2. Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielaniech Wrocławskich - w części 1 zamówienia - Rejon Kraków (sygn. akt KIO 327/18).

Sygn. akt KIO 326/18

Odwołujący zaskarżył:

1. wybór oferty Konsorcjum M;
2. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum M, pomimo że dopuściło się przy realizacji zamówienia publicznego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych;
3. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum M pomimo tego, że w dokumencie JEDZ oświadczyło, że nie jest winne poważnego naruszenia obowiązków zawodowych;
4. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum M, które celem uzyskania maksymalnej liczby punktów w kryterium „Kwalifikacji zawodowych Kierownika ds. Utrzymania Drogi” wskazało takie sezony zimowego utrzymania dróg, które nie pokrywają się z datami zawartych z Generalną Dyrekcją Dróg Krajowych i Autostrad (dalej również jako „GDDKiA”) umów, a dzięki czemu uzyskał maksymalną liczbę punktów w pozacenowym kryterium określonym przez Zamawiającego, a jego oferta została uznana za najkorzystniejszą;
5. zaniechanie uznania oferty złożonej przez Konsorcjum M za odrzuconą;
6. wezwaniu Konsorcjum M do złożenia wyjaśnień w zakresie niekompletnych oświadczeń JEDZ, pomimo że w przedmiotowej sytuacji zastosowanie winno znaleźć uzupełnienie oświadczenia;

7. zaniechanie wezwania Konsorcjum M do uzupełnienia oświadczenia JEDZ i w konsekwencji dokonanie wstępnej oceny niekompletnego oświadczenia JEDZ złożonego przez tego wykonawcę;

8. zaniechanie wezwania Konsorcjum M do uzupełnienia aktualnych referencji poświadczających należyte wykonanie umowy;

9. zaniechanie wezwania Konsorcjum M do uzupełnienia oświadczenia „Wykazu usług” w sytuacji, gdy nie potwierdziło samodzielnie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;

10. zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty w zakresie kryterium cenowego „Kwalifikacji zawodowych Kierownika ds. Utrzymania Drogi” i dokonanie autorytatywnej oceny doświadczenia koordynatora Odwołującego;

11. zaniechanie wezwania Konsorcjum M do uzupełnienia prawidłowego pełnomocnictwa;

12. zaniechanie wezwania Konsorcjum M do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty i cen jednostkowych celem ustalenia czy złożona oferta uwzględnia wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego;

13. zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp polegające na wyborze najkorzystniejszej

oferty z naruszeniem przepisów Pzp, co skutkuje wzruszeniem zasady równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu;

2. art. 24 ust. 5 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 57 ust. 4 lit c dyrektywy 2014/24/UE polegające na zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum M pomimo tego, że dopuściło się przy realizacji wcześniejszego zamówienia publicznego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych;

3. art. 24 ust 1 pkt 16, względnie - art. 24 ust. 1 pkt 17, w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum M pomimo tego, że każdy z konsorcjantów oświadczył w JEDZ, że nie jest winien poważnego naruszenia obowiązków zawodowych w sytuacji, gdy do takiego naruszenia obowiązków doszło, co miało wpływ na wynik Postępowania;

4. art. 24 ust. 1 pkt 16, względnie - art. 24 ust. 1 pkt 17, w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum M, które w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, celem uzyskania maksymalnej liczby punktów w kryterium „Kwalifikacji zawodowych Kierownika ds. Utrzymania Drogi” wskazało takie sezony zimowego utrzymania dróg, które nie pokrywają się z datami zawartych z GDDKiA umów, a dzięki czemu uzyskało maksymalną liczbę punktów w poza cenowym kryterium określonym przez Zamawiającego, a jego oferta została uznana za najkorzystniejszą;

5. art. 24 ust 4 Pzp polegające na zaniechaniu uznania oferty Konsorcjum M za odrzuconą.

Odwołujący zawnioskował również, na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutów, o rozpatrzenie niżej wskazanych zarzutów ewentualnych:

6. naruszenia art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25a ust. 1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 1 Pzp polegające na ich zastosowaniu i wezwaniu Konsorcjum M do złożenia wyjaśnień w zakresie niekompletnego dokumentu JEDZ w sytuacji, gdy zastosowanie winien znaleźć deklaratoryjny przepis art. 26 ust. 3 Pzp, a Zamawiający winien był zażądać uzupełnienia niekompletnych dokumentów, przez co należy uznać, że kompletne oświadczenie JEDZ nie zostało przez Konsorcjum M złożone, a w konsekwencji niemożliwym była wstępna weryfikacja złożonego oświadczenia w zakresie spełnienia warunków negatywnych;

7. naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25a ust. 1 i 2 Pzp polegający na zaniechaniu wezwania Konsorcjum M do uzupełnienia niekompletnych - w zakresie Części II i III - dokumentów JEDZ w sytuacji, gdy wskazana norma ma charakter obligatoryjny, co w konsekwencji uniemożliwiało dokonanie wstępnej oceny

niekompletnego oświadczenia JEDZ;

8. naruszenia art. 26 ust. Pzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej „Rozporządzenie”) polegający na zaniechaniu wezwania Konsorcjum M do złożenia - w przypadku usług nadal wykonywanych - aktualnych i nie starszych niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert referencji, co skutkowało uznaniem dokumentów nieaktualnych w kontekście przywoływanych wyżej przepisów;

9. naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22d ust. 1 i art. 23 ust. 5 Pzp polegające na zaniechaniu wezwania Konsorcjum M do uzupełnienia oświadczenia „Wykazu usług” w sytuacji, gdy nie potwierdziło samodzielnie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;

10. naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp polegające na zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie kryterium „Kwalifikacji zawodowych Kierownika ds. Utrzymania Drogi”, co skutkowało podjęciem przez Zamawiającego arbitralnej decyzji obniżającej punktację, która nie została w sposób należyty uzasadniona w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty;

11. naruszenia art. 26 ust. 3a Pzp polegające na zaniechaniu wezwania Konsorcjum M do uzupełnienia przez niego pełnomocnictwa dla P. M. w sytuacji, gdy przedmiotowe pełnomocnictwo załączone do oferty nie zawierało uprawnienia do składania oświadczeń woli i podpisywania oferty, dokumentów, oświadczeń, co skutkowało, że oferta i dokumenty i oświadczenia sygnowane były przez osobę nienależycie umocowaną;

12. naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum M do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty i jej cen jednostkowych, w kontekście ustalenia czy oferta ta jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), w szczególności, czy zawiera wszelkie elementy wymagane przez Zamawiającego;

13. naruszenia art. 90 ust 1 Pzp polegające na zaniechaniu zbadania ceny oferty Konsorcjum M w sytuacji gdy ta wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wątpliwości Zamawiającego - w kontekście możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez niego samego w dokumentach Postępowania - winna była budzić m.in.

rozbieżność pomiędzy ceną oferty Konsorcjum M, a „kosztorysem inwestorskim” Zamawiającego, zarówno w zakresie cen jednostkowych jak i ceny sumarycznej,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty Konsorcjum M;
2. wykluczenia Konsorcjum M oraz uznania jego oferty za odrzuconą;
3. ponownego badania złożonych ofert;
4. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego oraz alternatywnie o:

1. unieważnienie wyboru oferty Konsorcjum M;
2. ponownego badania złożonych ofert.

Ponadto Odwołujący wniósł dodatkowo o przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy postępowania oznaczonego sygn. akt II K 246/17 (w szczególności z prawomocnego wyroku Sądu Rejonowego w Tarnowie z dnia 7 sierpnia 2017 r.) oraz dokumentów znajdujących się w aktach toczącego się obecnie przed Sądem Rejonowym w Tarnowie, Wydział II Karny, postępowania pod sygn. akt II K 585/17 (w szczególności aktu oskarżenia skierowanego 28 lutego 2017 r. przez Prokuraturę Okręgową w Tarnowie m.in. przeciwko W. K. w oraz o odroczenie wydania orzeczenia w tej sprawie.

Odwołujący podał, że posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia w rozumieniu

art. 179 ust. 1 Pzp, ponieważ zarówno działania, jak i zaniechania, których Zamawiający dopuścił się w toku Postępowania, doprowadziły do wyboru oferty Konsorcjum M, a nie Odwołującego.

1. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp

Zdaniem odwołującego Zamawiający, wbrew okolicznościom wskazanym poniżej, dokonał wyboru oferty Konsorcjum M, przez co naruszył także zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 57 ust. 4 lit. c dyrektywy 2014/24/UE

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający przewidział możliwość zastosowania fakultatywnych przesłanek wykluczenia, w tym art. 25 ust. 5 pkt 2 Pzp, w rozdziale 8 SIWZ, pkt 8.2, pkt 2.

Pomimo trudności z przedstawieniem jednej definicji „poważnego wykroczenia zawodowego”, do którego referuje przywołany przepis Pzp w chwili obecnej dominuje pogląd, iż termin ten należy rozumieć możliwie szeroko. Kolejną wskazówką, która może być pomocna przy definiowaniu wskazanego wyżej pojęcia jest motyw 101 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym „Należy sprecyzować, że poważne wykroczenie zawodowe może poddać w wątpliwość uczciwość wykonawcy, a tym samym sprawić: że nie będzie on odpowiedni, by uzyskać zamówienie publiczne, niezależnie od tego, czy dany wykonawca posiadałby poza tym techniczną i ekonomiczną zdolność do realizacji zamówienia. Mając na uwadze fakt, że instytucja zamawiająca będzie odpowiadać za skutki swojej ewentualnie błędnej decyzji, instytucje zamawiające powinny również zachować możliwość uznania, że doszło do poważnego wykroczenia zawodowego, gdy - przed wydaniem ostatecznej i wiążącej decyzji o istnieniu obowiązkowych podstaw wykluczenia - mogą one wykazać za pomocą dowolnych środków, że dany wykonawca naruszył swoje obowiązki, w tym obowiązki dotyczące płacenia podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, chyba że przepisy krajowe stanowią inaczej. Instytucje te powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Przepisy krajowe powinny określać maksymalny czas trwania takich wykluczeń”.

Przy ocenie czy naruszono w sposób poważny obowiązki zawodowe szczególną uwagę zwraca się także na normy deontologiczne i zwyczaje przyjęte w różnych zawodach, czy branżach.

Skuteczność wykluczenia uzależniona jest także od zawinionego postępowania wykonawcy (wina umyślna lub rażące niedbalstwo) oraz terminu, który nie może przekroczyć 3 lat od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Przenosząc powyższe rozważania na stan faktyczny sprawy, Odwołujący zauważył, że Zamawiający zaniechał wykluczenia Konsorcjum M z uwagi na brzmienie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp pomimo że wiedział, że przed Sądem Rejonowym w Tarnowie, Wydział II Karny toczy się obecnie postępowanie w sprawie o sygn. akt II K 585/17, która to sprawa - według informacji przekazanych Odwołującemu w trybie dostępu do informacji publicznej przez Prokuraturę Okręgową w Tarnowie - dotyczy m.in.: „przekroczenia uprawnień w celu osiągnięcia korzyści majątkowych w okresie od kwietnia 2015 roku do lipca 2015 roku w Tarnowie woj. małopolskie przez funkcjonariuszy publicznych w osobach pracowników Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie - rejon Tarnów, poprzez wejście w porozumienie z wykonawcami robót na poszczególnych odcinkach, sporządzenie poświadczających nieprawdę dokumentów z wykonywanych prac, umożliwiających wypłacenie wykonawcom zawyżonych należności i działania w ten sposób na szkodę interesu publicznego, tj. o przest. z art. 271 § 3 kk i inne Co więcej, w cytowanym piśmie wskazano, że „W dniu 28 lutego 2017 r. skierowano do Sądu Rejonowego w Tarnowie akt oskarżenia w tej sprawie. Postępowanie toczy się przed Sądem pod sygn. akt II K 585/17 [...]”. Odwołujący dodał, że w tej sprawie do Ministra Infrastruktury i Budownictwa oraz Ministra Sprawiedliwości została skierowana interpelacja poselska nr 9458.

Ponadto, w stosunku do jednej z osób - Terenowego Inspektora Drogowego GDDKiA O/Kraków - w sprawie oznaczonej sygnaturą akt II K 246/17 przed Sądem Rejonowym w Tarnowie Wydział II Karny zapadł w dniu 7 sierpnia 2017 r. wyrok skazujący. Jak wynika z pkt XIX i XX aktu oskarżenia przywoływanego w tymże wyroku i sentencji tego wyroku, okoliczności dotyczą m.in. usiłowania wprowadzenia w błąd co do faktycznego zakresu wykonanych prac, przez wskazanie w Tabeli Elementów Rozliczeniowych prac, które nie zostały, bądź w ogóle wykonane, bądź zostały wykonane w mniejszej ilości (pkt XIX) oraz potwierdzenia w protokole odbioru robót za okres 1-31 lipca 2015 r., że zlecone prace w postaci bieżącego utrzymania dróg w zakresie koszenia trawy zostały wykonane zgodnie z STWiORB, wiedząc, że prace te nie zostały wykonane zgodnie z wymogami określonymi w specyfikacji, co doprowadziło do niekorzystnego rozporządzenia mieniem publicznym (pkt XX).

W ocenie Odwołującego okoliczności wskazane powyżej skutkować winny zastosowaniem przez Zamawiającego art. 24 ust 5 pkt 2 Pzp.

Zdaniem Odwołującego kluczowa wydaje się tu analiza okoliczności towarzyszącym realizacji przez Konsorcjum M zamówienia pn. „Kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Tarnów w latach 2014 - 2018”. Ponieważ postępowanie, jak potwierdziła Prokuratura Okręgowa w Tarnowie, nadal się toczy, kluczowa może okazać się ocena Konsorcjum M chociażby przez pryzmat rozstrzygniętej sprawy karnej Terenowego Inspektora Drogowego GDDKiA O/Kraków, w sprawie oznaczonej sygnaturą akt II K 246/17, w której w dniu 7 sierpnia 2017 r. zapadł wyrok skazujący. Skazany - jak wynika z doniesień prasowych - obciążył Konsorcjum M, co niewątpliwie rzuca cień na prawidłowość wykonywania przez nie obowiązków zawodowych.

Zauważyć należy, że oskarżonym jest W. K., ale i kilku pracowników GDDKiA O/Kraków, którym - nie odbierając prawa do obrony i zasady domniemania niewinności - postawiono poważne zarzuty zagrożone nawet karą 10 lat pozbawienia wolności.

Odwołujący zwraca także uwagę, że stosownie do brzmienia art. 14 Pzp w zw. z 11 Kpc „Ustalenia wydanego w postępowaniu karnym prawomocnego wyroku skazującego co do popełnienia przestępstwa wiążą sąd w postępowaniu cywilnym. Jednakże osoba, która nie była oskarżona, może powoływać się w postępowaniu cywilnym na wszelkie okoliczności wyłączające lub ograniczające jej odpowiedzialność cywilną”.

W kwestii przesłanki dotyczącej „zamierzonego działania” Konsorcjum M, czy też „rażącego niedbalstwa” z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp wydaje się, że sprawę może przesądzić m.in. powołany powyżej wyrok Sądu Rejonowego w Tarnowie z dnia 7 sierpnia 2017 r. (sygn. akt II K 246/17), skazujący pracownika GDDKiA m.in. za potwierdzanie w sporządzonych protokołach, że prace zostały wykonane, gdy tak w istocie nie było, co świadczy m.in. o niewykonywaniu prac przewidzianych umową zawartą z GDDKiA i przekazywaniu mu korzyści majątkowych od wykonawców kontraktu. W takiej sytuacji trudno uznać, że czynności te nie były zawinione.

Z ostrożności Odwołujący - na wypadek nie otrzymania na termin rozprawy przed Izbą odpowiednich dokumentów z Sądu Rejonowego w Tarnowie, Wydział II Karny, wnioskowanych w trybie ustawy o udzielaniu informacji publicznych - wniósł o przeprowadzenie także przez Izbę dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy postępowania oznaczonego sygnaturą akt II K 246/17 (w szczególności z prawomocnego wyroku Sądu Rejonowego w Tarnowie z dnia 7 sierpnia 2017 r. oraz dokumentów znajdujących się w aktach toczącego się obecnie przed Sądem Rejonowym w Tarnowie, Wydział II Karny postępowania pod sygn. akt II K 585/17 (w szczególności aktu oskarżenia skierowanego 28 lutego 2017 r. przez Prokuraturę Okręgową w Tarnowie m.in. przeciwko W. K. do Sądu Rejonowego w Tarnowie) oraz o odroczenie wydania orzeczenia w niniejszej sprawie.

3. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, alternatywnie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp

Odwołujący podkreślił, że obowiązkiem każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia było złożenie oświadczeń o których mowa w art. 25a ust. 2 Pzp, w formie JEDZ, wypełnionego także w części III („Podstawy wykluczenia”) lit. C („Podstawy związane z niewypłacalnością; konfliktem interesów lub wykroczeniem zawodowymi”). W każdym z trzech dokumentów JEDZ złożonych przez członków Konsorcjum M w toku Postępowania, w zakresie „winy poważnego wykroczenia zawodowego” odznaczono odpowiedź „NIE”, wskazując tym

samym, że członkowie Konsorcjum M nie odpowiadają za takie wykroczenie. Ponadto członkowie Konsorcjum M nie wskazali w JEDZ aby przedsięwzięli jakiegokolwiek kroki w ramach tzw. „self cleaningu”. Pominąwszy tę drugą kwestię, która stała się przedmiotem kwestionowanej w dalszej części odwołania czynności Zamawiającego (tj. złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp w zakresie „niepełnego” oświadczenia JEDZ), kwestię pierwszą tzn. oświadczenie w przedmiocie naruszenia obowiązków zawodowych należy wiązać z zarzutem omówionym powyżej. Ponieważ Odwołujący stoi konsekwentnie na stanowisku, że do naruszenia doszło - jeśli nie w stosunku do wszystkich wykonawców realizujących usługę pn. „Kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Tarnów w latach 2014-2018”, to przynajmniej w zakresie jednego z nich, dokument JEDZ winien był zostać wypełniony inaczej. Jeśli przyjąć bowiem - co wydaje się zasadne - że „poważne naruszenie obowiązków zawodowych” dotyczy wszystkich członków Konsorcjum M (którzy przecież łącznie wykonywali również zamówienie publiczne na rzecz GDDKiA, z którym łączą się kwestie opisane w pkt 2), to wówczas każdy z nich powinien był odznaczyć odpowiedź „TAK” w omawianej rubryce. W wersji minimalistycznej winien to uczynić W. K. - wspólnik spółki cywilnej ReDrog s.c. B. K. i W. K. Na marginesie wydaje się, że w okolicznościach o których Odwołujący wspomniał powyżej nie znajduje zastosowania instytucja tzw. „self-cleaningu”, a co za tym idzie Odwołujący nie postawił w zakresie zarzutów ewentualnych naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust 3 Pzp przez zaniechanie wezwania członków Konsorcjum M do przedłożenia stosownych dokumentów.

Reasumując, w ocenie Odwołującego odznaczenie przez wykonawców w dokumentach JEDZ, że nie są winni poważnego naruszenia zawodowego, zwłaszcza w świetle materiału dowodowego zaprezentowanego powyżej, należy kwalifikować jako zachowanie, które winno skutkować zastosowaniem przez Zamawiającego trybu z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Wykonawcy ci (członkowie Konsorcjum M), czy to w wyniku zamierzonego działania, czy też rażącego niedbalstwa, wprowadzili Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlegają oni wykluczeniu. O tym, że działanie to mogło mieć charakter zawinionego świadczy fakt, że zarówno w dokumentach JEDZ, jak i nieprawidłowo „autouzupełnionych” fragmentach tych oświadczeń (o czym poniżej) wykonawcy dwukrotnie wskazali, że nie są winni poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Trudno również przypuszczać, chociażby w świetle cytowanych materiałów prasowych, wyroków i interpelacji, by nie zdawali sobie sprawy z rodzaju zarzutów postawionych przez Prokuraturę Okręgową w Tarnowie w związku z toczącymi się postępowaniami. W przeciwnym razie i tak mielibyśmy do czynienia z „rażącym niedbalstwem” wykonawców, które także wpisuje się w opisywaną normę art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

Odwołujący podkreślił, że ponieważ zdaje sobie sprawę, że udowodnienie w postępowaniu odwoławczym przesłanki „umyślności” lub „rażącego niedbalstwa” z art. 24 ust 1 pkt 16 Pzp jest utrudnione, z ostrożności postawił zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. W ocenie Odwołującego, złożenie wspomnianych kwalifikowane może być jako działanie spowodowane niedbalstwem lub lekkomyślnością, które doprowadziło do przedstawienia informacji wprowadzającej w błąd Zamawiającego (skutkiem był wybór oferty Konsorcjum M), a mającej istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego (uznanie przez Zamawiającego, że nie wystąpiły przesłanki fakultatywne wykluczenia Konsorcjum MPz postępowania oraz dokonanie na podstawie tych oświadczeń wstępnej oceny warunków pozytywnych i negatywnych i dalsze procedowanie, aż do wyboru oferty.

4. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp,
alternatywnie - art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp

Odwołujący wyjaśnił, że każdy z wykonawców mógł otrzymać dodatkowe punkty w ramach kryterium pozacenowego związanego z doświadczeniem „Kierownika ds. Utrzymania Dróg” (Rozdział 19 pkt 19.1.5 SIWZ). Kluczowym elementem było, aby deklarowany kierownik posiadał doświadczenie w zimowym utrzymaniu drogi, przy czym Zamawiający przez sezon zimowy rozumiał: „5 pełnych miesięcy w okresie od 1 października danego roku do 30 kwietnia roku następnego” (SIWZ - Rozdział 19 pkt 19.1.5, str. 29).

Do oferty Konsorcjum M załączyło Formularz 2.3. („Kryterium kwalifikacji zawodowych Kierownika ds. Utrzymania Dróg”), deklarując 8 zadań w których P. M. miał pełnić funkcję/stanowisko kierownika ds. utrzymania dróg/koordynatora. Sam Zamawiający - podobnie jak w przypadku Odwołującego - zakwestionował doświadczenie ww. osoby w zakresie zadań nr 1 i 2, uznając że: „nie pełniono funkcji koordynatora”.

Odwołujący zwrócił uwagę na zadania nr 3 i 6, wynikające ze wspomnianego

formularza Konsorcjum M.

Jeśli chodzi o zadanie nr 3, to zamówienie obejmowało okres od 1 listopada 2011 r. Tym samym wykluczono z czasookresu miesiąc październik 2011 r., a zatem przedmiotowe zadanie nie obejmowało „pełnego okresu 5 miesięcy”. Okoliczność tą potwierdzają materiały

znajdujące się na stronie GDDKiA O/Kraków. Dodatkowo, zamówienie udzielono nie Konsorcjum M, ale wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia - POL-DRÓG Oleśnica sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, POL-DRÓG Piła sp. z o.o. z siedzibą w Pile, Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu.

W zakresie zadania nr 6 Konsorcjum M wskazuje na doświadczenie P. M. w pełnym okresie zimowym (01.10 - 30.04), jednakże jak wynika z materiałów powszechnie dostępnych na stronie GDDKiA O/Kraków, wybór Konsorcjum M nastąpił 19 grudnia 2014 r., a umowa została zawarta 20 stycznia 2015 r., co potwierdza chociażby referencja z dnia 20 kwietnia 2017 r., złożona przez Konsorcjum M. Co więcej, jej realizacja rozpoczęła się 1 lutego 2015 r., co potwierdzają nie tylko wskazane referencje, ale i oświadczenie Konsorcjum M zawarte w wykazie usług. Gdyby natomiast przyjąć, że Konsorcjum M wskazując to doświadczenie odwoływało się dodatkowo do kontraktu, który realizowało Konsorcjum Zaberd S.A. i Elektrim S.A. to trzeba zauważyć, że również to zamówienie udzielono 1 listopada 2014 r., co potwierdzają materiały GDDKiA zamieszczone na stronie Zamawiającego oraz ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 2014/S 213-377925. Wreszcie w Formularzu nr 2 Konsorcjum M wskazało, że P. M. był koordynatorem w następujących okresach: „od 2005 - 11.2011 r., „od 11.2011 - 30.06.2014”, „od 11.2014 - 31.01.2015” „od 1.02.2015 - 31.12.2017”), co jednocześnie potwierdza, że nie był nim w okresie od 1 lipca 2014 r. do listopada 2014 r. Tym samym, w ocenie Odwołującego, P. M. w ramach umowy pn. „Kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Tarnów w latach 2014 - 2018”, jak wskazano w formularzu 2.3. załączonym do oferty, nie mógł pełnić funkcji kierownika utrzymania/koordynatora, gdyż realizacja umowy rozpoczęła się 1 lutego 2015 r., natomiast ta realizowana od 1 listopada 2014 r. wykonywana była przez Zaberd S.A. i Elektrim S.A., wcześniej zaś jak sam przyznał w oświadczeniu „Wykaz osób” Wykonawca ten funkcji takiej nie pełnił.

5. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp

Odwołujący podał, że zarzut jest konsekwencją naruszeń Zamawiającego wskazanych powyżej.

Uzasadnienie zarzutów ewentualnych.

6. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25a ust. 1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 1 Pzp

Odwołujący wyjaśnił, że stosownie do postanowień SIWZ (rozdział 9) wykonawca zobowiązany był dołączyć do oferty „aktualne na dzień składania ofert oświadczenie

stanowiące wstępne potwierdzenie, że Wykonawca : a) nie podlega wykluczeniu oraz b) spełnia warunki udziału w postępowaniu” (pkt 9.1. rozdział 9 SIWZ).

Konsorcjum M złożyło wraz z ofertą niekompletne dokumenty JEDZ dla każdego z członków konsorcjum. Okoliczność niekompletności dokumentów JEDZ jest bezsporna i potwierdza ją analiza ich części II i III oraz stwierdzenie Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 26 stycznia 2018 r., wedle którego wykonawcy „pominęli w formularzu JEDZ pozycje określone poniżej”.

Z uwagi na powyższe Zamawiający, pismem z 26 stycznia 2018 r.,

wezwał Konsorcjum M do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, podczas gdy, zdaniem Odwołującego, winien był zastosować art. 26 ust. 3 Pzp. Z ostrożności Odwołujący zauważył, że o zastosowaniu przez Zamawiającego błędnej procedury świadczy nie tylko podstawa prawna wskazana w piśmie z dnia 26 stycznia 2018 r., ale także pouczenie ze str. 10.

Reasumując, przez zastosowanie przez Zamawiającego niewłaściwej instytucji (wyjaśnienia oświadczeń JEDZ, miast uzupełnienia niekompletnych/błędnych oświadczeń),

Zamawiający ostatecznie nie dysponując wspomnianymi kompletnymi oświadczeniami nie mógł dokonać wstępnej oceny złożonych oświadczeń m.in. w zakresie przesłanek negatywnych i w konsekwencji dokonać wstępnej oceny (weryfikacji) Konsorcjum M. Tym samym nieuprawnione było jego dalsze działanie, polegające m.in. na zastosowaniu procedury przewidzianej w art. 26 ust. 1 Pzp, ponieważ ta znajduje zastosowanie tylko i wyłącznie do oferty najwyższej ocenionej i poddanej wstępnej weryfikacji.

7. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25a ust. 1 i 2 Pzp

Na wstępie Odwołujący, że do zasadniczej części tego zarzutu wciąż zachowują aktualność uwagi przedstawione powyżej.

Dodał, że norma art. 26 ust. 3 Pzp ma charakter obligatoryjny, co wynika z użytego przez ustawodawcę sformułowania „zamawiający wzywa”. Tym samym, stwierdzenie przez Zamawiającego, że oświadczenia JEDZ niekompletne, ponieważ „nie wszystkie wymagane przez Zamawiającego punkty zostały przez tych Wykonawców zaznaczone [...]” (pismo z 26 stycznia 2018 r.), implikować winno podjęcie decyzji o zastosowaniu procedury z art. 26 ust. 3 Pzp przez wezwanie do uzupełnienia kompletnych oświadczeń JEDZ. Nie czyni zadość wskazanemu powyżej obowiązкови załączenie do pisma Konsorcjum M z 30 stycznia 2018 r. fragmentów dokumentu JEDZ. Po pierwsze, czynność taka ma charakter „autouzupełnienia”, a to nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu. Po drugie, w art. 25a ust. 1 i 2 mowa jest o „oświadczeniu”, a nie o jego fragmencie, podobnie w art. 26 ust. 3 Pzp mowa jest o wezwaniu do złożenia/uzupełnienia/poprawienia/wyjaśnienia całego dokumentu lub oświadczenia, nie zaś jego fragmentu.

Reasumując, w ocenie Odwołującego, brak wezwania do uzupełnienia kompletnego oświadczenia JEDZ, złożonego przez wszystkie trzy podmioty tworzące Konsorcjum M stanowi naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp.

8. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia

Odwołujący podał, że z § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia wynika, że w przypadku usług wykonywanych, przedstawianych na potwierdzenie spełniania warunku, należy złożyć referencję nie starszą niż 3 miesiące od upływu terminu składania ofert. Okoliczność tę potwierdza także pouczenie, które Zamawiający zamieścił na formularzu nr 1 „Wykaz usług”, według którego referencje dla usług nadal trwających „powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert”.

Konsorcjum M, na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 7.2.2.a IDW, przedstawiło referencję dla usługi „Kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Tarnów w latach 2014-2018”. Jak wynika z dokumentu referencji, ale także ogłoszenia oraz SIWZ dla przedmiotowego postępowania kontrakt na który powołuje się Konsorcjum M jest nadal realizowany. Podobnie, z ogłoszenia Zamawiającego zamieszczonego na stronie internetowej wynika, że czas trwania zamówienia obejmuje okres od 1 listopada 2014 r. do 30 kwietnia 2018 r.

W kontekście powyższego Odwołujący zauważył, że błędnym jest wskazywanie w „Wykazie usług” fragmentu realizowanej usługi, po to tylko, by próbować wywrzeć wrażenie, że została ona zakończona, podczas gdy z dokumentacji postępowania - umowy, ogłoszeń, a nawet samych referencji - wynika niezbiecie, i że przedmiotowy kontrakt trwa i trwać będzie do dnia 30 kwietnia 2018 r. Nieaktualne i niezgodne z Rozporządzeniem oraz postanowieniami SIWZ są poświadczenia wystawione odpowiednio 20 kwietnia 2017 r. oraz 15 lutego 2016 r., jako że są wystawione z datą starszą niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, który nastąpił 12 stycznia 2018 r. W takiej sytuacji obligatoryjne było zastosowanie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp i wezwanie Konsorcjum M do uzupełnienia brakujących i aktualnych poświadczeń i referencji potwierdzających, że zadeklarowana usługa wykonywana jest należycie, z jednoczesnym zastrzeżeniem (o czym poniżej), że ten sam Zamawiający winien wezwać Konsorcjum M do wyjaśnienia treści załącznika nr 1 „Wykaz usług” w zakresie kolumn związanych z „czasem realizacji usługi”, w

szczególności zaś kolumny oznaczającej koniec trwania kontraktu.

9. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 22d ust. 1 oraz art. 23 ust. 5 Pzp

Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok C-387/14 (Esaprojekt), w szczególności na pytanie 5 sądu odsyłającego wskazując, że w rozdziale 7 SIWZ („Warunki udziału w postępowaniu”), pkt 7.2.2.a), Zamawiający przesądził, że „Zgodnie z art. 23 ust. 5 ustawy pzp, Zamawiający zastrzega, że warunek opisany w pkt 7.2.2.a) IDW nie podlega sumowaniu. Oznacza to, że w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jeden z Wykonawców musi wykazać się całym wymaganym doświadczeniem i warunek nie będzie spełniony, jeżeli wszyscy Wykonawcy w sumie wykazali się wymaganym doświadczeniem, ale żaden z nich samodzielnie nie wykazał się całym wymaganym doświadczeniem”.

Na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 7.2.2. a, Konsorcjum M wskazało w formularzu nr 1 „Wykaz usług” na usługę pn. „Kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Tarnów w latach 2014-2018”. Co istotne, w kolumnie 2 wykazu jako wykonawcę tego zamówienia wskazano członków Konsorcjum M. W kontekście cytowanego powyżej fragmentu SIWZ spośród wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia przedmiotowego zamówienia żaden z nich samodzielnie nie wykazał się całym wymaganym doświadczeniem, a uczynili to przez sumowanie doświadczenia wykonawców wspólnie realizujących usługę dotychczasową (w latach 2014-2018), co wprost wynika z treści złożonego oświadczenia. Ponadto, warte jest podkreślenia, że umowa na „Kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Tarnów w latach 2014-2018” zawarta została z trzema, a nie dwoma (wskazanymi w wykazie) podmiotami, tj. 1) ZPUH W. K., 2) PUH MADROCAR R. M. oraz 3) ReDrog s.c. B. K. i W. K., podczas gdy w Postępowaniu udział biorą tylko dwa ze wskazanych wyżej podmiotów. Tym samym kolejną kwestią, której nie wyjaśnił Zamawiający jest zagadnienie czy wykonawcom 2 i 3, którzy wspólnie złożyli ofertę jako Konsorcjum M można przypisać doświadczenie nabyte przez wykonawcę nr 1, który w Postępowaniu udziału nie bierze.

10. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1, art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp

W stanie faktycznym sprawy Zamawiający zakwestionował, a w konsekwencji nie przyznał Odwołującemu punktów za kryterium poza cenowe „Kwalifikacji zawodowych Kierownika ds. Utrzymania Drogi”, nie wnosząc o wyjaśnienie powstałych po jego stronie wątpliwości w trybie art. 87 ust 1 Pzp oraz nie uzasadniając w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 12 lutego 2018 r. jakie były powody takiej jego decyzji, co znacząco utrudnia Odwołującemu polemikę z decyzją Zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnił, że w rozdziale 19 SIWZ („Kryteria wyboru i sposób oceny ofert oraz udzielenie zamówienia”), pkt 19.1.5 dotyczącym „Kwalifikacji zawodowych Kierownika ds. Utrzymania Drogi” brak jest jakichkolwiek przesłanek które wskazywałyby, że w omawianej sytuacji nie znajdzie zastosowania art. 87 ust 1 Pzp. Co więcej, Zamawiający stwierdza że: „przepis art. 87 ust. 1 ustawy PZP może mieć zastosowanie jedynie w zakresie wyjaśnienia treści złożonych ofert” (str. 29 SIWZ), z czym Odwołujący się zgadza.

Odwołujący podał, że Zamawiający przewidział, że „0 pkt” w ramach opisywanego kryterium zostanie przyznanych w dwóch przypadkach : „1) gdy wykonawca nie złoży wykazu” oraz gdy „2) informacje nie potwierdzą w pełni spełniania powyższych wymagań”, co nie oznacza automatycznego braku stosowania przez Zamawiającego trybu z art. 87 ust. 1 Pzp, zwłaszcza, że „brak potwierdzenia wymagań” wiązałby się z dotkliwą dla wykonawcy redukcją przyznawanych mu punktów za kryterium „Kwalifikacji”. Skoro więc, jak zakłada Odwołujący, u Zamawiającego pojawiły się jakieś wątpliwości, a nawet stwierdzono w sposób dopuszczony prawem, że zadeklarowany przez Odwołującego M. K. nie potwierdzał spełniania kryterium pozacenowych, należało skierować do Odwołującego pytanie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp celem wyjaśnienia powstałych wątpliwości czy rozbieżności, by dać Odwołującemu szansę na próbę obrony własnego stanowiska. Z ostrożności, Odwołujący się pragnie przedstawić swoje stanowisko w przedmiotowej sprawie.

Szczegółowo kwestię powyższą regulują rozdział 19 SIWZ pkt 19.1.5 oraz pytania i odpowiedzi do SIWZ z dnia 20 grudnia 2017 r. (pyt. 71 i pomocniczo pyt. nr 72). Zarówno w SIWZ, jak i w odpowiedziach na pytania, Zamawiający nie wskazał w sposób precyzyjny, co rozumie przez stanowisko/funkcję „Koordynatora”, ale co najważniejsze nie zawarł także wyliczenia negatywnego, zawierającego m.in. wykluczenie pewnych sytuacji lub prezentującego katalog przesłanek negatywnych. Zamawiający też zamiennie stosował terminy „stanowisko” i „funkcja”, które w języku polskim mogą mieć odmienne znaczenia. Wreszcie, odpowiadając na pytanie 71, Zamawiający nie wskazał, że koordynatorem zimowego utrzymania dróg jest tylko koordynator niejako „dedykowany dla okresu zimowego utrzymania, a nie będzie nim koordynator całego letniego i zimowego kontraktu. Z kolei

odpowiadając na pytanie 71 w którym jeden z wykonawców zapytał wprost: „Czy oznacza to, że osoba ta powinna być zatrudniona na takim właśnie stanowisku (kierownik ds. Utrzymania Dróg) czy po prostu posiadać doświadczenie na stanowisku ds.

koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg (np. na stanowisku koordynatora czy drogomistrza)” uczynił to w sposób nieprecyzyjny i wymijający nie przesądzając jednakowoż żadnej z opcji.

Odnosząc się do doświadczenia M. K. Odwołujący zaznaczył, że właśnie z uwagi na niejasne zapisy SIWZ i niejednoznaczne odpowiedzi Zamawiającego zdecydowało się posłużyć doświadczeniem osoby, którego funkcję koordynatora kontraktów jest w stanie wykazać m.in. dokumentami GDDKiA. I tak w zakresie zakwestionowanego kontraktu z 10 października 2012 r., zawartego z GDDKiA O/Katowice, nr umowy 27/Z-I/Utrzymaj Standard/2/2012 w § 6 ust. 1 pkt 2 M. K. wskazany jest wprost jako „koordynator” kontraktu obejmującego kompleksowe, a więc letnie i zimowe utrzymanie autostrady A1, co zdaniem Odwołującego przesądza sprawę.

11. Zarzut naruszenia art. 26 ust 3a Pzp

Odwołujący wyjaśnił, że osobą, która podpisała w imieniu Konsorcjum M ofertę oraz konsekwentnie składała inne oświadczenia woli jest P. M., działający na podstawie pełnomocnictwa z 2 stycznia 2018 r. Stosownie do tego dokumentu został on upoważniony do „reprezentowania w/w konsorcjum wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”, w tym do „złożenia oferty oraz wymaganych oświadczeń i wyjaśnień”.

W ocenie Odwołującego obowiązkiem Zamawiającego w tym konkretnym przypadku było zastosowanie procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3a Pzp i zawezwanie wykonawcy do uzupełnienia poprawnego pełnomocnictwa, ponieważ norma ta nie przewiduje wyjaśnienia treści tego dokumentu. Z treści pełnomocnictwa i dokumentów Postępowania nie wynika, aby P. M. był Liderem konsorcjum, jako że ten został wskazany w dokumentach JEDZ. Ponadto sam Zamawiający wskazał w rozdziale 14 SIWZ pkt 14.6 ppkt 4 i 5, w sposób jednoznaczny, że wraz z ofertą należy złożyć pełnomocnictwo do reprezentowania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ewentualnie umowę o współdziałaniu, z której będzie wynikać przedmiotowe pełnomocnictwo. Pełnomocnik może być ustanowiony do reprezentowania Wykonawców w postępowaniu albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy. Pełnomocnictwo winno być załączone w formie oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii.

Zamawiający wyróżnił również dokumenty, z których wynika prawo do podpisania oferty, względnie do podpisania innych oświadczeń lub dokumentów składanych wraz z ofertą.

Tym samym rozdzielając wyraźnie „pełnomocnictwo do reprezentowania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia od dokumentu z którego wynika prawo do podpisania oferty i innych oświadczeń lub dokumentów Zamawiający oczekiwał precyzyjnego wskazania zakresu pełnomocnictwa także w zakresie składania oświadczeń woli. Można bowiem, zdaniem Odwołującego, reprezentować kogoś z ograniczonym zakresem tej reprezentacji, tj. takim który bądź nie wynika z pełnomocnictwa, bądź w tym pełnomocnictwie został wykluczony. Sam pełnomocnik, P. M., w ramach pełnomocnictw otrzymanych od swoich mocodawców (tych samych) dla postępowania pn. „Kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Tarnów w latach 2014-2018” upoważniony został do „podpisywania i złożenia oferty” oraz „podpisywania i składania oświadczeń”, co świadczy w sposób nie budzący wątpliwości, że mocodawcy rozróżniają czynność „podpisania oferty” (składania oświadczeń woli) od technicznej czynności „złożenia oferty”. Dlatego też, pełnomocnictwo załączone do oferty Konsorcjum M w Postępowaniu nie obejmuje umocowania do składania oświadczeń woli, wiedzy, podpisywania ofert i dokumentów, co powoduje, że podpisanie oferty przez pełnomocnika nastąpiło z przekroczeniem jego zakresu.

12. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Stosownie do treści protokołu Postępowania (pkt 2 ppkt 4) wartość szacunkowa części 4 zamówienia wyniosła 175.000.000,00 zł netto (215.250.000 zł brutto) i jest to ta

sama kwota, którą odczytał Zamawiający podczas otwarcia ofert, stosownie do brzmienia art. 86 ust. 3 Pzp. Pomimo że w przedmiotowym stanie faktycznym nie znajdują zastosowania przesłanki obligujące Zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień ceny jego oferty w oparciu o treść art. 90 ust. 1a Pzp (wartość oferty Konsorcjum M jest niższa o 27% od wartości zamówienia), to nadal różnica pomiędzy tymi kwotami jest bardzo duża i wynosi 59.946.033,13 zł brutto (cena oferty Konsorcjum M wynosiła 155.303.966,87 zł brutto, natomiast wartość wskazana przez Zamawiającego w „kosztorysie inwestorskim” wynosiła 214.062.822,63 zł brutto).

Co więcej, badanie poszczególnych cen jednostkowych i uwzględnienia wszelkich kosztów - stosownie do postanowień SIWZ - uzasadnia bardzo dużą dysproporcja cen jednostkowych w poszczególnych grupach prac. Jak wynika z przekazanych Odwołującemu dokumentów Postępowania, nie przeprowadzono żadnej analizy cen grup i cen poszczególnych prac.

W ocenie Odwołującego tak znaczące dysproporcje muszą budzić wątpliwości każdego Zamawiającego, w szczególności w kontekście ustaleń czy cena zawiera wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Gdyby było inaczej oferta nie zawierająca wszystkich kosztów byłaby niezgodna z postanowieniami rozdziału 15 SIWZ („Opis sposobu obliczenia ceny oferty”), w szczególności zaś jego pkt 15.2. Tym bardziej wydaje się że wobec Konsorcjum M winna być wszczęta procedura przewidziana w art. 87 ust. 1 i art. 90 ust. 1a Pzp. Trzeba zauważyć, że analiza cen jednostkowych oraz „Zbiorczego zestawienia kosztów” za poszczególne grupy robót winna skutkować przeprowadzeniem badania oferty Konsorcjum M w kontekście jej niezgodności z SIWZ.

13. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp

Z dokumentacji Postępowania wynika niezbicie, że Zamawiający nie podjął żadnych kroków mających na celu weryfikację danych przedstawionych w kosztorysie oferty Konsorcjum M. 12 lutego 2018 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie wszystkich dokumentów Postępowania wraz z załącznikami i aktami sprawy. Analiza przeprowadzona 13 lutego 2018 r. prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie podejmował żadnych działań w zakresie analizy części składowych ceny ofertowej Konsorcjum M. Tym samym należy uznać, że Konsorcjum M nie zostało wezwane do udzielenia wyjaśnień w zakresie art. 90 ust. 1 Pzp, pomimo że rozbieżności zarówno pomiędzy cenami sumarycznymi zestawienia kosztów, jak i jednostkowymi były znaczne.

Dokonując analizy porównawczej wartości zamówienia wskazanej w protokole Postępowania, powiększonej o należy podatek od towarów i usług (215.250.00,00 zł), ceny ofertowej brutto Odwołującego (179.794.781,18 zł) oraz ceny ofertowej brutto Konsorcjum M (155.303.966,87 zł), trudno oprzeć się wrażeniu, że Zamawiający ograniczył się jedynie do pobieżnego sprawdzenia czy cena ofertowa Konsorcjum M nie przekracza progu procentowego wskazanego w art. 90 ust. 1a Pzp, zupełnie pomijając okoliczność, że cena ta jest niższa od ceny wskazanej w tzw. „kosztorysie inwestorskim” o niemal 60.000.000,00 zł, pomijając różnice w cenach jednostkowych za poszczególne kategorie usług.

Zaniechanie badania realności ceny Konsorcjum M staje się tym bardziej kontrowersyjne, im głębszej analizie poddamy złożony przez nie kosztorys. Przykładowo, proste porównanie wartości brutto dla poszczególnych grup robót wskazanych przez Konsorcjum M w Zbiorczym Zestawieniu Kosztów dla rejonu Tarnowa z 10 stycznia 2018 r. oraz w Zbiorczym Zestawieniu Kosztów dla rejonu Tarnowa opracowanym przez Zamawiającego prowadzi do wniosku, że w pięciu z czternastu pozycji wartość brutto danej grupy robót Konsorcjum M jest niższa od wartości brutto danej grupy wskazanej przez Zamawiającego o ponad 30 procent (grupy nr 2, 4, 8, 11 i 12). Co prawda w odwołaniu do istotnych części składowych ceny, za jakie niewątpliwie można uznać ceny za poszczególne grupy robót, nie ma zastosowania przepis o 30-procentowej różnicy od takich wartości Zamawiającego lub innych wykonawców, niemniej - w ocenie Odwołującego - wysokość procentowej różnicy w powyżej wskazanych grupach, ilość kategorii w których występuje przedmiotowa różnica oraz jej oczywisty wpływ na wysokość ceny sumarycznej Konsorcjum, M winny skłonić Zamawiającego do zwrócenia się do tego wykonawcy o wyjaśnienie zasad i podstaw ustalenia istotnych części składowych ceny. Biorąc pod uwagę sumaryczną wysokość różnicy w pięciu kategoriach grup robót pomiędzy kosztorysem Konsorcjum M, a kosztorysem inwestorskim Zamawiającego, kształtującą się na poziomie 41.054.982,49 zł, „istotność” powyżej wskazanych elementów składowych ceny sumarycznej Konsorcjum M nie powinna budzić wątpliwości. Zamawiający nie powinien przechodzić do porządku dziennego nad faktem, że przy zamówieniu publicznym, gdzie wartość brutto całości robót została wyceniona przez niego na kwotę 214.062.822,63 zł,

różnice w wycenie poszczególnych kategorii robót są tak znaczne.

Badając przedmiotową kwestię, w kontekście wartości za poszczególne roboty wskazanych przez GDDKiA w kosztorysie inwestorskim, warto również porównać Zbiornicze Zestawienie Kosztów Konsorcjum z 10 stycznia 2018 r. z analogicznym dokumentem sporządzonym przez Odwołującego 11 stycznia 2018 r.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że różnice pomiędzy wartościami brutto dla poszczególnych grup pomiędzy kosztorysem inwestorskim, a kosztorysem Odwołującego (poza grupą 11) są kilkuprocentowe. Po drugie, w niektórych grupach istnieje wyraźna dysproporcja pomiędzy kosztorysami obu wykonawców. Przykładowo w kategorii nr 2 Konsorcjum M wskazało wartość brutto o 31 % niższą (różnica kwotowa - 2.214.714,30 zł) od Zamawiającego, podczas gdy Odwołujący wskazał wartość brutto o 48 % wyższą (różnica kwotowa - 3.316.726,98 zł), natomiast w kategorii nr 4 Konsorcjum M wskazało wartość brutto o 37 % niższą (różnica kwotowa - 6.269.357,36 zł) od Zamawiającego, podczas gdy Odwołujący wskazał wartość brutto o 8 % wyższą (różnica kwotowa - 1.368.951,26 zł). Reasumując, różnice u jedynych wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne, pomiędzy wartościami brutto za te same grupy robót na poziomie 79 (pierwszy z powyżej przytoczonych przykładów), czy też 45 % (drugi z przytoczonych przykładów) winny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do realnego poziomu cen rynkowych za usługi wchodzące w skład powyżej przytoczonych kategorii. Odwołujący nie kwestionuje okoliczności, że wpływ na kształtowanie się cen danego przedsiębiorstwa ma wiele czynników nie ujętych bezpośrednio w kosztorysie. Jednakże z uwagi na istnienie ustawowego obowiązku Zamawiającego badania oferowanej ceny, nie tylko w kontekście własnej wiedzy i doświadczenia, ale również odwołując się do cen wskazanych przez wszystkich wykonawców (czego dowodem jest choćby wprowadzenie progu 30% w odniesieniu do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert), różnice takie winny być dostrzeżone i przeanalizowane przez Zamawiającego, a następnie usunięte przez zwrócenie się do Konsorcjum M o wyjaśnienia.

W ocenie Odwołującego, z uwagi na okoliczności przytoczone powyżej, analiza porównawcza kosztorysów wykonawców ubiegających się o zamówienie, pomimo że powinna, wątpliwości takich po stronie Zamawiającego nie wzbudziła. Tym samym można postawić hipotezę, że Zamawiający zaniechał wdawania się w szczegółową analizę różnic w cenach za istotne części składowe zamówienia, poprzestając na weryfikacji tylko i wyłącznie ceny sumarycznej w kontekście brzmienia art. 90 ust. 1a Pzp. Stwierdziwszy, że 30-procentowa różnica nie występuje (różnica w analizowanym przypadku wyniosła 27%), a zatem nie musi wzywać Konsorcjum M do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny, niejako zignorował brzmienie art. 90 ust. 1 Pzp i co za tym idzie nałożony na niego tym przepisem obowiązek zbadania ceny ofertowej Konsorcjum M pod kątem rażącego zaniżenia.

Odwołujący załączył do odwołania następujące dokumenty, wnosząc o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z ich treści:

1. W zakresie zarzutu 2:

- 1.1. wniosek Odwołującego z 22 stycznia 2018 r. o udzielenie informacji dotyczących postępowania przygotowawczego prowadzonego pod sygn. akt V Ds 115/15/S - dowód O1;
- 1.2. pismo Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Krakowie z 26 stycznia 2018 r., sygn. akt PO IV lp 4.2018, stanowiące odpowiedź na wniosek Odwołującego z pkt 1.1 - dowód O2;
- 1.3. interpelacja nr 9458 z 20 stycznia 2017 r. w sprawie panującej w tarnowskim oddziale GDDKiA - dowód O3;
- 1.4. odpowiedź na interpelację z pkt 1.3 z 2 marca 2017 r., udzielona przez zastępcę Prokuratora Generalnego - dowód O4;
- 1.5. odpowiedź na interpelację nr 9458 z 10 marca 2017 r., udzielona przez podsekretarza stanu w Ministerstwie Infrastruktury i Budownictwa - dowód O5;
- 1.6. publikacja prasowa w gazecie Krakowskiej z 16 stycznia 2018 r. pn.: „Tarnów. Sąd bada czy przy utrzymywaniu dróg w regionie towarzyszyły przekręty” - dowód O6;
- 1.7. publikacja prasowa w serwisie bochnianin.pl z 9 listopada 2016 r. pn.:

„Brzesko-Tarnów. Afera łapówkarska w GDDKiA” - dowód O7;

1.8. publikacja prasowa w serwisie rdn.pl pn.: „Ruszył proces w głośnej sprawie o łapówki, wyłudzenia i oszustwa” - dowód O8;

1.9. publikacja prasowa w serwisie plus.gazetakrakowska.pl pn.: „Tarnowska placówka GDDKiA w cieniu afery łapówkarskiej” - dowód O9;

2. W zakresie zarzutu 4:

2.1. formularz 2.3 złożony przez Konsorcjum M w Postępowaniu - dowód O10;

2.2. informacja ze strony internetowej GDDKiA nt. zamówienia na kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego (znak sprawy GDDKiA-O/KR R-2bk/284/58/2010) - dowód O11;

2.3. informacja ze strony internetowej GDDKiA nt. zamówienia na kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Tarnów (znak sprawy GDDKiA-O/KR D-3/BK/284/41/U/2014) - dowód O12;

2.4. ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 2014/S 216-377925 dotyczącego postępowania z pkt 2.3 - dowód O13;

2.5. informacja ze strony internetowej GDDKiA nt. zamówienia na kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez rejon Kraków i Rejon Tarnów Oddziału w Krakowie GDDKiA w latach 2014-2018 (znak sprawy GDDKiA-O/KR D-3/BK/284/16/U/2014) - dowód O14;

2.6. wyciąg z SIWZ w postępowaniu z pkt 2.5 - dowód O15;

2.7. ogłoszenie o zamówieniu w postępowaniu z pkt 2.5 - dowód O16;

2.8. wyciąg z referencji z 20 kwietnia 2017 r. wystawionej przez Zamawiającego w związku z wykonywaniem zamówienia opisanego w pkt 2.5 - dowód O17;

2.9. wyciąg z poświadczenia z 15 lutego 2016 r. wystawionego przez Zamawiającego w związku z wykonywaniem zamówienia opisanego w pkt 2.5 - dowód O18;

2.10. wyciąg z formularza 2 (wykazu osób) złożonego przez Konsorcjum M w Postępowaniu - dowód O19;

3. W zakresie zarzutu 6:

3.1. wyciąg z pisma Zamawiającego z 26 stycznia 2018 r. (wezwanie Konsorcjum M do wyjaśnienia treści JEDZ) - dowód O20;

4. W zakresie zarzutu 7:

4.1. pismo Konsorcjum M z 30 stycznia 2018 r. (odpowiedź na wezwanie z pkt 3.1) - dowód O21;

5. W zakresie zarzutu 8:

5.1. wyciąg z formularza 1 (wykazu osób) złożonego przez Konsorcjum M w Postępowaniu - dowód O22;

5.2. dowód O17;

5.3. dowód O18;

5.4. wyciąg z tomu II SIWZ - „Istotne dla stron postanowienia umowy” w postępowaniu opisanym w pkt 2.5 - dowód O23;

5.5. dowód O14;

5.6. wyciąg z SIWZ w postępowaniu opisanym w pkt 2.5 - dowód O24;

5.7. dowód O16;

6. W zakresie zarzutu 9:

6.1. wyciąg z wyroku TSUE z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 - dowód O24;

6.2. wykaz usług (formularz 1) złożony przez Konsorcjum M w Postępowaniu - dowód O25;

6.3. pismo Zamawiającego z 19 grudnia 2014 r. (informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej) w postępowaniu opisanym w pkt 2.5 - dowód O25;

7. W zakresie zarzutu 10:

7.1. wyciąg z umowy z 10 października 2012 r. zawarta pomiędzy Odwołującym a GDDKiA Oddziałem w Katowicach (nr 27/Z-1/UtrzymajStandard/2/2012 - dowód O26;

7.2. pismo Zamawiającego z 12 lutego 2018 r. (informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 4 Postępowania) - dowód O27;

8. W zakresie zarzutu 11:

8.1. pełnomocnictwo z 2 czerwca 2014 r. dla P.M., udzielone przez B.K. i W.K., dotyczące postępowania opisanego w pkt 2.5 - dowód O28;

8.2. pełnomocnictwo z 2 czerwca 2014 r. dla P.M., udzielone przez W.K., dotyczące postępowania opisanego w pkt 2.5 - dowód O29;

8.3. pełnomocnictwo z 2 czerwca 2014 r. dla P.M., udzielone przez R.M., dotyczące postępowania opisanego w pkt 2.5 - dowód O30;

9. W zakresie zarzutów 12 i 13:

9.1. wniosek Odwołującego z 12 lutego 2018 r. o udostępnienie dokumentacji Postępowania - dowód O31;

9.2. porównawcze zbiorcze zestawienie kosztów Konsorcjum M, Odwołującego i Zamawiającego - dowód O32;

9.3. analiza porównawcza cen jednostkowych oferowanych przez Konsorcjum M i oszacowanych przez Zamawiającego w podziale na grupy robót - dowody O33;

9.4. zestawienia kosztów realizacji zamówienia przewidzianych przez Zamawiającego w podziale na rejony i grupy robót - dowody O34;

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zarzut 1

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący stawiając powyższy zarzut przejmując na siebie niejako ciężar wykazania, że doszło do nierównego potraktowania wykonawców w toku Postępowania, jak również że naruszone zostały przez określone w ustawie o szczególnym trybie postępowania w przypadku Konsorcjum M zachodzą przesłanki uzasadniające ich odwołania, jego treść nie pozwala na stwierdzenie, że okoliczności takie zostały udowodnione.

Zarzut 2

Zamawiający przyznał, że w Postępowaniu przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie przesłanek zawartych w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, dodając że oceniał w sposób szczególny, czy w przypadku Konsorcjum M zachodzą przesłanki uzasadniające ich wykluczenie na ww. podstawie oraz że ta analiza dała odpowiedź negatywną.

Zamawiający przytoczył treść art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych"

Zamawiający wyjaśnił, że występuje w postępowaniu karnym toczącym się przed Sądem Rejonowym w Tarnowie pod sygn. akt II K 585/17 w charakterze strony, wobec czego znany jest mu stan sprawy na bieżąco. Podkreślił, że dokonując oceny podmiotowej Konsorcjum M pod kątem zaistnienia przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, posiadał aktualną wiedzę na temat wspomnianej sprawy karnej, dlatego mógł dokonać właściwej oceny działań Konsorcjum M i podjąć odpowiednią decyzję w tym zakresie. Zaznaczył, że zarzuty postawione w postępowaniu karnym dotyczą wyłącznie jednego członka konsorcjum - W.K.

Na dzień dokonywania oceny podmiotowej Konsorcjum M sprawa tocząca się przed

Sądem Rejonowym w Tarnowie pod sygn. akt II K 585/17 nie została jeszcze prawomocnie zakończona. Sprawa toczy się obecnie w postępowaniu przed Sądem I instancji a postępowanie dowodowe jest w trakcie. Najbliższy termin rozprawy wyznaczony na kwiecień 2018 r.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący upatruje poważnego zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych podważającego jego uczciwość w treści zarzutów postawionych W.K. w sprawie karnej i dopuszcza się stwierdzenia, że postawione W.K. zarzuty są zasadne.

Zamawiający wskazał, że dopóki postępowanie karne nie zostanie prawomocnie zakończone, obowiązuje domniemanie niewinności uniemożliwiające wyciąganie wobec oskarżonego negatywnych konsekwencji, jakie mogłyby być związane ze skazaniem. Zamawiający, ani też Odwołujący nie może dokonywać samodzielnej oceny co do tego czy zarzucany wykonawcy czyn/czyny został/y popełnione. Stwierdzenie takie należy wyłącznie do sądu rozpoznającego sprawę karną. W konsekwencji do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia sprawy, Zamawiający nie może dokonywać wiążących stwierdzeń, czy doszło do popełnienia zarzucanego W.K. czynu, czy też nie. Zamawiający nie jest również uprawniony do oceny wiarygodności zeznań świadków składanych w postępowaniu karnym. W takim wypadku Zamawiający wchodziłby nieprawnie w kompetencje władzy sądowniczej i podważałby zasadę niezawisłości sędziowskiej. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający nie weryfikował i nie ocenił stanu faktycznego sprawy.

Zdaniem Zamawiającego dowodami na popełnienie przez W.K. zarzucanych mu czynów nie są załączone do odwołania dowody O1-O9. Stanowią one wyłącznie materiał poglądowy w sprawie konkretnych osób, instytucji.

Zamawiający podkreślił, że wspomniane postępowanie karne toczy się również w związku z czynami zarzucanymi pracownikom Zamawiającego. Oświadczył, że jako pracodawca nie podjął do chwili obecnej żadnych czynności odnośnie stosunku pracy łączącego jego z pracownikami, którym postawiono zarzuty, szanując zasadę domniemania niewinności. Pracownicy, którym postawione zostały zarzuty w postępowaniu karnym, nadal świadczą dla Zamawiającego pracę.

Zarzuty postawione W.K. oraz pracownikom Zamawiającego dotyczą między innymi realizacji zamówienia publicznego na bieżące utrzymanie dróg - Rejon Tarnów w latach 2014-2018. Zamówienie to w wyniku rozstrzygnięcia zamówienia publicznego wykonywali wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - B. K. i W. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Redrog s.c. B. K. i W. K., R. M.

prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU Madrocar R. M. i W. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZPUH W. K. Zarzuty dotyczą co do zasady roku 2015 i sprowadzają się do oceny prawidłowości i zgodności realizacji zamówienia w zakresie koszenia trawy odnośnie Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB - grupa nr 7 „Estetyka”). Zamawiający podkreślił, że dokonując w przedmiotowej sprawie oceny czy wobec Wykonawcy W. K. występują przesłanki wskazane w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, posługiwał się dostępnymi dla niego dowodami, a to szczególności bieżącą wiedzą na temat postępowania prowadzonego pod sygn. akt II K 585/17 oraz w kwestii prawomocnego rozstrzygnięcia w sprawie toczącej się przed Sądem Rejonowym w Tarnowie sygn. akt: II K 246/17 (sprawa byłego pracownika Zamawiającego, zatrudnionego na stanowisku Terenowego Inspektora Drogowego GDDKiA, która została wyłączona do odrębnego postępowania, i w której zapadł wyrok skazujący na skutek wniosku o dobrowolne poddanie się karze), w których to sprawach Zamawiający występował w charakterze strony, a nadto dowodami O17-O18.

W związku z powyższym, dokonując oceny podmiotowej Konsorcjum M w Postępowaniu Zamawiający nie dysponował materiałem dowodowym, który by dawał mu

podstawy do wykluczenia ww. Wykonawców na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp.

Zamawiający oświadczył, że nie zgadza się ze stwierdzeniem Odwołującego, jakoby sama wiedza Zamawiającego o toczących się postępowaniach karnych, obligowała do wykluczenia Konsorcjum M, ponieważ ani akt oskarżenia, ani tym bardziej postawienie zarzutów, nie świadczy o dopuszczeniu się określonych czynów. Ponadto Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem, że powinien dokonywać oceny przesłanek podmiotowych wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp przez pryzmat rozstrzygniętej sprawy karnej, oznaczonej sygnaturą akt: II K 246/17, w której w dniu 7 sierpnia 2017 r. zapadł wyrok skazujący. Dokonanie takiej oceny przez Zamawiającego, w sytuacji braku prawomocnego wyroku w sprawie toczącej się przed Sądem Rejonowym w Tarnowie pod sygn. akt: II K 585/17, naruszałoby zasadę prawną domniemania niewinności oskarżonych.

Zamawiający stwierdził, że zgadza się z treścią przytaczanego w odwołaniu orzecznictwa, zwłaszcza z szerokim rozumieniem określenia naruszenia obowiązków, jednak orzecznictwo to w żaden sposób nie przesądza o decyzji jaką ma podjąć Zamawiający w przedmiocie oceny zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp w przedmiotowej sprawie. Decyzja w tym zakresie jest samodzielną decyzją Zamawiającego w oparciu o posiadany materiał dowodowy. W zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający dokonując oceny podmiotowej Konsorcjum M, nie dysponował

materiałem dowodowym, który dawał mu podstawy do wykluczenia ww. wykonawców.

Zarzut 3

Zamawiający stanął na stanowisku, że dopóki W.K. nie zostanie prawomocnie skazany, nie ma dostatecznych podstawy do przyjęcia, że doszło po jego stronie do zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Zamawiający podkreślił, że nie jest w stanie wykazać tego za pomocą dostępnych mu środków dowodowych. W konsekwencji nie mógł przyjąć, że W.K. nieprawidłowo wypełnił JEDZ w zakresie „winy poważnego wykroczenia zawodowego”, odznaczając odpowiedź „NIE”.

Dodał, że skoro uznał za prawidłowe wypełnienie JEDZ, nie widział też błędu przez nie wskazanie w JEDZ, aby W.K. przedsięwziął jakiegokolwiek kroki w ramach tzw. „self cleaningu”.

W pozostałym zakresie Zamawiający przywołał argumentację, jak w odpowiedzi na zarzut 2.

Zarzuty 4 i 5

Zamawiający podał, że zgodnie z notatką z 9 lutego 2018 r. z czynności przeprowadzonych na okoliczność potwierdzenia spełnienia warunków udziału Konsorcjum M w zakresie spełnienia kryterium „Kwalifikacje zawodowe Kierownika ds. Utrzymania Dróg” prawidłowo przyznał punkty we wspomnianym kryterium. Zamawiający uznał kwalifikacje P.M. także w sytuacjach kiedy pełnił on w wymaganym przez Zamawiającego okresie funkcję/stanowisko kierownika ds. utrzymania dróg/koordynatora na rzecz dwóch wykonawców. Zamawiający podkreślił, że nie stawiał wymogu aby funkcja ta miała być pełniona wyłącznie dla wykonawcy biorącego udział w postępowaniu. Zamawiającemu chodziło wyłącznie o „nagrodzenie” wykonawców, którzy będą dysponować wykwalifikowaną kadrą, co nie oznacza, że kadra ta miała uzyskać kwalifikacje u wykonawcy składającego ofertę. Zaznaczył, że wprowadzenie takiego wymogu stanowiłoby nieuzasadnione ograniczenie dostępu do zamówienia.

Niezależnie od powyższego, z ostrożności procesowej, Zamawiający stwierdził, że odjęcie Konsorcjum M dodatkowych punktów otrzymanych w ww. kryterium nie wpłynie na punktowy wynik Postępowania.

W konsekwencji Zamawiający za chybiony uznał również zarzut 5.

Zarzut 6

Zdaniem Zamawiającego przedmiotowy zarzut sprowadza się wyłącznie do zastosowania przez Zamawiającego błędnej podstawy prawnej w wezwaniu skierowanym do

Konsorcjum M w dniu 26 stycznia 2018 r. Wyjaśnił, że zastosował prawidłową procedurę wskazaną w art. 26 ust. 4 Pzp, wzywając do wyjaśnienia w zakresie braków JEDZ w części II i III. Braki te dotyczyły okoliczności, które nie powodowały odrzucenia oferty Konsorcjum M, nawet gdyby nie zostałyby uzupełnione.

Zdaniem Zamawiającego wykładnia art. 26 ust. 3 Pzp przedstawiona przez Odwołującego się jest nieprawidłowa. Zdaniem Zamawiającego, zanim uruchomi on procedurę sanacyjną w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, zawsze jest uprawniony do wyjaśnienia złożonych oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp.

W zaistniałym przypadku Zamawiający skorzystał z art. 26 ust. 4 Pzp, ponieważ miał wątpliwości co do oświadczeń Konsorcjum M, co do których wystąpił wezwanie. I tak Zamawiający miał wątpliwości, czy członkowie konsorcjum nie zaznaczyli pewnych fragmentów JEDZ, ponieważ ich nie dotyczą, czy też złożyli niekompletny dokument w tym zakresie. W odpowiedzi na powyższe Konsorcjum złożyło Zamawiającemu uzupełniony fragment JEDZ. Zamawiający zaprzeczył, aby w dalszej kolejności był zobligowany zastosować procedurę wskazaną w art. 26 ust. 3 Pzp, ponieważ nie miał wątpliwości co do treści JEDZ.

Zarzut 8

Zamawiający wskazał, że przytoczył w 9.15 SIWZ (IDW) treść postanowienia wskazanego w art. 26 ust. 6 Pzp. Podał również, że jest w posiadaniu protokołów odbioru prac na realizację zamówienia na bieżące utrzymanie dróg - Rejon Tarnów w latach 2014-2018. Zamówienie to nadal jest realizowane, stąd Zamawiający słusznie posłużył się tymi dokumentami, nie wzywając Konsorcjum M.

Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że wezwanie Konsorcjum M nie wpłynie na wynik Postępowania.

Zarzut 9

Zamawiający zwrócił uwagę na tezy 51-52 wyroku w sprawie Esaprojekt i wyjaśnił, że Konsorcjum M dla potwierdzenia spełnienia warunku określonego w rozdziale 7 („Warunki udziału w postępowaniu”) pkt 7.2.2. a, złożyło formularz nr 1 „Wykaz usług”, w którym wskazało jako usługę wykonaną „Kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Tarnów w latach 2014-2018 r.”.

Nie zgodził się z twierdzeniem, że Konsorcjum M nie może powoływać się na doświadczenie nabyte przy realizacji referencyjnego zamówienia. Mimo że w postępowaniu dotyczącym bieżącego utrzymania dróg w latach 2014-2018 brały udział trzy podmioty, a obecnie - dwa, to zachodzi tożsamość podmiotowa. Powyższe wynika z charakteru prowadzenia jednoosobowej działalności gospodarczej oraz działalności gospodarczej w formie spółki cywilnej. W tym przypadku występuje bowiem tożsamość podmiotowa.

Zamawiający wskazał następnie, że nie sposób zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, że członkowie Konsorcjum M nie mogą powoływać się na doświadczenie konsorcjum biorącego udział na bieżące utrzymanie dróg w latach 2014-2018, ponieważ każdy z nich nie wykonywał tego zamówienia w całości tylko w części. Zamawiający stwierdził, że nie wie skąd Odwołujący wywodzi powyższe wnioski, skoro umowa konsorcjum odnosząca się do zadania realizowanego w latach 2014-2018 nie określa w żaden sposób zakresu rzeczowego przypisywanego konkretnym wykonawcom występującym w konsorcjum. Określa ona jedynie sposób wypłaty wynagrodzenia, co nie jest tożsame ze stwierdzeniem podziału rzeczowego. Zamawiający słusznie przyjął, że każdy wykonawca realizował zamówienie w całości. Ponadto na etapie Postępowania Zamawiający nie wymagał określenia zakresu rzeczowego wykonywania robót przez poszczególnych wykonawców występujących w konsorcjum. Niewątpliwie nie było stałego podziału w zakresie asortymentów robót, które byłyby przypisane tylko jednemu z członków konsorcjum. Każdy z nich był upoważniony i faktycznie brał udział w wykonaniu poszczególnych zleceń wydawanych w ramach realizacji zadania.

Zarzut 10

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zakwestionował, a w konsekwencji nie przyznał Odwołującemu punktów za kryterium „Kwalifikacji zawodowych Kierownika ds. Utrzymania Drogi”. Stwierdził również, że po jego stronie nie powstały wątpliwości,

które powodowałyby konieczność zwrócenia się do Odwołującego o ich wyjaśnienie.

Zamawiający w trakcie Postępowania, w trybie wskazanym w § 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zwrócił się do GDDKiA Oddział w Katowicach z pytaniem, czy M.K. pełnił funkcję w zakresie Koordynatora zimowego utrzymania dróg w zadaniu „Kompleksowe utrzymanie autostrady A1 na odcinku od węzła Pyrzowice (wraz z węzłem) do węzła Sośnica (wraz z węzłem) w systemie „utrzymaj standard” w terminach określonych w treści formularza kryterium kwalifikacje zawodowe Kierownika ds. Utrzymania Dróg, otrzymując odpowiedź negatywną. W konsekwencji nie miał wątpliwości co do treści złożonej oferty.

Zamawiający zaprzeczył, jakoby przedmiotowe kryterium nie było dostatecznie jednoznaczne, zwłaszcza że dla innych wykonawców niż Odwołujący nie było one niezrozumiałe.

W złożonej przez Odwołującego umowie nr 27/Z-1/UtrzymajStandard/2/2012, wskazane jest, że M.K. jest przedstawicielem Odwołującego odnośnie wykonywania umowy „nazwanym koordynatorem z ramienia Wykonawcy”. Nie oznacza to jednak, że pełnił on funkcję/stanowisko w zakresie koordynatora/specjalisty w zakresie zimowego utrzymania dróg na zadaniu wskazanym w umowie i w terminach określonych w treści formularza kryterium kwalifikacje zawodowe Kierownika ds. Utrzymania Dróg. Zamawiający otrzymał w tym zakresie odpowiedź negatywną. Czym innym jest bowiem reprezentacja wykonawcy wskazana w umowie, czym innym zaś faktyczna realizacja funkcji koordynatora przy realizacji konkretnej części umowy. Zamawiającemu w szczególności zależało, aby wykonawca posiadał kadrę doświadczoną i wykwalifikowaną w zakresie zimowego utrzymania dróg ponieważ zadanie to obarczone jest co do zasady istotnymi trudnościami przy jego realizacji.

Zamawiający ponownie zasygnalizował brak wpływu tego zarzutu na wynik Postępowania.

Zarzut 11

Zamawiający przyjął, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że pełnomocnictwo z 2 stycznia 2018 r., uprawnia P.M. do składania oświadczeń woli, wiedzy, podpisywania ofert i dokumentów. W ten sposób chybiony jest zarzut, że podpisanie oferty przez pełnomocnika nastąpiło z przekroczeniem jego zakresu.

Pełnomocnik został upoważniony do reprezentowania konsorcjum, w tym do złożenia oferty i wyjaśnień. W tym przypadku należy uznać szerokie rozumienie pełnomocnictwa.

Zarzuty 12 i 13

Zamawiający wskazał, że przepis art. 87 ust. 1 Pzp statuuje uprawnienie do uzyskania od wykonawcy wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty.

Biorąc pod uwagę, że ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jeżeli zamawiający nie ma wątpliwości co do istotnych elementów treści oferty, to w ogóle nie ma podstaw do wezwania wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Co do zasady istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w złożonej ofercie, jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. To domniemanie zakłada, że oferty wskazują ceny za wykonanie zamówienia skalkulowane w sposób rynkowy, obejmujące wszystkie koszty wykonania zamówienia ponoszone przez wykonawcę, a także pewien zysk. Wynika to także z faktu, że postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem w obrocie profesjonalnym, w którym wykonawcy, posiadając odpowiednie doświadczenie, są w stanie w sposób adekwatny dokonać wyceny kosztu wykonania zamówienia, zaś sytuacje nieprawidłowej wyceny należą do rzadkich.

W trakcie lat doświadczeń w przeprowadzaniu postępowań przetargowych w zakresie kompleksowego utrzymania dróg, Zamawiający może stwierdzić, że nie da się powiedzieć

jednoznacznie, jakoby istniał sztywny przedział ceny, za który należy oferować wykonanie zamówienia. W gospodarce wolnorynkowej, opartej na zasadzie swobody kontraktowania ustalenie ceny leży w gestii wykonawcy. Każdy z wykonawców stosuje swoją metodę. Z analizy cen jednostkowych wynikać może, że punktem wyjścia wyceny Wykonawcy jest koszt wykonania najtrudniejszego, najbardziej kosztochłonnego elementu, dla którego przyjęto jakąkolwiek, choćby minimalną marżę, zaś pozostałe - mniej kosztochłonne elementy wyceniano z założeniem tego samego kosztu, ale większej marży. Zawsze w takich przypadkach cena danego elementu byłaby realna i wyższa niż koszt związany z jej wykonaniem.

Zamawiający podkreślił, że dokonał badania wszystkich cen pod kątem cen jednostkowych. W każdej ofercie znalazł takie ceny jednostkowe, które znacząco różniły się od cen jednostkowych kosztorysu inwestorskiego. Tabele elementów rozliczeniowych zawierają ok. 400 pozycji cen jednostkowych, które wykonawca winien podać.

Idąc tokiem rozumowania Odwołującego, należałoby przyjąć, że wszystkie złożone oferty, w tym oferta odwołującego, powinny być odrzucone.

Dla stwierdzenia niezgodności oferty z SIWZ, konieczne byłoby natomiast stwierdzenie, że którakolwiek z cen jednostkowych została skalkulowana poniżej kosztów świadczenia usługi. Taka sytuacja nie występuje w przedmiotowym postępowaniu. Żadna z zaoferowanych cen nie wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, które by go przekonało, że daną cenę jednostkową skalkulowano poniżej kosztów.

W ocenie Zamawiającego samo porównanie cen ofert złożonych przez wykonawców do wartości szacunkowej zamówienia albo kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, nie jest wystarczające dla stwierdzenia, że Zamawiający winien poddać szczególnej analizie ceny ofert i uznać, że zostały niewłaściwie skalkulowane.

Wartość szacunkowa zamówienia jest oszacowaniem Zamawiającego, opartym o założenia i szacunki, która nie zawsze musi znaleźć odpowiedź w treści cen składanych w ofertach wykonawców działających na zasadzie konkurencji. Oczywiście i nie budzącą wątpliwości jest przy tym konieczność dokonywania oszacowania wartości zamówienia z uwzględnieniem zasady ostrożnej wyceny przedmiotu zamówienia, w sposób uśredniony i nie nadmiernie optymistyczny, skoro odnosi się ona do niedających się przewidzieć zachowań wykonawców, działających w ramach rynku konkurencyjnego.

Zamawiający podał, że w przedmiotowej sprawie po raz pierwszy zostały wprowadzone kryteria pozacenowe (w tym normy spalin Euro) oraz postanowienia o zatrudnieniu przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia oraz zawodowa integracja osób należących do grup określonych w art. 22. ust. 2 pkt 11, 2 lub 7 Pzp. Z uwagi na to, że Zamawiający postawił takie warunki i kryteria, a także w związku ze wzrostem cen w stosunku do ostatniego postępowania, musiał uwzględnić ich wpływ na zwiększanie cen jednostkowych kosztorysu inwestorskiego. Przyjął, że ceny jednostkowe powinny zostać zwiększone o 10%.

Zamawiający dokonując wyceny kosztorysu inwestorskiego przyjął ceny jednostkowe podane w ofertach wykonawców, którzy wygrali postępowanie dla danej części zamówienia i realizują aktualnie całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg w latach 2014-2018 w 5 Rejonach GDDKiA. Dla każdej pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych wyliczył średnią arytmetyczną cen jednostkowych z 5 części zamówienia (tzw. „medianę”) i każdą z nich powiększył jeszcze o 10%. Zamawiający przeanalizował również jaki byłby koszt zakupu całkiem nowego sprzętu przy założeniu spełnienia normy emisji spalin Euro 6. Należy zauważyć, że w takim przypadku gdyby Wykonawca chciał posiadać sprzęt zimowego utrzymania spełniający normę emisji spalin EURO 6, to koszt zakupu takiego sprzętu przedstawiłby się następująco:

Przykładowo

Koszt zakupu nośnika wnosi 108.000,00 euro netto, tj. około 432.000,00 zł netto

Koszt zakupu pług z solarką wnosi 192.000,00 zł netto

RAZEM: 624.000,00 zł netto

W przypadku np. Rejonu Tarnów, gdzie liczba wymaganego sprzętu zimowego utrzymania wynosiła 34 sztuki, wartość zakupu takiego sprzętu wynosiłby 21.216.000,00 zł netto, co daje około 26.000.000,00 zł brutto. W przypadku Rejonu Tarnów wartość kosztorysowa wynosi 215.250.000,00 zł., co stanowi 110%, czyli 10 % wynosi kwotę około 19.500.000,00 zł brutto. Właśnie taką kwotę Zamawiający przyjął do kosztorysu, aby częściowo uwzględnić koszty jakie poniósłby wykonawca aby spełnić warunki zatrudnienia na umowę o pracę i warunki zadeklarowane w kryteriach poza cenowych.

Uzasadnieniem dla wszczęcia procedury wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny z art. 90 ust. 1 Pzp może być jedynie przypuszczenie Zamawiającego, wynikające z okoliczności danego postępowania, tj. cen złożonych ofert, szacunkowej wartości zamówienia, wiedzy zamawiającego o kształtowaniu się cen rynkowych w danej branży. Te czynniki zadecydowały, że Zamawiający nie zadecydował o wszczęciu procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 Pzp.

W celu uniknięcia wątpliwości, czy cena Konsorcjum M nie została zaniżona w stosunku do poprzedniego przetargu, Zamawiający dokonał również porównania jaka wartość miałaby oferta Konsorcjum M stosując ceny jednostkowe z przetargu 2018-2022 i wyliczając tę ofertę zgodnie z ilościami robót obowiązującymi w postępowaniu 2014-2018. Z analizy tych wartości wynika, że Konsorcjum złożyłoby ofertę droższą o 14 mln zł.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści załączników do odwołania w postaci:

1. referencji z 20 kwietnia 2017 r. wystawionej przez Zamawiającego w związku z wykonywaniem zamówienia opisanego w pkt 2.5 wniosków dowodowych Odwołującego przy odwołaniu - dowód Z1 (dot. zarzutu 2);
2. poświadczenia z 15 lutego 2016 r. wystawionego przez Zamawiającego w związku z wykonywaniem zamówienia opisanego w pkt 2.5 wniosków dowodowych Odwołującego przy odwołaniu - dowód Z2 (dot. zarzutu 2);
3. wniosku o wydanie referencji z 9 lutego 2016 r. dotyczącej wykonywania zamówienia opisanego w pkt 2.5 wniosków dowodowych Odwołującego przy odwołaniu- dowód Z3 (dot. zarzutu 2);
4. pisma GDDKiA Oddział w Katowicach z 22 stycznia 2018 r. dotyczącego pełnienia przez M.K. i S.S. funkcji koordynatorów zimowego utrzymania dróg - dowód Z4 (dot. zarzutu 10);
5. notatki Zamawiającego z 9 lutego 2018 r. z czynności przeprowadzonych na okoliczność istnienia podstaw do przyznania Konsorcjum M punktów w kryterium „Kwalifikacje zawodowe Kierownika ds. Utrzymania Dróg” - dowód Z5 (dot. zarzutu 4);
6. analizy porównawczej pomiędzy cenami w postępowaniu opisanym w pkt 2.5 wniosków dowodowych Odwołującego przy odwołaniu, a cenami w Postępowaniu w podziale na grupy robót - dowody Z6 (dot. zarzutu 13);
7. porównania kompleksowego utrzymania dróg krajowych w latach 2011-2018 w podziale na rejon - dowody Z7 (dot. zarzutu 13).

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosiło Konsorcjum M, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełniania przez zgłaszającego przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Konsorcjum M (dalej również „Przystępujący”) do udziału w Postępowaniu.

W piśmie procesowym z 6 marca 2018 r. Konsorcjum M przedstawiło następującą argumentację.

Zarzut 1

Zarzut zgłoszony przez Odwołującego nie został poparty żadnymi dowodami.

Okoliczności sprawy nie pozwalają na wywiedzenie, że Zamawiający w jakikolwiek sposób naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji.

Zarzut 2

Przystępujący zaprzeczył, jakoby dopuścił się „zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, podważających jego uczciwość”.

Wывód Odwołującego wskazuje jednoznacznie na wymóg wykazania okoliczności dyskwalifikujących wykonawcę za pomocą dowolnych środków „dowodowych”, a więc udowodnienia tej okoliczności.

Fakt toczącego się postępowania przed Sądem Rejonowym w Tarnowie, które w zakresie dotyczącym W.K. nie zostało prawomocnie zakończone, nie może w żaden sposób wiązać Zamawiającego. Obowiązujące w prawie polskim domniemanie niewinności czynni sprawę toczącego się postępowania irrelevantną dla oceny podstaw wykluczenia Przystępującego. Przywołane na poparcie argumentacji Odwołującego artykuły prasowe mają jedynie charakter insynuacji.

Fakt poddania się karze przez jednego z oskarżonych, m.in. w związku z zarzucaniem mu przyjęcia korzyści majątkowej od osoby trzeciej, innej niż W.K., nie wiąże Zamawiającego co do podstaw wykluczenia Przystępującego, a tym samym nie wiąże również Izby.

Istota zarzutów stawianych przez organy ścigania we wspomnianym postępowaniu sprowadza się w głównej mierze do oceny czy niezebranie przez wykonawcę po koszeniu 100% skoszonej trawy, w tym poddanej mulczowaniu, stanowi o niewykonaniu zamówienia, a zapłata wynagrodzenia za tak wykonaną usługę stanowi doprowadzenie do niekorzystnego rozporządzenia mieniem publicznym. Stanowisko takie jest jednak nielogiczne i stoi w rażącej sprzeczności z treścią „Wytycznych zakładania i utrzymania zieleni przydrożnej na potrzeby Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad” wprowadzonych do stosowania Zarządzeniem nr 10 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z 15 lutego 2013 r., w których to wytycznych, w Rozdziale 4. „Etap utrzymania”, podrozdziale 4.1. „Wymagania ogólne”, na str. 34, zawarto wymóg, zgodnie z którym:

„Przerośniętą trawę należy ścinać, mulczować i usunąć (zdmuchać) z jezdni na pas zieleni. W przypadku zagrożenia zatkania się systemów odprowadzających wody należy skoszoną trawę wywieźć i zużytkować lub odpowiednio zutylizować. Skoszona trawa w każdym przypadku powinna być usunięta z jezdni, pobocza, chodników i ścieżek rowerowych.”. Przez mulczowanie wspomniane wytyczne każą rozumieć „pokrywanie powierzchni gleby materią organiczną lub nieorganiczną, np. ściętymi roślinami uprawianymi na zielony nawóz, niekwiłtującymi chwastami lub trawą w celu zmniejszenia parowania wody, niedopuszczenia do rozwoju chwastów oraz zapobieżenia erozji wodnej i wietrznej. Mulczowanie naśladuje procesy rozkładu materii organicznej w przyrodzie, gdzie obumarła masa roślinna rozkłada się na powierzchni gleby. Mulczowanie jest podstawowym zabiegiem w uprawie konserwującej

Konsorcjum M podkreśliło, że usunięcie trawy, podobnie jak zbieranie kamieni, stanowi tylko jeden z wielu elementów składających się na usługę z zakresu utrzymania zieleni, jaką jest koszenie traw. Zbieranie trawy w zakresie wymaganym nie jest elementem usługi osobno wynagradzanym i brak jest podstaw, aby uznać zapłatę wynagrodzenia za wykonanie usługi koszenia bez usunięcia zmulczowanej trawy za przypadek doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem publicznym.

Powyższe potwierdza złożony przez odwołującego dowód O5.

Zarzut 3

W przekonaniu Przystępującego nie jest on winny poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, podważających jego uczciwość, tym samym brak było podstaw do wypełnienia dokumentu JEDZ w zakresie części III lit. C w sposób sugerowany przez Odwołującego.

Na marginesie Konsorcjum M zaznaczyło, że nawet stwierdzenie istnienia podstaw do wykluczenia w oparciu o przepis art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp nie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania, lecz obliгуje Zamawiającego do uprzedzenia wykonawcy o takim zamiarze, celem umożliwienia mu skorzystania z procedury samooczyszczenia.

Zarzut 4

Zdaniem Konsorcjum M kwestia oceny spełnienia przez P.M. wymagań stawianych przez Zamawiającego, w treści kryterium „Kwalifikacje zawodowe Kierownika ds. Utrzymania Dróg”, w zakresie zadań nr 1 i 2, są bez znaczenia dla oceny sprawy. Przystępujący wykazał spełnienie przez P.M. wymagań pozwalających na uzyskanie 4 pkt w tym kryterium kwalifikacyjnym.

Wyniód Odwołującego w tym zakresie jest wadliwy i wewnętrznie sprzeczny. Odnosząc się do faktu, że zadanie nr 3 wykazane w formularzu 2.3 obejmowało okres od 1 listopada 2011 r., należy stwierdzić, że Odwołujący sam przyznaje, że zadanie to obejmowało okres pełnych 5 miesięcy, czego wymagał Zamawiający.

W zakresie odnoszącym się do zadania nr 5 wskazanego w formularzu 2.3 Przystępujący podał, że P.M. pełnił wymaganą funkcję w sezonie zimowym 2014/2015 przez pełne 6 miesięcy, w tym w okresie od 1 listopada 2014 r. do 31 stycznia 2015 r., w oparciu o umowę wiążącą go z wykonawcą zadania, tj. wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia - Zaberda S.A i Elektrim S.A., na okres realizacji umowy nr 1/212./ZZ/1-1/2014 z 01.11.2014 r., zaś w okresie od 1 lutego 2015 r. do 30 kwietnia 2015 r. - na podstawie umowy zawartej z konsorcjum w składzie B. K., W. K. oraz R. M. Okoliczność ta jest oczywiście znana Zamawiającemu, gdyż to on był odbiorcą usługi, w której wykonaniu kluczową rolę odgrywał P.M.

Konsorcjum M zaznaczyło, że przyznanie punktu w spornym kryterium jest uzależnione od wykazania doświadczenia w liczbie sezonów zimowych pełnienia tej funkcji, przy czym za doświadczenie wynoszące jeden sezon zimowy Zamawiający uznał doświadczenie trwające 5 pełnych miesięcy w okresie od 1 października danego roku do 30 kwietnia roku następnego (pkt 19.1.5 SIWZ - IDW). Wymóg ten nie wyklucza uznania doświadczenia osoby pełniącej tę funkcję nieprzerwanie przez wymaganą liczbę pełnych miesięcy w okresie przypadającym pomiędzy 1 października roku do 30 kwietnia roku następnego, na zlecenie dwóch różnych wykonawców zadania, którzy wykonywali zadanie zimowego utrzymania dróg Rejonu Tarnów w sezonie zimowym 2014/2015 w następujących po sobie okresach. Odmienna wykładnia postanowień SIWZ wymagających wykazania doświadczenia wynoszącego 5 pełnych miesięcy przypadających w okresie wynoszącym łącznie siedem miesięcy nie ma oparcia w treści SIWZ i jest pozbawiona logiki.

Zarzut 5

W ocenie Przystępującego brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania zarzutu za zasadny, w związku z brakiem podstaw do wykluczenia z Postępowania.

Zarzut 7

W pierwszej kolejności Przystępujący podniósł, że brak było podstaw do wzywania go przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści JEDZ, z uwagi na to, że w zakresie dotyczącym wezwania Zamawiającego, tj. w zakresie zadania Przystępującego, nie wymagał on wypełnienia. Wezwanie wystosowane przez Zamawiającego było podyktowane prawdopodobnie daleko posuniętą ostrożnością w zakresie badania dokumentów złożonych przez Przystępującego, i być może wynikiem sugerowania się faktem wypełnienia części II i III JEDZ przez innych uczestników postępowania.

W zakresie dotyczącym części II JEDZ złożonego przez Konsorcjum M stwierdzić należy, że obowiązek jaki wynika z treści wzoru formularza JEDZ, opublikowanego na stronie internetowej Zamawiającego oraz wzorca dokumentu JEDZ opublikowanego na stronie internetowej UZP, nakazuje, aby wypełnić go w sytuacji zajścia „stosowanego przypadku”. Przypadek ten nie dotyczył żadnego z członków przystępującego konsorcjum z racji tego, że prawo krajowe nie przewiduje systemu wstępnego kwalifikowania i nie jest prowadzony „urzędowy wykaz zatwierdzonych wykonawców”. Wzorzec opublikowany na stronie UZP, w odpowiedniej części II JEDZ, wskazuje jednoznacznie, że jest on wypełniany „jeżeli dotyczy”, a więc wskazuje na konieczność wypełnienia go tylko i wyłącznie w przypadku, kiedy ta część formularza JEDZ dotyczy wykonawcy.

W zakresie dotyczącym części III JEDZ złożonego przez Przystępującego, stwierdzić należy, że (posiłkując się sugestią zawartą w treści wzoru formularza JEDZ opublikowanego

na stronie UZP) we wskazanym przez Zamawiającego w wezwaniu zakresie (dot. cz. III), dokument ten wypełnia się tylko „Jeżeli odnośna dokumentacja jest dostępna w formie elektronicznej”. Z uwagi na to, że dane tam wymienione nie są dostępne drogą elektroniczną, ta część dokumentu JEDZ nie podlegała wypełnieniu przez Przystępujących.

Stanowisko to zostało zaprezentowane Zamawiającemu w treści pisma z 30 stycznia 2018 r.

Konsorcjum M wskazało, na przepis art. 26 ust. 3 Pzp i stwierdziło, że załączone do ww. pisma wypełnione fragmenty JEDZ stanowią wyjaśnienie co do okoliczności, których niewypełnione pierwotnie części dokumentów JEDZ nie zawierały.

Zarzut 8

Zamawiający w pkt 9.15 SIWZ (IDW) zastrzegł, że „Wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, jeżeli Zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego Wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2014 r. poz. 1114 oraz z 2016 r. poz. 352)”. Postanowienie to zostało wprost przeniesione z treści art. 26 ust. 6 Pzp.

Z powyższego wynika, że wykonawca nie ma obowiązku składać Zamawiającemu dokumentów potwierdzających okoliczności wskazane w treści art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 Pzp (tj. również dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu), jeśli Zamawiający je posiada. W tej sprawie Zamawiający jest w posiadaniu wszystkich protokołów odbioru prac wykonanych przez Przystępującego w ramach aktualnie realizowanego kontraktu, tym samym nie miał on nawet obowiązku składania referencji.

Zarzut 9

Przystępujący podał, że W.K. jako przedsiębiorca jest „nośnikiem” potencjału w zakresie zdobytego doświadczenia i umiejętności organizacyjnych, nie są nim zaś narzędzia, którymi się on posługuje. Po stronie Przystępującego zachodzi tożsamość członków konsorcjum w stosunku do składu konsorcjum realizującego obecnie zadanie całorocznego utrzymania dróg na zadaniu Rejon Tarnów. Konsorcjum to tworzą te same osoby. Forma, w jakiej w zakresie prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności jednoosobowej uczestniczy on w realizacji zadania, nie niweczy zarządzania przez niego całym potencjałem, jakim dysponuje. Potencjał, jakim dysponuje przedsiębiorca jednoosobowy nie jest przypisany do nazwy, pod którą prowadzi działalność, lecz do jego osoby.

Doświadczenie, na jakie powołuje się Konsorcjum M zdobyło m.in. przy realizacji zadania w ramach kontraktu na lata 2014-2018, od roku 2000 r. wykonywało te czynności jako podwykonawcy na zadaniach letniego zimowego utrzymania dróg, zaś od początku lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku wykonywało czynności związane z utrzymaniem dróg jako wykonawcy działający na zlecenie GDDKiA a wcześniej jej poprzednika prawnego (Dyrekcji Okręgowej Dróg Publicznych).

Zdaniem Przystępującego, każdy członków konsorcjum posiada doświadczenie niezbędne do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a dotychczasowa linia orzecznicza KIO i ZA uznawała za dopuszczalne powoływanie się przez członków konsorcjum na doświadczenie zdobyte przez to konsorcjum w ramach zrealizowanych przez nie zadań, o ile rzeczywiście brali oni udział w jego realizacji.

Zarówno wspólnicy ReDrog, jak i pR.M. biorą czynny udział w zarządzaniu sprawami Konsorcjum. Wspólnie, faktycznie uczestniczyli i uczestniczą w realizacji znaczącej części prac stanowiących przedmiot realizowanego zamówienia publicznego, wspólnie decydowali i decydują o najważniejszych kwestiach związanych z realizacją kontraktu, wspólnie dokonywali wyboru podwykonawców i zawierali z nimi umowy.

Zarzut 9

Pełnomocnictwo udzielone P.M. obejmuje umocowanie do reprezentowania Konsorcjum M w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zakres umocowania jest zgodny ze wskazaniem Zamawiającego zawartym w SIWZ i obejmuje wszystkie czynności, jakich wykonawca ubiegający się o zamówienia musi w związku z tym dokonać, za wyjątkiem zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zawarte w treści pełnomocnictwa wskazanie „w tym do złożenia oferty oraz wymaganych oświadczeń i wyjaśnień”, stanowi jedynie wyraz wyeksponowania najważniejszych elementów zakresu umocowania, nie zaś jego rozszerzenia czy ograniczenia. Do takich wniosków prowadzić musi wykładnia językowa kwestionowanego dokumentu.

Wydów Odwołującego prowadzić musi do wniosku, że umocowanie P.M. obejmuje jedynie pełnienie funkcji posłańca, którego rolą jest jedynie doręczenie dokumentów, nie zaś złożenie oświadczeń woli i wiedzy w imieniu Konsorcjum M. Powoływanie się przez Odwołującego na treść dokumentu pełnomocnictwa złożonego w poprzednim postępowaniu przetargowym nie ma jakiegokolwiek znaczenia dla niniejszej sprawy. Zamawiający nie miał więc żadnych podstaw do kwestionowania zakresu umocowania pełnomocnika.

Zarzuty 12 i 13

Zdaniem Przystępującego sposób w jaki Odwołujący prezentuje wspomniane w odwołaniu różnice cenowe ocenić należy jako próbę manipulacji.

Odwołujący zamiast przestawić procentową różnicę ilorazu ceny Konsorcjum M i ceny Zamawiającego minus 1 (tj. jaką część ceny Zamawiającego stanowi cena Przystępującego, a więc dzielna: cena Przystępującego, dzielnik: cena Zamawiającego), dla uzyskania lepszego efektu policzył różnice procentowe odwrotnie, przez co wskazał o ile procent cena Zamawiającego lub Odwołującego jest wyższa od ceny Przystępującego (tj.

iloraz ceny Zamawiającego i ceny Przystępującego minus 1, a więc dzielna: cena Zamawiającego, dzielnik: cena Przystępującego) skutkiem czego otrzymał „olbrzymie” (za odwołaniem) różnice procentowe sięgające kilkaset procent.

Na gruncie art. 90 Pzp w zakresie ew. badania kwestii rażąco niskiej ceny podstawą analizy winny być ustalenia dotyczące tego o ile badana cena jest niższa od ceny Zamawiającego lub średniej arytmetycznej, nie zaś to o ile cena Zamawiającego jest wyższa od ceny badanej.

Przystępujący przedstawił zestawienia cen jednostkowych ze wskazaniem różnic procentowych, dla każdej z grup robót (1-10, 11a i 11b oraz 12). Odnosząc się do ich treści stwierdził, co następuje.

Grupa 2 „Pobocza”

W Grupie robót nr 2 pozycje najbardziej cenotwórczym znaczeniu to :

1. 1.1 42.01.00 Remont poboczy destruktem bitumicznym o gr warstwy do 10 cm

Cena Konsorcjum M: 5,5 zł/m², kosztorys inwestorski : 15,5 zł/m²

W SST D-M-00.00.00 „Wymagania Ogólne” w pkt 2.4 „Materiały z rozbiórki” zawarto postanowienie, zgodnie z którym „Materiały z rozbiórki stanowią odpad i powinny być usunięte przez Wykonawcę poza teren prac Wynika z tego, że materiały z rozbiórki (również destruk asfaltowy) są własnością wykonawcy. Podczas robót związanych z frezowaniem nawierzchni wykonawca robót uzyskuje duże ilości destruktu asfaltowego, który wykorzystuje się m. innymi do uzupełnienia poboczy.

Zatem cena za uzupełnienie poboczy destruktem nie zawiera kosztu materiałów i dlatego jest na poziomie 5,5 zł/m².

Odwołujący oferując cenę 18,00 zł/m² znacznie ją zawyżył, co podniosło ofertę cenową Odwołującego o 1,8 mln zł.

2. 2.1 Skropienie poboczy emulsją asfaltową i uzupełnienie grysami przy gr. do 3 cm

Odwołujący oferując cenę 17,00 zł/m² znacznie ją zawyżył, co podniosło ofertę cenową Odwołującego o 1 mln zł

3. 3.1 Mechaniczne ścięcie zawyżonych poboczy - średnia ilość 0,1 m³ na 1 m²

Odwołujący oferując cenę 8,00 zł/m² znacznie ją zawyżył, co podniosło ofertę cenową Odwołującego o 0,7 mln zł.

4. 3.3 Ręczne ścięcie zawyżonych poboczy - średnia ilość 0,1 m³ na 1 m²

Odwołujący oferując cenę 20,00 zł/m² znacznie ją zawyżył, co podniosło ofertę cenową Odwołującego o 1 mln zł

Daje to łącznie 4,4 mln zł.

Grupa 8 „Estetyka znaków, elementów bezpieczeństwa ruchu oraz pasa drogowego”
W Grupie 8 pozycja o najbardziej cenotwórczym znaczeniu to :

7.1 47.04.00 Sprzątanie pasa drogowego

Cena Odwołującego: 90 zł/km

Cena z kosztorysu inwestorskiego : 96,80 zł/km

Odwołujący oferując cenę 500,00 zł/km znacznie ją zawyżył, co podniosło ofertę cenową Odwołującego o 4 mln zł netto.

Grupa 11a 11b „Zimowe Utrzymanie dróg”

Wartość ww. grupy robót ma największy wpływ na cenę oferty jako całości.

Wartość w ofercie Przystępującego to 36.963.766,40 zł netto, a w przypadku Odwołującego - 29.354.104,00 zł netto. Różnica wynosi 7.609.662,40 zł netto.

Konsorcjum M zaznaczyło, że omawiane grupy robót ze względu na czasy reakcji oraz kategorie dróg (autostrady drogi szybkiego ruchu) są kluczowe dla realizacji kontraktu.

Tak znacznie zaniżona cena Odwołującego za wykonanie robót związanych z zimowym utrzymaniem dróg, będzie miała, zdaniem Przystępującego, istotny wpływ na zimowe utrzymanie i wpłynie wprost na jakości wykonywanych usług.

Do pisma załączono niżej opisane dokumenty z wnioskiem o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z ich treści:

1. założenia przyjęte do kalkulacji ceny oferty Konsorcjum M w pozycji dotyczącej mycia oznakowania pionowego - dowód PKM1 (dot. zarzutu 13);
2. „Wytyczne zakładania i utrzymania zieleni przydrożnej na potrzeby Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad” (opubl. styczeń 2013 r.) - dowód PKM2 (dot. zarzutu 2);
3. umowa nr I/212/ZZ/Z-1/2014 z 1 listopada 2014 r. zawarta pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia Zaberd S.A. i Elektrotim S.A. w przedmiocie kompleksowego (bieżącego i zimowego) utrzymania dróg krajowych administrowanych przez Rejon Tarnów - dowód PKM3 (dot. zarzutu 4);
4. umowa zlecenie nr UMW/2014/89 z 26 października 2014 r. pomiędzy Zaberd S.A. a P.M. na koordynowanie prac bieżącego utrzymania dróg krajowych w Rejonie Tarnów - dowód PKM4 (dot. zarzutu 4);
5. rachunek do umowy zlecenia z 2 marca 2015 r. wystawiony przez P.M. za prace bieżącego utrzymania dróg krajowych w Rejonie Tarnów w lutym 2015 r. - dowód PKM5;
6. życiorys zawodowy PM - dowód PKM6 (dot. zarzutu 4);
7. umowa konsorcjum z 6 czerwca 2014 r. zawarta pomiędzy B.K., W.K. i R.M. w związku

z realizacją zamówienia opisanego w pkt 2.5 wniosków dowodowych Odwołującego przy odwołaniu - dowód PKM7 (dot. zarzutu 9);

8. umowa o pracę z 1 kwietnia 2014 r. zawarta pomiędzy P.M. a ReDrog s.c. - dowód PKM8 (dot. zarzutu 9);

9. umowa o pracę z 31 marca 2014 r. zawarta pomiędzy P.M. a PUH Madrocar - dowód PKM9 (dot. zarzutu 9);

10. broszura informacyjna dotycząca ReDrog s.c. - dowód PKM10 (dot. zarzutu 9);

11. broszura informacyjna PUH Madrocar - dowód PKM11 (dot. zarzutu 9);

12. zestawienia cen jednostkowych w podziale na grupy prac ze wskazaniem różnic cenowych - dowody PKM12 (dot. zarzutów 12 i 13).

Odwołujący uzupełnił stanowisko prezentowane w odwołaniu o argumentację zawartą w piśmie procesowym z 7 marca 2018 r., w którym przywołał liczne orzeczenia Izby i sądów powszechnych, poglądy przedstawicieli doktryny prawa zamówień publicznych, załączając do pisma dowody na poparcie zarzutów odwołania, zgodnie z poniższym zestawieniem:

1. W zakresie zarzutu 2:

1.1. wniosek o udostępnienie informacji publicznej z 11 sierpnia 2017 r., skierowany do SO w Tarnowie - dowód O35;

1.2. pismo Prezesa SR w Tarnowie z 28 sierpnia 2017 r. i 11 września 2017 r. (odpowiedzi na wniosek z pkt 1.1.) - dowody O36;

1.3. wyciąg z sentencji wyroku SR w Tarnowie z 7 sierpnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt II K 246/17 - dowód O37;

1.4. protokół odbioru robót z 31 lipca 2015 r. nr 4/BUD/07/2015 za lipiec 2015 r., dotyczący realizacji zamówienia opisanego w pkt 2.5 wniosków dowodowych Odwołującego przy odwołaniu - dowód O38;

2. W zakresie zarzutów 6 i 7:

2.1. pismo Konsorcjum M z 30 stycznia 2018 r. (odpowiedź na wezwanie do wyjaśnienia treści JEDZ) - dowód O44;

3. W zakresie zarzutu 8:

3.1. protokoły odbiorów prac utrzymaniowych dotyczące zamówienia opisanego w pkt 2.5 wniosków dowodowych Odwołującego przy odwołaniu - dowody O45;

3.2. umowa z 20 stycznia 2015 r. nr I/5/ZZ/Z-1/2015 zawarta pomiędzy Zamawiającym a R.M, B.K i W.K. na realizację zamówienia publicznego opisanego w pkt 2.5 wniosków dowodowych Odwołującego przy odwołaniu - dowód O46;

4. W zakresie zarzutu 9:

4.1. pismo Odwołującego z 19 stycznia 2018 r. (wniosek o udostępnienie informacji publicznej, skierowany do Zamawiającego) wraz z odpowiedzią Zamawiającego z 27 lutego 2018 r. - dowody O39;

4.2. tabele potwierdzające gotowość członków konsorcjum realizujących zamówienie opisane w pkt 2.5 wniosków dowodowych Odwołującego przy odwołaniu, do świadczenia usługi zimowego utrzymania dróg - Rejon Tarnów - dowody O40;

5. W zakresie zarzutu 12 i 13:

5.1. wniosek Odwołującego z 12 lutego 2018 r. o udostępnienie dokumentacji Postępowania - dowód O41;

5.2. notatka służbowa z 23 lipca 2014 r. dotycząca ustalenia rażąco niskiej ceny w postępowaniu opisanym w pkt 2.5 wniosków dowodowych Odwołującego przy odwołaniu - dowód O42;

5.3. karty służbowe z zbadania ceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FB Serwis S.A., CESPА Compañia Espanola de Servicios Publicos Auxiliares S.A. w postępowaniu opisanym w pkt 2.5 wniosków dowodowych Odwołującego przy odwołaniu- dowody O43;

Konsorcjum M w pismach procesowych z 8 i 15 marca 2018 r., stanowiących ustosunkowanie do twierdzeń Odwołującego zawartych w piśmie z 7 marca 2018 r., o którym mowa powyżej, a także argumentacji prezentowanej na rozprawie w dniu 8 marca 2018 r. wskazało, jak niżej.

Załączone do pisma Odwołującego protokoły odbioru prac utrzymaniowych (dowody O 45 - przyp. Izby) stanowią potwierdzenie wykonywania aktualnie realizowanego przez Przystępującego kontraktu utrzymaniowego w sposób prawidłowy. Dotychczasowe zachowanie Konsorcjum M, wyrażające się wykonywaniem kontraktu w sposób należyty, czego potwierdzeniem jest odebranie przez Zamawiającego całości wykonanych przez Przystępującego robót utrzymaniowych bez uwag, potwierdza jego rzetelność. Okoliczność tą potwierdza dodatkowo fakt, że Zamawiający dotąd ani raz nie naliczył Przystępującemu żadnej kary umownej. Wykonywanie usługi w sposób należyty potwierdzał sam Zamawiający wydając referencje obejmujące cały okres (od początku) realizowanego kontraktu.

Odnosząc się do podnoszonego w odwołaniu i piśmie Odwołującego wpływu toczącego się postępowania karnego na ocenę wystąpienia przesłanek wykluczenia wskazać należy, że w orzecznictwie Izby wyrażono stanowisko, iż w przypadku kwestii spornej która jest przedmiotem toczącego się postępowania brak jest podstaw do stwierdzania na tej podstawie przesłanek określonych w treści art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp.

Przedstawiona na str. 44 pisma procesowego Odwołującego tabela zawiera wyliczenia sporządzone według tej samej metodologii jak wyliczenia prezentowane w tabelach załączonych do odwołania - dowodach O31-O34 (z wyłączeniem pozycji Grupa robót 11 „Zimowe utrzymanie dróg”, w której cena zaoferowana przez Odwołującego jest znacząco niższa od ceny Konsorcjum M, tym samym prezentacja dużych różnic procentowych byłaby w tym zakresie niekorzystna dla samego Odwołującego), a więc w sposób odmienny od tego jaki powinien być ustaleń prowadzonych na podstawie art. 90 Pzp. Z tego powodu jej wartość merytoryczna i wiarygodność jest znikoma. Wartości procentowe i kwotowe prezentowane przez odwołującego w tabeli są kolejną podejmowana przez niego próbą manipulacji w celu wykazania jakoby cena oferty Przystępujących zawierała istotne części składowe ceny z zastosowaniem rażąco niskiej ceny.

Konsorcjum M dodało, że nie bez znaczenia dla oceny sprawy jest to, że zaoferowana przez nie cena jest o ok. 63 mln. zł wyższa od ceny za jaką realizuje obecny kontrakt.

Uzupełniając argumentację w zakresie zarzutu dotyczącego kwestii rażąco niskiej ceny Konsorcjum M przedstawiło zestawienie kosztów w zakresie tych pozycji które Odwołujący wycenił zdecydowanie powyżej cen określonych przez Zamawiającego w kosztorysie inwestorskim, ze wskazaniem różnic w zakresie poszczególnych pozycji i grup robót wraz z zestawieniem zbiorczym, celem wykazania że różnica cen Przystępującego i Odwołującego w zakresie tylko kwoty 17.446.906,00 zł jest wynikiem znacznego zawyżenia cen Odwołującego (w stosunku do cen Zamawiającego i Konsorcjum M) w niektórych tylko pozycjach poszczególnych grup robót, która to okoliczność ma istotne znaczenie dla oceny kwestii związanych z rażąco niską ceną (w zakresie odniesienia do średniej arytmetycznej cen) oraz oceny zestawień złożonych przez Odwołującego.

Następnie, powołując się na referencje z 7 lutego 2016 r. (załącznik do pisma procesowego z 15 marca 2018 r.), Przystępujący stwierdził, że ReDrog s.c. wykazuje na ich podstawie spełnianie warunku udziału w Postępowaniu określonego przez Zamawiającego w pkt 7.2.2 SIWZ nie tylko w oparciu o doświadczenie skazane w „Wykazie usług”, ale również oparciu o kwalifikacje zdobyte przez ReDrog s.c. jako podwykonawcy na zadaniu „Kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie części nr 1, obejmującej kompleksowe utrzymanie dróg krajowych Rejonu Nowy Sącz” (lata 2014-2018). W jego ramach, w okresie od 1 maja 2014 r. do 31 grudnia 2017 r., ReDrog s.c. należycie wykonał usługę letniego (na odcinku 183,419 km) i zimowego (na odcinku 69.278 km) utrzymania dróg kl. GP, o łącznej wartości 53.778.305,71 zł.

Członkowie Konsorcjum M są nie tylko wykonawcami obecnie realizowanego zadania w zakresie części nr 2, obejmującej kompleksowe utrzymanie dróg krajowych Rejonu

Tarnów, ale także podwykonawcami kluczowych części zamówienia na zadaniach realizowanych na terenie trzech pozostałych Rejonów tj. Nowy Sącz, Nowy Targ oraz Rejon Kraków, w tym w zakresie robót związanych z utrzymaniem nawierzchni, poboczy, odwodnienia, chodników, estetyki (w tym koszenie), napraw korpusu dróg.

Zadania te członkowie przystępującego konsorcjum wykonują jako zgłoszeni Zamawiającemu podwykonawcy. Stąd Zamawiający zna zakres i wartość robót wykonanych przez Przystępujących w charakterze podwykonawców na wspomnianych wyżej zadaniach.

Z kolei w oparciu o aneks nr 8 z dnia 19 stycznia 2018 r. do umowy nr 1/5/ZZ/Z-1/2015 z 20 stycznia 2015 r. oraz informację z 28 lutego 2018 r. o wartości robót wykonanych przez Konsorcjum M w ramach zadania „Kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie części nr 2, obejmującej kompleksowe utrzymanie dróg krajowych Rejonu Tarnów” Przystępujący stwierdził, że wartość usługi referencyjnej wynosi 92.593.344,74 zł.

Przystępujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. referencji z 7 lutego 2018 r. wystawionej przez Zamawiającego w związku z wykonywaniem zamówienia na kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie części nr 1 obejmującej kompleksowe utrzymanie dróg krajowych Rejonu Nowy Sącz - dowód PKM13 (dot. zarzutu 9);
2. aneksu nr 8 do umowy o udzielenie zamówienia publicznego opisanego w pkt 2.5 wniosków dowodowych Odwołującego przy odwołaniu - dowód PKM 14 (dot. zarzutu 9);
3. oświadczenia przedstawiciela Konsorcjum M z 28 lutego 2018 r. w sprawie wartości zrealizowanego zamówienia, o którym mowa w pkt 2.5 wniosków dowodowych Odwołującego przy odwołaniu - dowód PKM 15 (dot. zarzutu 9);
4. zbiorczego zestawienia kosztów w podziale na grupy prac - dowody PKM 16 (dot. zarzutu 13);

Na rozprawie Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł dodatkowo o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. wydruków wzorów formularza JEDZ - dowody O47 (dot. zarzutu 7);
2. korespondencji poczty elektronicznej z 23 stycznia 2018 r. i 22 listopada 2012 r. pomiędzy M.K. a pracownikami Odwołującego oraz pisma M.K. do GDDKiA O/Katowice Rejon w Gliwicach - dowody O48 analiza zgodności oferty Konsorcjum M z SIWZ (dot. zarzutu 10);
3. analizy zgodności treści oferty Konsorcjum M z SIWZ z załącznikami - dowód O49 (dot. zarzutu 12);
4. analizy ceny oferty Konsorcjum M - dowód O50 (dot. zarzutu 13).

Zamawiający wniósł dodatkowo o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. korespondencji poczty elektronicznej pomiędzy Zamawiającym a pracownikami GDDKiA Oddział w Katowicach z 22 stycznia 2018 r. w sprawie pełnienia przez M.K. funkcji koordynatora w ramach realizacji zamówienia na kompleksowe (całoroczne) utrzymanie w systemie „Utrzymaj Standard” autostrady A4 na odcinku od węzła Tarnów Północ do węzła Sędziszów - dowód Z8 (dot. zarzutu 10);
2. notatki Zamawiającego z 9 lutego 2018 r. z czynności przeprowadzonych na okoliczność istnienia podstaw do przyznania Odwołującemu punktów w kryterium „Kwalifikacje zawodowe Kierownika ds. Utrzymania Dróg” z załącznikiem - dowód Z9 (dot. zarzutu 10);
3. referencji z 12 marca 2018 r. wystawiona przez Zamawiającego w związku z wykonywaniem zamówienia opisanego w pkt 2.5 wniosków dowodowych Odwołującego przy odwołaniu - dowód Z10 (dot. zarzutu 8 i 9).

Odwołujący zaskarżył:

1. wybór oferty najkorzystniejszej;
2. zaniechanie wykluczenia Wykonawcy D;

ewentualnie

3. zaniechanie wezwania Wykonawcy D do złożenia wyjaśnień lub złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę D w sytuacji, gdy wykonawca ten podlega wykluczeniu;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy D w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia, gdyż jedyna usługa wskazana w wykazie usług nie została wykonana należycie, nie obejmuje całego zakresu prac/robót określonego w warunku udziału w Postępowaniu, a przede wszystkim w ogóle nie została wykonana przez Wykonawcę D;
3. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy D w sytuacji, gdy wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu, albo co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu, które to informacje miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, tj. wybór oferty Wykonawcy D;

ewentualnie:

4. art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy D do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego wykazu usług lub do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. wykluczenia Wykonawcy D;
3. wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności,

o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej;

ewentualnie

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. powtórzenia czynności oceny spełniania przez Wykonawcę D warunków udziału w Postępowaniu, w tym z zastosowaniem procedury przewidzianej przepisem art. 26 ust. 3 Pzp, wezwania Wykonawcy D do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego wykazu usług lub do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wiedzy i

doświadczenia.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że w pkt 7 IDW zatytułowanym „Warunki udziału w postępowaniu” Zamawiający ustanowił wspólne dla wszystkich części warunki udziału w Postępowaniu. W ppkt 7.2.2) lit. a Zamawiający następująco określił warunek udziału w Postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia:

„Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie:

- a) 1 lub 2 lub 3 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu / utrzymywaniu dróg klasy min. GP.

oraz

- b) 1 lub 2 lub 3 zadań polegających na zimowym utrzymaniu / utrzymywaniu dróg klasy min. GP.

o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 20 mln PLN brutto [...].

Dalej Zamawiający postanowił, że „W przypadku umów nadal realizowanych, Zamawiający wymaga aby łączna wartość brutto części umów zrealizowanych przed terminem składania ofert wyniosła co najmniej 20 mln PLN brutto [...], oraz określił, co rozumie przez bieżące i zimowe utrzymanie:

„Przez bieżące utrzymanie rozumie się wykonywanie usług utrzymania drogi w zakresie co najmniej utrzymywania: drogi, obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych, zieleni oraz czystości, wykonywanych przez cały rok kalendarzowy.

Przez bieżące utrzymanie rozumie się wykonywanie usług w> zakresie odśnieżania, zapobiegania powstawania śliskości i likwidowania śliskości na drodze wykonywanych z

sezonie zimowym - zakłada się okres od 1 października do 30 kwietnia [...].

W pkt 9.7 IDW Zamawiający postanowił, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu „na wezwanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest do złożenia następujących oświadczeń i dokumentów [...], w tym (pkt 1 lit.

c) „wykazu usług wykonanych, w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy [...].

W pkt 9.6 IDW Zamawiający postanowił, że zgodnie z art. 24aa Pzp, przewiduje możliwość w pierwszej kolejności dokonania oceny ofert, a następnie zbadania czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w Postępowaniu.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia dla każdej części na grupy. Jak napisał w pkt 5.2 IDW „Wszystkie asortymenty usług i robót, objęte niniejszą specyfikacją, zostały podzielone na niżej wymienione grupy, [tu wymienione Grupy o numerach od 1 do 14 z krótkim opisem]. Wykazy asortymentów robót i usług przypisanych do poszczególnych grup robót zawierają Tabele Elementów Rozliczeniowych, zamieszczone w Rozdziale 2 Tomie 1 niniejszej SIWZ [...]”. Warto zauważyć, że chociaż przedmiotem zamówienia jest usługa, a szerzej - wiele różnego rodzaju usług, to w zakres zamówienia wchodzi także roboty budowlane. Zamawiający w SIWZ posługuje się pojęciami takimi jak „usługi”, „prace” czy „roboty”, przy czym pisząc „roboty” nie ma na myśli robót budowlanych, lecz ogólnie prace (usługi i roboty) objęte przedmiotem zamówienia. Takim klasycznym przykładem użycia określenia „roboty” jest zacytowany wyżej fragment SIWZ, w którym jest mowa o „grupach robót”, chociaż w owych grupach ujęte są „wszystkie asortymenty usług i robót”.

Po upływie terminu składania ofert Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie oferty złożonej przez Wykonawcę D. Ponieważ Zamawiający dopuścił możliwość wypełnienia przez wykonawców w części IV JEDZ „Kryteria kwalifikacji” wyłącznie sekcji a (pkt 9.2 IDW, akapit ostatni), z której to możliwości skorzystał Wykonawca D, zatem na tym etapie Postępowania Odwołujący nie wiedział, jakimi usługami posłużył się

Wykonawca D w celu wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Natomiast analiza treści oferty Wykonawcy D pokazała (pkt 2 po pkt 4, ppkt 1-10 wypełnionego formularza 2.1 „Oferta”), że Wykonawca D zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie praktycznie całości zamówienia z wyjątkiem jedynie trzech asortymentów (oznakowania, urządzeń bezpieczeństwa ruchu oraz estetyki znaków i elementów bezpieczeństwa ruchu). Odwołujący wyjaśnił, że jest tak dlatego, ponieważ Wykonawca D nie prowadzi jakiegokolwiek działalności w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, a więc nie ma w tym zakresie żadnego doświadczenia, poza jedynie pracami z zakresu szeroko rozumianej inżynierii ruchu drogowego, co jest jedynie niewielkim ułamkiem przedmiotu zamówienia. Takie ukształtowanie oferty Wykonawcy D nie jest niedopuszczalne, gdyż Zamawiający dopuścił podwykonawstwo w pełnym zakresie (pkt 5.7 IDW), jednak ma lub może mieć związek z deklarowanym przez wykonawcę doświadczeniem.

Pismem 12 lutego 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że w postępowaniu dla części 1 jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Wykonawcy D, informując jednocześnie, że zastosował procedurę określoną w art. 24aa Pzp, oraz że Wykonawca D spełnia warunki udziału w Postępowaniu określone w ogłoszeniu o zamówieniu.

W tej sytuacji Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie pełnej korespondencji i dokumentów złożonych przez Wykonawcę D. Z analizy korespondencji prowadzonej po upływie terminu składania ofert między Zamawiającym a Wykonawcą D wynika, że:

1. Zamawiający, pismem z dnia 26 stycznia 2018 r., działając na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, wezwał Wykonawcę D do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w tym, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu, wykazu usług (Zamawiający w wezwaniu przepisał z IDW pkt 9.7.1 lit. c). W załączeniu do wezwania Zamawiający przesłał propozycje wzorów formularzy, w tym Formularza 1 - Wykaz usług. Zamawiający ustalił termin na złożenie dokumentów do dnia 6 lutego 2018 r.;

2. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca D, w załączeniu do pisma z dnia 6 lutego 2018 r., przesłał Zamawiającemu wymagane oświadczenia i dokumenty, w tym wykaz usług, w którym (Formularz 1) dla części 1, w którym

zawarł informacje, że wykonywał na rzecz GDDKiA Oddział w Krakowie kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie części nr 1, obejmującej kompleksowe utrzymanie dróg krajowych Rejonu Nowy Sącz” na kwotę 127.647.842,01 zł, w okresie od 1 maja 2014 r. do 30 listopada 2017 r.; Do wykazu usług Wykonawca D załączył referencje z dnia 2 stycznia 2018 r. wystawione przez Dyrektora Oddziału GDDKiA w Krakowie dla dwóch podmiotów: Zakładu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberda S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz Wykonawcy D, stwierdzające m.in., że podczas realizacji kontraktu wystąpiły okoliczności, dla których Zamawiający naliczył karę umowną w wysokości 55.775,71 zł za przekroczenie terminu wykonania prac, wskazanego w poleceniu wykonania prac utrzymaniowych.

Uwzględniając powyższe, Odwołujący stwierdził, że w określonym przez Zamawiającego warunku udziału w Postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia (a de facto tylko doświadczenia, jako że Zamawiający nie stawiał żadnych wymagań w zakresie wiedzy), istotne elementy, to:

1. wykonanie zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg oraz zimowym utrzymaniu dróg;
2. doświadczenie w wykonaniu ww. zadań, którym musi wykazać się wykonawca (z możliwością polegania na zdolnościach innych podmiotów, co wprost wynika

z art. 22a Pzp);

3. ww. zadania muszą być wykonane na drogach klasy minimum GP;
4. łączna wartość wykonanych zadań nie może być mniejsza niż 20 mln zł brutto;
5. bieżące utrzymanie dróg obejmuje między innymi także utrzymywanie obiektów mostowych.

Odwołujący wyjaśnił, że wykaz usług złożony przez Wykonawcę D nie zawiera charakterystyki zamówienia, ani żadnych informacji potwierdzających spełnianie warunku, wbrew żądaniu Zamawiającego (także we wzorze wykazu usług - załącznik 1, opis kolumny 3), w szczególności klasy dróg, oraz czynności wchodzących w zakres bieżącego i zimowego utrzymania dróg w usłudze wskazanej w wykazie, lecz wyłącznie nazwę poprzedniego zamówienia. W tym zakresie Zamawiający obowiązany był w trybie art. 26 ust. 3 Pzp co najmniej żądać wyjaśnień od Wykonawcy D.

Odwołujący podkreślił również, że jeżeli referencje zawierają więcej informacji niż wymagane minimum, to pomiędzy treścią wykazu a treścią referencji nie może być sprzeczności. Tymczasem z porównania treści wykazu i referencji wynika oczywista

sprzeczność. W wykazie usług Wykonawca D wskazał siebie jako wykonawcę wykazującego posiadanie doświadczenia (kolumna 2), wskazał z nazwy wykonane zamówienia (kolumna 4), i wskazał, że wykonał zamówienie za kwotę 127.647.842,01 zł (kolumna 5). Jednoznacznie zatem z wykazu usług wynika, że Wykonawca D wykonał w całości wskazane zamówienia, nadto za wskazaną kwotę. Jednak z treści referencji wynika coś istotnie odmiennego. Wskazane zamówienie było wykonywane przez konsorcjum - Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A. i Wykonawca D. Co więcej, kwota wskazana w referencjach jest dokładnie równa kwocie wskazanej w wykazie, co oznaczałoby, że Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A. wykonał wskazane zamówienie za kwotę 0,00 zł, czyli, wbrew treści referencji, nie wykonuje usługi (lub wykonuje ją nieodpłatnie). Należy przyjąć, że treść referencji nie zawiera wewnętrznych sprzeczności. Nadto absurdalne, wbrew doświadczeniu życiowemu (doświadczeniu z zakresu działalności gospodarczej) byłoby przyjęcie, że konsorcjant Zaberd wykonuje usługę nieodpłatnie. Ergo kwota wskazana w wykazie usług nie może być kwotą, za którą Wykonawca D wykonał usługę. Ponadto, w warunku udziału w Postępowaniu Zamawiający wymagał wykonania usług na drogach klasy minimum GP, zaś z referencji wynika, że część tych usług była świadczona na drogach klasy G. Tym samym Wykonawca D zawarł w wykazie usług informacje, które co najmniej noszą znamiona świadomego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co powinno skutkować jego wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub przynajmniej pkt 17 Pzp.

Odwołujący zauważył, że w referencjach przedstawionych przez Wykonawcę D znalazło się stwierdzenie „Usługi i roboty zostały wykonane przez Podwykonawców zatrudnionych przez Konsorcjum”, nadto „w znacznej części należycie”. Tak więc z jednej strony Zamawiający oświadcza, że usługa wskazana w wykazie usług została wykonana przez podwykonawców (w całości, na co wskazuje użyty zwrot „usługi i roboty” w kontekście Grup Robót wskazanych wcześniej). Z drugiej strony stwierdzenie „w znacznej części należycie” oznacza, że usługa wskazana w wykazie nie została wykonana w całości należycie, co już ją dyskwalifikuje. Skoro zatem jedyna usługa wskazana przez Wykonawcę D w wykazie usług złożonym na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp nie została wykonana należycie, to oznacza, że wykonawca ten nie wykazał spełniania określonego przez Zamawiającego warunku udziału w Postępowaniu, a zatem powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Gdyby hipotetycznie przyjąć, że Wykonawca D wykonywał w jakimś zakresie wskazaną usługę, to mając na uwadze charakter prowadzonej przez niego działalności obejmującej prace z zakresu szeroko rozumianej inżynierii ruchu drogowego i zakładając

ponadto, że nikt inny prac z tego zakresu w ramach wykazanej usługi nie wykonywał, można by Wykonawcy D przypisać jedynie wskazane w referencjach (nie w wykazie) usługi oznakowania, bezpieczeństwa i całości estetyki o łącznej (niewątpliwie mocno zawyżonej) wartości 9.829.951,83 zł, co dalece odbiega od wymaganej przez Zamawiającego kwoty 20 mln zł.

Odwołujący zwrócił następnie uwagę na orzeczenie TSUE w sprawie Esaprojekt, a zwłaszcza na odpowiedź na pytanie 5 sądu odsyłającego, dotyczące nabywania doświadczenia w ramach konsorcjum, z której wynika, że wykonawca biorący samodzielnie

udział w postępowaniu może powoływać się na doświadczenie konsorcjum, którego był członkiem przy realizacji uprzedniego zamówienia tylko w takim zakresie, w jakim rzeczywiście (faktycznie i konkretnie) uczestniczył w realizacji tego uprzedniego zamówienia, innymi słowy, w zakresie części zamówienia, którą faktycznie i konkretnie w wykonał.

Co więcej, mając na uwadze treść tego orzeczenia, w szczególności stwierdzenia „wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców (...) lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia” oraz „Artykuł (...) należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji” należy - abstrahując od udziału wykonawcy w uprzednim konsorcjum (tj. czy wykonywał zamówienie w ramach konsorcjum, czy samodzielnie), należy wyprowadzić wniosek, że wykonawca nabywa doświadczenie tylko przez bezpośredni udział w wykonaniu przynajmniej części zamówienia - jeżeli faktycznie i konkretnie uczestniczy w jego wykonaniu. Jest to równoważne stwierdzeniu, że jeżeli wykonawca nie wykonał żadnej części zamówienia, to nie nabył żadnego doświadczenia.

Odwołujący podał następnie, że 23 stycznia 2018 r., a więc jeszcze przed rozstrzygnięciem Postępowania, wystąpił do Zamawiającego z kilkoma pytaniami, w szczególności mając wiedzę (tego typu wiedzą mają przedsiębiorcy „w branży”), że Wykonawca D co najwyżej może wskazać usługę, którą później rzeczywiście wskazał w wykazie usług, wnosząc o:

1. wskazanie zakresu prac wykonanych przez Wykonawcę D w zakresie realizacji usługi „Kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez 3 Rejony Dróg Oddziału w Krakowie GDDKiA w latach 2014-2018” (część 1), ze wskazaniem konkretnego zakresu świadczonych usług z podziałem na czynności bieżącego i zimowego utrzymania dróg (pytanie 1);
2. wskazanie kwoty, na jaką Wykonawca D wykonał usługi do 12 stycznia 2018 r. (pytanie 2);
3. informację, czy Wykonawca D zawierał umowy z podwykonawcami i w jakim zakresie czynności (pytanie 4);
4. przesłanie kopii umowy konsorcjum zawartej między Wykonawcą D a Zakładem Utrzymania Ruchu Drogowego Zaberd, oraz umowy wykonawczej na realizację zamówienia wskazanego w pytaniu 1 (pytanie 5).

W odpowiedzi na wniosek Odwołującego, Zamawiający, 6 lutego 2018 r. (a więc w dniu, w którym Wykonawca D złożył wykaz usług z referencjami) przesłał Odwołującemu pismo, w którym nie udzielił odpowiedzi na pytanie 1, stwierdzając jedynie, że „Zgodnie z umową Konsorcjum, zawartą w dniu 25.11.2013 r. pomiędzy Zakładem Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A. a Przedsiębiorstwem DUBR Sp. z o.o. udział Przedsiębiorstwa DUBR Sp. z o.o. w realizacji udzielonego zamówienia wynosi 40%”, nie udzielił odpowiedzi na pytanie 2 i 4, odmówił udostępnienia umowy konsorcjum, natomiast przesłał kopię umowy nr I/62/ZZ/Z-1/2014 z 18 kwietnia 2014 r. zawartej przez Konsorcjum w składzie: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A. i Wykonawca D.

Odwołujący zaznaczył, że nie pytał o procentowy udział Wykonawcy D w realizacji udzielonego zamówienia, lecz o wskazanie konkretnego zakresu prac wykonanych przez Wykonawcę D. Skoro Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na to pytanie oznacza to, że celowo, z jakichś powodów, nie chciał udzielić odpowiedzi, lub, co wówczas wydawać się mogło mało prawdopodobne, że nie zna odpowiedzi na to pytanie.

12 lutego 2018 r. (a więc w dniu wyboru najkorzystniejszej oferty) Zamawiający przesłał Odwołującemu kolejne pismo, w którym uzupełnił odpowiedź na pytanie 1, przez dodanie zdania drugiego. Nowa odpowiedź na to pytanie brzmiała: „Zgodnie z umową Konsorcjum, zawartą w dniu 25.11.2013 r. pomiędzy Zakładem Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A. a Przedsiębiorstwem DUBR Sp. z o.o. udział Przedsiębiorstwa DUBR Sp. z o.o. w realizacji udzielonego zamówienia wynosi 40%. Zamawiający nie posiada wiedzy w zakresie podziału czynności bieżącego i zimowego utrzymania dróg pomiędzy członkami Konsorcjum”. W sytuacji, gdy Zamawiający nie ma żadnej wiedzy na temat

wykonywanej usługi, podanie przez Wykonawcę D w wykazie usług informacji nieprawdziwych, należy uznać za zamierzone działanie wprowadzające Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu, co jest

przesłanką wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

Usługa, którą wskazał Wykonawca D w wykazie usług złożonym 6 lutego 2018 r. jest wykonywana na podstawie umowy nr I/62/ZZ/Z-1/2014 z 18 kwietnia 2014 r. Umowa ta została zawarta w wyniku rozstrzygnięcia postępowania wszczętego w listopadzie 2013 r. Przedmiot zamówienia w ramach tego postępowania był w znacznym stopniu zbieżny z przedmiotem obecnego zamówienia, z tą różnicą, że aktualne postępowanie (część 1) dotyczy rejonu Kraków, natomiast poprzednie (część 1) dotyczyło rejonu Nowy Sącz. Podobnie jak obecnie, w poprzednim postępowaniu Zamawiający podzielił cały przedmiot zamówienia na Grupy Robót (od 1 do 11), przy czym przedmiot poprzedniego zamówienia w zakresie bieżącego utrzymania dróg nie obejmował utrzymywania obiektów mostowych. Podobnie jak obecnie, Zamawiający dość swobodnie i wymiennie posługiwał się określeniami „usługi”, „prace” i „roboty”.

Mając na uwadze, że usługa wskazana przez Wykonawcę D nie obejmowała utrzymywania obiektów mostowych, a w warunku udziału w postępowaniu Zamawiający jednoznacznie wymagał wykazania się w zakresie bieżącego utrzymania dróg utrzymywaniem obiektów mostowych (IDW, pkt 7.2.2.a), Wykonawca D nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu, a więc podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. W tej sytuacji art. 26 ust. 3 Pzp (lub do ewentualnych wyjaśnień art. 26 ust. 4 Pzp, który jednak w ogóle nie powinien być stosowany, gdyż jedynie przez niedopatrzenie nie został uchylony przy nowelizacji ustawy w czerwcu 2016 r., jako że jego treść została skonsumowana przepisem art. 26 ust. 3 Pzp) nie może być zastosowany w zakresie wykazanej przez Wykonawcę D usługi, gdyż wszelkie wyjaśnienia lub uzupełnienia wykazu w stosunku do wskazanej w nim usługi usług byłyby bezprzedmiotowe.

W postępowaniu wszczętym w 2013 r. załącznikiem do SIWZ był wzór umowy. W pkt 5.5 IDW Zamawiający postanowił, że „dopuszcza wykonanie przedmiotu zamówienia przez podwykonawców” nie wprowadzając w tym zakresie żadnych ograniczeń. We wzorze umowy Zamawiający zawarł jednak postanowienia pozostające w sprzeczności z ww. postanowieniami IDW w zakresie podwykonawstwa (§ 16 wzoru umowy).

Na te postanowienia wzoru umowy i ich sprzeczność z pkt 5.5 IDW (w zakresie ograniczenia dla grupy robót nr 1 - utrzymanie nawierzchni jedni), zwrócił uwagę jeden z wykonawców i wystąpił do Zamawiającego o zmianę treści SIWZ przez usunięcie zdania pierwszego w § 16 ust. 1 umowy „co umożliwi Wykonawcy wykonanie przedmiotu zamówienia przy udziale podwykonawców w pełnym zakresie, wedle jego wyboru”. W wyjaśnieniach Zamawiający wykreślił ze wzoru umowy zapis „Wykonawca jest zobowiązany wykonać zakres grupy robót nr 1, jedynie siłami własnymi i nie może przy tym korzystać z udziału podwykonawców”, dokonując zmiany SIWZ (zapytanie i wyjaśnienie nr 9 w piśmie Zamawiającego z dnia 9.11.2013 r.).

Po wyborze przez Zamawiającego w części 1 (Rejon Nowy Sącz) oferty konsorcjum

Zaberd - DUBR (18 kwietnia 2014 r. z) została zawarta umowa nr I/62/ZZ/Z-1/2014. Z § 16 usunięto oznaczenia Grup robót, co - zdaniem Odwołującego - jest zrozumiałe, gdyż oznaczenia te niczemu nie służyłyby w sytuacji, gdy całość przedmiotu zamówienia, czyli wszystkie czynności wymienione w poszczególnych Grupach robót, miały zostać wykonane przez podwykonawców. Do dnia wystawienia referencji, czyli do 2 stycznia 2018 r., przedmiot zamówienia był w całości wykonywany przez podwykonawców, zatem Wykonawca D nie nabył żadnego doświadczenia przy wykonywaniu zamówienia, na które się powołał.

Formułując zarzut ewentualny Odwołujący ma na uwadze, że wykluczenie

Wykonawcy D z uwagi na brak wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu powinno być poprzedzone wezwaniem do złożenia dokumentów w trybie określonym w przepisie art. 26 ust. 3 Pzp (o ile Zamawiający już nie wzywał Wykonawcy D, a takiej wiedzy Odwołujący nie posiada). Nie wzywając Wykonawcy D do złożenia wykazu usług potwierdzającego spełnianie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia Zamawiający naruszył wskazany wyżej przepis.

Do odwołania załączono niżej wskazane dokumenty z wnioskiem o dopuszczenie

i przeprowadzenie dowodów z ich treści:

1. wniosek Odwołującego o udostępnienie informacji publicznej z 23 stycznia 2018 r. dotyczący zamówienia na kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez 3 Rejony Dróg Oddziału w Krakowie GDDKiA w latach 2014-2018 (część 1) wraz z odpowiedziami Zamawiającego z 6 i 12 lutego 2018 r., wskazanego przez Wykonawcę D w wykazie usług - dowody O1;
2. ogłoszenie o zamówieniu w ww. postępowaniu - dowód O2;
3. wyciąg z SIWZ z ww. postępowania (Tom I - „Instrukcja dla Wykonawców”) - dowód O3;
4. wyciąg z SIWZ z ww. postępowania (Tom II - „Istotne dla Stron Postanowienia Umowy”) - dowód O4;
5. zestaw pytań wraz z odpowiedziami z 29 listopada 2013 r., dotyczący ww. postępowania - dowód O5;
6. ogłoszenie o udzieleniu zamówienia po przeprowadzeniu ww. postępowania - dowód O6.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Uzasadniając powyższy wniosek Zamawiający podał, że pismem z 26 stycznia 2018 r., działając na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, wezwał Wykonawcę D do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w tym, w celu potwierdzania spełniania przez Wykonawcę D warunków udziału w Postępowaniu, wykazu usług.

W przepisany termin Wykonawca D złożył wykaz usług oraz referencje z 2 stycznia 2018 r., wystawione przez Dyrektora Oddziału GDDKiA w Krakowie dla dwóch podmiotów: Zakładu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz Wykonawcy D.

Zamawiający przytoczył treść referencji i zaprzeczył, aby w jej zakresie był zobowiązany do żądania wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Nie miał bowiem wątpliwości co do spełnienia warunku udziału w Postępowaniu.

Zamawiający ogłaszając Postępowanie posiadał wiedzę, że:

1. drogi GP stanowiły 80% dróg objętych realizacją zamówienia wskazanego w wykazie;
2. bieżące utrzymanie dróg objętych realizacją ww. zamówienia obejmowało także utrzymywanie obiektów mostowych (rozumiane jako: utrzymanie czystości na obiektach inżynierskich) oraz polegało na wykonaniu zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg oraz zimowym utrzymaniu dróg. SIWZ w przedmiotowej sprawie również utrzymanie obiektów mostowych rozumiane jako utrzymanie czystości na obiektach inżynierskich;
3. wynagrodzenie otrzymane dotychczas przez Wykonawcę D za realizację zamówienia ujętego w wykazie usług przekroczyło kwotę 20 mln brutto. Procentowy podział prac wskazany w umowie konsorcjum wynosił 40 %. Zamawiający udzielił Odwołującemu już w tym zakresie odpowiedzi o treści: „Zgodnie z umową Konsorcjum, zawartą w dniu 25.11.2013 r. pomiędzy Zakładem Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A. a Przedsiębiorstwem DUBR Sp. z o. o. udział DUBR Sp. z o.o. w realizacji udzielonego zamówienia wynosi 40% [...]”. Na etapie Postępowania Zamawiający nie wymagał, aby wykonawcy wskazywali zakres rzeczowy wykonywania zamówienia;
4. zamówienie ujęte w wykazie usług nie było w całości realizowane przez inne podmioty.

Zamawiający podał, że zgodnie z przepisami Pzp wykonawca może przy realizacji zamówienia posługiwać się podwykonawcami, co nie oznacza że nie można przypisać mu realizacji zamówienia, jak sugeruje to Odwołujący. Realizację zamówienia przez Wykonawcę D potwierdzają referencje. Wykonawca D realizował zamówienie osobiście, jak i przy udziale podwykonawców. Zamawiający nie zgadza się z poglądem Odwołującego, że realizacja zamówienia przez podwykonawców nie oznacza realizacji zamówienia przez

wykonawcę. Wykonawcy należy przypisać realizację wykonywaną przez jego podwykonawców, jak i swoją realizację.

Zamawiający stwierdził, że zgadza się z wnioskiem Odwołującego, że wykonawca nabywa doświadczenie tylko przez udział w wykonaniu przynajmniej części zamówienia - jeżeli faktycznie uczestniczy w jego wykonaniu. Jest to równoważne stwierdzeniu, że jeżeli wykonawca nie wykonał żadnej części zamówienia, to nie nabył żadnego doświadczenia. Wykonawca D realizował zamówienie wskazane w wykazie zarówno osobiście, jak i przy udziale podwykonawców, stąd można on polegać na doświadczeniu grupy wykonawców (Zakładu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A. i własnego).

Zamawiający wskazał, że przepis art. 26 ust. 4 Pzp stosuje się w przypadku gdy zamawiający ma wątpliwości. Ponieważ Zamawiający był odbiorcą usług w postępowaniu ujętym w kwestionowanym wykazie oraz podmiotem, który wystawił sporne referencje, nie powziął on wątpliwości w zakresie spełnienia przez Wykonawcę D warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, w zakresie wiedzy

1 doświadczenia.

Zamawiający zaprzeczył, aby Wykonawca D zawarł w wykazie usług informacje, które co najmniej noszą znamiona świadomego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co powinno skutkować wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub przynajmniej pkt 17 Pzp. Nie może być mowy o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd w sytuacji gdy usługą była świadczona na jego rzecz.

Zamawiający zakwestionował również twierdzenie, jakoby usługa z wykazu nie została wykonana należycie. Zamawiający przyznaje, że naliczył w związku z jej realizacją karę umowną w wysokości 55.775,71 zł za przekroczenie terminu wykonania prac, wskazanego w poleceniu wykonania prac utrzymaniowych. Jednak fakt naliczenia kar mieścił się w pojęciu nieistotnych zastrzeżeń do sposobu wykonania usługi. Kara została naliczona za nieterminowe wykonanie prac, nie odnosiła się do nienależytego wykonania umowy w całości. Ponadto stanowi ona niewielką część wypłaconego wynagrodzenia Zamawiającego.

2 stycznia 2018 r. wystawione zostały referencje potwierdzające należyte wykonywanie zamówienia.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści niżej wskazanych załączników do odwołania:

1. wykazu dróg krajowych zaliczonych do poszczególnych standardów, dotyczący zamówienia wskazanego przez Wykonawcę D w wykazie usług - dowód Z1;
2. wyciąg z SIWZ w Postępowaniu z załącznikami - dowody Z2;
3. umów nr I/62/ZZ/Z-1/2014PW02 z 6 maja 2014 r., I/62/ZZ/Z-1/2014/PW03 z 6 maja 2014 r., I/62/ZZ/Z-1/2014/PW04 z 7 maja 2014 r. zawartych pomiędzy Wykonawcą D a podwykonawcami, dotyczących realizacji zamówienia wskazanego przez Wykonawcę D w wykazie usług - dowody Z3;

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca D, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełniania przez niego przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła Wykonawcę D (dalej również „Przystępujący”) do udziału w Postępowaniu odwoławczym.

Wykonawca D uzasadnił swoje stanowisko wobec zarzutów odwołania w następujący sposób.

Umowa, na podstawie której realizowane jest zamówienie wskazane w wykazie (umowa z 25 listopada 2013 r. - „Umowa”) przewidywała funkcję lidera dla spółki ZABERD S.A., co nie oznacza jednak, że Wykonawca D nie realizował zamówienia. Zamawiający wiedział jak był wykonywany kontrakt. Podkreślenia wymaga przy tym, że przejmującym plac budowy w imieniu konsorcjum był właśnie Wykonawca D, na co wskazuje protokół przekazania terenu.

Przystępujący podkreślił, że Umowa nie dzieliła rodzajów prac objętych zamówieniem na partnerów konsorcjum. Zakładała wykonanie umowy, w partnerzy którego dzielą się w stosunku 40/60 przychodami i 50/50 (§ 2 ust. 1 Umowy). Każdy z nich ma takie samo prawo do stwierdzenia, że wykonywał pełny zakres prac w określonych proporcjach. W odwołaniu nie kwestionuje się dopuszczonej przez Zamawiającego możliwości realizacji referencyjnego zamówienia przez podwykonawców. Jest to o tyle istotne, bo Zamawiający zatwierdzał każdego podwykonawcę, który był przez konsorcjum zatrudniany wspólnie.

Wyjaśnienia przy tym wymaga, że postanowienie o podziale pracy przez ZABERD

S.A. (§ 3 ust. 3 lit. A tiret pierwsze Umowy) dotyczy tylko tego, że ZABERD S.A. miał obowiązek koordynowania zleceń dla danego podwykonawcy, np. do koszenia trawy był tylko jeden podwykonawca, co do którego konsorcjanci dzielą się 40/60 przychodami i 50/50 kosztami (potwierdza to np. umowa z podwykonawcą z dnia 6 maja 2014 r. nr 1/62/ZZZ-I/2014/PW 03). Umowy z podwykonawcami zawierają szczegóły i zakresy konkretnych prac, którymi później mogą wykazać się współkonsorcjanci.

Wykonawca D podkreślił, że skoro w doktrynie i orzecznictwie nie kwestionuje się nabywania wiedzy i doświadczenia przez generalnych wykonawców wykonujących prace przez podwykonawców, to nie można kwestionować doświadczenia nabywanego na podstawie wykonywanej pracy przy udziale podwykonawcy dla obu konsorcjantów wspólnie, którzy są jednym generalnym wykonawcą. Nie powinno też dziwić, że ZABERD S.A. był podmiotem, który wystawiał faktury i był wyznaczony do kontaktów z Zamawiającym, co w niczym nie umniejsza roli Przystępującego w wykonaniu zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że łączna wartość robót wykonanych przez Wykonawcę D istotnie przekracza wymagane przez Zamawiającego 20 mln zł brutto. Nawet jeżeli nie uznać całej kwoty wskazanej w wykazie wykonanych usług i referencjach, tj. 127 mln zł, to 40% z niej przypada na Wykonawcę D, co potwierdza spełnienie warunków określonych w SIWZ. Trzeba przy tym pamiętać, że Odwołujący nie kwestionuje, że zakres prac objętych wykazem i referencjami spełnia wymagania co do warunku określonego w Postępowaniu. Tym samym nie powinien kwestionować, że Przystępujący nabył doświadczenie w pełnym wymaganym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego stwierdzenia o wykonaniu zamówienia „w znacznej części należycie” należy stwierdzić, że pomimo zapłaty kar umownych w wysokości 52.775,71 zł, nie jest uzasadnione twierdzenie o nienależytym wykonaniu umowy.

Po pierwsze ww. kara stanowi zaledwie 0,04% wartości umowy.

Po drugie karę nałożono za opóźnienie w wykonaniu robót zgodnie z poleceniem robót (§ 17 ust. 1 lit. a w zw. z 6 ust. 1 umowy na realizację zamówienia referencyjnego) i dotyczyła ona robót budowlanych (budowy chodnika), a nie utrzymania. Kara nie dotyczyła przedmiotu wprost związanego z utrzymaniem dróg. Podkreślić przy tym należy, że karę zapłacił odpowiedzialny z tego tytułu podwykonawca bez problemu i zwłoki.

Przystępujący podał, że złożone referencje potwierdzają wykonanie wymaganych robót, a ponadto, sam Zamawiający potwierdził ich prawidłowość i nie kwestionował ich zakresu i jakości. Zamawiający wskazał na zapłatę znikomej kwoty w poczet kar umownych, ale jednocześnie jednoznacznie potwierdził, że prace zostały wykonane należycie. Referencje potwierdzają zatem należyte wykonanie prac będących zasadniczym przedmiotem zamówienia. Naliczenie kar w związku z opóźnieniem nie ma zatem znaczenia dla sprawy i oceny zdolności Wykonawcy D, jako wykonawcy zdolnego wykonać przedmiotowe zamówienie.

Drugi zarzut, stojący w sprzeczności z zarzutem pierwszym, dotyczy zaniechania zastosowania przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, w sytuacji gdy obie z wymienionych w przywołanych przepisach przesłanki, zdaniem Odwołującego, skutkować powinny także wykluczeniem Przystępującego. Sprzeczność z pierwszym zarzutem zachodzi, ponieważ w świetle omawianych przepisów wykonawcę wyklucza się, gdy: (1) nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, bądź (2) formalnie je wykazał, tyle że:

- w wyniku zmierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić

wymaganych dokumentów;

- w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Mamy tu do czynienia ze sprzecznością w kilku płaszczyznach. Przede wszystkim nie można jednocześnie nie wykazać spełniania warunku udziału w postępowaniu, co zamawiający stwierdza i daje mu to podstawę do wykluczenia danego wykonawcy.

Poza tym nie można jednocześnie działać z zamiarem lub rażącym niedbalstwem oraz lekkomyślnie lub wykazując niedbalstwo na niższym poziomie niż rażący. Niezależnie od okoliczności, że Odwołujący dokonuje pewnej gradacji zarzutów przechodząc od przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 16 do pkt 17 Pzp, to nie sanuje to błędnego sformułowania zarzutów, w szczególności, że formułując zarzut powinien on go skonkretyzować w terminie na wniesienie odwołania. Zakres zarzutu wyznaczają bowiem okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami zatem niedopuszczalne jest uzupełnianie podstaw faktycznych zarzutu dopiero podczas rozprawy. Formułując zarzuty w omawianym zakresie Odwołujący faktycznie nie zdecydował się na skonkretyzowanie jednego z dwóch potencjalnie możliwych do sformułowania zarzutów. Stąd nie powinny być one uznane za postawione w terminie na wniesienie odwołania.

Ponadto, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 6 i 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań odwołanie zawiera przedstawienie zarzutów i wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności; a jak stanowi art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Niezależnie od formalnych zastrzeżeń do sformułowanego zarzutu nie broni się on także w warstwie materialnej, ponieważ Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający został w jakikolwiek sposób wprowadzony w błąd i pod wpływem tego błędu dokonał czynności wyboru oferty Przystępującego.

Jako żądanie ewentualne Odwołujący wskazuje konieczność zwrócenia się, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do Przystępującego o złożenie wyjaśnień dotyczących wykazu usług lub złożenia uzupełnienia lub poprawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia. Oczywiście przepis ten nie jest podstawą do żądania wyjaśnień, którą jest art. 26 ust. 4 Pzp, ale nie może on także znaleźć zastosowania z innych powodów. Przede wszystkim wykazana i potwierdzona usługa spełnia wymagania w zakresie sformułowanego w SIWZ warunku (pkt 7.2.2.a SIWZ), a złożone przez wykonawcę oświadczenie zawiera wymaganą pkt 9.7.1.b SIWZ treść. Skoro Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, to nie było podstaw do żądania ani wyjaśnień, ani ponownego złożenia dokumentów.

Do pisma załączone zostały następujące dowody:

1. protokół przekazania terenu objętego umową nr I/62/ZZ/Z-1/2014 z 18 kwietnia 2014 r. - dowód PWD1;
2. umowa I/62/ZZ/Z-1/2014/PW03 z 6 maja 2014 r. zawarta pomiędzy Wykonawcą D a podwykonawcą, dotycząca realizacji zamówienia wskazanego przez Wykonawcę D w wykazie usług - dowód PWD2;
3. faktury VAT, zbiorcze zestawienia kosztów, notatki, protokoły i zlecenia dotyczące umowy na realizację zamówienia wskazanego przez Wykonawcę D w wykazie usług - dowody PWD3.

W odpowiedzi na stanowiska Zamawiającego i Wykonawcy D Odwołujący, w piśmie z 13 marca 2018 r. stwierdził, jak niżej.

Odwołujący przytoczył treść spornego warunku udziału w Postępowaniu i podkreślił, że Zamawiający zdefiniował pojęcia bieżącego i zimowego utrzymania. Przez bieżące utrzymanie rozumie się wykonywanie usług utrzymania drogi w zakresie co najmniej utrzymywania: drogi, obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych, zieleni oraz

czystości, wykonywanych przez cały rok kalendarzowy. Z kolei przez zimowe utrzymanie rozumie się wykonywanie usług w zakresie odśnieżania, zapobiegania powstawania śliskości i likwidowania śliskości na drodze wykonywanych z sezonu zimowym (zakłada się okres od 1 października do 30 kwietnia).

Zamawiający, pisząc „bieżące utrzymanie” oraz „zimowe utrzymanie”, zastosował oczywisty skrót myślowy, gdyż w warunku jest mowa o bieżącym i zimowym utrzymaniu dróg, i nie ulega żadnej wątpliwości, że Zamawiający wyjaśnił, co rozumie się nie przez bieżące/zimowe utrzymanie lecz przez bieżące/zimowe utrzymanie drogi (dalej w definicjach użyta jest liczba pojedyncza). Nadto definicje wskazują dwa elementy: okres wykonywania usług („wykonywanych przez cały rok kalendarzowy” i „wykonywanych w sezonie zimowym - zakłada się okres od 1 października do 30 kwietnia”) oraz, co najistotniejsze, zakres wykonywanych usług. Tak więc, pomijając okres oraz dopisując wyraz „drogi”, definicje przybierają postać:

Przez bieżące utrzymanie drogi rozumie się wykonywanie usług utrzymania drogi w zakresie co najmniej utrzymywania: drogi, obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych, zieleni oraz czystości.

Przez zimowe utrzymanie drogi rozumie się wykonywanie usług w zakresie odśnieżania, zapobiegania powstawania śliskości i likwidowania śliskości na drodze.

Obie definicje, pomijając wyrazy „bieżące” i „zimowe” zbudowane są według tego samego schematu: „Przez (...) utrzymanie drogi rozumie się wykonywanie usług w zakresie”, przy czym w definicji bieżącego utrzymania drogi, w przeciwieństwie do definicji zimowego utrzymania drogi, po wyrazach „wykonywanie usług” zawarte są wyrazy „utrzymania drogi”. Albo więc w definicji zimowego utrzymania drogi, dla symetrii z definicją bieżącego utrzymania drogi, należałoby dodać owe wyrazy „utrzymania drogi”, albo pominąć je w definicji bieżącego utrzymania drogi. Nie ma znaczenia, które rozwiązanie zostanie przyjęte, gdyż użyte w tym miejscu wyrazy „utrzymania drogi” nic do definicji nie wnoszą.

Pomijając definicję zimowego utrzymania drogi, należy zauważyć, że przez bieżące utrzyma nie drogi rozumie się wykonywanie usług utrzymania drogi w zakresie co najmniej utrzymywania. Tak więc bieżące utrzymanie drogi jest definiowane przez utrzymywanie, co jest zrozumiałe i nie budzi wątpliwości.

Zdaniem Odwołującego nie ulega żadnej wątpliwości, że definicja bieżącego utrzymania odnosi się do utrzymywania drogi, obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych, zieleni oraz czystości. Jeżeli chodzi o utrzymywane czystości, to także nie ulega wątpliwości, że nie chodzi o szeroko pojęte utrzymywanie czystości wszystkiego, co materialnie istnieje (i co poddaje się „czyszczeniu”), lecz o utrzymywanie czystości „obiektów” wymienionych w definicji, a więc o utrzymywanie czystości drogi, utrzymywanie czystości obiektów mostowych, utrzymywanie czystości odwodnienia, utrzymywanie czystości barier drogowych i utrzymywanie czystości zieleni (utrzymywanie czystości zieleni wydaje się mało sensowne, lecz nie ma to żadnego znaczenia, gdyż nie o zieleń chodzi). Tak więc definicja bieżącego utrzymania drogi, po przeprowadzeniu oczywistych i nie mających znaczenia dla objaśnienia tego pojęcia nieistotnych zabiegach gramatycznych, przybiera postać:

Przez bieżące utrzymanie drogi rozumie się wykonywanie usług utrzymania drogi w zakresie co najmniej: utrzymywania drogi, utrzymywania obiektów mostowych,

utrzymywania odwodnienia, utrzymywania barier drogowych, utrzymywania zieleni oraz utrzymywania czystości drogi, utrzymywania czystości obiektów mostowych, utrzymywania czystości odwodnienia, utrzymywania czystości barier drogowych i utrzymywania czystości zieleni.

Nie ulega więc wątpliwości, że przez bieżące utrzymanie drogi rozumie się w szczególności utrzymywanie obiektów mostowych oraz - co w tym miejscu też jest bez znaczenia - utrzymywanie czystości obiektów mostowych.

Innymi słowy, skoro dla wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu wykonawca obowiązany był wykazać się doświadczeniem w wykonaniu zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg, to tym samym obowiązany był wykazać się wykonywaniem usług utrzymywania obiektów mostowych (i utrzymywania czystości obiektów mostowych).

Jasne jest, już choćby z tego względu, że w warunku udziału w Postępowaniu mówi

się o utrzymywaniu obiektów mostowych oraz, niezależnie od tego, o utrzymywaniu ich czystości - że niezależnie od rozumienia tych pojęć, utrzymywanie obiektów mostowych i utrzymywanie czystości obiektów mostowych, to zespół dwóch całkowicie różnych czynności, których nie sposób ze sobą utożsamić. W przeciwnym razie byłaby mowa albo tylko o utrzymywaniu obiektów mostowych, albo tylko o utrzymywaniu czystości obiektów mostowych.

Tymczasem Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie manipuluje tymi pojęciami twierdząc, że przez utrzymywanie obiektów mostowych rozumie się utrzymanie ich czystości. Nie można się z tym zgodzić, co zostało wskazane wyżej. Należy więc jeszcze raz stwierdzić, że utrzymanie obiektów mostowych nie ma nic wspólnego z utrzymaniem czystości obiektów mostowych. To istotnie różne czynności. Nieprawdą jest, że przedmiotem zamówienia ogłoszonego w 2013 r. na utrzymanie rejonu Nowy Sącz było m. in. utrzymanie obiektów inżynierskich. W zakres przedmiotu zamówienia wchodziło wyłącznie utrzymanie czystości na obiektach inżynierskich. Można się o tym łatwo przekonać analizując właśnie wszystkie

TER-y z roku 2013. Nie ma w nich jakiegokolwiek wzmianki o utrzymaniu obiektów inżynierskich, w tym o utrzymaniu obiektów mostowych.

Z drugiej strony, istotny jest określony przez Zamawiającego warunek udziału w Postępowaniu, a nie opis przedmiotu zamówienia — nie ma żadnego znaczenia, co jest przedmiotem obecnego zamówienia (owszem, ma to znaczenie, ale z punktu widzenia przepisu art. 22 ust. 1a Pzp, co jednak nie było kwestionowane przez żadnego wykonawcę).

Odwołujący wskazał, co obejmuje utrzymywanie obiektów inżynierskich wyjaśniając, że Zamawiający oprócz Postępowania prowadzi niemal równoległe postępowanie, którego przedmiotem jest zawarcie umów ramowych na roboty budowlane w zakresie bieżącego utrzymania obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągu dróg krajowych administrowanych przez Zamawiającego. Przedmiot tego zamówienia opisany jest w ramowych przedmiarach robót, do których odsyła stosowane postanowienie SIWZ. Także w 2013 r. Zamawiający wszczął dwa postępowania: przedmiotem jednego z nich było kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie części nr 1, obejmującej kompleksowe utrzymanie dróg krajowych Rejonu Nowy Sącz, w wyniku którego doszło do zawarcia umowy z 18 kwietnia 2014 r. między Zamawiającym a konsorcjum Zaberda S.A./Wykonawca D, zaś przedmiotem drugiego było zawarcie umów ramowych na roboty budowlane w zakresie bieżącego utrzymania obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągu dróg krajowych administrowanych przez Zamawiającego. Szczegółowo przedmiot tego drugiego zamówienia określony został w Tomie V SIWZ „Przedmiary” (zawierającym ramowe przedmiary robót), do których (przedmiarów) odsyła postanowienie pkt 5.8 SIWZ (IDW). Już pobieżna lektura przedmiarów pokazuje, by posłużyć się tylko nazwami grup robót, że przedmiot zamówienia na bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich obejmuje m. in. roboty ziemne, fundamenty, podpory, przęsła, wyposażenie, roboty przyobiektywne, a po części także roboty związane z nawierzchniami na obiektach mostowych. Taki zakres robót nie ma nic wspólnego z czynnościami związanymi z utrzymaniem czystości obiektów mostowych, wskazanymi choćby w przywołanej przez Zamawiającego TER dla grupy robót „Czystość na obiektach inżynierskich”, obejmującymi mycie, czyszczenie oraz utrzymanie przestrzeni pod obiektami inżynierskimi i utrzymanie drożności przepustów).

Drugi element, który występuje w pismach Zamawiającego i Przystępującego, to sprawa doświadczenia, na które powołuje się Wykonawca DUBR w wykazie usług.

W tym zakresie Odwołujący wskazał, że w przeczeniu w sprawie Esaprojekt Trybunał uznał, że przepis dyrektywy nie dopuszcza, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji. Wyrok ten wiąże w szczególności polskich zamawiających i wykonawców, a także inne podmioty instytucjonalnie związane z zamówieniami publicznymi.

Wykonawca przywołał definicję doświadczenia, jako «ogółu wiadomości zdobytych na podstawie obserwacji i przeżyć; znajomości rzeczy, życia i ludzi; zasobu umiejętności, praktyki, wprawy, próby życiowej». W odniesieniu do praktyki gospodarczej, w szczególności do zamówień publicznych, znaczenie, zdaniem odwołującego, ma tylko ostatnia definicja: doświadczenie to zasób umiejętności, praktyka, wprawa.

Nie ulega więc żadnej wątpliwości, że konsorcjum ZABERD-DUBR zamierzało

wykonać przedmiot umowy przy udziale podwykonawców i że zamiaru dochowało, gdyż wykonało (referencje) przedmiot umowy przez podwykonawców. W tej sytuacji zasadne jest pytanie, jaką część zamówienia wykonał konsorcjant Wykonawca DUBR. I oczywista odpowiedź: żadnej.

Na marginesie Odwołujący zauważył, że Zamawiający i Przystępujący załączyli do swych pism kilka kopii umów zawartych z podwykonawcami, które potwierdzają, że konsorcjanci nie wykonali żadnych czynności związanych z przedmiotem zamówienia, powierzając podwykonawcom nawet prace brygad interwencyjnych (§ 4 ust. 2) oraz prace pomocnicze (§ 5 ust. 3), podwykonawstwo obejmuje cały okres wykonywania zamówienia - od 6 maja 2014 R. do 30 kwietnia 2018 r. (§ 3 ust. 1). W konsekwencji udział wykonawców „w wykonaniu zamówienia” sprowadzał się do zawarcia umów z podwykonawcami oraz ich rozliczenia, udział Wykonawcy D był całkowicie pasywny, gdyż tylko drugi wykonawca ZABERD reprezentował konsorcjum w sprawach rozliczeń (§ 24 ust. 1).

Odwołujący stwierdził, że nieprawdą jest, jakoby Zamawiający wiedział jak był realizowany kontrakt z punktu widzenia podziału czynności przez konsorcjantów. Po pierwsze, takiego podziału nie było, gdyż całość zamówienia wykonywali podwykonawcy. Po drugie, co istotne, Zamawiający w dniu 12 lutego 2018 r. przesłał do Odwołującego pismo, w którym stwierdził, że „nie posiada wiedzy w zakresie podziału czynności bieżącego i zimowego utrzymania dróg pomiędzy członkami Konsorcjum”.

Odnosnie zarzutu niepotwierdzenia referencjami należytego wykonania usługi należy zauważyć, że referencje albo powinny zawierać zwrot „usługi zostały wykonane należycie” (lub zwrot równoważny), albo z ich treści powinno wynikać należyte wykonanie usługi. Tymczasem w referencjach jest użyty zwrot „Usługi i roboty zostały wykonane przez Podwykonawców zatrudnionych przez Konsorcjum w znacznej części należycie”, wskazuje, że nie były w całości wykonane należycie. Tym samym referencje nie potwierdzają należytego wykonania usług, co więcej, można z ich treści wnioskować, że usługi nie zostały wykonane należycie. W tym miejscu należy jedynie dodać, że chociaż referencje są w posiadaniu Zamawiającego, to jednak Przystępujący złożył je na wezwanie (nie skorzystał z uprawnienia do ich niezłożenia), a zatem nie może być zastosowany przepis art. 26 ust. 6 Pzp, niezależnie od jego interpretacji.

Co do wprowadzenia Zamawiającego w błąd Odwołujący wskazał, że opiera się na oświadczeniu Zamawiającego wskazanym wyżej. Skoro Zamawiający nie posiada wiedzy w zakresie podziału czynności pomiędzy członków konsorcjum, to tym samym nie posiada wiedzy, jakie czynności, na jaką kwotę i w zakresie jakich klas dróg „wykonał” Przystępujący. Tym samym informacje podane w wykazie usług, że Przystępujący sam wykonał całość wskazanego w wykazie zamówienia, nadto za pełną kwotę, wobec niewiedzy Zamawiającego w sposób oczywisty wprowadzają go w błąd.

Należy zauważyć, że obowiązkiem Wykonawcy D było podanie w wykazie usług wszystkich wymaganych przez Zamawiającego informacji, wskazanych w pkt 9.7 SIWZ. Podanie „przedmiotu usługi”, to nie to samo, co podanie nazwy poprzedniego zamówienia, lecz podanie informacji pozwalających Zamawiającemu dokonać oceny spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu (także wzór wykazu usług - Formularz 1 - załączony do wezwania z dnia 26 stycznia 2018 r.).

Do pisma procesowego załączono dowód oznaczony przez Izbę symbolem O7, w postaci wyciągu z SIWZ w postępowaniu na zawarcie umów ramowych na roboty budowlane w zakresie bieżącego utrzymania obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągu dróg krajowych administrowanych przez Oddział w Krakowie GDDKiA.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymali dotychczasowe stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł dodatkowo o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z wydruku ze strony internetowej Przystępującego (dowód O8), natomiast Zamawiający - z treści listy obecności ze spotkania z przedstawicielami podmiotów realizujących zamówienie wskazane przez Wykonawcę D w wykazie usług, które odbyło się 22 września 2014 r. i notatki

służbowej z 25 września 2014 r. - dowody Z4.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniach i dalszych pismach

procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Sygn. akt KIO 326/18

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Przystępującego, pisma Zamawiającego do Konsorcjum M z 26 stycznia 2018 r., odpowiedzi Przystępującego z 30 stycznia 2018 r., wykazu usług złożonego przez Konsorcjum M w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp wraz z załączonymi doń referencjami (poświadczeniami), dokumentów złożonych przez Strony i Przystępującego w toku rozprawy. Skład orzekający nie stwierdził, aby ustalony na ich podstawie stan faktyczny wymagał powtórnego omówienia. Uzasadniając rozstrzygnięcia o poszczególnych zarzutach odwołania w dalszej części uzasadnienia zasygnalizowane zostaną ewentualnie najistotniejsze dla sprawy kwestie.

Odwołanie podlegało uwzględnieniu, jako że potwierdził się jeden z podniesionych w nim zarzutów, dotyczący naruszenia przepisów Pzp mającego istotny wpływ na wynik Postępowania.

Z uwag natury ogólnej Izba wskazuje, że choć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje daleko idący formalizm (w czystej postaci wyraża go przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, przewidujący - zgodnie z jego literalnym brzmieniem - możliwość wykluczenia wykonawcy spełniającego warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lecz nie potrafiącego okoliczności tej wykazać). Niemniej jednak, skład orzekający stoi na stanowisku, że wspomniany formalizm postępowania nie jest w tej procedurze nadrzędną wartością i nie może wypaczać sensu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, którym jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, realizowanego niejednokrotnie nie w interesie samego zamawiającego, ale stanowiącego odpowiedź na określone potrzeby społeczne.

Wspomniany pogląd, ugruntowany w orzecznictwie, skłonił Izbę do przyjęcia w tej sprawie, że nie jest celowe uwzględnianie zarzutów odwołania tylko po to, aby w wyniku wykonania nakazanych wyrokami czynności Zamawiający dowiedział się o okolicznościach, o których powziął wiedzę w toku przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego. Jakkolwiek postępowanie odwoławcze zasadniczo nie jest właściwe dla dokonywania czynności, które zgodnie z przepisami Pzp, powinny mieć miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tym niemniej nie można tracić z pola widzenia, że procedura odwoławcza, podobnie jak samo postępowanie o udzielenie zamówienia, muszą być efektywne. Nie sprzyja temu uwzględnianie zarzutów mających charakter stricte formalny.

Pragmatyczne podejście Izby nie może jednak stanowić dla zamawiającego przyzwolenia na ustalanie istotnych dla postępowania o udzielenie zamówienia okoliczności na podstawie przypuszczeń, domysłów, czy nieskonkretyzowanej wiedzy nabytej w oderwaniu od informacji przedstawionych w ofercie danego wykonawcy. Jakkolwiek poprawność proceduralna nie stanowi, jak zaznaczono, istoty procedury zamówieniowej, tym niemniej istotne dla zachowania jej celu okoliczności, a to wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, powinny być ustalone w sposób niebudzący wątpliwości, czego - w odniesieniu do jednej z podniesionych w odwołaniu kwestii - zabrakło.

Kierując się przedstawionymi powyżej poglądami Izba oceniła zarzuty odwołania w następujący sposób.

Zarzuty 2 i 3

Zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

Przystępując do uzasadnienia rozstrzygnięcia o zarzucie odwołania zauważyć należy, że przedstawione przez Odwołującego na jego poparcie dowody (O1-O9 i O35-O38) nie dotyczyły okoliczności spornych. Bezsprzecznie bowiem jednemu z członków Konsorcjum M postawione zostały zarzuty związane z realizacją zamówienia wskazanego przez

Przystępującego w wykazie usług (tzw. zamówienia referencyjnego), o których rozstrzygał będzie sąd karny (SR w Tarnowie) w postępowaniu prowadzonym pod sygn. akt II K 585/17. Niesporna była również okoliczność skazania, wyrokiem z 7 sierpnia 2017 r., sygn. akt II K 246/17, byłego pracownika Zamawiającego za przestępstwa związane z realizacją ww. zamówienia.

Rozważając istnienie podstaw do wykluczenia Konsorcjum M na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp skład orzekający miał na względzie, że Odwołujący nie kwestionował należytego wykonywania przez Przystępującego zamówienia referencyjnego.

Okolicznościami,

które w związku z nim podnosił, była nieaktualność przedstawionych Zamawiającemu referencji (zarzut 8) oraz nie potwierdzenie przez to zamówienie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu (zarzut 9). Argumentacja Odwołującego skłoniła Izbę do przekonania, że zawinonego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, o których mowa w przywołanym powyżej przepisie, Odwołujący upatrywał w domniemywanym popełnieniu przez członka Konsorcjum M przestępstw objętych aktem oskarżenia w sprawie prowadzonej pod sygn. akt II K 585/17, względnie - w samym fakcie wszczęcia i prowadzenia postępowania karnego przeciwko członkowi przystępującego konsorcjum. Stąd, dowody przedstawione przez Zamawiającego (Z1-Z3) i Przystępującego (PKM2) nie były relewantne dla rozstrzygnięcia o przedmiotowym zarzucie odwołania, jako że zmierzały do ustalenia okoliczności, której Odwołujący w ramach podniesionego zarzutu nie kwestionował (sposobu wykonywania referencyjnego zamówienia).

W przekonaniu składu orzekającego żadna ze wspomnianych okoliczności nie mogła przesądzać o konieczności wykluczenia Przystępującego z Postępowania. Jakkolwiek przepis art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp nie określa wyczerpująco form poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, wskazując w szczególności na jedną z owych form, tym niemniej konstytuuje zasadę, że naruszenie, niezależnie od jego postaci, musi być zawinione. W bezspornych okolicznościach stanu faktycznego, o których mowa była powyżej, Izba uznała, że zawinonego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych należałoby upatrywać nie w samym fakcie prowadzenia przeciwko wykonawcy będącemu członkiem Konsorcjum M postępowania karnego, ale w przedmiocie tego postępowania, czyli w ustaleniu, czy dopuścić się zarzucanych mu w akcie oskarżenia czynów, do czego bezsprzecznie w chwili orzekania przez Izbę jeszcze nie doszło. To zaś skłoniło skład orzekający do uznania, że biorąc chociażby pod uwagę ustawowe gwarancje przysługujące oskarżonemu w postępowaniu karnym (domniemanie niewinności - art. 5 Kpk, czy prawo do obrony - art. 6 Kpk) przesądzenie o dopuszczeniu się przez wykonawcę zawinionego (podkreślenie Izby) poważnego naruszenia obowiązków zawodowych wkraczałoby de facto w kompetencje sądu karnego. Przesądzenie o istnieniu podstawy wykluczenia Przystępującego z Postępowania sprowadzać musiałoby się do oceny, czy wykonawca będący członkiem Konsorcjum M dopuścił się w sposób zawiniony czynów opisanych w akcie oskarżenia, ponieważ ich charakter związany jest z obowiązkami zawodowymi wykonawcy. Odwołujący, wbrew odmiennemu stanowisku prezentowanemu na piśmie oraz w toku rozprawy, oczekiwał przesądzenia o tych okolicznościach w postępowaniu odwoławczym. Świadczą o tym chociażby wnioski o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów składających się na akta wspomnianych powyżej spraw karnych. Abstrahując od wzmiankowanej wcześniej kwestii braku sporu co do okoliczności faktycznych związanych z przedmiotowym zarzutem odwołania, należy zauważyć, że wniosek dowodowy zmierzał w kierunku oceny przez Izbę materiału dowodowego z toczącego się równolegle postępowania karnego, do czego - jak wspomniano - powołany jest inny organ, który oceny takiej jeszcze nie dokonał.

Nie przekonał składu orzekającego argument, że do czasu zakończenia postępowania karnego wyrokiem skazującym wykonawcę, który występuje w nim w charakterze oskarżonego będzie mógł swobodnie ubiegać się o zamówienia publiczne. Należy bowiem zauważyć, że ustawodawca wprost dopuszcza takie sytuacje, czemu dał wyraz np. w przepisach art. 24 ust. 1 pkt 13-15 Pzp, które przesądzają, że podstawą wykluczenia może być prawomocne skazanie (ostateczna decyzja), z czego należy wnioskować, że do czasu jego nastąpienia (wydania decyzji) nie ma podstaw do stosowania ww. przepisów.

W rezultacie przedstawionych zapatrywań chybił również zarzut 3 odwołania, jako stanowiący konsekwencję omówionego zarzutu.

Wobec tego Izba orzekła, jak w pkt 1.2 sentencji wyroku.

Zarzuty 4 i 5

Zarzuty podlegały oddaleniu.

Z istotnych dla rozstrzygnięcia postanowień SIWZ należy wskazać na pouczenie znajdujące się pod tabelą opisującą punktację w kryterium pn.: „Kwalifikacje zawodowe Kierownika ds. Utrzymania Dróg” (pkt 19.1.5 SIWZ-IDW, str. 29). Wynika z niego, że „Za doświadczenie wynoszące jeden sezon zimowy Zamawiający uzna doświadczenie trwające 5 pełnych miesięcy w okresie od 1 października danego roku do 30 kwietnia roku następnego [...]”. Ergo w 7-miesięcznym okresie „zimowym” określona osoba powinna posiadać doświadczenie zawodowe zdobyte na przestrzeni pełnych 5 miesięcy, czego Odwołujący zdaje się nie dostrzegać.

Izba ustaliła ponadto, że pomiędzy datami wskazanymi w formularzu 2.3 złożonym przez Przystępującego (dowód O10) w zakresie zadań 3 i 6 a dokumentami opisującymi te zamówienia (dowody O11-O18) występowały różnice w datach początkowych realizacji zamówień, co nie było kwestią sporną. Ostatecznie, dla każdego z kwestionowanych przez Odwołującego zadań Zamawiający przyjął wskazane w odwołaniu daty początkowe, tj. 1 listopada, w miejsce wskazanego w dowodzie O10 1 października (w przypadku zadania 6 z uwzględnieniem wcześniejszego zamówienia z wolnej ręki, o czym poniżej) - zob. dowód Z5.

Dodatkowo, w kwestii zadania 3 Izba wyjaśnia, że bez znaczenia była okoliczność wykonywania przez P.M. premiovanej dodatkowymi punktami funkcji na rzecz podmiotu innego niż Konsorcjum M - ograniczenie takie nie wynika z postanowień SIWZ opisujących przedmiotowe podkryterium (zob. pkt 19.1.5 SIWZ-IDW). Podobnie oceniona została argumentacja dotycząca zadania 6, w przypadku którego Zamawiający szczegółowo ustalił jego przebieg (zob. dowód Z5, str. 2). Z ustaleń tych wynika, że wskazane przez Przystępującego w formularzu 2.3 zamówienie realizowane było (nieprzerwanie) przez dwa różne konsorcja (okoliczność ta wynika również częściowo z dowodów PKM 3-5), co nota bene w kontekście zasad przyznawania punktów w przedmiotowym kryterium jest bez znaczenia.

Reasumując, w świetle przytoczonego na wstępie fragmentu postanowienia z pkt 19.1.5 SIWZ-IDW wspomniane wcześniej różnice w datach pozbawione są doniosłości prawnej i zostały zakwalifikowane przez Izbę jako omyłki. Nie wywarły one wpływu na dokonaną przez Zamawiającego ocenę (dowód Z5), a wręcz wpływu takiego nie mogły wywrzeć, skoro Konsorcjum M kwalifikowało się do przyznania mu maksymalnej liczby punktów. W tych okolicznościach pozbawione logiki byłoby twierdzenie o ponoszeniu przez Przystępującego odpowiedzialności na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp.

W związku z powyższym irrelevantne dla sprawy były również wskazywane przez Odwołującego różnice pomiędzy datami realizacji zadań 3 i 6 a formularzem stanowiącym dowód O19, podobnie jak informacje zawarte w złożonym przez Przystępującego CV P.M. (dowód PKM 6).

Tym samym nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 4 Pzp (zarzut 5 odwołania).

Wobec tego Izba orzekła, jak w pkt 1.2 sentencji wyroku.

Zarzuty 6 i 7

Zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Stan faktyczny nie był sporny, wynika z dowodów O20, O21 i O44. Z kolei dowody O47, stanowiące wydruki formularzy JEDZ, nic do sprawy nie wniosły, ponieważ wiedza o ich treści jest powszechna.

Izba uznała przede wszystkim, że argumentacja Odwołującego, zwłaszcza w zakresie zarzutu 6, w ramach którego kwestionowana była procedura zastosowana względem niekompletnych JEDZ, miała charakter stricte formalny. Wywody Odwołującego, prezentujące zakres zastosowania norm wynikających z przepisów art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, jakkolwiek pouczające, pomijają niezbędną dla uwzględnienia zarzutu odwołania przesłankę istotnego wpływu naruszenia przepisów Pzp na wynik Postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp).

Powyższa konstatacja dotyczy również zarzutu 7, w ramach którego Odwołujący podnosił niedopuszczalność zarówno uzupełniania fragmentów oświadczeń (dokumentów), jak i samodzielnego (tj. nie poprzedzonego stosownym wezwaniem zamawiającego) dokonywania tych czynności, w konsekwencji czego żądał nakazania Zamawiającemu wezwania Konsorcjum M do uzupełnienia JEDZ. Skład orzekający uznał jednak, że w następstwie powyższego Zamawiający nie otrzymałby nowych, brakujących mu aktualnie informacji, te bowiem zostały mu już przekazane, niezależnie od formalnej oceny poprawności przyjętego przez Zamawiającego modelu procedowania.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że Odwołujący skupił się wyłącznie na kwestionowaniu okoliczności związanych z JEDZ członków Konsorcjum M, pomijając całkowicie kwestię dokumentów podmiotowych, które miały potwierdzać oświadczenia zawarte w JEDZ, co dodatkowo potwierdza nieuzasadniony formalizm Odwołującego.

Wobec tego Izba orzekła, jak w pkt 1.2 sentencji wyroku.

Zarzut 8

Zarzut podlegał oddaleniu.

Bezsprzecznie Przystępujący, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu opisanego w pkt 7.2.2.a) SIWZ-IDW, posłużył się fragmentem (wycinkiem) aktualnie realizowanej dla Zamawiającego usługi, w związku z którą Zamawiający wystawia Konsorcjum M poświadczenia (referencje), stwierdzające należyte wykonanie usług za dany okres czasu (dowody O14, O16-O18, O22-O24 i O46). Zdaniem składu orzekającego takie działanie Przystępującego nie jest sprzeczne z prawem, natomiast Odwołujący nie przedstawił argumentów uzasadniających tezę przeciwną. Już chociażby z tego względu zarzut odwołania nie mógł się ostać.

Dodatkowo, odnosząc się stricte do aktualności referencji skład orzekający wskazuje, że jakkolwiek rzeczywiście w przypadku nadal wykonywanych świadczeń okresowych lub ciągłych ustawodawca wymaga, aby referencje były wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (§ 2 ust. 4 pkt 2 in fine Rozporządzenia), to jednak - w braku wątpliwości co do należytego wykonywania zamówienia, w związku z którym zostały wystawione - kwestia ich daty ma drugorzędne znaczenie. Zdaniem składu orzekającego wymóg w zakresie daty referencji w przypadku takich zamówień został wprowadzony w celu zapobiegania przypadkom posługiwania się dokumentami, które opisują stan nieadekwatny do rzeczywistości (stan miniony i w tym sensie nieaktualny). Dotyczy to, przykładowo, sytuacji, w których wykonawca wieloletniego kontraktu w początkowej fazie jego realizacji należycie wywiązuje się z obowiązków umownych, a następnie - po otrzymaniu od zamawiającego referencji - obniża jakość świadczonych usług, bądź w inny sposób dopuszcza się naruszania postanowień zawartej z zamawiającym umowy. Omawiany wymóg powoduje, że taki wykonawca musi nieustannie, a nie do otrzymania pierwszych referencji, działać z należyłą starannością. Wynika z tego, że wymóg w zakresie daty referencji należy postrzegać w kontekście aktualności jej treści, nie zaś jako samoistne wymaganie przesądzające o tym, czy dokument ten potwierdza należyte wykonywanie zamówienia, czy nie.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący nie podnosił okoliczności związanych z jakością świadczonych przez Konsorcjum M usług, tak w aspekcie całego kontraktu, jak i jego fragmentu wskazanego w wykazie, zatem zarzut odwołania miał li tylko formalny charakter. Ponadto, w sprawie złożonych zostało szereg dowodów pozwalających na stwierdzenie, że wspomniane usługi były i są, zdaniem Zamawiającego (odbiorcy usług), realizowane należycie (dowody O17, O18, O45, Z10). Co więcej, nie sposób nie zauważyć, że uwzględnienie tego zarzutu odwołania i nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego do złożenia aktualnych referencji stanowiłoby nadmierny formalizm, ponieważ Zamawiający jest odbiorcą usług wspomnianych w zakwestionowanych referencjach, a dodatkowo - jak wskazano powyżej - ich jakość nie była w ogóle przedmiotem sporu. To z kolei doprowadziło Izbę do wniosku, że zarzut ten pozostaje bez wpływu na wynik Postępowania.

Wobec tego Izba orzekła, jak w pkt 1.2 sentencji wyroku.

Zarzut 9

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie, przesądzając o korzystnym dla Odwołującego wyniku postępowania odwoławczego.

Nie ulega wątpliwości, że Przystępujący w złożonym Zamawiającemu wykazie usług (dowód O25) wskazał, w kolumnie dotyczącej nazwy wykonawcy (podmiotu) wykazującego posiadanie doświadczenia, członków konsorcjum realizującego na rzecz Zamawiającego poprzednie zamówienie. Natomiast zgodnie z postanowieniem pkt 7.2.2.a) SIWZ Zamawiający, w oparciu o przepis art. 23 ust. 5 Pzp, zastrzegł, że opisany w nim warunek nie podlega sumowaniu, co oznaczało, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jeden z nich musi wykazać się całym wymagającym doświadczeniem. W konsekwencji, nawet bez potrzeby odwoływania się do wyroku TSUE w sprawie Esaprojekt (dowód O24) oraz wywodów o braku możliwości powoływania się przez wykonawcę na całe doświadczenie nabyte w związku z wcześniejszą realizacją zamówienia przez konsorcjum którego był członkiem, należało stwierdzić, że treść wykazu nie potwierdza spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w Postępowaniu.

Rozstrzygnięcie o zarzucie odwołania wymagało zatem przesądzenia, czy z materiału dowodowego zebranego w sprawie wynika okoliczność przeciwna, tj. czy możliwe jest ustalenie, że jeden z podmiotów wskazanych w wykazie zrealizował opisane w nim zamówienie w stopniu umożliwiającym samodzielne wykazanie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu. Bez znaczenia jest przy tym wspomniana wcześniej okoliczność posłużenia się fragmentem większej, nadal realizowanej usługi (o ile, rzecz jasna, pozwoliłby on na uznanie warunku za spełniony), czy jej realizacji przez konsorcjum o formalnie innym składzie podmiotowym. W okolicznościach stanu faktycznego mamy bowiem do czynienia z kręgiem osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą jednoosobowo, bądź w ramach spółki cywilnej, zatem to osoby te są w istocie „nośnikami” doświadczenia.

Zdaniem Izby zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na pozytywne rozstrzygnięcie wspomnianej kwestii. Przede wszystkim okoliczność ta nie wynika ani z zawartej z Zamawiającym umowy (dowód O46), ani z zawartego w związku z jej realizacją aneksu nr 8 (dowód PKM14), czy z protokołów stanowiących dowody O45, w których jako wykonawcę robót objętych tą umową wskazywano członków konsorcjum. Co więcej, ustalenie który z członków konsorcjum samodzielnie spełnia omawiany warunek nie jest również możliwe w oparciu o umowę konsorcjum (dowód PKM7), bowiem w § 3 wskazano wprost, że podział zakresu rzeczowego dokonywany będzie na bieżąco w trakcie wykonywania kontraktu. Okoliczność tą potwierdził sam Zamawiający w odpowiedzi na wniosek Odwołującego o udostępnienie informacji publicznej (zob. dowody O39, w szczególności odpowiedź Zamawiającego na pytanie 4, udzieloną w piśmie z 27 lutego 2018 r.). Bezskuteczne jest także odwołanie się do treści dowodu O40, który prezentuje jedynie jaki był podział terytorialny realizowanego zamówienia, bez wskazania na wartości świadczonych usług.

Finalnie, nie przeczy okoliczności stanowiącej podstawę faktyczną zarzutu złożone przez pracownika Konsorcjum M oświadczenie w sprawie wartości zrealizowanego zamówienia. Dowodzi ono bowiem wyłącznie wysokości wynagrodzenia wszystkich - co istotne - członków konsorcjum uzyskanego do dnia 28 lutego 2018 r., nie zaś, że którykolwiek z członków konsorcjum zrealizował wskazany w wykazie fragment zamówienia na kwotę wymaganą treścią warunku.

Bez związku z zarzutem odwołania były natomiast złożone przez Przystępującego dowody PKM8 i PKM9 (umowy zawarte z P.M.), czy PKM10 i PKM11, charakteryzujące działalność członków Konsorcjum M, podobnie jak i dowód PKM13, który w ogóle nie dotyczył zamówienia wskazanego w wykazie usług.

W konsekwencji Izba doszła do wniosku, że Zamawiający nieprawidłowo uznał wykazanie przez Konsorcjum M spełnienia warunku udziału w Postępowaniu opisanego w pkt 7.2.2.a) SIWZ-IDW, czego następstwem był wybór złożonej przez Przystępującego oferty (dowód O25). Skład orzekający, nawiązując do stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie, podkreśla, że jest wprawdzie przeciwny praktyce stawiania zarzutów będących wyrazem nadmiernego formalizmu, w szczególności takich, które nie wywierają wpływu na wynik postępowania, czemu dał wyraz rozstrzygając w niniejszym wyroku o szeregu zarzutów stawianych przez Odwołującego. Niemniej jednak nie zasługuje na aprobatę praktyka ustalania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie rachunku prawdopodobieństwa, działań arytmetycznych, czy ogólnej wiedzy zamawiającego, nie znajdującej potwierdzenia w materiale dowodowym. W szczególności wskazywana przez Zamawiającego całkowita wartość realizowanego na jego rzecz zamówienia miała się nijak do oświadczenia zawartego w wykazie usług Przystępującego, w którym wskazał

W następstwie stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22d ust. 1 i art. 23 ust. 5 Pzp, przez co doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp Izba nakazała unieważnienie wyboru oferty Konsorcjum M i ponowne badanie i ocenę ofert, w tym wezwanie Przystępującego do złożenia wykazu usług potwierdzającego spełnianie warunku opisanego w pkt 7.2.2.a) SIWZ, o czym orzeczono w pkt 1.1 sentencji wyroku.

Zarzut 10

Zarzut był chybyony.

Skład orzekający stwierdził, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy pozwala na przesądzenie o prawidłowości oceny oferty Odwołującego w kryterium „Kwalifikacje zawodowe Kierownika ds. Utrzymania Dróg”, wyrażającej się nie przyznaniem jej punktów za doświadczenie M.K. nabyte w związku z rzekomym pełnieniem funkcji koordynatora zimowego utrzymania dróg na zadaniu realizowanym na rzecz katowickiego Oddziału GDDKiA.

W powyższym zakresie Izba oparła się na stanowisku strony umowy (odbiorcy usług), w ramach których wspomniana osoba miała nabyć doświadczenie (dowody Z8 i Z4 - pytanie Zamawiającego i odpowiedź GDDKiA Oddziału w Katowicach), treści umowy zawartej z tym zamawiającym (dowód O26) oraz na okoliczności, że w ofercie na realizację na jego rzecz zamówienia na koordynatorów zimowego utrzymania wskazano inne niż M.K. osoby (załącznik do dowodu Z9, poz. 3 i 4 wykazu). Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że wskazanie M.K. w umowie z GDDKiA Oddział w Katowicach jako koordynatora nie oznaczało jeszcze wykonywania funkcji związanej z zimowym utrzymaniem dróg, zwłaszcza że wskazanie owo nastąpiło w części umowy poświęconej przedstawicielom stron kontraktu (zob. § 6 wyciągu z umowy stanowiącego dowód O26). Zdaniem składu orzekającego oceny tej nie mogły zmienić dowody O48, ponieważ nie wynika z nich, aby wskazane w nich czynności, których podejmować miał się M.K., wpisywały się w pełnienie funkcji koordynatora zimowego utrzymania dróg.

Izba uznała ponadto, że wywód Odwołującego dotyczący niejasnej interpretacji treści omawianego kryterium zmierzać miał jedynie do zaspokojenia jego oczekiwań, a to zastosowania wezwania z art. 87 ust. 1 Pzp. W ocenie składu orzekającego, w świetle przedstawionych powyżej okoliczności, Zamawiający nie powinien być mieć wątpliwości uzasadniających zastosowanie takiej procedury, zatem jego postępowanie było w tym zakresie poprawne.

Nie sposób nie wspomnieć również o braku wpływu tego zarzutu na wynik Postępowania. Z przeliczenia punktacji uzyskanej przez oferty złożone przez Odwołującego i Przystępującego (zob. dowód O27) wynika, że nawet gdyby ofercie Odwołującego przyznać komplet punktów w tym kryterium (zgodnie z pkt 19.1.5 SIWZ-IDW - 4 pkt), to w dalszym ciągu oferta Konsorcjum M przedstawiałaby korzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów. Powyższe świadczy po raz kolejny o formalistycznym podejściu Odwołującego do kwestii wytykania popełnionych przez Zamawiającego naruszeń Pzp. Nie sposób zgodzić się przy tym z przeciwnym stanowiskiem Odwołującego, który argumentował, że w dacie przyznawania punktacji nie było wiadome która oferta zostanie ostatecznie wybrana. Wyjaśnić bowiem należy, że wpływ na wynik postępowania powinien być oceniany przez pryzmat aktualnego stanu wiedzy o okolicznościach związanych z przebiegiem postępowania (por. art. 191 ust. 2 Pzp, który nakazuje Izbie brać pod uwagę przy wyrokowaniu stan rzeczy ustalony w toku postępowania). W konsekwencji już w dacie wnoszenia odwołania Odwołujący powinien był mieć świadomość, że niezależnie od oceny zasadności omawianego zarzutu odwołanie nie będzie mogło zostać uwzględnione z uwagi na przepis art. 192 ust. 2 Pzp.

Wobec tego Izba orzekła, jak w pkt 1.2 sentencji wyroku.

Zarzut 11

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Argumentację Odwołującego można zasadniczo sprowadzić do stwierdzenia, że wola członków Konsorcjum M było uczynienie z P.M. posłańca składającego (przekazującego) Zamawiającemu ofertę, dokumenty i oświadczenia składane w toku Postępowania. Odwołujący wyprowadza taki wniosek w szczególności z porównania pełnomocnictwa

złożonego w przedmiotowej sprawie z pełnomocnictwami złożonymi w poprzednim przetargu (dowody O28-O30) i użytych w nim sformułowań wyznaczających zakres umocowania P.M. Pozornie wnikliwa analiza stanowiąca uzasadnienie omawianego zarzutu odwołania pomija jednak istotną w sprawie okoliczność, że - niezależnie od znaczenia użytego w treści ocenianego pełnomocnictwa sformułowania „w tym do złożenia oferty oraz wymaganych oświadczeń i wyjaśnień” - stanowi ono jedynie egzemplifikację czynności składających się na reprezentowanie Konsorcjum M, która to czynność również wynika z treści spornego pełnomocnictwa. Powyższe pozwala, w przekonaniu składu orzekającego, na przyjęcie, że P.M. umocowany był również do czynności wykraczających poza rolę pośtańca. Z kolei okoliczność, który z wykonawców jest liderem konsorcjum, czy pełnomocnikiem wykonawców w rozumieniu przepisu art. 23 ust. 2 Pzp jest bez znaczenia o tyle, że P.M. udzielił pełnomocnictwa wszyscy członkowie Konsorcjum M.

Wobec tego Izba orzekła, jak w pkt 1.2 sentencji wyroku.

Zarzut 12

Zarzut podlegał oddaleniu jako w istocie pozbawiony podstaw faktycznych.

Nie wdając się w szczegółową analizę istoty zarzutu niezgodności oferty z SIWZ, która doczekała się szczegółowego omówienia zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie, skład orzekający wskazuje, że postawienie tego zarzutu wymaga skonfrontowania treści dwóch dokumentów, tj. SIWZ i oferty wykonawcy, którego efektem będzie wskazanie konkretnych elementów treści oferty, które pozostają w sprzeczności z wymogami zamawiającego opisanymi w SIWZ. Argumentów takich Odwołujący Izbie nie dostarczył.

Co więcej, wszystkie złożone na potwierdzenie tego zarzutu odwołania dowody (O31-O34 i O41-O43) zmierzały de facto do ustalenia podstaw do wezwania Przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a więc do udowodnienia zasadności zarzutu 13 odwołania, które Odwołujący nota bene omawiał łącznie. Nawet złożony na rozprawie dowód O49, mający - zgodnie z nazwą tego dokumentu - stanowić analizę zgodności oferty Konsorcjum M z SIWZ odnosi się w istocie do ceny kwestionowanej oferty w pozycji dotyczącej mycia znaków i tablic.

Na marginesie można dodać, że w praktyce mogą zdarzyć się sytuacje zbiegu podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę i niezgodność z SIWZ, tym niemniej Odwołujący takiej zależności w przedmiotowej sprawie nie wykazał.

Wobec tego Izba orzekła, jak w pkt 1.2 sentencji wyroku.

Zarzut 13

Zarzut nie potwierdził się.

Nie ulega wątpliwości, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp nie określa precyzyjnie przypadków, w których zamawiający powinien uznać za zasadne wszczęcie opisanej w nim procedury wyjaśniającej. Wszelkie próby ustalenia pewnych uniwersalnych okoliczności, w których wezwanie takie powinno mieć miejsce są - zdaniem składu orzekającego - skazane z góry na niepowodzenie, jako że komentowana regulacja odwołuje się do nieostrych i subiektywnych pojęć opisujących cenę lub koszt jako wydające się rażąco niskie i budzące wątpliwości zamawiającego. W konsekwencji podstawy do wezwania w omawianym trybie należy ustalać przy uwzględnieniu okoliczności konkretnego stanu faktycznego, a w braku wskazań, co do kwestii, które powinny budzić wątpliwości zamawiającego, bądź uzasadniać wrażenie, że cena lub koszt są rażąco niskie, szczególnego znaczenia nabiera ich realność, tj. adekwatność do wymogów stawianych konkretnemu przedmiotowi zamówienia. Stąd odwoływanie się do sposobu postępowania Zamawiającego w innym postępowaniu, choćby o zbliżonym przedmiocie zamówienia, względem innego wykonawcy (dowody O42-O43) nie mogło w przedmiotowej sprawie przesądzać o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 Pzp.

Odwołujący oparł zarzut na założeniu o pobieżnym przeanalizowaniu przez Zamawiającego cen złożonych w Postępowaniu ofert, ograniczonym wyłącznie do ustalenia, czy w sprawie zachodzą przesłanki do obligatoryjnego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Świadczyć miał o tym brak odpowiedzi Zamawiającego na wniosek o udostępnienie dokumentacji Postępowania (dowody O31 i O41), którym Odwołujący objął ofertę, wszystkie dokumenty i oświadczenia złożone przez Konsorcjum M. Niemniej jednak,

wbrew stanowisku Odwołującego, analiza taka została przez Zamawiającego wykonana, o czym świadczył okazany na rozprawie dokument zawierający ocenę realności cen składających się na cenę całkowitą poszczególnych ofert, w podziale na grupy robót i części zamówienia.

Odwołujący uzasadniając zarzut skupił się na porównywaniu cen poszczególnych grup robót składających się na przedmiot zamówienia, o czym świadczą dowody O32-O34, jak również wskazując na zaniżenie poszczególnych cen jednostkowych w kalkulacji ceny ofertowej Konsorcjum M, ze szczególnym uwzględnieniem wyceny pozycji dotyczącej związanej z myciem znaków i tablic (dowody O32-O34, O49-O50). Jakkolwiek Izba zgadza się z Odwołującym, że w ramach badania kwestii zasadności wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny lub kosztu (podobnie, jak w przypadku samego badania ceny lub kosztu) należy uwzględnić nie tylko całkowitą cenę (koszt), ale również, w uzasadnionych okolicznościach, ceny (koszty) składowe, co zresztą znajduje odzwierciedlenie w treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, posługującym się pojęciem istotnych części składowych ceny lub kosztu, tym niemniej nie jest wystarczające uzasadnianie zarzutów z tym związanych wyłącznie na podstawie arytmetycznych różnic pomiędzy ceną danej oferty a szacunkami zamawiającego, bądź cenami ofert innych wykonawców. W ocenie Izby konieczne jest nie tylko wskazanie, że kwestionowane składowe ceny (koszty) są - zgodnie z przywołanym przepisem - istotne, czyli w sposób wymierny wpływają na cenę oferty, ale również wykazanie jak w ich zakresie kształtują się ceny rynkowe. Takich argumentów Odwołujący Izbie nie dostarczył, omawiając wprowadzić szczegółowo przykład dotyczący mycia znaków i tablic (zob. dowód O49), tym niemniej, nawet w jego przypadku, nie wskazując w jaki sposób kształtują się ceny rynkowe dla tego elementu świadczenia.

Ponadto, zestawiając omówione powyżej dowody z dowodami przeciwnymi przedstawionymi przez Zamawiającego i Przystępującego (dowody Z6, Z7, PKM1, PKM12 i PKM16) i prezentowaną przez nich argumentacją na odparcie przedmiotowego zarzutu odwołania, można wyprowadzić zasadniczo jedynie takie wnioski, że - po pierwsze - Zamawiający otrzymuje oferty poniżej szacowanych kosztów realizacji zamówienia, co - jedynie na marginesie - rodzi wątpliwość w kwestii rzetelności szacunków (niezależnie od wskazywanych przezeń na rozprawie przyczyn takiego stanu rzeczy). Po drugie - wykonawcy przyjmują odmienne założenia towarzyszące kalkulowaniu cen ofert, które to - w przypadku założeń poczynionych przez Konsorcjum M - nie zostały przez Odwołującego podważone.

Wobec tego Izba orzekła, jak w pkt 1.2 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 1.3 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238 ze zm.), przy czym za nieuzasadnione okolicznościami sprawy (dogodne skomunikowanie siedziby Odwołującego z siedzibą Izby, czy korzystanie z własnego środka lokomocji) Izba uznała wydatki Odwołującego związane z noclegami pełnomocników.

Sygn. akt KIO 327/18

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Przystępującego, wykazu usług i referencji złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp oraz dokumentów złożonych przez Strony i Przystępującego w toku rozprawy. Skład orzekający nie stwierdził, aby ustalony na ich podstawie stan faktyczny wymagał powtórnego omówienia. Uzasadniając rozstrzygnięcia o poszczególnych zarzutach odwołania w dalszej części uzasadnienia zasygnalizowane zostaną ewentualnie najistotniejsze dla sprawy kwestie.

Odwołanie podlegało uwzględnieniu, jako że potwierdził się podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, będący następstwem nieuprawnionego uznania, że Wykonawca D wykazał spełnianie warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 7.2.2.a) SIWZ. Przy czym uwzględniony zarzut odwołania można było sprowadzić do następujących twierdzeń:

1. ujęte w wykazie usług złożonym przez Wykonawcę D nie było przez niego

faktycznie wykonywane;

2. ww. zamówienie nie zostało wykonane należycie
3. ww. zamówienie nie potwierdza spełniania przez Przystępującego wspomnianego warunku udziału w Postępowaniu z uwagi na brak zbieżności jego zakresu z zakresem zamówienia ujętym w treści warunku.

Poniżej Izba odniesie się kolejno do wskazanych okoliczności, pomijając jednocześnie wywoły odwołania związane z rażąco niską ceną oferty Przystępującego, jako że nie były one związane z żadnym z postawionych zarzutów, a nadto Odwołujący - pomimo przedstawienia w tym zakresie argumentacji - oświadczył, że zarzutu związanego z ceną oferty Wykonawcy D, nie stawia (argument ze str. 5 odwołania).

Ad 1

Podnoszona przez Odwołującego okoliczność potwierdziła się.

Tytułem wprowadzenia Izba wskazuje, że kwestia realności dysponowania przez wykonawcę określonym potencjałem, rozumianej jako rzeczywiste posiadanie przez niego określonych atrybutów, ma szczególne znaczenie w zamówieniach publicznych, które stanowią podstawowy sposób wydatkowania środków publicznych, niejednokrotnie na cele służące nie tylko zaspokajaniu potrzeb samego zamawiającego, ale, przykładowo społeczności lokalnych, czy szerzej - ogółu. Wykonawca takiego zamówienia musi zatem dawać rękojmię jego należytego wykonania, czemu służy instytucja warunków udziału w postępowaniu. Wywołana kwestia ma tym większe znaczenie, że ustawodawca wprowadził możliwość posługiwania się potencjałem podmiotów trzecich w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (art. 22a ust. 1 Pzp), nakładając na wykonawcę obowiązek udowodnienia zamawiającemu okoliczności dysponowania udostępnianym mu potencjałem (art. 22a ust. 2 Pzp). Z kolei na zamawiającego nałożony został obowiązek oceny m.in. czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zasoby pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 22a ust. 3 Pzp), skorelowany z uprawnieniem do żądania od wykonawcy, w razie negatywnej oceny tej kwestii, zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem (podmiotami), bądź zobowiązania się przez wykonawcę do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, po wykazaniu spełniania postawionych warunków udziału w postępowaniu (art. 22a ust. 6 Pzp). Brzmienie przywołanych przepisów, ustalone nowelizacją Pzp z 22 czerwca 2016 r., nie pozostawia zatem wątpliwości, że ustawodawca położył szczególny nacisk na realność dysponowania przez wykonawcę określonymi zasobami, choć także przed wspomnianą zmianą okoliczność realnego udostępnienia zasobów była eksponowana w orzecznictwie Izby.

Powyższy wywód został przeprowadzony nieprzypadkowo, ponieważ kwestia realności dysponowania zasobem nie ogranicza się wyłącznie do przypadków jego udostępnienia przez podmiot trzeci, ale również do jego samodzielnego posiadania przez wykonawcę, jeżeli taką deklarację złożył zamawiającemu. Przedmiotowe zagadnienie poruszone zostało w przywołanym przez Odwołującego wyroku TSUE w sprawie Esaprojekt, w którym Trybunał wypowiedział się m.in. w kwestii możliwości i zakresu powoływania się przez wykonawcę na zamówienie wykonane przez niego wspólnie z innymi podmiotami.

Zdaniem składu orzekającego uzasadnienie tego orzeczenia nie pozostawia wątpliwości, że o ile wykazywanie doświadczenia nabytego w związku z taką realizacją zamówienia jest co do zasady dopuszczalne, tym niemniej ograniczone zostało do tej części zamówienia realizowanego wspólnie, którą dany wykonawca rzeczywiście wykonywał. Zasadniczo nie mają, zdaniem Izby, znaczenia relacje podmiotowe towarzyszące wykonywaniu takiego zamówienia, tj. czy zamówienie było realizowane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, czy przez wykonawcę i jego podwykonawców. Istotny jest zakres, w jakim każdy ze wspomnianych podmiotów rzeczywiście partycypował w realizacji zamówienia. Przyjęcie odmiennego zapatrywania skutkować mogłoby nierównym traktowaniem wykonawców, ponieważ możliwość wykazywania się doświadczeniem przez wykonawcę, który zrealizował zamówienie w konsorcjum ograniczona byłaby wyłącznie do właściwej mu części tego zamówienia, podczas gdy ograniczenia takiego nie byłoby w przypadku wykonawcy, który zrealizował zamówienie przy udziale podwykonawców. Ponadto interpretacja taka stanowiłaby wypaczenie rozumienia kwestii realności dysponowania (posiadania) tym zasobem. Sytuacja, w której oceniany wykonawca nie realizował danej części zamówienia, ponieważ wykonał ją inny członek konsorcjum, w którym wykonawca taki uczestniczył nie różni się od przypadku nie zrealizowania części zamówienia, której wykonanie powierzone zostało podwykonawcy. W każdym z tych

przypadków oceniany wykonawca nie nabywał doświadczenia wynikającego z realizacji tej części zamówienia, która wykonana została przez inny podmiot. Przy czym zaznaczyć należy, że kwestii rzeczywistego wykonywania zamówienia nie można ograniczać wyłącznie do jego strony formalnej (wykazu, referencji), a dążyć do ustalenia faktycznego udziału wykonawcy w realizacji zamówienia, tj. do ustalenia w jakim zakresie wykonawca realizował czynności składające się na przedmiot danego zamówienia.

Kierując się przedstawionymi powyżej poglądami Izba uznała, że wskazane w wykazie usług zamówienie nie stanowi doświadczenia Wykonawcy D. Zdaniem składu orzekającego wykaz jest wadliwy w dwóch płaszczyznach - po pierwsze wskazuje na samodzielną realizację zamówienia przez Wykonawcę D, czego nie potwierdzają załączone do wykazu referencje wystawione na dwa podmioty - Przystępującego i Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. Ergo Wykonawca D przypisał wyłącznie sobie realizację zamówienia w całości, co w świetle poglądów wyrażonych przez TSUE we wspomnianym wyroku w sprawie Esaprojekt jest niedopuszczalne (Izba pomija przy tym możliwość nieodpłatnego wykonywania zamówienia przez partnera Wykonawcy D, jako sprzeczną z logiką prowadzenia działalności gospodarczej, którą jest wszak osiąganie zysku). Kwestia rzeczywistego udziału członków konsorcjum w realizacji zamówienia nie była przez zamawiającego badana, o czym świadczy korespondencja Zamawiającego z Odwołującym stanowiąca dowód O1, w szczególności odpowiedź Zamawiającego na pytanie 1, udzielona 12 lutego 2018 r.

Po drugie - niezależnie od powyższego ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że zamówienie wskazane w wykazie usług w ogóle nie było realizowane przez Wykonawcę D, a przez podwykonawców. Na wniosek taki pozwala, poza treścią wspomnianej referencji, przedstawiony przez Odwołującego dowód w postaci umowy konsorcjum (dowód O1), z której (§ 16 ust. 1) wynika, że przedmiot umowy (cały zakres robót) zostanie wykonany przy pomocy podwykonawców.

Izba nie dała wiary argumentacji Zamawiającego i Przystępującego oraz złożonym przez nich dowodom mającym przeczyć tezom stawianym przez Odwołującego.

Przede wszystkim ani okoliczność, że członkowie konsorcjum dzielili się wynagrodzeniem w określonym stosunku, ani fakt zawierania przez nich wspólnie umów z podwykonawcami, potwierdzone dowodami Z3 i PWD2, nie wnoszą niczego do oceny, czy faktycznie wykonywali oni czynności objęte przedmiotem zamówienia. Potwierdzenia stanowisk Zamawiającego i Wykonawcy D próżno również doszukiwać się w podpisaniu przez Przystępującego protokołu przekazania terenu (dowód PWD1), czy w udziale w spotkaniach z Zamawiającym (dowody Z4). Są one niewątpliwie związane z realizacją zamówienia, tym niemniej Przystępujący nie wykazał, aby przez udział w tych czynnościach nabył doświadczenie w świadczeniu usług utrzymaniowych, będących przedmiotem spornego zamówienia.

W powyższym kontekście zbędne było odwoływanie się do profilu działalności Przystępującego, jako rzekomej przyczyny zlecenia wykonania zamówienia podwykonawcom i dowodzenie tej okoliczności przy pomocy wydruku ze strony internetowej Wykonawcy D (dowód O8). W płaszczyźnie ustalania rzeczywistego udziału w wykonaniu zamówienia nie mają znaczenia adresowane do ogółu informacje handlowe o branży w jakiej działa Przystępujący. Innymi słowy, gdyby Wykonawca D, bądź Zamawiający, wykazali, że Przystępujący rzeczywiście wykonywał przedmiot umowy oraz w jakiej wysokości, to nawet przy informacji ze strony internetowej, że nie prowadzi działalności w profilu zgodnym z przedmiotem zamówienia zarzut odwołania podlegałby oddaleniu.

Podobnie, za zbędne Izba uznała dowody O4 i O5 oraz związane z nimi szczegółowe roztrząsanie zakresu i przyczyn zmian postanowień umowy odnoszących się do kwestii podwykonawstwa. W powyższym zakresie wystarczające było odwołanie się do treści umowy zawartej z konsorcjum, w skład którego wchodził Wykonawca D. Z kolei dowód O6 nie dotyczył okoliczności, które były sporne, zatem szczegółowe odnoszenie się do jego treści nie jest celowe.

Ad 2

Okoliczność nie potwierdziła się.

Izba nie zgadza się z Odwołującym, że użycie przez Zamawiającego w treści wydanej Przystępującemu referencji, że zamówienie w nich opisane zostało wykonane „w znacznej części należycie” dyskwalifikuje ten dokument jako potwierdzający należyte wykonanie

zamówienia, a zarazem samo zamówienie jako nie potwierdzające spełniania warunku udziału w Postępowaniu. W ocenie składu orzekającego naliczenie kary umownej w niewielkiej (52.775,71 zł) w stosunku do wartości całego zamówienia (127.647.842,01 zł) wysokości nie pozwala na uznanie, że zamówienie zostało wykonane nienależycie. Doświadczenie życiowe podpowiada, że przy realizacji dużych i skomplikowanych zamówień, jak w tej sprawie, przypadki uchybień w toku realizacji kontraktów nie są rzadko spotykane. Ponadto, jak wynika z dowodów przedstawionych przez Przystępującego (PWD3), kara umowna naliczona została w związku z dwoma zdarzeniami, które w ocenie Izby nie dotyczyły świadczeń kluczowych dla całkowitej oceny jakości wykonanych usług. Co więcej, naliczenie kary umownej w związku z realizacją zamówienia podanego w wykazie usług Przystępującego nie stało ostatecznie na przeszkodzie wystawieniu referencji, które skład orzekający traktuje jako dokument polecający usługi świadczone m.in. przez Wykonawcę D innym podmiotom.

Ad 3

Okoliczności wskazywane przez Odwołującego potwierdziły się częściowo.

Treść warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.2.a) SIWZ jednoznacznie wskazuje na obszar, w jakim wykonawca miał wykazać się doświadczeniem - jest nim bieżące utrzymanie dróg. Zamawiający zdefiniował to pojęcie wskazując, że obejmuje ono (niezależnie od obszernej analizy językowej i stylistycznej Odwołującego, zawartej w piśmie procesowym z 13 marca 2018 r.) świadczenie usług utrzymania m.in. drogi, obiektów mostowych, czy czystości. Nie było sporu co do okoliczności, że zamówienie wskazane przez Wykonawcę D nie obejmowało utrzymywania obiektów mostowych (potwierdzają to również dowody O2 i O3). O okoliczności, że Zamawiający odróżnia pojęcie „utrzymywania” od „utrzymywania czystości” świadczy, poza samą treścią przedmiotowego warunku, również fakt, że równoległe z zamówieniem ujętym w wykazie usług Przystępującego Zamawiający prowadził postępowanie, którego przedmiotem było zawarcie umów ramowych na roboty budowlane w zakresie bieżącego utrzymania obiektów inżynierskich (dowód O7), również dotyczące dróg administrowanych przez Zamawiającego. W konsekwencji uprawniony jest także wniosek, że sporne zamówienie nie mogło obejmować utrzymania obiektów inżynierskich, bowiem wówczas postępowanie w tym przedmiocie byłoby w istocie zbędne.

Izba nie dała wiary twierdzeniom Zamawiającego opartym na dowodach Z2, jakoby przez ujęte w treści warunku udziału z pkt 7.2.2.a) SIWZ utrzymywanie czystości należało rozumieć jako utrzymywanie czystości na obiektach inżynierskich. Taki zabieg interpretacyjny jest - w świetle przedstawionej powyżej argumentacji - nieuprawniony.

W konsekwencji Izba uznała, że Wykonawca D nie wykazał się doświadczeniem przy realizacji zamówienia opisanego w treści warunku udziału w Postępowaniu z pkt 7.2.2.a) SIWZ.

W pozostałym zakresie Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego. Przede wszystkim chybione było twierdzenie o zachodzących pomiędzy wykazem usług a referencjami sprzecznościach. Dokumenty te w istocie uzupełniały się i choć rolą referencji jest zasadniczo potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, nie jest wykluczona możliwość zamieszczenia w jej treści innych jeszcze informacji, które powinny być przez zamawiającego działającego z należytą starannością, odczytywane łącznie. Stąd twierdzenia o zaniechaniu szczegółowego opisanie w wykazie rodzajów świadczonych usług, czy klasy dróg, na których były wykonywane, ad casum nie mogły się ostać. Istotna jest również kwestia, że odbiorcą kwestionowanych usług był sam Zamawiający, który dodatkowo potwierdził klasę dróg dowodem Z1.

Reasumując wywody ad 1 - ad 3 Izba uznała, że Zamawiający niezasadnie przyjął, jakoby usługa wskazana w wykazie potwierdzała spełnianie przez Przystępującego warunku udziału w Postępowaniu z pkt 7.2.2.a) SIWZ, dopuszczając się naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp i art. 91 ust. 1 Pzp.

W nawiązaniu do powyższego skład orzekający przyjął, że Wykonawca D powinien zostać jednak wezwany, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia wykazu usług, bowiem nie uwzględniono zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. W tym zakresie, nawiązując do teoretycznych rozważań o możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd w sytuacji przedstawiania informacji dotyczących zamówienia, które realizowane było na jego rzecz, skład orzekający uznał, że sprzeczne z logiką byłoby podejmowanie w takich okolicznościach prób wytworzenia u zamawiającego mylnego wyobrażenia o rzeczywistości.

Nie sposób zatem twierdzić, że Przystępującemu można przypisać działanie w warunkach chociażby lekkomyślności, która obok obiektywnej nieprawdziwości informacji (niezgodności z rzeczywistym stanem rzeczy) jest elementem sine qua non przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Wykonawca D działał w zaufaniu do pewnej praktyki, ugruntowanej w zamówieniach publicznych w okresie poprzedzającym orzeczenie w sprawie Esaprojekt, a ponadto błędnie zinterpretował wskazania z niego płynące, jako ograniczone wyłącznie do członków konsorcjum.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w pkt 2.1 i 2.2 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2.3 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie: