Sygn. akt: KIO 2597/18

WYROK

z dnia 8 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aleksandra Patyk

Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej**w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach,**

przy udziale wykonawcy **Mostmarpal Sp. z o.o. z siedzibą w Zarzeczu**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2597/18 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego – wykonawcy **Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej** na rzecz Zamawiającego – **Zarządu Dróg Wojewódzkich w Katowicach** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 **Katowicach.**

Przewodniczący:……..

Sygn. akt: KIO 2597/18

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *zabezpieczenie korpustu drogowego i przebudowę odcinka drogi wojewódzkiej nr 781 od km 52+600 do km 52+850 wzdłuż rzeki Kocierzanka w miejscowości Kocierz Moszczanicki* (znak postępowania: WM/P/181018/1).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznychw dniu 8 listopada 2018 r. pod numerem 646038-N-2018.

W dniu 17 grudnia 2018 r. wykonawca Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej [dalej „Odwołujący" lub „SANEL"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który nie spełnia postawionych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu,

2. art. 22a ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru wykonawcy, który nie udowodnił, że w trakcie realizacji zamówienia będzie dysponował zasobami podmiotów, na które się powołuje, a przeciwnie - z oferty Mostmarpal Sp. z o.o. z siedzibą w Zarzeczu [dalej „Mostmarpal"] wynika, iż nie dysponuje tymi zasobami,

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Mostmarpal z postępowania pomimo niewykazania spełnienia warunków udziału
w postępowaniu w zakresie,

4. art. 24 ust. 1 pkt 17 alternatywnie pkt 16 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie
i zaniechanie wykluczenia Mostmarpal z postępowania pomimo, iż wykonawca ten
w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu i wprowadzające Zamawiającego w błąd co do potencjału kadrowego i posiadanych zasobów umożliwiających wykonanie zamówienia,

5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Mostmarpal pomimo, iż oferta tego wykonawcy nie jest zgodna z treścią SIWZ,

6. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Mostmarpal pomimo, iż

wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania,
7. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Mostmarpal pomimo, iż oferta tego wykonawcy jest sprzeczna z ustawą gdyż nie określa istotnych postanowień przyszłej umowy,
8. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego wadliwe zastosowanie i dokonanie wyboru oferty Mostmarpal niezgodnie z treścią SIWZ poprzez zawyżenie punktacji i pomimo istnienia podstaw skutkujących odrzuceniem Mostmarpal z postępowania,
9. art. 7 ustawy Pzp w związku z naruszeniem ww. przepisów poprzez preferowanie oferty Mostmarpal i brak egzekwowania wymagań ustawy i SIWZ w odniesieniu do tego wykonawcy - w zakresie opisanym w uzasadnieniu odwołania - co stanowi naruszenie zasady równości wykonawców i zasady uczciwej konkurencji.
Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów, tj.:
1. z protokołu postępowania wraz z załącznikami – w szczególności:
   a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązującej w postępowaniu, na okoliczność warunków postawionych przez Zamawiającego,
   b) oferty złożonej przez Mostmarpal, na okoliczność braku spełnienia warunków,
   c) dokumentów zawierających żądania Zamawiającego skierowane do Mostmarpal i udzielone odpowiedzi oraz przedstawione dokumenty,
2. dokumentów przedstawionych na rozprawie.
Ponadto Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ekonomii w celu potwierdzenia, iż Mostmarpal nie posiada zdolności finansowej umożliwiającej wykonanie zamówienia objętego postępowaniem oraz tego, że dokumenty złożone przez Mostmarpal w toku postępowania nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. wykluczenia z postępowania Mostmarpal i odrzucenia oferty Mostmarpal,
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny przedmiotowej sprawy. Wskazał, iż dokonany wybór oferty najkorzystniejszej jest sprzeczny z ustawą i SIWZ, co czyni odwołanie zasadnym i koniecznym: a) zdaniem Odwołującego Mostmarpal przedstawiło w toku postępowania nierzetelne informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, b) Mostmarpal nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zatem Zamawiający winien wykluczyć Mostmarpal z postępowania i w konsekwencji winien odrzucić ofertę Mostmarpal oraz c) niezależnie od wcześniejszych zarzutów, Zamawiający popełnił błąd przy ocenie punktowej ofert - oferta Mostmarpal została wadliwie oceniona, gdyż przyznano jej zbyt dużą liczbę punktów.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż niezależnie od innych zarzutów oferta Mostmarpal jest wewnętrznie sprzeczna a zatem powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1
pkt 1 ustawy Pzp - bowiem jest sprzeczna z ustawą i - w ujęciu materialnym - nie można jej przypisać waloru oferty w rozumieniu art. 66 ust. 1 kodeksu cywilnego - bowiem nie określa istotnych postanowień umowy a za takie należy uznać postanowienia dotyczące podwykonawców i udostępnienia zasobów.

Zdaniem Odwołującego sanowanie popełnionych błędów skutkować będzie uznaniem oferty Odwołującego za najkorzystniejszą, gdyż uzyska największą liczbę punktów.

Dalej Odwołujący przedstawił wady oferty wykonawcy Mostmarpal wskazując, iż ww. wykonawca w formularzu oferty w pkt 5. a) nie wskazał podwykonawcy, z kolei w pkt 5. b) wskazał, iż: a) zamierza powierzyć realizację części zamówienia: firmie W. G. prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą WGB Firma Usługowo - Handlowa W. G. w Węgierskiej Górce [dalej „WGB"] oraz firmie SBL Żelbet Sp. z o.o. z siedzibą w Lędzinach [dalej „SBL"], b) i jednocześnie na potencjał tych dwóch przedsiębiorców powołuje się w celu wykazania spełnienia warunku.
Następnie Odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią załącznika nr 3 do oferty Mostmarpal oświadczył, iż: a) powołuje się na zasoby WGB i SBL - bez wskazania, że będą to podwykonawcy, b) podwykonawcą będzie STRABAG Infrastruktura Południe sp. z o.o.
z siedzibą w Wysokiej [dalej „Strabag"] - podano także właściwy dla tej spółki numer KRS
i NIP a zatem nie jest to pomyłka, c) przyjmując, iż zasoby udostępniły firmy WGB i SBL to jednak Mostmarpal nie będzie realnie korzystał z ich zasobów w toku realizacji zamówienia
a to dlatego, iż jedynym podwykonawcą jest Strabag, d) Mostmarpal nie udowodnił, że realizując zamówienia będzie faktycznie dysponował zasobami firm WGB i SBL - nie są one przewidziane do realizacji jakiejkolwiek części robót budowlanych a zatem wykorzystanie zasobów tych firm jest nierealne i niemożliwe.
Odwołujący podniósł, że analogiczny jak wyżej wniosek należy wyprowadzić z treści załącznika nr 4 do oferty. W

załączniku tym Mostmarpal oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu wskazane w pkt 5 (w odwołaniu użyto określenia Rozdział 5) - co nie jest prawdą a zatem wykonawca winien być wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 alternatywnie pkt 17 ustawy Pzp. Ponadto Zamawiający wymagał, aby*wskazać podmiot i określić odpowiedni zakres dla wskazanego podmiotu* - Mostmarpal wskazał, iż firmy WGB i SBL będą wykonywały mur oporowy- oferta nie wskazuje *odpowiedniego* zakresu robót dla tych firm. Nawet jeśli uznać za dopuszczalne powierzenie wykonania tej samej roboty dwóm firmom to dla każdej z nich należało podać właściwy zakres robót - oferta nie zawiera takiej informacja a zatem powinna być odrzucona.

Następnie Odwołujący wskazał, iż w ofercie znajduje się dokument „Zobowiązanie innego podmiotu" - chodzi o deklaracje SBL i WGB o poleganiu na ich zdolnościach technicznych. Wskazał, że SBL w pkt 4. i 5. deklaracji oświadczyło, iż będzie podwykonawcą i „*weźmie udział w robotach żelbetowych*" - roboty żelbetowe nie są tożsame z wykonywaniem muru oporowego a jedynie o murze oporowym mówił Mostmarpal w załączniku nr 5. WGB w pkt 4. i 5. deklaracji potwierdziło, iż*jako podwykonawca* weźmie udział w wykonywaniu robót budowlanych w zakresie *wykonania muru oporowego.* Odwołujący wskazał, iż zgodnie z deklaracją zawartą w pkt 5 oferty jedynym podwykonawcą miał być Strabag, który jednak nie udostępnił Mostmarpal swoich zasobów.

Powyższe zdaniem Odwołującego wskazywało na to, iż mamy do czynienia z sytuacją, gdzie: a) zasoby udostępniają SBL i WGB, b) zasoby nie są skutecznie udostępnione bo SBL i WGB nie są zgodnie z treścią oferty - podwykonawcami robót budowlanych, c) jedynym podwykonawcą ma być Strabag, ale Strabag nie udostępnia zasobów, d) WGB i SBL miały - zgodnie z oświadczeniem wykonawcy - wykonać mur oporowy, ale SBL deklaruje wykonanie robót żelbetowych a zakres robót przy murze oporowym nie został określony, e) usunięcie tych wszystkich błędów nie jest możliwe bez istotnej zmiany treści oferty. Zmiany takie można by wyprowadzić dopiero po przeprowadzeniu negocjacji co jest niedopuszczalne w świetle dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący podniósł, że Mostmarpal nie powinien uzyskać punktów w ramach kryteriów oceny ofert za realizacje wykazane przez Pana inż. M. K. w pkt 2, 3, 4, 5, 6 oświadczenia z dnia 26 listopada 2018 r.

W zakresie realizacji z pkt 2: Zabezpieczenie przeciwpowodziowe miasta Lwówek Śląski - budowa nr 24 Odwołujący wskazał, iż: a) zabezpieczenie przeciwpowodziowe nie jest samo w sobie mostem i nie jest obiektem mostowym - jednocześnie nie można ustalić co kryje się pod określeniem „budowa nr 24" i nie wynika to też z treści oświadczenia załączonego do oferty, b) informacja ta została złożona w celu uzyskania większej ilości punktów a zatem dokument ten nie podlega uzupełnieniu w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - tryb ten jest zastrzeżony jedynie dla dokumentów potwierdzających spełnienie warunku oraz c) ustalenie czy „budowa 24" jest mostem lub obiektem mostowym wymaga niedopuszczalnego uzupełnienia oferty albo niedopuszczalnych negocjacji - tym samym punkty nie mogą być przyznane.

Odnośnie realizacji wskazanej w pkt 3: Rozbiórka uszkodzonego mostu i budowa nowego (...) Odwołujący podał, iż: a) z informacji znajdujących się w ofercie Mostmarpal złożonej na realizację tego zadania wskazano, iż kierownikiem budowy będzie R. S. a zatem inna osoba - punkty nie powinny być przyznane a wykonawca winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 alternatywnie pkt 17 ustawy Pzp, b) jeżeli okazałoby się, że w rzeczywistości funkcję sprawował inż. M. K., to punkty nie powinny być przyznane, gdyż w oświadczeniu jednoznacznie wskazano, że mamy do czynienia z dwoma robotami (być może realizowanymi na podstawie jednej umowy), c) pierwsza robota to rozbiórka mostu, d) druga robota to budowa nowego mostu, e) kryterium odnosi się do doświadczenia zdobytego na budowie lub przebudowie obiektu mostowego - skoro były dwa obiekty to oceniać je należy rozdzielnie, f) informacja ta została złożona w celu uzyskania większej ilości punktów a zatem dokument ten nie podlega uzupełnieniu w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - tryb ten jest zastrzeżony jedynie dla dokumentów potwierdzających spełnienie warunku. Ustalenie wartości robót rozbiórkowych dla mostu i ustalenie wartości robót dla nowobudowanego mostu wymaga niedopuszczalnego uzupełnienia oferty albo niedopuszczalnych negocjacji - tym samym punkty nie mogą być przyznane, gdyż Mostmarpal nie podał wartości obiektów.

W przedmiocie realizacji wskazanej w pkt 4: Rozbudowa ul. Zapora i ul. Tartacznej wraz z budową mostu w Bielsku-Białej - Etap III A Odwołujący podał, iż: a) podobnie jak wcześniej, z informacji znajdujących się w ofercie Mostmarpal złożonej na realizację tego zadania wskazano, iż kierownikiem budowy będzie R. S. a zatem inna osoba - punkty nie powinny być przyznane a Wykonawca winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 alternatywnie pkt 17 ustawy Pzp, b) jeżeli okazałoby się, że w rzeczywistości funkcję sprawował inż. M. K., to punkty nie powinny być przyznane, gdyż w oświadczeniu jednoznacznie wskazano, że mamy do czynienia z trzema robotami (być może realizowanymi na podstawie jednej umowy), czyli rozbudowa ul. Zapora, rozbudowa ul. Tartacznej i budowa mostu - punkty mogły być przyznane tylko za budowę mostu, c) informacja ta została złożona w celu uzyskania większej ilości punktów a zatem dokument ten nie

podlega uzupełnieniu w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - tryb ten jest zastrzeżony jedynie dla dokumentów potwierdzających spełnienie warunku. Ustalenie wartości robót dla budowy mostu wymaga niedopuszczalnego uzupełnienia oferty albo niedopuszczalnych negocjacji - tym samym punkty nie mogą być przyznane, gdyż Mostmarpal nie podał wartości obiektu mostowego.

W zakresie realizacji wskazanej w pkt 5: Rozbudowa ulicy Miłej (...) wraz
z przebudową mostu Odwołujący argumentował, iż: a) podobnie jak we wcześniejszych przypadkach informacja ta została złożona w celu uzyskania większej ilości punktów a zatem dokument ten nie podlega uzupełnieniu w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - tryb ten jest zastrzeżony jedynie dla dokumentów potwierdzających spełnienie warunku,
b) ustalenie wartości robót dla budowy mostu wymaga niedopuszczalnego uzupełnienia oferty albo niedopuszczalnych negocjacji - tym samym punkty nie mogą być przyznane, gdyż Mostmarpal nie podał wartości robót dla mostu.

Odnosząc się do realizacji wskazanej w pkt 6: Rozbudowa skrzyżowania (...) wraz
z rozbudową mostu (...) Odwołujący podniósł, że: a) analogicznie jak poprzednio informacja ta została złożona w celu uzyskania większej ilości punktów a zatem dokument ten nie podlega uzupełnieniu w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - tryb ten jest zastrzeżony jedynie dla dokumentów potwierdzających spełnienie warunku, b) ustalenie wartości robót dla budowy mostu wymaga niedopuszczalnego uzupełnienia oferty albo niedopuszczalnych negocjacji - tym samym punkty nie mogą być przyznane, gdyż Mostmarpal nie podał wartości robót dla mostu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 stycznia 2019 r. wniósł o:
1. odrzucenie odwołania na zasadzie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, tj. ze względu na wniesienie odwołania przez podmiot, któremu nie przysługuje interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp,
2. odrzucenie odwołania na zasadzie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. ze względu na wniesienie odwołania z naruszeniem ustawowego terminu,
3. w przypadku braku odrzucenia odwołania - o skierowanie sprawy do rozpoznania na rozprawie,
4. oddalenie odwołania,
5. dopuszczenie i przeprowadzenie wszystkich dowodów wskazanych przez Zamawiającego na podane okoliczności,
6. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg faktury przedłożonej podczas rozprawy.

Zamawiający podniósł, że zadaniem komisji przetargowej jest wskazanie najkorzystniejszej oferty, natomiast wybór oferty a w konsekwencji podpisanie umowy na roboty budowlane może nastąpić wyłącznie wówczas, kiedy Zamawiający dysponuje odpowiednimi środkami finansowymi. W konkretnym przypadku Zamawiający dysponował kwotą 5 399 991,88 zł natomiast Odwołujący zaoferował kwotę 5 851 383,60 zł, stąd ewentualny nakaz dokonania wyboru przez Zamawiającego oferty firmy SANEL Sp. z o.o. nie może być skuteczny, gdyż po stronie Zamawiającego brak jest środków pozwalających na dokonanie wyboru oferty Odwołującego. W konsekwencji stwierdzić należy, iż Odwołującemu nie przysługuje interes we wniesieniu odwołania, gdyż jego oferta i tak nie mogłaby zostać wybrana, a to ze względu na zbyt wysoką cenę.

Zamawiający wskazał, iż z zarzutami odwołania nie sposób się zgodzić. Zamawiający podniósł, że rozstrzygnięcie przetargu polegające na stwierdzeniu, iż oferta Mostmarpal jest najkorzystniejsza było słuszne. W ocenie Zamawiającego spełnienie przez Mostmarpal wymagań opisanych w kryterium „zdolności techniczne i zawodowe" nie budziło jakichkolwiek wątpliwości, a ww. wykonawca w dostateczny sposób udowodnił spełnienie wymogów dotyczących tego kryterium.

Zamawiający argumentował, iż wbrew zarzutom Odwołującego, Zamawiający nie doszukał się jakichkolwiek wewnętrznych sprzeczności w ofercie Mostmarpal, uznając ją za ofertę w rozumieniu art. 66 k.c. Wskazał również, iż to do Zamawiającego należy rozstrzygnięcie, czy przedłożone dokumenty budzą jakiekolwiek wątpliwości. W niniejszym przypadku takie wątpliwości się nie pojawiły, w konsekwencji czego Zamawiający uznał ofertę wykonawcy Mostmarpal za niewadliwą.

Dalej Zamawiający wskazał, iż dokonując oceny oferty złożonej przez Mostmarpal Zamawiający nie dopatrzył się jakichkolwiek uchybień, które mogłyby skutkować odrzuceniem oferty. Tym bardziej za bezzasadne Zamawiający ocenia zarzuty rzekomego przedstawienia informacji nierzetelnych czy też wprowadzających w błąd.

Zamawiający podniósł, że nie dopatrzył się takich wadliwości oferty Mostmarpal, które można by uznać za wewnętrzne sprzeczności, prowadzące w konsekwencji do odrzucenia oferty na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego Mostmarpal
w dostateczny sposób opisała w ofercie postanowienia umowy dot. podwykonawców. W pkt. 5 lit. b oferty wskazano, iż Mostmarpal będzie korzystała z zasobów WGB Firmy Usługowo - Handlowej W. G. oraz SBL Żelbud Sp. z o.o Okoliczność ta została następnie potwierdzona oświadczeniami złożonymi przez osoby uprawnione do reprezentacji poszczególnych przedsiębiorstw.

W ocenie Zamawiającego przedstawione w tym zakresie informacje były logiczne, spójne i przekonywujące. Podkreślić należy, iż Mostmarpal mogła powoływać się na zasoby zarówno WGB, jak i SBL, gdyż oba te podmioty wyraziły na to zgodę. Z perspektywy Zamawiającego istotne było to, czy podmioty te będą podwykonawcami w rozumieniu

art. 647^1 § 1 k.c. Takich właśnie podwykonawców należało zgłosić Zamawiającemu w pkt. 5 lit. a oferty. Zamawiający uzasadniał, że wskazanie zarówno WGB, jak i SBL jako podmiotów, na zasobach których Mostmarpal zamierzała bazować bynajmniej nie jest wykluczone. Podmioty te mogą bowiem realizować prace np. w zakresie robót żelbetowych czy też przy wykonywaniu muru oporowego będąc jedynie usługodawcami, wynajmującymi sprzęt itp. W takim przypadku podmioty te nie będą podwykonawcami w rozumieniu art. 647^1 § 1 k.c., gdyż nie będą wykonywały robót budowlanych. Tym samym podmioty te mogą być jednocześnie podwykonawcami w rozumieniu art. 2 pkt 9b ustawy Pzp, jak i nie być podwykonawcami w rozumieniu art. 647^1 § 1 k.c.

Zamawiający zwrócił uwagę również na konstrukcję pkt. 5 formularza ofertowego. Zawierał on 2 jednostki redakcyjne (lit. a oraz lit. b), poświęcone dwóm różnym kategoriom przypadków: podwykonawcom (lit. a) oraz podmiotom, na których potencjale miał polegać wykonawca (lit. b). Zarówno do pierwszej, jak i do drugiej grupy podmiotów odnosiło się natomiast sformułowanie „część zamówienia zamierzamy powierzyć". Skoro zatem wyodrębnione zostały 2 kategorie podmiotów, którym można powierzyć części zamówienia, to oczywiste jest, że rozróżnienie to miało swoje uzasadnienie. Takim uzasadnieniem była chęć wyróżnienia podwykonawców, wobec których Zamawiający zlecający wykonanie robót budowlanych mógłby ponosić subsydiarną odpowiedzialność, oraz innych podmiotów. Nie może przy tym ulegać wątpliwości, że także te podmioty, o których mowa w pkt. 5 lit. b formularza ofertowego mogą wykonywać część zadania, gdyż także do nich odnosiło się sformułowanie „cześć zamówienia zamierzamy powierzyć". W konsekwencji uznać należy, iż zarówno SBL, jak i WGB skutecznie udostępniły zasoby.

W odniesieniu do pkt. 5 cz. I formularza ofertowego Zamawiający zaznaczył, iż wskazane tam zostało wyraźnie „niepotrzebne skreślić". W ocenie Zamawiającego brak skreślenia i pozostawienie pustej rubryki dotyczącej podwykonawców miało ten skutek, że

w zamierzeniu Mostmarpal miało odsyłać do treści innych dokumentów. Skoro zaś w innych dokumentach pochodzących od wykonawcy oraz od podwykonawców w sposób wyraźny określono zarówno podmioty, które miały być podwykonawcami jak i zakres robót zlecanych podwykonawcom, to Zamawiający bez trudu mógł zdekodować treść oferty w zakresie odnoszącym się do powierzenia części robót podwykonawcom. W ocenie Zamawiającego kluczowe znaczenie ma zaś fakt, że dla Zamawiającego treść oferty w tym zakresie była oczywista i nie budziła wątpliwości, w tym w szczególności brak było wątpliwości interpretacyjnych.

Zamawiający argumentował, iż należy zwrócić szczególną uwagę na fakt, że oferta wraz z wszystkimi załącznikami stanowi jedną spójną całość. Zgodnie z formularzem ofertowym punkt 5, w przypadku braku podwykonawców należało skreślić podpunkt a), czego prawidłowo w ofercie firmy Mostmarpal nie uczyniono, gdyż zapis odnośnie podwykonawstwa firm SBL Żelbet i WGB znajdował się w załącznikach do oferty tj. treści zobowiązania innego podmiotu. Podsumowując, Mostmarpal w formularzu ofertowym pozostawił podpunkt a) gdyż podwykonawstwo wykazano w załącznikach do Oferty

w postaci zobowiązań innych podmiotów. Również z treści zobowiązań innych podmiotów wynika zakres podwykonawstwa, tj. roboty żelbetowe (które są tożsame z wykonaniem muru oporowego, gdyż mur oporowy jest jedyną konstrukcją żelbetową w przedmiotowym zadaniu) w przypadku firmy SBL oraz wykonanie muru oporowego przez WGB.

Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z art. 36a ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy a zgodnie

z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp może tego dokonać również w trakcie realizacji zamówienia. Powyższe wykazuje, że Mostmarpal na każdym etapie realizacji zamówienia może zgłaszać podwykonawców, stąd nie wyszczególnienie firm SBL Żelbet i WGB jw. na formularzu ofertowym jako podwykonawców nie oznacza braku takiej możliwości na etapie realizacji robót.

Kolejno Zamawiający argumentował, iż wykazane przez Mostmarpal doświadczenie inż. M. K. nie wzbudziło zastrzeżeń. Zamawiający w konsekwencji przyznał ww. wykonawcy maksymalną liczbę punktów, tj. 10.

W odniesieniu do realizacji podanej pod numerem 2 oświadczenia inż. M. K. Zamawiający podał, że nie wzbudziło ono zastrzeżeń Zamawiającego. Wskazał, iż cechą charakterystyczną robót w zakresie zabezpieczenia przeciwpowodziowego jest konieczność budowy również obiektów mostowych w rozumieniu przepisu § 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (tj. w: Dz.U. 2015, poz. 331). Zgodnie z tą definicją pod pojęciem obiekt mostowy rozumie się „budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji

gospodarczej nad przeszkodą terenową, w szczególności: most, wiadukt, estakadę, kładkę". W ocenie Zamawiającego możliwość wykonania obiektu mostowego w toku prac nad wykonaniem zabezpieczenia przeciwpowodziowego nie wzbudziła zastrzeżeń.

W odniesieniu do pracy podanej przez inż. M. K. pod nr 3 Zamawiający podał, że Zamawiający również i w tym przypadku nie miał wątpliwości. W oświadczeniu wskazano bowiem, że inż. M. K. pełnił funkcję kierownika budowy/kierownika robót w okresie od września do grudnia 2014 toku, tj. przez 4 miesiące. Ustawa Prawo budowlane dopuszcza, a w niektórych przypadkach wręcz nakazuje aby poza kierownikiem budowy (równolegle z pełnieniem przez niego obowiązków) udział w postępowaniu brali również kierownicy robót poszczególnych branż. Zamawiający przyznawał dodatkowe punkty za doświadczenie na stanowisku kierownik budowy/kierownik robót. Nie jest zatem wykluczone, że poza kierownikiem budowy funkcja kierownika robót mostowych była sprawowana przez inną osobę (również w tym samym czasie). Nadmienić przy tym należy, iż ocenie podlegało pełnienie funkcji kierownika budowy/kierownika robót, bez wskazania okresu, w jakim dana osoba miałaby pełnić tę funkcję. Zamawiający nie postawił bowiem wymogu pełnienia funkcji kierownika budowy/kierownika robót przez cały okres trwania inwestycji. Nie ma racji Odwołujący także w zakresie, w jakim twierdzi, że prace wskazane pod nr. 3 to odrębne roboty. Wprost przeciwnie - w oświadczeniu inż. M. K. wskazano wyraźnie, że chodzi o „rozbiórkę uszkodzonego mostu i budowę nowego obiektu mostowego". Dzięki zastosowaniu spójnika „i", statuującego koniunkcję, oczywiste jest, że w tym przypadku chodziło o jedno zamówienie, rozpatrywane łącznie. Tym samym brak jest podstaw po temu, by dzielić wartość zamówienia na roboty w zakresie rozbiórki i budowy nowego obiektu. Podobne dzielenie zamówienia byłoby sprzeczne z normą przepisu art. 5b ustawy Pzp.

Dalej Zamawiający wskazał, iż podobnie jak w przypadku realizacji opisanej pod nr. 3, także w przypadku inwestycji opisanej w oświadczeniu inż. M. K. pod nr. 4 Zamawiający nie powziął wątpliwości co do prawdziwości podanych informacji. W oświadczeniu wskazano bowiem, że inż. M. K. pełnił funkcję kierownika budowy/kierownika robót w okresie od maja do września 2015 roku, tj. przez 5 miesięcy. Także i w tym przypadku nie jest zatem wykluczone, że przez pozostały czas realizacji inwestycji funkcja kierownicza była sprawowana przez inną osobę. Wedle przekazanej informacji, inż. M. K. miał pełnić funkcję kierownika budowy/kierownika robót dla całego zadania inwestycyjnego, zatem niedopuszczalne byłoby jego podzielenie, stosownie do przepisu art. 5b ustawy Pzp. Ponadto wskazać należy, iż w treści rozdz. 24 ust. 5 formularza ofertowego nie wynika, by wartość 1.000.000,00 zł miała dotyczyć wyłącznie samego obiektu mostowego. Kwota ta dotyczyła bowiem niepodzielnie całego zadania inwestycyjnego, obejmującego budowę lub przebudowę obiektu mostowego.

Następnie Zamawiający wskazał, iż zarzuty podniesione przez Odwołującego nie są zasadne także w przypadku inwestycji opisanych przez inż. M. K. pod nr. 5 i 6. W ocenie Zamawiającego brak jest jakichkolwiek przesłanek po temu, by dzielić zamówienie na część mostową oraz pozostałe roboty. Zamawiający w sposób wyraźny postawił w formularzu ofertowym wymóg by wartość całego zamówienia, a nie tylko jego części, wynosiła co najmniej 1.000.000,00 zł brutto. Tym samym w obu omawianych przypadkach Zamawiający nie miał wątpliwości co do tego, że Mostmarpal sprostała postawionym wymogom i powinna otrzymać po 2 punkty za każdą z realizacji.

Nadto Zamawiający podniósł, iż stanowczo odrzuca podniesiony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp poprzez preferowanie oferty Mostmarpal. Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach dokłada najwyższych starań, by wszelkie zamówienia publiczne były udzielane w sposób transparentny, z dochowaniem wymogów stawianych przepisami prawa powszechnie obowiązującego - w tym art. 7 ustawy Pzp. W związku z tym Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach poczytuje zarzut preferencyjnego traktowania Mostmarpal jako naruszenie dóbr osobistych Województwa Śląskiego i rozważa podjęcie
w związku z dokonanym naruszeniem stosownych kroków prawnych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń
i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, tj. ze względu na wniesienie odwołania przez podmiot, któremu nie przysługuje interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp. W powyższym zakresie Izba wskazuje, iż przesłanka dotycząca interesu w uzyskaniu zamówienia ma charakter materialnoprawny i podlega badaniu na rozprawie. Jej spełnienie stanowi podstawę do dalszej, merytorycznej oceny zarzutów. Ewentualne zaprzeczenie naruszenia interesu wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia może prowadzić do oddalenia odwołania, a nie jego odrzucenia bez merytorycznego rozpoznania zarzutów (tak KIO w wyroku z dnia 15 stycznia 2018 r. sygn. akt: KIO 21/18).

Nadto Izba oddaliła Izba wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3

ustawy Pzp, tj. ze względu na wniesienie odwołania
z naruszeniem ustawowego terminu. Zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z kolei w świetle ust. 2 ww. przepisu, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy. Analogiczne uregulowanie znalazło się w art. 185 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie natomiast z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji
o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w zdanie drugie albo w terminie 10 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie . Z akt sprawy wynika, iż Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyniku postępowania w dniu 10 grudnia 2018 r. drogą elektroniczną, zatem termin na wniesienie odwołania upływał w dniu
17 grudnia 2018 r., bowiem 15 grudnia 2018 r. przypadał na sobotę. Tym samym Odwołujący wniósł odwołanie z zachowaniem ustawowego terminu.
Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania,
o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 18 grudnia 2018 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Mostmarpal
Sp. z o.o. z siedzibą w Zarzeczu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 21 grudnia 2018 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, ofertę wykonawcy Mostmarpal wraz z pismem z dnia 6 grudnia 2018 r. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron
i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 4 stycznia 2019 r.

Nadto Izba dopuściła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego
i Uczestnika postępowania odwoławczego w toku rozprawy.

Pismem z dnia 19 grudnia 2018 r. Odwołujący oświadczył, iż cofa zarzut wskazany
w punkcie VI odwołania oraz zawarte tam wnioski dowodowe, tj. wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ekonomii w celu potwierdzenia, iż Mostmarpal nie posiada zdolności finansowej umożliwiającej wykonanie zamówienia objętego postępowaniem oraz tego, że dokumenty złożone przez Mostmarpal w toku postępowania nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ. Z uwagi na powyższe ww. zarzut nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem 5 pkt 5.2 ppkt 3a SIWZ, w celu oceny spełniania minimalnego warunku w zakresie zdolności technicznej wykonawcy Zamawiający uzna, iż wykonawca spełni wymagania, jeżeli wykaże, że wykonał 2 roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie konstrukcji oporowej lub obiektu mostowego o wartości minimum 2 500 000 zł brutto każda.

Zgodnie z rozdziałem 24 SIWZ, kryteriami oceny ofert w postępowaniu były: cena
o wadze 60%, okres gwarancji udzielonej przez wykonawcę powyżej 60 miesięcy o wadze 30% oraz doświadczenie jako kierownik budowy/robót o wadze 10%.

W punkcie 5 rozdziału 24 SIWZ, Zamawiający określił zasady dotyczące oceny ofert w kryterium doświadczenie jako kierownik budowy/robót: 1) osoba zaproponowana do pełnienia funkcji kierownika budowy/kierownika robót, za każde pełnienie takiej funkcji na budowie lub przebudowie obiektu mostowego o wartości min. 1 000 000 zł brutto każda otrzyma 2 punkty, 2) do oceny będzie brane pod uwagę pełnienie funkcji kierownika budowy/robót maksymalnie na 5 budowach, 3) maksymalna ilość punktów, która może zostać przyznana wykonawcy w ww. kryterium to 10 punktów, 4) w przypadku wykazania większej ilości budów, gdzie pełniona była taka funkcja, Zamawiający do oceny przyjmie 5 budów i oferta otrzyma maksymalną liczbę punktów, tj. 10 pkt, 5) wykonawca w Formularza Ofertowym zadeklaruje ilość prowadzonych przez kierownika budowy/kierownika robót budów spełniających to kryterium. Należy przedstawić imienne oświadczenie spełnienia tego kryterium przez zadeklarowanego kierownika budowy/kierownika robót, 6) w przypadku nieprzedłożenia stosownego oświadczenia osoby potwierdzającego spełnienie niniejszego kryterium i/lub nie wskazania w Formularzu ofertowym, kryterium zostanie ocenione na 0 pkt.

W ww. postępowaniu oferty złożyło czterech wykonawców, tj. Mostmarpal Sp. z o.o., Odwołujący, B. Bau Polska Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Budowlano Melioracyjne Tolos P. W. i Wspólnicy Sp. k.

Wykonawca Mostmarpal w punkcie I.3 formularza oferty odnoszącym się do doświadczenia kierownika budowy/robót wskazał Pana M. K. Nadto oświadczył, iż ww. osoba posiada doświadczenie zawodowe kierownika budowy/robót (ilość budów, pełnienie takiej funkcji na budowie lub przebudowie obiektu mostowego o wartości min. 1 000 000,00 zł brutto każda) na 6 budowach.

Jednocześnie wykonawca Mostmarpal załączył oświadczenie kierownika budowy
z dnia 26 listopada 2018 r. Pana M. K. o treści: „Na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: ZABEZPIECZENIE KORPUSTU DROGOWEGO I PRZEBUDOWA ODCINKA DROGI WOJEWÓDZKIEJ NR 78 52+600 DO KM 52+850 WZDŁUŻ RZEKI KOCIERZANKA W MIEJSCOWOŚCI KOCIERZ MOSZCZA prowadzonego przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, ul. Lechicka 24, 40 – 609 Katowice, ja niżej podpisany – M. K., przewidziany do pełnienia funkcji Kierownika budowy na ww. zadaniu, oświadczam, iż pełniłem funkcję Kierownika Budowy/Robót na poniższych zadaniach:

1. Rozbiórka uszkodzonego mostu drogowego „U Drożdżów” wraz z budową kładki pieszo – jezdnej w m. Cisiec.
Wartość robót brutto: 1.451.400,00 zł
Okres realizacji: 09-11.2013 r.
2. Zabezpieczenie przeciwpowodziowe miasta Lwówek Śląski – budowla nr 24
Wartość robót brutto: 3.223.045,94 zł
Okres realizacji: 09.2012 – 08.2013
3. Rozbiórka uszkodzonego mostu i budowa nowego obiektu mostowego na rzece Żylicy
w ciągu drogi powiatowej nr 1406 S Zarzecze – Tresna w km 0+131 w m. Zarzecze Gmina Łodygowice
Wartość robót brutto: 3.088.207,17 zł
Okres realizacji: 09-12.2014 r.
4. Rozbudowa ul. Zapora i ul. Tartacznej wraz z budową mostu w Bielsku – Białej – etap IIIA
Wartość robót brutto: 2.057.801,42 zł
Okres realizacji: 05-09.2015 r.
5. Rozbudowa ulicy Miłej na odcinku od ul. Olszówki do ul. Jaworowej wraz z przebudową mostu na potoku Olszówka w Bielsku – Białej
Wartość robót brutto: 1.032.793,41 zł
Okres realizacji: 08.2015 r. – 04.2016 r.
6. Rozbudowa skrzyżowania ulic Lipnicka – Skowronków wraz z rozbudową mostu na Potoku Niwka w ciągu ulicy Lipnickiej w Bielsku – Białej
Wartość robót brutto: 1.372.699,79 zł
Okres realizacji: 06-10.2016 r.”

Wykonawca Mostmarpal punkt I.5 formularza oferty wypełnił następująco: „5. Część zamówienia zamierzamy powierzyć:
a) podwykonawcy w następującej części (wraz z podaniem nazwy firmy)*: …….
b) podmiotom, na których zdolności się powołujemy w zakresie potencjału (wraz z podaniem nazwy firmy): WGB Firma Usługowo – Handlowa W. G.
SBL Żelbet Sp. z o.o. ul. Lędzińska 297, 43 – 140 Lędziny.
*) niepotrzebne skreślić”.

W załączniku nr 3 do oferty wykonawca Mostmarpal złożył oświadczenie o treści: „Oświadczam, że w stosunku do następującego/ych podmiotu/ów, na którego/ych zasoby powołuję się w niniejszym postępowaniu, tj.: WGB Firma Usługowo-Handlowa W. G. (…), SBL Żelbet Sp. z o.o. (…) nie zachodzą podstawy do wykluczenia
z postępowania o udzielenie zamówienia.” Nadto zostało złożone oświadczenie o treści: „Oświadczam, że w stosunku do następującego/ych podmiotu/tów, będącego/ych podwykonawcą/ami: STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. (…), nie zachodzą podstawy do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia.”

Z kolei w załączniku nr 4 do oferty wykonawca Mostmarpal złożył oświadczenie
o treści: „Oświadczam, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w pkt. 5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, polegam na zasobach następującego/ych podmiotu/ów: WGB Firma Usługowo – Handlowa W. G. (…), SBL Żelbet Sp. z o.o. (…) w następującym zakresie wykonania muru oporowego”.

Ponadto wykonawca Mostmarpal załączył do oferty zobowiązanie SBL Żelbet
Sp. z o.o. do udostępnienia ww. wykonawcy zasobów w zakresie zdolności technicznej. Jednocześnie z treści ww. zobowiązania wynikało, iż podmiot na zdolnościach, którego polega wykonawca Mostmarpal będzie brał udział w realizacji przedmiotowego zamówienia jako podwykonawca oraz wykona roboty żelbetowe w całym okresie trwania

niniejszego zamówienia.
Jednocześnie wykonawca Mostmarpal załączył do oferty zobowiązanie WGB Firma Usługowo – Handlowa W. G. do udostępnienia ww. wykonawcy zasobów
w zakresie zdolności technicznej. Z treści ww. zobowiązania wynikało, iż podmiot na zdolnościach, którego polega wykonawca Mostmarpal będzie brał udział w realizacji przedmiotowego zamówienia jako podwykonawca oraz wykona roboty w zakresie wykonania muru oporowego.
Nadto wykonawca Mostmarpal, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia
30 listopada 2018 r. w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, złożył żądane dokumenty wskazując jednocześnie, iż przekazuje odpis z KRS dla wykonawcy – Mostmarpal, dla podwykonawców: WGB Firma Handlowo – Usługowa, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych SBL – Żelbet Sp. z o.o.
Za najkorzystniejszą w ww. postępowaniu Zamawiający uznał ofertę wykonawcy Mostmarpal, która otrzymała 100 punktów w kryteriach oceny ofert. Na drugim miejscu
w rankingu ofert uplasowała się oferta Odwołującego z 96,05 pkt.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Zdaniem składu orzekającego Izby nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 22
ust. 1, art. 22a ust. 2, art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 1 pkt 17 lub alternatywnie 16 oraz
art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp odnoszące się do zaniechania wykluczenia wykonawcy Mostmarpal oraz zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy.
Istota ww. zarzutów sprowadzała się do oceny, czy wykonawca Mostmarpal wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1b lit. c ustawy Pzp w związku z poleganiem na potencjale podmiotów trzecich oraz czy oferta ww. wykonawcy podlegała odrzuceniu z uwagi na niezgodność z ustawą oraz sprzeczność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie oświadczenia wykonawcy dotyczącego podwykonawców i udostępnienia zasobów.
Na wstępie Izba wskazuje, iż Odwołujący nie kwestionował informacji zawartych
w wykazie robót budowlanych oraz referencjach, złożonych przez wykonawcę Mostmarpal
w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp.
Przechodząc do oceny ww. zarzutów, w pierwszej kolejności zdaniem składu orzekającego Izby, ustalenia wymagało, czy w świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia na wykonawców nałożony został obowiązek wskazania w treści formularza ofertowego zakresu zamówienia, który będzie realizowany przez podmioty, na zasoby których powołuje się wykonawca w celu wykazania spełniania warunków udziału
w postępowaniu.
Zdaniem składu orzekającego Izby taki obowiązek, wbrew twierdzeniom Odwołującego nie wynikał z treści formularza ofertowego. W ocenie Izby analiza punktu I.5. formularza ofertowego prowadzi do wniosku, iż w lit. a) tego punktu wykonawca obowiązany był wskazać nazwy podwykonawców oraz części zamówienia, które będą realizowane przez te podmioty. Z kolei w punkcie I.5. lit. b) wykonawca obowiązany był podać nazwę podmiotu, na którego zdolności dany wykonawca się powołuje. Kwestia wskazania w lit. b punktu I.5 formularza ofertowego przez wykonawcę rodzaju udostępnianego potencjału nie była osią sporu między Stronami postępowania odwoławczego. Nie ulega również wątpliwości, iż do obu podpunktów (lit. a i b) punktu I.5 formularza ofertowego odnosił się zwrot „część zamówienia zamierzamy powierzyć".
Dalej wskazać należy, iż Zamawiający w rozdziale 9 SIWZ zawarł informacje dla wykonawców polegających na zdolnościach innych podmiotów na zasadach określonych
w art. 22a ustawy Pzp. Z postanowień ww. rozdziału nie wynikał również obowiązek podania przez wykonawcę w treści formularza oferty zakresu zamówienia, który będzie realizowany przez podmioty, na zasoby których powołuje się wykonawca. Z kolei w rozdziale 10 SIWZ, Zamawiający określił wymagania w zakresie podwykonawstwa, wskazując w punkcie 10.2, iż żąda aby w treści formularza ofertowego stanowiącego załącznik do SIWZ, wykonawca wskazał części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom
i podania przez wykonawcę nazw podwykonawców.
Analiza powyższych postanowień SIWZ, w tym formularza ofertowego, zdaniem składu orzekającego Izby prowadzi do wniosku, że Zamawiający oczekiwał od wykonawców podania w formularzu oferty informacji dotyczących dwóch kategorii podmiotów, tj. po pierwsze podmiotów będących podwykonawcami lecz niebędących jednocześnie podmiotami z zasobów, których korzysta wykonawca wraz ze wskazaniem części zamówienia, która będzie realizowana przez podwykonawców oraz po drugie wskazania podmiotów, na których zdolności powoływał się wykonawca, a których udział w realizacji zamówienia w praktyce sprowadzał będzie się do podwykonawstwa.
Stwierdzić należy, iż obowiązek wskazania przez wykonawcę zakresu zamówienia, który będzie realizowany przez

podmiot udostępniający wykonawcy swoje zasoby wynikał
z wzoru oświadczenia wykonawcy składanego na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy Pzp
o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, które to oświadczenie, w myśl postanowień rozdziału 16 w zw. z rozdziałem 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, składało się na treść oferty sensu largo. To w treści załącznika nr 4 wykonawca Mostmarpal podał, że będzie polegał na zasobach podmiotów WGB oraz SBL w zakresie wykonania muru oporowego, podając tym samym zakres robót, który będzie realizowany przez ww. podmioty.
Słusznie bowiem w ocenie Izby argumentował wykonawca Mostmarpal, iż gdyby przyjąć stanowisko Odwołującego za słuszne, obowiązkiem wykonawcy polegającego na zasobach podmiotu trzeciego byłoby wskazanie nazwy podmiotu trzeciego, będącego
w praktyce podwykonawcą, dwukrotnie w punkcie I.5 lit. a i b formularza oferty. Powyższemu stanowisku Odwołującego przeczy jednak treść SIWZ, w tym jej załączników.
W tym miejscu zauważyć należy, iż ustawodawca w art. 22a ustawy Pzp nie posłużył się pojęciem „podwykonawca". Przepis art. 22a ust. 1 ustawy Pzp dotyczy sytuacji, w której wykonawca, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu,
w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów. Zgodzić należy się z Odwołującym, iż w kontekście art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, w praktyce udział podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy określony wyżej potencjał najczęściej przybierze formę podwykonawstwa. Jednakże dostrzec trzeba, iż ocena przez zamawiającego realności udostępnienia wykonawcy niezbędnych zasobów następuje, w szczególności poprzez przedstawienie zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.
W ocenie Izby treść zobowiązań podmiotów WGB oraz SBL udostępniających wykonawcy Mostmarpal zasoby techniczne nie budziła wątpliwości co do sposobu wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego. Jak wynika bowiem z treści zobowiązań obu ww. podmiotów, będą one brały udział w realizacji przedmiotowego zamówienia jako podwykonawcy, przez cały okres realizacji zamówienia. Ww. zobowiązania nie budziły również wątpliwości Izby w kontekście realności udostępnienia wykonawcy Mostmarpal zasobów dotyczących zdolności technicznych, o ile treść oferty ww. wykonawcy czytana jest kompleksowo. Jak już wskazano powyżej, w treści załącznika nr 4 wykonawca Mostmarpal podał, że będzie polegał na zasobach podmiotów WGB oraz SBL w zakresie wykonania muru oporowego. Z kolei z treści zobowiązania SBL wynika, iż podmiot ten będzie brał udział w robotach żelbetowych, a WGB wykona roboty w zakresie muru oporowego. W ocenie Izby o braku realności udostępnionych zasobów nie świadczy okoliczność, iż wykonawca SBL zobowiązał się do wykonania robót żelbetowych, skoro, jak wskazał Zamawiający, mur oporowy jest jedyną konstrukcją żelbetową objętą zakresem niniejszego zamówienia. Powyższa okoliczność nie została zakwestionowana przez Odwołującego w toku rozprawy. W kontekście postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy w zakresie budowy lub przebudowy konstrukcji oporowej lub obiektu mostowego nie sposób również stwierdzić, że podmiot WGB winien bardziej uszczegółowić zakres prac w zakresie muru oporowego.
W świetle powyższego Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby treść oferty wykonawcy Mostmarpal była niezgodna z treścią SIWZ czy też sprzeczna z ustawą Pzp. W odniesieniu do powyższego Izba podkreśla, że Odwołujący w treści odwołania nie wskazał jednoznacznie postanowienia SIWZ, z którego wywodził niezgodność oferty Przystępującego z treścią specyfikacji. W ocenie Izby analiza treści oferty wykonawcy Mostmarpal prowadzi do odmiennych wniosków niż prezentowane przez Odwołującego.
W szczególności zdaniem Izby brak jest sprzeczności w ofercie wykonawcy Mostmarpal, które skutkowałyby jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy Pzp
w zakresie dotyczącym podwykonawców i udostępnienia zasobów, skoro bowiem zarówno krąg podwykonawców, jak i zakres prac wykonywanych przez podwykonawców, jednoznacznie wynika z treści oferty ww. wykonawcy.
W świetle powyższego należało uznać, iż wykonawca Mostmarpal wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 5 pkt 5.2 ppkt 3a SIWZ, jak również brak było podstaw do odrzucenia oferty ww. wykonawcy.
W konsekwencji za niezasadny należało również uznać zarzut naruszenia art. 24
ust. 1 pkt 17 alternatywnie 16 ustawy Pzp w związku z oświadczeniem wykonawcy Mostmarpal, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu wskazane w rozdziale 5 pkt 5.2 ppkt 3a SIWZ.
Z uwagi na powyższe, ww. zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.
Nie zasługiwał na uwzględnienie również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego wadliwe

zastosowanie i dokonanie wyboru oferty wykonawcy Mostmarpal niezgodnie z treścią SIWZ poprzez zawyżenie punktacji i pomimo istnienia podstaw skutkujących odrzuceniem oferty Mostmarpal z postępowania.
Istota sporu między Stronami w zakresie ww. zarzutu sprowadzała się do rozstrzygnięcia, czy Zamawiający w sposób prawidłowy przyznał ofercie wykonawcy Mostmarpal 10 punktów w kryterium pozacenowym odnoszącym się do doświadczenia kierownika budowy/kierownika robót. Odwołujący kwestionował doświadczenie osoby dedykowanej do pełnienia funkcji kierownika budowy za realizacje wskazane w pkt 2 – 6 oświadczenia z dnia 26 listopada 2018 r. pana M. K..
Odnosząc się do powyższego zarzutu Izba wskazuje, że podzieliła stanowisko Odwołującego w zakresie sposobu interpretacji opisu kryterium oceny ofert dotyczącego doświadczenia kierownika budowy/kierownika robót. Zgodzić należy się z Odwołującym, że w świetle postanowienia SIWZ o brzmieniu „osoba zaproponowana do pełnienia funkcji kierownika budowy/kierownika robót, za każde pełnienie takiej funkcji na budowie lub przebudowie obiektu mostowego o wartości min. 1 000 000 zł brutto każda otrzyma 2 punkty”, wartość minimum 1 000 000 zł brutto należało odnieść do budowy lub przebudowy obiektu mostowego, nie zaś jak argumentował Zamawiający do wartości całej inwestycji,
w skład której wchodziła budowa lub przebudowa obiektu mostowego.
Dalej w ocenie Izby zauważyć należy, iż wykonawca Mostmarpal oświadczył
w punkcie I.3 formularza oferty, iż pan M. K. posiada doświadczenie zawodowe kierownika budowy/kierownika robót przy sześciu budowach lub przebudowach obiektu mostowego o wartości minimum 1 milion złotych brutto każda. Nadto ww. wykonawca, zgodnie z wymogami Zamawiającego, załączył do oferty oświadczenie ww. osoby w celu potwierdzenia spełniania omawianego kryterium oceny ofert. W tym miejscu podkreślić również należy, na co zresztą zwracał uwagę Zamawiający w toku rozprawy, iż Zamawiający nie sporządził i nie udostępnił wykonawcom wzoru oświadczenia, jakie winna złożyć osoba zaproponowana do pełnienia funkcji kierownika budowy lub kierownika robót, której doświadczenie oceniane było w ramach ww. kryterium.
Przechodząc natomiast do analizy oświadczenia pana M. K. z dnia 26 listopada 2018 r. w kontekście podniesionych przez Odwołującego zarzutów w zakresie realizacji podanych w ww. oświadczeniu pod numerem 3 – 6 wskazać należy, iż w ocenie Izby z faktu, że wartość ww. robót odnosiła się do całego zadania inwestycyjnego nie wynika, iż wartość robót dotyczących obiektu mostowego nie wynosiła minimum 1 000 000 zł brutto każda. Podobnie rzecz ma się w odniesieniu do inwestycji wskazanej pod numerem 2 dotyczącej zabezpieczenia przeciwpowodziowego miasta Lwówek Śląski – budowla nr 24,
w zakresie której Odwołujący wywodził brak możliwości ustalenia co kryje się pod określeniem „budowla nr 24”.
W świetle powyższego wskazać należy, iż Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego, że „budowla nr 24” jest obiektem innym aniżeli wymagany przez Zamawiającego obiekt mostowy. Z kolei z referencji z dnia 10 lutego 2015 r. złożonych przez wykonawcę Mostmarpal w toku rozprawy wynika, iż ww. podmiot był wykonawcą mostu przez Kanał Ulgi w ciągu drogi wojewódzkiej nr 364 w Lwówku Śląskim – budowla nr 24 na zadaniu inwestycyjnym pn. zabezpieczenie przeciwpowodziowe miasta Lwówek Śląski. Powyższy dokument nie był kwestionowany przez Odwołującego w toku rozprawy.
Odwołujący nie złożył również jakiegokolwiek dowodu, z którego wynikałoby, iż wartość robót dotyczących obiektu mostowego w ramach inwestycji z punktu 3 – 6 oświadczenia pana M. K. wynosiła mniej niż milion złotych brutto każda. W szczególności Izba wskazuje, iż Odwołujący nie podważał w toku rozprawy stanowiska Mostmarpal, jak i złożonych przez Mostmarpal dowodów potwierdzających, iż wartość robót dotyczących obiektów mostowych z pozycji 3, 4 oraz 6 oświadczenia pana M. K. przekraczała milion złotych brutto każda.
Za wyrokiem Izby z dnia 31 sierpnia 2018 r. sygn. akt: KIO 1613/18 wskazać należy, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą, jest postępowaniem kontradyktoryjnym, nie zaś reklamacyjny, ze wszystkimi tego konsekwencjami dla stron postępowania. Tym samym w ramach toczącego się przed Izbą procesu strony są zobligowane do popierania swoich twierdzeń stosownymi dowodami, jak również powinny reagować na oświadczenia oraz zarzuty formułowane przez przeciwników procesowych. W takim procesie rola organu orzekającego ogranicza się w zasadzie do stania na straży gwarancji procesowych stron, tj. udzielania głosu na równych zasadach, dopuszczaniu i przeprowadzaniu wnioskowanych przez uczestników postępowania dowodów i w zakresie merytorycznego rozpoznania ocena zgromadzonego materiału dowodowego oraz dokonanie subsumcji ustalonego stanu faktycznego pod adekwatne normy prawne (wskazane w odwołaniu jako zarzuty) – tak
w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2010 r. sygn. akt II UK 286/09. Charakter postępowania (kontradyktoryjność) powoduje, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy Pzp
i przechodząc do art. 6 ustawy Kodeks cywilny ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Należy zatem wskazać, iż właśnie z tej zasady wywodzi się reguła procesowa ujęta w art. 190

ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.
W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodowego w zakresie ww. zarzutu. W istocie Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających twierdzenia Odwołującego, jakoby budowla nr 24, o której mowa w pozycji 2 oświadczenia z dnia 26 listopada 2018 r. nie była obiektem mostowym, jak również, że w ramach inwestycji podanych w pkt. 3 – 6 ww. oświadczenia roboty dotyczące obiektu mostowego wynosiły mniej aniżeli milion złotych brutto każda.
Ponadto Izba zwraca uwagę na niekonsekwencję Odwołującego, który nie zakwestionował inwestycji wskazanej w pozycji 1. oświadczenia pana M. K. dotyczącej rozbiórki uszkodzonego mostu wraz z budową kładki pieszo – jezdnej, dla której nie podano wartości robót dotyczących budowy kładki pieszo – jezdnej, lecz analogicznie jak w przypadku zadań z punktu 2 – 6 rzeczonego oświadczenia wartość całej inwestycji.
Z uwagi na powyższe Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.
Nie zasługiwał na uwzględnienie także zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 alternatywnie 16 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Mostmarpal z postępowania mimo, że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu i wprowadzające Zamawiającego w błąd referujące do doświadczenia pana M. K. w zakresie inwestycji wskazanych w poz. 3
i 4 oświadczenia z dnia 26 listopada 2018 r.
W ww. zakresie Odwołujący podniósł, iż z informacji znajdujących się w ofercie Mostmarpal złożonej na realizację zadania z poz. 3 i 4 wynika, że kierownikiem budowy będzie pan R. S. a zatem inna osoba, przez co wykonawca winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 alternatywnie pkt 16 ustawy Pzp.
Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego 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, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Z kolei zgodnie z pkt 17 ust. 1 art. 24 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który 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.
Izba wskazuje, iż ww. zarzut nie potwierdził się w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy. Jak wynika bowiem ze stanowiska wykonawcy Mostmarpal, popartego złożonymi w toku rozprawy dowodami (Dziennikami Budów), niekwestionowanymi przez Odwołującego, w zakresie zadania inwestycyjnego z pozycji 3 oświadczenia z dnia
26 listopada 2018 r. kierownikiem budowy był pan R. S., natomiast kierownikiem robót pan M. K. Z kolei w zakresie inwestycji zawartej w pozycji 4 ww. oświadczenia kierownikiem budowy był pan M. K., a pan R. S. kierownikiem robót. Z powyższego wynika zatem, iż pan M. K. pełnił funkcję kierownika robót lub kierownika budowy podczas realizacji ww. zadań inwestycyjnych, przy czym Zamawiający przyznawał punktację w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert za doświadczenie na stanowisku kierownika budowy/kierownika robót.
Argumentacja Odwołującego dotycząca konieczności sprawowania funkcji kierownika budowy/kierownika robót przez okres całego zadania nie została zawarta w treści odwołania i jako taka nie mogła zostać wzięta pod uwagę przez Izbę w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.
Wobec powyższego brak było podstaw do wykluczenia wykonawcy Mostmarpal na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższego nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp podniesiony przez Odwołującego w związku z ww. zarzutami, poprzez preferowanie oferty wykonawcy Mostmarpal i brak egzekwowania wymagań ustawy Pzp i SIWZ
w odniesieniu do tego wykonawcy, co zdaniem Odwołującego, stanowiło naruszenie zasady równości wykonawców i zasady uczciwej konkurencji.

W końcu Izba wskazuje, iż za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Mostmarpal pomimo, że wykonawca winien być wykluczony z postępowania.
Izba wskazuje, iż przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego
z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert, nie znajduje zastosowania w jednoetapowych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Ww. regulacja prawna określa bowiem skutki prawne złożenia oferty przez wykonawcę uprzednio wykluczonego z postępowania, co ma miejsce, przykładowo,

w przetargu ograniczonym, którego pierwszym etapem jest wyłonienie wykonawców, którzy zostaną następnie zaproszeni do składania ofert (tak KIO w wyroku z dnia 4 maja 2017 r. sygn. akt: KIO 705/17). W trybie jednoetapowym, jakim jest przetarg nieograniczony,
w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania, właściwym jest przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1 i pkt 2) lit. b) oraz § 5 ust. 3 pkt 1) 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł.

Przewodniczący:……..