

WYROK

z dnia 7 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Koniecz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2019 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2019 r. przez

Odwolującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia -
Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Aldesa Construcciones S.A.
z siedzibą w Madrycie, COALVI S.A. z siedzibą w Saragossie, w postępowaniu prowadzonym
wspólnie przez zamawiających - Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, przy udziale:

1. Przystępującego po stronie Odwołującego - wykonawcy ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie;
2. Przystępującego po stronie zamawiających wspólnie prowadzących postępowanie -
wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Balzola Polska
sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie; Construcciones y Promociones Balzola S.A. z siedzibą
w Bilbao,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł
(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem
wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz zamawiających wspólnie prowadzących
postępowanie kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem
wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) 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:

Uzasadnienie

Tramwaje Warszawskie S.A. i Miasto Stołeczne Warszawa (dalej: „Zamawiający”) prowadzą, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa linii tramwajowej na Tarchomin (Etap III) wraz z rozbudową układu drogowego ul. Światowida”, 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 7 maja 2019 r., 2019/S 088-211984.

13 września br. Zamawiający poinformował uczestników Postępowania o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Balzola Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Construcciones y Promociones Balzola S.A. z siedzibą w Bilbao (dalej „Konsorcjum B”).

23 września br. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie, COALVI S.A. z siedzibą w Saragossie (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono wybór oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie przez Zamawiającego czynności, do której był zobowiązany na podstawie przepisów Pzp, a polegającej na wykluczeniu Konsorcjum B z Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum B, które w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, a to w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Roko sp. z o.o. (dalej „Podwykonawca R”) wskazanej w JEDZ, na której to zdolności Konsorcjum B polega w celu potwierdzenia spełnienia warunku w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.2.1.6) SIWZ;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum B, jako że nie wykazało spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.2.1.6) SIWZ;
3. art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie uznania oferty Konsorcjum B za odrzuconą;
4. art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór Konsorcjum B, pomimo konieczności wykluczenia go z Postępowania;
5. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

ewentualnie

6. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum B, które w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w Postępowaniu, przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego) w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, o którym mowa w pkt 5.1.2.1.6 SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum B;
2. przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert;
3. wykluczenia Konsorcjum B z Postępowania;
4. wyboru oferty spośród ofert nieodrzuconych;
względnie
5. przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert, w tym umożliwienie Konsorcjum B złożenie wyjaśnień w ramach procedury samooczyszczenia;
6. wykluczenia Konsorcjum B;
7. wyboru oferty spośród ofert nieodrzuconych.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że w Rozdziale I pkt 5.1.2.1.6) SIWZ Zamawiający postawił następujący warunek udziału w Postępowaniu odnoszący się do zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: (...) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej, tj.: (...) wykonali w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, roboty budowlane (wykonane w ramach jednej umowy lub kilku umów - zamówień) obejmujące: (...) budowę lub przebudowę monolitycznego żelbetowego przepustu drogowego o długości co najmniej 30 m”.

Pismem z dnia 7 czerwca 2019 r. Zamawiający dokonał zmiany ww. warunku udziału w Postępowaniu na następujący:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: (...) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej, tj.: (...) wykonali w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, roboty budowlane (wykonane w ramach jednej umowy lub kilku umów - zamówień) obejmujące: (...) budowę lub przebudowę monolitycznego lub prefabrykowanego betonowego przepustu drogowego lub kolejowego o długości co najmniej 30 m lub budowę lub przebudowę monolitycznego lub prefabrykowanego betonowego przejścia podziemnego o długości co najmniej 30 m”.

Konsorcjum B w części II sekcja C JEDZ (str. 5) wskazało, że polega na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Jednocześnie wraz z ofertą złożyło zobowiązanie innych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia wraz z referencją wystawioną dla Podwykonawcy R przez Sando Budownictwo Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz JEDZ dla Podwykonawcy R. Co istotne, w części IV sekcji C JEDZ Podwykonawcy R (str. 14) wskazano, że wykonał roboty budowlane pn.: „Budowa autostrady A1 Toruń-Styków, na odcinku Kotłiska (bez węzła) - Piątek (bez węzła) odcinek 2/sekcja 2/od km 261 + 000 do km 270 + 000”, w ramach której wybudowano przepusty drogowe monolityczne żelbetowe P20 (długość 46,70 m), P21 (długość 47,25 m), P22 (długość 47,10 m), P23 (długość 43,40 m), P24 (długość 39,60 m)” o wartości 5 mln zł, w okresie od 27.06.2019 do 20.08.2012. Referencje potwierdzają, że powyższe prace zostały odebrane wraz z wydaniem przez Inwestora w dniu 20 sierpnia 2012 r.

Pismem z dnia 30 sierpnia 2019 r., w związku z omyłkowym wpisaniem w części IV sekcja C JEDZ Podwykonawcy R daty początkowej wykonania opisanych tam robót budowlanych („27-06-2019”), Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum B o wyjaśnienie, jaka była data początkowa wykonania powyższych robót. Pismem z dnia 5 września 2019 r. Konsorcjum B wyjaśniło, że rozpoczęcie robót wskazanych w części IV sekcja C dokumentu JEDZ Podwykonawcy R miało miejsce w dniu 7 marca 2011 r.

W przedstawionym powyżej stanie faktycznym Odwołujący stwierdził, że nie wszystkie podane przez Podwykonawcę R informacje w zakresie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.2.1.6) SIWZ, są informacjami prawdziwymi.

W przypadku przywołanej powyżej inwestycji, jak wynika z informacji wskazanych na stronie internetowej, czas realizacji umowy, której wykonawcą było konsorcjum firm SANDO Budownictwo Polska sp. z o.o., Construcciones Sanchez Dominguez - Sando S.A. („Konsorcjum S”) to dzień 23 lipca 2010 r., co stoi w sprzeczności z informacją

podaną w JEDZ Podwykonawcy R oraz w referencji, by podwykonawca Konsorcjum S mógł w ramach tej inwestycji wybudować przepusty drogowe monolityczne żelbetowe P20 (długość 46,70 m), P21 (długość 47,25 m), P22 (długość 47,10 m), P23 (długość 43,40 m) P24 (długość 39,60 m) z datą końcową, późniejszą (tj. 20 sierpnia 2012 r.) niż data czasu realizacji umowy przez Konsorcjum S określoną na dzień 23 lipca 2012 r. Wątpliwym zatem jest, by Konsorcjum B, powołując się na zasoby Podwykonawcy R, spełniło warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.2.1.6) SIWZ w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert.

Tym samym zachowanie Konsorcjum B należy oceniać w kategorii uchybienia skutującego wykluczeniem wykonawcy z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Obowiązkiem Konsorcjum B było zweryfikowanie podanych informacji, zwłaszcza jeżeli mają istotne znaczenie dla prowadzonego Postępowania. Nawet jeżeli nie było to zachowanie świadome, to z całą pewnością kwalifikuje się ono pod „niedbalstwo” lub „lekkomyślność”, czyli sytuację, w której wykonawca nie zweryfikował w sposób dostateczny informacji przekazanych mu przez inny podmiot.

Konsekwencją powyższego jest naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1 oraz art. 24 ust. 4 Pzp, Zamawiający wybrał bowiem ofertę wykonawcy, który powinien być wykluczony z Postępowania.

Jednocześnie, z najdalej posuniętej ostrożności, należy wskazać, że zachowanie Konsorcjum B należy oceniać również w kategoriach naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Istotne informacje o doświadczeniu Podwykonawcy R były konieczne do wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.2.1.6) SIWZ, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Odwolujący zaznaczył też, że złożenie przez Konsorcjum B dokumentu o nieprawdziwej treści ma charakter ostateczny, co oznacza, że taki dokument nie może zostać uzupełniony na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwolujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z wydruku ze strony internetowej Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad dotyczącego projektu budowy autostrady A1, odcinek Toruń-Stryków. (dowód O1).

W piśmie procesowym z 3 października 2019 r. Odwołujący przedstawił dodatkową argumentację prawną odnoszącą się do zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp oraz podał, że z informacji uzyskanych od Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi („GDDKiA Oddział w Łodzi”) w piśmie z dnia 27 września 2019 r. wynika, że „Zgodnie z umową podwykonawczą z dnia 7 marca 2011 r. spółka Roko Sp. z o.o. miała wykonywać roboty w okresie do dnia 30 kwietnia 2012 r.”. W konsekwencji Odwołujący wskazał na niespójność występującą pomiędzy datami wynikającymi z JEDZ i referencji dotyczących Podwykonawcy R a datą wskazaną przez GDDKiA Oddział w Łodzi, która to niespójność miała wpływ na wynik badania i oceny oferty Konsorcjum B przez Zamawiającego.

Odwolujący podkreślił, że wykonawca sporządzając ofertę, mając na względzie należyta staranność, do której jest obowiązany, powinien upewnić się czy deklarowany przez podmiot trzeci stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Zatem Konsorcjum B, zanim wskazało na doświadczenie Podwykonawcy R, powinno upewnić się czy rzeczywiście podmiot trzeci udostępnia zdolności, które pozwolą wykazać spełnienie warunku udziału w Postępowaniu. Wobec powyższego, czynnościom Konsorcjum B można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo, którego wyrazem jest brak należytej staranności, w wyniku którego Zamawiający został wprowadzony w błąd przy ocenie spełnienia przez Konsorcjum B warunków udziału w Postępowaniu. Nie budzi zatem wątpliwości, że ziściły się wszystkie przesłanki wykluczenia o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp Odwołujący podał, że zgodnie z odesłaniem z art. 14 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego („Kc”), o ile przepisy PZp nie stanowią inaczej. W związku z powyższym do liczenia terminów wskazanych w warunku udziału w postępowaniu stosować należy przepisy tytułu V Kc. Zastosowanie tu będzie miał też art. 112 Kc, zgodnie z którym termin oznaczony w tygodniach, miesiącach lub latach kończy się z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiada początkowemu dniowi terminu, a gdyby takiego dnia w ostatnim miesiącu nie było - w ostatnim dniu tego miesiąca. Dlatego w przypadku, gdy w Postępowaniu termin składania ofert upłynął w dniu 4 lipca 2019 r., to okres ostatnich 7 lat, w którym wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą udowodnić, że wykonali roboty budowlane

w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, obejmuje okres od dnia 4 lipca 2012 r. do dnia 4 lipca 2019 r.

W przypadku wykonania robót przez Podwykonawcę R w terminie do dnia 30 kwietnia 2012 r., a nie jak wskazano w JEDZ i referencji do dnia 20 sierpnia 2012 r., Konsorcjum B nie wykazało okoliczności spełnienia warunku udziału w Postępowaniu.

Odwolujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści wniosku o udostępnienie informacji publicznej z 20 września br. wraz z odpowiedzią udzieloną przez GDDKiA Oddział w Łodzi pismem z 27 września 2019 r. (dowody O2).

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w powołaniu na niżej wskazaną argumentację.

Zamawiający podał, że po zapoznaniu się z odwołaniem zwrócił się do GDDKiA Oddział w Łodzi z prośbą o udzielenie informacji, kiedy Konsorcjum S zakończyło realizację kontraktu, w szczególności kiedy zakończyło się wykonywanie ostatnich zadań generalnego wykonawcy związanych z wypełnieniem zobowiązań umownych wobec GDDKiA. W odpowiedzi GDDKiA poinformowało m.in., że (1) Podwykonawca R był zatwierdzonym podwykonawcą i zgodnie z umową podwykonawczą miał wykonywać roboty w okresie do 30 kwietnia 2012 r., (2) Świadczenie Przejęcia Robót zostało wydane 20 sierpnia 2012 r., ze wskazaniem daty przejęcia robót na dzień 23 lipca 2012 r.

Ponadto Zamawiający wezwał Konsorcjum B do złożenia wyjaśnień w opisanym powyżej zakresie i w odpowiedzi dowiedział się, że - po pierwsze - zgodnie z Kontraktem dokumentem potwierdzającym wykonanie robót jest Świadczenie Przejęcia wystawione według Klauzuli 10, zgodnie z którą (uwzględniając modyfikacje wynikające ze Szczególnych Warunków Kontraktu) wykonawca może wystąpić o Świadczenie Przejęcia za pomocą powiadomienia Inżyniera nie wcześniej niż 14 dni przed tym, kiedy Roboty będą w opinii wykonawcy ukończone i gotowe do przejęcia. Inżynier, w ciągu 28 dni od otrzymania wniosku wykonawcy wystawi mu Świadczenie Przejęcia, podając datę, z którą roboty zostały ukończone zgodnie z Kontraktem, pomijając wady oraz drobne zaległe prace. Po drugie - na gruncie Kontraktu dokumentem potwierdzającym ostateczne wywiązanie się wykonawcy ze zobowiązań kontraktowych za wyjątkiem zobowiązań gwarancyjnych jest Świadczenie Wykonania, które jest dokumentem wystawionym na wniosek wykonawcy po upływie 12 miesięcy od daty wystawienia Świadczenia Przejęcia. Po trzecie - zgodnie z wiedzą Konsorcjum B Świadczenie Przejęcia dla Konsorcjum S zostało wystawione przez GDDKiA w dniu 20 sierpnia 2012 r. i w Świadczeniu tym wskazano jako datę Przejęcia Robót dzień 23 lipca 2012 r. jako datę, w której uznaje się całość Robót za zasadniczo ukończone, zgodnie z wnioskiem Konsorcjum S z 23 lipca 2012 r.

Konsorcjum B podsumowało, że przejęcie robót przez GDDKiA nastąpiło z dniem 23 lipca 2012 r. (zgodnie z treścią Świadczenia Przejęcia z dnia 20 sierpnia 2012 r.) z zastrzeżeniem dokończenia drobnych i zaległych prac oraz usunięcia wad. Ostatecznym dokumentem stanowiącym akceptację wykonania robót zgodnie ze wszystkimi wymaganiami kontraktu było Świadczenie Wykonania, o które wystawienie Konsorcjum S mogło wnioskować nie wcześniej niż 12 miesięcy po dacie Świadczenia Przejęcia z dnia 20 sierpnia 2012 r.; Konsorcjum B wyjaśniło, że nie jest mu jednak znana data wystawienia Świadczenia Wykonania przez GDDKiA.

Następnie Konsorcjum B stwierdziło, że zgodnie z Umową Podwykonawczą z 7 marca

2011 r. podstawą do wystawienia Świadczenia Przejęcia dla Podwykonawcy jest Świadczenie Przejęcia uzyskane od Inżyniera w ramach Kontraktu a datą wykonania Robót jest data wystawienia ostatniego Przejściowego Świadczenia Płatności po wykonaniu wszystkich Robót, z czego wynika, że odbiór robót wykonanych przez Podwykonawcę R na rzecz Konsorcjum S, jako skorelowany z wykonaniem zobowiązań Konsorcjum S oraz robót, które podlegały odbiorom przez Inżyniera (GDDKiA), nie mógł nastąpić wcześniej niż w dacie wystawienia Świadczenia Przejęcia przez Inżyniera dla Konsorcjum S, co nastąpiło w dniu 20 sierpnia

2012 r. Konsorcjum B wyjaśniło przy tym, że nie jest w posiadaniu Świadczenia Przejęcia wystawionego dla Podwykonawcy, jednak, jak można wnioskować z referencji z 20 kwietnia 2018 r. wystawionych przez Konsorcjum S na rzecz Podwykonawcy R, prace wykonane przez Podwykonawcę R zostały odebrane przez Konsorcjum S wraz z dniem wystawienia przez Inwestora w dniu 20 sierpnia 2012 r. Świadczenia Przejęcia dla całości zadania i z tego względu data 20 sierpnia 2012 r. została zawarta w JEDZ jako data końcowa.

Biorąc pod uwagę wszystkie ww. okoliczności Zamawiający stwierdził, że określił

w SIWZ, że warunkiem udziału w Postępowaniu jest wykonanie robót budowlanych, w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert, wykonanych w ramach jednej lub kilku umów. Zatem, Zamawiający wprost określił, że wykonawca musi legitymować się doświadczeniem realizacji robót budowlanych w oparciu o zrealizowaną umowę (umowy).

Zakończeniem robót budowlanych, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem sądowym, jest sporządzenie protokołu odbioru, bowiem właśnie dokonanie odbioru robót stanowi uwieńczenie pewnego etapu w stosunkach między inwestorem a wykonawcą. Z jednej strony protokół odbioru jest potwierdzeniem wykonania zobowiązania i wyznacza początek biegu terminu gwarancji i rękojmi za wady, a z drugiej - otwiera wykonawcy termin do żądania zapłaty wynagrodzenia. Procedura odbioru nie jest wyłącznie czynnością czysto techniczną, gdyż ma ona doniosłe znaczenie prawne. Odbiór należy do podstawowych obowiązków inwestora, które wynikają z umowy o roboty budowlane. Zgodnie bowiem z art. 647 Kc przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Umowa nr 3/07/R/2010 pomiędzy Konsorcjum S a GDDKiA Oddział w Łodzi została zawarta w oparciu o Warunki kontraktowe FIDIC. Potwierdzeniem zakończenia wykonania robót budowlanych, zgodnie z umową, było Świadcstwo Przejęcia z dnia 20 sierpnia 2012 r. Wystawienie przez inżyniera kontaktu świadectwa przejścia ma, podobnie jak protokół odbioru, charakter akceptacyjny. Ponadto inżynier kontaktu nie ma obowiązku wystawienia takiego dokumentu, pomimo złożenia stosownego wniosku przez wykonawcę robót, jeżeli stan realizacji robót uniemożliwia jego wystawienie. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2017 r., sygn. akt IV CSK 578/16, w którym jedną z kluczowych kwestii były rozważania Sądu na temat znaczenia Świadectwa Przejścia, o którym mowa w klauzuli 10.1 Warunków kontraktowych FIDIC, świadectwo przejścia może być uznane za dokument potwierdzający zakończenie robót i ich prawidłowe wykonanie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, jako odpowiednik protokołu odbioru. Dokonanie odbioru robót powoduje, że zobowiązanie uznaje się za wykonane. Ponadto wykonawca realizujący kontrakt w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC (podobnie jak przy protokole odbioru) zyskuje z wydaniem świadectwa przejścia podstawę do żądania wynagrodzenia od zamawiającego potwierdzonego świadectwem płatności (klauzula 14). Dodatkowo cechą świadectwa przejścia jest umożliwienie przejścia przedmiotu odbioru w posiadanie i jego używanie przez inwestora (zgodnie z założonym celem), przekazanie dokumentacji powykonawczej, pozytywne ukończenie prób, wymagalność roszczenia o wynagrodzenie, rozpoczęcie okresu zgłaszania wad. Wszystkie te cechy świadczą o podobieństwie świadectwa przejścia do protokołu odbioru. Ponadto wystawienie świadectwa przejścia rozpoczyna bieg kolejnego etapu w procesie budowlanym na gruncie FIDIC, tj. okresu zgłaszania wad, stanowiącego odpowiednik okresu gwarancji udzielanej przez wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe stanowisko Sądu Najwyższego, nie sposób zgodzić się z zarzutem Odwołującego, jakoby Konsorcjum B w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie doświadczenia Podwykonawcy R, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, bowiem informacje podane przez Konsorcjum B są zgodne ze stanem faktycznym, a podana data zakończenia roboty budowlanej została ustalona w sposób zgodny z orzecznictwem sądowym. Informacje te wskazują, że właśnie data sporządzenia świadectwa przejścia jest datą zakończenia robót.

Powyższe argumenty w ocenie Zamawiającego przesądzają jednoznacznie, że datą wykonania robót budowlanych, o których mowa w rozdziale I pkt 5.1.2.1 SIWZ, jest data wystawienia Świadectwa Przejścia. Nawet gdyby jednak uznać, jak chce tego Odwołujący wyłącznie na potrzeby poniższego wyводу, że datą wykonania ww. robót jest data wskazana w Świadectwie Przejścia jako data Przejścia Robót, tj. 23 lipca 2012 r., to roboty te dalej spełniają wymagania Zamawiającego określone w SIWZ, ponieważ zostały wykonane „w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert” (termin ten upłynął 4 lipca 2019 r.), a zatem ewentualny fakt zakwalifikowania daty Przejścia Robót jako daty wykonania zamówienia pozostaje bez żadnego wpływu na ocenę spełniania przez Konsorcjum B warunków udziału w Postępowaniu. W konsekwencji nie została spełniona przesłanka działania w celu wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, co czyni ten zarzut bezpodstawnym.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia zgłosili:

1. po stronie Odwołującego - wykonawcy ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie;
2. po stronie Zamawiającego - Konsorcjum B.

Izba, wobec spełnienia przez zgłoszone przystąpienia przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Konsorcjum B (dalej również „Przystępujący”) w piśmie procesowym z 7 października 2019 r. wniosło o oddalenie odwołania, uzasadniając ten wniosek w następujący sposób.

Zadanie podane w celu wykazania spełnienia spornego warunku udziału w Postępowaniu zrealizowane zostało na podstawie Kontraktu z dnia 9 lipca 2010 r. skonstruowanego w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, na który składały się m.in.: (1) umowa, (2) Szczególne Warunki Kontraktu („SWK Sando”) oraz (3) Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego, pierwsze tłumaczenie wydania FIDIC 1999 Cosmopoli Consultants („OWK”) („dalej łącznie zwane „Kontraktem”).

Podwykonawca R wykonywał zlecone mu roboty na podstawie umowy podwykonawczej z dnia 7 marca 2011 r. zawartej pomiędzy nim a Konsorcjum S. Na umowę podwykonawczą składała się: (1) umowa (2) Szczególne Warunki Kontraktu do Umowy Podwykonawczej („SWK Podwykonawcy”) oraz (3) Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego, pierwsze tłumaczenie wydania FIDIC 1999 Cosmopoli Consultants („OWK”) (dalej łącznie zwane „Umową Podwykonawczą”).

Zgodnie z Kontraktem, dokumentem potwierdzającym wykonanie robót jest Świadczenie Przejęcia wystawione według Klauzuli 10 (Przejęcie przez Zamawiającego). Zgodnie z Klauzulą 10 Kontraktu (uwzględniając modyfikacje wynikające z SWK Sando) wykonawca może wystąpić o Świadczenie Przejęcia za pomocą powiadomienia Inżyniera nie wcześniej niż 14 dni przed tym, kiedy Roboty będą w opinii Wykonawcy ukończone i gotowe do przejęcia. Inżynier, w ciągu 28 dni od otrzymania wniosku Wykonawcy (a) wystawi Wykonawcy Świadczenie Przejęcia, podając datę, z którą roboty zostały ukończone zgodnie z Kontraktem, pomijając wady oraz drobne zaległe prace (Klauzula 10.1 „Przejęcie Robót i Odcinków” OWK z modyfikacjami wynikającymi z SWK).

Na gruncie Kontraktu dokumentem potwierdzającym ostateczne wywiązanie się wykonawcy ze zobowiązań kontraktowych za wyjątkiem zobowiązań gwarancyjnych jest Świadczenie Wykonania, które zgodnie ze zmodyfikowaną Klauzulą 11.9 „Świadczenie Wykonania” (SWK) jest dokumentem wystawionym na wniosek wykonawcy po upływie 12 miesięcy od daty wystawienia Świadczenia Przejęcia. Świadczenie Wykonania jest „(...) ostatecznym dokumentem stanowiącym akceptację wykonania robót zgodnie ze wszystkimi wymaganiami kontraktu” (zmodyfikowana Klauzula 11.9 SWK).

Świadczenie Przejęcia dla Konsorcjum S zostało wystawione przez GDDKiA w dniu 20 sierpnia 2012 r. Jednocześnie w Świadczeniu Przejęcia wskazano datę Przejęcia Robót dzień 23 lipca 2012 r. jako datę, w której uznaje się całość Robót za zasadniczo ukończone, zgodnie z wnioskiem Konsorcjum S z 23 lipca 2012 r. Dodatkowo, 18 lipca 2013 r. Inżynier wystawił korektę do Świadczenia Przejęcia z 20 sierpnia 2012 r. wskazując, że zdania „Przejęcie Robót nastąpiło w dniu 23.07.2012 r.” zamienia się na „Ukończenie Robót zgodnie z Kontraktem nastąpiło w dniu 23 lipca 2012 r.”.

Biorąc powyższe pod uwagę należy przyjąć, iż na gruncie Kontraktu pomiędzy GDDKiA i Konsorcjum S ukończenie robót nastąpiło z dniem 23 lipca 2012 r. zaś ich przejęcie przez GDDKiA - 20 sierpnia 2012 r., zaś ostatecznym dokumentem stanowiącym akceptację wykonania robót zgodnie ze wszystkimi wymaganiami Kontraktu, w tym po zakończeniu drobnych zaległych prac oraz usunięciu wad stwierdzonych w Świadczeniu Przejęcia, było Świadczenie Wykonania, o które wystawienie Konsorcjum S mogło wnioskować nie wcześniej niż 12 miesięcy po dacie Świadczenia Przejęcia z dnia 20 sierpnia 2012 r.

Prace wykonywane przez Podwykonawcę R w oczywisty sposób były skorelowane z robotami wykonywanymi przez Konsorcjum S. Z uwagi na procedury odbioru robót wykonanych przez Konsorcjum S, ale również jego podwykonawców, w tym Podwykonawcę R, odbiór takich prac nie mógł nastąpić wcześniej niż w dacie dokonania odbioru robót Zadania przez Inżyniera, a tym samym przejęcia robót przez GDDKiA.

W powyższym kontekście warto zwrócić uwagę, że na gruncie Umowy Podwykonawczej zasady odbioru robót wykonanych przez Podwykonawcę R zostały

ściśle skorelowane w odbiorze robót przez Inżyniera (GDDKiA).

Z daleko posuniętej ostrożności Przystępujący zauważył, że zgodnie z Umową Podwykonawczą pierwotny termin zakończenia prac przez Podwykonawcę przypadał 30 kwietnia 2012 r. Co istotne, termin ten był tożsamy z terminem zakończenia prac dotyczących Zadania przez generalnego wykonawcę Konsorcjum S (pkt 5 aktu Umowy).

Niemniej jednak, na podstawie aneksu nr 3 do Kontraktu (datowany na dzień 29 czerwca 2012 r.) ostateczny termin wykonania robót przez Konsorcjum S został ustalony na dzień 23 lipca 2012 r.

Przechodząc na grunt Umowy Podwykonawczej należy wskazać, że zgodnie z wiedzą Przystępującego Podwykonawca R i Konsorcjum S nie zawarły formalnego aneksu do Umowy Podwykonawczej, niemniej jednak, z uwagi na ściśle skorelowanie ich robót i obowiązków, na gruncie Umowy Podwykonawczej termin realizacji robót przez Podwykonawcę R odpowiadał wydłużonemu terminowi robót przez Konsorcjum Sando. Powyższe potwierdzają m.in. opisane poniżej okoliczności.

Zgodnie z Umową Podwykonawczą z 7 marca 2011 r. dokumentem potwierdzającym ukończenie robót oraz ich ostateczny odbiór miało być Świadczenie Przejęcia. Z kolei „Podstawą do wystawienia Świadczenia Przejęcia dla Podwykonawcy jest Świadczenie Przejęcia uzyskane od Inżyniera w ramach Kontraktu” zaś „(...) datą wykonania Robót będzie data wystawienia ostatniego Przejściowego Świadczenia Płatności po wykonaniu wszystkich Robót. Podwykonawca od daty wystawienia ostatniego Przejściowego Świadczenia Płatności nie ponosi odpowiedzialności za szkody w Robotach spowodowane działaniem osób trzecich i nie jest zobowiązany do opieki nad Robotami” (Subklauzula 10.1 Umowy Podwykonawczej).

Z powyższego wynika zatem, że odbiór robót wykonanych przez Podwykonawcę R na rzecz Konsorcjum S był skorelowany z wykonaniem zobowiązań Konsorcjum S oraz robót, które podlegały odbiorowi przez Inżyniera (występującego w imieniu inwestora - GDDKiA), nie mógł nastąpić wcześniej niż w dacie wystawienia Świadczenia Przejęcia przez Inżyniera dla Konsorcjum S, co miało miejsce w dniu 20 sierpnia 2012 r.

Przystępujący oświadczył, że nie jest w posiadaniu Świadczenia Przejęcia wystawionego dla Podwykonawcy R, niemniej jednak, jak można wnioskować z Listu Referencyjnego z 20 kwietnia 2018 r. wystawionego przez Konsorcjum S, prace wykonane przez Podwykonawcę R zostały odebrane przez Konsorcjum S wraz z dniem wystawienia przez Inwestora w dniu 20 sierpnia 2012 r. Świadczenia Przejęcia dla całości zadania i z tego względu data 20 sierpnia 2012 r. została zawarta w JEDZ jako data końcowa.

Z powyższych względów nie sposób uznać, iż Przystępujący przekazał Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd. Odwołujący upatruje „nieprawdziwych informacji” w różnicy pomiędzy „czasem realizacji umowy” wskazanym na stronie internetowej GDDKiA na dzień 23 lipca 2012 r. a datą wskazaną w JEDZ Podwykonawcy R jako 20 sierpnia 2012 r., podczas gdy zasady odbioru robót na gruncie Umowy Podwykonawczej zostały określone odmiennie niż w Kontrakcie, a najwcześniejszą datą uznania robót za zakończone na gruncie Umowy Podwykonawczej mógł być dzień wystawienia przez Inżyniera Świadczenia Przejęcia dla Konsorcjum S, a więc dzień 20 sierpnia 2012 r. Bez znaczenia dla oceny sprawy pozostaje również data 30 kwietnia 2012 r., jako planowana data zakończenia robót przez Podwykonawcę, wskazana w Umowie Podwykonawczej. Ostateczny termin zakończenia Robót objętych Kontraktem został bowiem na mocy aneksu nr 3 do Kontraktu przedłużony do 23 lipca 2012 r. Jednocześnie, z uwagi na skorelowanie odbioru robót wykonywanych przez Podwykonawcę R z odbiorem robót wykonywanych przez Konsorcjum S, odbiór robót mógł nastąpić najwcześniej w dacie wystawienia Świadczenia Przejęcia, tj. 20 sierpnia 2012 r.

Z daleko posuniętej ostrożności, nawet jeżeli przyjąć, że datą zakończenia robót jest dzień 23 lipca 2012 r. wskazany w Świadczeniu Przejęcia dla Konsorcjum S z dnia 20 sierpnia 2012 r., co sugeruje Odwołujący, a nie dzień 20 sierpnia 2012 r., to nawet taka informacja nie ma charakteru informacji wprowadzającej w błąd, która miała lub nawet potencjalnie mogłaby mieć wpływ na decyzje zamawiającego.

Data końcowa realizacji obowiązków kontraktowych ma znaczenie dla ustalenia, czy dane doświadczenie zostało nabyte przez wykonawcę w okresie wymaganym przez Zamawiającego. Zgodnie z opisem warunku zawartym w pkt 5.1.2.1.6) SIWZ wykonawca winien wykazać doświadczenie nabyte w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert. Termin składania ofert w niniejszym Postępowaniu przypadał na dzień 4 lipca

2019 r. Z powyższych względów wykonawcy, w celu spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, mogli wykazywać się doświadczeniem zdobytym nie wcześniej 7 lat przed ww. dniem tj. nie wcześniej niż 4 lipca 2012 r. Biorąc pod uwagę termin składania ofert wyznaczony w przez Zamawiającego na dzień 4 lipca 2019 r. zarówno doświadczenie nabyte 20 sierpnia 2012 r., jak i przyjęcie, że prawidłową datą jest dzień 23 lipca 2012 r. pozwala stwierdzić, że został spełniony warunek udziału określony w pkt. 5.1.2.1.6) SIWZ.

Z powyższych względów nawet jeżeli uznać, że prawidłową datą zakończenia robót przez Podwykonawcę oraz datą nabycia doświadczenia jest dzień 23 lipca 2012 r. a nie 20 sierpnia 2012 r., to taka „błędna informacja” w żaden sposób nie wpłynęłaby na decyzję Zamawiającego o uznaniu, że doświadczenia Podwykonawcy R spełnienia warunek udziału w Postępowaniu.

Niezależnie od powyższego Przystępujący podał, że Odwołujący dopiero w piśmie procesowym z 3 października 2019 r. powołał się na nową i rzekomo istotną okoliczność, tj. datę 30 kwietnia 2012 r. jak dzień do którego Podwykonawca R był zobowiązany wykonać podzleczone roboty. Jak wynika również z przedłożonych przez Odwołującego dowodów informacje na które powołuje się Odwołujący zostały pozyskane już po dacie wniesienia odwołania.

Konsorcjum B podkreśliło, że termin na wniesienie odwołania upłynął 23 września 2019 r. Tym samym podnoszone przez Odwołującego nowe i niezawarte w odwołaniu okoliczności faktyczne, nieujawnione w odwołaniu, należy uznać za nieuprawnione rozszerzenie zarzutów odwołania, po upływie terminu na wniesienie odwołania. O treści zarzutu decyduje bowiem nie tylko kwalifikacja prawna, ale przede wszystkim przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne i uzasadnienie. Obowiązkiem odwołującego jest zatem wskazać kwestionowaną przez niego czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Ponadto, zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 Pzp (analogicznie stanowi § 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy PZP, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych w petitum odwołania, a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji.

Skoro odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, to powinno odnosić się nie tylko do podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim do okoliczności faktycznych. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań. O treści zarzutu decyduje w szczególności przytoczona podstawa faktyczna i przede wszystkim wskazane w uzasadnieniu przez odwołującego okoliczności faktyczne, oraz ewentualnie przypisana im kwalifikacja prawna. Co więcej, odwołanie zawierające precyzyjne i jednoznaczne zarzuty pozwala na przygotowanie się stron postępowania do rozprawy, jak również może być podstawą do uwzględnienia odwołania w całości przez zamawiającego, a co wiąże się z konkretnymi czynnościami procesowymi (art. 186 ust. 2 Pzp), bądź uwzględnienia poszczególnych zarzutów wniesionego odwołania, co również może oddziaływać na sytuację procesową. Lakoniczne, ogólne wskazanie w uzasadnieniu okoliczności faktycznych bez podania argumentacji uzasadniającej twierdzenia Odwołującego oraz zawierającej informację na temat podnoszonych niezgodności, nie stanowi skonkretyzowania uchybień, z których Odwołujący chce wysnuwać dla siebie korzystne wnioski.

W celu potwierdzenia swojego stanowiska Konsorcjum B wniosło o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. wyciągu z Kontraktu - dowód P1;
2. wyciągu z Umowy Podwykonawczej - dowód P2;
3. świadectwa przejęcia robót nr 1 z 20 sierpnia 2012 r. wystawionego przez GDDKiA Oddział w Łodzi na rzecz Konsorcjum S wraz z korektą tego dokumentu - dowody P3;
4. listu referencyjnego wystawionego Podwykonawcy R - dowód P4;

5. aneksu nr 3 do Kontraktu - dowód P5.

Na rozprawie Strony i Przystępujący podtrzymali przedstawione powyżej stanowiska.

Odwolujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści harmonogramu robót, które Podwykonawca R miał wykonać w ramach umowy zawartej z Konsorcjum S (dowód O3), na okoliczność rzeczywistych dat ich wykonania.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym Konsorcjum B, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

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 SMWZ, JEDZ Podwykonawcy R, referencji wystawionej na rzecz Podwykonawcy R, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, wezwania Konsorcjum B z 25 września br. do złożenia wyjaśnień w zakresie zarzutów ujętych w odwołaniu wraz z odpowiedzią Przystępującego z 30 września br., pisma z GDDKiA Oddział w Łodzi z 30 września br. oraz dokumentów załączonych do pism procesowych i przedstawionych na rozprawie.

Analizując wymienione powyżej dokumenty skład orzekający uznał, że Przystępujący nie przedstawił Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd, mogących mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w Postępowaniu. Ergo wskazana w referencjach wystawionych na Podwykonawcę R i w JEDZ tego podmiotu data 20 sierpnia 2012 r. stanowi datę wykonania zamówienia, na które powołał się Przystępujący.

Zdaniem Izby Odwołujący nietrafnie argumentował, jakoby datę wykonania robót budowlanych objętych treścią warunku opisanego w pkt 5.1.2.1.6) SMWZ ustalać należało w oderwaniu od postanowień umowy, na podstawie której prace te miały zostać wykonane. W przekonaniu składu orzekającego takie rozgraniczenie nie ma żadnego praktycznego uzasadnienia i zostało użyte przez Odwołującego wyłącznie na potrzeby uzasadniania zarzutów odwołania. Skoro zatem podstawą realizacji określonych robót budowlanych była umowa przewidująca związane z nimi procedury odbiorowe, to należało je wziąć pod uwagę przy ustaleniu daty wykonania robót.

Zważywszy na fakt, że doświadczenie, na które powołało się Konsorcjum B w celu wykazania spełnienia wspomnianego warunku udziału w Postępowaniu nabyte zostało przez podmiot będący podwykonawcą generalnego wykonawcy, w celu ustalenia daty wykonania robót analizie poddać należało zarówno stosunek umowny łączący generalnego wykonawcę z inwestorem (Konsorcjum S - GDDKiA Oddział w Łodzi), jak również generalnego wykonawcę z podwykonawcą (Konsorcjum S - Podwykonawca R). Obie wspomniane umowy (dowody P1 i P2) zawarte zostały w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC i były ze sobą ściśle skorelowane m.in. w zakresie procedur odbiorowych. Związek ten najlepiej obrazuje ostatni akapit subklauzuli 10.1 z Umowy podwykonawczej, zgodnie z którym „Podstawą wystawienia Świadectwa Przejęcia dla Podwykonawcy jest Świadectwo Przejęcia uzyskane przez Wykonawcę od Inżyniera w ramach Kontraktu”. Innymi słowy - Świadectwo Przejęcia dla Podwykonawcy R mogło zostać wystawione najwcześniej w spornej dacie (20 sierpnia 2012 r. - zob. dowody P3), ponieważ w tym dniu wystawione zostało Świadectwo Przejęcia dla Konsorcjum S.

Izba przyjęła termin wystawienia Świadectwa Przejęcia dla Podwykonawcy R jako termin wykonania przez niego zamówienia, jako że dokumentuje ono w istocie wykonanie robót. Przypomnieć w tym miejscu należy, że umowa o roboty budowlane jest umową rezultatu, którego osiągnięcie potwierdzać ma właśnie wspomniany dokument. W braku przejścia robót nie sposób twierdzić, że doszło do osiągnięcia umówionego przez strony rezultatu, tj. wykonania umowy (realizacji zamówienia). Ponadto, przejście robót umożliwia inwestorowi korzystanie z obiektu budowlanego zgodnie z umówionym przeznaczeniem. To z kolei wpływa na ocenę, czy objęte umową roboty budowlane zostały wykonane należycie, co znajduje potwierdzenie w wystawianych następnie referencjach (zob. dowód P4). Przyjęcie odwrotnej kolejności, tj. wystawianie referencji przez odbiorcę robót budowlanych podważałoby w istocie okoliczność, dla której stwierdzenia referencje są wymagane.

Ad casum Odwołujący nie kwestionował należytego wykonania robót budowlanych przez Podwykonawcę R, a jedynie datę ich wykonania. Posiłkował się przy tym bezpodstawnie datą wynikającą z Umowy Podwykonawczej (30 kwietnia 2012 r.), o czym powziął wiedzę od GDDKiA Oddział w Łodzi (dowody O2). Skoro bowiem, jak zostało dowiedzione przez Konsorcjum B, termin realizacji Kontraktu został wydłużony (zob. dowód P5), to ipso facto dokument stwierdzający wykonanie Umowy Podwykonawczej nie mógł nosić daty wcześniejszej niż termin realizacji przez Konsorcjum S zobowiązań wynikających z Kontraktu.

Nie przekonały Izby także pozostałe przedstawione przez Odwołującego dowody. Dowód O1 w postaci informacji ze strony internetowej GDDKiA dotyczących realizacji m.in. Kontraktu potwierdza jedynie błędne - w przekonaniu Izby - wyobrażenie Odwołującego o prawdziwości informacji wynikających z JEDZ i referencji Podwykonawcy R i nie odnosi się do szczegółów procedur odbiorowych, których analiza okazała się w tej sprawie niezbędna. Co zaś dotyczy harmonogramu robót wynikających z Umowy Podwykonawczej Izba stwierdziła, że obrazuje on jedynie wstępne założenia stron tej umowy w kwestii terminu jej wykonania, przez co nie potwierdza konkretnej daty realizacji zamówienia przez Podwykonawcę R.

W konsekwencji oddalenia zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp nie potwierdziły się pozostałe zarzuty odwołania, jako stanowiące jedynie konsekwencje tego naruszenia.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 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. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przewodniczący: