

WYROK
z dnia 15 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska
Członkowie: Andrzej Niwicki
Anna Osiecka
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **NDI Spółka z o.o.; NDI SOPOT S.A z siedzibą lidera w Sopocie;**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie;**

przy udziale:

A.wykonawcy **Budimex S.A z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

B.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PORR S.A., Unibep S.A z siedzibą lidera w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1.oddala odwołanie;

2.kosztami postępowania w wysokości **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **NDI Spółka z o.o.; NDI SOPOT S.A z siedzibą lidera w Sopocie, i:**

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:
Członkowie:

UZASADNIENIE

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku** (dalej „zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Projekt i budowa drogi S19 na odcinku Krynice (od istn. DK65)- Dobrzyniewo (bez węzła) - Białystok Zachód (z węzłem)”; numer referencyjny zamówienia: O.BI.D-3.2411.6.2020 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 3 czerwca 2020 r., pod numerem: 2020/S 106-255536.

W dniu 27 listopada 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **NDI Spółka z o.o.; NDI SOPOT S.A z siedzibą lidera w Sopocie** (dalej „odwołujący”), zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp złożył odwołanie od czynności zamawiającego w postępowaniu, polegającej na wezwaniu odwołującego w dniu 19 listopada 2020 r. (pismem O.BI.D - 3.2411.6.2020) do uzupełnienia wykazu robót budowlanych (dalej jako: „Wezwanie”), potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w pkt 7.2.3) a) Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: „SIWZ”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył w szczególności następujące przepisy:

- 1.art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp przez uznanie, że odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w pkt 7.2.3) a) SIWZ, czemu zamawiający dał wyraz w treści Wezwania (in fine);
- 2.art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp przez wezwanie odwołującego do uzupełnienia wykazu robót budowlanych (dalej jako: „Wykaz”), potwierdzającego spełnianie warunku określonego w pkt 7.2.3) a) SIWZ, pomimo że roboty budowlane zawarte w Wykazie, złożonym w dniu 16 października 2020 r. są wystarczające dla potwierdzenia spełniania ww. warunku;
- 3.art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp przez ocenę spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu w sposób odbiegający od jego określenia w pkt 7.2.3) a) SIWZ, a tym samym prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz legalizmu czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W związku z wymienionymi czynnościami i formułowanymi wyżej zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności Wezwania i przyjęcia, że odwołujący wykazał spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu. Ponadto wniósł o obciążenie zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, tj.

zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów wpisu od odwołania wraz z uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym kosztami dojazdu na rozprawę i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości określonej na podstawie wykazu i rachunków przedłożonych do akt sprawy na rozprawie.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący podnosił, że zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu, w zakresie wiedzy i doświadczenia w pkt 7.2.3 a) SIWZ. Odwołujący, w złożonym w odpowiedzi na wezwanie, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Wykazie, wskazał roboty budowlane wykonane przez NDI SOPOT SA (Partnera Konsorcjum odwołującego) w ramach realizacji zadania pn. Budowa Autostrady A1, Nowe Marzy - Czerniewice, na odcinku IV, od m. Lubicz do m. Czerniewice, od km 141+018 do km 151+900 z terminem zakończenia 20 grudnia 2013 r. Jako odbiorcę wskazał Gdańsk Transport Company SA. (dalej jako: „GTC”) oraz załączył poświadczenia wydane przez tę firmę.

Odwołujący wyjaśnił, że Partner Konsorcjum - NDI SOPOT S.A. zrealizował wskazane w Wykazie zadanie na podstawie Umowy o świadczenie usług inżynierskich, zaopatrzeniowych i budowlanych (dalej jako: „Umowa Wykonawcza”) z dnia 28 lipca 2005 r., zawartej z Gdańsk Transport Company SA - Wykonawcą Umowy o budowę i eksploatację Autostrady A1 (dalej jako: „Umowa koncesyjna”), z dnia 31 sierpnia 2004 r., zawartej pomiędzy GTC a Ministrem Infrastruktury, jako Ministrem właściwym do spraw Transportu.

Pod podpisami stron Umowy koncesyjnej znajduje się również podpis Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z adnotacją o przyjęciu do wiadomości postanowień Umowy i akceptacji jej do stosowania.

Zamawiający pismem z 22 października 2020 r. wezwał odwołującego do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy datą zakończenia robót wskazaną w Wykazie, tj. 20 grudnia 2013 r.

a datą wskazaną w poświadczeniu, tj. datą zasadniczego zakończenia odcinka IV etapu II Autostrady A1 Nowe Marzy - Czerniewice, tj. 14 października 2011 r. oraz do udzielenia informacji z jaką datą Inwestor wskazanego w Wykazie odcinka autostrady A1 przejął

od wykonawcy w zarządzanie teren budowy w sposób opisany w SIWZ, tj. poprzez wystawienie przez Inwestora co najmniej Świadcstwa Przejęcia w myśl Subklauzuli 10.1. (dla procedur FIDIC) lub dokumentu równoważnego, a także z jaką datą wykonawca uzyskał pozwolenie na użytkowanie odcinka autostrady, wskazanego w Wykazie.

Odwołujący w tym miejscu zwrócił uwagę, że zamawiający już żądając tych wyjaśnień wykroczył poza zakres oświadczenia zawartego w Wykazie oraz informacji wynikających

ze złożonych poświadczeń, wydanych przez GTC, a odnoszących się do zakresu zadania realizowanego przez odwołującego w ramach Umowy Wykonawczej zawartej z GTC, składanych na potwierdzenie wykonania zadania w zakresie, w jakim zostało ono zdefiniowane w pkt 7.2.3) a) SIWZ. Zamawiający rozbieżność w złożonych oświadczeniach wywodzi bowiem nie ze złożonego potwierdzenia GTC, lecz daty zasadniczego zakończenia odcinka IV etapu II Autostrady A1, potwierdzonej Świadcstwem Zasadniczego Zakończenia, wydanym dla celów Umowy Koncesyjnej, zawartej między GTC a Ministrem Infrastruktury. Tym samym zamawiający dokonuje oceny zakresu wykonanego zadania, wskazanego przez odwołującego w Wykazie z pominięciem zakresu Umowy Wykonawczej i aneksów zawartych pomiędzy odwołującym a GTC. Pomija również istotne okoliczności, towarzyszące wykonaniu Umowy Wykonawczej, związane z koniecznością oddania do użytkowania autostrady z zachowaniem jej przejezdności na Euro 2012 (od 1 czerwca do 7 lipca 2012 r.) i kontynuowaniem robót na odcinku Autostrady A1 (wskazanym w Wykazie) po tym okresie.

Dalej odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na to wezwanie pismem z 29 października 2020 r. udzielił wyjaśnień i informacji wymaganych przez zamawiającego (dalej jako: „Wyjaśnienia nr 1”). Odwołujący w Wyjaśnieniach nr 1 wskazał, że zakres Umowy podwykonawczej został rozszerzony Aneksem nr 2 z dnia 2 lipca 2012 r., obejmującym roboty konieczne do ukończenia zadania odcinka IV etapu II Autostrady A1 objętego zakresem Umowy Wykonawczej, pomimo wcześniejszego wydania Świadcstwa Zasadniczego Zakończenia 14 października 2011 r. w związku z koniecznością zapewnienia przejezdności tego odcinka Autostrady A1. Zgodnie z §2 ust. 4 lit. b Aneksu nr 2 zakończenie ostatniej

- Części 3 - prac objętych zakresem tego Aneksu nr 2, a dotyczących końcowego odcinka etapu II Autostrady A1, nastąpi z dniem wydania przez Komisję Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego pod przewodnictwem GDDKiA zaświadczenia o ich ukończeniu, co nastąpiło

20 grudnia 2013 r. (Protokół Komisji Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego został dołączony przez odwołującego do Wyjaśnień nr 1). Co istotne, w ocenie odwołującego, a co wynika

z §1 ust. 1 i 2 Aneksu nr 2, aneks ten zawierany był 2 lipca 2012 r. po długotrwałych negocjacjach GTC z GDDKiA dotyczących uzgodnienia warunków Polecenia Zmiany, które ma zostać wydane przez Ministra Infrastruktury „w związku z zamiarem zobowiązania GTC

do realizacji prac na podstawie projektu zamiennego dla odcinka 1a od km 151+184,62 do km 151+900” Autostrady A1 Nowe Marzy – Czerniewice, dalej zwanego Projektem Zamiennym, modyfikującego Projekt Wyjściowy dla Etapu II”. Polecenie Zmiany stanowiło przedmiot wynegocjowanego projektu Porozumienia, które dopiero miało zostać zawarte pomiędzy GTC a Ministrem w ramach Umowy Koncesyjnej, a na etapie zawierania Aneksu nr 2 projekt ten został przekazany GDDKiA. Na mocy §2 ust. 1 Aneksu nr 2 z dniem zawarcia przez GTC Porozumienia obowiązki GTC z niego wynikające, dotyczące Płatnej Zmiany nr 3, stały się obowiązkiem Spółki Wykonawczej (odwołującego). Zauważenia wymaga, że Projekt Zamienny dotyczył końcowego odcinka Autostrady A1 wskazanego w Wykazie i objętego zakresem Umowy Wykonawczej.

Do zawarcia Porozumienia pomiędzy GTC a Ministrem doszło dopiero 21 sierpnia

2012 r. Porozumienie, pod podpisami jego Stron, zostało opatrzone podpisem Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z adnotacją o przyjęciu do wiadomości jego postanowień oraz akceptacji Porozumienia do stosowania. Porozumienie to „sanowało”

i stanowiło podstawę rozliczenia również prac wykonanych lub rozpoczętych

na wcześniejszym etapie, ale niezakończonych, o czym świadczą choćby litery E i G, H Preambuły, a także zakres prac budowlanych, składających się na Część 1 (art. 1 ust. 2 lit. a Porozumienia), tj. prac budowlanych, które „mają zostać ukończone” przed dniem wydania przez Niezależnego Inżyniera Świadcstwa Zasadniczego Zakończenia dla Etapu II oraz w pełni ukończone przed dniem wydania Świadcstwa Ostatecznego Ukończenia Etapu II. Porozumienie obejmowało również wykaz prac budowlanych, objętych Częścią 2, określonych w Załączniku nr 2 do Porozumienia, które będą

ukończone po faktycznym otwarciu autostrady A1 na południe km 151+900 (art. 1 ust. 2 lit. b Porozumienia), a także, w ramach Części 3, utrzymanie tymczasowej organizacji ruchu do czasu zamknięcia Węzła Czerniewice (art. 1 ust. 2 lit. c Porozumienia). Część 2 i 3, zgodnie z art. 1 ust. 7 Porozumienia, miała być ukończona „tak szybko jak będzie to praktycznie możliwe”.

Dalej odwołujący opisywał, że w tej samej dacie, w jakiej doszło do zawarcia Porozumienia, zostało wydane przez Niezależnego Inżyniera Świadczenie Ostatecznego Ukończenia dla GTC. Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia Wykazu, powołując się na posiadane informacje i dokumenty, traktuje Świadczenie Ostatecznego Ukończenia jako dokument potwierdzający zakończenie prac zaległych, Określonych w Świadczeniu Zasadniczego Zakończenia, wydanym 14 października 2011 r. Pomimo powołania się na posiadane informacje i dokumenty, Zamawiający negatywną ocenę spełniania warunku przez Odwołującego opiera jedynie na ww. dokumentach, pomijając całkowicie zakres i okres realizacji Umowy Wykonawczej wraz z aneksami, determinowane treścią zawartego za akceptacją Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Porozumienia, a także szczególne okoliczności i warunki realizacji Autostrady A1 na odcinku wskazanym w Wykazie, związane z koniecznością zapewnienia przejezdności Autostrady, wymagające niestandardowych działań i dokumentów, których nie można oceniać po upływie kilku lat odnosząc się jedynie do literalnego ich brzmienia, jak i celu dla którego zasadniczo są wydawane.

Odwołujący wskazał ponadto, że 13 października 2011 r. zostało wydane pozwolenie (warunkowe) na użytkowanie realizowanej Autostrady A1 w odpowiedzi na wniosek o wydanie decyzji w sprawie pozwolenia na użytkowanie przed zakończeniem wszystkich robót autostrady A-1 odcinek IV Lubicz - Czerniewice. Pozwolenie zostało wydane pod warunkiem m.in. wykonania budowy 10 dróg wewnętrznych będących przedmiotem Umowy wykonawczej. Termin wykonania tych robót został zakreślony w ww. decyzji na dzień 30 czerwca 2012 r.

W następnym dniu Niezależny Inżynier wystawił Świadczenie Zasadniczego Zakończenia, niezbędne w świetle § 27.2 (b) do eksploatacji i utrzymania Odcinka IV Etapu II od Daty otwarcia, osiągniętego zgodnie z § 28.2 Umowy koncesyjnej, co zostało wskazane

w Świadczeniu Zasadniczego Zakończenia in fine.

Świadczenie Ostatecznego Ukończenia zostało wydane w dniu zawarcia Porozumienia, i chociaż w treści tego Świadczenia warunki dotyczące Płatnej Zmiany nr 3, będącej przedmiotem Porozumienia, zostały określone jako nie wchodzące w zakres prac koniecznych do wykonania w celu osiągnięcia Ostatecznego Ukończenia, to nie można pominąć faktu,

iż przedmiot Porozumienia, a tym samym Aneksu nr 2 obejmował wykonanie robót na tym samym odcinku Autostrady A1. A zatem w tym dniu nie można stwierdzić wykonania (zakończenia) zadania budowy Autostrady A1 na odcinku wskazanym w Wykazie.

Nie można, zdaniem odwołującego, również pominąć postanowienia art. 2 ust. 7 Porozumienia, w świetle którego zmiana zakresu Umowy Wykonawczej, skutkująca koniecznością wykonania prac na tym samym odcinku Autostrady A1 nastąpiła za zgodą Ministra, a także wiedzą i akceptacją Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad.

Zamawiający, dokonując negatywnej oceny spełniania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu, dokonał zatem jedynie wybiórczej i czysto formalnej oceny zakresu

i okresu prac realizowanych na odcinku Autostrady A1 wskazanym w Wykazie, nieodpowiadającej rzeczywistym warunkom i okresowi wykonywania tych prac przez odwołującego. Swoją decyzję oparł na dokumentach wystawianych w związku z realizacją Umowy koncesyjnej, pomijając rozszerzenie zakresu i okresu wykonywanych robót Aneksem nr 2, mających miejsce po ich wydaniu, a dotyczące tego samego odcinka autostrady A1. Wystawienie tych dokumentów było niezbędne do jak najszybszego osiągnięcia Dnia Otwarcia, po którym możliwa była eksploatacja przedmiotowego odcinka Autostrady przez GTC, niemniej jednak prace stanowiące przedmiot Aneksu nr 2 odwołujący wykonywał

w okresie wyznaczonym art. 2 ust. 7 Porozumienia, co powinno być uwzględnione przez zamawiającego w ustaleniu daty zakończenia, określonej w klauzuli 18 Umowy wykonawczej, interpretowanej łącznie ze skutkami zawarcia Porozumienia i Aneksem nr 2. Taka interpretacja powinna prowadzić do uznania, że (jak wskazywał odwołujący w wyjaśnieniach z 5 listopada 2020 r.; dalej jako: „Wyjaśnienia nr 2”) podstawą do uznania ukończenia - chronologicznie ostatniej - Części 3 prac objętych Poleceniem Zmiany nr 3, tym samym podstawą do uznania ukończenia całości zadania, było wystawienie przez Komisję Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego stwierdzającego gotowość do uruchomienia autostrady A1 na budowanym odcinku, co miało miejsce dnia 20 grudnia 2013 r. Jest to tym samym ostatnie Zezwolenie wymagane do „otwarcia Etapu I oraz Etapu II dla ruchu które jednocześnie, jako odnoszące się do Prac Spółki Wykonawczej, zgodnie z Klauzulą 18.2 Umowy wykonawczej oznacza zakończenie realizacji Prac Spółki.

Zdaniem odwołującego, dla oceny zdarzenia „zakończenie prac na koncesyjnym odcinku autostrady A1” - kluczowe są więc zapisy Klauzuli 18 Umowy Wykonawczej. Prace zlecone NDI SOPOT S.A. objęte Umową wykonawczą nie były zlecone odrębnie (na innej podstawie czy w związku z inną umową) lub w celu realizacji innego zadania. Analizę Klauzuli 18 Umowy wykonawczej - Odwołujący przeprowadził w Wyjaśnieniach nr 1 i w pełni podtrzymuje zawarte w tym piśmie oświadczenia.

Ponadto zamawiający, podejmując decyzję o skierowaniu do odwołującego Wezwania, pominął (na co odwołujący zwracał uwagę już w Wyjaśnieniach nr 1), sposób określenia

w SIWZ oceny spełniania rzeczowego warunku, tym samym dokonując oceny sytuacji podmiotowej bez uwzględnienia tego sposobu, czym naruszył art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 38 ust 4 ustawy Pzp. W pkt 7.2.3) a) SIWZ wymagał wykonania (zakończenia) zadania polegającego na budowie i przebudowie dróg lub ulic o określonej klasie, a jako jego wykonanie (zakończenie) określił „co najmniej” wystawienie Świadczenia Przejęcia lub podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu. W świetle tak określonego sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz realizowanego przez Odwołującego zakresu i okresu Umowy wykonawczej, zmodyfikowanej Aneksem nr 2, będącym konsekwencją zawartego Porozumienia, takim dokumentem jest dopiero Protokół wydany przez Komisję Bezpieczeństwa, który zgodnie z § 2 ust. 4 lit. b Aneksu nr 2 został wystawiony po zakończeniu robót i prac, wykonywanych w ramach Części 2 i 3, określonych w art. 1 ust. 2 lit b i c Porozumienia. Protokół ten stanowił także podstawę dokonania ostatniej płatności z tytułu wykonania przez Odwołującego Umowy wykonawczej.

Zamawiający, 30 listopada 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do złożenia przystąpienia.

Do postępowania odwoławczego zgłosił swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

w dniu 3 grudnia 2020 r.: (1) wykonawca **Budimex S.A z siedzibą w Warszawie;**

(2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **PORR S.A, Unibep S.A z siedzibą lidera w Warszawie** (dalej „PORR”).

Zamawiający 10 grudnia 2020 r., działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, złożył odpowiedź na

odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Przystępujący zaprezentował swoją argumentację w piśmie procesowym, które złożył do akt sprawy na posiedzeniu 11 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu

się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym

w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią oferty złożonej przez odwołującego w postępowaniu, treścią dokumentów i wyjaśnień składanych przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 i 26 ust. 4 ustawy Pzp, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, stanowiskiem PORR zaprezentowanym w piśmie procesowym, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

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

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu

w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu. Jego oferta, zgodnie

z kryteriami oceny ofert, została najwyżej oceniona, wobec czego odwołujący, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, został wezwany do złożenia oświadczeń i dokumentów wymaganych w postępowaniu. W odpowiedzi odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału

w postępowaniu, złożył też dwukrotnie obszernie wyjaśnienia dotyczące robót wyszczególnionych w Wykazie, zatem gdyby zamawiający podjął prawidłowe i zgodne

z przepisami ustawy Pzp czynności, to oferta odwołującego zostałaby uznana

za najkorzystniejszą. Pomimo tego, zamawiający uznał, iż roboty budowlane zawarte

w Wykazie, złożonym 16 października 2020 r. są niewystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt 7.2.3) lit. a) SIWZ. W konsekwencji zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia Wykazu. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu, odwołujący może ponieść szkodę, wyrażającą się

w pozbawieniu go możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego

i otrzymaniu wynagrodzenia za jego realizację, w tym osiągnięcia zakładanego w ofercie zysku.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania

o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym

w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty złożonej przez odwołującego w postępowaniu, treści dokumentów i wyjaśnień składanych przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 i 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego

i przystępującego, załączone do odwołania oraz przedłożone na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem niniejszego zamówienia, zgodnie z opisem zamieszczonym w pkt 5 Tom 1 SIWZ - Instrukcja dla wykonawców (IDW) jest zaprojektowanie i wybudowanie drogi S19 na odcinku Krynice (od istn. DK65) - Dobrzyniewo (bez węzła) - Białystok Zachód (z węzłem).

Dalej ustalono, że w treści SIWZ zamawiający warunek udziału w postępowaniu

w zakresie zdolności technicznej i zawodowej opisał w następujący sposób (pkt 7.2.3 lit. a SIWZ): wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej: (a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 200 000 000,00 PLN netto; (b) 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A

i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m, mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu; (c) 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m. Ponadto wskazał, że każde wykazane zadanie może jednocześnie potwierdzać spełnianie kilku z powyższych warunków. Zdefiniował także co należy rozumieć jako wykonanie (zakończenie) zadania tj. wystawienie co najmniej Świadcstwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadcstwa Przejęcia).

Zamawiający wezwał odwołującego do złożenia, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Wykazu, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty budowlane w nim wymienione zostały wykonane należycie. W złożonym w odpowiedzi na wezwanie Wykazie, odwołujący wskazał roboty budowlane wykonane przez NDI SOPOT SA (Partnera Konsorcjum odwołującego) w ramach realizacji zadania, pn. Budowa Autostrady A1, Nowe Marzy - Czerniewice, na odcinku IV, od m. Lubicz do m. Czerniewice, od km 141+018 do km 151+900 z terminem zakończenia 20 grudnia 2020 r. Jako odbiorcę robót wskazał w tabeli Gdańsk Transport Company SA. (dalej jako: „GTC”) oraz załączył dwa poświadczenia wydane przez tę firmę. W pierwszym, wystawionym 18 grudnia 2019 r., GTC jako Inwestor zadania zaświadcza między innymi, że: NDI SOPOT S.A. w ramach Skanska - NDI Joint Venture zrealizowała budowę Autostrady A1 na wskazanym w Wykazie odcinku na podstawie Umowy Wykonawczej wraz z Aneksami; faktyczny zakres prac NDI SOPOT S.A. obejmował cały zakres Umowy Wykonawczej, a wartość zrealizowanych robót odpowiada wartości całego zadania a także, że prace objęte Umową Wykonawczą oraz Aneksami do tej Umowy zostały zakończone do dnia 20 grudnia 2013 r. W kolejnym, obszerniejszym z dokumentów GTC wymienił jaki zakres prac został wykonany przez NDI SOPOT S.A. w ramach realizowanego zadania i zaświadczył, że obejmował on również prace ujęte w Aneksie nr 2 do Umowy Wykonawczej, który zawierał z kolei prace budowlane wykonane na podstawie projektu zamiennego dla odcinka IV (w tym między innymi konstrukcję nawierzchni drogowej, prace dotyczące wykonania obiektu WD-147 wraz z dojazdami, ścianki szczelne i mur oporowy, roboty branżowe i wykończeniowe). W zakresie obowiązków Skanska - NDI Joint Venture było również wykonanie zamiennego projektu budowlanego wykonawczego, uzyskanie zamiennego pozwolenia na budowę oraz uzyskanie pozwolenia na użytkowanie.

Tym samym mamy do czynienia z sytuacją, w której odwołujący (tj. partner konsorcjum – NDI Sopot S.A.) zrealizował

przedmiotowe prace na podstawie Umowy o świadczenie usług inżynierskich, zaopatrzeniowych i budowlanych (dalej jako: „Umowa Wykonawcza”) z dnia 28 lipca 2005 r., która nie została zawarta bezpośrednio z Inwestorem - Ministrem Infrastruktury, jako Ministrem właściwym do spraw Transportu, a GTC. Z kolei GTC, na rzecz którego odwołujący roboty te wykonywał, zawarł 31 sierpnia 2004 r. z Inwestorem stosowną Umowę o budowę i eksploatację Autostrady A1 (dalej jako: „Umowa koncesyjna”). Pod podpisami stron Umowy koncesyjnej znajdował się również podpis Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, z adnotacją o przyjęciu do wiadomości postanowień Umowy i akceptacji jej do stosowania.

Zamawiający, pismem z 22 października 2020 r., wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy datą zakończenia robót wskazaną w Wykazie, tj. 20 grudnia 2020 r. a datą wskazaną w poświadczeniu, tj. datą zasadniczego zakończenia odcinka IV etapu II Autostrady A1 Nowe Marzy - Czerniewice, tj. 14 października 2011 r. oraz do udzielenia informacji z jaką datą Inwestor wskazanego w Wykazie odcinka autostrady A1 przejął od wykonawcy w zarządzanie teren budowy w sposób opisany w SIWZ, tj. poprzez wystawienie przez Inwestora co najmniej Świadcstwa Przejęcia w myśl Subklauzuli 10.1. WK (dla procedur FIDIC) lub dokumentu równoważnego, a także z jaką datą wykonawca uzyskał pozwolenie na użytkowanie odcinka autostrady, wskazanego w Wykazie.

W odpowiedzi na to wezwanie odwołujący pismem z 29 października 2020 r. wyjaśnił, że zakres prac objętych umową wykonawcą został rozszerzony Aneksiem 2 z 2 lipca 2012 r. Świadcstwo Zasadniczego Zakończenia wydane zostało w dniu 14 października 2011 r.,

w związku z koniecznością zapewnienia przejeźdźności tego odcinka Autostrady A1. Jednakże, zgodnie z § 2 ust. 4 lit. b Aneksu nr 2 zakończenie ostatniej - Części 3 - prac objętych zakresem tego Aneksu nr 2, a dotyczących końcowego odcinka etapu II Autostrady A1, nastąpiło z dniem wydania przez Komisję Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego pod przewodnictwem GDDKiA zaświadczenia o ich ukończeniu, co miało miejsce w dniu 20 grudnia 2013 r. Do wyjaśnień odwołujący dołączył: wyciągi z Umowy Wykonawczej i umowy zawartej pomiędzy Ministrem Infrastruktury oraz GTC oraz Protokół Komisji Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego.

Zamawiający, pismem z 3 listopada 2020 r., ponownie wezwał odwołującego, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, w związku z wątpliwościami odnośnie wykazanego terminu zakończenia robót, do złożenia wszelkich dokumentów związanych ze zmianami Umowy Wykonawczej, które to zmiany dotyczyły terminu wykonania robót wskazanych w tej umowie. W odpowiedzi na powyższe odwołujący przedłożył zamawiającemu aneks nr 2 do Umowy Wykonawczej, zawarty 24 lipca 2012 r. Ponadto złożył wyjaśnienia, zbieżne w swojej treści z wyjaśnieniami składanymi w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego.

Zamawiający uznał powyższe wyjaśnienia za niewystarczające, dlatego też pismem z 19 listopada 2020 r. wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu robót. Wyjaśnił jednocześnie, że wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie z 7 października 2020 r. w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia przedłożył Wykaz robót budowlanych wraz z poświadczeniami. Z informacji zawartych w ww dokumentach wynikało, iż NDI SOPOT S.A., jako członek Skanska - NDI Joint Venture, realizował zadanie

pn. budowa Autostrady A1 Nowe Marzy - Czerniewice na odcinku IV od m. Lubicz do m. Czerniewice, od km 141+018 do km 151+900, o wartości robót 496 908 360,00 PLN netto, termin zakończenia - 20 grudnia 2013 r. Tymczasem z informacji i dokumentów posiadanych przez zamawiającego, tj. Świadcstwa Zasadniczego Zakończenia oraz Świadcstwa Ostatecznego Ukończenia, które są dokumentami potwierdzającymi zakończenie prac na koncesyjnym odcinku autostrady A1 wynika, iż prace zakończono 14 października 2011 r., natomiast zaległe prace określone w Świadcstwie Zasadniczego Zakończenia zostały zamknięte 21 sierpnia 2012 r. W związku z powyższym wskazane w Wykazie zadanie, nie potwierdza spełnienia wymogu wykazania doświadczenia w okresie 7 lat przed terminem składania ofert, tj. przed 17 lipca 2020 r.

Z niniejszą decyzją nie zgodził się odwołujący, składając 27 listopada 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba w pierwszej kolejności, rozpoznając zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, przez ocenę spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu w sposób odbiegający od jego określenia w pkt 7.2.3 lit. a SIWZ, a tym samym prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz legalizmu czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w konsekwencji uznanie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w pkt 7.2.3 lit. a SIWZ - stwierdziła, że zarzuty te nie zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie dostrzec należy, że w treści SIWZ zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (pkt 7.2.3 lit. a SIWZ), żądając aby wykonawca w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert wykazał, że wykonał (zakończył), zadania o zakresie i wartości opisanej w treści warunku. Nie ulega również wątpliwości, że w sposób precyzyjny określił także, co należy rozumieć jako wykonanie (zakończenie) zadania. Pojęcie to należy rozumieć w ten sposób, że wystawione zostało co najmniej Świadcstwo Przejęcia. To wydawane jest w myśl Subklauzuli 10.1 Warunków Kontraktu, dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC). W innych przypadkach, w których nie wystawia się Świadcstwa Przejęcia, o zakończeniu decyduje podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu. Nie ulega zatem, w ocenie Izby, wątpliwości jakie dokumenty miały decydować o tym, że roboty budowlane, objęte danym zadaniem, zostały zakończone i jaki moment może być uznany za takie zakończenie.

I tak, w przypadku, gdy zamówienie jest realizowane w oparciu o warunki kontraktu, sporządzone zgodnie z warunkami FIDIC, dokumentem decydującym o terminie zakończenia robót jest Świadcstwo Przejęcia, w myśli Subklauzuli 10.1 FIDIC (lub protokołem odbioru), które najczęściej jest poprzedzone wydaniem pozwolenia na użytkowanie obiektu

budowlanego. Wskazane wyżej Świadcstwo Przejęcia oraz protokół odbioru często zawierają jeszcze listę usterek i wad, stwierdzonych przez Inwestora na pierwszym etapie odbioru.

Te z kolei muszą zostać usunięte do określonego terminu, aby było możliwe wydanie Świadcstwa Wykonania (w myśl procedur FIDIC). Co istotne, w dokumencie tym wskazywana jest data zakończenia robót. Z datą tą zamawiający przejmuje roboty, stanowiące przedmiot odbioru, z tym dniem również rozpoczyna się bieg terminu gwarancji.

Jeżeli natomiast doświadczenie wskazane przez wykonawcę, jak to miało miejsce

w tym przypadku, nie jest realizowane w oparciu o warunki FIDIC, a zatem nie wystawia się Świadcstwa Przejęcia lub Świadcstwa Wykonania, zamawiający musi poszukiwać stosownych analogii i tożsamości znaczeń między powyższymi dokumentami, a dokumentami na podstawie których można stwierdzić, że dane zadanie, którego wykonaniem legitymuje się wykonawca składający ofertę, zostało zakończone. Muszą to być zatem dokumenty, z których będzie wynikało, że dane roboty zostały zakończone, odebrane, przejęte do użytkowania przez Inwestora.

Takiego odniesienia poszukiwał zamawiający także w niniejszym przypadku, zmierzając w toku wyjaśnień, o złożenie których prosił odwołującego, do ustalenia kiedy nastąpiło faktyczne zakończenie zadania, które wymieniał odwołujący w treści złożonego Wykazu. Niezależnie bowiem od tego, że odwołujący złożył poświadczenie należytego wykonania robót, wystawione przez GTC, z treści którego wynikało, że prace objęte zamówieniem zakończyły się 20 grudnia 2013 r., nie można pominąć, że w treści warunku, zamawiający określił wprost jakie dokumenty mogą być uznane za potwierdzające fakt zakończenia zadania. Z treści wykazu, ani też z poświadczenia wystawionego przez GTC nie sposób wywieść, bez zapoznania się z szeregiem dokumentów, będącymi w posiadaniu odwołującego, który z dokumentów może w tym przypadku stanowić podstawę do uznania, że roboty zostały zakończone.

Zamawiający miał zatem prawo i obowiązek owe wątpliwości wyjaśnić. Nie sposób zatem podzielić zastrzeżeń odwołującego co do tego, że zamawiający kierując do niego pismo, wzywające do wyjaśnień, wykroczył poza zakres oświadczenia złożonego w Wykazie. Zauważyć należy, że w treści Wykazu jest mowa o konkretnym zadaniu, stąd procedura wyjaśnień zmierzała do ustalenia z jaką datą wykonawca uzyskał pozwolenie na użytkowanie tego właśnie odcinka. Celem zamawiającego było bowiem określenie daty zakończenia przedmiotowego zadania, a termin ten musiał wynikać z dokumentu, który w tym przypadku mógłby zostać uznany za równoważny dacie wystawienia Świadcstwa Przejęcia w procedurze FIDIC.

W ocenie Izby treść warunku udziału w postępowaniu, w brzmieniu nadanym przez zamawiającego, nie pozostawia wątpliwości, co należy rozumieć poprzez wykonanie (zakończenie) zadania. W konsekwencji ocena spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, musi być dokonywana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez zamawiającego wymagań, co wynika z zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, jako naczelnych obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Z tego powodu okoliczność, że po zrealizowaniu robót budowlanych (i ich oficjalnym oddaniu inwestorowi) pojawiły się prace, które miały charakter dodatkowy, związany wprawdzie

z przedmiotem zamówienia, ale obojętny z punktu widzenia ustalenia czy odwołujący wywiązał się z realizacji zadania, które zostało wymienione w Wykazie - nie oznacza, że okres realizacji całej inwestycji przedłuża się, a jednocześnie, że warunek udziału określony przez zamawiającego dopuszcza wykazywaniem się doświadczeniem przy realizacji inwestycji, na której trwały jeszcze inne prace. Sformułowanie „co najmniej” użyte w treści warunku nie oznacza, że zamawiający zobligowany był w przypadku tego właśnie zadania brać pod uwagę wszelkie inne dokumenty, które wystawione zostały po dacie wystawienia dokumentu równoważnego Świadcstwu Przejęcia, opisanego w warunkach FIDIC.

Ponadto, Izba zwraca także uwagę, że odwołujący składając wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, miał obowiązek zrobić to w sposób pełny i wyczerpujący, złożyć wszystkie niezbędne dokumenty potrzebne do oceny spełnienia warunków udziału

w postępowaniu. To bowiem obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że dany warunek, opisany w SIWZ spełnia. Tymczasem odwołujący, na etapie składania wyjaśnień, w sposób wybiórczy i fragmentaryczny przedkładał poszczególne dokumenty, z których miało wynikać jaki termin należy w okolicznościach niniejszej sprawy uznać za datę zakończenia całości robót. Powoływał się na treść Umowy Wykonawczej, zapisy aneksu nr 2, załączając jedynie fragmenty tych dokumentów, co w efekcie uniemożliwiało zamawiającemu w sposób całościowy ocenić ich treść. Co kluczowe - odwołujący nie przedłożył w odpowiedzi

na wezwanie podstawowych dokumentów, mających znaczenie w tej sprawie, w postaci Świadcstwa Zasadniczego Zakończenia (dalej „ŚZZ”) oraz Świadcstwa Ostatecznego Ukończenia (dalej „ŚOU”), a załączył je dopiero do złożonego odwołania.

Znaczenie tych dokumentów jest takie, że to właśnie wyżej wymienione, wskazują terminy zakończenia prac objętych zadaniem wymienionym w Wykazie, zrealizowanych

w ramach odcinka IV. Z treści załączonego do odwołania ŚZZ, wystawionego 14 października 2011 r., wynika, że z tą datą oddano do eksploatacji i utrzymania odcinek IV Etapu II, a więc wykonawca zrealizował całość robót budowlanych objętych umową. Przewidziano w nim również konieczność wykonania zaległych prac oraz usterek i niezgodności. Te z kolei usunięte zostały do 21 sierpnia 2012 r., o czym świadczą zapisy ŚOU. Dokument ten zaświadcza o zakończeniu wszelkich robót dla umowy głównej, odc. IV, etapu II. Przypomnieć należy ponownie, że zamawiający w treści warunku udziału w postępowaniu sprecyzował,

że o zakończeniu robót świadczy wystawienie dokumentu, który treścią i charakterem odpowiadałby Świadcstwu Przejęcia lub Protokołowi odbioru, których zawartość i znaczenie są co do zasady zbliżone. Tym samym w niniejszym stanie faktycznym dokumentem, który należy uznać za równoważny do wskazanego w treści SIWZ jest ŚOU. Bez znaczenia zatem pozostają w tym przypadku wszelkie inne dokumenty, które zostały wydane po dacie wydania przez inwestora dokumentu potwierdzającego realizację przedmiotu zamówienia. Nie ma przy tym znaczenia jaki podmiot był stroną umowy z Inwestorem, a jaki podmiot faktyczne roboty te wykonywał. Nie ulega wątpliwości, że zadanie wymienione w wykazie zostało zakończone z datą wydania ŚOU i ten dokument, a nie treść poświadczenia GTC stanowi potwierdzenie zakończenia prac na tym odcinku Autostrady A1. Tym samym, biorąc pod uwagę, że termin składania ofert został wyznaczony na 17 lipca 2020 r., prace winny zostać zakończone nie wcześniej niż w lipcu 2013 r. Mając zatem na uwadze datę wskazaną w treści ŚOU stwierdzić należy, że warunek udziału w postępowaniu w brzmieniu nadanym przez zamawiającego

- nie został spełniony.

Odwołujący, nie zgadzał się z decyzją zamawiającego uważając, że ten oparł swoją negatywną ocenę spełnienia warunku przez odwołującego na informacjach i dokumentach posiadanych przez niego w postaci ŚZU i ŚOU, które

pozyskał samodzielnie, a zatem

z pominięciem zakresu Umowy Wykonawczej i aneksów zawartych pomiędzy odwołującym a GTC. Zwracał uwagę, że celem potwierdzenia, że referencyjne zadanie zostało zakończone w terminie 7-letnim przedłożył dokumenty, w których określone zostały warunki realizacji Autostrady A1. Na ich podstawie zamawiający datę wykonania (zakończenia) zadania winien utożsamiać z ostatnią datą, potwierdzającą osiągnięcie wymogów zamawiającego niezbędnych do pełnego oddania do eksploatacji Prac Etapu I oraz Prac Etapu II. Taka interpretacja, w ocenie odwołującego, wynika z treści Klauzuli 18 Umowy Wykonawczej.

W związku z czym, podstawą do uznania ukończenia całości zadania, było wystawienie przez Komisję Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego zaświadczenia o ukończeniu prac, co miało miejsce dnia 20 grudnia 2013 roku. Jest to tym samym ostatnie zezwolenie wymagane

do „otwarcia Etapu I oraz Etapu II dla ruchu”, które jednocześnie, jako odnoszące się do prac Spółki Wykonawczej zgodnie z Klauzulą 18 Umowy wykonawczej, oznacza zakończenie realizacji wszystkich robót.

Skład orzekający po dokonaniu analizy treści porozumienia, umów i dokumentów przywoływanych przez odwołującego uznał, że dokumentu, na który powołuje się odwołujący, w postaci Protokołu z przeglądu organizacji ruchu, wydanego przez Komisję Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego nie można uznać jako tego, który zaświadcza o zakończeniu całości prac na zadaniu wymienionym w treści Wykazu.

Zauważyć należy w pierwszej kolejności, że z zapisów Umowy o budowę i eksploatację autostrady zawartej 31 sierpnia 2004 r. pomiędzy Ministrem Infrastruktury oraz GTC, której treść została zmieniona i ujednolicona w dniu 30 września 2008 r. oraz 12 grudnia 2008 r., przywoływanych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie - dalej „Umowa Koncesyjna” (§27 ust. 2 i 3) wynika, że SZZ wydane zostanie w przypadku uznania, że prace danego etapu lub odcinka zostały zasadniczo ukończone, co powoduje jednocześnie udzielenie GTC zgody na eksploatację i utrzymanie takiego odcinka lub etapu jako autostrady publicznej. W tym też dokumencie miał zostać określony termin na zakończenie w pełni tych prac. Z kolei wydanie ŚOU nastąpić miało w przypadku, gdy Inwestor uzna, że wszystkie prace, objęte umową, zostały w pełni ukończone. Niesporne w niniejszej sprawie jest, że takie dokumenty dla tej inwestycji zostały wydane, odpowiednio w terminach: SZZ w dniu 14 października 2011 r., natomiast ŚOU - 21 sierpnia 2012 r.

Z kolei w Umowie Wykonawczej na projektowanie i budowę Etapu I oraz Etapu II Autostrady A1, zawartej pomiędzy Gdańsk Transport Company S.A. i Skanska - NDI Joint Venture w dniu 28 lipca 2005 r., zmieniona i ujednolicona 4 maja 2009 r., w przywoływanej przez odwołującego klauzuli 18.1 stwierdza się wprawdzie, że zakończenie prac wiązać się będzie z wystawieniem SZZ oraz uzyskaniem wszystkich zezwoleń odnoszących się do prac Spółki Wykonawczej, to jednak w pkt 18.2 wskazano jednocześnie, że: „wystawienie Świadczenia Ostatecznego Ukończenia dotyczącego całości prac Etapu I i prac Etapu II oraz wydanie Zezwoleń wymaganych do otwarcia Etapu I oraz Etapu II dla ruchu będzie zawsze oznaczać, że Spółka Wykonawcza zakończyła, wyłącznie dla potrzeb niniejszego Artykułu nr 18, realizację prac Spółki Wykonawczej (z zastrzeżeniem przedstawienia dokumentacji powykonawczej zgodnie z treścią Artykułu 21)”.

Mając zatem na uwadze treść wyżej przywołanych uregulowań, dokumentem granicznym, świadczącym o zakończeniu robót zasadniczych, odnoszących się do tego odcinka autostrady, jest ŚOU. Ten dokument, podobnie jak wspomniane wcześniej Świadczenie Przejęcia w procedurze FIDIC wskazujące datę zakończenia wszystkich prac, objętych umową, stwierdzając, że te zostały w pełni ukończone.

Dalej zauważyć należy, że Aneks nr 2 z 2 lipca 2012 r., który rozszerza zakres robót, wynikający z Umowy Wykonawczej, załączony do wyjaśnień złożonych przez odwołującego pismem z 3 listopada 2020 r. dotyczy, co wynika z zapisów §1 ust. 1: „Prac na podstawie projektu zamiennego dla odcinka 1a od km 151+184,62 do km 151+900 Autostrady A1 Nowe Marzy-Czerniewice”. W tym samym paragrafie zaznaczono, że podpisane przedmiotowego aneksu związane jest z uzgodnieniem przez strony warunków Polecenia Zmiany nr 3, Etapu II Odcinek 1a. Polecenie zmiany, o którym mowa w aneksie jest z kolei procedurą wynikającą z zapisów §59 Umowy Koncesyjnej.

W niniejszym przypadku mamy zatem do czynienia z sytuacją, gdy poleceniem zmiany wyodrębniony został odcinek 1a Etapu II w km 151+184 – 151+900. Cytowany zatem przez odwołującego §2 ust. 4 lit. b Aneksu nr 2, referujący do zaświadczenia o ukończeniu prac wydanego przez Komisję Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego, odnosi się do ukończenia prac związanych z wykonaniem robót wynikających z Polecenia zmiany nr 3, Etapu II Odcinka 1a. W tym miejscu stwierdzić należy, że Izba podziela stanowisko zamawiającego, który zwrócił uwagę, że wymienione w Wykazie zadanie odnosi się do robót budowlanych zrealizowanych na odcinku IV. Należy więc badać doświadczenie zdobyte przez wykonawcę na zadaniu referencyjnym, nie zaś rozszerzać je na zadania, które co prawda są ze sobą związane,

ale z formalnego punktu widzenia są zadaniami odrębnymi. Nie ma w tym przypadku wpływu na ocenę okoliczność, że przedmiotowe prace zlecono na mocy aneksu nr 2 do Umowy Wykonawczej, a nie w oparciu o zapisy odrębnej umowy. Zakres prac objętych aneksem nr 2 został bowiem określony w sposób jednoznaczny i wynika z niego jakie roboty, odnoszące się do jakiego odcinka są przedmiotem realizacji.

Jednocześnie dostrzec należy, że ani Aneks nr 2, ani też Polecenie zmiany nr 3, które nie tylko, że dotyczy wyłącznie robót zamiennych, nie wprowadzają również zmian do Umowy Wykonawczej w zakresie zasadniczego terminu zakończenia robót, ani też w zakresie dokumentów, które mają potwierdzać zasadnicze zakończenie całości zadania. Niezależnie od tego, że zmiany te były procedowane wydane zostały zatem SZZ, a następnie ŚOU. Te zatem dokumenty, niezależnie od podpisania aneksu nr 2 są tymi, które mają wpływ na ocenę z jaką datą zakończone zostały prace dotyczące odcinka IV, a zatem winny zostać wykorzystane na potrzeby oceny, czy odwołujący spełnił warunek udziału w postępowaniu.

Także z treści przywoływanego przez odwołującego dokumentu, który miał decydować o dacie zakończenia robót referencyjnych - protokołu z przeglądu organizacji ruchu przed dopuszczeniem drogi dla ruchu - Komisji Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego wynika, że ten dotyczy odcinka 1a Autostrady A1. Ponadto, jak słusznie zauważył w swoim piśmie procesowym przystępujący, dokument, wystawiony przez Komisję Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego, nie jest dokumentem, który sam w sobie może przesądzać z jaką datą faktycznie zakończyła się przedmiotowa inwestycja. Komisja taka powoływana jest w oparciu

o rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 23 września 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków zarządzania ruchem na drogach oraz wykonywania nadzoru nad tym zarządzaniem (w oparciu o delegację ustawową, zawartą w art. 10 ust. 12 ustawy Prawo o ruchu drogowym). Z rozporządzenia wynika, że odnosi się ono do zarządzania ruchem na drogach publicznych (zwłaszcza w zakresie projektów organizacji ruchu) oraz wykonywania nadzoru w tym zakresie. Powoływana jest przez organ zarządzający ruchem, w celu szczegółowego rozpatrzenia wniesionych opinii lub

wątpliwości związanych z projektem zarządzania ruchem. W jej skład natomiast wchodzi między innymi przedstawiciel policji oraz przedstawiciel zarządu drogi. Potwierdza to również dowód złożony przez przystępującego na rozprawie w postaci Zarządzenia wydanego przez Prezydenta miasta Gdyni z dnia 17 maja 2011 r.

w sprawie powołania Komisji Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego w Gdyni, z którego wynika, iż komisję taką powołuje się jako organ doradczy (w tym przypadku Prezydenta m. Gdyni)

w zakresie zarządzania ruchem, zaś do jej zadań należy opiniowanie dokumentów związanych z organizacją ruchu.

Niezależnie od tego zatem, że w tym przypadku przedmiotowa komisja działała „pod przewodnictwem GDDKiA” nie zmienia to jej zasadniczej roli, jaką może ona pełnić.

Z pewnością nie można jej przypisać takich kompetencji, jakie posiada komisja dokonująca odbioru robót, nie ma ona bowiem ani uprawnień, ani też wiedzy, aby wypowiadać się na temat zgodności z kontraktem prac wykonanych w ramach danej inwestycji i potwierdzać

ich zakończenie. Z treści protokołu, który załączył odwołujący do wyjaśnień składanych zamawiającemu pismem z 29 października 2020 r. wynika, jaką rolę przypisano temu organowi. Komisja, w składzie wymienionym w treści protokołu, złożona między innymi

z przedstawiciela GDDKiA wypowiedziała się w zakresie zagadnień związanych z organizacją ruchem, a zatem zgodnie z zakresem i kompetencjami jaki jej powierzono.

Odnosząc się natomiast do treści przywoływanego przez odwołującego porozumienia, które zostało zawarte pomiędzy GTC a Ministrem 21 sierpnia 2012 r., w sprawie uzgodnienia warunków wykonania przez GTC płatnej zmiany nr 3, z którego wynikać miał zakres wykonanych przez odwołującego prac, w pierwszej kolejności zauważyć należy, że to nie zostało zamawiającemu przedłożone na etapie składania wyjaśnień, podobnie jak SZU i SOU, a załączone dopiero do odwołania. Tym samym zamawiający, dokonując oceny składanych wyjaśnień, nie miał pełnej wiedzy pozwalającej na dokonanie oceny w zakresie spełnienia przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Ponownie Izba zwraca uwagę, że to rolę odwołującego, który chce wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu jest przedłożenie wszystkich niezbędnych dokumentów, umożliwiających dokonanie zamawiającemu takiej oceny. W okolicznościach niniejszej sprawy to zamawiający,

we własnym zakresie, takich dokumentów musiał poszukiwać.

Niezależnie od powyższego skład orzekający doszedł do przekonania, że zapisy przywoływanego porozumienia, pozostają bez wpływu na ocenę przedmiotowych zarzutów. Odwołujący bowiem, powołując się na zapisy tego porozumienia wywodził, że jego zakresem objęto szereg robót, związanych z wykonaniem końcowego odcinka Autostrady A1, wskazanego w Wykazie i objętego zakresem umowy wykonawczej. Z tego powodu w jego ocenie, pomimo wydania SOU w tym samym dniu, w którym zawarto powyższe porozumienie, nie można uznać, że prace wykonane na odcinku IV Autostrady A1 zostały w tym dniu zakończone. Skład orzekający nie podziela tego stanowiska z następujących powodów. Po pierwsze, jak zauważono wcześniej, porozumienie dotyczy płatnej zmiany nr 3, a ta obejmuje prace związane z zakresem odnoszącym się do odcinka 1a. Ponadto, co wynika z postanowień zawartych w SOU: „Z tytułu warunków Płatnej Zmiany nr 3, roboty tymczasowe i zaległe, związane z połączeniem z Etapem III, nie wchodzi w zakres prac koniecznych

do wykonania, w celu osiągnięcia Ostatecznego Ukończenia”. Bezsprzeczne jest zatem,

że strony zgodziły się, że roboty wynikające z Płatnej Zmiany nr 3 nie są konieczne

do osiągnięcia Ostatecznego Ukończenia, a zatem zakończenie robót dotyczących odc. IV zostało potwierdzone SOU. Tam z kolei wymieniono, jako termin zakończenia robót

21 sierpnia 2012 r. Z powyższych powodów dowód złożony przez odwołującego na rozprawie w postaci faktur na wykonanie robót ogólnobudowlanych, które dotyczą prac zrealizowanych w ramach płatnej zmiany nr 3, jest nieprzydatny do rozstrzygnięcia sprawy z tego powodu,

że dotyczy wykonania prac, które nie były konieczne do osiągnięcia ostatecznego ukończenia. Na marginesie zauważyć należy również, że faktury zostały wystawione we wrześniu 2012 r., a zatem przed upływem 7 lat, liczonych od terminu składania ofert w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zamawiający nie naruszył wskazywanych przez odwołującego przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp, gdyż słusznie stwierdził że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w pkt 7.2.3) a) SIWZ. Zgodzić się należało z zamawiającym, że w odniesieniu do wymienionego w treści Wykazu zamówienia, dokumentem granicznym, świadczącym jednoznacznie o zakończeniu robót zasadniczych

na odc. IV będzie SOU, a to zostało wystawione 21 sierpnia 2012 r. Dokument ten pełni identyczne funkcje, jak Świadcstwo Wykonania, wystawione w oparciu o warunki FIDIC

i stwierdza wypełnienie zobowiązania do wykonania oraz zasadniczego zakończenia prac na odc. IV.

Mając powyższe na uwadze zamawiający zasadnie wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 do uzupełnienia Wykazu, gdyż roboty budowlane zawarte w Wykazie, złożonym w dniu 16 października 2020 r. nie mogą być uznane za wystarczające dla potwierdzenia spełnienia ww. warunku.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

Przewodniczący:

Członkowie: