Sygn. akt: KIO 2586/20

WYROK

z dnia 12 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 9 listopada 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2020r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Polimex Infrastruktura Sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A., ul. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Kalisz - Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Kaliszu, ul. Złota 43, 62-800 Kalisz**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: "BUD-AN" Sp. z o.o., Zakład Budowy Dróg H. M., Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe "DOMAX" A. M., ul. Śródmiejska 15, 62-800 Kalisz** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Polimex Infrastruktura Sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A., ul. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum: Polimex Infrastruktura Sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A., ul. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od **Konsorcjum: Polimex Infrastruktura Sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A., ul. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Miasto Kalisz - Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Kaliszu, ul. Złota 43, 62-800 Kalisz** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione na wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kaliszu.

Przewodniczący:……

Uzasadnienie

Określenie przedmiotu zamówienia: "Rozbudowa ulic w ciągu drogi wojewódzkiej nr 450 na odcinku od „Rogatki" do granicy miasta Kalisza - etap I" (nr postępowania: ZP.271.1.4.2020)

Numer ogłoszenia, zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej:

Numer: 2020/S 079-185721

ODWOŁANIE

Wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy:

(1) dokonania wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BUD-AN Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu, Zakład Budowy Dróg H. M. z siedzibą w Błaszkach, Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe „DOMAX" A. M. (łącznie „Konsorcjum BUD-AN") jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

(2) zaniechania wykluczenia Konsorcjum BUD-AN z Postępowania;

ewentualnie;

zaniechania wezwania Konsorcjum BUD-AN do złożenia wyjaśnień potwierdzających posiadanie wymaganego doświadczenia;

(3) zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Zamawiającemu zarzuca naruszenie:

(1)art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum BUD-AN z Postępowania z uwagi na niesłuszne uznanie, że Konsorcjum BUD-AN spełnia warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 9 pkt 9.2 ppkt 3) lit. a) SIWZ, gdy tymczasem, wbrew twierdzeniom Konsorcjum BUD-AN zawartym w przedłożonym Zamawiającemu Wykazie wykonanych robót budowlanych („Wykaz robót"), inwestycje ujęte w pozycjach 4 i 5 Wykazu robót realizowane były przez konsorcja wykonawców, a zakresy, które wykonane zostały przez Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe „DOMAX" A. M. (poz. 4 Wykazu robót) oraz BUD-AN Sp. z o.o. (poz. 5 Wykazu robót) nie pozwalają tym wykonawcom na przypisanie sobie doświadczenia niezbędnego do uznania przez Zamawiającego, że spełniają oni warunki, o których mowa w rozdziale 9 pkt 9.2 ppkt 3) lit. a) SIWZ;

ewentualnie;

art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum BUD-AN do złożenia wyjaśnień w zakresie faktycznego przebiegu inwestycji (w szczególności podziału prac pomiędzy konsorcjantami), o których mowa w poz. 4 i 5 Wykazu robót;

(2) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp poprzez zaniechanie ich zastosowania, pomimo wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Konsorcjum BUD-AN, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa), przy przedstawieniu informacji w zakresie spełniania warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w rozdziale 9 pkt 9.2 ppkt 3) lit. a) SIWZ, co doprowadziło do niesłusznego wyboru oferty Konsorcjum BUD-AN jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

a w konsekwencji,

(3) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

II. Uwzględniając powyższe wnosi o:

(1)na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp wnoszę o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

-unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum BUD-AN jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

-wykluczenie Konsorcjum BUD-AN z Postępowania;

ewentualnie,

tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie ma podstaw do wykluczenia Konsorcjum BUD-AN z Postępowania;

wezwanie Konsorcjum BUD-AN do złożenia wyjaśnień w zakresie faktycznego przebiegu inwestycji (w szczególności podziału prac pomiędzy konsorcjantami), o których mowa w poz. 4 i 5 Wykazu robót;

- powtórzenie czynności badania i oceny ofert z pominięciem oferty Konsorcjum BUD-AN;

- uznanie oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą w Postępowaniu;

(2) na podstawie art. 190 ust. 1 Pzp wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

(3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby Zamawiający przeprowadził czynności zgodnie z wymogami określonymi w Pzp i w konsekwencji wykluczył Konsorcjum BUD-AN z Postępowania, oferta Odwołującego (która plasuje się na drugim miejscu w rankingu ofert) mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Tym samym Odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp.

Termin na wniesienie odwołania

Informacja o wyborze oferty Konsorcjum BUD-AN została opublikowana dnia 29 września 2020 r., co oznacza, że odwołanie zostało złożone w ustawowym terminie.

Pozostałe wymogi formalne

Do odwołania dołączono dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości oraz dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.

UZASADNIENIE

I. ZWIĘZŁY OPIS STANU FAKTYCZNEGO

1.Przedmiotem Postępowania jest rozbudowa ulic w ciągu drogi wojewódzkiej nr 450 na odcinku od „Rogatki" do granicy miasta Kalisza (etap I). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 kwietnia 2020 r. pod numerem 2020/S 079-185721.

2.W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ") Zamawiający postawił warunki odnoszące się do doświadczenia, którym wykazać miał się wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia (rozdział 9 pkt 9.2 ppkt 3) lit. a) SIWZ). Na skutek modyfikacji SIWZ odnoszących się do tych warunków (zmiany z 28 kwietnia 2020 r., 12 maja 2020 r. i 3 czerwca 2020 r.) ostateczna treść wymagań związanych z oczekiwaniami Zamawiającego w zakresie doświadczenia wykonawców prezentowała się następująco:

„Wykonawca musi posiadać doświadczenie polegające na należytym wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum:

- dwóch robót budowlanych z których każda obejmowała: budowę lub przebudowę ulicy/drogi zawierających w swoim zakresie wykonanie jezdni o nawierzchni bitumicznej o długości min. 1200 mb. lub o powierzchni min. 7200 m2 i wykonanie nawierzchni z elementów betonowych prefabrykowanych i/lub nawierzchni z kostki granitowej o łącznej powierzchni min. 4000 m2 na drodze, min. klasy „Z", każda,

- jednej roboty budowlanej obejmującej budowę lub przebudowę (remont) ulicy/drogi o wartości zrealizowanych prac min. 15.000.000, 00 zł. brutto,

- jednej roboty budowlanej obejmującej budowę kanału deszczowego/ sanitarnego o średnicy min. 400 mm i dl. min 1500 mb.,

- jedno zadania polegające na budowie ronda lub przebudowie skrzyżowania na rondo na drodze min. klasy „Z".

3. W Postępowaniu złożonych zostało sześć ofert. Wszyscy wykonawcy zaoferowali okres rękojmi za wady i gwarancji jakości na wykonane roboty budowlane w wysokości pozwalającej przyznać im maksymalną liczbę punktów z tytułu tego kryterium, zatem o klasyfikacji wykonawców decydowała cena. Konsorcjum BUD- AN wyceniło swoją ofertę na 35.178.558,63 zł, natomiast Odwołujący na 36.689.523,19 zł.

4.Na wezwanie Zamawiającego, wystosowane w trybie, o którym mowa w art. 26 ust. 1 Pzp, Konsorcjum BUD-AN przedłożyło Wykaz robót, gdzie:

a) w poz. 4 wskazana została inwestycja mająca odpowiadać wymogowi wykonania jednej roboty budowlanej obejmującej budowę lub przebudowę (remont) ulicy/ drogi o wartości zrealizowanych prac min. 15.000.000, 00 zł brutto: „Remont drogi wojewódzkiej nr 483 od granicy miasta na prawach powiatu Częstochowa do Kokawy, w tym opracowanie dokumentacji projektowej

b) w poz. 5 wskazana została inwestycja mająca odpowiadać wymogowi wykonania jednej roboty budowlanej obejmującej budowę kanału deszczowego/ sanitarnego o średnicy min. 400 mm i dł. min 1500 mb.: „Budowa kanalizacji deszczowej wraz z separatorami na terenie kompleksu wojskowego w Leźnicy Wielkiej - zadania 11299 oraz budowa przyłączy wodociągowych - zadanie 11626".

5. Na potwierdzenie prawidłowego wykonania inwestycji z poz. 4 Wykazu robót złożono referencje wystawione przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach. Z dokumentu tego wynika, że zadanie to realizowane było przez wykonawców w składzie: P.U.H. „DOMAX" A. M., ADAC-LEWAR Sp. z o.o., „GRAMAR" Sp. z o.o. oraz H. Sp. z o.o.

6. Z kolei na potwierdzenie prawidłowego wykonania inwestycji z poz. 5 Wykazu robót złożono referencje wystawione przez IDS-BUD S.A., z których wynika, że zadanie to realizowane było przez wykonawców w składzie: Zakład Inżynieryjno - Budowlany Sp. z o.o., sp. k., BUD-AN Sp. z o.o. z siedzibą w Tuliszkowie oraz BUD-AN Sp. z o.o. : siedzibą w Kaliszu.

7. Dnia 29 września 2020 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej informację o wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum BUD-AN jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

II. ARGUMENTACJA ODWOŁANIA

11.1.NIEZASADNE UZNANIE, ŻE KONSORCJUM BUD-AN WYKAZAŁO SPEŁNIENIE WARUNKU UDZ POSTĘPOWANIU (NARUSZENIE ART. 24 UST. 1 PKT 12 PZP)

8.Odwołujący wskazuje, że członkowie Konsorcjum BUD-AN nie nabyli w toku inwestycji wskazanych w pkt. 4 i 5 Wykazu robót doświadczenia pozwalającego na uznanie, że spełnione zostały wymogi, o których mowa w rozdziale 9 pkt 9.2 ppkt 3) lit. a) SIWZ.

9.W pierwszej kolejności podkreślić należy, że wymóg wykonania jednej roboty budowlanej obejmującej budowę lub przebudowę (remont) ulicy/ drogi o wartości zrealizowanych prac min. 15.000.000, 00 zł brutto rozumieć należy w ten sposób, że wykonawca legitymujący się tym doświadczeniem faktycznie wykonać powinien inwestycję, której przedmiotem były rodzajowo określone prace, a ich wartość wyniosła co najmniej 15.000.000,00 zł brutto. Oczywiście nie ogranicza to dopuszczalności posługiwania się doświadczeniem nabytym w przypadku, gdy inwestycja realizowana była przez konsorcjum. W takim jednak przypadku wykonawca (członek konsorcjum) zobligowany jest do wykazania, że zakres prac wykonanych przez niego odpowiada przywołanej kwocie. Jakakolwiek odmienna wykładania tego wymogu, w szczególności ta, zgodnie z którą w przypadku inwestycji realizowanej przez konsorcjum wystarczające miałoby być, aby wartość zadania przekraczała 15.000.000,00 zł brutto (a bez znaczenia byłoby, w jakim zakresie w tej inwestycji uczestniczył dany wykonawca), prowadziłaby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Doszłoby bowiem do usankcjonowania sytuacji, w której wykonawca realizujący samodzielnie daną inwestycję musiałby wykazać, że jej wartość przekraczała 15.000.000,00 zł brutto, natomiast członek konsorcjum mógłby posługiwać się stosowną referencją (w zakresie zadania spełniającego ten wymóg), niezależnie od tego, jaki faktycznie zakres wykonał. Z taką wykładnią warunku nie sposób się zgodzić.

10.Jak wskazano powyżej, inwestycja pn. „Remont drogi wojewódzkiej nr 483 od granicy miasta na prawach powiatu Częstochowa do Kokawy, w tym opracowanie dokumentacji projektowe/" realizowana była przez konsorcjum składające się z czterech wykonawców. Wartość tej inwestycji wyniosła 29.756.049 zł brutto.

11.Odwołujący podkreśla, że P.U.H. „DOMAX" A. M. nie wykonało w ramach tej inwestycji robót budowlanych o wartości 15.000.000, 00 zł brutto, większość prac budowlanych została bowiem wykonana przez pozostałych członków konsorcjum.

12.Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w przypadku inwestycji, o której mowa w poz. 5 Wykazu robót (w zakresie jednej roboty budowlanej obejmującej budowę kanału deszczowego/ sanitarnego o średnicy min. 400 mm i dł. min 1500 mb). Spółka BUD-AN Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu, która przypisuje sobie doświadczenie w zakresie budowy kanału spełniającego wymogi postawione przez Zamawiającego nie wykonała samodzielnie tych prac, co pozbawia ją prawa do przypisywania sobie doświadczenia w tym zakresie. Dodatkowo z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że inwestycja przedstawiona w Wykazie robót w poz. 5 nie była realizowana przez spółkę BUD-AN Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu, lecz BUD-AN Sp. z o.o. z siedzibą w Tuliszkowie, co stanowi kolejny argument przemawiający za brakiem możliwości przypisania sobie przez BUD-AN Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu nabytego doświadczenia (przedłożone przez Konsorcjum BUD-AN referencje wskazują na wspólne realizowanie inwestycji przez te podmioty).

13.Jak wskazuje aktualne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Krajowej Izby Odwoławczej („Izba") wykonawca może przypisać sobie doświadczenie z realizacji danej inwestycji jedynie w takim zakresie, w jakim samodzielnie je zrealizował.

14.W odniesieniu do niniejszego zarzutu istotny jest wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja

2018 r. w sprawie Esaprojekt,1 TSUE stanął bowiem na stanowisku, że „(...) gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Jak bowiem słusznie podniósł rząd polski w uwagach w piśmie, wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. ”

15.Powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w wyrokach Izby. I tak np. Izba w wyroku z dnia 11 kwietnia 2018 r. stanęła na stanowisku, że „Nie mają zasadniczego i rozstrzygającego znaczenia relacje podmiotowe towarzyszące wykonywaniu zamówienia, tj. czy zamówienie było wykonywane wspólnie przez wykonawców działających w ramach konsorcjum, czy też przez wykonawcę i jego podwykonawców. Istotny jest zakres prac wymagany przez zamawiającego w warunku oraz to, w jakim każdy z podmiotów rzeczywiście partycypował w wykonywaniu tych prac. Przyjęcie odmiennego zapatrywania skutkować mogłoby nierównym traktowaniem wykonawców, ponieważ możliwość wykazywania się doświadczeniem przez wykonawcę, który zrealizował zamówienie w konsorcjum ograniczona byłaby wyłącznie do wykonanej przez niego osobiście części tego zamówienia, podczas gdy ograniczenia takiego nie byłoby w przypadku wykonawcy, który zrealizował zamówienie przez podwykonawców. Ponadto interpretacja taka stanowiłaby wypaczenie rozumienia kwestii realności dysponowania tym zasobem. Sytuacja, w której oceniany wykonawca nie realizował danej części zamówienia, ponieważ wykonał ją inny członek konsorcjum, w którym wykonawca taki uczestniczył nie różni się zasadniczo od przypadku, gdy określoną część zamówienia wykonywał podwykonawca. W każdym z tych przypadków oceniany wykonawca - jakkolwiek był stroną umowy i odpowiadał wobec zamawiającego za jej realizację - nie nabywał doświadczenia wynikającego bezpośrednio z tych prac, które realizował inny podmiot (partner w ramach konsorcjum, podwykonawca)

16.Podobnie wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 31 stycznia 2020 r. „Należy podkreślić, że dysponowanie przez wykonawcę określonym potencjałem ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia. Aby wykonawca dawał rękojmię należytej realizacji powierzonego zadania, musi wymagany potencjał rzeczywiście, a nie tylko formalnie, posiadać. W odniesieniu do doświadczenia oznacza to, że musi to być doświadczenie faktycznie przez danego wykonawcę nabyte poprzez realizację określonych zadań. Przyjęcie stanowiska przeciwnego byłoby tożsame z zezwoleniem na ukształtowanie się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego praktyki dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, dając możliwość uzyskania zamówień podmiotom, które nie są zdolne do ich właściwej realizacji (por.m.in. wyrok z dnia 11 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 568/18). ”.

17.Biorąc pod uwagę powyższe, uznać należy, że Konsorcjum BUD-AN, z uwagi na fakt, że jego członkowie nie nabyli stosownego doświadczenia, nie wykazało spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, a zatem doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

II.2.ZISZCZENIE SIĘ PRZESŁANEK WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA Z POWODU

WPROWADZENIA ZAMAWIAJĄCEGO W BŁĄD (NARUSZENIE ART. 24 UST. 1 PKT 16 I 17 PZP)

18.Mając na względzie, że Konsorcjum BUD-AN przypisało sobie doświadczenie, którego w istocie nie nabyło, co niewątpliwie nakierowane było na wywarcie u Zamawiającego przekonania, że posiada doświadczenie wymagane w treści SIWZ, uznać należy, że ziściły się również przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

19.Aby możliwe było zastosowanie względem wykonawcy sankcji, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

(a)przedstawione przez wykonawcę informacje muszą być informacjami wprowadzającymi zamawiającego w błąd (w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp niezbędne jest zaistnienie tego stanu, w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp mowa jest o informacjach „wprowadzających” w błąd);

(b)są to informacje, które dotyczą oceny podstaw do wykluczenia, spełnienia warunków, kryteriów (art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp) lub mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego (art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp);

(c)przedstawienie informacji nastąpiło w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp), względnie lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy (art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp).

20.W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że poza sferą jakichkolwiek wątpliwości pozostaje ziszczenie się przesłanki, o której mowa w lit. b powyżej (informacje, o których mowa dot. spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, a ściślej, warunku z rozdziału 9 pkt 9.2 ppkt 3) lit. a) SIWZ). O ile bowiem art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp odnosi się do ograniczonego kręgu informacji (dotyczące wykluczenia, warunków lub kryteriów) i z racji na podanie przez Konsorcjum BUD-AN nieprawdziwej informacji nawiązującej do jednego z tych zagadnień przepis ten znajdzie zastosowanie, to art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp odnosi się do znaczenie szerszego katalogu okoliczności. Wskazuje bowiem jedynie na wymóg, aby informacje, które przekazuje wykonawca mogły (chociażby potencjalnie) mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Biorąc pod uwagę, że informacje w zakresie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to jedne z najistotniejszych informacji przekazywanych przez wykonawcę i w oparciu o nie zamawiający podejmuje decyzję o możliwości udzielenia wykonawcy danego zamówienia, oczywiste jest, że również ta przesłanka została spełniona. Dlatego w dalszej kolejności pogłębiona zostanie analiza przesłanek ze wskazanych powyżej lit. a) oraz c).

21. Zarówno w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i pkt 17 Pzp ustawodawca wskazał na „wprowadzenie zamawiającego w błąd' jako skutek działania wykonawcy. Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej („Izba”) „przez błąd należy rozumieć rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości gospodarza postępowania" . Oznacza to, że sformułowanie użyte w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp wymaga, aby „wykonawca poprzez przedstawienie informacji wywołał w świadomości zamawiającego fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości’ .

22. Istotą „błędu”, o którym mowa w analizowanym przepisie jest więc wykreowanie u zamawiającego przekonania, iż

dana okoliczność/ zdarzenie miały miejsce, podczas, gdy w rzeczywistości tak nie było. Oczywiste jest przy tym, że do takiego stanu doprowadzić musi swoim działaniem wykonawca poprzez przedstawienie nieprawdziwej informacji, która stała się źródłem błędnego przekonania zamawiającego o danej okoliczności/ zdarzeniu. Zatem koniecznym warunkiem zaistnienia stanu błędu po stronie zamawiającego jest podanie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych, nieodpowiadających rzeczywistości.

23. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby zapadłym na gruncie aktualnie brzmiących przepisów. W wyroku z dnia 18 kwietnia 2017 r. Izba stwierdza: „Przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) należy rozumieć m.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy".

24. Podkreślenia wymaga, że z taką właśnie, klasyczną konstrukcją błędu mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Konsorcjum BUD-AN oświadczyło, że nabyło doświadczenie, którego w treści SIWZ wymagał Zamawiający. Okoliczność ta miała znaleźć potwierdzenie w dokumentach przedkładanych Zamawiającemu w ramach procedury, o której mowa w art. 26 ust. 1 Pzp. Tymczasem, jak się okazuje, informacja ta jest nieprawdziwa, bowiem Konsorcjum BUD-AN nie nabyło wymaganego doświadczenia. W oparciu o Wykaz robót Zamawiający doszedł do błędnego wniosku, zgodnie z którym Konsorcjum BUD-AN rzekomo nabyło niezbędne doświadczenie. Tymczasem analiza przebiegu kwestionowanych inwestycji skłania do zupełnie odmiennych wniosków. Fakt, że Konsorcjum BUD-AN nie wykonało przypisywanych sobie robót, które deklarowało w Wykazie robót budowlanych, powinien skłonić Zamawiającego do obligatoryjnego wykluczenia Konsorcjum BUD-AN z Postępowania.

25. Bezsporne jest zatem, że przedstawione przez Konsorcjum BUD-AN informacje wprowadziły Zamawiającego w błąd. To właśnie dzięki tym informacjom Konsorcjum BUD-AN udało się wywrzeć u Zamawiającego przekonanie o nabyciu takiego doświadczenia, które uprawnia do uznania, że warunek udziału w Postępowaniu został spełniony. Spełniona została zatem nie tylko przesłanka uzasadniająca zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp („przedstawienie informacji wprowadzającej w błąd"), ale i art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp („wprowadzenie zamawiającego w błąd").

26.Ostatnia z przesłanek omawianych przepisów odnosi się do strony podmiotowej wykonawcy. W art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp ustawodawca wskazał na lekkomyślność lub niedbalstwo, z kolei w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp na zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo, będące formami kwalifikowanymi wprowadzenia w błąd, wskazujące na wyższy stopień nieprawidłowości działań wykonawcy. Wykazanie, że Konsorcjum BUD-AN działało w warunkach zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa czyni zbędnym odnoszenie się do pojęć (lekkomyślność, niedbalstwo) z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp (jako pojęć zawierających się w zamierzonym działaniu i rażącym niedbalstwie).

27.Jak wynika z orzecznictwa zarówno Izby, jak i sądów powszechnych obowiązek starannego działania dotyczy zarówno zamawiających, jak i wykonawców. Jednym z przejawów staranności jest obowiązek przedstawiania zamawiającemu informacji opartych na prawdzie, rzetelnych i znajdujących odzwierciedlenie w faktach. Tylko w takim przypadku możliwe jest bowiem zadośćuczynienie podstawowemu celowi, jaki przyświeca regulacjom Pzp, jakim jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych. Jak wskazuje Izba: „Nie może jednak umknąć, że przepis art. 24 ustawy Pzp ma stanowić przede wszystkim zabezpieczenie dla zamawiającego, że ma do czynienia z wykonawcą rzetelnym, który prawidłowo zrealizuje jego zamówienie. Niewątpliwie wykonawca rzetelny to wykonawca przedstawiający zamawiającemu prawdziwe, zgodne ze stanem faktycznym informacje. Naganność podania zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd jest oczywista i nie może podlegać dyskusji' .

28. W wyroku z dnia 12 maja 2017 r. Izba stwierdza: „Ponieważ do czynności zamawiającego i wykonawców podjętych w postępowaniu stosuje się z mocy art. 14 p.z.p. przepisy kodeksu cywilnego, zachowanie wykonawcy polegające na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego i mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego należy oceniać cywilistycznie, czyli pod kątem dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia".

29. Jak wskazuje Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 października 2003 r. : „Wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny. Jego zastosowanie w praktyce polega najpierw na dokonaniu wyboru modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania się dłużnika z takim wzorcem postępowania. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można osobie zobowiązanej postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje nie tylko niezgodność jego postępowania z modelem, lecz także uwarunkowana doświadczeniem życiowym możliwość i powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Miernik postępowania dłużnika, którego istota tkwi w zaniechaniu dołożenia staranności, nie może być formułowany na poziomie obowiązków nie dających się wyegzekwować, oderwanych od doświadczeń i konkretnych okoliczności'.

30. Przenosząc powyższe na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podkreślić należy, że jednym z fundamentalnych obowiązków wykonawcy jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. To właśnie na tej podstawie zamawiający podejmuje decyzję o możliwości dopuszczenia wykonawcy do realizacji zamówienia. Nie ulega więc wątpliwości, że wywiązanie się przez wykonawcę z obowiązków w tym zakresie musi być rozpatrywane przez pryzmat przywołanej powyżej należytej staranności.

31. Do analogicznych wniosków doszła w swoich orzeczeniach Izba: „Odwołujący podnosił, że nie można w niniejszej sprawie przypisać Odwołującemu ani winy umyślnej, ani nieumyślnej, gdyż przypisanie p. M. S. funkcji kierownika budowy na zadaniu "Modernizacja (...) na odcinku od ul. (...) we W. wraz z infrastrukturą towarzyszącą" nie było świadomym działaniem Odwołującego, skierowanym na wywołanie u Zamawiającego błędnego przekonania, że pełnił on funkcję kierownika budowy na ww. zadaniu. Izba nie podzieliła powyższego stanowiska, bo jeśli nawet uznać, że nie było zamiarem Odwołującego wprowadzenie Zamawiającego w błąd, to fakt wprowadzenia w błąd nastąpił, i to w wyniku działania Odwołującego. Działanie to należy oceniać w kategoriach zachowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy - profesjonalisty. Nie sposób przyjąć, że wykonawca działał w powyższym zakresie z należytą starannością, skoro nie miał pewności co do spełniania warunku udziału w postępowaniu i nie potrafił danych okoliczności wykazać, uwzględniając zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle powyższego należało uznać, że złożenie przez Odwołującego w JEDZ nieprawdziwej informacji co do doświadczenia p.

M. S. w charakterze kierownika budowy stanowi wyraz co najmniej niedbalstwa ze strony wykonawcy. Wprowadzenie w błąd nie musi mieć charakteru umyślnego działania ze strony wykonawcy"™.

32.Powyższe pozwala jednoznacznie stwierdzić, że Konsorcjum BUD-AN nie wywiązało się z obowiązku działania z należytą starannością. W opinii Odwołującego działania Konsorcjum BUD-AN noszą znamiona nie tylko lekkomyślności czy niedbalstwa, ale i kwalifikowanych form wprowadzenia zamawiającego w błąd, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Trudno bowiem przypuszczać, że Konsorcjum BUD-AN nie miało wiedzy, iż prace przez niego wykonane i wskazywane w Wykazie robót nie odpowiadają wymogom Zamawiającego. Podkreślić należy, że nie mamy tu do czynienia z sytuacją, w której wystąpiłaby jakakolwiek niejasność czy niejednoznaczność w zakresie przekazywanych Zamawiającemu informacji. Otóż informacje, które Konsorcjum BUD-AN zdecydowało się przekazać Zamawiającemu były jednoznaczne i poddające się „zerojedynkowej" ocenie. Zatem Konsorcjum BUD-AN nie mogło pozostawać w stanie jakiegokolwiek (uzasadnionego bądź nie) błędu co do stanu faktycznego mającego miejsce w ramach przywołanych inwestycji.

33. Zatem w odniesieniu do Konsorcjum BUD-AN zmaterializowały się przesłanki zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, o których Izba wypowiada się następująco: „Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. dotyczy sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności. Zamierzone działanie występuje wtedy, gdy wykonawca wie, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia" \ Zachowanie Konsorcjum BUD-AN nie może być zatem zakwalifikowane inaczej jak tylko działanie w warunkach zamierzonego działania nakierowanego na wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Mamy zatem do czynienia z winą umyślną w zamiarze bezpośrednim (występującym wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd). Jeśli natomiast ocena działania Konsorcjum BUD-AN miałaby zostać przeprowadzona na gruncie pojęcia „niedbalstwo", to niewątpliwie ma ono charakter rażący.

34. Niezależnie od ziszczenia się przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp wskazać należy, że dla ustalenia obowiązku w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania wystarczające jest zmaterializowanie się przesłanek z w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp). Te natomiast obarczają Konsorcjum BUD-AN poza wszelką wątpliwością. Jak wskazuje Izba w wyroku z dnia 22 stycznia 2020 r. : „Zatem jeżeli przystępujący wykonawca przedstawił w złożonych przez siebie oświadczeniach informacje pozostające w sprzeczności z faktami i odwołujący się wykonawca zdołał to wykazać, uznać należy, że przystępujący wykonawca co najmniej wykazał się niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 p. z.p.".

35.W analizowanej sytuacji ziściły się zatem łącznie wszystkie przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 Pzp. Konsorcjum BUD-AN podlega zatem obligatoryjnemu wykluczeniu z Postępowania.

II.3.EWENTUALNE ZASTOSOWANIE PROCEDURY UZUPEŁNIAJĄCEJ (ART. 26 UST. 4 PZP)

36.Ze względu na fakt, że oświadczenie Konsorcjum BUD-AN zawarte w Wykazie robót budowlanych, dotyczące wykonania przez Konsorcjum BUD-AN prac pozwalających na uznanie, że spełniony został warunek udziału w postępowaniu jest nieprawdziwe, wykonawca ten powinien zostać automatycznie wykluczony z Postępowania.

37.Nawet jednak dochodząc do wniosku, że wykluczenie Konsorcjum BUD-AN z Postępowania byłoby przedwczesne (np. z uwagi na fakt, że Zamawiający nie dysponuje kompletem dokumentów pozwalających ocenić faktyczny przebieg inwestycji, o których mowa w poz. 4 i 5 Wykazu robót), bezsporne jest, że Zamawiający powinien okoliczność tę co najmniej zweryfikować w drodze wystąpienia do Konsorcjum BUD-AN z wnioskiem o złożenie wyjaśnień (w oparciu o art. 26 ust. 4 Pzp).

38.Ewentualny brak wiedzy Zamawiającego o przebiegu obu inwestycji stanowi wystarczającą przesłankę do automatycznego uruchomienia procedury, o której mowa w art. 26 ust. 4 Pzp. Dokonując oceny spełnienia warunków udziału w Postępowaniu Zamawiający nie może opierać się domysłach i niesprawdzonych informacjach. Ocena ta służy bowiem jednoznacznemu ustaleniu, że wykonawca, któremu powierzona zostanie realizacja inwestycji daje rękojmię należytego jej wykonania.

39.Okoliczność realizacji inwestycji wskazanych w poz. 4 i 5 Wykazu robót przez konsorcja jest bezsporna (wynika z przedłożonych przez Konsorcjum BUD-AN referencji). Zamawiający musiał zatem, nie mając wiedzy o przebiegu tych inwestycji, przeprowadzić procedurę wyjaśniającą.

40.Jakkolwiek bowiem art 26 ust. 4 Pzp przewiduje uprawnienie instytucji zamawiających, to uprawnienie to przeradza się w określonych sytuacjach (uprawdopodobnienie niespełnienia warunków udziału) w obowiązek. Jak wskazuje Izba: „Wezwanie wykonawcy do złożenia dokumentów lub wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 p.z.p. jest obowiązkiem zamawiającego, który powinien wystosować takie wezwanie w każdym przypadku, gdy ziszczą się przesłanki wskazane w cytowanym przepisie" . Podobnie w wyroku z dnia 22 października 2019 r.: „Zgodnie z art. 26 ust. 4 p.z.p., zamawiający wzywa, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. Konstrukcja przepisu wskazuje, że wezwanie do wyjaśnienia dokumentów w sytuacji, gdy zajdą ku temu przesłanki, jest obowiązkiem, nie zaś uprawnieniem zamawiającego" .

Jak wynika z powyższego Zamawiający naruszył wskazane w petitum odwołania przepisy, co z kolei przekłada się na naruszenie ogólnych reguł właściwych dla każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE ZAMAWIAJĄCEGO z 2020-11-06

Działając w imieniu Miasta Kalisza — Miejskiego Zarządu Dróg i Komunikacji w Kaliszu, na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp w odpowiedzi na odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Konsorcjum firm: Polimex Infrastruktura Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa (lider), Polimex Mostostal S.A., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa (partner) od czynności wyboru oferty wykonawcy tj. Konsorcjum firm: BUD-AN Sp. z o.o., ul. Śródmiejska 15, 62-800 Kalisz — Lider Konsorcjum, Zakład Budowy Dróg Henryk Mocny, ul. Polna 29, 98-235 Błaszki — Partner I, Przedsiębiorstwo Usługowo — Handlowe„DOMAX" A. M., ul. Grabińska 8, 42-283 Boronów — Partner II w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rozbudowa ulic w ciągu drogi wojewódzkiej nr 450 na odcinku od „Rogatki" do granicy miasta Kalisza — etap I." wnoszę o oddalenie odwołania w całości.

Ponadto wnoszę o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów: pisma IDS-BUD S.A. w Warszawie nr IB/1270/PBI/EM/B127/10/2020 z dnia 22.10.2020r., wydruku informacji z Krajowego Rejestru Sądowego dot. firmy BUD-AN Sp. z o.o. z siedz. w Kaliszu, na okoliczność posiadania przez Wykonawcę wymaganych referencji oraz zmiany jedynie siedziby firmy BUD-AN Sp. z o.o. w Kaliszu w toku wykonywania robót branych pod uwagę przez Zamawiającego przy sprawdzaniu spełnienia warunków w zakresie wymaganego doświadczenia.

Wnoszę także o zasądzenie kosztów postępowania.

Uzasadnienie:

Zamawiający, badając spełnienie przez Wykonawcę tj: Konsorcjum firm: BUD-AN Sp. z o.o., ul. Śródmiejska 15, 62-800 Kalisz — Lider Konsorcjum, Zakład Budowy Dróg H. M., ul. Polna 29, 98-235 Błaszki — Partner I, Przedsiębiorstwo Usługowo — Handlowe„DOMAX" A. M., ul. Grabińska 8, 42-283 Boronów — Partner II, warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego w oparciu o złożone oświadczenie (Wykaz robót) i dokumenty (poświadczenia, referencje) uznał m.in..:

1/ w zakresie pkt. 9.2.3) lit. a) tiret pierwszy SIWZ: „wykonanie min. dwóch robót budowlanych z których każda obejmowała: budowę lub przebudowę ulicy/drogi zawierających w swoim zakresie wykonanie jezdni o nawierzchni bitumicznej o długości min. 1200 mb. lub o powierzchni min. 7200m2 i wykonanie nawierzchni z elementów betonowych prefabrykowanych o powierzchni min. 4000m2 na drodze, min. klasy „Z" uznał, że każde z zadań wskazanych w poz. nr 1, 2 i 3 Wykazu robót spełnia określony przez Zamawiającego warunek,

2/ w zakresie pkt. 9.2.3) lit. a) tiret drugi SIWZ: „wykonanie jednej roboty budowlanej obejmującej budowę lub przebudowę (remont) ulicy/drogi o wartości zrealizowanych prac min. 15.000.000,00 zł brutto", uznał zadanie wskazane w poz. nr 3 Wykazu robót za spełniające określony przez Zamawiającego warunek,

3/ w zakresie pkt. 9.2.3) lit. a) tiret trzeci SIWZ: „wykonanie jednej roboty budowlanej obejmującej budowę kanału deszczowego/sanitarnego o średnicy min. 500 mm i dł. min 1500 mb.", uznał zadanie wskazane w poz. nr 5 Wykazu robót za spełniające określony przez Zamawiającego warunek,

4/ w zakresie pkt. 9.2.3) lit. a) tiret czwarty SIWZ: „wykonanie jednego zadania polegającego na budowie ronda lub przebudowie skrzyżowania na rondo na drodze min. klasy „Z", uznał zadanie wskazane w poz. nr 1 Wykazu robót za spełniające określony przez Zamawiającego warunek.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że w treści SIWZ nie zastrzegł, aby jedna robota budowlana miała spełniać tylko i wyłącznie jeden warunek udziału w postępowaniu. W związku z powyższym badając ofertę pod kątem warunku określonego w pkt. 9.2.3) lit. a) tiret pierwszy i drugi SIWZ, Zamawiający uznał za spełnienie warunków łącznie w jednym zadaniu wskazanym w poz. nr 3 Wykazu robót. W związku z powyższym, zadanie wskazane w poz. nr 4 Wykazu robót nie było w ogóle brane pod uwagę przez Zamawiającego w zakresie spełnienia warunku określonego w pkt. 9.2.3) lit. a) tiret drugi SIWZ, albowiem zadania już wcześniej wymienione dawały podstawę do stwierdzenia, iż Wykonawca warunki doświadczenia spełnia.

W odniesieniu do zadania nr 5 Wykazu robót, Zamawiający uznał za spełniony warunek określony w pkt. 9.2.3) lit. a) tiret trzeci SIWZ, ponieważ Wykonawca wskazał w kol. nr 3 Wykazu robót adekwatny w tej mierze zakres robót zrealizowany przez jednego z konsorcjantów tj. firmę BUD-AN Sp. z o.o. z siedz w Kaliszu. Doświadczenie to nie budziło wątpliwości Zamawiającego. Poza tym, Wykonawca składając Wykaz robót oświadczył, że cyt.: „wszystkie informacje podane powyżej są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu tych informacji". Tym niemniej, działając z daleko posuniętej ostrożności oraz w związku ze złożeniem przez konsorcjum firm: Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. (Lider) z siedz w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. (Partner) z siedz w Warszawie odwołania do KIO, Zamawiający w celu zbadania wiarygodności oświadczenia w zakresie przedmiotowego zadania zwrócił się pismem z dnia 20.10.2020 r. do Zamawiającego z tego kwestionowanego zadania tj. IDS-BUD S.A. w Warszawie z prośbą o udzielenie szczegółowych informacji dotyczących poświadczenia wydanego przez tego Zamawiającego dla konsorcjum firm w składzie: Zakład Inżynieryjno — Budowlany Sp. z o.o. Spółka Komandytowa z siedzibą w

Zgierzu, ul. Sokołowska 2ABC, 95-100 Zgierz oraz BUD-AN Sp. z o.o. z siedzibą w Tuliszków, BUD — AN Sp. z o.o. siedz. w Kaliszu, ul. Śródmiejska 15, 62-800 Kalisz. W odpowiedzi Zamawiający tj. IDS- BUD S.A. (pismo w załączeniu) wskazał, iż firma BUD-AN Sp. z o.o., w trakcie realizacji zadania wymienionego w poz. nr 5 Wykazu robót zmieniła siedzibę firmy z ul. Kasztelana Zaremby 2/3, 62-740 Tuliszków" na „ul. Śródmiejska 15, 62-800 Kalisz", co potwierdza też wydruk informacji z Krajowego Rejestru Sądowego (w załączeniu), a ponadto wskazał, iż faktyczne wykonanie robót w zakresie kanalizacji deszczowej oraz robót drogowych leżało po stronie BUD-AN Sp. z o.o. z siedz w Kaliszu. Wobec powyższego warunek doświadczenia także w tym zakresie został przez Wykonawcę spełniony, a sama zmiana tylko siedziby pozostaje bez wpływu na tożsamość podmiotu realizującego zadanie.

Z uwagi na powyższe, zarzuty stawiane przez odwołującego są bezzasadne a Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości.

PISMO PROCESOWE PRZYSTĘPUJĄCEGO z dnia 2020-11-06

W imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „BUD-AN" Sp. z o.o., ul. Śródmiejska 15, 62-800 Kalisz (Lider), Zakład Budowy Dróg H. M., ul. Polna 29, 98-235 Błaszki (Partner) oraz Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" A. M., ul. Grabińska 8, 42-283 Boronów (Partner) (dalej wspólnie jako „Przystępujący" lub „Konsorcjum BUD-AN") w odpowiedzi na zarzuty i wnioski odwołania złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex Infrastruktura Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa (Lider) oraz Polimex Mostostal S.A., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa (Partner) (dalej wspólnie jako „Odwołujący")

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa ulic w ciągu drogi wojewódzkiej nr 450 na odcinku od „Rogatki" do granicy miasta Kalisza — etap I", numer postępowania: ZP.271.1.4.2020", prowadzonym przez Zamawiającego — Miasto Kalisz - Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Kaliszu, ul. Złota 43, 62-800 Kalisz (dalej jako „Zamawiający"), składam niniejsze pismo procesowe:

Przystępujący wnosi o oddalenie odwołania w całości.

1. Uwagi wstępne do odwołania:

1. Na wstępie podnieść należy, że zarzuty sformułowane przez Odwołującego mają charakter blankietowy — w szczególności w zakresie odnoszącym się do poz. 4 Wykazu usług. Odwołujący w odwołaniu stwierdził jedynie :

Odwołujący podkreśla, że „P.U.H. „Domax" A. M. nie wykonało w ramach tej inwestycji robót budowlanych o wartości 15.000.000,00 zł brutto, większość prac budowlanych została bowiem wykonana przez pozostałych członków Konsorcjum"

Żadne inne stwierdzenie nie padło — dlaczego tak uważa. Nie został podniesiony żaden dowód.

Żadna okoliczność, z której Odwołujący wnosi, że „P.U.H. Domax A. M. — nie wykonało robót o wartości powyżej 15.000.000 zł w ramach tej inwestycji — NIE ZOSTAŁA SFORMUŁOWANA.

2. Co istotne — takie „blankietowe" sformułowanie zarzutu — jest strategią odwołującego, „na ostatnią chwilę" — za pomocą manipulacji nie mających potwierdzenia w rzeczywistości — zamierza zapewne złożyć Krajowej Izbie Odwoławczej sformułowanie faktycznych podstaw zarzutów oraz „dowody" co do których — z uwagi na brak czasu — nie będzie można się należycie odnieść.

Przystępujący wnosi powyższe na wstępie, gdyż otrzymał od Zamawiającego wezwanie do wyjaśnienia, w którym dowiedział się w dniu 4.11.2020r., że Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo, w który zawarł nieprawdziwe twierdzenia, jakoby:

PHU Domax A. M. „wykonał na kwotę 9.908.674, 32 zł brutto" (s. 3 pisma Polimex — załącznika nr 12).

twierdzenie to jest manipulacją odwołującego, kłów usiłuje za pomocą informacji o podziale wynikającym tylko i wyłącznie z umowy konsorcjum — powołując się na „informację z Zarządu Dróg Wojewódzkich w Katowicach — instrumentalnie „przekonać" Zamawiającego, że takie było rzeczywiste wykonanie faktyczne.

Sama umowa konsorcjum — nie świadczy o rzeczywistym wykonaniu faktycznym, ale jedynie o początkowym założeniu w trakcie tworzenia konsorcjum.

W dodatku — Odwołujący nie powołał się na nią w swoim piśmie do Miasta Kalisz (pomimo, że niewątpliwie nią dysponuje), ale powołał się fragmentarycznie na pismo z ZDW w Katowicach, usiłując wywrzeć wrażenie, że można z niego wnioskować o faktycznym wykonaniu tej umowy.

Taka „strategia procesowa" — jest sprzeczna z zasadą przejrzystości postępowania oraz kontradyktoryjności.

Przystępujący — już w piątek 6.11.2020r., przekazuje przedmiotowe pismo procesowe, przekazując to pismo wszystkim stronom — Odwołującemu, Zamawiającemu i Krajowej Izby Odwoławczej — po to, aby wszystkie strony oraz skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej — miały pełny obraz sytuacji.

3. Podkreślić należy również, że odwołujący całkowicie pominął w odwołaniu, że warunek polegający na wymaganiu wykonania : „jednej roboty budowlanej obejmującej budowę lub przebudowę (remont) ulicy/ drogi o wartości zrealizowanych prac min. 15.000.000, 00 zł brutto"

— został potwierdzony w sposób należyty i bez żadnych wątpliwości w poz. 3, co powoduje, że pozycja 4 — nie ma znaczenia dla potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym — zakwestionować należy interes odwołującego w odnoszący się do zarzutów w odwołaniu odnośnie pozycji nr 4 — skoro warunek, którego dotyczy odwołanie — został jednoznacznie potwierdzony w pozycji nr 3.

Niezależnie od powyższego — poniżej przedstawiam odniesienie do wszystkich zarzutów zawartych w odwołaniu :

II. W odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu polegającego na wykonaniu: „jednej roboty budowlanej obejmującej budowę lub przebudowę (remont) ulicy/ drogi o wartości zrealizowanych prac min. 15.000.000, 00 zł brutto,

Jak już wcześniej wskazywano - warunek ten został on potwierdzony przez pozycję 3 wykazu :Podnieść należy, że spełnianie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu z rozdziału 9 pkt 9.2. ppkt 3 lit. a SIWZ - w zakresie aspektu dotyczącego posiadania doświadczenia w zrealizowaniu jednej roboty budowlanej obejmującej budowę lub przebudowę (remont) ulicy/drogi o wartości zrealizowanych prac min. 15 000 000,00 zł brutto potwierdzono już doświadczeniem konsorcjanta Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" A. M. wynikającym z prac, o których mowa w pkt 3 Wykazu robót.

W pkt 3 Wykazu robót Przystępujący powołał się na prace zrealizowane samodzielnie przez konsorcjanta Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" A. M. na rzecz Powiatu Wrocławskiego, o wartości 15 444 543,45 zł brutto, w ramach zadania pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 2000 D na odcinku od zjazdu z autostrady A4 przez miejscowości Kilianów, Piławę, Milin do Mietkowa która stanowi bezpośrednie połączenie z siecią TEN-T obszarów aktywności gospodarczej powiatu wrocławskiego i powiatu świdnickiego".

Dowód nr 1 : Poz. 3 wykazu robót budowlanych spełniających wymagania określone w pkt. 9.2.3)lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Potwierdzenie należytego wykonania robót z poz. 3.

W związku z powyższym - w odniesieniu do prac, o których mowa w pkt 4 Wykazu robót, zrealizowanych przez konsorcjanta Usługowo Handlowe „DOMAX" A. M. na rzecz Zarządu Dróg Wojewódzkich w Katowicach w ramach inwestycji pn. „Remont drogi wojewódzkiej nr 483 od granicy miasta na prawach powiatu Częstochowa do Kokawy, w tym opracowanie dokumentacji projektowej" - należy w pierwszej kolejności wskazać, że prace te Przystępujący powołał dodatkowo.

Powoduje to powstanie sytuacji, gdzie pozycja nr 4 — nie ma wpływu na czynności podejmowane przez Zamawiającego.

III. Niezależnie od powyższego - należy podkreślić, że również w przypadku pozycji nr 4 — wartość prac wykonanych wyłącznie przez „Domax", - nawet z całkowitym pominięciem pozostałych podmiotów biorących udział w Konsorcjum — przekracza wartości wynikające z warunku udziału w postępowaniu.

1. Dział techniczny w PHU „DOMAX" A. M. prowadził tabelę rozliczeniową w trakcie inwestycji. Jest to dokument rozliczeniowy, dostępny tylko osobom prowadzącym rozliczenie tego kontraktu oraz nadzorującym ten kontrakt. Z uwagi na postawienie zarzutu przez Polimex — przedmiotowy dokument :

- aktualny na dzień 24.01.2020r. — został w dniu 5.11.2020r. potwierdzony :

- potwierdzenie inspektora nadzoru inwestorskiego (osoby niezależnej, działającej na budowie ze strony Zamawiającego) — P. T. W., - potwierdzenie Kierownika Budowy — p. P. O. .

Zgodnie z art. 25 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (tekst jednolity z dnia 21 maja 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1186 z późn. zm.) :

Do podstawowych obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego należy:

1)reper zentowanie inwestora na budowie przez sprawowanie kontro/i zgodności jej realizacji z projektem lub pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej;

2) sprawdzanie jakości wykonywanych robót budowlanych i stosowania przy wykonywaniu tych robót wyrobów zgodnie z art 10;

3) sprawdzanie i odbiór robót budowlanych ulegających zakryciu łub zanikających, uczestniczenie w próbach i odbiorach technicznych instalacji, urządzeń technicznych i przewodów kominowych oraz przygotowanie i udział w czynnościach odbioru gotowych obiektów budowlanych i przekazywanie ich do użytkowania;

4) potwierdzanie faktycznie wykonanych robót oraz usunięcia wad, a także na żądanie inwestora, kontrolowanie rozliczeń budowy.

Reasumując — potwierdzenie wartości przez inspektora nadzoru inwestorskiego — ma charakter potwierdzenia ustawowego.

Uwzględniając treść tabeli oraz oświadczenia inspektora nadzoru inwestorskiego - uwzględniając, że do wykonania zaliczyć można wyłącznie prace wykonane osobiście z pominięciem pozostałych podmiotów — to wartość prac wykonanych przez PUH Domax A. M. wynosi :

15.498.184,18 zł brutto.

Dowód nr 2 — Tabela rozliczeniowa kontraktu „Remont drogi wojewódzkiej nr 483 od granicy miasta na prawach powiatu Częstochowa do Kokawy, w tym opracowanie dokumentacji projektowej"

Dowód nr 3 — przykładowy miesięczny protokół odbioru robót wraz z kartami obmiaru robót (pierwsze strony kart obmiaru) - za okres 1.08.2019 — 31.08.2019r. — w celu wykazania sposobu rozliczenia oraz osób prowadzących budowę — p. T. W. oraz p. P. O. .

Dowód nr 4 — oświadczenie inspektora nadzoru inwestorskiego p. T. W. dotyczące faktycznego wykonywania kontraktu „Remont drogi wojewódzkiej nr 483 od granicy miasta na prawach powiatu Częstochowa do Kokawy, w tym opracowanie dokumentacji projektowej".

(z uwagi na dużą objętość dokumentacji odbiorowej — załączono wyłącznie protokół przykładowy, z jednego miesiąca, razem z pierwszymi stronami kart obmiaru, przy czym — Przystępujący dysponuje w formie elektronicznej pozostałą dokumentacją i może ją okazać na rozprawie).

Twierdzenie odwołującego zawarte w odwołaniu:

Odwołujący podkreśla, że P.U.H. „Domax" A. M. nie wykonało w ramach tej inwestycji robót budowlanych o wartości 15.000.000, 00 zł brutto, większość prac budowlanych została bowiem wykonana przez pozostałych członków Konsorcjum"

jest niezgodne z rzeczywistością, gdyż nawet gdyby uznać za faktycznie wykonane wyłącznie prace wykonane osobiście wyłącznie przez PUH Domax A. M. — to ich wartość zgodnie z Tabelą rozliczeniową Kontraktu — prowadzoną przez cały czas trwania kontraktu — wynosi więcej niż warunek udziału w postępowaniu.

Tabela ta powstawała w trakcie realizacji inwestycji, jej stan i końcowa wartość — są aktualne na datę zakończenia kontraktu — tj. 24.01.2018r.

Tabela ta jest związana z protokołami miesięcznymi i odpowiada wartościom i ilościom protokołom składanym Zamawiającemu, wartości prac PHU „Domax" A. M. oraz H. sp. z o.o. sp.k. w kolumnie 9 — bieżąca ilość, oraz kolumnie 10 — bieżąca wartość.

Przedmiotowe dowody zostaną uzupełnione oświadczeniem p. M. K. — pracownika PFIU Domax A. M. — osoby rozliczającej kontrakt i prowadzącego tabelę rozliczeniową w trakcie kontraktu.

2. W kontekście prac, o których mowa w pkt 4 Wykazu robót, zrealizowanych przez konsorcjanta Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" A. M. na rzecz Zarządu Dróg Wojewódzkich w Katowicach — należy wskazać, że wbrew twierdzeniom Odwołującego - ww. konsorcjant legitymuje się doświadczeniem wynikającym ze zrealizowania tej inwestycji, adekwatnym do potwierdzenia, że konsorcjum BUD-AN spełnia warunek udziału w postępowania z rozdziału 9 pkt 9.2. ppkt 3 lit. a SIWZ w zakresie aspektu dotyczącego posiadania doświadczenia w zrealizowaniu jednej roboty budowlanej obejmującej budowę lub przebudowę (remont) ulicy/drogi o wartości zrealizowanych prac min. 15 000 000,00 zł brutto.

W celu potwierdzenia prawidłowego wykonania inwestycji Konsorcjum BUD-AN przedłożyło w toku postępowania

referencje z dnia 11.03.2020 r. nr WI.5730.2.2018.MTRZ.3615.2020 wystawione przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach.

Z treści referencji wynika, że:

przedmiotowa inwestycja realizowana była przez konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" A. M., Adac-Lewar Sp. z o.o., „Gramar" Sp. z o.o. oraz H. Sp. z o.o. Sp. k.; liderem konsorcjum był Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" A. M.;

ogólna wartość robót wynosiła 29 756 049130 zł brutto.

3. Konsorcjum zawarło umowę w dniu 20.07.2018r., na podstawie której wstępnie ustalono podział prac po 33,3%, niemniej jednak — szczegółowy podział robót oraz szczegółowe warunki współpracy — miały zostać określone pomiędzy Partnerami Konsorcjum w Porozumieniu Wykonawczym, przy czym — z uwagi na brak aktywnego i faktycznego udziału w realizacji przez spółkę „Adac-Lewar sp. z o.o." — takie porozumienie nie powstało.

Jednocześnie przedmiotowa inwestycja faktycznie realizowana była przez ww. konsorcjum w taki sposób, że:

lider Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" A. M. zrealizował zakres prac polegający na przebudowie (remoncie) drogi zaś wartość tego zakresu wynosiła 15.498.184,18 zł brutto;

konsorcjant H. Sp. z o.o. Sp. k. wykonał resztę robót budowlanych — o wartości

12 411 013, 07 zł;

Konsorcjant „Gramar" Sp. z o.o. wykonał dokumentację projektową;

konsorcjant Adac-Lewar Sp. z o.o. nie wykonywał nic.

Dowód nr 5 : Umowa Konsorcjum z dnia 20.07.2018r.

Dowód nr 6 : Oświadczenie H. sp. z o.o. sp. k.

W konsekwencji Przystępujący w sposób uzasadniony powołał się w pkt 4 Wykazu robót na doświadczenie konsorcjanta Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" A. M. wynikające z realizacji prac na rzecz Zarządu Dróg Wojewódzkich w Katowicach, zaś twierdzenia Odwołującego jakoby konsorcjant Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" A. M nie mógł legitymować się doświadczeniem zdobytym przy realizacji tej inwestycji — są całkowicie bezpodstawne. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w tej mierze nie zasługuje na uwzględnienie.

W związku z powyższym — ewentualne twierdzenia Odwołującego oparte o umowę konsorcjum i podział zawarty w momencie jej zawierania — są bezzasadne.

4. Przystępujący wskazuje, że Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp — w zakresie dotyczącym powołanych w pkt 4 Wykazu robót prac zrealizowanych przez konsorcjanta Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" A. M. na rzecz Zarządu Dróg Wojewódzkich w Katowicach - w sposób blankietowy, nieskonkretyzowany.

Zwrócić uwagę należy, że w tym zakresie Odwołujący ograniczył się jedynie do wskazania, że w ramach ww. inwestycji konsorcjant Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" A. M. nie wykonał prac o wartości 15 000 000,00 zł brutto, bowiem większość prac budowlanych wykonali pozostali członkowie konsorcjum.

Z treści odwołania nie wynika jednak z czego Odwołujący wywodzi swoje twierdzenia. Nie wiadomo na jakiej podstawie Odwołujący przyjął, że konsorcjant Usługowo Handlowe „DOMAX" A. M. zrealizował prace o wartości mniejszej niż 15 000 000,00 zł brutto. Nie widomo również na jakiej podstawie Odwołujący wywodzi, że to pozostali konsorcjanci wykonali większość prac budowlanych w ramach przedmiotowej inwestycji. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie jakichkolwiek dowodów.

W ocenie Przystępującego takie sformułowanie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP — w zakresie dotyczącym prac wskazanych w pkt 4 Wykazu robót - nie jest przypadkowe i należy je odczytywać wspólnie z wnioskiem sformułowanym przez Odwołującego w pkt II ppkt 2 petitum odwołania, gdzie wniósł on o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów przedstawionych dopiero na rozprawie.

W tym miejscu podnieść należy, że praktyka polegająca na braku postawienia sprecyzowanych zarzutów w odwołaniu, a następnie uzupełnianiu takich braków dopiero na posiedzeniu/rozprawie - została zanegowana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Wskazuje się, że braki takie — nie podlegają uzupełnieniu, jako że umożliwiałoby to formułowanie zarzutów po upływie terminu na wniesienie odwołania:

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.01.2019 r., **sygn. KIO 2711/18:**

„Reasumując, odwołanie nie może mieć charakteru blankietowego. Powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów.

Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza, że niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, ale konieczne jest określenie ich zakresu faktycznego. Oznacza to zatem obowiązek odniesienia się do elementów stanu faktycznego, zawartości oferty, w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego oraz Przystępującego COMP o wezwanie Odwołującego do uzupełnienia braków formalnych odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania przez Comarch warunku udziału w postępowaniu. Odnosząc się do tego wniosku zauważyć należy, że wezwanie o którym mowa w § 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań dotyczy sytuacji, gdy w odwołaniu występują braki formalne, w tym braki polegające na nie wskazaniu okoliczności faktycznych prawnych

uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Podkreślenia wymaga jednak, że za brak formalny może być uznany tylko tego rodzaju brak, który uniemożliwia nadanie odwołaniu biegu. Nie usprawiedliwia natomiast wezwania na podstawie § 9 ww. rozporządzenia nieumiejętne lub nieprecyzyjne sformułowanie zarzutu czy nieprzedstawienie wywodu potwierdzającego jego zasadność Wezwanie do uzupełnienia takiej wadliwości odwołania stanowiłoby de facto umożliwienie wykonawcy sformułowanie zarzutów po upływie terminu na wniesienie odwołania, a taka sytuacja byłaby nie do zaakceptowania.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19.11.2018 r., sygn. KIO 2223/18: Podkreślić należy, że wykonawca wnosząc odwołanie ma obowiązek precyzyjnego wyrażenia swoich zastrzeżeń wobec czynności lub zaniechań Zamawiającego, co oznacza konieczność określenia nie tylko podstawy prawnej zarzutu i żądania, ale również podstaw faktycznej — na tyle precyzyjnie, aby umożliwić stronie przeciwnej odniesienie się do tych zarzutów, a Izbie — ocenę ich zasadności. Precyzyjne zakreślenie podstawy faktycznej zarzutu powinno nastąpić już w treści odwołania, nie zaś dopiero podczas rozprawy. Formułując zarzut zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, wykonawca był zobowiązany wskazać w odwołaniu, które elementy kosztorysu mogły zostać niedoszacowane, a podczas rozprawy przedstawić dowody na poparcie swoich twierdzeń. W ocenie Izby Odwołujący nie wywiązał się z tego obowiązku, próbując doprecyzować podstawę faktyczną zarzutu dopiero w czasie rozprawy, co należy uznać za niedopuszczalne. Izba nie może bowiem — zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp — orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przez co należy rozumieć również zarzuty blankietowe, przedstawione jedynie w sposób niedoprecyzowany.

Gdyby dopuścić uzupełnienie odwołania w powyższym zakresie przez Odwołującego — doszłoby do ograniczenia a nawet uniemożliwienia odpowiedniego odniesienia się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp — zarówno przez Zamawiającego, jak i Przystępującego.

W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie. Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 9 pkt 9.2. ppkt 3 lit. a siwz.

IV. W odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu polegającego na wykonaniu:

„jednej roboty budowlanej obejmującej budowę kanału deszczowego/ sanitarnego o średnicy min. 400 mm i dł. min 1500 mb.,

Prace, o których mowa w pkt 5 Wykazu robót konsorcjant BUD-AN Sp. z o.o. zrealizował na rzecz IDS-BUD S.A. w ramach inwestycji pn. „Budowa kanalizacji deszczowej wraz z separatorami na terenie kompleksu wojskowego w Leźnicy Wielkiej — zadania 11299 oraz budowa przyłączy wodociągowych — zadania 11626".

1.W celu potwierdzenia prawidłowego wykonania inwestycji Konsorcjum BUD-AN przedłożyło w toku postępowania referencje z dnia 14.08.2018 r. nr IB 98 PBI_B127_08 2018 wystawione przez IDS-BUD S.A.

2. Odwołujący twierdził w odwołaniu jakoby:

- „dodatkowo z informacji posiadanych przez Odwołującego wynikało, że inwestycja przedstawiona w Wykazie robót w poz. 5 nie była realizowana przez spółkę BUD-AN sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu lecz BUD-AN sp. z o.o. z siedzibą w Tuliszkowie.... "(odwołanie — s. 7),

Odwołujący nie sprawdził jednak, czy spółka BUD-AN sp. z o.o. nie zmieniła siedziby, co tłumaczyłoby sytuację, ale założył „a priori", że istnieją „dwie spółki BUD-AN sp. z o.o."

Twierdzenia odwołującego mają bardzo subiektywny charakter, nie zostały przez niego sprawdzone i tworzą całkowicie bezpodstawny zarzut.

3. W tym miejscu należy podkreślić, że wbrew twierdzeniom Odwołującego zamówienie, którego generalnym wykonawcą była spółka IDS BUD S.A. - „Budowa kanalizacji deszczowej wraz z separatorami na terenie kompleksu wojskowego w Leźnicy Wielkiej — zadania 11299 oraz budowa przyłączy wodociągowych — zadania 11626" — realizowało Konsorcjum dwóch podmiotów :

Bud-An sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu, ul. Śródmiejska 15, 62-800 Kalisz, nr KRS 0000413701, poprzedni adres : ul. Kasztelana Zaremby 2/3, 62-740 Tuliszków,

Od dnia 8.09.2016r . - lider -Konsorcjum, zgodnie z Aneksem nr 1 do Umowy o współpracy Zakład Inżynieryjno — Budowlany sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zgierzu, ul. Sokołowska 2ABC, 95-100 Zgierz.

Dowód nr 7 : Umowa o współpracy z dnia 31.05.2016r. wraz z aneksem nr 1 z dnia 8.09.2016r.,

Dowód nr 8 : Akt Umowy nr DU/Zlc/4800/B127/05/2016

4. Należy podkreślić, że całość prac budowlanych wykonywana była wyłącznie przez jednego wykonawcę:

Bud — An sp. z o.o., z siedzibą w Kaliszu, ul. Śródmiejska 15, 62-800 Kalisz, KRS : Numer KRS: 0000413701.

Dowód nr 9 : Oświadczenie Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego nadzorującego inwestycję „,Budowa kanalizacji deszczowej wraz z separatorami na terenie kompleksu wojskowego w Leźnicy Wielkiej — zadania 11299 oraz budowa przyłączy wodociągowych — zadania 11626".:

Inspektor Nadzoru Inwestorskiego – M. S. — branża sanitarna,

Inspektor Nadzoru Inwestorskiego — A. W. — branża elektryczna,

Inspektor Nadzoru Inwestorskiego C. R. — branża budowlana.

- odnoszące się do potwierdzenia należytego wykonania IDS BUD S.A. z dnia 14.08.2018r.

Jak już wcześniej wspomniano inspektorzy nadzoru inwestorskiego mają ustawowe prawo potwierdzania faktycznego wykonania robót.

5. Uzupełniająco - w kontekście zmiany siedziby przez BUD-AN Sp. z o.o. - Przystępujący wskazuje, że z pełnego odpisu z KRS dotyczącego tego konsorcjanta (w załączeniu — dowód nr 10) wynika, że w okresie realizacji inwestycji na rzecz wystawcy referencji IDS-BUD S.A. zmienił on siedzibę z ul. Kasztelana Zaremby 2/3, 62-740 Tuliszków na ul. Śródmiejska 15, 62-800 Kalisz. Zmianę tą ujawniono w KRS dnia 30.11.2017 r.:(dowód wyciąg z pełnego wypisu z KRS)

W konsekwencji twierdzenia Odwołującego — jakoby konsorcjant BUD-AN Sp. z o.o. nie wykonał samodzielnie prac polegających na budowie kanału spełniającego wymogi określone w treści warunku udziału w postępowaniu w ramach inwestycji powołanej w pkt 5 Wykazu robót — są całkowicie bezpodstawne. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w tej mierze nie zasługuje na uwzględnienie.

Reasumując:

1.Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp jest bezzasadny zarówno w odniesieniu do prac, o których mowa w pkt 4 Wykazu robót zrealizowanych przez konsorcjanta Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" A. M., jak również w odniesieniu do prac, o których mowa w pkt 5 Wykazu robót zrealizowanych przez konsorcjanta BUD-AN Sp. z o.o.

2. W rzeczywistości konsorcjanci Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" A. M. oraz BUD-AN Sp. z o.o zrealizowali zakresy robót wskazane w ramach odpowiednio pkt 4 i pkt 5 Wykazu robót, o wartości wymaganej w treści warunku udziału w postępowaniu i legitymują się wskazanym tam doświadczeniem.

3. Tym samym Zamawiający prawidłowo uznał, że Konsorcjum BUD-AN spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 9 pkt 9.2. ppkt 3 lit. a SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP Przystępujący wskazuje co następuje:

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp jest bezzasadny. W okolicznościach postępowania nie może być mowy o wprowadzeniu Zamawiającego przez Przystępującego w błąd. Przystępujący w pkt 4 i 5 Wykazu robót — przy opisywaniu doświadczenia konsorcjantów Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" A. M. oraz BUD-AN Sp. z o.o - przedstawił rzetelne informacje, znajdujące oparcie w rzeczywistości.

Co do prac, o których mowa w pkt 5 Wykazu robót należy wskazać, że okoliczności podane Zamawiającemu przez Przystępującego w Wykazie robót potwierdzone zostały — jako prawdziwe bezpośrednio przez wystawcę referencji IDS-BUD S.A. w wyjaśnieniach z dnia 22.10.2020 r.

Z kolei w zakresie prac, o których mowa w pkt 4 Wykazu robót — okoliczności podane Zamawiającemu przez Przystępującego w Wykazie robót — co do wartości - nie mogą być uznane za wprowadzenie zamawiającego w błąd — należy podkreślić, że Wykonawca ten złożył zarówno wykaz jak również referencje — nie ukrywając, że zamówienie zostało wykonane w konsorcjum.

W tym miejscu — jedynie przykładowo wskazuję wyrok z dnia 2018-10-11, KIO 1872/18, KIO 1895/18 — w tej sprawie, wykonawca w wykazie podał wartość globalną zadania, a wartość części którą zrealizował wynikała z jego wyjaśnień oraz protokołów odbioru (notabene — również na wartość powyżej 15).

„Zaznaczenia wymaga, że w niniejszej sprawie Zamawiający nie został wprowadzony w błąd, gdyż jak już zostało podniesione, Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu, co wprost wskazuje na niezasadność zarzutu naruszenia art. 24 ust 1 pkt 16 ustawy pzp. Odpowiadając na pytanie, czy Przystępujący przedstawił informacje, na skutek których mylne wyobrażenie Zamawiającego o faktach mogło nastąpić, co wypełniałoby przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustaw pzp wskazać należy, co następuje, W niniejszym stanie faktycznym Przystępujący po pierwsze, nie złożył oświadczenia, które nie byłoby prawdziwe. Po drugie, Przystępujący składając wykaz usług oraz wyjaśnienia nie ukrywał, że referencyjne zamówienie było realizowane przy udziale zarówno podwykonawców jak i partnerów Konsorcjum. Co prawda, Przystępujący wskazał w wykazie usługę na kwotę ok. 44 mln, jednak powołał się na protokoły odbioru będące w posiadaniu Zamawiającego oraz dołączył wyjaśnienia, z których wynikało jednoznacznie, że Wykonawca samodzielnie zrealizował prace o wartości nie mniejszej niż 15 mln, Jednocześnie dla wystąpienia sytuacji opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp informacje wprowadzające w błąd muszą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego podjęte w postępowaniu. Zamawiający wybrał w postępowaniu ofertę najkorzystniejszą wykonawcy, który daje gwarancję należytej realizacji zamówienia - m.in. spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia W ocenie Izby działania i decyzje Zamawiającego w postępowaniu były prawidłowe i nie naruszył on przywołanych przez Odwołującego przepisów ustawy pzp."

Warto podkreślić również, że w ww. stanie faktycznym — wykonawca nie miał dodatkowej roboty budowlanej, która potwierdzałaby warunek udziału w postępowaniu, a w niniejszym stanie faktycznym — istnieje przecież pozycja nr 3, która potwierdza warunek.

Co istotne — wartości faktycznie wykonane - znajdują potwierdzenie w dokumencie rozliczeniowym między liderem konsorcjum, które realizowało inwestycję, tj. Przedsiębiorstwem Usługowo Handlowym „DOMAX" A. M. a konsorcjantem H. Sp. z o.o. Sp. k.

W związku z powyższym w okolicznościach niniejszego postępowania - nie ma podstaw do przyjęcia, że Przystępujący przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd. Powoduje to, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP nie zasługuje na uwzględnienie.

VI. W odniesieniu do zarzutu ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 Pzp - Przystępujący wskazuje co następuje :

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp jest bezzasadny. W okolicznościach postępowania brak jest uzasadnienia dla wezwania przez Zamawiającego Konsorcjum BUD-AN do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 PZP w zakresie prac powołanych w pkt 4 i 5 Wykazu robót:

1. W zakresie prac z pkt 5 Wykazu robót, tj. prac zrealizowanych przez konsorcjanta BUD-AN Sp. z o.o. na rzecz IDS-BUD S.A. w ramach inwestycji pn. „Budowa kanalizacji deszczowej wraz z separatorami na terenie kompleksu wojskowego w Leźnicy Wielkiej — zadania 11299 oraz budowa przyłączy wodociągowych — zadania 11626" — wszelkie

wątpliwości wyjaśnione zostały w piśmie wystawcy referencji IDS-BUS S.A. z dnia 22.10.2020 r.

Podmiot ten potwierdził, że konsorcjant BUD-AN Sp. z o.o. może legitymować się doświadczeniem związanym z realizacją przedmiotowej inwestycji — w takim zakresie, jako wykazano to w pkt 5 Wykazu robót.

Zatem w zakresie prac powołanych w pkt 5 Wykazu robót - już z treści oświadczeń i dokumentów znajdujących się w posiadaniu Zamawiającego — bez konieczności składania wyjaśnień przez Przystępującego — wynika potwierdzenie, że konsorcjant BUD-AN Sp. z o.o. może się legitymować powołanym tam doświadczeniem, a co za tym idzie — że Przystępujący zasadnie powołał się na przedmiotem doświadczenie w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

2. Z kolei w zakresie prac z pkt 4 Wykazu robót wskazać należy, że brak było w okolicznościach postępowania podstaw do prowadzenia przez Zamawiającego procedury wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp w tym zakresie.

Jak wcześniej wspomniano — prace te Przystępujący powołał jedynie dodatkowo, w celu potwierdzenia Zamawiającemu, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 9 pkt 9.2. ppkt 3 lit. a SIWZ z nawiązką.

Spełnianie przez Przystępującego przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu - w zakresie aspektu dotyczącego posiadania doświadczenia w zrealizowaniu jednej roboty budowlanej obejmującej budowę lub przebudowę (remont) ulicy/drogi o wartości zrealizowanych prac min. 15 000 000,00 zł brutto potwierdzono już doświadczeniem konsorcjanta Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" A. M. wynikającym z prac, o których mowa w pkt 3 Wykazu robót.

W pkt 3 Wykazu robót Przystępujący powołał się na prace zrealizowane samodzielnie przez konsorcjanta Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" A. M. na rzecz Powiatu Wrocławskiego, o wartości 15 444 543,45 zł brutto, w ramach zadania pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 2000 D na odcinku od zjazdu z autostrady A4 przez miejscowości Kilianów, Piławę, Milin do Mietkowa która stanowi bezpośrednie połączenie z siecią TEN-T obszarów aktywności gospodarczej powiatu wrocławskiego i powiatu świdnickiego".

Z uwagi na powyższe — skoro Przystępujący potwierdził już spełnianie warunku udziału w postępowaniu doświadczeniem wynikającym z pkt 3 Wykazu robót - brak było potrzeby wzywania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia z pkt 4 Wykazu robót.

3. Należy podkreślić, że w dniu 4.11.2020r. Przystępujący otrzymał wezwanie do wyjaśnień od Zamawiającego, w odpowiedzi na które — złożył wyjaśnienie oraz dowód potwierdzający wykonanie w wymaganej w warunku wartości — tj. potwierdzenie, że konsorcjant Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" A. M. w związku z realizacją zadania, o którym mowa w pkt 4 Wykazu robót - legitymuje się doświadczeniem adekwatnym do spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zrealizowania jednej roboty budowlanej obejmującej budowę lub przebudowę (remont) ulicy/drogi o wartości zrealizowanych prac min. 15 000 000,00 zł brutto.

W związku z powyższym zarzut ewentualny naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe - zarzuty i wnioski odwołania są całkowicie bezpodstawne. Przystępujący wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Załączniki:

1.Dowód nr 1 :

Poz. 3 wykazu robót budowlanych spełniających wymagania określone w pkt. 9.2.3)lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Potwierdzenie należytego wykonania robót z poz. 3.

2.Dowód nr 2 :

Tabela rozliczeniowa kontraktu „Remont drogi wojewódzkiej nr 483 od granicy miasta na prawach powiatu Częstochowa do Kokawy, w tym opracowanie dokumentacji projektowej"

3.Dowód nr 3 .

Przykładowy miesięczny protokół odbioru robót wraz z kartami obmiaru robót (pierwsze strony kart obmiaru) - za okres 1.08.2019 — 31.08.2019r. — w celu wykazania sposobu rozliczenia oraz osób prowadzących budowę — p. T. W. oraz p. P. O. .

4.Dowód nr 4 :

oświadczenie inspektora nadzoru inwestorskiego p. T. W. dotyczące faktycznego wykonywania kontraktu „Remont drogi wojewódzkiej nr 483 od granicy miasta na prawach powiatu Częstochowa do Kokawy, w tym opracowanie dokumentacji projektowej".

5.Dowód nr 5 :

Umowa Konsorcjum z dnia 20.07.2018r.,

6.Dowód nr 6 :

Oświadczenie H. sp. z o.o., sp. k.

7.Dowód nr 7 :

Umowa o współpracy z dnia 31.05.2016r. wraz z aneksem nr 1 z dnia 8.09.2016r.,

8.Dowód nr 8 :

Akt Umowy nr DU/Zlc/4800/B127/05/2016

9.Dowód nr 9 .

Oświadczenie Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego nadzorującego inwestycję „Budowa kanalizacji deszczowej wraz z separatorami na terenie kompleksu wojskowego w Leźnicy Wielkiej — zadania 11299 oraz budowa przyłączy wodociągowych — zadania 11626”.,

10.Dowód nr 10 — pełny odpis z KRS dot. Bud-An sp. z o.o.

11.Pismo Odwołującego Konsorcjum Polimex do Zamawiającego z dnia 23.10.2020r.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Rozpoznawany przez Izbę spór powstał w związku z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w zakresie wymaganego przez zamawiającego doświadczenia zawodowego wykonawcy.

Odwołujący złożył odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art.24 ust.1 pkt 12 ustawy co oznacza, że wykonawca wybrany/przystępujący po stronie zamawiającego nie wykazał doświadczenia zawodowego wymaganego postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na podstawie zarzutu naruszenia powyższego przepisu ustawy, odwołujący żądał wykluczenia wykonawcy wybranego z postępowania, jako nie spełniającego warunku doświadczenia zawodowego, a alternatywnie zastosowanie wobec tego wykonawcy uzupełniającego trybu wyjaśnień w ramach art.26 ust.4 ustawy. Powyższe żądanie trybu wyjaśnień, zgłoszono alternatywnie również w związku z poprzedzającym je zarzutem naruszenia przez zamawiającego art.24 ust.1 pkt 16 i 17 ustawy, w związku z wykazaniem doświadczenia zawodowego, co miałoby skutecznie wykluczyć wykonawcę wybranego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zarzuty odwołania zostały zwieńczone zarzutem naruszenia zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez naruszenie art.7 ust.1 ustawy, który nakazuje przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz przestrzeganie zasad proporcjonalności i przejrzystości postępowania. W konsekwencji powyżej przedstawionych w odwołaniu naruszeń ustawy przez zamawiającego, odwołujący wnosi o uznanie jego oferty jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego przystąpił, w przepisanym ustawą terminie po stronie zamawiającego, wykonawca wybrany/przystępujący. Strony postępowania odwoławczego nie zgłosiły na posiedzeniu Izby opozycji co do zgłoszonego przystąpienia, jak i wniosków formalnych co do skuteczności przystąpienia.

Izba postanowiła o dopuszczeniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy wybranego, nie stwierdzając tym samym naruszenia art. 185 ust.2 i ust.4 ustawy, w zgłoszonym wniosku przystąpienia.

Izba przed wdaniem się w merytoryczne rozpoznanie sporu, na posiedzeniu nie stwierdziła również przesłanek z art.189 ust.2 ustawy co do podstaw odrzucenia odwołania. Wniosków w tym zakresie również nie złożyli zamawiający i przystępujący.

Istotne znaczenie w sprawie ma okoliczność, że wykonawca wybrany złożył ofertę działając w ramach konsorcjum BUD-AN, w skład którego wchodzi trzech wykonawców. Wykonawcy, składając ofertę w ramach konsorcjum, wykazując doświadczenie przedstawiane zamawiającemu, posłużyli się doświadczeniem zawodowym zdobytym przez nich w czasie realizacji inwestycji, jako indywidualni wykonawcy ale również jako wykonawcy uczestniczący w ramach konsorcjum. I właśnie zdobyte przez nich doświadczenie zawodowe w ramach konsorcjum było przedmiotem sporu zawisłego przed Izbą.

Odwołujący w trakcie postępowania odwoławczego twierdził, że wykonawcy posłużyli się w sposób nieuprawniony doświadczeniem zdobytym w ramach konsorcjum, to jest w większym zakresie niż faktycznie miał miejsce ich udział w realizacji inwestycji budowlanych. Chodzi o wartość realizowanych zadań przez konsorcjantów, w ramach całości zadania realizowanego w ramach poszczególnych konsorcjów, ponieważ jednym z warunków doświadczenia zawodowego jest wartość zrealizowanego zadania (roboty budowlane drogowe co najmniej jedna o wartości minimum 15 mln. złotych brutto) oraz infrastruktury kanalizacji deszczowej/sanitarnej.

Wykonawca wybrany/przystępujący po stronie zamawiającego to konsorcjum w skład, którego wchodzi trzech wykonawców: Lider – BUD-AN Sp. z o.o. z aktualną siedzibą w Kaliszu, a poprzednio w Tuliszkowie (BUD-AN), dwa partnerzy: Zakład Budowy Dróg H. M. z siedzibą w Błaszkach (Henryk Mocny) i Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe DOMAX A.z M. z siedzibą w Boronowie (DOMAX Arkadiusz Mika). Uczestniczące w aktualnie prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum BUD-AN posłużyło się doświadczeniem zawodowym zdobytym przez Lidera Konsorcjum BUD-AN oraz przez Partnera Konsorcjum DOMAX A. M., każdy z nich w odrębnym postepowaniu wykonywanym w ramach konsorcjum.

Wykonawca wybrany/Konsorcjum BUD-AN składając Wykaz wykonanych robót obejmujący pięć pozycji robót budowlanych, w czterech pozycjach posłużył się doświadczeniem DOMAX A. M. (poz.1-4) i w jednej BUD-AN (poz.5) w przedłożonym zamawiającemu Wykazie robót. Odwołujący zakwestionował po pierwsze, wartość wykonanych robót w ramach Konsorcjum ujętych w pozycji 4 Wykazu robót(remont drogi wojewódzkiej nr 483 na odcinku Częstochowa - Kokawa w okresie od18.10.2018r. do 24.01.2020r. na wartość 29.756.049,30 zł. brutto. przez DOMAX A. M. na rzecz Zarząd Dróg Wojewódzkich Katowice). Po drugie odwołujący zakwestionował pozycję 5 Wykazu robót (budowa kanalizacji deszczowej wraz z separatorami na terenie Leźnicy Wielkiej w okresie od luty 2017r. do sierpień 2018r. na wartość 8.860.000,00 zł. brutto przez BUD-AN na rzecz IDS-BUD S.A. Warszawa). Po trzecie w pozostałym zakresie to jest roboty budowlane w poz. 1,2,3 Wykazu robót, odwołujący nie zakwestionował ani co do ich rodzaju, wartości czy też wkładu wartościowego wykonawcy w ramach konsorcjum, w kontekście obowiązującej w niniejszym postępowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W tym miejscu Izba przechodząc do oceny zasadności podniesionych zarzutów odwołania, w związku z zakwestionowanym doświadczeniem zawodowym, ujętym w Wykazie wykonanych robót budowlanych przez uczestników Konsorcjum BUD-AN, przywołuje postanowienia siwz odnoszące się do wymaganego doświadczenia zawodowego.

I tak wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego wykazać miał doświadczenie zawodowe określone w Rozdziale 9 pkt 9.2 ppkt 3) lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ich treść brzmi następująco:

„Wykonawca musi posiadać doświadczenie polegające na należytym wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum:

1. dwóch robót budowlanych z których każda obejmowała: budowę lub przebudowę ulicy/drogi zawierających w swoim zakresie wykonanie jezdni o nawierzchni bitumicznej o długości min. 1200 mb. lub o powierzchni min. 7200 m2 i wykonanie nawierzchni z elementów betonowych prefabrykowanych i/lub nawierzchni z kostki granitowej o łącznej powierzchni min. 4000 m2 na drodze, min. klasy „Z", każda,
2. jednej roboty budowlanej obejmującej budowę lub przebudowę (remont) ulicy/drogi o wartości zrealizowanych prac min. 15.000.000, 00 zł. brutto,
3. jednej roboty budowlanej obejmującej budowę kanału deszczowego/ sanitarnego o średnicy min. 400 mm i dl. min 1500 mb.,
4. jedno zadania polegające na budowie ronda lub przebudowie skrzyżowania na rondo na drodze min. klasy „Z".

Wykonawca wybrany/przystępujący realizując wymóg siwz w zakresie doświadczenia zawodowego, przedstawił Wykaz robót obejmujący pięć pozycji robót, rozumiejąc postanowienia siwz w dosłownym ich brzmieniu, to jest przez wykonanie pięciu robót budowlanych. To jest dwie roboty polegające na budowie, przebudowie drogi o określonych parametrach co do długości lub powierzchni oraz zastosowanego rodzaju nawierzchni drogi, ale bez jakiegokolwiek wymogu co do wartości tych robót (to jest 15 mln. zł. brutto), czy też infrastruktury (kanał deszczowy/sanitarny), czy też skrzyżowania lub ronda. Powyższe roboty wykonawca wybrany ujął w poz. 1 i 2 Wykazu robót to jest przebudowa drogi gminnej w Wieluniu ale wraz z odwodnieniem i oświetleniem (poz.1), wykonanej na rzecz Gminy Wieluń i przebudowa drogi nr 1435 Zalesie Śląskie- Kędzierzyn Koźle oraz drogi powiatowej na odcinku 1401(poz.2), wykonanej na rzecz powiatu Strzelce Opolskie. Wartość tych robót w obu przypadkach kształtowała się na poziomie 10 -11 mln. złotych, czyli poniżej wymaganego progu 15 mln. zł. brutto dla jednej roboty. Obydwie roboty ujęte w Wykazie w poz. 1 i poz.2 wykonane były przez członka konsorcjum DOMAX A. M. i do tych robót odwołujący nie zgłosił zastrzeżeń. Przy czym w kontekście wymagań siwz Izba zauważa, że w poz. 1 Wykazu robót „przebudowa drogi gminnej ul. Popiełuszki w Wieluniu" w swoim zakresie obejmuje dodatkowy wymóg oprócz przebudowy drogi, to jest przebudowę skrzyżowania na skrzyżowanie o ruchu okrężnym (rondo). Tym samym w poz. 1 Wykazu robót znajduje się warunek przebudowy drogi oraz warunek przebudowy skrzyżowania na skrzyżowanie o ruchu okrężnym (rondo).

Kolejne doświadczenie to obejmujące robotę o określonej wartości brutto, doświadczenie ujęte w poz. 3 Wykazu, dotyczy przebudowy drogi powiatowej nr 2000 D na odcinku od zjazdu z autostrady A 4 przez miejscowości Kilianów, Pilawę, Milin do Mietkowa, dotyczy drogi klasy Z w tym o nawierzchni dla budowy lub przebudowy opisanej w siwz i o wymaganej wartości brutto, wynoszącej 15.444,.543,45 zł. wykonanej przez DOMAX A. M. na rzecz powiat Wrocławski. Czyli doświadczenie ujęte w poz. 3 Wykazu robót spełnia wymóg zarówno co do wymaganych budów lub przebudów dróg (miało być co najmniej dwie, a jest to trzecia – poz.1,2,3 Wykazu) jak również co do wymaganej jednej roboty o wartości wynoszącej minimum 15 mln. zł. brutto. Doświadczenie ujęte w poz. 3 Wykazu spełnia jednocześnie dwa wymogi, zarówno wymóg pierwszy co do budowy drogi lub przebudowy dwóch dróg o wymaganym rodzaju co do nawierzchni, wielkości, klasy drogi, jak i wymóg drugi co do wymaganej wartości (15 mln. zł. brutto) wymóg jednej drogi. Izba stwierdza, że robota z poz.3 Wykazu robót wypełnia jednocześnie dwa (2) wymogi siwz to jest wymóg drogi co najmniej klasy Z, o długości, bądź powierzchni, jak i co do nawierzchni, no i wartości robót (15 mln. zł. brutto). Poświadczenie w tym zakresie to jest w poz.3 Wykazu robót nie było kwestionowane przez odwołującego. Zresztą jednoznaczne potwierdzenie tych robót zawarte jest w dokumencie Poświadczenie wykonania robót budowlanych L.dz. SP-DT.7111.440.2018.AG wydane przez Powiat Wrocławski w kwocie netto 12.556.539,39 zl.(dokument poświadczenia) co daje kwotę brutto 15.444.543,45 zł., a co spełnia przesłankę drugą co do wymaganej kwoty brutto 15 mln. złotych. Poświadczenie zostało wydane tylko i wyłącznie dla wykonawcy DOMAX A. M. a nie jak w innych przypadkach dla konsorcjum, z udziałem DOMAX A. M. . Zresztą odwołujący nie zakwestionował znaczenia tego doświadczenia dla potwierdzenia wiedzy i doświadczenia wykonawcy wybranego. Izba również nie stwierdza podstaw do zakwestionowania doświadczenia potwierdzonego przez Powiat Wrocławski.

Niemniej istotą zawisłego sporu jest doświadczenie opisane w poz. 4 Remont drogi wojewódzkiej nr 483 od granicy miasta Częstochowa do Kokawa, w tym opracowanie dokumentacji projektowej na rzecz Zarządu Dróg Wojewódzkich Katowice w kwocie 29.756. 049,30 zł., a bez wartości prac w zakresie dokumentacji technicznej, w kwocie 27.909.196,92 zł. brutto wykonanie Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „DOMAX" A. M. .

Również odwołujący zakwestionował pozycję nr 5 Wykazu robót, która była wykonywana w ramach konsorcjum IDS-BUD z udziałem BUD-AN, a została złożona na dowód budowy kanalizacji deszczowej/sanitarnej. Jak już Izba powyżej przedstawiła chodzi o budowę kanalizacji deszczowej wraz z separatorami na terenie Leźnicy Wielkiej w okresie od luty 2017r. do sierpień 2018r. na wartość 8.860.000,00 zł. brutto przez BUD-AN na rzecz IDS-BUD S.A. Warszawa.

W oparciu o te dwie pozycje robót z Wykazu, odwołujący budował argumentację na zarzut naruszenia art.24 ust.1 pkt 16 i 17 ustawy, ale również jednocześnie nie spełnienia wymogu doświadczenia 15 mln. zł. brutto.

Izba rozstrzygając zaistniały spór uwzględniła wyjaśnienia zamawiającego zawarte między innymi w piśmie z dnia 6 listopada 2020r. stanowiące odpowiedź na odwołanie, w którym przedstawiono procedurę sprawdzenia wiarygodności podanych informacji w Wykazie robót konsorcjum BUD-AN zarówno o robotach, które wykonywane były indywidualnie przez członków konsorcjum (partner DOMAX A. M. jak i lider BUD-AN). Zamawiający dokonał również sprawdzenia wykonywanych robót w ramach konsorcjów opierając się nie tylko na wyjaśnieniach samych konsorcjantów, ale również zamawiających na rzecz, których konsorcja wykonywały roboty a także przedstawicieli tych zamawiających (inspektor nadzoru inwestorskiego). Zamawiający także ocenił przedłożone umowy dotyczące funkcjonowania porozumień konsorcjalnych i wynikający z nich podział zakresu wykonywanych robót przez poszczególnych konsorcjantów. Izba rozstrzygając zarzuty wniesionego odwołania oceniła także dowody złożone przez odwołującego jak i jego argumentację formalną i prawną prezentowaną w odwołaniu, jak i podczas posiedzenia oraz rozprawy. Izba również dokonała oceny argumentacji formalnej i prawnej, jak i złożonych dowodów składanych przez przystępującego, zarówno w pismach (pismo procesowe przystępującego z dnia 06.11.2020r. wraz ze złożonymi dowodami w ilości jedenastu) jak i na posiedzeniu/rozprawie, gdzie złożono kolejne dowody. Treść zarówno odwołania, jak i pism zamawiającego i przystępującego z wzmiankowanymi dowodami na poparcie twierdzeń, Izba zaprezentowała we wstępnej części

uzasadnienia wyroku (odwołanie pismo z dnia 9 października 2020r., odpowiedź na odwołanie pismo z dnia 6 listopada 2020r. oraz pismo procesowe przystępującego z dnia 06.11.2020r.).

Izba już powyżej przedstawiła zarzuty i żądania zawarte w odwołaniu, strukturę organizacyjną konsorcjum/wykonawcy wybranego, Wykaz robót konsorcjum, wymagania siwz co do doświadczenia zawodowego, jak i przede wszystkim wskazała przedmiot sporu, wywiedziony z poz. 4 i 5 Wykazu robót wykonawcy wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego. Izba także zestawiła i porównała zakres wymagań siwz co do doświadczenia zawodowego, porównując zakres robót w poszczególnych pozycjach Wykazu robót z zakresem wymagań przedmiotowych wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba dokonując oceny materiału dowodowego przedstawionego w sprawie, oceniła wiarygodność zarzutów odwołującego na tle procedury wyjaśniającej zamawiającego, w związku z sygnalizacją zastrzeżeń co do posiadanego doświadczenia zawodowego, zgłaszanych zamawiającemu przez odwołującego. Bowiem już na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty konsorcjum BUD-AN, odwołujący kontestował czynności zamawiającego zmierzające do wyboru oferty tego konsorcjum. Przy czym Izba rozstrzygając o zasadności zarzutów odwołania, również uwzględniła dowody przedstawiane w toku postępowania odwoławczego.

W związku z powyższym Izba rozstrzygając o zasadności zarzutów odwołania, ocenia zgromadzony materiał dowodowy w sprawie na tle udzielonej odpowiedzi na odwołanie przez zamawiającego w dniu 6 listopada 2020r.

Zamawiający, badając spełnienie przez konsorcjum BUD-AN, warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego w oparciu o złożone oświadczenie Wykaz robót i dokumenty (poświadczenia, referencje) uznał:

1/ w zakresie pkt. 9.2.3) lit. a) tiret pierwszy SIWZ: „wykonanie min. dwóch robót budowlanych z których każda obejmowała: budowę lub przebudowę ulicy/drogi zawierających w swoim zakresie wykonanie jezdni o nawierzchni bitumicznej o długości min. 1200 mb. lub o powierzchni min. 7200m2 i wykonanie nawierzchni z elementów betonowych prefabrykowanych o powierzchni min. 4000m2 na drodze, min. klasy „Z", zamawiający uznał, że każde z zadań wskazanych w poz. nr 1, 2 i 3 Wykazu robót spełnia określony przez zamawiającego warunek.

Izba podziela w tym zakresie ustalenia zamawiającego, o czym rozstrzygnęła powyżej, przedstawiając wymóg siwz, jak również opisując charakterystykę tych robót powyżej, które wykonał konsorcjant DOMAX A. M. jako indywidualny wykonawca, a nie jako członek konsorcjum. Tym samym spełniony został powyższy warunek dwóch robót drogowych w wymiarze nawet trzech robót, a nie tylko w wymaganym siwz wymiarze dwóch robót drogowych. Należy podkreślić, że odwołujący nie kwestionował tych doświadczeń konsorcjum BUD-AN.

Podsumowując Izba stwierdza, że został spełniony warunek pierwszy dwóch robót drogowych.

2/ w zakresie pkt. 9.2.3) lit. a) tiret drugi SIWZ: „wykonanie jednej roboty budowlanej obejmującej budowę lub przebudowę (remont) ulicy/drogi o wartości zrealizowanych prac min. 15.000.000,00 zł brutto", zamawiający uznał zadanie wskazane w poz. nr 3 Wykazu robót za spełniające określony przez zamawiającego warunek.

Izba podziela ustalenia w tym zakresie zamawiającego o czym rozstrzygnęła powyżej, przedstawiając wymóg siwz, jak również opisując charakterystykę roboty drogowej w poz.3 Wykazu robót, którą wykonał konsorcjant DOMAX A. M. jako indywidualny wykonawca, a nie jako członek konsorcjum. Należy podkreślić, że odwołujący nie kwestionował tego doświadczenia konsorcjum BUD-AN.

Podsumowując Izba stwierdza, że został spełniony warunek drugi to jest wykonania jednej roboty drogowej o wartości minimum 15 mln. zł. brutto.

3/ w zakresie pkt. 9.2.3) lit. a) tiret czwarty SIWZ: „wykonanie jednego zadania polegającego na budowie ronda lub przebudowie skrzyżowania na rondo na drodze min. klasy „Z", zamawiający uznał zadanie wskazane w poz. nr 1 Wykazu robót za spełniające określony przez zamawiającego warunek.

Izba podziela ustalenia w tym zakresie zamawiającego o czym rozstrzygnęła powyżej, przedstawiając wymóg siwz, jak również opisując charakterystykę roboty drogowej w poz.1 Wykazu robót, którą wykonał konsorcjant DOMAX A. M. jako indywidualny wykonawca, a nie jako członek konsorcjum. Należy podkreślić, że odwołujący nie kwestionował tego doświadczenia konsorcjum BUD-AN.

Podsumowując Izba stwierdza, że został spełniony warunek czwarty to jest wykonania przebudowy skrzyżowania na rondo na drodze min. klasy „Z".

4/ w zakresie pkt. 9.2.3) lit. a) tiret trzeci SIWZ: „wykonanie jednej roboty budowlanej obejmującej budowę kanału deszczowego/sanitarnego o średnicy min. 500 mm i dł. min 1500 mb.", zamawiający uznał zadanie wskazane w poz. nr 5 Wykazu robót za spełniające określony przez zamawiającego warunek.

Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko przedstawił następującą argumentację prawną i formalną.

„W odniesieniu do zadania nr 5 Wykazu robót, Zamawiający uznał za spełniony warunek określony w pkt. 9.2.3) lit. a) tiret trzeci SIWZ, ponieważ Wykonawca wskazał w kol. nr 3 Wykazu robót adekwatny w tej mierze zakres robót zrealizowany przez jednego z konsorcjantów tj. firmę BUD-AN Sp. z o.o. z siedz. w Kaliszu. Doświadczenie to nie budziło wątpliwości Zamawiającego. Poza tym, Wykonawca składając Wykaz robót oświadczył, że cyt.: „wszystkie informacje podane powyżej są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu tych informacji". Tym niemniej, działając z daleko posuniętej ostrożności oraz w związku ze złożeniem przez konsorcjum firm: Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. (Lider) z siedz w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. (Partner) z siedz w Warszawie odwołania do KIO, Zamawiający w celu zbadania wiarygodności oświadczenia w zakresie przedmiotowego zadania zwrócił się pismem z dnia 20.10.2020 r. do Zamawiającego z tego kwestionowanego zadania tj. IDS-BUD S.A. w Warszawie z prośbą o udzielenie szczegółowych informacji dotyczących poświadczenia wydanego przez tego Zamawiającego dla konsorcjum firm w składzie: Zakład Inżynieryjno — Budowlany Sp. z o.o. Spółka Komandytowa z siedzibą w Zgierzu, ul. Sokołowska 2ABC, 95-100 Zgierz oraz BUD-AN Sp. z o.o. z siedzibą w Tuliszków, BUD — AN Sp. z o.o. z siedz w Kaliszu, ul. Śródmiejska 15, 62-800 Kalisz. W odpowiedzi

Zamawiający tj. IDS- BUD S.A. (pismo w załączeniu) wskazał, iż firma BUD-AN Sp. z o.o., w trakcie realizacji zadania wymienionego w poz. nr 5 Wykazu robót zmieniła siedzibę firmy z ul. Kasztelana Zaremby 2/3, 62-740 Tuliszków" na „ul. Śródmiejska 15, 62-800 Kalisz", co potwierdza też wydruk informacji z Krajowego Rejestru Sądowego (w załączeniu), a ponadto wskazał, iż faktyczne wykonanie robót w zakresie kanalizacji deszczowej oraz robót drogowych leżało po stronie BUD-AN Sp. z o.o. z siedz w Kaliszu. Wobec powyższego warunek doświadczenia także w tym zakresie został przez Wykonawcę spełniony, a sama zmiana tylko siedziby pozostaje bez wpływu na tożsamość podmiotu realizującego zadanie".

W ocenie Izby jak wynika, z powyższego oświadczenia zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, doświadczenie zawodowe w zakresie budowy kanalizacji deszczowej w Leźnicy Wielkiej było przedmiotem wyjaśnień na etapie postępowania przed zamawiającym. Wyjaśnienia dotyczyły zarówno zagadnienia tożsamości wykonawcy BUD-AN z uwagi na adres siedziby spółki określanej zarówno jako Tuliszków jaki i Kalisz oraz z uwagi na realizację zadania w ramach konsorcjum, z udziałem Zakładu Inżynieryjno-Budowlanego sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Zgierzu (Z.I.-B.). Zamawiający otrzymał wyjaśnienie pismem z dnia 22.10.2020r. od Generalnego Wykonawcy jakim był IDS-BUD S.A. Warszawa, który potwierdził wydane w dniu 14.08.2018 r. Poświadczenie, z którego wynikało, że Konsorcjum firm Z.I.- B. i BUD-AN z siedzibą w Tuliszkowie oraz z siedzibą w Kaliszu wykonało budowę kanalizacji deszczowej wraz z separatorami. Niemniej na zastrzeżenia zgłoszone do zamawiającego i wystąpieniem w dniu 20.10.2020r. zamawiającego do IDS-BUD otrzymano kolejne oświadczenie od Generalnego Wykonawcy (IDS-BUD). Pismem z dnia 22.10.2020r. członek zarządu IDS-BUD oświadczył zamawiającemu, że BUD-AN prace potwierdzone w Poświadczeniu z dnia 14.08.2018r. wykonała w całości spółka BUD-AN sp. z o.o., która w trakcie realizacji zadania w Leźnicy Wielkiej zmieniła adres z Tuliszkowa na adres w Kaliszu. W postępowaniu przed Izbą złożono również odpis z KRS potwierdzający zmianę adresu z Tuliszkowa na Kalisz (Informacja odpowiadająca odpisowi pełnemu z dnia 21.10.2020r. Numer KRS 0000413701). Z kolei odwołujący złożył jako dowód pismoz dnia 03.11.2020r. do Zamawiającego (Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy) z pytaniem o siedzibę BUD-AN i kto w ramach umowy podwykonawczej wykonał roboty na terenie kompleksu wojskowego w Leźnicy Wielkiej to jest czy BUD-AN, czy konsorcjum Z.I.- B. i BUD-AN. Z informacji od Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Bydgoszczy z dnia 05.11.2020r. wynika, że Generalnym Wykonawcą był IDS-BUD a umowę podwykonawczą realizowało konsorcjum Z.I.- B. i BUD-AN.

Izba dokonując oceny zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie stwierdza, że na podstawie oświadczenia IDS-BUD z dnia 22.10.2020r. zamawiający wykazał, że całość robót budowy kanalizacji deszczowej w Leźnicy Wielkiej wykonał samodzielnie, w całości BUD-AN, który w trakcie realizacji robót zmienił adres z Tuliszkowa na adres w Kaliszu. Natomiast informacja z Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Bydgoszczy stwierdza o stronach umowy podwykonawczej, a nie o faktycznym podwykonawcy, którym według oświadczenia IDS-BUD w całości był BUD-AN.

W ocenie Izby w tym stanie rzeczy zarzut powoływania się przez BUD-AN na wykonanie kanalizacji sanitarnej w Leźnicy Wielkiej jest uprawnione. Na marginesie należy wskazać, że warunek siwz brzmi: wykonanie jednej roboty budowlanej obejmującej budowę kanału deszczowego/ sanitarnego o średnicy min. 400 mm i dl. min 1500 mb., co oznacza, że robotę mogło wykonywać wspólnie w ramach konsorcjum dwóch wykonawców i każdy z nich mógłby posługiwać się zdobytym doświadczeniem, zwłaszcza w sytuacji solidarnej odpowiedzialności za wykonanie wszystkich zobowiązań wynikających z umowy względem Generalnego Wykonawcy (Akt umowy z dnia 06.06.2016 r. Nr DU/ZIc/4800/B127/05/2016r.- w aktach sprawy). Bowiem co do zasady konsorcjum powołuje się nie tylko dla wykazania wymaganego doświadczenia zawodowego, ale również dla zdobycia doświadczenia zawodowego przez uczestniczących w realizacji zadania konsorcjantów.

W tym stanie rzeczy zarzut odwołania co do braku doświadczenia, BUD-AN w związku z zadaniem realizowanym przez konsorcjum BUD-AN i Z.I.- B., na terenie obiektu w Leźnicy Wielkiej (poz.5 Wykazu) nie potwierdził się.

Zamawiający w udzielonej odpowiedzi na odwołanie z dnia 06.11.2020r. wyraził następujące stanowisko, co do obowiązku wykazania ilości zadań w związku z wymaganiami co do doświadczenia zawodowego w siwz, które również argumentował jako zasadne na rozprawie przystępujący.

„Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że w treści SIWZ nie zastrzegł, aby jedna robota budowlana miała spełniać tylko i wyłącznie jeden warunek udziału w postępowaniu. W związku z powyższym badając ofertę pod kątem warunku określonego w pkt. 9.2.3) lit. a) tiret pierwszy i drugi SIWZ, Zamawiający uznał za spełnienie warunków łącznie w jednym zadaniu wskazanym w poz. nr 3 Wykazu robót. W związku z powyższym, zadanie wskazane w poz. nr 4 Wykazu robót nie było w ogóle brane pod uwagę przez Zamawiającego w zakresie spełnienia warunku określonego w pkt. 9.2.3) lit. a) tiret drugi SIWZ, albowiem zadania już wcześniej wymienione dawały podstawę do stwierdzenia, iż Wykonawca warunki doświadczenia spełnia."

Izba podziela powyższy pogląd w kontekście brzmienia wymagań siwz.

„Wykonawca musi posiadać doświadczenie polegające na należytym wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum (1-4 pkt):

1. dwóch robót budowlanych z których każda obejmowała: budowę lub przebudowę ulicy/drogi zawierających w swoim zakresie wykonanie jezdni o nawierzchni bitumicznej o długości min. 1200 mb. lub o powierzchni min. 7200 m2 i wykonanie nawierzchni z elementów betonowych prefabrykowanych i/lub nawierzchni z kostki granitowej o łącznej powierzchni min. 4000 m2 na drodze, min. klasy „Z", każda,
2. jednej roboty budowlanej obejmującej budowę lub przebudowę (remont) ulicy/drogi o wartości zrealizowanych prac min. 15.000.000, 00 zł. brutto,
3. jednej roboty budowlanej obejmującej budowę kanału deszczowego/ sanitarnego o średnicy min. 400 mm i dl. min 1500 mb.,
4. jedno zadania polegające na budowie ronda lub przebudowie skrzyżowania na rondo na drodze min. klasy „Z".

Z powyższego postanowienia siwz wynika, że potencjalnie dwie roboty (o których mowa w pkt.1), to jest każda z nich w określonym zakresie przez siwz (pkt 2,3,4), może potwierdzić spełnienie pozostałych warunków opisanych w pkt 2,3,4, wymagań w zakresie doświadczenia zawodowego.

W tym stanie faktycznym i prawnym wynikającym z Wykazu robót (poz.1-5) wynika, że konsorcjum BUD-AN doświadczenie zawodowe spełnia przez roboty przedstawione w poz. 1,2,3 i 5 Wykazu robót.

Reasumując aby wykazać doświadczenie zawodowe można było warunek doświadczenia wykazać przez 5 robót, ale niemniej niż przez dwie roboty. Z kolei konsorcjum BUD-AN spełniło wymóg doświadczenia przez cztery roboty z Wykazu to jest poz.1,2,3,5 Wykazu robót.

Niemniej Izba dokonała oceny roboty ujętej w poz.4 Wykazu robót, z uwagi na zarzut odwołania naruszenia przez zamawiającego postanowień art. 24 ust.1 pkt 16 i 17 ustawy, przy ocenie zgodności z rzeczywistością wartości robót wykonanych przez DOMAX A. M., w związku z przedstawionym przez konsorcjum BUD-AN Wykazem robót w poz. 4 Wykazu.

Jak już powyżej Izba zaznaczyła „Niemniej istotą zawisłego sporu jest doświadczenie opisane w poz. 4 Remont drogi wojewódzkiej nr 483 od granicy miasta Częstochowa do Kokawa, w tym opracowanie dokumentacji projektowej na rzecz Zarządu Dróg Wojewódzkich Katowice w kwocie 29.756. 049,30 zł., a bez wartości prac w zakresie dokumentacji technicznej, w kwocie 27.909.196,92 zł. brutto wykonanie Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „DOMAX" A. M.".

Izba dokonując oceny przedstawionego zarzutu uwzględniła jak powyżej, to jest przy ocenie zarzutu odwołania wywiedzionego z poz. 5 Wykazu (Leźnica Wielka), procedurę wyjaśniającą w toku postępowania przed zamawiającym, na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty.

I tak w dniu 23.10.2020r odwołujący zwrócił się pismem do zamawiającego, w którym postawił zarzut wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawieniu doświadczenia w poz.4 Wykazu robót wykonywanego przez wykonawcę DOMAX A. M., ponieważ wykonywane było w ramach konsorcjum, co skutkuje wykluczeniem z postępowania na podstawie art.24 ust.1 pkt 16 i 17 ustawy, w związku z nie wykonaniem robót o wartości minimum 15 mln. zł. brutto. Odwołujący powołał się na informacje uzyskane od inwestora Zarządu Dróg Wojewódzkich w Katowicach w piśmie z dnia 22 października 2020r., które uzyskał na podstawie wniosku z dnia 08.10.2020r. o udostępnienie informacji publicznej. Zamawiający pismem z dnia 04.11.2020r., zwrócił się do wykonawcy DOMAX A. M. o wyjaśnienie, a w szczególności wskazanie wartości realizowanych prac w ramach konsorcjum na zadaniu remontu drogi nr 483, w terminie do dnia 05.11.2020roku. W dniu 05.11.2020r. wykonawca DOMAX A. M. pismem do zamawiającego wskazał na faktyczną wartość wykonywanych przez niego robót powyżej 15 mln. brutto oraz podział prac co do ich rodzaju i wartości pomiędzy pozostałych konsorcjantów. Co istotne do pisma załączył Tabelę rozliczeniową kontraktu podpisana przez konsorcjantów. Pisma w aktach sprawy. Przed Izbą przystępujący w przy piśmie z dnia 06.11.2020r. oraz na posiedzeniu/rozprawie złożył kolejne dowody wskazujące na wartościowy udział wykonawcy DOMAX A. M. w robotach na drodze nr 483 (oświadczenie Prokurenta R. H. konsorcjanta H. sp. z o.o. z siedzibą w Boronowie z dnia 02.11.2020r., protokoły odbioru częściowego wykonanych robót z udziałem inspektora nadzoru inwestorskiego inż. T. W. uprawnienia bez ograniczeń, Nr 43/00/WŁ oraz kierowników robót, Oświadczenie z dnia 05.11.2020r. inż. T. W. uprawnienia bez ograniczeń, Nr 43/00/WŁ, a także na rozprawie M. K. Inżynier Budowy – protokół posiedzenia/rozprawy z dnia 09.11.2020r. potwierdził oświadczenie pisemne z dnia 06.11.2020r. o prowadzeniu przez niego w trakcie realizacji kontraktu Tabeli rozliczeniowej faktycznie wykonywanych w celach rozliczeń wewnętrznych między DOMAX A. M. a H. sp. z o.o. sp.k., w związku z rozliczeniami kontraktu dla zamawiającego, które prowadził DOMAX A. M.). Z kolei odwołujący przedstawił pismo inwestora Zarządu Dróg Wojewódzkich w Katowicach, z którego wynika, że nie posiada informacji, dotyczącej zakresu i wartości wykonanych przez DOMAX A. M. , z uwagi na prowadzenie zbiorczego rozliczenia robót przez konsorcjum. Według wiedzy inwestora procentowy i rzeczowy podział przedstawiał się po 33,3% między trzech konsorcjantów całego zakresu prac budowlanych. Powyższe oświadczenie znajduje potwierdzenie w § 4 ust.2 umowy konsorcjum z 20.07.2018r., która w ust.4 tego paragrafu przewidywała szczegółowy podział robót oraz szczegółowe warunki współpracy w porozumieniu wykonawczym, którego nie przedstawiono. Natomiast z oświadczenia Inspektora Nadzoru Inwestorskiego z dnia 05.11.2020r. wynika, że DOMAX A. M. prowadził w ramach konsorcjum „koordynację merytoryczną całości prac budowlanych", co potwierdza w swoim pisemnym oświadczeniu z dnia 02.11.2020r. Prokurent R. H. „A. M. koordynował prace budowlane w sposób ciągły i pomagał w wykonywaniu faktycznym w pełnym zakresie." Według złożonych powyżej, wymienionych oświadczeń, trzeci członek konsorcjum nie podjął pracy na etapie realizacji zadania.

W tym stanie rzeczy zgromadzony materiał dowodowy w sprawie potwierdza, wartość wykonanych prac przez DOMAX A. M. na poziomie 15 mln. zł. brutto, czemu również nie zaprzecza oświadczenie Inwestora z dnia 22.10.2020r., który stwierdził, że nie posiada informacji co do zakresu i wartości wykonanych prac przez DOMAX A. M., a przywołany przez niego z umowy, procentowy równy podział między trzech konsorcjantów, faktycznie nie potwierdził się, co wykazał zamawiający i przystępujący na podstawie powyżej przedstawionych dowodów.

W tym stanie rzeczy zarzut odwołania, co do braku doświadczenia zawodowego A. M. DOMAX A. M.w związku z zadaniem realizowanym w ramach konsorcjum A. M. DOMAX A. Mika z s. w Boronowie, ADAC-LEWAR Sp. z o.o. z s Przystajń, H. sp. z o.o. sp.k. z s. w Boronowie oraz GRAMAR sp. z o.oz s. w Lublińcu, na drodze nr 483 (poz.4 Wykazu robót) w wymaganej wysokości co najmniej 15 mln. zł. brutto, nie potwierdził się.

W związku z powyższym Izba nie stwierdza naruszenia przez zamawiającego art.24 ust.1 pkt 12, art.26 ust.4, art.24 ust.1 pkt 16 i17 oraz art.7 ust.1 ustawy, wskazanych w odwołaniu. W tym stanie rzeczy na mocy art.192 ust.1 w związku z ust.2 tego artykułu, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, a także w oparciu o przepisy § 3 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) zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. oraz zasądza na rzecz zamawiającego kwotę 3.600,00zł. tytułem kosztów poniesionych na wynagrodzenie adwokata zamawiającego, który przedłożył fakturę vat do protokołu z tytułu zastępstwa procesowego.

Przewodniczący: **……**