Sygn. akt: KIO 1053/20

WYROK

z dnia 8 lipca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Anna Packo
Aleksandra Patyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2020 r. przez wykonawcę Complex Projekt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Biuro Projektowo - Konsultingowe z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Complex Projekt Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością Biuro Projektowo - Konsultingowe z siedzibą w Katowicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego Complex Projekt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Biuro Projektowo - Konsultingowe z siedzibą w Katowicach na rzecz zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1053//20

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

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie

(jednostka prowadząca postępowanie - Oddział w Katowicach) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Bieżące utrzymanie systemu oraz infrastruktury systemu wraz z prowadzeniem monitoringu podłoża autostrady A1 w obszarze występowania deformacji terenu wywołanych eksploatacją górniczą.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 października 2018 r. pod numerem 2018/S 200-454500. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 15 maja 2020 r. wykonawca Complex Projekt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Biuro Projektowo - Konsultingowe z siedzibą w Katowicach (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania i uznania, że jego oferta podlega odrzuceniu, a także wobec czynności unieważnienia postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy Odwołujący wykazał spełnienie wszystkich określonych przez Zamawiającego w SIWZ warunków udziału w postępowaniu;

2. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta Odwołującego powinna być uznana za odrzuconą z uwagi na okoliczność, iż została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania w sytuacji, w której Odwołujący nie powinien zostać uznany za wykluczonego z postępowania;

3. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na okoliczność, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu w sytuacji, w której oferta Odwołującego nie powinna zostać uznana za odrzuconą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą oraz dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ponadto wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał w szczególności, że próbował wytłumaczyć Zamawiającemu okoliczności, które powinny być mu znane i wiadome z urzędu, bowiem ten sam Zamawiający był stroną umowy Nr 51/R-1/2013/2014 (dalej „Umowa nr 51), na którą Odwołujący powoływał się w ramach wykazywania spełniania kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący w tym zakresie powołał się na dotychczasową korespondencję z Zamawiającym, której treść wskazał jako aktualną. Odwołujący wskazał także, że aktualnie prowadzone postępowanie jest kontynuacją wykonanego właśnie na podstawie Umowy nr 51 zamówienia. Umowę nr 51 Odwołujący załączył jako dowód, powołując się na jej treść oraz załączony do niej OPZ, w tym zawartą tam definicję systemu SAMGA. Odwołujący wskazał, że taki właśnie system Zamawiający odebrał od wykonawcy, co potwierdza protokół odbioru oraz treść referencji, które to dokumenty Odwołujący złożył w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący postawił pytanie czym innym niż elektronicznym systemem monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego zgodnym z wymogami zawartymi w SIWZ jest opracowane i dostarczone w ramach Umowy nr 51 oprogramowanie narzędziowe do obsługi rozbudowanych urządzeń systemu wraz algorytmem do interpretacji i raportowania wyników pochodzących ze wszystkich źródeł systemu.

Odwołujący powołał się także na zawartą w SIWZ definicję elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji. Podkreślił, że Zamawiający nie doprecyzował, co rozumie pod pojęciem „automatyczny system”, jak również nie wskazał, z jakich elementów system ten miałby się składać. W ramach przywołanej wyżej definicji odwołał się on jedynie do funkcji jaką ma on pełnić. W ślad za elektroniczną wersją Encyklopedii PWN Odwołujący przyjął, że system to układ elementów mający określoną strukturę i stanowiący logicznie uporządkowaną całość”. Uzupełniając ten opis o określenie „automatyczny” nie można w ocenie Odwołującego twierdzić, że musi on składać się z czujników, okablowania, rur ochronnych, komputerów, oprogramowania, serwerów czy też z jakichkolwiek innych elementów. Definicja ta przecież, nie wymaga by „system” był czymś fizycznym czy materialnym (wymagania takiego nie zwerbalizował również Zamawiający w zapisach SIWZ). Podobnie jak oprogramowanie operacyjne Windows (które przecież musi być uznane za desygnat pojęcia „system”) nie zawiera fizycznych, zewnętrznych elementów, a jest ‚jedynie” zapisane w pamięci komputera, tak tym bardziej analizowany System automatycznego monitorowania geotechnicznego

autostrady musi być za takowy uznany. W ocenie Odwołującego system ten ma spełniać funkcje podane w definicji, czyli ma „mierzyć charakterystyczne wielkości wytrzymałościowe ustrojów nośnych w konstrukcjach budowlanych (...) wraz z ostrzeganiem użytkownika systemu o przekroczeniu zadanych norm dla poszczególnych wielkości oraz raportowaniem okresowym z pracy systemu" bez względu na to z jakich elementów fizycznych i czy w ogóle z jakichś, się składa.

Dalej Odwołujący wskazał iż Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu wybiórczo przywołuje zakres prac wykonanych w ramach Umowy nr 51, pomijając najważniejszy i podkreślany dotychczas przez Odwołującego zakres polegający na przygotowaniu opisanego wyżej oprogramowania narzędziowego. Zdaniem Odwołującego wykonane w ramach Umowy nr 51 oprogramowanie narzędziowe (PMGA) samo w sobie spełnia określoną przez Zamawiającego definicję „elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji". Jest ono bowiem zarówno systemem automatycznym, jak i systemem mierzącym charakterystyczne wielkości wytrzymałościowe ustrojów nośnych. Dokładnie ten sam system jest przedmiotem utrzymania w ramach niniejszego postępowania, a jego opis stanowi załącznik nr 10 do OPZ. W dokumencie tym opisane są wszystkie realizowane przez PMGA zadania i są one tożsame z zadaniami, które wskazał w definicji „elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji" Zamawiający. Program ten bowiem dokonuje pomiaru charakterystycznych wielkości wytrzymałościowych ustroju nośnego autostrady A1 poprzez automatyczne pozyskiwanie danych z podsystemów (celem zobrazowania powyższego Odwołujący przedstawił rysunek odnoszący się do elementów SAMGA). Następnie analizuje wszystkie dane i określa Stan Geotechnicznego Zagrożenia Autostrady, bazujący na założeniach wielostopniowego kryterium prawdopodobieństwa wystąpienia deformacji powierzchni terenu i informuje automatycznie o przekroczeniach zadanych norm. Wreszcie, okresowo raportuje o stanie wszystkich podsystemów (tzw. raport techniczny). Odwołujący podniósł także, iż ponieważ niniejsze postępowanie stanowi kontynuację zamówienia, w ramach którego powstało między innymi oprogramowanie narzędziowe (PMGA), Zamawiający przygotowując definicję „elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji" na pewno konstruował ją na podstawie przytoczonych w odwołaniu fragmentów opisu działania PMGA. który stanowił dla niego wzorzec prawidłowo działającego systemu monitoringu pracy konstrukcji. Sam Zamawiający wskazał zresztą, że wszystkie zapisy SIWZ należy interpretować w kontekście systemu monitorowania podłoża autostrady A1.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie wymagał w ramach ocenianego warunku doświadczenia w, mówiąc kolokwialnie, „zakopaniu" czy „zamontowaniu" czujników, z których elektroniczny system monitoringu pracy konstrukcji będzie czerpał dane. Co więcej, Zamawiający zdaje się zapominać co powinien rozumieć przez pojęcie „wykonanie" systemu, a co wskazał w pkt 7.2. SIWZ, gdzie pojęcie to zdefiniował - pojęcie to należy rozumieć jako podpisanie protokołu odbioru (lub innego równoważnego dokumentu) usługi Odwołujący podniósł, iż protokołu i referencje w ramach realizacji Umowy nr 51 Zamawiający podpisał, nie może więc w chwili obecnej twierdzić, że umowa ta, w ramach której powstał opisany wyżej system SAMGA, nie została wykonana w rozumieniu SIWZ. Odwołujący wskazał także, że nie przeczy twierdzeniu Zamawiającego, że „Zaprojektowane i wykonane automatyczne systemy monitoringu stacji meteorologicznych, piezometrów i drgań gruntu, nie odpowiadają, zdaniem

Zamawiającego wymaganiom elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego wskazanym w SIWZ TOM I (IDW) pkt 7.2. pkt 3 lit. a)". Jednak powyższe systemy nie wyczerpują wszystkich składowych dostarczonych w ramach Umowy nr 51 SAMGA, o czym Zamawiający wie. System ten rozpatrywany jako całość warunek określony w SIWZ oczywiście spełnia.

Odwołujący wskazał, iż nie przeczy również twierdzeniom Zamawiającego ze str 9-10 zawiadomienia o wykluczeniu, że „Należy podkreślić, że do oceny stanu zagrożenia geotechnicznego autostrady wykorzystywane są dane z „Systemu monitorowania węzła autostrady A1", który przekazuje wszystkie newralgiczne dane pozwalające określić zagrożenie geotechniczne autostrady. Ten system wraz z aplikacją nie został jednak wykonany w ramach zadania pn.: „Monitoring podłoża autostrady A1 w obszarze występowania deformacji terenu wywołanych eksploatacją górniczą", jednocześnie Odwołujący zgodził się, że „Wykonawca Complex Projekt na potrzeby realizacji zadania pn. „Monitoring podłoża autostrady Al w obszarze występowania deformacji terenu wywołanych eksploatacją górniczą" wykorzystał funkcjonujący już wcześniej system pomiaru deformacji powierzchni terenu oraz stworzoną przez wykonawcę tego systemu aplikację „System monitorowania węzła autostrady A1". Okoliczność ta jest jednak zdaniem Odwołującego bez znaczenia. Zamawiający nie określił bowiem skąd zaprojektowany iż wykonany elektroniczny system monitoringu pracy konstrukcji ma czerpać analizowane przez niego dane, a już z całą pewnością nie określił, że ma je czerpać tylko i wyłącznie z podsystemów czy czujników zamontowanych w ramach tej samej umowy, na podstawie której wykonany został taki system. Przyjęcie takiej interpretacji prowadziłoby do kuriozalnych wniosków, że nawet wykonawca, który w ramach innej, wcześniejszej umowy, najpierw zabudował czujniki, a następnie na

podstawie kolejnej umowy dokonał ich systemowej integracji, nie spełnia określonego przez Zamawiającego warunku, bowiem w ramach żadnej z nich nie wykonał tych czynności kompleksowo - a w taki właśnie sposób określony przez siebie warunek próbuje intepretować Zamawiający.

W ocenie Odwołującego jest to oczywista zmiana SIWZ, Zamawiającemu nie wolno zmieniać czy „dointerpretowywać" zapisów SIWZ po upływie terminu składnia ofert, zwłaszcza w ten sposób, że dopiero na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty podaje on nowe rozumienie zdefiniowanych przez siebie wcześniej sformułowań, które odbiega od literalnych zapisów SIWZ. Odwołujący dodał, że wszystkie negatywne konsekwencje niejasnych, wieloznacznych, nieostrych sformułowań SIWZ ponosi Zamawiający (powołał się m.in. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4 maja 2016 r.; sygn. akt KIO 600/16, z 27 września 2016 r., sygn. akt KIO 1717/16, z 7 października 2016 r., KIO 1771/16, z 2 stycznia 2018 r., KIO 2651/17, z 14 lipca 2015 r., KIO 1399/15, z 31 października 2018 r., sygn. akt KIO 2111/18 oraz wyrok SN z dnia 28.02.2013r., sygn. akt III CSK 70/12). Odwołujący wskazał także, że jeśli twierdzenia Zamawiającego dotyczące definicji „elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego" miałyby być prawdziwe, to w SIWZ Zamawiający powinien podać bardzo szczegółową definicję, z której jednoznacznie powinno wynikać m.in. z jakich elementów składowych powinien się składać taki system oraz, że powinien zostać w całości wykonany przez konkretnego Wykonawcę. Nic takiego Zamawiający w SIWZ nie napisał. Odwołujący nie zgodził się także z twierdzeniem, że: „W ramach rozbudowy istniejącego systemu nie zaprojektowano i nie wykonano systemu pomiaru deformacji powierzchni terenu autostrady AI, ani żadnego innego elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego, o którym mowa w SIWZ TOM I (1DW) pkt 7.2. pkt. 3 lit. a) ppkt. 1)". System dostarczony w ramach Umowy nr 51 mierzy deformacje terenu autostrady A1. Wskazał na Załącznik nr 10 do OPZ niniejszego postępowania, w którym w sposób jasny i przejrzysty opisana jest funkcjonalność zrealizowanego w ramach Umowy nr 51 systemu monitorowania. Zakres informacji wykorzystywanych przez tenże system oraz zakres informacji ujawnianych w raportach z systemu określony jest również w tymże Załączniku nr 10 do OPZ.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący nie ma podstaw do powoływania się na doświadczenie w wykonaniu elektronicznego systemu dostarczonego na podstawie Umowy nr 51 z uwagi na fakt, iż „został on wykonany przez spółkę Aspekt Sp. z o.o. będącą członkiem Konsorcjum realizującym ww. umowę" Odwołujący wskazał na swoje wyjaśnienia i wyliczenia przedstawione w tym zakresie zawarte w piśmie z dnia 27 sierpnia

2019 r. Podkreślił, że Odwołujący brał bezpośredni udział w zaprojektowaniu i wykonaniu systemu, który powstał w wyniku realizacji Umowy nr 51, a twierdzenie, Zamawiającego jest nieprawdziwe. Odwołujący zauważył, że to, jaki przebieg miała realizacja Umowy nr 51 w kontekście podziału zadań między konsorcjantów, którzy tę umowę podpisali, Zamawiający wie. Odwołujący wskazał także na swoją argumentacje zawartą w piśmie z dnia 16 marca

2020 r. Odwołujący przypomniał, że Complex Projekt Sp. z o.o. był uczestnikiem wszystkich prac realizowanych przez Konsorcjum o czym świadczy dokument: „Organizacja i wstępna metodologia realizacji zamówienia", którego elementem składowym był „Schemat organizacyjny", pokazujący w jaki sposób będzie przebiegała realizacja umowy wraz z podaniem składu osobowego poszczególnych zespołów problemowych, a które to dokumenty były składane wówczas przez Konsorcjum wraz z ofertą, którą Zamawiający przyjął.

Odwołujący wyjaśnił także, że podobną interpretację pojęć zdefiniowanych w SIWZ przedstawił już w odwołaniu od Wyniku 1, które zostało przez Zamawiającego uwzględnione w całości. W jego ocenie Zamawiający w zależności od bieżącego stanu rzeczy te same pojęcia definiował w różny sposób, co może wskazywać, że Zamawiający próbuje za pomocą dostępnych środków z postępowania się wycofać, unieważniając je bez podstawy prawnej. Interpretacja zapisów SIWZ forsowana przez Zamawiającego prowadzi do konkluzji, że podmiot, który wykonał system, nie posiada doświadczenia wystarczającego do wykonywania usługi jego utrzymania, która to usługa jest przedmiotem niniejszego zamówienia. Odwołujący dodał, że okoliczność naruszenia przepisów ustawy Pzp dotyczących unieważnienia postępowania jest oczywistą konsekwencją nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z postępowania. Przy uznaniu, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania, czynność unieważnienia postępowania nie może się ostać.

Zamawiający w dniu 3 lipca 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, Zamawiający podniósł, iż wskazane przez Odwołującego zadanie pn.: „Monitoring podłoża autostrady A1 w obszarze występowania deformacji terenu wywołanych eksploatacją górniczą" nie

potwierdza, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2. ppkt. 3 lit. a) ppkt. 1) IDW. Wyjaśnił, iż przedmiotowe zadanie zostało zrealizowane na podstawie umowy nr 51/R-1/2013/2014 z dnia 06 marca 2014 r. zawartej pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum Aspekt sp. z o.o. i Complex Projekt sp. z o.o. Biuro Projektowo-Konsultingowe i nie obejmowało ono zaprojektowania i wykonania elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ. Zamawiający wskazał, iż w ramach tego zadania przeprowadzono rozbudowę systemu monitoringu podłoża autostrady Al poprzez m.in. zaprojektowanie i wykonanie automatycznych systemów monitoringu stacji meteorologicznych, piezometrów oraz drgań gruntu, które nie odpowiadają wymaganiom elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego, ponieważ nie mierzą (nie dokonują pomiaru) charakterystycznych wielkości wytrzymałościowych ustrojów nośnych w konstrukcjach obiektów budowlanych, takich jak naprężenia lub odkształcenia. Zamawiający wyjaśnił, iż w ramach Umowy nr 51 ww. konsorcjum wykonawców wykonało:

1) stacje meteorologiczne wraz z oprogramowaniem dokonującym automatycznego pomiaru wielkości warunków atmosferycznych (m.in. temperatura, wielkość opadów);

2) piezometry wraz z oprogramowaniem dokonującym automatycznego pomiaru poziomu zwierciadła wód podziemnych;

3) mierniki drgań gruntu wraz z oprogramowaniem dokonującym automatycznego pomiaru prędkości i przyspieszenia drgań gruntu (tj. zjawisk sejsmicznych). System monitorowania drgań gruntu wykonany w ramach umowy nr 51 obejmuje pomiar drgań gruntu. Przedmiotowy system pomiarowy został zamontowany w gruncie, na obszarze węzła

Piekary. Zasadniczą funkcją przedmiotowego systemu jest pomiar prędkości i przyśpieszenia drgań podłoża. Zamawiający podkreślił, że system ten nie stanowi systemu mierzącego .wielkości wytrzymałościowe ustrojów nośnych w konstrukcjach budowlanych, a jedynie dokonuje pomiaru aktywności/dynamiki ruchu podłoża.

Zdaniem Zamawiającego charakterystyka zaprojektowanych i wykonanych w ramach zadania wskazanego w poz. 2 Wykazu Usług elementów systemu monitoringu jest odmienna od tej, która wynika z definicji elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego zamieszczonej w SIWZ.

Zamawiający wskazał ponadto, iż postanowienia OPZ do Umowy nr 51 potwierdzają, że finalnym produktem tej umowy była wyłącznie aplikacja (program), której funkcje nie są tożsame z funkcjami systemu monitorowania odkształceń i przemieszczeń podłoża. Zamawiający zauważył, że Odwołujący powołując się na definicję systemu SAMGA (pkt 4.2 OPZ do Umowy nr 51) oraz protokół odbioru sam wskazał, że przedmiotem odbioru była aplikacja umożliwiająca pozyskiwanie i analizę (interpretację) danych pozyskanych z czujników zamontowanych w konstrukcji obiektu budowlanego. W ocenie Zamawiającego nie ulega wątpliwości, iż aby system mógł mierzyć charakterystyczne wielkości wytrzymałościowe musi być wyposażony w urządzenia pomiarowe (np. czujniki), które dostarczają dane: naprężenia lub odkształcenia lub częstotliwości drgań własnych. Elementy systemu monitoringu wykonane w ramach Umowy nr 51 nie generują tego rodzaju danych.

Zamawiający nie zgodził się także ze stanowiskiem Odwołującego wskazującym, że program PMGA (aplikacja) spełnia definicję elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji. Zamawiający wyjaśnił, iż w punkcie 2.4 OPZ zdefiniował Program Monitorowania Geotechnicznego Autostrady jako kompleksowe oprogramowanie interpretacyjne do analizy i interpretacji danych ze wszystkich źródeł systemu oraz raportowania wyników (szczegółowy opis aplikacji PMGA został przedstawiony w załączniku nr 10 do OPZ). Definicja ta zdaniem Zamawiającego jednoznacznie wskazuje, że chodzi o program (pojęcie to również stosuje Odwołujący), czyli aplikację wyłącznie analizującą dane z poszczególnych elementów elektronicznego systemu monitoringu, a nie o systemem, w ramach którego dokonywane są także pomiary. Zamawiający zwrócił uwagę, że program PMGA faktycznie jedynie pozyskuje i analizuje dane z podsystemów. Program ten jednak nie mierzy (nie wykonuje pomiarów), ponieważ nie posiada takiej funkcji. Program wykorzystuje wskazane podsystemy, które odpowiadają za mierzenie, czyli wykonywanie pomiarów (wyłącznie bowiem podsystemy wyposażone są w urządzenia pomiarowe np. czujniki). Odwołujący w ramach Umowy nr 51 nie wykonał żadnego urządzenia pomiarowego umożliwiającego mierzenie wielkości, o których mowa w definicji elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji. Zamawiający przedstawił także tabelę obrazującą różnice pomiędzy aplikacją PMGA a elektronicznym systemem monitorowania pracy konstrukcji, o którym mowa w warunku udziału w postępowaniu i którego definicję wskazano w SIWZ. W ocenie Zamawiającego aplikacja PMGA stanowi wyłącznie element szerszego systemu monitorowania, a jej funkcje są bezużyteczne bez danych pochodzących z urządzeń pomiarowych (czujników) monitorujących odkształcenia podłoża, które zostały zaprojektowane i zabudowane w ramach

budowy autostrady A1 przez inny podmiot i nie były objęte Umowa nr 51.

W konsekwencji zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie posiada doświadczenia w zabudowie urządzeń pomiarowych mierzących charakterystyczne wielkości wytrzymałościowe ustrojów nośnych w konstrukcjach budowlanych. Okoliczność tę w ocenie Zamawiającego przyznał Odwołujący w piśmie z dnia 27 sierpnia 2019 r.. W ramach zadania referencyjnego Odwołujący nie wykonał żadnego czujnika (urządzania pomiarowego) przekazującego dane dotyczące pomiaru deformacji powierzchni tereny ani nie zaprojektował miejsca instalacji takiego czujnika lub urządzenia). Zamawiający wskazał także na zawartą w pkt 4.2 OPZ do Umowy nr 51 definicję Automatycznego Systemu Pomiaru Deformacji Terenu i znaczenie tego systemu dla zapewnienia funkcjonalności systemu automatycznego monitorowania geotechnicznego autostrady (SAMGA). Zauważył, że definicja elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego zawarta w SIWZ jasno precyzuje, że elektroniczny systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego powinien charakteryzować się: możliwością dokonywania automatycznych pomiarów (urządzenia pomiarowe, mierzenie, wykonywanie pomiarów); wykonywaniem pomiarów wielkości wytrzymałościowych (m.in. naprężenia, odkształcenia częstotliwości drgań); pozyskiwaniem danych z pracy ustroju nośnego konstrukcji obiektu budowlanego; ostrzeganiem o przekroczeniu zadanych norm; opracowaniem okresowych raportów.

Zamawiający podkreślił także, że nie wymagał opracowania wyłącznie aplikacji, ale zaprojektowania i wykonania elektronicznego systemu monitoringu konstrukcji obiektu budowlanego. W ocenie Zamawiającego nie ulega wątpliwości, iż pomiędzy opracowaniem samej aplikacji do elektronicznego systemu monitoringu a zaprojektowaniem i wykonaniem elektronicznego systemu monitoringu występuje zasadnicza różnica. Zamawiający przedstawił w tabeli szczegółowe porównanie wymaganego w SIWZ doświadczenia z doświadczeniem przestawionym przez Odwołującego. Zamawiający potwierdził ponadto, że aktualnie prowadzone postępowanie może być uznana za powiązane z poprzednim zamówieniem dotyczącym utrzymywania systemu monitorującego deformacje terenu powstałe pod wpływem eksploatacji górniczej na odcinku autostrady Al, natomiast zaznaczył, że Odwołujący forsuje błędną tezę, że zakres Umowy nr 51jest tożsamy z zakresem obecnie prowadzonego postpowania. Zamawiający podniósł, że zawarty w OPZ do umowy nr. 51 opis czynności koniecznych do wykonania w ramach monitoringu podłoża autostrady Al obejmował niespełna 2 strony, natomiast w opisie wymaganych czynności dla obecnie prowadzonego postępowania sięga 15 stron. Formularz cenowy do Umowny nr 51 zawierał 7 pozycji, a obecny formularz cenowy zawiera 46 pozycji, w tym pozycje dotyczące uruchomienia nowych funkcji

elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji.

Zamawiający podniósł również, że faktycznym wykonawcą wszystkich podsystemów wskazywanych przez Odwołującego nie był sam Odwołujący, ale Lider Konsorcjum wykonawców realizujących zadanie w ramach Umowy nr 51 - spółka Aspekt Sp. z o.o. Wskazał także, że to ta firma wykonała nie tylko wszystkie wskazywane przez Odwołującego podsystemy, ale również samodzielnie opracowała „Projekt wykonawczy instalacji systemu pomiaru drgań gruntu i monitoringu meteorologicznego w Rejonie węzła Piekary Autostrady A1", który został zrealizowany w ramach Umowy nr 51. Zamawiający w tym kontekście powołał się na wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt i wynikające z tego orzeczenia stanowisko, iż wykonawca nie może polegać na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. Niezależnie zatem od tego, że usługa referencyjna nie obejmowała zaprojektowania i wykonania elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego, o którym mowa w pkt 7.2. pkt 3 lit. a) IDW, Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie może skutecznie powoływać się na doświadczenie zdobyte wyłączenie przez innego konsorcjanta (Aspekt sp. z o.o.) w zakresie wykonania usługi referencyjnej.

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

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła złożonego przez Zamawiającego na posiedzeniu wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Taka sytuacja nie miała miejsca w przedmiotowej sprawie. Zarzuty odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1376/19 (w zakresie odnoszącym się do objętej niniejszym postępowaniem odwoławczym

kwestii spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2. pkt 3 lit. a IDW), dotyczyły zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów dotyczących wykazania spełnienia ww. warunku. Zamawiający w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1376/19 oświadczył, iż zgodnie z żądaniem ówczesnego odwołującego (NeoStrain Sp. z o.o.) wezwie wykonawcę Complex Projekt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Biuro Projektowo - Konsultingowe (obecnego Odwołującego) do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w tym wykazu usług w zakresie poz. 2, co do spełnienia wymogów opisanych w pkt 7.2. pkt 3 lit. a ppkt 1 IDW. Tak też Zamawiający uczynił, wystosowując do Odwołującego w dniu 20 sierpnia 2019 r. wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a następnie w dniu 5 marca 2020 r. wezwanie do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tymczasem zakresem rozpoznawanego obecnie odwołania objęta jest czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, czyli inne czynności niż te wykonane przez Zamawiającego zgodnie z żądaniem odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1376/19. Obecnie kontroli Izby podlegają czynności podjęte przez Zamawiającego już po wystosowaniu do Odwołującego wezwań na podstawie art. 26 ust. 4 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba ocenia zatem prawidłowość czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania w świetle oświadczeń i dokumentów złożonych przez niego w odpowiedzi na ww. wezwania. Tym samym nie zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp skutkujące obowiązkiem odrzucenia odwołania.

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy NeoStrain Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego, uznając że nie zostały wypełnione przesłanki określone w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z tym przepisem (zdanie pierwsze) wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Z przepisu tego wynika że przystąpić do postępowania odwoławczego może tylko wykonawca. Zgodnie z art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Jak wynika z treści tego przepisu, status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. Rozróżnić zatem należy w szczególności etap postępowania mający miejsce przed upływem terminu składania ofert, kiedy to status wykonawcy posiadać może w zasadzie każdy podmiot, który jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, od etapu następującego po upływie terminu składania ofert, kiedy status wykonawcy przysługuje już tylko podmiotom, które złożyły ofertę w postępowaniu. Status wykonawcy traci także podmiot, który został przez zamawiającego z postępowania wykluczony lub którego oferta została odrzucona, a czynności te stały się ostateczne.

Taka sytuacja miała miejsce w przypadku NeoStrain Sp. z o.o. Jak wynika z akt sprawy, Zamawiający w dniu 5 maja 2020 r. wykluczył NeoStrain Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Od czynności tej zgłaszający przystąpienie nie wniósł odwołania, co potwierdził pełnomocnik NeoStrain Sp. z o.o. na posiedzeniu przed Izbą. Zgłaszający przystąpienie nie skorzystał z przysługującego mu prawa do wniesienia odwołania na czynność wykluczenia go z postępowania, pomimo posiadania takiej możliwości, wobec czego decyzja Zamawiającego stała się niewzruszalna. Tym samym podmiot ten pozbawił się statusu wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia na obecnym jego etapie, co przekłada się także na nieskuteczność zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego, którego przedmiotem jest kwestionowanie czynności odrzucenia oferty jego konkurenta (podobnie wypowiedziała się Izba m.in. w wyrokach z dnia 31 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1792/15 oraz z dnia 14 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 261/17).

Następnie Izba stwierdziła, iż Odwołujący - jako wykonawca, który został wykluczony z postępowania, a którego oferta pozostawałaby ofertą najkorzystniejszą, gdyby do wykluczenia nie doszło - wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Gdyby bowiem odwołanie okazało się zasadne, unieważniona zostałaby zarówno czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, jak i czynność unieważnienia postępowania, co dawałoby Odwołującemu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, informacji z otwarcia ofert, oferty Odwołującego, dokumentów złożonych przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, w tym wykazu usług i referencji, wezwań wystosowanych przez Zamawiającego do Odwołującego w dniu 20 sierpnia 2019 r. i 5 marca 2020 r. oraz wyjaśnień Odwołującego złożonych w odpowiedzi na te wezwania, zawiadomienia o wykluczeniu z postępowania Odwołującego i NeoStrain Sp. z o.o., informacji o unieważnieniu postępowania. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone w pismach procesowych (odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 3 lipca 2020 roku. Ponadto Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego:

1. dokumenty złożone przez Odwołującego tj.:

   a) umowa nr 51/R-1/2013/2014 wraz z OPZ i aneksem nr 1;

   b) raporty dobowe z pomiarów wygenerowane na podstawie SAMGA;

   c) schemat organizacyjny zespołów realizujących Umowę nr 51;

2. dokumenty złożone przez Zamawiającego, tj,:

   a) wyciąg z projektu powykonawczego systemu monitoringu opracowanego w ramach budowy autostrady A1 odcinek Pyrzowice - Piekary Śląskie;

   b) wyciąg z projektu wykonawczego instalacji systemu pomiaru drgań gruntu i monitoringu meteorologicznego w rejonie węzła Piekary autostrady A1 opracowane przez Aspekt Sp. z o.o. wraz z protokołem przekazania dokumentacji powykonawczej oraz protokołem częściowym odbioru robót;

   c) wyciąg z dokumentacji powykonawczej automatycznego systemu pomiaru drgań gruntu w rejonie węzła Piekary Śląskie autostrady A1 wraz z protokołem przekazania i protokołem częściowym odbioru robót;

   d) wyciąg z projektu technicznego wykonawczego na wykonanie piezometrów w rejonie węzła drogowego Piekary Śląskie wraz ze sprawozdaniem, protokołem przekazania i protokołem częściowym odbioru robót;

   e) porozumienie z dnia 17 kwietnia 2014 r. do umowy konsorcjum z dnia 18 listopada 2013 r. wraz z załącznikiem;

   f) protokół częściowy akceptacji wraz z protokołem przekazania operatu pomiarowego z założenia dodatkowych punktów monitoringu geodezyjnego

   g) pismo Odwołującego z dnia 22 sierpnia 2016 r.;

   h) aneks nr 2 do umowy konsorcjum dnia 18 listopada 2013 r. wraz z wnioskami Aspekt Sp. z o.o. o wypłatę środków oraz fakturami.

Złożony przez Zamawiającego rysunek obrazujący schemat systemu SAMGA z adnotacjami, jaki podmiot wykonał poszczególne elementy tego systemu, stanowił oświadczenie własne pełnomocnika Zamawiającego, wobec czego Izba potraktowała ten rysunek jako uzupełnienie stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego na rozprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa pn. Bieżące utrzymanie systemu oraz infrastruktury systemu wraz z prowadzeniem monitoringu podłoża autostrady A1 w obszarze występowania deformacji terenu wywołanych eksploatacją górniczą.” Jak wskazano w pkt 5.1 IDW zamówienie dotyczy utrzymania systemów monitorowania stanu geotechnicznego podłoża autostrady A1 oraz infrastruktury systemu na odcinku w. Gliwice Wschód do w. Pyrzowice wraz z prowadzeniem monitoringu pasa autostrady i oceną stanu zagrożenia geotechnicznego autostrady. Wykonawca w ramach zamówienia zobowiązany będzie do realizacji usługi polegającej na prowadzeniu stałego monitoringu pasa autostrady i reagowania w sytuacjach kryzysowych. W celu osiągnięcia gotowości do realizacji usługi wykonawca zobowiązany będzie przygotować system monitorowania oraz infrastrukturę systemu.

W pkt 7 IDW określone zostały warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z pkt 7.2 ppkt 3 lit. a) ppkt 1) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki

dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej: Zamawiający uzna, iż wykonawca zdolny jest do należytego wykonania zamówienia to taki, który wykaże, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał (zrealizował) co najmniej jedną usługę zaprojektowania i wykonania elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego o wartości co najmniej 800 000,00 zł netto.

Zamawiający przedstawił definicję elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji wskazując, iż jest to „automatyczny system mierzący charakterystyczne wielkości wytrzymałościowe ustrojów nośnych w konstrukcjach budowlanych takie jak: naprężenia lub odkształcenia lub częstotliwość drgań własnych wraz z ostrzeganiem użytkownika systemu o przekroczeniu zadanych norm dla poszczególnych wielkości oraz raportowaniem okresowym z pracy systemu."

W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu Zamawiający zgodnie z pkt 9.7 ppkt 1) lit. a) IDW wymagał złożenia na wezwanie wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie (...).

W postępowaniu wpłynęły oferty Odwołującego oraz wykonawcy NeoStrain Sp. z o.o.

Zamawiający w dniu 20 maja 2019 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w pkt 7 i 8 IDW. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący złożył m.in. wykaz usług, w którym w poz. 2 wskazał zadanie realizowane na rzecz GDDKA Oddział Katowice wykonane w ramach umowy nr 51/R-1/2013/2014 z dnia 6 marca 2014 r. pn. „Monitoring podłoża autostrady A1 w obszarze występowania deformacji terenu wywołanych eksploatacją górniczą" o wartości 5 344 500 zł netto (data wykonania zamówienia 6 marca 2017 r.). Jako zakres tego zadania wskazano: „rozbudowa systemu monitoringu podłoża autostrady A1 wraz z utrzymaniem; wykonanie oprogramowania narzędziowego określającego w sposób automatyczny poziom zagrożenia geotechnicznego autostrady na podstawie danych pozyskanych z automatycznych systemów pomiarowych. Wykonanie katalogowych projektów robót naprawczych. Reagowanie w sytuacjach zagrożenia." Do wykazu usług załączono referencje, w których wskazano, że ww. zadanie wykonało konsorcjum firm Complex Projekt Sp. z o.o. Biuro Projektowo-Konsultingowe z siedzibą w Katowicach oraz Aspekt Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie. W treści referencji opisano również, iż realizacja zadania polegała na:

i) prowadzeniu stałego monitoringu autostrady w obszarze monitorowania autostrady i reagowania w sytuacjach kryzysowych, w tym prowadzeniu monitoringu geodezyjnego, ii) rozbudowie systemu monitoringu o wykonanie dodatkowych automatycznych systemów pomiarowych: drgań gruntu, piezometrów, stacji meteorologicznych; iii) wykonaniu pełnego katalogu projektów dla działań i robót naprawczych oraz zabezpieczających, wraz z instrukcją postępowania i projektami diagnostyki awarii mogących wystąpić na obszarze monitorowania; iv) opracowaniu i dostarczeniu oprogramowania narzędziowego do obsługi rozbudowanych urządzeń systemu oraz algorytmy do interpretacji i raportowania wyników pochodzących ze wszystkich źródeł systemu.

Zamawiający w dniu 26 kwietnia 2019 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za która uznał ofertę NeoStrain Sp. z o.o., czynność ta została jednak unieważniona. Następnie w dniu 8 lipca 2019 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, za która uznał ofertę Odwołującego, ale również ta czynność została unieważniona w związku z częściowym uwzględnieniem odwołania NeoStrain Sp. z o.o. w sprawie o sygn. akt KIO 1376/19 przez Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 20 sierpnia 2019 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień m.in. w odniesieniu do usługi wskazanej w poz. 2 Wykazu usług, zobowiązując Odwołującego do odniesienia się do twierdzeń spółki NeoStrain Sp. z o.o. zacytowanych w treści wezwania, dotyczących niespełnienia przez tę usługę wymogów definicji elektronicznego systemu monitorowania pracy konstrukcji obiektu budowlanego. Zamawiający wskazał także, iż z treści referencji załączonych do Wykazu usług wynika, iż zamówienie wskazane w poz. 2 zostało zrealizowane przez konsorcjum firm Odwołującego i Aspekt Sp. z o.o. Wobec powyższego Zamawiający wezwał również do złożenia wyjaśnień, jaki był konkretny zakres udziału Odwołującego przy realizacji ww. zamówienia oraz jaka była wartość realizowanego przez Odwołującego zakresu przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący powołał się na pkt 2 OPZ do Umowy nr 51, wyjaśniając, że wykonany w ramach tej umowy system monitoringu autostrady A1 stanowi jeden system, zdolny do automatycznego wskazania poziomu tzw. stanu zagrożenia

geotechnicznego autostrady na podstawie analiz i interpretacji danych pomiarowych pozyskiwanych ze zintegrowanych podsystemów pomiarowych, tj. 1. Automatyczny system pomiarowy pomiaru odkształceń zbrojenia geosyntetycznego oraz wykrywania przemieszczeń pionowych gruntu; 2. Automatyczny system monitorowania drgań; 3. Automatyczne stacje meteorologiczne; 4. Automatyczny system monitorowania poziomu wód gruntowych. System ten mierzy automatycznie „charakterystyczne wielkości wytrzymałościowe ustrojów nośnych w konstrukcjach budowlanych" takie jak: odkształcenia, przemieszczenia, ostrzega użytkownika systemu o przekroczeniu zadanych norm dla poszczególnych wielkości oraz raportuje okresowo swoją pracę. Powyższe ma swoje odbicie w treści uzyskanych od Zamawiającego referencji dot. realizacji Umowy nr 51.

Odnosząc się do zacytowanych w wezwaniu argumentów firmy NeoStrain Sp. z o.o. Odwołujący wskazał, iż wykazuje spełnienie warunku udziału w postępowaniu poprzez wykonanie sytemu monitoringu składającego się min. z podsystemów pomiarowych odpowiedzialnych za dostarczanie danych do dalszej automatycznej interpretacji, na bazie której następuje automatyczne wyznaczanie poziomu zagrożenia geotechnicznego autostrady. Owych podsystemów nie można traktować oddzielnie. Ponadto, nie jest prawdą, że Zamawiający wymagał w SIWZ systemu „monitorującego naprężenia lub odkształcenia lub częstotliwość drgań własnych". Zamawiający wymagał bowiem automatycznego systemu mierzącego „charakterystyczne wielkości wytrzymałościowe ustrojów nośnych w konstrukcjach budowlanych", a jedynie przykładowo, na co wskazuje użycie sformułowania „takie jak", podał „naprężenia lub odkształcenia lub częstotliwość drgań własnych". Jest oczywistym, że różne ustroje nośne, w zależności od ich typu, posiadają różne charakterystyczne wielkości wytrzymałościowe, dlatego też nie dookreślając typu konstrukcji budowlanych, których miał dotyczyć system, Zamawiający nie wskazał zamkniętego katalogu konkretnych wielkości wytrzymałościowych, które dostarczany system miałby mierzyć. Poza tym, w ocenie Odwołującego, nawet gdyby uznać, iż tak dostarczony system miał mierzyć tylko którąś z trzech wskazanych wielkości, to system dostarczony Zamawiającemu na podstawie Umowy nr 51 mierzył chociażby odkształcenia zbrojenia geosyntetycznego. Fakt, że mierzył je na podstawie danych uzyskiwanych z czujników zamontowanych przez inny podmiot na etapie budowy autostrady nie ma znaczenia, bowiem Zamawiający w SIWZ nie wskazał, że taki system Wykonawca musi zbudować od absolutnego zera. Wskazał jedynie efekt końcowy w postaci wykonania elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego, który ma mierzyć określone wielkości. I taki efekt w wyniku realizacji umowy nr 51 Odwołujący dostarczył.

Odwołujący wskazał także, że system pomiaru drgań gruntu jest tylko jednym z elementów automatycznego sytemu monitoringu dostarczającym dane w zakresie pomiaru energii drgań gruntu. Z treści SIWZ nie sposób wywieść, że jeden z elementów systemu monitoringu (jakim jest podsystem sejsmiczny), miał posiadać cechy kompletnego systemu monitoringu. Wyjaśnił ponadto, że jak wynika z wymagań OPZ do zamówienia realizowanego na podstawie Umowy nr 51, dane do analizy stanu zagrożenia geotechnicznego autostrady przez program monitorowania geotechnicznego autostrady pobierane są z zespołu skomputeryzowanych systemów pomiarowych, w skład których wchodzi pomiar odkształceń zbrojenia geosyntetycznego i pomiar przemieszczeń pionowych gruntu oraz pomiar energii drgań gruntu, pomiar poziomu wód gruntowych, pomiar warunków meteorologicznych (temperatura gruntu, temperatura otoczenia, ilość opadów, grubość warstwy śniegu). Zgodnie z intencją Zamawiającego, analiza stanu bezpieczeństwa autostrady A1 jest możliwa wyłącznie przy uwzględnieniu danych ze wszystkich elementów systemu monitorowania jej konstrukcji, tj. podsystemów mierzących oddziaływania (drgania gruntu, poziom wód gruntowych i warunki meteorologiczne) oraz odpowiedź (reakcję) konstrukcji (odkształcenia i przemieszczenia). Jest bowiem bezsprzeczne, że na stan konstrukcji autostrady bezpośredni wpływ mają drgania gruntu, zmiany poziomu wód gruntowych oraz warunki meteorologiczne. Zatem pomiar tych wielkości fizycznych jest wprost związany z wielkościami wytrzymałościowymi konstrukcji obiektu budowlanego, jakim jest autostrada. Odwołujący wyjaśnił także, że system pomiaru drgań gruntu jest tylko jednym z elementów automatycznego sytemu monitoringu konstrukcji obiektu budowlanego dostarczającym danych (w zakresie pomiaru energii drgań gruntu), koniecznych na dalszych etapach pracy Automatycznego sytemu monitoringu autostrady. Miejsce instalacji tegoż systemu pomiarowego (w gruncie) wynika z wielkości fizycznej, jaką ma za zadanie mierzyć. Odwołujący zaznaczył także, iż fakt dokonywania pomiarów wytrzymałościowych parametrów danego ustroju nośnego obiektu budowlanego nie jest tożsamy z koniecznością zabudowy urządzenia pomiarowego na tymże obiekcie.

W kwestii realizacji zadania z poz. 2 Wykazu usług przez konsorcjum, Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie określił w ramach dokumentacji przetargowej postępowania szczegółów dotyczących sposobu wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, w przypadku w którym usługi, którymi chce się wykonawca wykazać realizowane były przez niego w formie konsorcjum. W szczególności nie wymagał w żadnym miejscu SIWZ, jak i w samym wezwaniu do złożenia stosownych

dokumentów, wyraźnego podziału na zakres prac realizowanych przez poszczególnych członków konsorcjum, w tym samego wykonawcy. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie powinien w tak rygorystyczny sposób, jak czyni to w ramach wezwania do wyjaśnienia, oceniać spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, którzy swoje doświadczenie nabyli w ramach konsorcjum. Odwołujący powołał się na wyroki KIO w sprawach o sygn. akt KIO 1854/17, KIO 2534/18, KIO 2007/17, KIO 2014/17 oraz wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt.

Odwołujący poinformował, że w ramach realizacji Umowy nr 51, w odniesieniu do zakresu prac związanych bezpośrednio z wykonaniem automatycznego systemu monitoringu autostrady A1, Odwołujący wykonał następujące prace: a) opracowanie koncepcji i zaprojektowanie systemu monitorowania SZGA (stanu zagrożenia geotechnicznego autostrady), b) zaprojektowanie i wykonanie integracji podsystemów pomiaru odkształceń geosyntetyków i pomiarów przemieszczeń pionowych gruntu z pozostałymi częściami systemu monitorowania stanu zagrożenia geotechnicznego autostrady, tj., podsystemów monitorowania drgań, poziomu wód gruntowych, warunków atmosferycznych, c) zaprojektowanie i wykonanie systemu automatycznego zbierania i przetwarzania danych ze skomputeryzowanych systemów pomiarowych, d) zaprojektowanie i wykonanie automatycznego systemu oceny zagrożenia geotechnicznego autostrady dla poszczególnych podsystemów pomiarowych, jak i ostatecznej analizy pod kątem bezpieczeństwa monitorowanego obiektu, e) zakres działań eksperckich związanych z wyznaczaniem kierunków i koordynacja prac badawczych mających na celu opracowanie reguł zależności pomiędzy mierzonymi wielkościami i opracowanie algorytmu pracy modułu interpretacyjnego, f) przeprowadzenie testów sprawności sytemu. Efektem prac Odwołującego było dostarczenie automatycznego systemu mierzącego charakterystyczne wielkości wytrzymałościowe ustroju nośnego konstrukcji autostrady A1 wraz z funkcjonalnością ostrzegania użytkownika systemu o przekroczeniu zadanych norm dla poszczególnych wielkości oraz raportowaniem okresowym pracy systemu.

W kwestii wartości zrealizowanego zakresu zamówienia Odwołujący wskazał, iż z dniem 8 września 2015 r. (data zawarcia aneksu, faktyczne samodzielne prowadzenie prac od 1 lipca 2015 r.) do czasu zakończenia umowy (marzec 2017) prace realizowane w ramach umowy były realizowane jedynie przez Odwołującego. Wyjaśnił, iż poziom skomplikowania robót nie pozwala na jednoznaczne i wyraźne rozdzielenie zakresu prac faktycznie wykonanych przez poszczególnych konsorcjantów do czasu przejęcia całości prac przez Odwołującego. Okoliczności tej nie przeczy przedmiotowy podział zamówienia, jaki był pierwotnie założony przez strony konsorcjum w ramach wzajemnych zobowiązań. W toku realizacji prac konieczne bowiem były stałe i bieżące kontakty obu konsorcjantów związane czy to stricte z integracją poszczególnych elementów systemu montowanych przez wykonawców lub podwykonawców, czy też ze - wsparciem eksperckim świadczonym przez Odwołującego na rzecz Aspekt Sp. z o.o., co miało swoje odzwierciedlenie m.in. w składzie powołanej na czas realizacji zadania Rady Naukowo-Technicznej, której większość członków stanowiły osoby finansowane przez Odwołującego. Zdaniem Odwołującego jest on uprawniony do powoływania się na doświadczenie Konsorcjum jako doświadczenie własne, stąd w wykazie usług, w poz. 2 nie rozdzielono zakresu i wartości umowy realizowanej przez poszczególnych konsorcjantów. Z ostrożności Odwołujący wskazał, że w ramach kwoty 5 344 500 zł netto (łączna wartość umowy), kwota wynagrodzenia zafakturowanego przez Odwołującego za wykonane „osobiście" prace wyniosła 3 162 277,04 PLN netto. Z kolei wartość prac wykonanych przez

Odwołującego obejmujących tylko wykonanie Automatycznego Systemu Monitoringu wynosi co najmniej 1 176 590,00 PLN netto.

Zamawiający w dniu 5 marca 2020 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów, o których mowa w pkt 9.7. ppkt 1 lit. a IDW w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w pkt 7.2 ppkt 3 lit. a ppkt 1 IDW.

Zamawiający w uzasadnieniu dla tej czynności przywołał m.in. treść ww. warunku udziału w postępowaniu, wskazując, że definicja tam zawarta jasno wskazuje, co należy rozumieć pod pojęciem elektronicznego systemu monitorowania pracy konstrukcji. W ocenie Zamawiającego wskazane przez Odwołującego w poz. 2 Wykazu usług zadanie nie potwierdza, że wykonawca spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu. Zadanie to nie obejmowało zaprojektowania i wykonania elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego zgodnie z wymogami zawartymi SIWZ. W ramach tego zadania przeprowadzono rozbudowę systemu monitoringu podłoża autostrady A1 poprzez m.in. zaprojektowanie i wykonanie automatycznych systemów monitoringu stacji meteorologicznych, piezometrów oraz drgań gruntu. Zaprojektowane i wykonane automatyczne systemy monitoringu stacji meteorologicznych, piezometrów i drgań gruntu, nie odpowiadają, zdaniem Zamawiającego, wymaganiom elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego wskazanym w treści warunku, ponieważ systemy te

nie mierzą charakterystycznych wielkości wytrzymałościowych ustrojów nośnych w konstrukcjach obiektów budowlanych, takich jak: naprężenia lub odkształcenia lub częstotliwości drgań. Zaprojektowane i wykonane w ramach przedmiotowego zadania stacje meteorologiczne wykonują automatyczny pomiar wielkości warunków atmosferycznych (m.in. temperatura, wielkość opadów); piezometry wykonują automatyczny pomiar poziomu zwierciadła wód podziemnych; system drgań gruntu wykonuje automatyczny pomiar prędkości i przyśpieszeniach drgań gruntu (tj. zjawisk sejsmicznych). System monitorowania drgań gruntu obejmuje pomiar drgań gruntu. System pomiarowy został zamontowany w gruncie, na obszarze węzła Piekary. Zasadniczą funkcją systemu jest pomiar prędkości i przyśpieszenia drgań podłoża. Przedmiotowy system pomiaru drgań nie stanowi systemu mierzącego wielkości wytrzymałościowe ustrojów nośnych w konstrukcjach budowlanych, a jedynie dokonuje pomiaru aktywności/dynamiki ruchu podłoża.

A zatem zdaniem Zamawiającego charakterystyka zaprojektowanych i wykonanych w ramach zadania pn. „Monitoring podłoża autostrady A1 w obszarze występowania deformacji terenu wywołanych eksploatacją górniczą" systemów jest odmienna od tej, która wynika z definicji elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego zamieszczonej w SIWZ. Zamawiający wskazał ponadto, iż do oceny stanu zagrożenia geotechnicznego autostrady wykorzystywane są dane z „Systemu monitorowania węzła autostrady A1", który przekazuje wszystkie newralgiczne dane pozwalające określić zagrożenie geotechniczne autostrady. Ten system wraz z aplikacją nie został jednak wykonany w ramach zadania wskazanego w poz. 2 Wykazu usług Odwołującego. Zamawiający wyjaśnił, że wymagał wykazania się przez wykonawców zrealizowaniem co najmniej jednej usługi „zaprojektowania i wykonania elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego". Wskazany przez wykonawcę system mierzący odkształcenia zbrojenia geosyntetycznego (system pomiaru deformacji powierzchni terenu autostrady A1 został zaprojektowany i wykonany na etapie budowy autostrady A1 przez inny podmiot niż wykonawca. Odwołujący w ramach wskazywanego w poz. 2 zadania nie zaprojektował, ani nie wykonał systemu mierzącego odkształcenia zbrojenia geosyntetycznego. Wykonawca ten na potrzeby realizacji ww. zadania wykorzystał funkcjonujący już wcześniej system pomiaru deformacji powierzchni terenu oraz stworzoną przez wykonawcę tego systemu aplikację „System monitorowania węzła autostrady A1". Odwołujący, co sam przyznał w złożonych wyjaśnieniach, w ramach wskazywanego zadania nie wykonał żadnego czujnika przekazującego dane dotyczące pomiaru deformacji powierzchni terenu (ani nie zaprojektował miejsca instalacji takiego czujnika).

Zdaniem Zamawiającego wykonawca, który w ramach realizacji danego zadania wykorzystał dane pomiarowe przesyłane z funkcjonującego wcześniej systemu pomiaru deformacji terenu (tj. systemu, który został zaprojektowany i wykonany przez inny podmiot), a jednocześnie sam w ramach tego zadania nie zaprojektował i nie wykonał takiego systemu, nie może powołując się na takie zadanie legitymować się doświadczeniem w zakresie zaprojektowania i wykonania elektronicznego systemu monitoringu deformacji terenu. Podkreślił, że wymogi zawarte w IDW wskazują na konieczność wykazania się przez wykonawców doświadczeniem zarówno w zakresie zaprojektowania, jak i wykonania elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego. Czynności wykonane w ramach zadania z poz. 2 Wykazu usług dotyczyły rozszerzenia funkcjonalności istniejącego już systemu pomiaru deformacji powierzchni terenu autostrady A1. Rozbudowa polegała m.in. na wykonaniu nowych urządzeń pomiarowych w postaci stacji meteorologicznych, piezometrów oraz aparatury mierzącej drgania gruntu (system drgań gruntu) oraz na opracowaniu aplikacji. W ramach rozbudowy istniejącego systemu nie zaprojektowano i nie wykonano systemu pomiaru deformacji powierzchni terenu autostrady A1 ani żadnego innego elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego, o którym mowa w IDW.

Zamawiający dodatkowo wskazał, że „Projekt wykonawczy instalacji systemu pomiaru drgań gruntu i monitoringu meteorologicznego w Rejonie węzła Piekary Autostrady Al", który został zrealizowany w ramach Umowy nr 51, został wykonany przez spółkę Aspekt Sp. z o.o. będącą członkiem Konsorcjum realizującym ww. umowę. Powołał się na wyrok TSUE w sprawie C- 387/14 Esaprojekt, podkreślając, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie może skutecznie powoływać się na doświadczenie zdobyte wyłączenie przez innego konsorcjanta (Aspekt Sp. z o.o.) w zakresie wykonania „Projektu wykonawczego instalacji systemu pomiaru drgań gruntu j monitoringu meteorologicznego w Rejonie węzła Piekary Autostrady A1". Odwołujący nie wykazał, że zdobył doświadczenie przy wykonaniu tego projektu wykonawczego.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący nie złożył wymaganych dokumentów, lecz przedstawił polemikę ze stanowiskiem Zamawiającego, wnosząc o unieważnienie czynności wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż nie przeczy tezie Zamawiającego, że rozpatrywane oddzielnie systemy monitoringu stacji meteorologicznych, piezometrów i drgań gruntu nie odpowiadają wymaganiom elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji opisanego w SIWZ. Podobnie jak nie przeczy, że „system mierzący odkształcenia zbrojenia geosyntetycznego (system pomiaru deformacji powierzchni terenu autostrady A1) został zaprojektowany i wykonany na etapie budowy autostrady A1 przez podmiot inny niż wykonawca" Odwołujący wskazał, iż opiniował w trybie nadzoru autorskiego projekt tegoż systemu na etapie budowy autostrady A1. Odwołujący zwrócił uwagę, że istota rozpatrywanego problemu leży gdzie indziej - Zamawiający nie chce dostrzec, że efektem realizacji umowy nr 51 nie były oddzielne systemy monitoringu stacji meteorologicznych, piezometrów i drgań gruntu, a „System automatycznego monitorowania geotechnicznego autostrady (SAMGA) - tj. zespół skomputeryzowanych systemów do automatycznego pomiaru deformacji powierzchni terenu, automatycznego pomiaru drgań gruntu, automatyczny system piezometrów oraz stacji meteorologicznych zainstalowanych w obszarze monitoringu". Wskazał na definicję SAMGA zawartą w OPZ dla umowy nr 51. Dopiero ten całościowy system dostarczony Zamawiającemu przez Odwołującego spełnia wymagania „elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji" opisanego w SIWZ. Odwołujący załączył Protokołu przekazania i odbioru, w którym Zamawiający potwierdził, że odebrał „sprawny i działający rozbudowany system wraz niezbędnym oprogramowaniem narzędziowym do obsługi i kompleksowe oprogramowanie interpretacyjne PMGA do interpretacji i raportowania wyników z analizy danych". Odwołujący zauważył, że w SIWZ dokument tego typu został wskazany jako dokument potwierdzający wykonanie „usługi zaprojektowania i wykonania elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego".

Odwołujący nie zgodził się, że w ramach umowy nr 51 dokonano jedynie „rozbudowy systemu monitoringu podłoża autostrady A1", skoro Odwołujący nie wykonywał tylko i wyłącznie trzech systemów, które działają same sobie, ale przede wszystkim stworzył w pełni funkcjonalny system łączący ze sobą elementy czterech podsystemów. Ponadto, nie jest prawdą, że Zamawiający wymagał w SIWZ systemu „monitorującego naprężenia lub odkształcenia lub częstotliwość drgań własnych". Zamawiający wymagał bowiem automatycznego, systemu mierzącego „charakterystyczne wielkości wytrzymałościowe ustrojów nośnych w konstrukcjach budowlanych", a jedynie przykładowo, na co wskazuje użycie sformułowania „takie jak", podał „naprężenia lub odkształcenia lub częstotliwość drgań własnych. Odwołujący wskazał, że różne ustroje nośne, w zależności od ich typu, posiadają różne charakterystyczne wielkości wytrzymałościowe, dlatego też nie dookreślając typu konstrukcji budowlanych, których miał dotyczyć system, Zamawiający nie wskazywał zamkniętego katalogu konkretnych wielkości wytrzymałościowych, które dostarczany system miałby mierzyć. Poza tym, nawet gdyby uznać, iż tak dostarczony system miał mierzyć tylko którąś z trzech wskazanych wielkości, to przecież system dostarczony Zamawiającemu na podstawie umowy nr 51 mierzył chociażby odkształcenia zbrojenia geosyntetycznego. Odwołujący podniósł, iż fakt, że mierzył je na podstawie danych uzyskiwanych z czujników zamontowanych przez inny podmiot nie ma żadnego znaczenia, bowiem Zamawiający w SIWZ nie wskazał, że taki system wykonawca musi zbudować od zera. Wskazał jedynie efekt końcowy w postaci wykonania "elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego", który ma mierzyć określone wielkości. I taki efekt w wyniku realizacji Umowy nr 51 Odwołujący dostarczył.

W odniesieniu do realizacji Umowy nr 51 przez konsorcjum, Odwołujący wskazał na przebieg realizacji Umowy nr 51. Wyjaśnił, iż był uczestnikiem wszystkich prac realizowanych przez Konsorcjum, czego potwierdzeniem jest zarówno treść samej umowy konsorcjum, jak i treść wybranej przez Zamawiającego oferty konsorcjum. Odwołujący wskazał, że elementem tej oferty był między innymi dokument pn. „Organizacja i wstępna metodologia realizacji zamówienia", którego elementem składowym był „Schemat organizacyjny" pokazujący w jaki sposób będzie przebiegała realizacja umowy wraz z podaniem składu osobowego poszczególnych zespołów problemowych. Na potwierdzenie tego faktu Odwołujący załączył ww. schemat. Podkreślił, że udział Odwołującego jest widoczny w każdym z zespołów. Podkreślił, że w składzie Rady Naukowo-Technicznej większość stanowią pracownicy zatrudniani przez Odwołującego. Zadaniem Rady było m.in. wypracowanie właściwej koncepcji przyszłego elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji autostrady A1, uwzgledniającej postawione cele oraz uwarunkowania natury technicznej (w zakresie wykorzystania istniejących urządzeń pomiarowych oraz doboru charakterystyki nowych urządzeń), jak i lokalizacyjnej (umiejscowienie nowych urządzeń pomiarowych w kontekście zapewnienia ich optymalnej pracy pomiarowej). Na tej podstawie w kolejnym kroku firma Aspekt rękami firm podwykonawczych realizowała zabudowę urządzeń pomiarowych poszczególnych podsystemów (tj. sejsmicznego, piezometrów, stacji meteo). Dane te, uzupełnione danymi z zabudowanego na etapie budowy autostrady A1 podsystemu mierzącego odkształcenia zbrojenia geosyntetycznego i przemieszczenia podłoża gruntowego miały stanowić materiał wsadowy dla opracowanego w kolejnym etapie realizacji umowy nr 51 Systemu SAMGA wraz z oprogramowaniem narzędziowym PMGA.

Odwołujący podkreślił, iż to, że w wyniku realizacji umowy nr 51/R-1/2013/2014 miał powstać, zgodnie z intencją Zamawiającego, elektroniczny system monitoringu konstrukcji autostrady A1, potwierdza przygotowany przez Zamawiającego OPZ, jak i inne dokumenty, w tym m.in. korespondencja Zamawiającego dot. bieżącej realizacji umowy nr 51 (Odwołujący załączył notatkę służbową ze spotkania, w której wskazano, że pod pojęciem „cały system" Zamawiający rozumie zarówno „urządzenia zainstalowane wcześniej w ramach budowy autostrady oraz urządzenia zabudowane w ramach niniejszej umowy". Odwołujący wskazał także, że wiosną 2015 r. (po upływie ok 1/3 czasu realizacji umowy nr 51), Zamawiający przekazał Konsorcjum swoje zastrzeżenia w zakresie realizacji umowy, równolegle Odwołujący został powiadomiony o braku realizacji przez Aspekt płatności wobec wybranych podwykonawców robót. W obliczu zagrożeń, jakie zaistniała sytuacja sprowadzała Odwołującego z tytułu solidarnej odpowiedzialności, spółka już od czerwca 2015 r. praktycznie samodzielnie realizowała prace w ramach umowy nr 51, prowadząc równolegle rozmowy z firmą Aspekt celem formalnego przejęcia na siebie wszystkich dotychczasowych obowiązków umownych i dalszej samodzielnej realizacji prac. Uregulowanie powyższych formalności nastąpiło ostatecznie w dniu 19 sierpnia 2015 r. poprzez podpisanie przez strony Aneksu nr 2 do Umowy Konsorcjum. Równolegle Odwołujący zawiązał porozumienie trójstronne z podwykonawcą celem przejęcia na siebie zadłużenia firmy Aspekt oraz finasowania dalszych prac. Odwołujący podkreślił, że te okoliczności są Zamawiającemu znane, bowiem 8 września 2015 r. podpisał on z Konsorcjum aneks do umowy 1, zgodnie z którym Odwołujący został Liderem Konsorcjum przejmując na siebie realizację. 100% pozostałych w umowie obowiązków Konsorcjum, w tym min. zaprojektowanie i wykonanie SAMGA wraz z oprogramowaniem narzędziowym PMGA.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że jeśli w ramach jakiegokolwiek zamówienia powstaje i zostaje Zamawiającemu dostarczony nowy, dedykowany produkt, system czy usługa, to muszą one być wynikiem wcześniejszych, mniej lub bardziej zaawansowanych prac projektowych. Stąd oczywiste jest, że skoro Odwołujący w ramach omawianej umowy nr 51 wykonał System automatycznego monitorowania geotechnicznego autostrady (SAMGA), to musiał go również zaprojektować. Wskazał, iż w ramach realizacji Umowy nr 51 opracował koncepcję, zaprojektował i wykonał SAMGA, a w ramach tych prac zrealizował: zaprojektowanie i wykonanie integracji systemów pomiaru odkształceń geosyntetyków i pomiarów przemieszczeń pionowych gruntu z pozostałymi częściami systemu monitorowania stanu zagrożenia geotechnicznego autostrady, tj. systemów monitorowania drgań, poziomu wód gruntowych, warunków atmosferycznych; zaprojektowanie i wykonanie systemu automatycznego zbierania i przetwarzania danych ze skomputeryzowanych systemów pomiarowych; zaprojektowanie i wykonanie automatycznego systemu oceny zagrożenia geotechnicznego autostrady dla poszczególnych podsystemów pomiarowych, jak i ostatecznej analizy pod kątem bezpieczeństwa monitorowanego obiektu; prowadzenie monitoringu przez okres objęty umową. W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien zdawać sobie sprawę z tego, w jaki sposób i przez kogo była realizowana umowa nr 51. Tego stanu rzeczy nie zmienia fakt, że jako autora dokumentacji wykonawczej instalacji systemu pomiaru drgań gruntu i monitoringu meteorologicznego w rejonie węzła Piekary Autostrady A1 wskazano spółkę Aspekt. Projekt ten jest jedynie jednym z elementów dokumentacji przygotowanej w ramach dokumentacji projektowej omawianego systemu, a ponadto projektem wykonawczym, a nie pierwotnym źródłem projektowym.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący stwierdził, że system SAMGA zrealizowany w ramach umowy nr 51 jest zdefiniowanym w SIWZ „elektronicznym systemem monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego". Charakteryzuje się bowiem wszystkimi funkcjonalnościami wymaganymi przez Zamawiającego, tzn. system ten mierzy automatycznie „charakterystyczne wielkości wytrzymałościowe ustrojów nośnych w konstrukcjach budowlanych" takie jak: odkształcenia, przemieszczenia, ostrzega użytkownika systemu o przekroczeniu zadanych norm dla poszczególnych wielkości oraz raportuje okresowo swoją pracę. Wskazał, iż Odwołujący może powoływać się na doświadczenie, które zdobył podczas realizacji umowy nr 51, gdyż brał faktyczny i konkretny udział w realizacji całej umowy, co jest zgodne z wyrokiem TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387 oraz wyrokami KIO w sprawach: KIO 2534/18 i KIO 2007/17, KIO 2014/17. Do wyjaśnień załączono protokół przekazania i odbioru z dnia 7 marca 2017 r., referencje wystawione przez Zamawiającego dotyczące wykonania Umowy nr 51, schemat organizacyjny przedstawiający skład zespołu realizującego ww. Umowę, notatkę służbową z dnia 24 sierpnia 2015 r. ze spotkania w sprawie realizacji Umowny nr 51.

W dniu 5 maja 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wykluczeniu z postępowania Odwołującego i NeoStrain Sp. z o.o. W odniesieniu do Odwołującego Zamawiający wskazał jako podstawę wykluczenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in. na wyjaśnienia złożone przez Odwołującego oraz wymagania wynikające z IDW. Zdaniem Zamawiającego z treści przedłożonych przez Odwołującego dokumentów, oświadczeń i wyjaśnień wynika, że

Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem obejmującym wykonanie „co najmniej jednej usługi zaprojektowania i wykonania elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego, o wartości co najmniej 800 000,00 zł netto". W ocenie Zamawiającego wskazane przez Odwołującego w poz. 2 Wykazu usług zadanie nie potwierdza, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2. ppkt. 3 lit. a) ppkt. 1) IDW. Zadanie to zostało zrealizowane na podstawie Umowy Nr 51 zawartej pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum Wykonawców: Aspekt sp. z o.o. i Complex Projekt sp. z o.o. Biuro Projektowo-Konsultingowe i nie obejmowało zaprojektowania i wykonania elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego zgodnie z wymogami zawartymi SIWZ.

Zamawiający wskazał, iż w ramach ww. zadania przeprowadzono rozbudowę systemu monitoringu podłoża autostrady A1 poprzez m.in. zaprojektowanie i wykonanie automatycznych systemów monitoringu stacji meteorologicznych, piezometrów oraz drgań gruntu. Zaprojektowane i wykonane automatyczne systemy monitoringu stacji meteorologicznych, piezometrów i drgań gruntu, nie odpowiadają, zdaniem Zamawiającego, wymaganiom elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego wskazanym w IDW, ponieważ systemy te nie mierzą charakterystycznych wielkości wytrzymałościowych ustrojów nośnych w konstrukcjach obiektów budowlanych, takich jak: naprężenia lub odkształcenia lub częstotliwości drgań. Zaprojektowane i wykonane w ramach przedmiotowego zadania: 1) stacje meteorologiczne wykonują automatyczny pomiar wielkości warunków atmosferycznych (m.in. temperatura, wielkość opadów); 2) piezometry wykonują automatyczny pomiar poziomu zwierciadła wód podziemnych; 3) system drgań gruntu wykonuje automatyczny pomiar prędkości i przyśpieszeniach drgań gruntu (tj. zjawisk sejsmicznych). System monitorowania drgań gruntu wykonany w ramach umowy nr 51/R-1/2013/2014 z dnia 06.03.2014 r. obejmuje pomiar drgań gruntu. System pomiarowy został zamontowany w gruncie, na obszarze węzła Piekary. Zasadniczą funkcją systemu jest pomiar prędkości i przyśpieszenia drgań podłoża. Przedmiotowy system pomiaru drgań nie stanowi systemu mierzącego wielkości wytrzymałościowe ustrojów nośnych w konstrukcjach budowlanych, a jedynie dokonuje pomiaru aktywności/dynamiki ruchu podłoża. A zatem charakterystyka zaprojektowanych i wykonanych w ramach tego zadania systemów jest odmienna od tej, która wynika z definicji elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego zamieszczonej w SIWZ.

Zamawiający podkreślił, że do oceny stanu zagrożenia geotechnicznego autostrady wykorzystywane są dane z „Systemu monitorowania węzła autostrady A1", który przekazuje wszystkie newralgiczne dane pozwalające określić zagrożenie geotechniczne autostrady. Ten system wraz z aplikacją nie został jednak wykonany w ramach zadania wskazanego w poz. 2 Wykazu usług. Ponadto Zamawiający zgodnie z pkt 7.2. pkt. 3 lit, a) ppkt. 1) IDW wymagał wykazania się przez wykonawców zrealizowaniem co najmniej jednej usługi „zaprojektowania i wykonania_elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego". Wskazany przez Odwołującego system mierzący odkształcenia zbrojenia geosyntetycznego (system pomiaru deformacji powierzchni terenu autostrady A1) został zaprojektowany i wykonany na etapie budowy autostrady A1 przez inny podmiot niż Odwołujący. Wykonawca w ramach wskazywanego zadania wskazanego w poz. 2 Wykazu usług nie zaprojektował, ani nie wykonał systemu mierzącego odkształcenia zbrojenia geosyntetycznego. Zamawiający podniósł, iż Odwołujący na potrzeby realizacji tego zadania wykorzystał funkcjonujący już wcześniej system pomiaru deformacji powierzchni terenu oraz stworzoną przez wykonawcę tego systemu aplikację „System monitorowania węzła autostrady A1”. Odwołujący nie wykonał żadnego czujnika przekazującego dane dotyczące pomiaru deformacji powierzchni terenu (ani nie zaprojektował miejsca instalacji takiego czujnika). Zdaniem Zamawiającego wykonawca, który w ramach realizacji danego zadania wykorzystał dane pomiarowe przesyłane z funkcjonującego wcześniej systemu pomiaru deformacji terenu (tj. systemu, który został zaprojektowany i wykonany przez inny podmiot), a jednocześnie sam w ramach tego zadania nie zaprojektował i nie wykonał takiego systemu, nie może powołując się na takie zadanie legitymować się doświadczeniem w zakresie zaprojektowania i wykonania elektronicznego systemu monitoringu deformacji terenu. Wymogi zawarte w IDW wskazują na konieczność wykazania się przez wykonawców doświadczeniem zarówno w zakresie zaprojektowania, jak i wykonania elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego. Czynności wykonane w ramach zadania wskazanego w poz. 2 Wykazu usług dotyczyły rozszerzenia funkcjonalności istniejącego już systemu pomiaru deformacji powierzchni terenu autostrady A1. Rozbudowa polegała m.in. na wykonaniu nowych urządzeń pomiarowych w postaci stacji meteorologicznych, piezometrów oraz aparatury mierzącej drgania gruntu (system drgań gruntu) oraz na opracowaniu aplikacji. W ramach rozbudowy istniejącego systemu nie zaprojektowano i nie wykonano systemu pomiaru deformacji powierzchni terenu autostrady A1, ani żadnego innego elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego, o którym mowa w pkt 7.2. pkt. 3 lit. a) ppkt. 1) IDW.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający wskazał, że „Projekt wykonawczy instalacji systemu pomiaru drgań gruntu i monitoringu meteorologicznego w Rejonie węzła Piekary

Autostrady A1", który został zrealizowany w ramach Umowy nr 51 został wykonany przez spółkę Aspekt Sp. z o.o. będącą członkiem Konsorcjum realizującym ww. umowę. Powołał się na wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C- 387/14, wskazując, że w niniejszej sprawie, Odwołujący nie może skutecznie powoływać się na doświadczenie zdobyte wyłączenie przez innego konsorcjanta (Aspekt Sp. z o.o.) w zakresie wykonania ww. projektu wykonawczego. Wobec powyższego Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w pkt 7.2. pkt. 3 lit. a) ppkt. 1) IDW. Odwołujący zaś w odpowiedzi nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie powyższego warunku udziału w postępowaniu. Oświadczył, iż podtrzymuje złożone już wcześniej, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy PZP dokumenty i oświadczenia. Wobec powyższego, zdaniem Zamawiającego, nie złożenie przez Odwołującego dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w pkt 7.2. pkt. 3 lit. a) ppkt. 1) IDW stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 5 maja 2020 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wobec faktu, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp nie znalazły potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. W myśl art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

W ocenie składu orzekającego decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą odpowiadała ww. przepisom ustawy Pzp, Odwołujący nie wykazał bowiem spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2 ppkt 3 lit. a ppkt 1 IDW.

Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy sprowadzało się do dokonania przez Izbę oceny, czy zamówienie realizowane przez konsorcjum, w skład którego wchodził Odwołujący, wskazane w poz. 2 wykazu usług, spełniało wymagania określone w ww. warunku udziału w postępowaniu. Zakres przedmiotowy zamówienia pn. „Monitoring podłoża autostrady A1 w obszarze występowania deformacji terenu wywołanych eksploatacją górniczą" co do zasady nie był sporny pomiędzy Stronami i znajdował odzwierciedlenie w dowodach złożonych w sprawie, w tym w szczególności w treści umowy nr 51/R-1/2013/2014 z dnia 6 marca 2014 r. i jej załączników (w tym opisu przedmiotu zamówienia), aneksu do tej umowy oraz protokołu odbioru końcowego i referencji. Istotą sporu była natomiast okoliczność, czy realizacja przez Odwołującego ww. zamówienia może być uznana za zaprojektowanie i wykonanie elektronicznego systemu monitorowania pracy konstrukcji obiektu budowlanego, o którym mowa w pkt 7.2 ppkt 3 lit. a ppkt 1 IDW. Na gruncie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, iż odpowiedź na powyższe pytanie jest negatywna. Izba przyznała rację Zamawiającemu, że w ramach zadania wskazanego w poz. 2 Wykazu usług Odwołujący nie nabył doświadczenia w zaprojektowaniu i wykonaniu elektronicznego systemu monitorowania pracy konstrukcji obiektu budowlanego.

W ocenie Izby, wbrew stanowisku Odwołującego, definicja elektronicznego systemu monitorowania pracy konstrukcji obiektu budowlanego była jednoznaczna i precyzyjna. Wynikało z niej, że oczekiwaniem Zamawiającego było posiadanie doświadczenia w zaprojektowaniu i wykonaniu systemu, który jest automatyczny i który mierzy charakterystyczne wielkości wytrzymałościowe ustrojów nośnych w konstrukcjach budowlanych (dodatkowo wraz z ostrzeganiem użytkownika systemu o przekroczeniu zadanych norm dla poszczególnych wielkości oraz raportowaniem okresowym z pracy systemu). Zamawiający opisał także co rozumie jako charakterystyczne wielkości wytrzymałościowe ustrojów nośnych w konstrukcjach budowlanych, wskazując na wielkości takie jak naprężenia lub odkształcenia lub częstotliwość drgań własnych. Ani przedmiotowa

definicja, ani treść warunku udziału w postępowaniu, nie były przez wykonawców kwestionowane. Zamawiający zobowiązany był zatem dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawców zgodnie z tak ukształtowanym, literalnym brzmieniem warunku udziału w postępowaniu wskazanym w pkt 7.2 ppkt 3 lit. a ppkt 1 IDW, a wszelka uznaniowość na etapie badania i oceny ofert, czy też dokonywanie rozszerzającej wykładni tego warunku stanowiłyby działania niedopuszczalne.

Nie było sporne między Stronami, że za elektroniczny system monitorowania pracy konstrukcji obiektu budowlanego nie mogą być uznane poszczególne zaprojektowane i wykonane w ramach Umowy nr 51 „podsystemy" tj. automatyczny system pomiaru drgań gruntu, automatyczny system piezometrów oraz automatyczny system stacji meteorologicznych, których definicje zawarto w pkt 4.4 - 4.6 OPZ załączonego do Umowy nr 51. Odwołujący, co przyznano w treści odwołania (oraz w złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyjaśnieniach) nie przeczył twierdzeniu Zamawiającego, że „Zaprojektowane i wykonane automatyczne systemy monitoringu stacji meteorologicznych, piezometrów i drgań gruntu nie odpowiadają wymaganiom elektronicznego systemu monitorowania pracy konstrukcji obiektu budowlanego wskazanym w IDW". Tym samym nie była kwestionowana okoliczność, że wielkości, jakie mierzą trzy ww. automatyczne systemy, nie stanowią charakterystycznych wielkości wytrzymałościowych ustrojów nośnych w konstrukcjach budowlanych w rozumieniu przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Okolicznością bezsporną było także to, że automatyczny system pomiaru deformacji powierzchni terenu (oznaczony w odwołaniu jako „podsystem mierzący odkształcenia i przemieszczenia"), został zaprojektowany i wykonany przez podmiot trzeci i nie stanowił przedmiotu Umowy nr 51, na którą Odwołujący powołał się w Wykazie usług.

Powyższe kwestie mają w ocenie Izby kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Skoro bowiem Odwołujący nie zaprojektował i nie wykonał w ramach Umowy nr 51 automatycznego systemu mierzącego deformacje powierzchni terenu, który jest elementem systemu SAMGA, a inne automatyczne systemy zaprojektowane i zrealizowane w ramach Umowy nr 51 (pomiaru drgań gruntu, piezometrów oraz stacji meteorologicznych) nie stanowiły systemów mierzących charakterystyczne wielkości wytrzymałościowe ustrojów nośnych w konstrukcjach budowlanych, to zdaniem składu orzekającego nie sposób uznać, aby w ramach realizacji Umowy nr 51 Odwołujący zdobył doświadczenie w zaprojektowaniu i wykonaniu elektronicznego systemu monitorowania pracy konstrukcji obiektu budowlanego.

Izba nie zgodziła się z Odwołującym, jakoby o spełnieniu przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu świadczyć miał fakt, że w ramach Umowy nr 51 zaprojektowano i wykonano oprogramowanie narzędziowe Program monitorowania geotechnicznego autostrady (PMGA). Zwrócić należy uwagę na definicję PMGA wskazaną w pkt 4.7 OPZ załączonego do Umowy nr 51, zgodnie z którą PMGA to „program komputerowy umożliwiający obliczenia stanu zagrożenia geotechnicznego autostrady i jego wizualizacji na mapach dokumentacyjnych monitorowanego odcinka autostrady. Danymi wejściowymi będą wyniki pomiarów i obserwacji terenowych w zakresie monitorowania geotechnicznego autostrady." Już sama ta definicja wskazuje, że PMGA nie stanowi automatycznego systemu mierzącego wielkości wytrzymałościowe ustrojów nośnych, lecz program komputerowy (oprogramowanie narzędziowe), który zbiera dane z pomiarów i obserwacji terenowych w zakresie monitorowania geotechnicznego autostrady, a następnie przetwarza je i raportuje stan zagrożenia. Monitorowanie geotechniczne autostrady również zostało zdefiniowane w OPZ załączonym do Umowy nr 51 (pkt 4.1) i oznacza „zespół specjalnych pomiarów i obserwacji terenowych związany z automatycznym systemem pomiarów deformacji powierzchni terenu, pomiarami geodezyjnymi na zainstalowanych w okresie realizacji autostrady punktach reperowych oraz punktach reperowych dodatkowych wyznaczonych na obiektach inżynierskich i w strefach osłabienia w pasie drogowym, automatycznymi pomiarami drgań gruntu, automatycznymi piezometrami, automatycznymi stacjami meteorologicznymi, wizualnymi obserwacjami zachowania się powierzchni terenu i obiektów inżynierskich itp. na obszarze monitorowania." Pomiary w zakresie monitorowania geotechnicznego autostrady, w ramach których pozyskuje się dane wejściowe do PMGA, są realizowane przez cztery automatyczne systemy mierzące, tj. automatyczny system pomiaru deformacji powierzchni terenu, automatyczny system pomiaru drgań gruntu, automatyczny system piezometrów oraz automatyczny system stacji meteorologicznych.

Błędne jest zatem stanowisko Odwołującego, iż „PMGA dokonuje pomiaru charakterystycznych wielkości wytrzymałościowych ustroju nośnego autostrady A1 poprzez automatyczne pozyskiwanie danych z podsystemów," ponieważ analizy i przetwarzania danych wejściowych pozyskiwanych z pomiarów wykonanych przez ww. automatyczne systemy mierzące oraz raportowania o stanie zagrożenia nie sposób utożsamiać z samym pomiarem wielkości wytrzymałościowych konstrukcji obiektu budowlanego. Powyższą ocenę potwierdza zarówno dokumentacja zamówienia wskazanego w poz. 2 Wykazu usług, jak i dokumentacja obecnego postępowania o udzielenie zamówienia. Załącznik nr 10 do OPZ w obecnym postępowaniu jasno wskazuje, że PMGA jest oprogramowaniem interpretacyjnym

do analizy i interpretacji danych ze źródeł systemu SAMGA oraz raportowania wyników, a nie automatycznym systemem mierzącym wielkości wytrzymałościowe ustrojów nośnych, jakiego wymagano w warunku udziału w postępowaniu. Zadaniem PMGA jest ekstrakcja informacji z danych pomiarowych, interpretacja oraz analiza zagrożenia autostrady i wizualizacja wyników, program ten nie dokonuje samodzielnie i automatycznie żadnych pomiarów, lecz gromadzi i przetwarza dane z takich pomiarów realizowanych przez odpowiednie automatyczne systemy mierzące.

W tym kontekście szczególną uwagę należy zwrócić także na nomenklaturę stosowaną przez Zamawiającego w obu postępowaniach. Zgodnie z pkt 4.2 OPZ załączonego do Umowy nr 51, jak i definicją zawartą w Załączniku nr 10 do OPZ w obecnym postępowaniu, system automatycznego monitorowania geotechnicznego autostrady (SAMGA) stanowi „zespół skomputeryzowanych systemów do automatycznego pomiaru deformacji powierzchni terenu, automatycznego pomiaru drgań gruntu, automatyczny system piezometrów oraz stacji meteorologicznych zainstalowanych w obszarze monitoringu. Wyniki obliczane przez systemy będą przekazywane automatycznie, jako dane wejściowe, do określenia stanu zagrożenia geotechnicznego autostrady realizowanego za pomocą programu monitorowania geotechnicznego autostrady (PMGA).” Z powyższego jednoznacznie wynika, że Zamawiający rozróżnia automatyczne systemy pomiaru (które również zostały zdefiniowane - por. pkt 4.3 - 4.6 OPZ załączonego do Umowy nr 51) od oprogramowania przetwarzającego dane pochodzące z tych systemów (PMGA). Całkowicie błędne jest zatem utożsamianie przez Odwołującego oprogramowania PMGA z automatycznym systemem mierzącym charakterystyczne wielkości wytrzymałościowe ustrojów nośnych konstrukcji budowlanych, o którym mowa w treści warunku udziału w postępowaniu wskazanym w pkt 7.2 ppkt 3 lit. a ppkt 1 IDW. Definicja zawarta w pkt 7.2 ppkt 3 lit. a IDW jasno wskazuje, że wykonawca ma posiadać doświadczenie w zaprojektowaniu i wykonaniu „automatycznego systemu mierzącego” a nie „oprogramowania narzędziowego określającego poziom zagrożenia geotechnicznego autostrady na podstawie danych pozyskanych z automatycznych systemów pomiarowych” jak Odwołujący wskazał w poz. 2 Wykazu usług.

W konsekwencji zaprojektowanie i wykonanie oprogramowania PMGA nie stanowi zaprojektowania i wykonania elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego zgodnie z definicją wynikającą z IDW, który to system ma mierzyć (tj. dokonywać faktycznych pomiarów) wielkości wytrzymałościowe ustrojów nośnych, a nie jedynie przetwarzać dane uzyskane podczas przeprowadzania takich pomiarów. Twierdzeń Odwołującego nie dowodzą złożone przez niego na rozprawie raporty dobowe wygenerowane na podstawie SAMGA, które stanowią nic innego jak właśnie wynik analizy danych wejściowych otrzymanych z automatycznych systemów mierzących przeprowadzonej z użyciem oprogramowania PMGA. Z kolei podnoszona na rozprawie okoliczność, iż wobec problemów z systemem A1 (automatycznym systemem pomiaru deformacji powierzchni terenu) w złożonych raportach brak jest danych z tego systemu, tylko potwierdza, że oprogramowanie PMGA samodzielnie żadnych pomiarów nie dokonuje, a wygenerowanie stosownych danych jest warunkowane prawidłowym działaniem automatycznego systemu mierzącego.

Ponadto w ocenie Izby okoliczność, że efektem realizacji Umowy nr 51 było powstanie systemu określanego nazwą SAMGA, również nie powoduje, że Odwołujący może przypisać sobie doświadczenie w zaprojektowaniu i realizacji elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego. SAMGA (zgodnie z wyżej wskazaną definicją) stanowi nic innego jak zespół automatycznych systemów mierzących deformacje powierzchni terenu, drgania gruntu, piezometrów i stacji meteorologicznych oraz oprogramowania PMGA. Prawdą jest, że w skład zespołu systemów tworzących SAMGA wchodzi automatyczny system pomiaru deformacji powierzchni terenu (spełniający zdaniem Zamawiającego definicję automatycznego systemu mierzącego charakterystyczne wielkości wytrzymałościowe ustrojów nośnych w konstrukcjach budowlanych wskazanego w warunku udziału), ale tego automatycznego systemu pomiaru deformacji powierzchni terenu nie wykonano w ramach Umowy nr 51. Dlatego jakkolwiek można byłoby zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego,

iż „system SAMGA rozpatrywany jako całość warunek określony w SIWZ spełnia”, to nie sposób uznać, aby w ramach Umowy nr 51 Odwołujący pozyskał doświadczenie w realizacji systemu SAMGA jako całości. SAMGA - jak już wskazano - nie jest samodzielnym automatycznym systemem mierzącym, lecz zespołem takich systemów oraz oprogramowania. Odwołujący zaś jednego z tych automatycznych systemów mierzących - tego kluczowego, decydującego o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu - w ramach Umowy nr 51 nie zaprojektował i nie wykonał, system ten istniał już wcześniej.

Podnoszona na rozprawie okoliczność, że jeden z pełnomocników Odwołującego brał udział w zaprojektowaniu i wykonaniu automatycznego system pomiaru deformacji powierzchni terenu (podsystemu mierzącego odkształcenia i przemieszczenia), potwierdza co

najwyżej, że ta osoba posiadać może doświadczenie w zaprojektowaniu i wykonaniu elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego, nie oznacza jednak, że takie doświadczenie nabył Odwołujący jako przedsiębiorstwo. Wykonanie przez konsorcjum, w skład którego wchodził Odwołujący, jedynie oprogramowania narzędziowego zbierającego dane wejściowe z już istniejącego systemu nie jest wystarczające do uznania, że Odwołujący wykonał automatyczny system mierzący (dokonujący pomiarów, a nie jedynie przetwarzający dane z takich pomiarów). Pozostałe podsystemy, o które rozbudowano system już istniejący, nie spełniały wymagań postawionych w treści warunku udziału w postępowaniu, co przyznał sam Odwołujący. Odwołujący nie wykazał, aby w ramach Umowy nr 51 ingerował w automatyczny system pomiaru deformacji powierzchni terenu w takim stopniu, który uprawniałby do uznania, że zaprojektował i wykonał on ten system „od początku" czy też w istotny sposób go rozbudował. Wręcz przeciwnie, na rozprawie Odwołujący wskazał, iż w zakresie podsystemu mierzącego odkształcenia i przemieszczenia potrzebna była jedynie niewielka zmiana, której zresztą szerzej nie omówił.

W ocenie Izby z definicji zawartej w pkt 7.2 ppkt 3 lit. a ppkt 1 IDW jednoznacznie wynika, że, aby spełnić wymagania warunku należało legitymować się doświadczeniem w zaprojektowaniu i wykonaniu systemu mierzącego charakterystyczne wielkości wytrzymałościowe ustrojów nośnych, czyli systemu, którego podstawową funkcją jest właśnie dokonywanie pomiaru tych wielkości. Błędne jest zatem założenie, że skoro na skutek realizacji Umowy nr 51 powstał zespół systemów o nazwie SAMGA, to Odwołujący może legitymować się doświadczeniem w zaprojektowaniu i wykonaniu całego tego zespołu systemów, czyli wszystkich czterech „podsystemów" (automatycznych systemów mierzących), w tym podsystemu mierzącego przemieszczenia i odkształcenia, który już istniał. Tym samym Odwołujący nie wykazał spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, a zatem działanie Zamawiającego polegające na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp było prawidłowe.

Uznanie, że usługa zrealizowana w ramach umowy nr 51 nie spełnia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt. 7.2 ppkt 3 lit. a ppkt 1 IDW, przesądza o bezprzedmiotowości dokonywania oceny, czy zakres faktycznego udziału Odwołującego w realizacji tej umowy (którą Odwołujący wykonywał w konsorcjum z firmą Aspekt Sp. z o.o.), uprawniał go do posłużenia się doświadczeniem w zaprojektowaniu i wykonaniu elektronicznego systemu monitoringu pracy konstrukcji obiektu budowlanego. Niemniej w ocenie Izby również w tym zakresie Odwołujący nie wykazał, aby mógł legitymować się doświadczeniem w realizacji zadania wskazanego w poz. 2 Wykazu usług w zakresie tam opisanym.

Izba miała na uwadze, iż Odwołujący ani w toku postępowania o udzielenie zamówienia, ani w postępowaniu odwoławczym, nie przedstawił szczegółowych twierdzeń i dowodów w celu potwierdzenia faktycznego i realnego zakresu jego udziału w wykonaniu zamówienia będącego przedmiotem tej umowy oraz wartości wykonanych prac. Samo złożenie schematu obrazującego strukturę zespołu realizującego Umowę nr 51 i powołanie się na finansowanie pracy członków Rady Naukowo-Technicznej, to zdecydowanie zbyt mało, aby móc przypisać Odwołującemu faktyczny udział w realizacji całego przedmiotu ww. umowy. Również załączony do pisma Odwołującego z dnia 16 marca 2020 r. protokół odbioru końcowego nie stanowi dowodu na okoliczność faktycznego zakresu zadań obu konsorcjantów, a jedynie na okoliczność wykonania Umowy nr 51. Z kolei fakt, że w pewnym momencie realizacji tej umowy całość obowiązków przejął Odwołujący również nie przesądza o możliwości przypisania mu doświadczenia w wykonaniu całego zakresu Umowy nr 51 czy też zakresu, jaki uprawniałby do posłużenia się nim na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 7.2 ppkt 3 lit. a ppkt 1 IDW. Odwołujący nie przedstawił żadnych konkretnych informacji czy dokumentów, które pozwalałyby ocenić, co wchodziło w zakres obowiązków Odwołującego w okresie, kiedy liderem konsorcjum była firma Aspekt Sp. z o.o. oraz jaki zakres Umowy nr 51 przypadł Odwołującemu do samodzielnego wykonania po tym, jak przejął on funkcję lidera konsorcjum.

Za niewiarygodne Izba uznała także zawarte w wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego twierdzenia o braku możliwości wyraźnego rozdzielenia zakresu prac faktycznie wykonanych przez każdego z konsorcjantów. Twierdzenia te nie zostały nawet uprawdopodobnione. Z kolei okoliczność przeciwną - możliwość rozdzielenia zakresu prac - wykazał Zamawiający, który na rozprawie złożył dokumenty potwierdzające zakres realizacji Umowy nr 51 przez firmę Aspekt Sp. z o.o. (takie jak porozumienie do umowy konsorcjum wraz z załącznikiem odnoszącym się do podziału zadań, protokoły przekazania projektów wykonawczych, dokumentacji powykonawczej, protokoły częściowe odbioru, dokumenty rozliczeniowe). Ponadto dowody złożone przez Zamawiającego potwierdzały, że to firma

Aspekt Sp. z o.o. według pierwotnych ustaleń odpowiadała za rozbudowę systemu monitoringu, w tym zaprojektowanie i wykonanie oprogramowania narzędziowego oraz trzech

dodatkowych automatycznych systemów mierzących (co wynika z załącznika nr 1 do porozumienia do umowy konsorcjum), jak i że to firma Aspekt Sp. z o.o. wykonała istotną część prac z tego obszaru, a zwłaszcza z obszaru projektowego (co wynika ze złożonych wyciągów z dokumentacji projektowej, protokołów odbioru i dokumentów rozliczeniowych). Tymczasem podkreślić należy, że elementem decydującym o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu z pkt. 7.2 ppkt 3 lit. a ppkt 1 IDW, było nie tylko wykonanie, ale także zaprojektowanie systemu monitoringu.

Odwołujący ww. dokumentów nie kwestionował, sam zaś nie wykazał się inicjatywą dowodową mająca na celu wykazanie okoliczności przeciwnych i potwierdzenie własnej argumentacji. Za nieuzasadnione Izba uznała także twierdzenie Odwołującego, iż skoro Odwołujący wykonał system SAMGA, to musiał go również zaprojektować. Nie jest bowiem tak, że podmiotem projektującym i realizującym dane zadanie zawsze musi być ten sam podmiot. Rolą Odwołującego było, aby najpierw w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, a następnie w postępowaniu odwoławczym, wykazać jego faktyczny udział w realizacji Umowy nr 51. Powyższe w ocenie Izby nie powinno dla Odwołującego powodować nadmiernych trudności, wszak dysponował on dokumentacją dotyczącą realizacji tej umowy i posiadał najszerszą wiedzę, co do tego, który z konsorcjantów zrealizował jaką część Umowy. Tymczasem Odwołujący zamiast przedstawić konkretną argumentację i dowody mające potwierdzić jego stanowisko, wdał się w polemikę z Zamawiającym wskazując, że Zamawiający sam powinien doskonale sobie zdawać sprawę z tego, w jaki sposób i przez kogo była realizowana Umowa nr 51.

W świetle powyższego Izba uznała, że działanie Zamawiającego polegające na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, nie naruszało przepisów ustawy Pzp i było prawidłowe na gruncie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, jaką dysponował Zamawiający.

W konsekwencji za bezzasadny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, unieważnienie postępowania przez Zamawiającego było bowiem skutkiem okoliczności, że oferty obu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia zostały uznane za odrzucone wobec wykluczenia tych wykonawców z postępowania.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) i 2) lit. b) w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....