

WYROK

z dnia 14 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Członkowie: Andrzej Niwicki

Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2020 r. przez wykonawcę Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Kobierzycach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Rzeszowie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBI Infrastruktura Spółka Akcyjna z siedzibą w Kraśniku, PBI WMB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sandomierzu oraz Inżynieria Rzeszów Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego

po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec wycofania przez Odwołującego wyżej wskazanego zarzutu.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu, iż referencyjne zadanie Przystępującego nie odnosiło się w pełnym zakresie do drogi o klasie min. GP i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia wykazu robót budowlanych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu zgodnie z pkt 7.2 ppkt 3 lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
3. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

4. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Rzeszowie i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Kobierzycach, tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Rzeszowie na rzecz wykonawcy Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Kobierzycach kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt KIO 197/20

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Rzeszowie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Rozbudowa drogi krajowej Nr 28 Zator - Medyka odc. Przemyśl - Medyka od km 351+793,00 do km 358+844,26 dł. 7,051 km wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843), dalej „ustawa Pzp” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej w dniu 9 sierpnia 2019 r. pod numerem 2019/S 153-375957.

W dniu 31 stycznia 2020 r. wykonawca Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Kobierzycach, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBI Infrastruktura Spółka Akcyjna z siedzibą w Kraśniku, PBI WMB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sandomierzu oraz Inżynieria Rzeszów Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, dalej również „Konsorcjum PBI”, pomimo że wykonawca ten nie wykazał, że:

a. posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie wykonawcy, tj. nie wykazał, że

wykonał (zakończył) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 1 zadanie polegające na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP o wartości robót co najmniej 42 700 000,00 PLN netto;

b. pan P. B., predestynowany do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, posiada minimum 12 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 42 700 000,00 PLN netto;

2) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum PBI z postępowania, pomimo iż wykonawca ten, składając oświadczenie o doświadczeniu wiedzy i doświadczenia Wykonawcy oraz doświadczenia osoby Kierownika Budowy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;

3) art. 22d ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, art. 89 ust. 1 pkt

2, ewentualnie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że

Konsorcjum PBI nie posługuje się tym samym potencjałem osobowym w przypadku ubiegania się bądź realizacji innych realizowanych w tym samym czasie zamówień, podczas gdy w pkt 7.3 SIWZ Zamawiający przewidział uprawnienie do uznania, że dany wykonawca nie posiada wymaganych zdolności z uwagi na zaangażowanie w inne przedsięwzięcia gospodarcze, względnie zaniechanie wezwania Konsorcjum PBI do wyjaśnienia/uzupełnienia ww. zakresu udziału wskazanego potencjału osobowego w inne przedsięwzięcie gospodarcze;

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PBI, chociaż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ, tj. z pkt 5.5 SIWZ,

ewentualnie

5) art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum PBI do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów złożonych przez wykonawcę na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z postępowania w postaci dysponowania wymaganą wiedzą i doświadczeniem wykonawcy oraz wskazanego potencjału osobowego, mimo iż treść przedłożonych dokumentów zawiera informacje wzbudzające uzasadnione istotne wątpliwości co do okoliczności stanu faktycznego, który miał zostać potwierdzony tymi dokumentami, a w konsekwencji budzi uzasadnione wątpliwości co do braku wystąpienia wobec Konsorcjum PBI podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp,

6) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości oraz wybór oferty złożonej przez wykonawcę wybranego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Konsorcjum PBI; dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem zarzutów i argumentów zawartych w odwołaniu; wykluczenia z postępowania Konsorcjum PBI; odrzucenia oferty Konsorcjum PBI na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp; ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum PBI na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów - potwierdzających spełnienie warunku opisanego w pkt 7.2 ppkt 3 a) i b) SIWZ, czy też wezwania Konsorcjum PBI do wyjaśnienia/uzupełnienia zakresu udziału wskazanego potencjału osobowego w inne przedsięwzięcie gospodarcze.

Odwołujący wskazywał, że przedłożone Zamawiającemu Porozumienie do Umowy Konsorcjum, precyzujące zakres partnera konsorcjum, ma zakrytą faktyczną wartość wynagrodzenia partnera Vahostav-SK. W ocenie Odwołującego powoduje to niemożność określenia faktycznego wartościowego/kwotowego udziału Inżynierii Rzeszów S.A. w realizacji zadania, na które się powołuje. Zamawiający nie podjął żadnych czynności w celu wyjaśnienia tych wątpliwości. Ponadto zarówno w wykazie, jak i wyjaśnieniach Konsorcjum PBI wskazało, że Inżynieria Rzeszów S.A. zrealizowała całość wskazanych robót na kwotę 51 447 000,00 zł netto, co stanowi 100% kwoty wykazanej w referencji, pomimo utworzenia konsorcjum „Inżynieria - Vahostav”. Powyższe oświadczenia nie są wiarygodne, zważywszy na fakt, że kontrakt ten był realizowany w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a to oznacza, że od wartości robót, należało odliczyć wartość projektowania, która wynika z referencji w całości albo co najmniej odliczyć wartość prac projektowych wykonanych przez partnera.

Kolejne uzasadnione wątpliwości w zakresie wskazanego referencyjnego zadania budzi wykazanie spełnienia wymagania, aby rzeczona inwestycja dotyczyła klasy drogi GP. Wskazane przez Konsorcjum PBI, na podstawie referencji spółki Inżynieria Rzeszów S.A., zadanie można podzielić jako de facto wykonanie dwóch ulic, tj. ul. Warszawskiej i Al. Wyzwolenia. Jak wynika z referencji, wprawdzie ul. Warszawska posiadała klasę drogi GP, to już Al. Wyzwolenia wyłącznie G. Konsorcjum PBI miało zapewne tego świadomość, przez co w wykazie robót znalazł się przy „GP” dopisek „ul. Warszawska”. Wobec powyższego zadanie wskazane w wykazie jako potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jako że nie odnosi się w pełnym zakresie do klasy min. GP, nie powinno zostać uznane przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał posiadania doświadczenia w realizacji co najmniej 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP o wartości robót co najmniej 42 700 000,00 PLN netto. Zamawiający wymagał realizacji zadania, a nie części zadania przy drodze o klasie GP. Zgodnie z przedłożoną referencją, wartość całego zadania wynosi 51 447 000,00 PLN netto, jednak wyłączenie z zakresu referencyjnego zadania Al. Wyzwolenia znacznie pomniejsza zakres całego zamówienia. Zamawiający w żaden sposób nie podjął czynności zmierzających do wyjaśnienia tej nieścisłości w ofercie Konsorcjum PBI.

Zamawiający w SIWZ wskazał, że oczekuje, aby osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownik Budowy (w liczbie 1 osoba) posiadała w zakresie doświadczenia minimum 12 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 42 700 000,00 PLN netto każde. Tymczasem z wykazu osób wynika, że kontrakt trwa do dnia dzisiejszego i nie zakończył się. W ocenie Odwołującego, Zamawiający określając minimalny czasokres dla doświadczenia personelu wykonawcy oraz wysoką wartość referencyjnego zamówienia, chciał sobie zapewnić wykwalifikowaną kadrę, która „przerobiła” odpowiednią ilość robót określonego rodzaju, tj. ilość robót o wartości nie mniejszej niż wskazana i o złożoności charakterystycznej dla dróg głównych przyspieszonych. W przypadku zamówienia, którym posługuje się Konsorcjum PBI, kontrakt jeszcze nie zakończył się. Wobec powyższego nie można stwierdzić, że wskazana w wykazie osoba pana P. B. spełnia postawione w SIWZ wymagania. Zamawiający nie podjął żadnych czynności zmierzających do wyjaśnienia, jaki zakres robót został do chwili obecnej wykonany w ramach zadania. Biorąc pod uwagę upływ czasu wydaje się, że nie zostały (do dnia składania ofert) wykonane roboty o wartości min. 42 000 000 zł.

W kontekście zaangażowania pana P. B. w wykonanie wskazanego zadania, które jest realizowane do dnia dzisiejszego, powstaje pytanie, czy zaangażowanie tej osoby do realizacji innego przedsięwzięcia nie wpłynie negatywnie na zamówienie objęte niniejszym postępowaniem. Zgodnie z pkt 7.3. SIWZ Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Zamawiający nie podjął żadnych czynności wyjaśniających wskazaną wątpliwość. Nie można więc stwierdzić, że stan istniejący na dzień składania ofert, a także ich badania i oceny, a tym bardziej wyboru oferty najkorzystniejszej, dawał Zamawiającemu pewność co do braku wystąpienia negatywnego wpływu zaangażowania zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze na realizację niniejszego zamówienia. Zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek, wziąć pod uwagę zdarzenia, które nastąpiły na późniejszych etapach postępowania, a które spowodowały, że osoby przewidziane do pełnienia funkcji w niniejszym zadaniu są nadal zaangażowane w inne przedsięwzięcia, a w konsekwencji nie stanowią realnie dostępnego potencjału Konsorcjum PBI.

W związku z faktem, iż Konsorcjum PBI w zakresie warunku udziału w postępowaniu posługuje się referencją Inżynierii Rzeszów S.A., to zgodnie z SIWZ zakres opisany w pkt 5.5 w ramach Konsorcjum powinna wykonać Inżynieria Rzeszów S.A. Natomiast z przedłożonej umowy konsorcjum wynika, że Inżynieria Rzeszów S.A. jest zobowiązana do wykonania wyłącznie robót mostowych i sanitarnych. Roboty drogowe i wytwarzanie masy bitumicznej mają zrealizować spółki z grupy PBI, które nie posiadają odpowiedniego doświadczenia i wiedzy, spełniającego wymagania Zamawiającego, a przynajmniej nie przedstawiły go na potrzeby postępowania. Wobec powyższego oferta w zakresie sposobu realizacji zamówienia jest niezgodna z treścią SIWZ.

W odniesieniu do przedstawionych powyżej okoliczności, Konsorcjum PBI, składając oświadczenie odnośnie posiadanego doświadczenia wykonawcy oraz dedykowanego personelu (w tym jego zaangażowania w inne przedsięwzięcie gospodarcze) mogło w tym zakresie przedstawić nieprawdziwe informacje co do spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu lub braku podstaw do wykluczenia. Tym samym, co najmniej w sposób niedbały lub lekkomyślny Konsorcjum PBI przekazało Zamawiającemu informację

wprowadzającą w błąd i mogącą mieć istotny wpływ na decyzję podejmowaną przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zachowanie to wypełniło przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 ustawy Pzp i stanowi podstawę do wykluczenia Konsorcjum PBI z postępowania.

Do postępowania odwoławczego w dniu 4 lutego 2020 r. przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBI Infrastruktura Spółka Akcyjna z siedzibą w Kraśniku, PBI WMB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sandomierzu oraz Inżynieria Rzeszów Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, dalej również „Przystępujący”.

Pismem z dnia 10 lutego 2020 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego i wskazywał, że z wyjaśnień jednoznacznie wynika, że to Inżynieria Rzeszów S.A., w ramach zadania, zrealizowała roboty budowlane o wartości co najmniej 42 700 000,00 PLN netto. Niezależnie od powyższego, podnosił, że wysokość wynagrodzenia przysługującego Vahostav-SK w związku z realizacją zadania była stosunkowo niska i wynosiła 400.000,00 PLN netto. Zatem zakres prac zrealizowany wyłącznie przez Inżynierię w ramach zadania wyniósł 51 047 000,00 PLN netto, co potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący przywołując w wyjaśnieniach kwotę 51 447 000,00 PLN netto odnosił się do wartości całego zamówienia, nie zaś do wartości robót zrealizowanych przez Inżynierię.

Zamawiający konstruując warunek dotyczący doświadczenia nie zawęził robót wyłącznie do klasy GP. Oznacza to, że w przypadku realizacji zadania, polegającego na przebudowie dróg lub ulic (w tym przypadku przebudowy ul. Warszawskiej i Al. Wyzwolenia w Rzeszowie) o klasie drogi lub ulicy o klasie min. GP (w tym przypadku ul. Warszawska),

warunek ten został spełniony. Zamawiający nie ustanowił żadnych dodatkowych wymogów co do zrealizowanego zadania, w tym w szczególności nie doprecyzował, że zrealizowane zadanie miałoby polegać na budowie bądź przebudowie drogi lub ulicy o klasie min. GP. Jeżeli zatem Zamawiający nie sprecyzował w warunkach postępowania, że w ramach wykonanego zadania stanowiącego potwierdzenie doświadczenia wykonawcy, prace polegające na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP o wartości robót co najmniej 42 700 000,00 PLN netto miały dotyczyć wyłącznie drogi lub ulicy o klasie min GP, to nie sposób jest na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, stosować rozszerzającej wykładni SIWZ, czy też domniemywać dodatkowych warunków w tym zakresie.

Przystępujący podnosił, że Zamawiający nie oczekiwał, aby zadanie, którym będzie legitymowała się osoba Kierownika Budowy, musiało być pełni wykonane (zakończone). Zatem 13 miesięczne doświadczenie pana P. B. jako Kierownika robót drogowych dla odcinka 7,39 km przy realizacji zadania pn. „Rozbudowa drogi krajowej nr 74 na odcinku Frampol-Gorajec” o wartości robót 51 189 680, 86 PLN netto, spełnia określone przez Zamawiającego warunki. Przystępujący wskazał ponadto na szereg okoliczności, które przemawiają za uznaniem, że nie może być mowy o negatywnym wpływie na realizację zamówienia w przypadku wykonywania funkcji kierownika przez tę samą osobę na dwóch różnych kontraktach.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Przystępujący wskazywał, że w związku ze zmianą SIWZ (zmiana nr 4) polegającą na usunięciu z pkt 7.2. ppkt 3 a) fragmentu zdania, Przystępujący mógł polegać na referencjach partnera — spółki Inżynieria Rzeszów S.A. bez jednoczesnego obowiązku ustalenia w umowie konsorcjum, że to ten partner będzie wykonywał część zamówienia odnośnie robót i prac wykazanych w tych referencjach.

Zamawiający pismem z dnia 11 lutego 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie i wskazując, co następuje. Na podstawie zestawienia zakresu czynności można stwierdzić, że wykonanie dokumentacji projektowej opiewało na kwotę 2 447 000,00 zł netto, natomiast koszt wykonania robót budowlanych wynosił 49 000 000 zł. Zamawiający na podstawie posiadanych dokumentów był w stanie określić faktyczny kwotowy udział spółki Inżynieria Rzeszów S.A. w realizacji zadania, na które powołuje się konsorcjum, w celu wykazania zdolności technicznej.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku wykazania zdobytego doświadczenia, wskazał, że Przystępujący na potwierdzenie wymagań w zakresie zdobytego doświadczenia wykazał się zadaniem pn. „Rozbudowa węzła drogowego al. Wyzwolenia — ul. Warszawska”. W świetle definicji wynikającej z przepisów § 3 pkt 10a oraz 10b rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 sierpnia 2019 r. w

sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz.U. 2019 poz. 1643), prezentowana przez Odwołującego zawężająca wykładnia warunku udziału w postępowaniu, przez ograniczenie robót drogowych do samej rozbudowy drogi GP, z pominięciem innych elementów prac, które mogły tym robotom towarzyszyć na innych drogach, a tym samym zwiększać wartość prac, nie jest prawidłowa.

W odniesieniu do osoby pana P. B., Zamawiający stwierdzał, że spełnia on postawione wymagania w zakresie stanowiska, długości doświadczenia zawodowego, rodzaju zadania, klasy drogi oraz wartości kontraktu. Odwołujący, na którym spoczywał ciężar udowodnienia, nie uprawdopodobnił, że zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcia może mieć negatywny wpływ na realizację tego zamówienia publicznego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w zakresie niezgodności oferty Konsorcjum PBI z treścią SIWZ Zamawiający również ten zarzut uznał jako niezasadny, bowiem po wszczęciu postępowania Zamawiający zmodyfikował warunek udziału w postępowaniu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu, iż referencyjne zadanie Przystępującego nie odnosiło się w pełnym zakresie do drogi o klasie min. GP

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pytań i odpowiedzi Zamawiającego do treści dokumentacji postępowania, oferty Przystępującego, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 12 lutego 2020 r. wraz z dowodami przedłożonymi na rozprawie.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

W pierwszej kolejności Izba umorzyła postępowanie odwoławcze co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec wycofania przez Odwołującego wyżej wskazanego zarzutu.

Następnie, Izba uznała, że zarzut, iż referencyjne zadanie Przystępującego nie odnosiło się w pełnym zakresie do drogi o klasie min. GP podlega uwzględnieniu.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 7.2 ppkt 3 lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej: 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP o wartości robót co najmniej 42 700 000,00 PLN netto. Za drogę lub ulicę Zamawiający uzna drogę lub ulicę w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 2068 ze zm.). Jako wykonanie (zakończenie) zadania należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1

Warunków Kontraktu dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadcstwa Przejęcia). Wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku w walutach innych niż wskazane przez Zamawiającego należy przeliczyć wg średniego kursu NBP na dzień wystawienia Świadcstwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub na dzień podpisania końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadcstwa Przejęcia).

Następnie Izba ustaliła, że Przystępujący dnia 6 listopada 2019 r. złożył wykaz robót budowlanych. Kolejno, pismem z dnia 14 stycznia 2020 r. potwierdził, że przedłożony wykaz robót jest w posiadaniu Zamawiającego i jest on aktualny. Wykonawca w poz. 1 wskazał zadanie pn. „Rozbudowa węzła drogowego al. Wyzwolenia — ul. Warszawska” w ramach projektu pn. „Budowa systemu integrującego transport publicznych Miasta Rzeszowa i okolic”, jednocześnie wskazując, iż realizacja zadania obejmowała przebudowę i rozbudowę ul. Warszawskiej i al. Wyzwolenia. Przedmiotowe zadanie było realizowane przez partnera konsorcjum - spółkę Inżynieria Rzeszów S.A. Wartość wykonywanych robót budowlanych wyniosła 51 447 000 zł netto. Wykonawca wskazał również, iż klasa drogi lub ulicy odpowiadała klasie GP (ul. Warszawska). Powyższa inwestycja realizowana była na rzecz Gminy Miasta Rzeszów — Miejskiego Zarządu Dróg w Rzeszowie i została zakończona w dniu 19 grudnia 2014 r.

Ponadto, Przystępujący złożył poświadczenie z dnia 14 grudnia 2018 r. wystawione przez Gminę Miasto Rzeszów — Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie, z którego wynika, iż „Konsorcjum INŻYNIERIA — Vahostav”, którego liderem była spółka Inżynieria Rzeszów S.A. zrealizowała zadanie pn. „Rozbudowa węzła drogowego Al. Wyzwolenia — ul. Warszawska” w ramach projektu pn. „Budowa systemu integrującego transport publiczny Miasta Rzeszowa i okolic”. Wartość wynagrodzenia za przedmiot zamówienia wyniosła 51 447 000,00 zł netto (63 279 810,00 zł brutto). Z pkt 3 poświadczenia wynika, że długość rozbudowy odcinka Alei Wyzwolenia (klasa techniczna: G) to 1 141,54 m, natomiast długość rozbudowy odcinka Ulicy Warszawskiej (klasa techniczna: GP2) wyniosła 580,00 m.

W ocenie Odwołującego, Przystępujący nie wykazał spełnienia wymogu realizacji inwestycji drogowej w zakresie klasy drogi GP. Odwołujący podnosił, że zgodnie z przedłożonymi referencjami, zadanie to w zasadzie można podzielić na dwie części, z których jedna odnosiła się do Ulicy Warszawskiej (kategoria drogi GP), zaś druga do Alei Wyzwolenia (kategoria G). Ta okoliczność w ocenie Odwołującego dyskredytuje Przystępującego, bowiem nie całe zadanie odnosi się do klasy GP. Zdaniem Odwołującego skoro zgodnie z przedłożoną referencją wartość całego zadania wyniosła 51 447 000,00 PLN netto, to wyłączenie z zakresu Alei Wyzwolenia znacznie pomniejsza wartość całego zamówienia.

Izba w pełni podziela zaprezentowane przez Odwołującego stanowisko i uznaje je za prawidłowe. Zgodnie z literalnym brzmieniem warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał posiadania doświadczenia w realizacji co najmniej 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP o wartości robót co najmniej 42 700 000,00 PLN netto. Zatem, należało się wykazać zadaniem spełniającym łącznie warunek przedmiotowy - dotyczący drogi o klasie min. GP, a także wartościowy - o łącznej wartości robót na drodze o klasie min. GP na kwotę co najmniej 42 700 000 zł netto. Wartość ta miała odnosić się do całego zadania, a nie jego części, jak argumentował Przystępujący. Nie sposób zgodzić się z Przystępującym, że Zamawiający nie sprecyzował, że wartość zadania miała dotyczyć wyłącznie drogi lub ulicy o klasie min. GP. Izba wskazuje, że co do zasady należy stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie badania i oceny ofert. Gdyby było tak, jak oczekuje tego Przystępujący, wykonawcy mogliby wykazać się przebudową chociażby metrowego odcinka drogi o klasie GP o wartości znacznie niższej niż wymagał Zamawiający. Rację należy przyznać Odwołującemu, że referencyjne zadanie nie odnosi się w pełnym zakresie do klasy min. GP i nie powinno zostać uznane przez Zamawiającego. Zgodnie z brzmieniem postawionego warunku należało wykazać się realizacją zadania polegającego na budowie drogi, a nie fragmentu, części czy też odcinka drogi o klasie GP. Wyłączenie z zakresu referencyjnego Alei Wyzwolenia znacznie pomniejsza wartość całej inwestycji.

Izba wskazuje, że nawet jeśli w ramach rozbudowy węzła drogowego nie można ograniczać się do prac wykonanych tylko na Ulicy Warszawskiej, to nie sposób uznać, by obszar węzła oraz obszar jego oddziaływania, obejmował również wykonanie prac na Alei Wyzwolenia. Z przedłożonego na rozprawie projektu wykonawczego branży drogowej dla zadania IV - rozbudowa węzła drogowego Aleja Wyzwolenia - Ulica Warszawska wynika

bowiem, że Aleja Wyzwolenia miała wiodący charakter przy realizacji ww. kontraktu, a zakres robót wykonywanych w ramach Ulicy Warszawskiej był zdecydowanie węższy niż ten dotyczący Alei Wyzwolenia. Izba dała również wiarę przedłożonej przez Odwołującego kalkulacji własnej, z której wynika, że wartość robót dotyczących Alei Wyzwolenia stanowiła 59% całego zadania. Wobec braku dowodu przeciwnego, Izba uznała, że Odwołujący uprawdopodobnił, że wyłączenie z zakresu Alei Wyzwolenia pomniejszy znacznie wartość całej inwestycji.

W konsekwencji przedstawiona robota budowlana nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, bowiem wartość zadania obejmującego rozbudowę węzła drogowego o klasie drogi min. GP jest niższa od kwoty wymaganej przez Zamawiającego. W związku z powyższym Izba nakazała wezwać Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia wykazu robót potwierdzających warunek określony w pkt 7.2 ppkt 3 lit. a) SIWZ.

W dalszej kolejności Izba uznała, że pozostałe zarzuty podlegają oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku możliwości ustalenia faktycznego kwotowego udziału spółki Inżynieria Rzeszów S.A. w realizacji zadania, na które powołuje się Przystępujący, w celu wykazania zdolności technicznej należy stwierdzić, iż Zamawiający na podstawie posiadanych dokumentów był w stanie określić powyższe.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 7.2 ppkt 3 lit. a) SIWZ, Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej: 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP o wartości robót co najmniej 42 700 000,00 PLN netto.

Następnie Izba ustaliła, że zgodnie ze złożonym przez Przystępującego wykazem, wartość wykonywanych robót budowlanych wyniosła 51 447 000 zł netto. Zgodnie z poświadczeniem z dnia 14 grudnia 2018 r. wystawionym przez Gminę Miasto Rzeszów — Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie, wykonawcą było „Konsorcjum INŻYNIERIA — Vahostav”, którego liderem była spółka Inżynieria Rzeszów S.A., a wartość wynagrodzenia za przedmiot zamówienia wyniosła 51 447 000,00 zł netto (63 279 810,00 zł brutto), w tym: 1) dokumentacja projektowa — 2 447 000,00 zł netto, 2) przykrycie potoku Przyrwa — 3 312 563,05 zł netto, 3) wiadukt drogowy — 16 170 638,72 zł netto, 4) roboty drogowe — 14 475 482,00 zł netto, 5) konstrukcje oporowe — 151 916,40 zł netto, 6) zabezpieczenie akustyczne — 100 246,50 zł netto, 7) zieleni — 134 987,93 zł netto, 8) przebudowa i budowa nowej sieci wodociągowej — 394 840,00 zł netto, 9) przebudowa i budowa nowej sieci kanalizacji sanitarnej - 24 775,00 zł netto, 10) przebudowa i budowa nowej sieci kanalizacji deszczowej - 2 717 010,00 zł netto, 11) przebudowa i budowa nowej sieci ciepłej — 6 183 751 zł netto, 12) drenaż — 388 050,00 zł netto, 13) przebudowa i budowa nowego oświetlenia drogowego - 1 896 495,35 zł netto, 14) przebudowa sieci elektroenergetycznej — 497 408,74 zł netto, 15) sieci teletechniczne — 2 551 834,91 zł netto.

Zamawiający pismem z dnia 17 stycznia 2020 r. zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie czy w ramach „Konsorcjum Inżynieria-Vahostav”, firma Inżynieria Rzeszów S.A. ul. Podkarpacka 59a, 35-82 Rzeszów realizując ww. zadanie wykonała zadanie polegające na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP o wartości robót co najmniej 42 700 000,00 PLN netto.

Wykonawca pismem z dnia 21 stycznia 2020 r. odpowiedział, że Zadanie „Rozbudowa węzła drogowego al. Wyzwolenia ul. Warszawska” zrealizowane zostało przez Konsorcjum „Inżynieria — Vahostav”, którego Liderem była spółka Inżynieria Rzeszów S.A. Uzupełniając powyższe stwierdzenie wyjaśniamy, że w ramach przywołanego zadania, faktyczne i rzeczywiste wykonanie robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min GP o wartości robót co najmniej 42 700 000,00 PLN netto zrealizowane zostało przez spółkę Inżynieria Rzeszów S.A. (Lidera Konsorcjum). Powyższe wynika z faktu zawarcia i realizacji pomiędzy Inżynierią Rzeszów S.A. a Vahostav-SK a.s. Umowy Konsorcjum oraz Porozumienia do Umowy Konsorcjum.

Zamawiającemu zostało przedłożone również Porozumienie do Umowy Konsorcjum, precyzujące zakres obowiązków poszczególnych członków, w którego §1 ust. 1 wskazano Partner, z zastrzeżeniem czynności o których mowa w ust. 2, nie będzie realizował robót, które zostały Mu przypisane w Umowie Konsorcjum. W tym zakresie Lider zobowiązuje się wykonać te prace w miejsce Partnera i oświadcza, że posiada wystarczające i niezbędne zasoby, w szczególności pracowników, zaplecze, urządzenia, maszyny czy wyposażenie. Zgodnie z §1 ust. 2 Porozumienia, do zadań spółki Vahostav-SK jako partnera tego

konsorcjum należało (przy opracowaniu projektu): koordynowanie prac na etapie wykonywania projektu, analiza techniczna projektu i doradztwo techniczne. Zgodnie z §2 ust. 1 Porozumienia Partner nie będzie na dalszym etapie realizacji Kontraktu poza wykonaniem projektu w jakimkolwiek sposób zaangażowany w jego wykonanie lub jakiegokolwiek świadczenia.

Równocześnie Przystępujący przed posiedzeniem złożył pismo, gdzie podnosił, że wysokość wynagrodzenia przysługującego Vahostav-SK w związku z realizacją zadania wyniosła 400.000,00 PLN netto, co potwierdza załączone Porozumienie z ujawnioną kwotą.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że Zamawiający na podstawie posiadanych dokumentów był w stanie ustalić wartościowy udział spółki Inżynieria Rzeszów S.A. w wykonanie zadania. Wskazana inwestycja realizowana była na zasadach „projektuj i buduj”. Na podstawie zestawienia zakresu czynności w ramach umowy konsorcjum oraz uwzględniając kwoty z poświadczenia z dnia 14 grudnia 2018 r. (oba dokumenty były znane też Odwołującemu), można stwierdzić, że wykonanie dokumentacji projektowej opiewało na kwotę 2 447 000,00 zł netto. Odliczając od całej wartości kontraktu ww. kwotę (stanowiącą wartość opracowania dokumentacji projektowej, przy udziale której uczestniczył VAHOSTAV-SK), uzyskuje się kwotę robót budowlanych (49 000 000 zł netto), która jest wyższa niż wymagana przez Zamawiającego. Nie sposób więc zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę z postępowania, spełnia on bowiem warunek udziału w postępowaniu w zakresie wartości zrealizowanej inwestycji, niezależnie od faktu wpisania w wykazie robót kwoty dotyczącej wartości wynagrodzenia za przedmiot całego zadania (51 447 000 zł netto).

Izba oddaliła także zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum PBI, pomimo że wykonawca ten nie wykazał, że pan P. B., predestynowany do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, posiada wymagane doświadczenie.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 7.2 ppkt 3 lit. b) SIWZ Wykonawca musi wskazać osobę, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymującą się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednim do funkcji jakie zostaną jej powierzone. Wykonawca na funkcję wymienioną poniżej wskaże osobę, którą musi mieć dostępną na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania: Osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownik Budowy Wymagana liczba osób: 1. Doświadczenie zawodowe: Minimum 12 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 42 700 000,00 PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 4 km lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta. Za drogę lub ulicę Zamawiający uzna drogę lub ulicę w rozumieniu ustawy z dnia 21.3.1985 r. o drogach publicznych (t.j. Dz.U. z 2018, poz. 2068 ze zm.). Wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku w walutach innych niż wskazane przez Zamawiającego należy przeliczyć wg. średniego kursu NBP na dzień zawarcia Umowy/ów na realizację zadania/zadań wykazanego/wykazanych w ramach warunku "Potencjał kadrowy".

Izba ustaliła, że dnia 6 listopada 2019 r. Przystępujący złożył wykaz osób. Kolejno, pismem z dnia 14 stycznia 2020 r. potwierdził, że przedłożony wykaz jest w posiadaniu Zamawiającego i jest on aktualny. Wykonawca w poz. 1 wskazał jako osobę do pełnienia funkcji Kierownika budowy kandydaturę pana P. B., który pełni funkcję Kierownika robót drogowych dla odcinka 7,39 km podczas realizacji zadania pn. „Rozbudowa krajowej nr 74 na odcinku Frampol — Gorajec od 228+190 (229+250) do km 235+575 (236+653,88)”. Funkcja kierownika robót drogowych pełniona jest od 23 sierpnia 2018 r. i nie została zakończona. Wykonawca wskazał, że dysponuje podanym potencjałem kadrowym bezpośrednio na podstawie umowy o pracę. Wykonawca wykazał również, iż klasa drogi lub ulicy odpowiada klasie GP, a wartość robót budowlanych według umowy wynosi 51 189 680,86 zł netto.

Odwołujący podnosił, iż Zamawiający wymagał, aby wykonawca na stanowisko Kierownika Budowy wskazał osobę, która w okresie 12 miesięcy wykaże się „przerobieniem” odpowiedniej ilości robót o wartości nie mniejszej niż 42 700 000,00 zł netto. W ocenie Odwołującego warunek ten nie został spełniony z uwagi na okoliczność, że podane zadanie nie zostało na dzień dzisiejszy zrealizowane.

Należy zgodzić się z Przystępującym, że Zamawiający nie oczekiwał, aby zadanie, którym legitymuje się ww. osoba, musiało być w pełni wykonane (zakończone). Gdyby tak było, takie wymaganie wynikałoby wprost z treści SIWZ. Natomiast zgodnie chociażby z

wykazem osób należało wpisać po prostu wartość robót, a nie wartość wykonanych robót, jak to miało miejsce przy oznaczeniu odpowiedniego doświadczenia wykonawcy. Dlatego też Izba uznała, że osoba pana P. B. spełnia warunki dotyczące długości doświadczenia zawodowego na zadaniu o wymaganej wartości robót.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 22d ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt

12, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, art. 89 ust. 1 pkt 2, ewentualnie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp

poprzez uznanie, że Konsorcjum PBI nie posługuje się tym samym potencjałem osobowym w przypadku ubiegania się bądź realizacji innych realizowanych w tym samym czasie zamówień.

Izba ustaliła, że Przystępujący w poz. 1 wykazu osób wskazał jako osobę do pełnienia funkcji Kierownika budowy kandydaturę pana P. B., który pełni funkcję Kierownika robót drogowych dla odcinka 7,39 km podczas realizacji zadania pn. „Rozbudowa krajowej nr 74 na odcinku Frampol — Gorajec od 228+190 (229+250) do km 235+575 (236+653,88)”. Funkcja kierownika robót drogowych pełniona jest od 23 sierpnia 2018 r. i nie została zakończona.

Odwołujący poddał w wątpliwość czy powyższa okoliczność nie wpłynie negatywnie na realizację zamówienia, skoro ta sama osoba będzie wciąż pełniła funkcję kierownika budowy na innej inwestycji. Niemniej Odwołujący nie wykazał inicjatywy dowodowej. W szczególności nie wykazał, na jakim etapie realizacji znajduje się obecnie wykonywane przez Przystępującego zadanie oraz jaki jest stopień zaangażowania w jego realizację pana P. B. . To na Odwołującym spoczywał ciężar wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzili skutki prawne. Odwołujący, poza głośliwym stwierdzeniem, że wskazana osoba nie stanowi realnie dostępnego potencjału, nie przedłożył żadnych dowodów na poparcie prezentowanych tez.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał natomiast, że postępowanie, w którego realizację jest obecnie zaangażowany pan P. B. było prowadzone przez GDDKiA Oddział w Lublinie. Zamawiający w ramach struktury organizacyjnej, w której funkcjonuje, posiadał wiedzę o realizacji zamówienia. Ponadto, nie można wykluczyć sytuacji, że po uzyskaniu zamówienia, wykonawca wskaże do realizacji zamówienia inny niż pierwotnie podany w ofercie sprzęt czy kadrę w ramach uprawnionego działania.

Powyższe potwierdził Przystępujący oświadczając, że ma zamiar zwolnić pana P. B. z funkcji Kierownika Robót na zadaniu „Rozbudowa drogi krajowej nr 74 na odcinku Frampol-Gorajec”, tak aby w całości poświęcił się on funkcji Kierownika Budowy w związku z realizacją przedmiotu zamówienia. Okoliczność ta dodatkowo przemawia za uznaniem, że w tym przypadku nie może być mowy o negatywnym wpływie na realizację inwestycji. Przystępujący podnosił również, że termin dotychczas realizowanego przez niego zadania upływa w październiku tego roku, co oznacza, że czasookres łączenia obu tych funkcji przez pana P. B. będzie wynosił niespełna 6 miesięcy wobec 19 miesięcy, w ciągu których Przystępujący zobowiązał się wykonać zadanie, a który stanowi minimalny czas jego realizacji zgodnie z pkt 6 SIWZ. Co ważne, do okresu tego nie wlicza się okresów zimowych przypadających od 15 grudnia do 15 marca. W dodatku zauważał, iż odległość pomiędzy tymi dwoma zadaniami nie jest znaczna i nie będzie stanowiła żadnego problemu w ewentualnym ciągu komunikacyjnym.

Zgodnie z art. 22d ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Powyższy przepis nie nakazuje zamawiającemu, wbrew twierdzeniom Odwołującego, przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego we wskazanym zakresie, tym bardziej, że w tym konkretnym przypadku Zamawiający ma najlepszą wiedzę na temat zaangażowania personelu Przystępującego, gdyż wskazane zadanie realizowane jest na rzecz tego samego Zamawiającego (posiadającego jedynie rozbudowaną strukturę organizacyjną). Tym samym nie można Zamawiającemu stawiać zarzutu zaniechania przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, a tym bardziej zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Odnosząc się do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp Izba wskazuje, że nie jest uprawnione utożsamianie niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu z zaistnieniem podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Inny sposób rozumienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie przesądza automatycznie o wprowadzeniu w błąd

Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.

Odwołanie zostało uwzględnione w zasadniczej części dotyczącej oferty wybranej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, w zakresie niespełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego. Jeden z zarzutów okazał się zasadny, co powoduje, że Zamawiający zobowiązany jest unieważnić wybór najkorzystniejszej oferty i dokonać ponownych czynności badania i oceny ofert. Wobec powyższego uznano, że odpowiedzialność za wynik postępowania w sprawie ponosił Zamawiający. Na koszty postępowania odwoławczego w sprawie KIO 197/20 składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20 000 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w maksymalnie dopuszczonej kwocie 3 600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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: