Sygn. akt: KIO 921/20

WYROK

z dnia 6 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Aldona Karpińska

Po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 29 czerwca 2020r. w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2020r. przez odwołującego: WOD-BUD Sp. z o.o. 23-200 Kraśnik ul. Piłsudskiego 12/1 w postępowaniu powadzonym przez zamawiającego: Gmina Opole Lubelskie 24-300 Opole Lubelskie

ul. Lubelska 4

przy udziale LS COMPLEXS Sp. z o.o. 20-850 Lublin ul. Niccolo Paganiniego 12/32 przystępującego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego po stronie zamawiającego oraz nakazuje wykluczenie z postępowania przystępującego po stronie zamawiającego.

1.1. Kosztami postępowania obciąża Gminę Opole Lubelskie 24-300 Opole Lubelskie ul. Lubelska 4 i zalicza w poczet kosztów postepowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez WOD-BUD Sp. z o.o. 23-200 Kraśnik ul. Piłsudskiego 12/1 tytułem wpisu od odwołania

1.2. zasądza od Gminy Opole Lubelskie 24-300 Opole Lubelskie ul. Lubelska 4 kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz WOD-BUD Sp. z o.o. 23-200 Kraśnik ul. Piłsudskiego 12/1 stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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

(j.t. 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 Lublinie

Przewodniczący: .....

Uzasadnienie

Stanowisko odwołującego

Odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa drogi stanowiącej ulicę-AL 600-lecia w Opolu Lubelskim", znak postępowania: IPR.271,3.2020, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 515406-N-2020 w dniu 21 lutego 2020 roku.

Działając na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 i art. 179 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych („PZP") zaskarżono czynność podjętą przez Gminę Opole Lubelskie („Zamawiający") z 23 kwietnia 2020 r. polegająca na wyborze, jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, oferty wykonawcy LS COMPLEX SP. Z o.o. (ul. Niccolo Paganiniego 12/32, 20-850 Lublin) (dalej zwany „LS COMPLEX").

Zaskarżonej powyżej czynności Zamawiającego zarzucono naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia LS COMPLEX z Postępowania, podczas edv wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w Części V ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ, ponieważ udział LS COMPLEX w realizacji robót budowlanych dotyczących Rozbudowy Drogi nr 112440L nie odpowiada doświadczeniu na potrzeby spełniania warunku udziału w Postępowania określonego w Części V ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ.

Na wypadek uznania przez Wysoką Izbę, że udział LS COMPLEX uprawnia go do powoływania się na doświadczenie nabyte przy realizacji robót budowlanych dotyczących Rozbudowy Drogi nr 112440L na potrzeby spełnienia warunku udziału w Postępowaniu to zarzucam naruszenie:

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z § 2 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia („Rozporządzenie Dokumentowe"), przez zaniechanie wykluczenia LS COMPLEX z Postępowania, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w Części V ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ, ponieważ LS COMPLEX nie wykazał za pomocą przedłożonych w Postępowaniu dokumentów, że roboty budowlane dotyczące Rozbudowy Drogi nr 112440L, zostały należycie wykonane.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej, zarzucono także naruszenie:

3. art. 22a ust. 6 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez umożliwienie powołania się przez LS COMPLEX w toku składanych wyjaśnień i uzupełnień na zasoby udostępnione mu przez IGORD w celu spełnienia warunku udziału określonego Części V ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ, podczas gdy w złożonej ofercie LS COMPLEX w tym zakresie powołało się na własną wiedzę i doświadczenie oraz zadeklarowało, że samodzielnie wykona roboty powiązane ze wskazanym warunkiem udziału w Postępowaniu, a zatem późniejsze powołanie się na zasoby udostępnione przez podmiot trzeci, tj. IGORD stanowi niedopuszczalną zmianę podmiotową po stronie wykonawcy, sprzeczną z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

4. art. 25 ust. 2 PZP w zw. z § 14 ust. 3 Rozporządzenia Dokumentowego poprzez zaakceptowanie zobowiązania do udostępniania zasobów przez IGORD przedłożonego w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Pana Ł.

S. - Prezesa Zarządu L5 COMPLEX, podczas gdy w świetle Rozporządzenia Dokumentowego poświadczenia za zgodność z oryginałem powinien dokonać podmiot trzeci, od którego zobowiązanie pochodzi, tj. Pan J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą IGORD.

W związku z powyżej postawionymi zarzutami, wniesiono o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO") niniejszego odwołania i jego uwzględnienie,

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,

3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej,

4. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia LS COMPLEX z Postępowania,

5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, według norm przypisanych na podstawie przedłożonej faktury VAT.

Wymagania formalne odwołania

W związku z faktem, że wartość przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem jest niższa

od kwot wskazanych w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi

Publikacji Unii Europejskiej , wydanym na podstawie dyspozycji art. 11 ust. 8 PZP, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 PZP, odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania.

Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o czynności będącej przedmiotem zaskarżenia w dniu 23 kwietnia 2020 r,, a tym samym Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do 28 kwietnia 2020 r. włącznie (w oparciu o art. 182 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 PZP).

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, albowiem spełnione zostały przesłanki określone w art 179 ust. 1 PZP.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów PZP interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia w Postępowaniu, doznał

uszczerbku.

W wyniku dokonania przez Zamawiającego w procesie badania i oceny ofert wyżej wskazanych naruszeń i wyboru oferty LS COMPLEX, Odwołujący narażony jest na poniesienie szkody w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oraz dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, oferta Odwołującego zostanie z dużym prawdopodobieństwem sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert (zob. punkt 1.23 treści uzasadnienia niniejszego odwołania), a tym samym Odwołujący uzyska niniejsze zamówienie i zrealizuje zakładany w wyniku jego realizacji zysk.

UZASADNIENIE:

1. STAN FAKTYCZNY

1.1 Zamawiający prowadzi Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Przebudowo drogi stanowiącej ulicą - Al. 600-lecia w Opolu Lubelskim, którego przedmiotem jest wykonanie przebudowy nawierzchni w zakresie opisanym w obowiązującej w Postępowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ").

1.2 Zgodnie z Częścią V ust. 2 pkt 3) lit, a) SIWZ wykonawcy biorący udział w Postępowaniu zobowiązani byli wykazać spełnienie wskazanego tam warunku udziału w zakresie posiadanego doświadczenia.

1.3 Warunek ustalony przez Zamawiającego wymagał od wykonawców wykazania, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali oni minimum 1 robotę budowlaną polegającą na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie drogi o nawierzchni bitumicznej o wartości minimum 600.000 zł brutto (w ramach jednego zadania inwestycyjnego, przebudowa musi dotyczyć jednego odcinka drogi - branży drogowej).

Dowód: SIWZ obowiązująca w Postępowaniu (Załącznik nr 4 do niniejszego odwołania).

1.4 W treści formularza ofertowego (punkt 3) wykonawcy zobowiązani byli wskazać zakres udziału ewentualnych podwykonawców w realizacji zamówienia.

Dowód: Załącznik nr 1 do SIWZ - formularz ofertowy (Załącznik nr 5 do niniejszego odwołania).

1.5 Do dnia upływu terminu składania ofert zostało złożonych 7 ofert, w tym oferta LS COMPLEX oraz oferta Odwołującego.

1.6 Co istotne, LS COMPLEX wskazał w swoim formularzu ofertowym (str. 1, punkt 3), że zamierza samodzielnie tj. bez udziału podwykonawców, wykonać przedmiotowe zamówienie, zaś w załączonym do oferty, dodatkowym oświadczeniu (str. 4) wskazał, że na cele wykazania spełnienia warunków udziału nie będzie korzystał z zasobów żadnych podmiotów trzecich tj. samodzielnie wykaże spełnianie wszystkich warunków udziału w Postępowaniu.

Dowód: Informacja z otwarcia ofert z 16 marca 2020 r. (Załącznik nr 6 do niniejszego odwołania). Oferta LS COMPLEX (Załącznik nr 7 do niniejszego odwołania).

1.7 Oferta LS COMPLEX została najwyżej oceniona i w konsekwencji w dniu 23 marca 2020 r. wykonawca ten został wezwany na podstawie art. 26 ust. 2 PZP do przedstawienia dokumentów mających wykazać spełnienie warunków udziału w Postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia.

1.8 W odpowiedzi na to wezwanie, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie wymaganego doświadczenia (zob. punkt 1.3 treści niniejszego uzasadnienia) LS COMPLEX wskazał zadanie pn.: Rozbudowa drogi gminnej nr 112440L w miejscowości Wilczopole... Droga o nawierzchni bitumicznej („Rozbudowa Drogi nr 112440L") o wartości robót łącznie 738.000,00 zł brutto.

1.9 Na potwierdzenie, że Rozbudowa Drogi nr 112440L została należycie wykonana, LS COMPLEX przedłożył protokół końcowy odbioru tej inwestycji.

1.10 Zamawiający powziął wątpliwości w zakresie tego, czy LS COMPLEX w istocie wykazał w opisany powyżej sposób spełnienie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia.

1.11 W związku z powyższym, 31 marca 2020 r. działając na podstawie art. 26 ust. 3 PZP Zamawiający wezwał LS COMPLEX do udzielenia dodatkowych wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów.

1.12 Po pierwsze, wątpliwości Zamawiającego wzbudził fakt, że LS COMPLEX występował jedynie jako podwykonawca na Rozbudowie Drogi nr 112440L. W związku z tym, Zamawiający

wezwał tego wykonawcę do przedstawienia wyjaśnień w zakresie tego, czy będąc wówczas podwykonawcą wykonał osobiście roboty polegające na ułożeniu nawierzchni bitumicznej na

omawianej inwestycji.

1.13 Po drugie, Zamawiający mając zastrzeżenia do dokumentu mającego potwierdzać prawidłowość ukończenia omawianych robót budowlanych (protokół końcowy odbioru inwestycji dot. Rozbudowy Drogi nr 112440L) wezwał LS COMPLEX do uzupełnienia w tym zakresie, w szczególności o informację o tym, czy roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

Dowód: Wezwanie do wyjaśnień z dnia 31 marca 2020 r. (Załącznik nr 8 do niniejszego odwołania).

1.14 W odpowiedzi na Wezwanie, LS COMPLEX przedstawił w dniu 5 kwietnia 2020 r. wyjaśnienia. („Wyjaśnienia").

1.15 Wskazał w nich, że w ramach Rozbudowy Drogi nr 112440L nie dokonywał samodzielnie robót polegających na ułożeniu takiej nawierzchni wskazując, że sposób sformułowanie warunku udziału wskazanego w SIWZ (opisany w punkcie 1.3 treści niniejszego uzasadnienia) takiego wymogu na LS COMPLEX nie nakłada.

1.16 Odnosząc się zaś do zastrzeżeń Zamawiającego do protokołu odbioru końcowego dot. Rozbudowy Drogi nr 112440L LS COMPLEX wskazał, że wykonana nawierzchnia bitumiczna na drodze, chodnik dla pieszych i oświetlenie drogowe nadają się do użytkowania, a ewentualne usterki miały charakter nieistotny, zaś dokonanie odbioru robót budowlanych i brak istotnych zastrzeżeń w treści protokołu końcowego co do jakości i prawidłowości wykonanych robót budowlanych dokumentuje właśnie fakt wykonania takich robót zgodnie z przepisami prawa budowlanego i ich prawidłowego zakończenia.

1.17 Dodatkowo, do Wyjaśnień dołączono pismo z 31 marca 2020 r. pochodzące od PBI Infrastruktura S.A., czyli wykonawcy inwestycji Rozbudowy Drogi nr 112440L, zatytułowane „Referencja" i wskazujące, że LS COMPLEX realizowało jako podwykonawca roboty drogowe w ramach omawianej inwestycji (str. 4 Wyjaśnień). Co ważne, w treści tego dokumentu nie wskazano wprost, że zakres robót realizowanych przez LS COMPLEX odpowiada warunkowi udziału w Postępowaniu.

1.18 Bez względu jednak na powyższe, LS COMPLEX wskazało na stronie 2 Wyjaśnień, że działając z ostrożności i w celu dochowania należytej staranności (co można interpretować w ten sposób, że nawet LS COMPLEX dopuszczało możliwość, że Zamawiający nie zaakceptuje jego wyjaśnień odnoszących się do Rozbudowy Drogi nr 112440L) przedkłada dodatkowe dokumenty mające na celu potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia.

1.19 W ten sposób do Wyjaśnień dołączono kopię zobowiązania (nowego) podmiotu

trzeciego (str. S Wyjaśnień) - J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo IGORD J. P. („IGORD") do udostępnienia LS COMPLEX niezbędnych zasobów na potrzeby wykonywania zamówień publicznych poświadczoną za zgodność z oryginałem przez LS COMPLEX.

1.20 Oprócz samego zobowiązania, o którym mowa w punkcie 1.19 powyżej, do Wyjaśnień dołączono dokument potwierdzający należyte wykonanie przez IGORD robót budowlanych w ramach zadania: Przebudowa drogi gminnej nr 105949 Ł w miejscowości Garbów - Bogucin na odcinku od km 0+000 do km 2+549,50 (str. 6 Wyjaśnień).

Dowód: Wyjaśnienia LS COMPLEX z 5 kwietnia 2020 r. (Załącznik nr 9 do niniejszego odwołania).

1.21 Zamawiający zaakceptował przedłożone mu wyjaśnienia, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty LS COMPLEX,

1.22 Powyższe nastąpiło w dniu 23 kwietnia 2020 r.

1.23 Szczegółowa klasyfikacja poszczególnych ofert wyglądała następująco:

L.p. Nazwa wykonawcy Otrzymana liczba punktów

3. P.P.H.U. s.c. STAN-LUB L. B., S. M. 93,67

4. HYDRO-BRUK D. F. 91,69

6. Przedsiębiorstwo Budowlane „EKO-DROGPOL" Sp, z o.o. oraz P.B. „EKO-DROGPOL"

7. AGLET Sp. z o.o. oferta odrzucona

1.24 Wskazana czynność stanowi przedmiot zaskarżenia niniejszego odwołania.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu z 23 kwietnia 2020 r. (Załącznik nr 10 do niniejszego odwołania).

2. WPROWADZENIE DO ARGUMENTACJI ODWOŁUJĄCEGO

2.1 Na wstępie należy podkreślić, że Zamawiający nie wskazał, na jakiej podstawie uznał, że LS COMPLEX spełnia warunek udziału dotyczący wymaganego od wykonawców doświadczenia określony w Części V ust. 2 pkt 3) lit. a) SIWZ.

2.2 Niezależnie jednak od tego, czy powyższe nastąpiło w oparciu o doświadczenie własne LS COMPLEX uzyskane przy realizacji Rozbudowy Drogi nr 112440L, czy też w oparciu o doświadczenie podmiotu trzeciego tj. IGORD, to w żadnym wypadku nie doszło do wykazania spełnienia przez tego wykonawcę (LS COMPLEX) warunku udziału w Postępowaniu.

2.3 Z uwagi na powyższe, Odwołujący odniesie się w pierwszej kolejności (punkt 3 treści uzasadnienia niniejszego odwołania) do doświadczenia własnego LS COMPLEX wskazując, że wykonawca ten nie może się posługiwać doświadczeniem uzyskanym w ramach inwestycji Rozbudowy Drogi nr 112440L w celu wykazania spełniania warunku udziału określonego w Części V. ust. 2 pkt 3) lit. a) SIWZ.

2.4 Nawet gdyby jednak uznać przeciwnie (z czym Odwołujący się nie zgadza), to LS

COMPLEX w żaden sposób nie wykazał, że roboty zrealizowane przez niego w ramach inwestycji Rozbudowy Drogi nr 112440L zostały należycie wykonane (punkt 4 treści uzasadnienia niniejszego odwołania).

2.5 Z kolei, gdyby przyjąć, że Zamawiający uznając wykazanie przez LS COMPLEX spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w oparciu o zasoby IGORD, to Odwołujący wskaże w dalszej części odwołania (punkt 5 treści uzasadnienia niniejszego odwołania) na wadliwość takiego podejścia. W szczególności Odwołujący wykaże, że po upływie terminu składania ofert nie jest możliwe powoływanie się na zasoby podmiotu trzeciego, jeżeli w swojej ofercie LS COMPLEX oświadczył, że w celu realizacji zamówienia nie będzie korzystał z podwykonawców oraz że samodzielnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu.

2.6 Udostępnienie, o którym mowa, pozostaje w ocenie Odwołującego nieskuteczne także z tego powodu, że zostało ono przedstawione w nieprawidłowej formie (punkt 6 treści uzasadnienia niniejszego odwołania).

3. UZASADNIENIE ZARZUTU NIE WYKAZANIA SPEŁNIENIA WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU PRZEZ LS COMPLEX

3.1 W ocenie Odwołującego, LS COMPLEX nie może powoływać się na doświadczenie uzyskane w ramach inwestycji Rozbudowy Drogi nr 112440L, z uwagi na to, że zgodnie z Wyjaśnieniami LS COMPLEX, wykonawca ten nie wykonywał w całości robót budowlanych objętych tą inwestycją, w szczególności nie wykonał czynności w zakresie ułożenia nawierzchni bitumicznej na przedmiotowej drodze.

3.2 Kluczowe znaczenie w tym zakresie ma zatem ustalenie, czy w ramach warunku udziału dotyczącego wymaganego doświadczenia, wskazanego w Części V ust. 2 pkt 3) lit. a) SIWZ, niezbędne było wykazanie się jakimkolwiek udziałem w robocie budowlanej polegającej na budowie/przebudowie/rozbudowie drogi o nawierzchni bitumicznej o wartości minimum 600.000 zł brutto (jak próbuje to wykazać LS COMPLEX), czy też udziałem w całościowym wykonaniu robót budowlanych, w ramach którego wykonawca w szczególności wykonał także roboty polegające na ułożeniu nawierzchni bitumicznej na danej drodze.

3.3 Każdorazowa ocena możliwości legitymowania się przez danego wykonawcę doświadczeniem przy realizacji konkretnej inwestycji na cele spełniania postawionego warunku udziału nie może się odbyć w oderwaniu od całokształtu postanowień SIWZ, a w szczególności przedmiotu przyszłego świadczenia wykonawcy. Nakaz wiązania warunku udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia oznacza przecież nic innego jak obowiązek określenia doświadczenia wymaganego od wykonawcy przez pryzmat obowiązków, które będą wykonywane w ramach realizacji przedmiotu zamówienia.

3.4 Powyższe stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 2 listopada 2018 r., sygn.. KIO 2061/18: w ocenie izby treść warunku nie powinna być interpretowana w oderwaniu od opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający bowiem stawia warunki udziału w postępowaniu, aby dokonać oceny możliwości wykonawcy w realizacji zamówienia (co zostało później potwierdzone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 3 kwietnia 2019 r., XXIII Ga 2286/18).

3.5 Tym samym, w celu oceny, czy LS COMPLEX może się powoływać na swoje doświadczenie uzyskane w charakterze podwykonawcy w ramach Rozbudowy Drogi nr 112440L na cele spełniania warunku udziału (i to jedynego warunku udziału odnoszącego się do wymaganego doświadczenie wykonawców!) określonego w Części V. ust. 2 pkt 3) lit. a) SIWZ należy przywołać zapisy opis przedmiotu zamówienia w ramach Postępowania.

3.6 Zgodnie z Częścią III ust. 2 SIWZ:

Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje wykonanie przebudowy nawierzchni na odcinku 471 m dz. nr ew. 58 oraz dz. nr ew. 342 w niżej opisanym zakresie:

• podbudowa z gruntocementu grubości 15 cm,
• podbudowa z kruszywa łamanego 0-63mm stabilizowanego mechanicznie (warstwa dolna),
• georuszt dwukierunkowy,

• podbudowa z kruszywa łamanego 0-31,5 mm stabilizowanego mechanicznie (warstwa górna) - grubości 8 cm,

• warstwa wiążąca grubości 3 cm z betonu asfaltowego 0-16 mm,

• warstwa ścieralna grubości 4 cm z betonu asfaltowego 0-12,8 mm,

• zakup, dostawa i montaż znaków ostrzegawczych, informacyjnych oraz zakazu w ilości

9 szt.

3.7 Z powyższego zapisu wynika, że przebudowa drogi o nawierzchni bitumicznej stanowi podstawowy element świadczenia wykonawcy w ramach przedmiotowego zamówienia. SIWZ nie zawiera w tym przypadku jakichkolwiek wyłączeń (np. że nie jest koniecznym także ułożenie samej nawierzchni bitumicznej przebudowywanej drogi). Tym samym należy wskazać, że do realizacji niniejszego zamówienia Zamawiający oczekuje wykonawcy doświadczonego w zakresie co najmniej jednej podobnej całościowej inwestycji, do tej która ma być wykonana, nie zaś wykonawcy który posiada doświadczenie w jakimkolwiek udziale w budowie/przebudowie/rozbudowie drogi o nawierzchni bitumicznej, który mógłby być zupełnie znikomy np. polegać jedynie na montażu znaków drogowych bez wykonywania jakichkolwiek prac dotyczących nawierzchni tej drogi.

3.8 Nie powinno więc budzić jakichkolwiek wątpliwości, że w celu wykonania przebudowy drogi o nawierzchni bitumicznej w ramach przedmiotowego zamówienia konieczne jest wykazanie się doświadczeniem także w zakresie układania samej nawierzchni, którego zgodnie z informacjami wskazanymi w Wyjaśnieniach LS COMPLEX w ramach inwestycji

Rozbudowy Drogi nr 112440L nie uzyskało. Powyższe wydaje się odpowiadać zakresowi udziału tego wykonawcy w realizacji omawianej inwestycji, ponieważ pozostawał on jedynie podwykonawcą bliżej niesprecyzowanej części zakresu robót budowlanych. W tym przypadku nie funkcjonuje bowiem swoiste domniemanie wykonania całości robót budowlanych (a przynajmniej zarządzania takim procesem) jakie znajduje zastosowanie jedynie do faktycznego wykonawcy tej inwestycji, czyli PBI Infrastruktura S.A. Idąc tokiem rozumowania LS COMPLEX okazałoby się bowiem, że doświadczenie przy jednej i tej samej inwestycji w zakresie niezbędnym do spełnienia warunku udziału w Postępowaniu nabyły jednocześnie dwa podmioty - wykonawca tej inwestycji (PBI Infrastruktura S.A.) oraz jego podwykonawca (LS COMPLEX).

3.9 Tym samym Zamawiający po analizie Wyjaśnień powinien uznać, ze wykonawca LS COMPLEX nie może się powoływać na realizację inwestycji Rozbudowy Drogi nr 112440L celem wykazania spełniania warunku udziału z Części V ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ, bowiem doświadczenie uzyskane przez ten podmiot w ramach omawianej inwestycji nie gwarantuje Zamawiającemu, że przedmiotowe zamówienia zostanie zrealizowane przez podmiot posiadający odpowiednie przygotowanie i doświadczenie niezbędne do jego realizacji za zatem nie zostanie zrealizowany podstawowy cel prowadzenia zamówienia publicznego).

4. UZASADNIENIE ZARZUTU NIEWYKAZANIA NALEŻYTEGO WYKONANIA ROBÓT W RAMACH BUDOWY DROGI NR 112440L

4.1. Nawet gdyby jednak uznać, że LS COMPLEX wykazał możliwość powoływania się na doświadczenie przy realizacji Rozbudowy Drogi nr 112440L celem wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu, to i tak należy zauważyć, że z żadnego dokumentu złożonego przez LS COMPLEX w Postępowaniu nie wynika, aby roboty budowlane, w wymaganym przez SIWZ zakresie, w ramach omawianej inwestycji były wykonane należycie.

4.2 Należy wskazać, że zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia Dokumentowego oraz Częścią V ust. 7 pkt 2 SIWZ, który zawierał tożsamą treść, w celu spełnienia warunku udziału w Postępowaniu oprócz wykazu robót budowlanych wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć: dowody określające, czy roboty budowlane wymienione w wykazie zostały wykonane należycie, zawierające w szczególności informacje o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami Prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

4.3 Już z literalnego brzmienia tego przepisu wynika, że potwierdzeniem należytego wykonania robót nie może być złożone przez LS COMPLEX pismo z 31 marca 2020 r. pochodzące od PBI Infrastruktura S.A., czyli wykonawcy inwestycji Rozbudowy Drogi nr 112440L, zatytułowane „Referencja" i wskazujące, że LS COMPLEX realizowało jako podwykonawca (bliżej niesprecyzowane - przyp. Odwołującego) roboty drogowe w ramach omawianej inwestycji.

4.4 Po pierwsze bowiem, referencje powinny, co do zasady (zob. punkt 4.2 treści uzasadnienia niniejszego odwołania) pochodzić od podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, czyli od zamawiającego będącego inwestorem na danej inwestycji. Wystawienie ich przez wykonawcę realizowanej inwestycji nie spełnia tego

wymogu.

4.5 Po drugie, w przedłożonym piśmie brak jest jakiegokolwiek stwierdzenia oceniającego jakość wykonanych robót budowlanych w ramach wskazanej inwestycji. Znajduje się w nich jedynie suche stwierdzenie faktu udziału LS COMPLEX w Rozbudowie Drogi nr 11244GL.

4.6 Co więcej, stwierdzenia odnoszącego się do jakości wykonywanych przez LS C0MPLEX robót budowlanych brakuje również w przedłożonym przez tego wykonawcę protokole końcowym (co zostało dostrzeżone przez Zamawiającego w treści Wezwania - zob. punkt 1.13 treści uzasadnienia niniejszego odwołania).

4.7 W tym miejscu warto przywołać przykładowo wyrok z 6 listopada 2019 r., KIO 2121/19: w Krajowej Izbie Odwoławczej wykształcił się również pogląd wskazujący, że sam fakt wystawienia referencji, ze względu na pozytywne zabarwienie słowa referencją, oznaczającego faktycznie tyle co polecenie kogoś, oznacza potwierdzenie należytego

wykonania usług (analogicznie m.in. wyrok KIO z dnia 28 marca 2018 r., sygn. akt KIO 459/18). Poglądu tego nie można jednak rozciągać na inne niż referencje dokumenty, mające wykazywać należyte wykonanie usług, jako dokumenty, które wydawane są w ramach obowiązków umownych stron, a więc dokumenty, których wydanie nie jest zależne od dobrej woli usługobiorcy i uzależnione od jego satysfakcji z poziomu świadczonych usług.

4.8 Z powyższego wynika, że z samego wystawienia protokołu końcowego nie można domniemywać należytego wykonania robót, jak próbuje to wykazać w Wyjaśnieniach LS COMPLEX, Konieczne jest bowiem wskazanie w takim dokumencie stwierdzenia oceniającego jakość wykonanych robót.

4.9 Na marginesie warto wskazać, że LS COMPLEX nie wskazała żadnych obiektywnych przeszkód umożliwiających mu uzyskanie prawidłowych referencji od zamawiającego na inwestycji Rozbudowy Drogi nr 112440L potwierdzających należyte wykonanie robót w ramach tej inwestycji. W tym sensie, LS COMPLEX mógłby być, co najwyżej, uprawniony do przedłożenia innych dokumentów niż referencja pochodząca od bezpośredniego odbiorcy realizowanych robót, tylko i wyłącznie wówczas, gdyby wykazał, że z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze nie jest w stanie uzyskać takiego dokumentu. Powyższe potwierdza bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej np. wyrok z 13 marca 2014 r., sygn. KIO 379/14. Usankcjonowanie praktyki przedkładania innych dokumentów bez konieczności wykazywania przez wykonawców uzasadnionych i obiektywnych przyczyn niemożności dostarczenia referencji pochodzących od odbiorcy realizowanego świadczenia, doprowadziłoby do daleko idącej patologii, instytucja listów referencyjnych stałaby się wówczas w praktyce martwa, zaś na zamawiających przerzucono by uciążliwy i czasochłonny obowiązek dociekania, czy wykonawca legitymuje się wymaganą wiedzą i doświadczeniem (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 listopada 2014 r., sygn. KIO 2243/14).

4.10 Z powyższego zatem jednoznacznie wynika, że nawet gdyby uznać udział LS COMPLEX w Rozbudowie Drogi nr 112440L za wystarczający w celu wykazania warunku udziału wskazanego w Części V. ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ (z czym Odwołujący się nie zgadza), to w dalszym ciągu LS COMPLEX nie wykazał za pomocą przedłożonych dokumentów, że roboty zrealizowane przez nią w ramach omawianej inwestycji byty wykonane należycie.

5. BRAK MOŻLIWOŚCI WPROWADZENIA PODMIOTU TRZECIEGO PO ZŁOŻENIU OFERTY

5.1 W świetle powyższego, należy przyjąć, że LS COMPLEX nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia za pomocą swoich własnych zasobów. W tym miejscu, Odwołujący (z daleko posuniętej ostrożności) wykaże, że także próba powołania się w tym zakresie na doświadczenie podmiotu trzeciego jest niezasadna.

5.2 W pierwszej kolejności, należy odnieść się do załączonego przez LS COMPLEX do Wyjaśnień zobowiązania do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia pochodzącego od IGORD.

5.3 Jak się wydaje, intencją LS COMPLEX było powołanie się na zasoby IGORD w postaci doświadczenia nabytego podczas realizacji inwestycji „Przebudowa drogi gminnej nr 105949 L w miejscowości Garbów-Bugicin na odcinku od km 0+000 do km 2_49,50 km" zrealizowanej na rzecz Gminy Garbów, w celu wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu wskazanego Części V ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ.

5.4 Nie przesądzając w tym miejscu czy przywołany powyżej projekt rzeczywiście spełnia wymagania określone w Części V ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ, należy stwierdzić, że na wskazanym etapie LS COMPLEX nie mogło w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu powoływać się na zasób pochodzący od IGORD, ani od jakiegokolwiek innego podmiotu trzeciego.

5.5 Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje fakt, że w złożonej ofercie LS COMPLEX powołało się na własną wiedzę i doświadczenie oraz zadeklarowało, że samodzielnie wykona

roboty powiązane ze wskazanym warunkiem udziału w Postępowaniu (zob. punkt 1.6 treści uzasadnienia niniejszego odwołania). W związku z tym, późniejsze oparcie się na zasobach udostępnionych przez IGORD należy uznać za naruszenie zakazu zmian podmiotowych po stronie wykonawcy.

5.6 Powyższe uzasadnione jest przede wszystkim poglądem wyrażonym w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. C-387/14 w sprawie Esaprojekt. Zgodnie z nim, wykonawca, który w momencie składania oferty opiera się jedynie na własnych zdolnościach, nie jest uprawniony do powoływania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

5.7 Kluczowe dla stanowiska Trybunału w tym zakresie jest przekonanie, że dopuszczenie takiego działania skutkowałoby poniekąd zmianą podmiotową po stronie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Taki kierunek rozumowania wskazywał rzecznik generalny M. B. w swojej opinii, a Trybunał w wyroku podzielił to stanowisko (zob. pkt. 43 wyroku TSUE).

5.8 Pogląd wyrażony przez Trybunał znalazł odzwierciedlenie w stanowisku Urzędu Zamówień Publicznych. W opinii prawnej „Relacja art 22a ust. 6 do art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych" zamieszczonej na stronie internetowej UZP wskazano wprost, że nie jest dopuszczalne; ażeby wykonawca samodzielnie wykazujący spełnianie warunku na etapie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, na etapie późniejszym (uzupełnianie dokumentów) powołał się w tym względzie na potencjał podmiotu trzeciego .

5.9 Co przy tym istotne, przedmiotowa kwestia jest rozstrzygana jednolicie również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w wyroku z 4 września 2017 roku, sygn. akt KIO 1723/17, Izba wskazała, że art 22a ust 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) rozumiany przez skład orzekający jako jeden z wyjątków od zasady niezmienności oferty (sensu largo) może być zdaniem Izby stosowane jedynie ściśle zgodnie z jego treścią. Tym samym nie podziela się stanowiska co do możliwości zastąpienia iz przypomnieniem, że zawsze na wezwanie zamawiającego i w wyniku jego oceny, a nie z własnej inicjatywy wykonawcy) własnego potencjału (no. doświadczenia) innym podmiotem, jeżeli nie wskazał innego podmiotu w ofercie, tako że taki koleiny wyjątek w ustawie nie jest przewidziany.

5.10 Również w orzeczeniu z 10 maja 2018 roku w sprawie rozpatrywanej pod sygn. akt KIO 797/18, Skład Orzekający podkreślił, że z treści przepisu art. 22a ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) wynika, że ustawodawca dopuszcza zastąpienie podmiotu trzeciego, na którego zasobach polega wykonawca innym podmiotem trzecim lub przez zobowiązanie się do samodzielnego wykonania zamówienia przez wykonawcę, Przepisy ustawy nie przewidują natomiast sytuacji, w której zadeklarowane w ofercie samodzielne wykonanie przedmiotu zamówienia zostaje na późniejszym etapie postępowania zastąpione deklaracją co do wykonania tego przedmiotu zamówienia przez podmiot trzeci. Dokonanie takiej zmiany jest niedopuszczalną zmianą podmiotową treści oferty. W konsekwencji w sytuacji, gdy w momencie składania oferty wykonawca opierał się jedynie na zasobach własnych, to nie jest on uprawniony do powoływania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśnień czy uzupełnień dokumentów składanych w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy

5.11 Podsumowując, zważywszy na fakt, że LS C0MPLEX w ofercie powołało się na zasoby własne w celu wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia, określonego w Części V ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ, nie było uprawnione powołanie się na zasoby udostępnione przez IGORD wtoku przedkładanych Zamawiającemu Wyjaśnień.

6. NIEPRAWIDŁOWA FORMA ZOBOWIĄZANIA DO UDOSTĘPNIENIA ZASOBÓW

6.1 Niezależnie od powyższego, Odwołujący zaznacza, że nawet gdyby uznać, że LS COMPLEX mógł powołać się na obecnym etapie Postępowania na zasoby IGORD (z czym Odwołujący się kategorycznie nie zgadza), to i tak nie doszło do skutecznego udostępnienia

przedmiotowych zasobów przez IGORD.

6.2 W tym kontekście, należy zauważyć, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów

załączone do Wyjaśnień zostało przekazane Zamawiającemu w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Pana Ł. S. - Prezesa Zarządu LS COMPLEX.

6.3 Tymczasem, choć przepisy Rozporządzenia Dokumentowego dopuszczają

przedkładanie dokumentów lub oświadczeń w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem, to w świetle § 14 ust. 3 Rozporządzenia Dokumentowego takiego poświadczenia powinien dokonać podmiot, którego dany dokument lub oświadczenie dotyczy.

6.4 Innymi słowy, jedyną osobą uprawnioną do poświadczenia kopii zobowiązania za zgodność z oryginałem jest jego wystawca, tj. Pan J. P.. W szczególności zaś, do Wyjaśnień

nie zostało załączone pełnomocnictwo od Pana J. P. dla Pana Ł.S., ani dla LS COMPLEX,

które upoważniałoby do dokonania wskazanej czynności.

6.5 Podsumowując, należy uznać, że wskazane zobowiązanie zostało złożone w formie

niezgodnej z wymaganiami Rozporządzenia Dokumentowego i również z tego powodu nie doszło do skutecznego udostępnienia zasobów IGORD.

7. WNIOSEK KOŃCOWY

Odwołujący wnosi jak na wstępie, z uwzględnieniem całokształtu przedstawionej powyżej

argumentacji.

Załączniki

5. Załącznik nr 1 do SIWZ - formularz ofertowy.

6. Informacja z otwarcia ofert z 16 marca 2020 r.

7. Oferta LS COMPLEX.

8. Wezwanie do wyjaśnień z dnia 31 marca 2020 r.

9. Wyjaśnienia LS COMPLEX z 5 kwietnia 2020 r.

10. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu z 23 kwietnia 2020

r.

Stanowisko Zamawiającego.

Gmina Opole Lubelskie nie uwzględnia zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W związku z powyższym wnosi o:

1. na podstawie art. 192 § 1 PZP o oddalenie odwołania;

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów zgromadzonych w aktach postępowania, w tym wyszczególnionych w treści niniejszego pisma, na które powołuje się Zamawiający;

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów, jakie zostaną przedłożone na rozprawie, w tym w szczególności oryginału zobowiązania IGORD z dnia 15.03.2020r. do udostępnienia Wykonawcy zasobów, stanowiącego przedmiot zarzutu z punktu 4 odwołania;

4. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Po przedstawieniu przebiegu postępowania Zamawiający przedstawił stanowisko w sprawie.

Zamawiający nie znajduje podstaw faktycznych i prawnych do uwzględnienia zarzutów zaprezentowanych w odwołaniu. Zdaniem Zamawiającego czynność polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej nie została podjęta z naruszeniem przepisów wskazanych w odwołaniu.

Zarzuty Odwołującego z punktu 1 i punktu 2 dotyczą zaniechania wykluczenia LS COMPLEX z udziału w postępowaniu z uwagi na niespełnienie, zdaniem Odwołującego, warunków w udziału w postępowaniu określonego w Części V ust. 2 pkt 3 lit a) SIWZ, przy czym Odwołujący określa w zarzutach dwie alternatywne podstawy wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu.

Zarzuty Odwołującego z punktów 3 i 4 postawione czynności Zamawiającego z „daleko posuniętej ostrożności procesowej" dotyczą powołania się Przystępującego w toku składanych wyjaśnień na zasoby udostępnione przez J. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą IGORD J. P., przy czym zarzut w punktu 4 dotyczy kwestii poświadczenia zobowiązania do udostępnienia zasobów przez Wykonawcę, a nie podmiot trzeci, niezgodnie z § 14 ust. 3 Rozporządzenia Dokumentowego.

11.2.

Odnosząc się do pierwszego ze stawianych zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, Zamawiający podnosi co następuje.

Istota omawianego zarzutu Odwołującego sprowadza się do kontestowania, iż wykazany przez Przystępującego udział w realizacji robót budowalnych dotyczących Rozbudowy Drogi nr 112440L odpowiada doświadczeniu na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Części V ust. 2 pkt 3 lit a) SIWZ, albowiem roboty wykonane przez Przystępującego nie zawierały w swym zakresie ułożenia nawierzchni bitumicznej.

Na potrzeby omówienia tego zarzutu, warto przytoczyć zapis SIWZ. Zgodnie z Częścią V ust. 2 pkt 3 lit a) SIWZ, Wykonawca biorący udział w postępowaniu miał obowiązek wykazać spełnienie warunku zdolności technicznej lub zawodowej, przy czym Zamawiający wskazał, że: warunek zdolności technicznej lub zawodowej, zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże, że: a) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykona minimum 1 robotę budowlaną polegającą na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie drogi o nawierzchni bitumicznej o wartości minimum 600.000,00 zł brutto (w ramach jednego zadania inwestycyjnego, przebudowa musi dotyczyć jednego odcinka drogi branży drogowej).

Literalne brzmienie spornego zapisu SIWZ nie określa jako warunku koniecznego ułożenia nawierzchni bitumicznej. Zamawiający literalnie wymagał, aby wykonawca wykazał wykonanie minimum jednej roboty budowlanej polegającej na budowie/ rozbudowie/ przebudowie drogi o nawierzchni bitumicznej o wartości minimum 600.000 złotych. Warunek ten natomiast nie nakładał na wykonawcę wykonania samej nawierzchni bitumicznej.

Odnosząc się do uzasadnienia w punkcie 3.1. wskazać trzeba, iż Zamawiający w części V ust. 2 pkt 3 lit a) SIWZ nie określał, aby wykonawca wykazał się wykonaniem prac bitumicznych. Warunek udziału w postępowaniu określony w części V ust. 2 pkt 3 lit a) SIWZ winien być odczytywany łącznie. Zamawiający określił jako wykonanie minimum 1 roboty budowlanej polegającej na budowie i/ lub przebudowie i/lub rozbudowie drogi o nawierzchni bitumicznej o wartości minimum 600.000,00 zł brutto (w ramach jednego zadania inwestycyjnego, przebudowa musi dotyczyć jednego odcinka drogi - branży drogowej). Zatem literalne brzmienie opisanego powyżej warunku udziału w postępowaniu nie wskazuje na konieczność wykazania się wykonaniem nawierzchni bitumicznej. Dodatkowo trzeba zwrócić uwagę, że Zamawiający stawia dodatkowe wymagania co do tego, że robota musi dotyczyć jednego zadania inwestycyjnego, jednego odcinka drogi- branży drogowej.

Za nietrafny uznać należy argument zaprezentowany w odwołaniu, że spełniający warunek udziału w postępowaniu byłby także taki wykonawca, którego udział w budowie/ przebudowie/

rozbudowie drogi o nawierzchni bitumicznej był zupełnie znikomy, na przykład polegać jedynie na montażu znaków drogowych be wykonania jakichkolwiek prac dotyczących nawierzchni tej drogi. Wskazać bowiem trzeba, że Zamawiający określił kwotowe minimum wartości robót (600.000 zł brutto) oraz wskazał na konieczność wykonania robót na jedno zadanie inwestycyjne.

Nie zasługuje także na uwzględnienie argument Odwołującego, że LS COMPLEX pozostawał jedynie podwykonawcą bliżej niesprecyzowanej części zamówienia. Otóż LS COMPLEX przy wyjaśnieniach z dnia 5 kwietnia 2020r. (załącznik nr 9 do odwołania) załączył referencje wystawione przez PBI Infrastruktura SA, z których wynikał zakres wykonanych prac: roboty przygotowawcze, roboty rozbiórkowe, roboty ziemne, wykonanie podbudów, roboty brukarskie, kanalizacja odwadniająca, roboty wykończeniowe. Na podstawie przedłożonych referencji możliwe jest określenie zakresu wykonanych przez LS COMPLEX robót budowlanych. Także możliwe jest określenie zakresu wykonanych prac na podstawie załączonej do pisma z dnia 23 marca 2020r umowy podwykonawczej, a przede wszystkim dalszych załączników do tego pisma harmonogramu i faktur VAT, z których bezsprzecznie wynikał zakres wykonanych robót.

Odnosząc się dalej do zapatrywań zawartych w punkcie 3.8 odwołania odnośnie niemożności powoływania się na doświadczenie zdobyte przez LS COMPLEX jako podwykonawca (a taki wniosek można wyprowadzić z argumentów zawartych w punkcie 3.8) podnieść trzeba, iż warunek udziału w postępowaniu z części V ust. 2 pkt 3 a) SIWZ nie określa, aby roboty były wykonywane w ramach generalnego wykonawstwa, a nie podwykonawstwa. Przyjęcie takiego rozumowania jak w odwołaniu prowadziłoby bowiem do ograniczenia uczciwej konkurencji i godziło przede wszystkim w zdolność konkurowania małych i średnich przedsiębiorstw. Każdy z podmiotów biorących udział w zamówieniu nabywa doświadczenie, a w orzecznictwie KIO wyrażony został pogląd, że wykonawca może powoływać się na doświadczenie w zakresie realizacji inwestycji również z udziałem podwykonawców. Tym samym podwykonawca także może powoływać się na własne doświadczenie zdobyte w ramach realizacji inwestycji, co do wykonanych przez siebie robót. Jak już zostało wykazane powyżej, zakres tych robót oraz ich wartość wynika z referencji wystawionych przez PBI Infrastruktura SA. Treść referencji PBI Infrastruktura SA przedstawia się następująco- „firma LS COMPLEX jako nasz podwykonawca realizowała od czerwca do września 2019, roboty drogowe na zadaniu „Rozbudowa drogi gminnej nr 112440L wraz z budową oświetlenia drogowego w m. Wilczopole poprawiająca dostępność linii komunikacyjnej miejskiej nr 73 i 16. Zakres prac obejmował: roboty przygotowawcze, roboty rozbiórkowe, roboty ziemne, wykonanie podbudów, roboty brukarskie, kanalizację odwadniającą, roboty wykończeniowe". Wartość wykonanych robót wynosiła 738.000.01 zł brutto. Zestawiając przedstawione referencje stwierdzić trzeba, iż zakres realizowanych robót odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu, o jakim mowa w części V ust. 2 pkt 3 lit a SIWZ.

Podkreślić także trzeba, iż Odwołujący interpretuje zapisy SIWZ w sposób rozszerzający,

odchodząc od literalnego brzmienia. Przypomnieć w tym miejscu wypada, iż Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu winien kierować się celem zamówienia, ale opis spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia

wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Wprowadzenie do SIWZ wymogów nadmiernych i nieproporcjonalnych do wymogu zamówienia, ograniczałoby w sposób nieuprawniony wykonawców i naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Rację należy przyznać Przystępującemu argumentów zaprezentowanych w piśmie z dnia 5 kwietnia 2020r., że nawierzchnia drogi (bitumiczna) jest jedynie cechą drogi. Interpretacja warunku SIWZ tak jak w odwołaniu doprowadziłaby w istocie do ograniczenia udziału w postepowaniu wykonawców, którzy posiadaliby zdolności do jego realizacji.

Każde wymaganie powinno znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego związanych z realizacją przedmiotu zamówienia i do niego proporcjonalnych, co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 22 listopada 2010 roku (KIO/ KU 83/10), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 września 2010 r. (KIO 1947/10)).

Dlatego też Zamawiający nie uznaje zarzutu z punktu 1 za uzasadniony.

11.3.

W punkcie 2 Odwołujący zarzucił czynności Zamawiającego zaniechanie wykluczenia

Przystępującego, mimo, że nie wykazał, że roboty budowlane dotyczące Rozbudowy Drogi 112440L zostały należycie wykonane.

W uzasadnieniu Odwołujący podnosi , że LS COMPLEX nie wykazał przedłożonymi dokumentami należytego wykonania robót.

Dla przypomnienia warto w tym miejscu wskazać, ze dla wykazania należytego wykonania robót Przystępujący złożył: umowę wraz z załącznikami zawartą pomiędzy PBI Infrastruktura SA, a LS COMPLEX wraz z załączonym kosztorysem oraz fakturami za wykonane prace, protokół końcowego odbioru robót- z udziałem inwestora- Gminy Głusk, w którym brał udział Pan Ł. S. jako Podwykonawca, który jednocześnie jest Prezesem Zarządu Przestępującego i referencje wystawione przez PBI Infrastruktura SA. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, przedstawionych dokumentów jest możliwe ustalenie jakie konkretnie prace wykonywał Przystępujący w ramach inwestycji.

Nie można też zgodzić się z zarzutem, że Wykonawca ma obowiązek przedstawić referencje wystawione przez inwestora. Z treści § 2 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia Dokumentowego wynika, że wykonawca może potwierdzić należyte wykonanie prac nie tylko referencjami, ale też innymi dokumentami wystawionymi przez podmiot na rzecz którego prace były wykonywane. Zatem takim innym dokumentem może być też protokół odbioru robót, z którego wynika wykonanie prac. Z protokołu załączonego do pisma Przystępującego z dnia 5 kwietnia 2020r. w sposób niewątpliwy wynika wykonanie prac w terminie, a nadto wykonanie prac w sposób prawidłowy. Wszak inwestor odebrał roboty, a stwierdzone usterki uznał za nieistotne.

Nie zasługują na uwzględnienie argumenty Odwołującego, że dokument referencyjny musi zawierać literalne stwierdzenie należytego wykonania robót. Przywołać w tym miejscu trzeba wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2018 r. KIO 1038/18, gdzie wskazano: „żaden przepis ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, ani rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie zawiera wymagania, aby dokument referencyjny zawierał stwierdzenie "należyte wykonanie umowy". Potwierdzać należyte wykonanie umowy mogą również inne równoznaczne stwierdzenia. Oświadczenie o wykonaniu zobowiązania przez wykonawcę zgodnie z umową jest równoznaczne z potwierdzeniem należytego wykonania (art. z art. 354 § 1 k.c.)" .

Dodatkowo warto także podnieść, że protokół odbioru robót jest dokumentem, który może potwierdzać należyte wykonanie prac. W wyroku KIO z dnia 30 marca 2018r. KIO 497/18 zaprezentowano pogląd, że zgodnie z 2 ust. 4 pkt rozporządzenia z dnia 27 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający do wykonawcy w postępowaniu o udzieleniu zamówienia (Dz. U. 2016, poz. 1126 z późn. zm.) dokumentami składanymi celem potwierdzenia, że dostawy i usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane. Katalog dokumentów, potwierdzających należyte wykonanie prac ma charakter otwarty a ustawodawca nie postawił jakichkolwiek wymagań co konkretnych sformułowań, jakie mają być zawarte w ich treści. Istotne jest to, aby składane dokumenty potwierdzały, że dostawy, usługi zostały wykonane należycie, w sposób zgodny z umową, prawidłowy, bez uwag itp.

Przenosząc rozważania teoretyczne na grunt niniejszej sprawy stwierdzić trzeba, że skoro protokół odbioru robót datowany na 19 listopada 2019r. nie zawiera uwag co do wykonanych prac (stwierdzone usterki uznano za nieistotne), to przyjąć trzeba, że dokument ten potwierdza należyte wykonanie prac.

Dodatkowo należyte wykonanie robót potwierdzają też referencje PBI Infrastruktura SA. Faktem jest, że referencje nie zawierają sformułowania o treści "prace wykonane należycie". Wynika z nich jednak zakres wykonanych prac, termin oraz wysokość wynagrodzenia za wykonane roboty. Zatem dokument ten, mimo braku stwierdzenia, że prace wykonane zostały w sposób należyty, potwierdza ich wykonanie, w szczególności w powiązaniu z protokołem odbioru robót.

Na marginesie niejako należy tylko wskazać, że Rozporządzenie Dokumentowe nie ogranicza wykonawców w możliwości posłużenia się na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu doświadczeniem nabywanym w ramach podwykonawstwa. Przyjęcie takiego rozumienia prowadziłoby bowiem do ograniczenia uczciwej konkurencji i godziło przede wszystkim w zdolność konkurowania małych i średnich przedsiębiorstw- tak: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 października 2013 r. (KIO 2394/13).

Z opisanych powyżej powodów, Zamawiający uznaje podniesiony zarzut za nieuzasadniony.

W zakresie zarzutu Odwołującego z punktu 3- naruszeniu art. 22a ust. 6 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez umożliwienie powołania się na zasoby innego podmiotu w toku składanych wyjaśnień i uzupełnień, podczas gdy w złożonej ofercie LS COMPLEX powołało się na własną wiedzę i doświadczenie i zadeklarowało samodzielny udział w postępowaniu, Zamawiający podnosi co następuje,

Nie można odmówić racji argumentom Odwołującego co do tego, że powołanie się na zasoby innego podmiotu na etapie składania wyjaśnień jest nieuprawnione. W ofercie złożonej przez LS COMPLEX, Wykonawca zadeklarował samodzielne wykonanie przedmiotu zamówienia. Natomiast na etapie składania wyjaśnień powołał się z ostrożności (w piśmie z dnia 5 kwietnia 2020) na udostepnienie zasobów podmiotu trzeciego. Tym niemniej jednak zarzut ten nie może zostać uwzględniony. Jak już zostało wskazane powyżej, Zamawiający dokonując oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i badaniu podstaw wykluczenia przyjął za spełniające warunek określony w Części V ust. 2 pkt 3 lit a) wykonanie przez Przystępującego robót budowlanych dotyczących Rozbudowy Drogi nr 112440L. Zatem powołanie się na zasoby innego podmiotu i przedłożone referencje udzielone IGORD nie miały żadnego znaczenia dla wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający nie wziął pod uwagę przedłożonego przy piśmie z dnia 5 kwietnia 2020r. zobowiązania do udostępnienia zasobów IGORD, ani dalszych dokumentów z tym związanych. Wobec tego, okoliczność ta nie miała żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia postępowania przetargowego.

Podniesiony przez Odwołującego zarzut nie może zatem doprowadzić do uwzględnienia odwołania.

1.5.

Co się zaś tyczy zarzutu zaakceptowania przez Zamawiającego zobowiązania do udostępnienia zasobów przez IGORD przedłożonej w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Prezesa Zarządu LS COMPLEX, podczas gdy w świetle rozporządzenia dokumentowego poświadczenia powinien dokonać podmiot trzeci, od którego zobowiązanie pochodzi- tj. Pan J.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą IGORD, podnoszę co następuje.

Na wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 5 kwietnia 2020r. LS COMPLEX złożył między innymi zobowiązanie do udostępnienia zasobów poświadczone za zgodność z oryginałem przez Prezesa Zarządu Przystępującego Pana Ł.S.. Podkreślić jednak trzeba, iż do Zamawiającego wpłynęły oryginały tych dokumentów, w tym również omawiane zobowiązanie IGORD do udostępnienia zasobów z dnia 15.03.2020r. Co prawda, przedmiotowe zobowiązanie zostało opieczętowane za zgodność z oryginałem przez Przystępującego, tym niemniej Zamawiający stwierdził, iż jest to oryginał przedmiotowego zobowiązania.

Dowód: zobowiązanie do udostępnienia zasobów z dnia 15.03.2020r., złożone na rozprawie;

Tym samym zobowiązanie do udostępnienia zasobów spełnia wymagania określone w S 14 ust. 1 Rozporządzenia Dokumentowego. Zgodnie z treścią tego przepisu zobowiązania innych podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a PZP składane są w oryginale. Jeżeli zatem zobowiązanie zostało złożone w oryginale, to nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych.

Niezależnie od powyższych rozważań, aktualna pozostaje argumentacja zaprezentowana w punkcie 1.4. niniejszego pisma w zakresie braku znaczenia dla rozstrzygnięcia postępowania powołania się przez Przystępującego na zasoby podmiotu trzeciego.

1.6. Podsumowując podniesioną powyżej argumentację, stwierdzić trzeba, iż czynność Zamawiającego polegająca na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy LS COMPLEX nie została podjęta z naruszeniem przepisów wskazanych w odwołaniu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w stosunku do LS COMPLEX nie zaistniały podstawy do wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP, a zatem brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania.

W tym stanie rzeczy, Zamawiający wnosi i wywodzi jak w petitum

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Po rozważeniu, argumentacji obydwu stron w tym przystępującego po stronie zamawiającego oraz na podstawie dokonanych ustaleń w zakresie przebiegu postępowania przetargowego, Izba orzekła o uwzględnieniu odwołania w zakresie unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty jak i wykluczenia z postępowania wykonawcy wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego.

Zasadniczy spór zawisły przed Izbą sprowadza się do rozstrzygnięcia czy doświadczenie zawodowe przedstawione przez wykonawcę wybranego spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Rozbieżności w ocenie stanu faktycznego i prawnego między stronami odnoszą się do postanowień siwz to jest:

Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykona minimum 1 robotę budowlaną polegającą na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie drogi o nawierzchni bitumicznej o wartości minimum 600.000,00 zł brutto (w ramach jednego zadania inwestycyjnego, przebudowa musi dotyczyć jednego odcinka drogi branży drogowej).

Okoliczności faktyczne między stronami nie są sporne i sprowadzają się do tego, że wykonawca wybrany jako podwykonawca wykonał roboty przygotowawcze do przebudowy drogi czyli przygotował podbudowę drogi ale nie położył na niej nawierzchni

bitumicznej/asfaltu.

W zakresie tego zasadniczego sporu Izba podziela w całej rozciągłości argumentację faktyczną i prawną przedstawioną w odwołaniu jak i zaprezentowaną powyżej w uzasadnieniu.

Reasumując zarówno literalne brzmienie warunku ustanowionego przez zamawiającego jak i celowość/funkcjonalność ustalania warunku udziału ma zagwarantować wykonanie zamówienia. Gwarancje wykonania zamówienia zapewnia wykonawca, który zbudował, przebudował drogę o nawierzchni bitumicznej w całości to jest wykonał prace rozbiórkowe, prace podbudowy drogi i ułożył nawierzchnię bitumiczną czyli asfalt. Nie spełnia postawionego warunku wykonawca, który nie wykonał przebudowy drogi o nawierzchni bitumicznej czyli robót budowlanych obejmujących swym zakresem również wykonanie nawierzchni

bitumicznej.

Skoro zamawiający stawia warunek udziału w doświadczeniu zawodowym wykonawcy to również w razie wątpliwości należy oceniać spełnienie warunku z uwzględnieniem opisu przedmiotu zamówienia a tym samym z takimi robotami jak:

Zgodnie z Częścią III ust. 2 SIWZ:

Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje wykonanie przebudowy nawierzchni na odcinku 471 m dz. nr ew. 58 oraz dz. nr ew. 342 w niżej opisanym zakresie:

- podbudowa z gruntocementu grubości 15 cm,

- podbudowa z kruszywa łamanego 0-63mm stabilizowanego mechanicznie (warstwa dolna),
- georuszt dwukierunkowy,

- podbudowa z kruszywa łamanego 0-31,5 mm stabilizowanego mechanicznie (warstwa górna) - grubości 8 cm,

- warstwa wiążąca grubości 3 cm z betonu asfaltowego 0-16 mm,

- warstwa ścieralna grubości 4 cm z betonu asfaltowego 0-12,8 mm,

• zakup, dostawa i montaż znaków ostrzegawczych, informacyjnych oraz zakazu w ilości 9 szt.

Reasumując nie do przyjęcia w ocenie Izby jest sytuacja w której wykonawca ma udowodnić zdolność zawodową do realizacji zadania nie mając kwalifikacji/doświadczenia w układaniu nawierzchni bitumicznej/asfaltu. Taki wykonawca nie jest w stanie samodzielnie wykonać zamówienia. Bezspornie ustalono, że wykonawca wybrany w formularzu ofertowym oświadczył o samodzielnym wykonaniu zamówienia. W ocenie Izby jest to istotny element oferty co do sposobu wykonania zamówienia i próba zmiany tego oświadczenia po złożeniu oferty jest niedopuszczalna i to w zakresie całości przesłanek opisanych w art.87 Pzp umożliwiającym wyjaśnienie wątpliwości złożonej oferty czy też poprawienia opisanych tam omyłek. Próba wykonawcy wybranego, po wezwaniu przez zamawiającego do wyjaśnień w zakresie posiadania doświadczenia w układaniu asfaltu, złożenia zobowiązania podmiotu udostepniającego cudzy zasób, jest nie do zaakceptowania. Zresztą z takim stanowiskiem odwołującego, zamawiający w trakcie procesu zgodził się. To jest po złożeniu ofert, gdy oświadczył się w ofercie wykonawca o samodzielnym wykonaniu przedmiotu zamówienia, nie jest dopuszczalna zmiana treści oferty, co do sposobu wykonania zamówienia. Izba podziela w tym zakresie stanowiska stron, co do tego, że dyspozycja suwerenna wykonawcy jak będzie wykonywać zamówienie to jest czy samodzielnie, czy z udziałem innych podmiotów (podwykonawcy, podmiotu dającego zasoby) jest treścią oferty, o której decyduje wykonawca i nie ma prawa w tym zakresie do zmian po złożeniu oferty.

W związku z powyższym, że zamawiający wymagał doświadczenia zawodowego zbliżonego do przedmiotu zamówienia to wykonawca, który nie układał asfaltu na budowanej, przebudowywanej czy rozbudowywanej drodze z nawierzchnią bitumiczną/ asfaltową podlega wykluczeniu na podstawie art.24 ust.1 pkt 12 Pzp, skoro na etapie składania oferty zadeklarował samodzielne wykonanie zamówienia.

Izba w zaistniałej sytuacji nie znalazła podstaw do skorzystania z art.26 ust.3 Pzp jako nie znajdującej dyspozycji co do przesłanek wezwania opisanych w tym artykule, chociażby z tego powodu, że wykonawca na wezwanie do wyjaśnień co do kładzenia asfaltu, przywołał doświadczenie podmiotu zewnętrznego.

Pozostają nieistotne dla rozstrzygnięcia sporu kwestie odnoszące się co do sposobu przedstawienia tzw. referencji. W tym zakresie Izba podziela argumentację zamawiającego przedstawioną powyżej to jest w odpowiedzi na odwołanie. Zaistniały spór Izba kwituje stwierdzeniem, że protokół odbioru robót nawet z zaznaczeniem usterek do usunięcia jest potwierdzeniem należytego wykonania.

Nieistotny jest też w sporze zarzut barku potwierdzenia za zgodność dokumentu przez sam podmiot udostepniający. Zamawiający złożył na rozprawie oryginalny dokument zobowiązania. Niemniej nie ma to znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, skoro sam zamawiający także uznał za niedopuszczalną zmianę sposobu wykonania po złożeniu oferty (nie samodzielnie tylko z podmiotem dającym zasób doświadczenia zawodowego).

W tym stanie rzeczy orzeczono na podstawie art.192 ust.2 jak w sentencji wyroku, stwierdzając naruszenie art.24 ust.1 pkt 12 jako mający wpływ na wynik postepowania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust.2 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 (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 10.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 10.000 zł 00 gr jako koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania. Pełnomocnik odwołującego złożył fakturę vat za udział w procesie, stąd zasądzono 3600.00, na rzecz zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: .....