Sygn. akt: KIO 997/20

WYROK

z dnia 30 czerwca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Anna Packo
Aleksandra Patyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2020 r. przez wykonawcę Strabag Infrastruktura Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wysokiej w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy ADAC-LEWAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przystajni zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Strabag Infrastruktura Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wysokiej i:

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

2.2. zasądza od odwołującego Strabag Infrastruktura Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wysokiej na rzecz zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postepowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

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

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie

(w imieniu którego działa Oddział w Opolu) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Remont jezdni północnej autostrady A4 na odc. Węzeł Krapkowice - Węzeł Kędzierzyn - Koźle od km 256+740 do km 269+575" (nr ref. O.Op.D-3/2414.03.2020(6). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 lutego 2020 r. pod numerem 2020/S 039-091383. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 11 maja 2020 r. wykonawca Strabag Infrastruktura Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wysokiej wniósł odwołanie na czynności i zaniechania dokonania czynności przez Zamawiającego polegające na dokonaniu wyboru oferty ADAC-LEWAR Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Przystajń (dalej „ADAC"), jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy ADAC do uzupełnienia dokumentów wymaganych do wykazania spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. dowodów potwierdzających, że wskazane w złożonym wykazie roboty budowlane zostały wykonane należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone w formie i sposób zgodny z postanowieniem Tomu I SIWZ pkt 9.7 pkt 1 lit. c) w zw. z art. 9 ust.1 ustawy Pzp;

2. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ADAC do złożenia wyjaśnień dotyczących jego faktycznego udziału przy realizacji zamówień wskazanych w wykazie robót, które zostały wykonane wspólnie przez członków konsorcjum, co w konsekwencji uzasadnia zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ust.1

ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy ADAC

z postępowania, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz

dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, niezgodnie z treścią przepisów ustawy Pzp oraz warunkami opisanymi w SIWZ;

3. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ADAC do złożenia wyjaśnień, czy Spółka ADAC wykonała zadnie pn.: „Rozbudowa drogi krajowej nr 45 na odcinku Reńska Wieś - Większyce - Poboroszów" zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane, w szczególności, czy wyroby budowlane wytworzone w WMB, usytuowanej w m. Rzepcze, gmina Głogówek i wbudowane w ramach ww. zadania odpowiadają treści przepisu art. 10 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. (Dz.U. Nr 89, poz. 414 ze zm.), co w konsekwencji implikuje zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ust.1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy ADAC z postępowania, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, niezgodnie z treścią przepisów ustawy Pzp oraz warunkami opisanymi w SIWZ;

4. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z przepisem § 2 ust. 1 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 (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126), (w skrócie: „Rozporządzenie") w zw. z art. 51 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpadach, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ADAC do złożenia potwierdzenia wpisu do rejestru BDO, co implikuje zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ust.1 ustawy Pzp zakresie braku wykazania przez ADAC wpisu do rejestru BDO prowadzonego przez powołane do tego organy administracji publicznej.

Ponadto, z ostrożności prawnej Odwołujący zarzucił Zamawiającemu także naruszenie:

5. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ADAC jako niezgodnej z treścią SIWZ, podczas gdy

wykonawca ten jednoznacznie wskazał w formularzu oferty, że wykonana przedmiot zamówienia samodzielnie na warunkach wynikających z SIWZ,

6. art. 90 ust. 1a w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny udowadniają, że cena zaoferowana przez ADAC nie jest ceną rażąco niską, podczas gdy wyjaśnienia te nie udowadniają, że cena oferty ADAC nie jest rażąco niska i zmieniają treść złożonej uprzednio oferty, a podnoszone w wyjaśnieniach okoliczności nie stanowią żadnych okoliczności faktycznych, które uzasadniają zaoferowaną przez tego wykonawcę cenę w takim samym stopniu wyjątkowo korzystne uwarunkowania, jak choćby obniżki cen związanych z pandemią koronawirusa dotyczą innych wykonawców;

7. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania ADAC, pomimo wprowadzenia Zamawiającego przez tego wykonawcę w błąd przy przedstawieniu informacji mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w zakresie oświadczeń zawartych w formularzu oferty;

8. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ,

9. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji, poprzez dokonanie wyboru oferty Oferenta jako najkorzystniejszej, która podległa odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty ADAC-Lewar Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny i badania ofert, wykluczenie spółki ADAC - Lewar Sp. z o.o. z podstępowania oraz odrzucenie Jego oferty, dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów w postępowaniu, jak również z dokumentów złożonych do odwołania przez Odwołującego na uzasadnienie stawianych zarzutów.

Odwołujący przedstawił szczegółowo stan faktyczny sprawy, odnosząc się m.in. do treści SIWZ, jak i oświadczeń i dokumentów złożonych przez wykonawcę ADAC. Wskazał także, że z informacji uzyskanych przez niego w trybie dostępu do informacji publicznej wynika, że spółka ADAC nie posiada formalnoprawnego zezwolenia z zakresu gospodarki odpadami na gospodarowanie nimi, w szczególności zezwolenia na zbieranie i transport odpadów, co jest wymogiem ustawowym (załączył pisma Marszałka Urzędu Opolskiego oraz Marszałka Województwa Śląskiego z dnia 17 kwietnia 2020 r.). Odwołujący zauważył ponadto, że wykonawca ADAC na dzień złożenia oferty nie figuruje w rejestrze BDO, jako podmiot uprawniony do opisanego przez Zamawiającego gospodarowania (odpadami), jako ich wytwórca. Dodał, że w zakresie obowiązków gospodarowania odpadami zgodnie z przepisem art. 27 ust. 2 ustawy o odpadach wytwórca odpadów lub inny posiadacz odpadów może zlecić wykonanie obowiązku gospodarowania odpadami wyłącznie podmiotom, które posiadają zezwolenie na zbieranie odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów. Odwołujący powołał się na art. 50 i 51 ustawy o odpadach, odnoszących się do wpisu do rejestru BDO na wniosek i z urzędu. Podkreślił, że Zamawiający określił w SIWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli zawarty w ofercie, co do zakresu, sposobu i warunków realizacji, który stanowi podstawę dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności, jeżeli Zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty - poza potwierdzeniem ogólnym oświadczeniem o zgodności oferowanego produktu z opisem przedmiotu zamówienia - podania dokumentów, wykazu narzędzi o prowadzeniu działalności zgodnie z przepisami przepisów prawa obowiązującego w Polsce oraz konkretnych informacji dotyczących zasobów, a jednocześnie zgodności wykonywanych robót z przepisami obowiązującego w Polsce prawa, to istotne jest aby treść złożonych oświadczeń nie podważały na dzień złożenia oferty oświadczeń wstępnych (własnych ADAC w formularzu oferty) w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia oraz spełnienia kryteriów selekcji tych okoliczności, informacje uzyskane od powołanych do tego organów.

Odwołujący powołał się także na pkt 1.6. oraz 1.5.2.3 PFU, podnosząc, że remont autostrady A4 oraz odzysk, transport i przetwarzanie odpadów są przedsięwzięciami powiązanymi technologicznie. I w tej sytuacji nie sposób rozpatrywać oświadczenia ADAC o spełnieniu warunków udziału i wykonywaniu przedmiotu zamówienia inaczej niż z uwzględnieniem wymaganych ustawowo zezwoleń i wpisów do rejestru w zestawieniu z treścią oświadczeń wstępnych złożonych w postępowaniu, jak i w odniesieniu do zgodności oświadczenia zawartego w formularzu w stosunku do sposobu, warunków realizacji zamówienia w zestawieniu z tym czego wymaga Zamawiający w SIWZ. W ocenie Odwołującego złożone przez ADAC oświadczenie wstępne w formularzu oferty, że akceptuje i wykona przedmiot zamówienia na warunkach zawartych w SIWZ uzasadnia postawienie

treści tego oświadczenia zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp (w tym kontekście wskazał na wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 114/18). Dalej Odwołujący zauważył, że w PFU ze względu na charakter robót remontowych autostrady A4, których znacząca większość jest związana z produkcją i wbudowaniem mieszanek mineralno - asfaltowych („mma"). Zamawiający w SIWZ wprost postanowił, że Wykonawca powinien uzyskać zatwierdzenie Nadzoru Inwestorskiego dla lokalizacji i wydajności wytwórni mma. Przewidział także, że celem zatwierdzenia Wytwórni Mieszanek Bitumicznych („WMB") Wykonawca zobowiązany będzie przedstawić projekt technologii produkcji wytworzenia (wydajność WMB), transportu (ilość środków, odległość, utrudnienia w ruchu itp.) i wbudowania (grubość warstwy, szerokość wbudowywania, temperatura wbudowania i zagęszczania itp.) uwzględniający zachowania ciągłości wbudowania i zachowania pełnych parametrów wyprodukowanej mma po dotarciu na miejsce wbudowania i zagęszczeniu. Z informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika, że ADAC nie posiada własnej WMB w zakresie produkcji i wbudowania mieszanek mieralno-asfaltowych.

Uzasadniając zarzuty odnoszące się do warunków udziału w postepowaniu, Odwołujący wskazał w szczególności, iż wykonawca ADAC w dniu 23 kwietnia 2020 r. na wezwanie Zamawiającego złożył wykaz robót budowlanych, w którym wskazał na wykonanie zadania

pn.: „Rozbudowa drogi krajowej nr 45 na odcinku Reńska Wieś - Większyce - Poboroszów".

zrealizowanego na rzecz Zamawiającego - Skarbu Państwa - GDDKiA Oddział w Opolu. Odwołujący podniósł, że na potwierdzenie ww. oświadczenia spółka ADAC złożyła, w miejsce wymaganego zdaniem Odwołującego zgodnie z Tomem I, pkt 7.2. ppkt 3 lit. a SIWZ Świadectwa Przejęcia lub Protokołu Odbioru Robót - List referencyjny od Zamawiającego GDDKiA w Opolu z dnia 15 stycznia 2020r., z którego wynika, że spółka ADAC nie realizowała samodzielnie, a jako wykonawca działający w ramach Konsorcjum firm tj.: ADAC-LEWAR Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych A. B. - Partner Konsorcjum. Z tego względu, mając na uwadze, że warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia, o którym mowa w art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp, odnosi się do rzeczywistego zrealizowania przez wykonawcę części lub całości zamówienia, w ocenie Odwołującego, nie można było uznać, jak uczynił to Zamawiający, aby treść oświadczenia złożonego przez ADAC potwierdzała spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z brzmieniem warunku, o którym mowa w Tomie I SIWZ, Rozdział I, pkt 9.7., ppkt 1 lit c. Skoro Zamawiający zdecydował się na określenie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, to powinien konsekwentnie zweryfikować czy wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, posiada doświadczenie wymagane postanowieniami SIWZ i udokumentować to w sposób wymagany SIWZ oraz zgodnie z przepisami obowiązującego prawa ustawy Pzp oraz w celu zachowania zasad opisanych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz w sposób pisemny, co wynika z przepisu art. 9 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że Zamawiający winien wykluczyć tego wykonawcę z postępowania, a zaniechanie tej czynności stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ust.1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał także na treść listu referencyjnego, z którego w jego ocenie nie wynika, aby zadanie wykonane przez ADAC zostało wykonane należycie i zgodnie z przepisami prawa budowlanego, nie sposób bowiem utożsamiać wykonania zadania zgodnie ze sztuką budowlaną z oświadczeniem o zgodności zakończonych robót zgodnie z przepisami prawa budowlanego. W ocenie Odwołującego powyższa okoliczność może wynikać także z faktu, że w zakresie realizacji referencyjnego zadania spółka ADAC dostarczała wyroby budowlane wytworzone w WMB, usytuowanej w m. Rzepcze, gmina Głogówek, która nie stanowi obiektu budowlanego zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane, a dostarczone z ww. WMB materiały nie odpowiadają treści przepisu art. 10 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. (Dz.U. Nr 89, poz. 414 ze zm.). Odwołujący wyjaśnił, że powyższe informacje uzyskał w drodze odstępu do informacji publicznej, wskazał także, że celem wykazania zgodności lub niezgodności ww. zarzutów wystosował także odpowiednie zapytanie do Zamawiającego, na które nie uzyskał odpowiedzi do dnia złożenia odwołania. Jako dowód Odwołujący załączył pismo PINB w powiecie prudnickim z dnia 8 maja 2020 r. W jego ocenie, z uwagi na treść listu referencyjnego, Zamawiający miał obowiązek wykluczyć wykonawcę ADAC z postępowania wobec niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał także, że Zamawiający zobowiązany był do zastosowania trybu przewidzianego w § 2 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie może powoływać się bowiem na swoją wiedzę wobec tego, że zgodnie z przepisem art. 9 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. W tym zakresie Odwołujący powołał się na

wyroki Izby z dnia 26 maja 2017 r., sygn. akt KIO 905/17, KIO 925/17, KIO 933/17, z dnia 22 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2571/17, z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 188/18, KIO

201/18.

Odwołujący podkreślił, że w przedstawionym przez ADAC wykazie robót budowlanych jak i w pozostałych dokumentach brak był informacji na temat tego, jaki był jego rzeczywisty udział w realizacji robót, a w ramach przedmiotowego zamówienia Zamawiający nie potwierdził zgodności wykonanych robót zgodnie z postanowieniem Tomu I, IDW pkt 7.2, ppkt 3. Odwołujący wskazał, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu postawionych przez Zamawiającego w taki sposób, który nie budzi wątpliwości. Spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może być przedmiotem domniemań Zamawiającego, dlatego też wykonawca powinien na wezwanie przedstawić takie środki dowodowe, które potwierdzą prawdziwość złożonych oświadczeń wstępnych, a nie poddadzą je w uzasadnioną wątpliwość. Stąd też, zdaniem Odwołującego, wykonawca ADAC winien podlegać wykluczeniu z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w Tom I rozdział I SIWZ pkt 9.7. ppkt 1 lit. c SIWZ, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą. Te okoliczności uzasadniają zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał ponadto, że z treścią warunków udziału w postępowaniu koresponduje także i to, że w postanowieniu Tomu I SIWZ pkt 9.7 pkt 1 lit. c) i e) przewidziano, iż na wezwanie Zamawiającego wykonawca zobowiązany jest m in. do złożenia oświadczeń lub dokumentów w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu obejmujące m.in. wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. W Tomie I SIWZ pkt 10 ppkt 2 Zamawiający wskazał z kolei, że wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Odnosząc się do niezgodności treści oferty wykonawcy ADAC z SIWZ, Odwołujący wskazał, iż ww. wykonawca oświadczył, w pkt 1 Formularza oferty, że wykona przedmiot zamówienia zgodnie SIWZ, natomiast w pkt 2, że zapoznał się ze SIWZ i uznaje się za związanego przekazanymi przez Zamawiającego opisanymi w SIWZ postanowieniami i zasadami postępowania. Jednocześnie też wykonawca ten oświadczył w pkt 11, że w przypadku wyboru jego oferty do zawarcia umowy na warunkach określonych w SIWZ. Odwołujący wskazał, iż PFU zawiera szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, zatem wszystkie jednoznaczne wymagania zawarte w tym dokumencie są wiążące dla wykonawcy przy sporządzeniu oferty. W opisanych w PFU wymogach stawianych wykonawcom znacząca większość jest związana z produkcją i wbudowaniem mieszanek mineralno - asfaltowych. Zamawiający w SIWZ wprost wskazał, że wykonawca powinien uzyskać zatwierdzenie Nadzoru Inwestorskiego dla lokalizacji i wydajności wytwórni mieszanek mineralno - asfaltowych. Przewidział także, że celem zatwierdzenia WMB wykonawca zobowiązany będzie przedstawić projekt technologii produkcji wytworzenia (wydajność WMB), transportu (ilość środków, odległość, utrudnienia w ruchu itp.) i wbudowania (grubość warstwy, szerokość wbudowywania, temperatura wbudowania i zagęszczania itp.) uwzględniający zachowania ciągłości wbudowania i zachowania pełnych parametrów wyprodukowanej mma po dotarciu na miejsce wbudowania i zagęszczeniu.

Odwołujący zauważył, że treść oferty ADAC wskazuje w pkt 5, że zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: a) opracowanie dokumentacji projektowej remontu autostrady (projektu wykonawczego), pełnienie nadzoru autorskiego, b) roboty branży mostowej. W pkt 6 Formularza oferty wykonawca ADAC podał, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia następującym podwykonawcom a) Ayesa Ingenieria y Arąuitectura S.A., Sewilla, b) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „KAMPOL" J. Ż., Kamyk. Odwołujący podniósł, że także „KAMPOL" na dzień złożenia oferty przez ADAC nie figuruje w rejestrze BDO, jako podmiot uprawniony do transportu i o gospodarowania odpadami zgodnie z ustawą o odpadach. Natomiast w ramach wyjaśnień z dnia 08 kwietnia 2020r. dotyczących rażąco niskiej ceny wykonawca ADAC wskazał z kolei, że zamierza powierzyć podwykonawcom wszystkie prace poza wykonaniem konstrukcji nawierzchni, natomiast masę MA zamierza nabyć z wytwórni SKN usytuowanej w Opolu. To oznacza, że w zakresie narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami nie dysponuje samodzielnie wytwórnią mieszanek mineralno - asfaltowych, gwarantujących wykonanie zamówienia na warunkach opisanych przez Zamawiającego w SIWZ. W ocenie Odwołującego Zamawiający zaniechał wyjaśnienia treści oferty ADAC w zakresie związanym z wymogiem dysponowania WMB oraz badaniem podstaw dysponowania tą wytwórnią na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i przyjął lakoniczne wyjaśnienia ADAC, że wykonawca ten będzie nabywał w wytwórniach zewnętrznych mieszanki mineralno-

asfaltowe, w sytuacji gdy w ofercie nie powoływał się na takie okoliczności, co oznacza, że ADAC uzupełnił treść oferty „dostosowując" ją do wymagań Zamawiającego opisanych w SIWZ, gdy tymczasem oświadczenie (wstępne) ADAC zawarte w jego ofercie było równoznaczne z zapewnieniem, że wykonawca ten jest w stanie wykonać zamówienie siłami własnymi, tj. posiada niezbędne doświadczenie oraz wymagany w PFU potencjał kadrowy i techniczny. Zawarte w ofercie, jak i wyjaśnieniach ADAC nowe treści dodane do oferty przy okazji badania rażąco niskiej ceny powodują zmiany, które są istotne i wskazują na niezgodność oświadczenia zawartego w ofercie z wymogami zawartymi w SIWZ. Zdaniem Odwołującego przyjęcie takich wyjaśnień, jak uczynił to Zamawiający przy okazji badania rażąco niskiej ceny należy uznać za niezgodne nie tylko z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który zakazuje dokonywania jakiejkolwiek zmian w treści oferty, ale także za niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Nie można bowiem uznać, że zasada równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości została zachowana, jeżeli Zamawiający przyjmuje wyjaśnienia wykonawcy, w których podaje on nowe okoliczności, nie wynikające z treści pierwotnej oferty, a które skutkują koniecznością uznania jego oferty za zgodną z SIWZ, podczas gdy w swej pierwotnej treści oferta ta była z SIWZ niezgodna. Odwołujący wskazał na wyrok Izby z dnia 3 października 2017 r., sygn. akt: KIO 1948/17.

Ponadto w ocenie Odwołującego czynności podejmowane przez wykonawcę ADAC w przedmiotowym postępowaniu stanowią także czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp, uzasadniający żądanie odrzucenia złożonej przez ADAC oferty. Zdaniem Odwołującego wykonawca ADAC wprowadził Zamawiającego w błąd co do zdolności wykonania zamówienia na warunkach opisanych w SIWZ, jak i samodzielnego dysponowania wystarczającym potencjałem technicznym, w szczególności wytwórnią WMB wymaganą do wykonania zamówienia. Powyższe stanowi bez wątpienia naruszenie dobrego obyczaju. Zachowanie takie godzi zarazem w interes innych przedsiębiorców - w tym wypadku wykonawców, którzy konkurowali z ADAC w Postępowaniu. Nie można bowiem mówić o zachowaniu równych szans w ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli treść oferty jednego z nich nie polega na prawdzie, w zakresie w jakim deklaruje się możliwość spełnienia wszelkich wymogów oczekiwanych przez Zamawiającego w SIWZ, tym bardziej, że niezgodność treści oferty nie pozostaje w tym wypadku bez znaczenia. Może mieć ona bowiem zasadniczy wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, iż zachowanie ADAC rozpatrywać można także w kontekście przedstawienia w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z powołaniem się na treść przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Błędne informacje przedstawione przez ADAC mogły mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Należy bowiem założyć, że gdyby Zamawiający wiedział, że ADAC nie posiada WMB (wytwórni mieszanek mineralno-asfaltowych), a deklarował wykonanie zamówienia samodzielnie, to stwierdzić by musiał zapewne, że pomiędzy złożonym oświadczeniem a istniejącym stanem rzeczy jest rozbieżność, a co za tym idzie, że ADAC nie dochował wymogu ustanowionego w SIWZ w zakresie dysponowania wymaganym potencjałem technicznym i narzędziami niezbędnymi do wykonania zamówienia. Ponadto w taki sam sposób należy ocenić fakt, że ADAC nie jest podmiotem posiadającym jakiekolwiek zezwolenia na gospodarowanie, transport i przetwarzanie odpadów odpowiednio do wymogów ustawy o odpadach. Zamawiający mając wiedzę w ww. zakresie musiałby dojść do przekonania, że ADAC nie posiada zdolności technicznych i uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia na warunkach opisanych w SIWZ.

Odwołujący dodał, że Zamawiający zobowiązany był w opisanym zakresie zobowiązany do zastosowania trybu przewidzianego w § 2 ust. 4 pkt 3 i 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, czego zaniechał. Zamawiający może bowiem żądać przedstawienia przez wykonawcę wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami oraz opisu urządzeń technicznych oraz środków organizacyjno-technicznych zastosowanych przez wykonawcę w celu zapewnienia jakości oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego posiadanego przez wykonawcę lub które będzie pozostawało w dyspozycji wykonawcy. Zachowanie ADAC w ocenie Odwołującego należy uznać przy tym za co najmniej lekkomyślne. ADAC jako profesjonalny podmiot zajmujący się wykonawstwem robót budowlanych, zgodnie z jego twierdzeniem od co najmniej 8 lat, musiał wiedzieć jakie posiada uprawnienia i kompetencje oraz jakim potencjałem technicznym dysponuje i że do potencjału tego nie można zaliczyć WMB (wytwórni mieszanki mineralno-asfaltowej).

W dniu 25 maja 2020 r. do Prezesa KIO wpłynęło pismo procesowego wykonawcy ADAC-LEWAR Sp. z o.o. z siedzibą w Przystajni zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (dalej jako „Przystępujący”), w którym wniesiono o oddalenie odwołania.

Przystępujący, odnosząc się do postawionych zarzutów wskazał m.in., iż w Wykazie robót budowlanych powołał się na zadanie wykonane na rzecz tego samego Zamawiającego, co Zamawiający prowadzący przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Wyjaśnił, że zadanie to zostało zrealizowane przez konsorcjum z udziałem Przystępującego, jako lidera, który w ramach tego zadania wykonał roboty o wartości netto 24.722.837,40 zł, co potwierdza sporządzony w dniu 26 kwietnia 2019 r. i załączony do pisma procesowego aneks do umowy konsorcjum z dnia 16 października 2017 r., także załączonej do pisma. Powyższy aneks do umowy konsorcjum jak i ta umowa były w posiadaniu Zamawiającego przed wszczęciem postępowania, wobec czego Zamawiający, dysponując rzeczonymi dokumentami w trakcie tego postępowania, nie miał - wbrew wywodom prezentowanym w odwołaniu - podstaw ani do kwestionowania spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w nim opisanego w Rozdziale I pkt 7.2.3) lit. a) tiret pierwsze IDW, ani do żądania od Przystępującego wyjaśnień co do złożonego przez niego Wykazu robót budowlanych, ani wreszcie do wystąpienia o dodatkowe informacje i dokumenty w trybie 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, bo takie wystąpienie Zamawiający musiałby skierować do siebie samego.

Przystępujący wskazał na treść Rozdziału 1 pkt 9.7. I) lit. c) IDW , w którym Zamawiający zastrzegł, że do Wykazu robót budowlanych wykonawca winien załączyć dowody określające, czy roboty budowlane powołane w tym Wykazie zostały wykonane należycie, w szczególności informacje o tym, czy roboty te zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym owymi dowodami są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane. Zgodnie z powyższym wymogiem Zamawiającego Przystępujący załączył do przedłożonego przez siebie w powołanym na wstępie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Wykazu robót budowlanych m. in. List referencyjny z dnia 15 stycznia 2020 r. potwierdzający, iż powołane w tym Wykazie zadanie zostało wykonane należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. List ów został wystawiony przez podmiot udzielający zamówienia na wykonanie wyżej wymienionego zadania, tj. przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad — Odział w Opolu, to jest przez Zamawiającego. W ocenie Przystępującego prezentowane w odwołaniu stanowisko, że omawiany List referencyjny nie potwierdza należytego wykonania opisanego w nim zadania, stoi w ewidentnej sprzeczności z treścią tego Listu, a pogląd że Zamawiający winien zażądać od Przystępującego wyjaśnień co do treści Listu referencyjnego, jest absurdalny, bo oznaczałby, że Przystępujący miałby udzielić Zamawiającemu wyjaśnień co do treści dokumentu wystawionego przez Zamawiającego.

Następnie Przystępujący podniósł, że prezentowane w odwołaniu wnioski, jakie Odwołujący wysnuł z uzyskanych przez siebie w organach administracji publicznej informacji dotyczących wytwórni mas bitumicznych w miejscowości Rzepcze oraz powiązane z tymi wnioskami wywody o niespełnieniu przez Przystępującego warunków udziału w powołanym na wstępie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o nieprawdziwości oświadczeń Przystępującego złożonych w rzeczonym postępowaniu tudzież o dokonanej przez Przystępującego po terminie składania ofert zmianie treści jego oferty złożonej w tym postępowaniu — są dla Przystępującego niezrozumiałe w kontekście następujących okoliczności:

1) opisane w Rozdziale 1 pkt 7.2.3) lit. c) IDW warunki udziału w powołanym na wstępie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, jakie wykonawca musi mieć dostępne w celu realizacji zamówienia, nie obejmują wytwórni mas bitumicznych;

2) w związku z powyższym Przystępujący ani w swojej ofercie złożonej w powołanym na wstępie postępowaniu, ani w Wykazie narzędzi złożonym w tym postępowaniu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w nim opisanego w Rozdziale I pkt 7.2.3) lit. c) IDW nie deklarował dysponowania wytwórnią mas bitumicznych w miejscowości Rzepcze lub jakąkolwiek inną;

3) w tej sytuacji zwarta w piśmie Przystępującego do Zamawiającego z dnia 8 kwietnia 2020r. wyjaśniającym cenę oferty Przystępującego informacja, że Przystępujący zakłada zakup mieszanek bitumicznych na potrzeby realizacji zamówienia będącego przedmiotem tego postępowania z należących do Śląskich Kruszyw Naturalnych Spółki z o.o. wytwórniach w Opolu i Niemodlinie, w żadnym razie nie stanowi zmiany rzeczonej oferty.

Niezależnie od powyższego Przystępujący oświadczył, że dysponuje wytwórnią mas bitumicznych w miejscowości Rzepcze.

Przystępujący wskazał ponadto, że prezentowane w odwołaniu wnioski, jakie

Odwołujący wysnuł z uzyskanych przez siebie w organach administracji publicznej informacji o nieposiadaniu przez Przystępującego zezwoleń z zakresu gospodarki odpadami i twierdzenie, że Przystępujący nie figuruje w rejestrze BDO, oraz powiązane z tymi wnioskami i twierdzeniem wywody o obowiązku Zamawiającego wezwania Przystępującego do przedstawienia wpisu do rejestru BDO, o niespełnieniu przez Przystępującego warunków udziału w powołanym na wstępie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tudzież o nieprawdziwości oświadczeń Przystępującego złożonych w rzeczonym postępowaniu - są dla Przystępującego również niezrozumiałe w kontekście następujących okoliczności:

1) z Rozdziału 1 pkt 7.2. l) IDW jednoznaczne wynika, że Zamawiający nie wymaga od wykonawców biorących udział w postępowaniu, aby w dacie składania ofert spełniali jakiekolwiek warunki w zakresie legitymowania się kompetencjami lub uprawnieniami do wykonywania określonej działalności zawodowej wymaganymi przez odrębne przepisy, wobec czego wykonawcy nie muszą legitymować się w owej dacie posiadaniem zezwoleń w zakresie gospodarki odpadami, ani wpisem do rejestru BDO, zaś Zamawiający nie może w tym postępowaniu wzywać ich do przedłożenia takich zezwoleń lub takiego wpisu;

2) w postanowieniu § 2 ust. 4 Istotnych dla Stron Postanowień Umowy oraz w pkt. 1.4.3.5)

PFU, zastrzeżono wprawdzie, że wykonawca jest wytwórcą wszystkich odpadów powstałych w wyniku realizacji tego zamówienia i jako właściciel owych odpadów winien wywieźć je poza teren budowy i zagospodarować zgodnie z przepisami o odpadach, jednakże powyższe zastrzeżenie nie jest warunkiem udziału w rzeczonym postępowaniu, lecz obowiązkiem ciążącym w trakcie realizacji zamówienia będącego jego przedmiotem na wykonawcy, któremu owo zamówienie zostanie udzielone;

3) z powyższego obowiązku wykonawca wykonujący zamówienie będące przedmiotem powołanego na wstępie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może wywiązać się albo osobiście, jeżeli legitymuje się wymaganymi przez przepisy o odpadach zezwoleniami na zagospodarowanie odpadów powstałych w wyniku realizacji tego zamówienia, albo powierzyć zagospodarowanie owych odpadów podmiotowi posiadającemu takie zezwolenia, którą to alternatywę potwierdził zresztą w odwołaniu sam Odwołujący;

4) w pkt. 13 oferty Śląskich Kruszyw Naturalnych Spółki z o.o. z dnia 25 marca 2020 r., stanowiącej załącznik nr 11 do pisma Przystępującego do Zamawiającego z dnia 8 kwietnia 2020 r., wyjaśniającego cenę oferty spółka ta zadeklarowała Przystępującemu, że zakupi i odbierze od niego destrukt powstały w wyniku frezowania odcinka autostrady A4, którego remont jest przedmiotem tego postępowania.

Niezależnie od powyższego Przystępujący oświadczył, że jest wpisany do rejestru BDO, na dowód czego załączył screen z rzeczonego rejestru potwierdzający ów wpis.

Przystępujący dodał, że Zamawiający argumentację zawartą w piśmie Przystępującego do Zamawiającego z dnia 8 kwietnia 2020r., wyjaśniającym cenę oferty Przystępującego, uznał za wystarczająco uzasadniającą realność tej ceny, skorą wybrał rzeczoną ofertę jako najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w owym postępowaniu. W tej sytuacji podniesiony w odwołaniu i nieumotywowany żadnymi rzeczowymi argumentami zarzut, że Przystępujący nie udowodnił, iż zaoferowana przez niego cena za wykonanie zamówienia będącego przedmiotem powołanego na wstępie postępowania nie jest rażąco niska, stanowi co najwyżej wyraz subiektywnej i niczym nie uzasadnionej oceny ze strony Odwołującego.

Zamawiający w dniu 25 czerwca 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego

oddalenie.

W ocenie Zamawiającego Przystępujący prawidłowo wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 7.2 ppkt 3 lit. a IDW. Zauważył, że zadanie wskazanej w poz. 1 Wykazu robot zostało zrealizowane na rzecz Zamawiającego (Oddziału w Opolu prowadzącego postępowanie) i Zamawiający dysponuje we własnym zakresie szczegółowymi dokumentami dotyczącymi prawidłowego wykonania tego zadania. Ponadto wskazał, że z dokumentów tych wynika zarówno rodzaj, jak i wartość robót faktycznie i bezpośrednio zrealizowanych przez Przystępującego. W tej sytuacji dołączony do wykazu przez Przystępującego list referencyjny był wystarczający i prawidłowy, jak i stanowił dokument opisany w pkt 7.2 ppkt 3 lit. a IDW. Zamawiający wskazał także, iż przeprowadził weryfikację co do wartości i rodzaju robót zrealizowanych przez Przystępującego w tym zadaniu w oparciu o posiadane dokumenty, które szczegółowo wymienił w treści odpowiedzi na odwołanie i które do niej załączył. Zamawiający dodał, że oparcie się na tych dokumentach (mających formę pisemną), nie stanowiło naruszenia zasady pisemności wyrażonej w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji Zamawiający wskazał, że nie miał podstaw faktycznych ani prawnych do

dokonywania wobec Przystępującego dalszych wezwań o składanie wyjaśnień, co do okoliczności, które były Zamawiającemu znane, a Zamawiający dysponował dokumentami, z których wynikało, że Przystępujący pozytywnie spełnia wszystkie warunku udziału w postępowaniu.

Następnie Zamawiający wskazał na bezzasadność zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia potwierdzenia wpisu do rejestru BDO, ponieważ treść SIWZ nie wymagała od wykonawców wykazania się takim dokumentem na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia. Wskazał także, że taki wymóg byłby nieuzasadniony, gdyż Zamawiający nie może wymagać od wykonawcy posiadania wpisu do rejestru dotyczącego wytwarzania odpadów, które maja być wytworzone dopiero na etapie faktycznego wykonywania umowy. Dodał, że w zakresie egzekwowania od wykonawcy realizującego zamówienie, w trakcie którego wytwarzane są odpady, właściwe są inne niż Zamawiający organy administracji publicznej. Również postanowienia PFU dotyczące obowiązków uzyskiwania przez wykonawcę zatwierdzenia Nadzoru Inwestorskiego dla lokalizacji i wydajności wytwórni mieszanek mineralno-asfaltowych i związane z tym wymogi zatwierdzania Wytwórni Mieszanek Bitumicznych także dotyczą etapu wykonywania umowy o roboty drogowe, a nie etapu ubiegania się o udzielenie zamówienia. Tym samym, zdaniem Zamawiającego, również zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp są nieuzasadnione, a dodatkowo nie zostały przez Odwołującego wykazane lub choćby uprawdopodobnione, stanowią jedynie ogólnikowe spekulacje. Z tego samego powodu, w ocenie Zamawiającego, nie można uznać za zasady zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd w odniesieniu do oświadczeń zawartych w formularzu oferty Przystępującego. W ocenie Zamawiającego chybiony jest także zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 a w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Jego zdaniem wyjaśnienia złożone przez Przystępującego były odpowiednio szczegółowe, konkretne i wiarygodne, a Odwołujący nie przedstawił konkretnego i miarodajnego uzasadnienia, ale także przemilczał aspekt, że również cena jego oferty nie różni się istotnie od poziomu ceny oferty Przystępującego.

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

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

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę ADAC-LEWAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przystajni i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący - jako wykonawca, którego oferta została umiejscowiona na drugiej pozycji w rankingu oceny ofert pod kątem ustalonych kryteriów - wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w tym w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z modyfikacjami i odpowiedziami udzielonymi na pytania wykonawców, informacji z otwarcia ofert, oferty Przystępującego, wezwania skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego o wyjaśnienie ceny oferty, wyjaśnień Przystępującego wraz z załącznikami (wyjaśnienia częściowo objęto tajemnicą przedsiębiorstwa), dokumentów złożonych przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, w tym wykazu robót budowlanych i listu referencyjnego wystawionego przez GDDKiA Oddział w Opolu, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych (odwołanie, odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego, pismo procesowe Odwołującego) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 26 czerwca 2020 roku. Ponadto Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego:

1. dokumenty załączone do pism Odwołującego.:

a) pismo Marszałka Urzędu Opolskiego z dni 17 kwietnia 2020 r.;

b) pismo Marszałka Województwa Śląskiego z dnia 17 kwietnia 2020 r.;

c) pismo PINB w powiecie prudnickim z dnia 8 maja 2020 r.;

d) pismo Zamawiającego z dnia 19 maja 2020 r.;

e) wyciąg ze STWIORB 04.07.01;

f) decyzja Starosty Prudnickiego nr OS-II-6224.1.2014 z dnia 31 grudnia 2014 r.;

g) certyfikat ZKP nr 1023-CPR-0627 F;

h) zdjęcia satelitarne z 27 lipca 2014 r. i 1 czerwca 2017 r.;

i) zdjęcia satelitarne z 29 kwietnia 2018 r.;

j) raport z audytu nr 3435 06681/2017 i nr 3435 07299/2018;

k) sprawozdania z kontroli WMB Rzepcze;

l) pismo Starosty Prudnickiego nr OR.1431.9.2020;

m) pismo Burmistrza Głogówek nr MKOŚ.1431.37.2020;

n) pismo Starosty Prudnickiego nr OŚ.604.20.2020 z dnia 17 czerwca 2020 r.;

o) wniosek Przystępującego do Starostwa Powiatowego w Prudniku z dnia 29 października 2018 r.;

p) postanowienie Starosty Prudnickiego z dnia 6 listopada 2018 r.;

2. dokumenty załączone do odpowiedzi na odwołanie:

a) protokół odbioru końcowego nr 1/DK45/IV/2019 z dnia 26 kwietnia 2019 r.;

b) protokół odbioru usterek z dnia 4 czerwca 2020 r.;

c) pisemne wystąpienie wykonawcy nr 17a/D z dnia 24 lipca 2018 r. o zatwierdzenie materiału;

d) pismo Zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2018 r. numer O.Op.T-1.551.057.Bit011.2018.317.JKW dotyczące wyników badania materiałów wykonawcy;

e) pisemne wystąpienie wykonawcy nr 18a/D z dnia 30 lipca 2018 r. o zatwierdzenie materiału;

f) pismo Zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2018 r. numer O.Op.T-1.551.057.Bit012.2018.316.JKW dotyczące wyników badania materiałów wykonawcy;

g) umowa konsorcjum z dnia 16 października 2017 r. ;

h) aneks nr 1 z dnia 26 kwietnia 2019 r. da umowy konsorcjum z dnia 16 października 2017 r.;

i) raport z audytu nadzoru nr 3435 06681/ 2018 z dnia 8 grudnia 2017 r.;

j) raport z audytu nadzoru nr 3435 07299/ 2018 z dnia 12 listopada 2018 r.;

k) sprawozdanie z kontroli wytwórni mas bitumicznych Rzepcze numer Rzepcze 2/8/2018;

l) sprawozdanie nr 2 z wytwórni mas bitumicznych Rzepcze numer Rzepcze 9/8/2018;

m) decyzja Starosty Prudnickiego nr OS-11.6224.1.2014 z dnia 31 grudnia r. udzielająca Przystępującego pozwolenia na wprowadzanie gazów i pyłów do powietrza z instalacji eksploatowanych na terenie WMB w m. Rzepcze.

3. dokumenty załączone do pisma Przystępującego:

a) umowa konsorcjum z dnia 16 października 2017 r.;

b) aneks nr 1 z dnia 26 kwietnia 2019 r. do umowy konsorcjum z dnia 16 października 2017 r.;

c) zrzut ekranu ze strony .

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 5.1. Tomu I SIWZ - Instrukcja Dla Wykonawców (dalej jako „IDW"), przedmiotem zamówienia jest remont jezdni północnej autostrady A4 na odc. Węzeł Krapkowice - Węzeł Kędzierzyn-Koźle od km 256+740 do km 269+575. Zamówienie obejmuje między innymi: 1. Prace projektowe tj. opracowanie dokumentacji projektowej remontu autostrady (projektu wykonawczego) dla zakresu opisanego w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (w tym dla przejazdu awaryjnego). 2. Roboty budowlane tj. wykonanie remontu dla zakresu opisanego Programie Funkcjonalno-Użytkowym na podstawie opracowanej przez Wykonawcę i zatwierdzonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej remontu autostrady (w tym dla przejazdu awaryjnego). 3. Pełnienie nadzoru autorskiego w zakresie opracowanej przez Wykonawcę dokumentacji projektowej remontu autostrady. W pkt tym wskazano również, że wykonawca będzie zobowiązany do wykonania usług projektowych oraz robót budowlanych zgodnie z prawem polskim, w szczególności z przepisami techniczno-budowlanymi, przepisami dotyczącymi samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz przepisami dotyczącymi wyrobów, materiałów stosowanych w budownictwie. Zgodnie zaś z pkt 5.4.a IDW Zamawiający zgodnie z art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia tj. robót polegających na wykonaniu warstw bitumicznych. W pkt 5.4.d IDW wskazano, iż w odniesieniu do kluczowych części zamówienia zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, Wykonawca nie może powoływać się na zdolności innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W Rozdziale 7 IDW Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, w tym m.in. w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie z pkt 7.2 ppkt 3 lit. a IDW Wykonawca musi posiadać wiedzę i doświadczenie polegające na 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 lub remoncie (z wyłączeniem remontów cząstkowych dróg) dróg lub ulic klasy min. GP o wartości co najmniej 15.500.000,00 PLN netto.

- 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont obiektu mostowego /obiektów mostowych (most, wiadukt, estakada, kładka dla pieszych) o łącznej wartości budowy lub przebudowy lub remontu obiektu/obiektów co najmniej 1.000.000,00 PLN

netto.

- wykonał 2 dokumentacje projektowe w zakresie Projektu Budowlanego i/lub Projektu Wykonawczego obejmujące budowę, przebudowę lub remont drogi klasy minimum GP o łącznej długości co najmniej 10 km.

Zamawiający wskazał, iż jako wykonanie (zakończenie) przez Wykonawcę zadania (dla części drogowej, mostowej) należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia). Dodał, że ze względu na zastrzeżenie zawarte w pkt 5.4.a IDW Wykonawca nie może w celu potwierdzenia spełnienia warunku o którym mowa w ppkt 3 lit. a) tiret pierwszy polegać na zdolnościach technicznych innych podmiotów. Ponadto zgodnie z pkt 7.2 ppkt 3 lit. c IDW Wykonawca, w celu realizacji zamówienia, musi mieć dostępne następujące narzędzia, wyposażenie zakładu i urządzenia techniczne: układarka mas bitumicznych z elektronicznym sterowaniem - min. 3 szt., w tym co najmniej 1 szt. o szerokości roboczej co najmniej 11,0 m. Zamawiający wskazał, iż wymaga aby rozkładarki mas bitumicznych nie były starsze niż 5 lat.

W rozdziale 9 IDW Zamawiający zawarł wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie zobowiązani są dostarczyć wykonawcy m.in. w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postepowaniu. W pkt 9.7 lit. c IDW Zamawiający wskazał m.in., iż na jego wezwanie wykonawca zobowiązany jest do złożenia wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości,

daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji 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. W pkt 9.7 lit. e IDW wskazano na obowiązek złożenia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami.

Zgodnie z pkt 1.4.3 ppkt 5) Programu Funkcjonalno - Użytkowego („PFU") stanowiącego Tom III SIWZ, W ramach zamówienia Wykonawca zobowiązany będzie także do: Zgodnej z prawem gospodarki odpadami - Wykonawca jest wytwórcą wszystkich odpadów powstałych w wyniku prowadzenia prac, w tym odpadów niebezpiecznych. Na Wykonawcy ciążą wszystkie obowiązki wynikające z ustawy z dnia 14.12.2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2019r. poz. 701 ze zm.), a w szczególności opisane w Dziale II, Rozdziale 9 ustawy oraz wynikające z Rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 02.01.2020r. w sprawie katalogu odpadów (Dz.U. z 2020, poz. 10). Przy realizacji niniejszego zamówienia odpadami są materiały pochodzące z rozbiórek oraz z robót ziemnych, które Wykonawca zagospodarowuje na własny koszt zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami. W pkt 1.5.2.3. PFU wskazano m.in., iż ze względu na charakter robót remontowych, których znacząca większość jest związana z produkcją i wbudowaniem mieszanek mineralno - asfaltowych, Wykonawca powinien uzyskać zatwierdzenie Nadzoru Inwestorskiego dla lokalizacji i wydajności wytwórni mieszanek mineralno - asfaltowych; celem zatwierdzenia WMB Wykonawca zobowiązany będzie przedstawić projekt technologii produkcji wytworzenia (wydajność WMB), transportu (ilość środków, odległość, utrudnienia w ruchu itp.) i wbudowania (grubość warstwy, szerokość wbudowywania, temperatura wbudowania i zagęszczania itp.) uwzględniający zachowania ciągłości wbudowania i zachowania pełnych parametrów wyprodukowanej mma po dotarciu na miejsce wbudowania i zagęszczeniu. Zgodnie z pkt 1.6 PFU realizacja zamówienia podlega prawu polskiemu, w tym w szczególności ustawie z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (Dz. U. z 2019r. poz. 1186 t.j.), Ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz. U. 2019 poz. 1145 t.j.) i Ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 t.j. ze zm.). Zgodnie z pkt 2.7 ppkt 13 Wykonawca w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia jest zobowiązany do prowadzenia gospodarki odpadami zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (Dz. U. z 2019r., poz. 701 t.j. ze zm.). Jak zaś wskazano w ppkt 14 w cenie ofertowej Wykonawca ma obowiązek uwzględnić miejsce, odległość, koszt wywozu, utylizacji i składowania odpadów powstałych w trakcie realizacji robót.

Zgodnie z § 2 ust. 4 Istotnych Dla Stron Postanowień Umowy („IPU") stanowiących Tom II SIWZ, zanieczyszczenia i odpady powstałe w związku z realizacją niniejszej umowy stanowią własność Wykonawcy, należy je wywieźć poza teren budowy oraz zagospodarować z uwzględnieniem przepisów ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (j.t. Dz. U. z 2019 r., poz. 701, ze zmianami). Wykonawcę obciążają wszelkie koszty, działania i obowiązki związane z ich usunięciem, przechowywaniem i z prawidłowym gospodarowaniem nimi. Wykonawca zgodnie z warunkami SIWZ był zobowiązany uwzględnić w treści swojej Oferty korzyści, jakie uzyska z tytułu zagospodarowania takich odpadów.

W postępowaniu wpłynęło sześć ofert, w tym oferta Odwołującego i Przystępującego. Przystępujący w pkt 1 Formularza ofertowego (zgodnie z treścią wzoru załączonego do SIWZ) oświadczył, iż składa ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ dla niniejszego postępowania, a w pkt 2, że zapoznał się z SIWZ oraz wyjaśnieniami i zmianami

SIWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznaje się za związanego określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania. W pkt 5 Formularza ofertowego Przystępujący wskazał, iż zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: a) opracowanie dokumentacji projektowej remontu autostrady (projektu wykonawczego), pełnienie nadzoru autorskiego; b) roboty branży mostowej. W pkt 6 Formularza ofertowego Przystępujący wskazał nazwy podwykonawców, tj. a) Ayesa Ingeniena y Arquitectura S.A., ul. Marie Curie 2, Isla de la Cartuja 41092 Sewilla, b) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „KAMPOL" J. Ż., ul. Nadrzeczna 14, 42-125 Kamyk. Do oferty Przystępujący załączył zobowiązania ww. podmiotów do oddania do jego dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

W dniu 1 kwietnia 2020 r. Zamawiający wystosował do Przystępującego wezwanie w trybie art. 90 ust. 1a oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący wyjaśnił m.in., że w odniesieniu do kosztów wytworzenia i zakupu mieszanek MA z WMB kalkulacja ofertowa zakłada zakup mieszanek bitumicznych z wytwórni

SKN Sp. z o.o. umiejscowionych w Opolu oraz Niemodlinie oraz dołączył do wyjaśnień ofertę SKN Sp. z o.o. (załącznik 11 do wyjaśnień, objęty tajemnicą przedsiębiorstwa). Wskazał również, że sam zrealizuje roboty zasadnicze (w tym konstrukcja oraz nawierzchnia jezdni), a pozostałe asortymenty robót planowane są do zlecenia podwykonawcom oraz wyspecjalizowanym dostawcom.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 1 z uwzględnieniem art. 24aa ustawy Pzp, do złożenia m.in. oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący złożył w szczególności wykaz robót, w którym pod poz. 1 wskazał zadanie zrealizowane przez niego na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu pn. „Rozbudowa drogi krajowej nr 45 na odcinku Reńska Wieś - Większyce - Poborszów" (rodzaj robót: rozbudowa drogi o długości 7,160km, klasa drogi GP; wartość: 30 010 251,88 zł netto/36 912 609,81 zł brutto; czas realizacji: 16.02.2018 r. - 26.04.2019 r.). Do wykazu załączył list referencyjny wystawiony przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu w dniu 15 stycznia 2020 r., w którym wskazano, iż konsorcjum firm: ADAC-LEWAR Sp. z o.o. - Lider konsorcjum, Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. - Partner konsorcjum, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych A. B. - Partner konsorcjum, wykonało w okresie od 16.02.2018 r. do 26.04.2019 r. roboty na zadaniu „Rozbudowa drogi krajowej nr 45 na odcinku Reńska Wieś - Większyce - Poborszów", klasa drogi GP, łączna wartość robót 30 010 251,88 zł netto, 36 912 609,81 zł brutto. W treści referencji przedstawiono wykaz wykonanych robót oraz wskazano, iż roboty

zostały wykonane należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W dniu 29 kwietnia 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

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

Za niezasadne Izba uznała zarzuty odnoszące się do niewykazania przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 7.2 ppkt 3 lit. a IDW, oparte na okolicznościach odnoszących się do zadania wskazanego w poz. 1 Wykazu robót („Rozbudowa drogi krajowej nr 45 na odcinku Reńska Wieś - Większyce - Poboroszów"), tj.: braku złożenia dowodów potwierdzających należyte wykonanie robót budowlanych (zarzut nr 1); braku wyjaśnienia przez Zamawiającego faktycznego udziału Przystępującego w realizacji robót budowlanych wykonanych przez konsorcjum (zarzut nr 2); braku wyjaśnienia czy roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane (zarzut nr 3).

Po pierwsze teza Odwołującego o braku złożenia przez Przystępującego dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót budowlanych wskazanych w poz. 1 Wykazu robót, oparta została o błędne założenie, że Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia świadectwa przejęcia lub protokołu odbioru robót (por. str. 11 odwołania - „(...) spółka ADAC złożyła - w miejsce wymaganego zgodnie z Tomem I pkt 7.2 ppkt 3 lit. a SIWZ - Świadectwa Przejęcia lub Protokołu Odbioru Robót - List referencyjny Zgodnie z pkt 9.7 lit. c IDW, Zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymagał m.in. złożenia wykazu robót budowlanych z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji 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. Z powyższego wprost wynika, iż dokumentem mającym potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2 ppkt 3 lit. a IDW były przede wszystkim właśnie referencje, a nie świadectwo przejęcia czy protokół odbioru. Wymienione w pkt 2 ppkt 3 lit. a IDW świadectwo przejęcia lub protokołu odbioru robót nie zostały wskazane w pkt 9 IDW, jako dokumenty, których złożenia wymaga się w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający powołał się na nie jedynie w celu wyjaśnienia, co należy rozumieć poprzez wykonanie (zakończenie) zadania, którym powinien legitymować się wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie. Powyższe nie oznacza, że to właśnie złożenia tych dokumentów Zamawiający wymagał celem wykazania spełnienia warunku udziału w postepowaniu określonego w pkt 7.2 ppkt 3 lit. a IDW. Taki wiosek nie znajduje oparcia w treści IDW.

Niezrozumiały jest także wniosek Odwołującego, iż z treści listu referencyjnego złożonego przez Przystępującego nie wynika, aby zadanie zostało wykonane należycie i zgodnie z przepisami prawa budowlanego. W treści referencji Zamawiający (tj. podmiot, na rzecz którego inwestycja została wykonana) wprost wskazał, iż „roboty zostały wykonane należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone." Sam brak użycia w treści referencji słów „zgodnie z przepisami prawa budowlanego" nie wpływa w ocenie Izby na możliwość uznania, że złożony list referencyjny potwierdza należyte wykonanie robót budowlanych, tym bardziej, że wskazano w nim na ich zgodność ze sztuką budowlaną. Odwołujący nie wytłumaczył dlaczego, jego zdaniem, w zakresie pojęcia „wykonania zgodnie ze sztuką budowlaną" nie mieści się wykonanie robót zgodnie z przepisami prawa budowlanego. Ponadto jak wyjaśnił Zamawiający na rozprawie, przedmiotowa inwestycja została wykonana zgodnie z założeniami kontraktu i oddana do użytku, co znajduje potwierdzenie w złożonych przez Zamawiającego dokumentach, tj. w protokole odbioru końcowego nr 1/DK45/IV/2019 i jego załącznikach.

Twierdzenia, jakoby dostarczane na potrzeby realizacji tego zamówienia wyroby budowlane pochodzące z wytwórni mas bitumicznych w m. Rzepcze miały nie odpowiadać treści art. 10 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1186 ze zm.) nie zostały przez Odwołującego wykazane, a zatem również zarzut nr 3 odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie. W odwołaniu nie przedstawiono konkretnej argumentacji, która miałaby powyższe stanowisko potwierdzać. Za taką nie można uznać ograniczenia się do lakonicznego wskazania, że wytwórnia w miejscowości Rzepcze nie stanowi obiektu budowlanego oraz zacytowania treści art. 10 Prawa budowlanego. Odwołujący nie wyjaśnił ani dlaczego przedmiotowa WMB miałaby nie stanowić obiektu budowlanego ani dlaczego wyroby pochodzące z tej wytwórni miałyby nie zostać wprowadzone do obrotu zgodnie z przepisami i zamierzonym zastosowaniem. Tymczasem Odwołujący dopiero w dalszym piśmie procesowym oraz na rozprawie przedstawił szczegółową argumentację, jakoby wytwórnia, w której Przystępujący wytwarzał mieszanki mineralno - asfaltowe nie posiadała wymaganych zezwoleń i stanowić miała samowolę budowlaną. Takie działanie należy uznać za działanie spóźnione, stanowiące rozszerzenie podstaw faktycznych zarzutów postawionych w odwołaniu.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przepis ten wyznacza ścisły zakres rozpoznania odwołania przez Izbę. Skonkretyzowanie zarzutu w odwołaniu ma newralgiczne znaczenie, gdyż umożliwia stronom i uczestnikom postępowania odniesienie się do ich treści. W związku z tym, o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia (por. m.in. wyrok z dnia 31 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 113/20). Izba nie może domniemywać treści, które nie zostały przez Odwołującego jednoznacznie i precyzyjnie wyrażone w podstawach faktycznych stawianych zarzutów, w tym przewidywać co Odwołujący miał na myśli stawiając zarzut, że dostarczone z WMB w m. Rzepcze materiały budowlane użyte do realizacji zadania wskazanego przez Przystępującego w poz. 1 Wykazu robót, nie odpowiadają art. 10 ustawy Prawo budowlane. Odwołujący dopiero w dniu rozprawy skonkretyzował stawiany zarzut, przywołując okoliczności faktyczne wcześniej nie wskazane, szeroko opisane w piśmie procesowym (str. 6-10 pisma), jak m.in. fakt, że wytwórnia, w której wytwarzano masy mineralno-asfaltowe na potrzeby referencyjnych robót budowlanych jest nową wytwórnią, powstałą bez stosownego pozwolenia na budowę, działającą bez wymaganych zezwoleń z zakresu ochrony środowiska czy też, że na terenie tej wytwórni składowany był bez wymaganych zezwoleń z zakresu gospodarowania odpadami destrukt, który zastosowany do produkcji mieszanek. Okoliczności te Odwołujący winien podnieść już w odwołaniu, natomiast na rozprawie składać ewentualnie jedynie dowody mające służyć ich wykazaniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie może opierać rozstrzygnięcia na podstawach faktycznych sprecyzowanych dopiero na etapie rozprawy, gdyż takie postępowanie byłoby naruszeniem zasady równości stron w postępowaniu odwoławczym (por. m.in. wyroki z dnia 6 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 533/18, z dnia 14 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 433/18, z dnia 6 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 979/18). Art. 192 ust. 7 ustawy Pzp ma na celu właśnie zapobieganie takim sytuacjom.

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego w kwestii braku wyjaśnienia przez Zamawiającego faktycznego udziału Przystępującego w realizacji robót budowlanych wykonanych przez konsorcjum (zarzut nr 2). Zgodzić należy się z Odwołującym, że w przypadku powołania się przez wykonawcę na doświadczenie pozyskane podczas wykonywania robót budowlanych, które realizowane były przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum), instytucje zamawiające co do zasady powinny wyjaśniać zakres faktycznego udziału wykonawcy w wykonaniu tych robót budowlanych. Z samego faktu, że zamówienie było realizowane przez grupę podmiotów działających wspólnie nie wynika, że uczestnik konsorcjum nie nabył doświadczenia w realizacji tego zamówienia publicznego, natomiast nie oznacza to także, że wykonawca może się wykazać jakimkolwiek doświadczeniem odpowiadającym zakresowi zamówienia

publicznego, w którego realizacji brał udział. Wykonawca może posłużyć się nabytym doświadczeniem wyłącznie w takim zakresie, jaki faktycznie i realnie wykonywał. Powyższe wynika z orzeczenia TSUE w sprawie C-387/14 Esaprojekt, gdzie wskazano, iż gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Jakkolwiek badanie faktycznego zakresu prac realizowanych przez członka konsorcjum ma znaczenie istotne z perspektywy oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to należy zauważyć, że zamawiający jest zobowiązany wszcząć procedurę wyjaśniającą co do zasady wtedy, kiedy na gruncie złożonych oświadczeń lub dokumentów pojawią się pewne nieścisłości czy wątpliwości. Wzywając wykonawcę do wyjaśnień zamawiający powinien wskazać na wątpliwości, jakie stały się podstawą tego wezwania, tak aby wykonawca miał możliwość odniesienia się do nich i obrony swojej oferty. Korzystanie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w sytuacji, gdy Zamawiający nie ma wątpliwości co do określonych oświadczeń lub dokumentów stanowiłoby nadmierny formalizmem i wpływać mogłoby na wydłużenie postępowania (podobnie wskazała Izba m.in. w uchwale z dnia 18 marca 2016 r., sygn. akt KIO/KU 18/16).

W okolicznościach przedmiotowej sprawy wyjaśnianie faktycznego udziału Przystępującego w realizacji zadania wskazanego w poz. 1 Wykazu robót stało się bezprzedmiotowe w świetle faktu, że zadanie to realizowane było na rzecz Zamawiającego, który dysponował dokumentami potwierdzającymi, jaki zakres robót budowlanych zrealizował Przystępujący, a postępowanie odwoławcze potwierdziło, że stanowisko Zamawiającego, który w toku badania ofert uznał, że Przystępujący posiada wymagane doświadczenie, było prawidłowe. W ocenie Izby już sama umowa konsorcjum w zestawieniu z aneksem nr 1 do tej umowy, które to dokumenty Przystępujący załączył do pisma procesowego, a którymi Zamawiający dysponował w toku badania i oceny ofert, potwierdzała spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego. Warunek, do którego odnosiły się roboty budowlane wskazane w poz. 1 Wykazu robót, dotyczył posiadania doświadczenia w wykonaniu jednego zadania polegającego na budowie lub przebudowie lub remoncie (z wyłączeniem remontów cząstkowych dróg) dróg lub ulic klasy min. GP o wartości co najmniej 15.500.000,00 PLN netto. Odwołujący nie kwestionował, aby przedmiot inwestycji wskazanej w poz. 1 Wykazu robót przez Przystępującego nie odpowiadał wymogom warunku. Przedmiot tego zamówienia obejmował remont drogi krajowej nr 45 o klasie GP, zaś wartość zamówienia wyniosła 30 010 251,88 zł netto/36 912 609,81 zł brutto. Z aneksu nr 1 do umowy konsorcjum jednoznacznie wynika, że Przystępujący zrealizował 95,3% etapu I robót, tj. roboty o wartości 19 181 873,61 zł oraz 56% etapu II robót, tj. roboty o wartości 5 540 963,79 zł, co potwierdza, że wartość robót wykonanych przez Przystępującego przekraczała wartość wskazaną w treści warunku udziału w postępowaniu. Ponadto w treści listu referencyjnego załączonego przez Przystępującego do Wykazu robót opisano szczegółowo, jakie konkretnie prace wchodziły w zakres robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia - były to prace stricte związane z rozbudową drogi krajowej, czyli odpowiadające zakresowi prac wskazanemu w warunku, który odnosił się do budowy, przebudowy lub remontu dróg lub ulic. Odwołujący nie wskazywał, że zakres referencyjnego zadania miałby nie odpowiadać treści warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2 ppkt 3 lit. a IDW. Jedyną okolicznością uzasadniającą w ocenie Odwołującego konieczność wezwania Przystępującego do wyjaśnień w powyższym zakresie było to, że zrealizował on roboty budowlane w ramach konsorcjum. Odwołujący nie wykazał, aby w okolicznościach stanu faktycznego przedmiotowej sprawy, po stronie Zamawiającego powinien zaktualizować się obowiązek wezwania Przystępującego do wyjaśnienia faktycznego zakresu realizacji robót budowalnych w ramach zadania wskazanego w poz. 1 Wykazu robót.

Bez związku z przedmiotową kwestią pozostaje wskazana w odwołaniu argumentacja, iż Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania robót polegających na wykonaniu warstw bitumicznych, wobec czego wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 7.2 ppkt 3 lit. a IDW nie mógł polegać na zdolnościach podmiotów trzecich. Przystępujący w zakresie ww. warunku udziału w postępowaniu nie powoływał się na zasoby podmiotu trzeciego, lecz na doświadczenie własne. Również niezrozumiałe jest odwoływanie się do zawartych w pkt 9.7. ppkt 1 lit. e IDW wytycznych w zakresie dokumentów, jakie należało złożyć w celu potwierdzenia dostępnych wykonawcy układarek mas bitumicznych z elektronicznym sterowaniem, których Zamawiający wymagał zgodnie z warunkiem udziału w postepowaniu określonym w pkt 7.2 ppkt 3 lit. c IDW, tj. wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Dokumenty te służyły wykazaniu spełnienia innego niż kwestionowany warunek udziału w postępowaniu, a konieczność ich złożenia nie ma związku z omawianymi zarzutami odwołania.

Nielogiczne jest także stwierdzenie Odwołującego, jakoby Zamawiający zobowiązany był do zastosowania trybu przewidzianego w § 2 ust. 6 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r.

w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126 ze zm). Zgodnie z § 2 ust. 6 ww. rozporządzenia jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie. Powołując się na tę regulację Odwołujący w praktyce domagał się, aby Zamawiający, w sposób formalny zwrócił się do samego siebie (do odpowiednich, własnych komórek organizacyjnych) o informacje lub dokumenty dotyczące przedmiotowej inwestycji. Tego rodzaju wezwanie w okolicznościach przedmiotowego stanu faktycznego uznać należy za bezcelowe i zbędne, gdyż Zamawiający (a dokładnie Oddział Zamawiającego w Opolu, który prowadzi niniejsze postępowanie i na rzecz którego wykonano zadanie wskazane w poz. 1 Wykazu robót przez Przystępującego) dysponował już niezbędnymi informacjami i dokumentami pozwalającymi ocenić zakres nabytego przez Przystępującego doświadczenia. Izba podkreśla jednak, że Zamawiający zobowiązany jest działać zgodnie z zasadą przejrzystości. Dlatego też dobrą i pożądaną praktyką, sprzyjającą zachowaniu transparentności działań, byłoby w takiej sytuacji sporządzenie i załączenie do protokołu postępowania dokumentu, który po pierwsze potwierdzałby, że Zamawiający dokonał weryfikacji faktycznego doświadczenia danego wykonawcy pozyskanego w ramach inwestycji realizowanej przez konsorcjum, a po drugie wskazywałby informacje lub dokumenty, na podstawie których Zamawiający takiej weryfikacji dokonał. Brak załączenia do protokołu postępowania tego rodzaju dokumentu w przedmiotowym przypadku pozostaje jednak bez wpływu na prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego, a zatem nie wpływa na wynik postępowania.

Niezasadny jest również zarzut nr 4 odwołania odnoszący się do zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia potwierdzenia wpisu do rejestru BDO. Jak słusznie wskazywali Zamawiający i Przystępujący, wpis wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia do rejestru BDO nie stanowił warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu, wobec czego braku było podstaw do żądania złożenia dokumentu potwierdzającego posiadanie takiego wpisu przez wykonawcę.

Jak stanowi art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Z ww. przepisu wynika jednoznacznie, że Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie takich oświadczeń i dokumentów, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, a ponadto w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia zobowiązany jest wskazać, jakich konkretnie dokumentów żąda i w jakim celu. Szczegółowy katalog dokumentów, których może domagać się Zamawiający, został określony w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postepowaniu o udzielenie zamówienia. § 2 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia, na który powołał się Odwołujący, w istocie daje Zamawiającemu możliwość żądania od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dokumentów takich jak koncesje, zezwolenia, licencje lub dokumenty potwierdzające, że wykonawca jest wpisany do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych. Niemniej dokumentów takich Zamawiający może żądać w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, a zarówno te warunki, jak i dokumenty mające potwierdzać ich spełnienie, powinny zostać wskazane przez Zamawiającego w treści SIWZ.

Jak wynika bezspornie z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający nie postawił żadnego warunku w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej (pkt. 7.2 ppkt 1 IDW), braku było więc podstaw do wymagania od Przystępującego złożenia dokumentu potwierdzającego wpis do rejestru BDO, a w konsekwencji nie było także podstaw do wzywania Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia takiego dokumentu. Takie żądanie wykraczałoby poza ramy określone postanowieniami SIWZ, które wiążą nie tylko wykonawców biorących udział w postępowaniu, ale także Zamawiającego, a stosowanie się do nich stanowi jedną z gwarancji realizacji zasady przejrzystości postępowania, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym okoliczność, czy Przystępujący na dzień składania oferty figurował w rejestrze BDO, pozostaje bez znaczenia z perspektywy oceny spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu. Analogiczna argumentacja znajduje zastosowanie w odniesieniu do twierdzeń Odwołującego o braku posiadania przez Przystępującego

zezwolenia na zbieranie i transport odpadów. Skoro Zamawiający nie wymagał legitymowania się przez wykonawców na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia tego rodzaju zezwoleniami, to brak jest podstaw wzywania go do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, a tym bardziej do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który na moment składania oferty takimi zezwoleniami nie dysponuje. W konsekwencji załączone do odwołania dowody, mające służyć potwierdzeniu braku posiadania przez Przystępującego stosownych zezwoleń (pismo Marszałka Województwa Opolskiego, pismo Marszałka Województwa Śląskiego), nie mają żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Za bezzasadny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 5). Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Niezgodność oferty, o której mowa w ww. przepisie, dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę, bądź polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy (por. m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt KIO 346/18). Z uwagi na kontradyktoryjność postępowania odwoławczego, Odwołujący stawiając zarzut niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ zobowiązany był wykazać na czym konkretnie polega rzeczona niezgodność. To Odwołujący zakwestionował podjętą przez Zamawiającego decyzję w zakresie oceny oferty jego konkurenta, a zatem zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to na nim spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Podnosząc zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Odwołujący powinien po pierwsze wskazać konkretne wymogi postawione wykonawcom, wynikające z treści SIWZ, a po drugie wykazać, że treść oferty Przystępującego tym wymogom nie odpowiada. W ocenie Izby Odwołujący powyższemu obowiązkowi nie sprostał.

Przede wszystkim należy zauważyć, że Odwołujący niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ upatrywał w złożonych przez tego wykonawcę w formularzu ofertowym oświadczeniach o tym, że zapoznał się z treścią SIWZ, jest nią związany, a w przypadku wyboru jego oferty wykona przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ. Już sama powyższa okoliczność czyni przedmiotowy zarzut bezzasadnym, jako że ww. elementy oferty odnoszą się do zapewnień związanych z realizacją przyszłej umowy o zamówienie publiczne, a twierdzenia Odwołującego o tym, że Przystępujący mógłby nie być w stanie prawidłowo zrealizować zamówienia, stanowią wyłącznie hipotezy. Zamawiający określił w SIWZ warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert, które miały zagwarantować mu, że wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, będzie dawał gwarancję należytego wykonania zamówienia, brak jest zatem podstaw, aby kwestionować, że Przystępujący, który spełnia warunki udziału w postępowaniu i którego oferta została oceniona najwyżej w przyjętych kryteriach oceny ofert, miałby nie być zdolny do realizacji zamówienia w sposób zgodny z SIWZ.

Po drugie przedmiotowy zarzut został oparty przez Odwołującego o błędne założenie co do konieczności dysponowania przez wykonawcę na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia wpisem do rejestru BDO i własną wytwórnią mas bitumicznych. Jak wskazano już powyżej, Zamawiający nie wymagał od wykonawców legitymowania się na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia wpisem do rejestru BDO. Odwołujący nie wskazywał, aby Przystępujący nie mógł takiego wpisu uzyskać na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Zresztą - jak wykazał Przystępujący i co potwierdził Zamawiający - Przystępujący taki wpis obecnie posiada, czego Odwołujący nie kwestionował. Z treści dokumentacji postępowania nie wynika również wymóg dysponowania przez wykonawcę w momencie składania oferty własną wytwórnią mas bitumicznych - Zamawiający wymagał wyłącznie wykazania się przez wykonawców dysponowaniem układarkami mas bitumicznych z elektronicznym sterowaniem (pkt 7.2 ppkt 3 lit. c IDW). Przywołane w treści odwołania postanowienia PFU odnoszą się wyłącznie do etapu realizacji umowy. Ponadto nie wynika z nich także, aby wykonawcy mieli być zobowiązani do posiadania podczas wykonywania zamówienia własnej WMB. Postanowienia te wskazują jedynie na konieczność uzyskania zatwierdzenia wytwórni masy bitumicznej (jej lokalizacji i wydajności) przez Nadzór Inwestorski, a nie obowiązek posiadania takiej wytwórni przez wykonawcę, który realizował będzie zamówienie. Odwołujący nie powołał się na żadne postanowienia SIWZ, które nakładałyby na wykonawców obowiązek dysponowania własną WMB. Nie sposób zatem wywodzić niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ, skoro treść SIWZ nie nakładała na Przystępującego obowiązków w zakresie, na jaki powoływał się Odwołujący. W konsekwencji wskazywanie przez Odwołującego, że „Zamawiający zaniechał wyjaśnienia treści oferty ADAC w zakresie związanym z wymogiem dysponowania WMB oraz badaniem podstaw dysponowania tą wytwórnią" uznać należy za bezzasadne.

Nie sposób także stwierdzić, aby na skutek udzielonych przez Przystępującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny miało dojść do uzupełnienia oferty Przystępującego i jej dostosowania do wymagań Zamawiającego. Przystępujący słusznie wskazywał, że w treści oferty nie deklarował dysponowania własną WMB, zresztą - jak wskazano powyżej - Zamawiający składania takich deklaracji nie wymagał. Wobec tego nie ma racji Odwołujący, że wskazanie przez Przystępującego w treści złożonych w toku postępowania wyjaśnień, iż zakłada zakup mieszanek mineralno-asfaltowych od firmy Śląskie Kruszywa Naturalne Sp. z o.o. miało świadczyć o z zmianie, uzupełnieniu treści oferty czy też jej „dostosowaniu do wymagań Zamawiającego" jak wskazuje Odwołujący. Oświadczenie to nie stoi także w sprzeczności ze wskazanym w ofercie zakresem podwykonawstwa, ponieważ dotyczy wyłącznie kwestii zakupu materiałów budowalnych służących do realizacji robót objętych zakresem zamówienia, a nie zlecenia innemu podmiotowi realizacji części tych robót budowlanych.

W konsekwencji brak jest podstaw do uznania, aby złożenie oferty przez Przystępującego miało stanowić czyn nieuczciwej konkurencji czy też by Przystępujący swoim działaniem miał wprowadzić Zamawiającego w błąd co do zdolności wykonania zamówienia na warunkach opisanych w SIWZ, jak i samodzielnego dysponowania wystarczającym potencjałem technicznym, w szczególności wytwórnią WMB. Zarzuty te Odwołujący oparł na tożsamym podstawach faktycznych, co zarzuty omówione już powyżej.

Za całkowicie bezzasadny uznać należy także zarzut odnoszący się do rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego i uznania przez Zamawiającego, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia udowadniają, że cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską (zarzut nr 6). Odwołujący (poza wskazaniem w petitum odwołania, iż „podnoszone w wyjaśnieniach okoliczności nie stanowią żadnych okoliczności faktycznych, które uzasadniają zaoferowaną przez tego wykonawcę cenę, w takim samym stopniu wyjątkowo korzystne uwarunkowania, jak choćby obniżki cen związanych z pandemią koronawirusa, dotyczą innych wykonawców") nie przedstawił żadnej argumentacji mającej podważyć złożone przez Przystępującego wyjaśnienia. W przedstawionym w odwołaniu uzasadnieniu, Odwołujący w ogóle nie odniósł się do kwestii badania oferty Przystępującego pod kątem rażąco niskiej ceny i złożonych przez niego wyjaśnień, a treść wyjaśnień Przystępującego jest w odwołaniu przywoływana wyłącznie w kontekście zarzucanego dostosowania oferty do treści SIWZ w toku postępowania. Tym samym, wobec braku przedstawienia konkretnych podstaw faktycznych zarzutu, jego merytoryczne rozpoznanie nie jest możliwe. Jakkolwiek obowiązek dowodzenia, że cena przedstawiona w ofercie nie jest rażąco niska został nałożony na wykonawcę, którego oferty zarzut dotyczy (art. 190 ust. 1a ustawy Pzp), to jednak okoliczność ta nie zwalnia Odwołującego z obowiązku wykazania konkretnych podstaw faktycznych zarzutu, pozwalających poddać w wątpliwość prawidłowość wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Przyjęcie innego spojrzenia prowadziłoby do sytuacji, w której Odwołujący mógłby poprzestać na ogólnym twierdzeniu, że wyjaśnienia Przystępującego nie wykazują realności ceny, a Przystępujący musiałby szczegółowo udowadniać każdy element kalkulacji ceny ofertowej, co niewątpliwie zachwiałoby równowagą stron postępowania odwoławczego.

W konsekwencji uznania przez Izbę za bezzasadne zarzutów nr 1-7 odwołania, nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej (zarzut nr 8) ani zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji, które Odwołujący opierał na tożsamych podstawach faktycznych, jak wyżej omówione zarzuty.

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

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

Przewodniczący: .....