**Sygn. akt: KIO 36/21**

**WYROK**

**z dnia 11 lutego 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

**Członkowie:** **Katarzyna Odrzywolska**

**Anna Osiecka**

**Protokolant:** **Adam Skowroński**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **"Drogomex" Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Warmińsko-Mazurskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie**

przy udziale wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
oraz
przy udziale wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **"Drogomex" Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

2.1. zasądza od wykonawcy **"Drogomex" Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** na rzecz **Województwa Warmińsko-Mazurskiego – Zarządu Dróg Wojewódzkich w Olsztynie** kwotę **3 972 zł 77 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset siedemdziesiąt dwa złote siedemdziesiąt siedem groszy) tytułem zwrotu poniesionych uzasadnionych kosztów postępowania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

**Przewodniczący:……**

**……**

**……..**

**Sygn. akt: KIO 36/21**

**Uzasadnienie**

Zamawiający: Województwo Warmińsko-Mazurskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 527 na odcinku Łukta-Olsztyn", nr ref.: ZDW/NZP.IP/PN-1/3220/61/2020 (dalej „Postępowanie"). Nr ogłoszenia o zamówieniu: 2020/S 109-263613 - w DzUUE w dniu 8 czerwca 2020 r.

Odwołujący: „Drogomex" Spółka z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wniósł odwołanie od:

1. czynności podjętej w postępowaniu przez zamawiającego, polegającej na wykluczeniu go z Postępowania, a w konsekwencji - na odrzuceniu złożonej przez niego oferty,

2.czynności polegającej na przyjęciu, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu,

3.zaniechania czynności wezwania odwołującego, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym wyjaśnień dotyczących zobowiązania/oświadczenia pomiotu trzeciego - na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp – ew. wezwania do wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie oświadczenia o powołaniu się na zasoby podmiotu trzeciego i powierzeniu temu podmiotowi realizacji części zamówienia jako podwykonawcy - na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

Z ostrożności również od:

zaniechania żądania zastąpienia podmiotu trzeciego, na zasoby którego powoływał się odwołujący, innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe (...), w przypadku uznania, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku, powołując się na zasoby podmiotu trzeciego - na podstawie art. 22a ust. 6 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp.

Powyższym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzuca naruszenie:

1.art. 7 ust. 1 Pzp polegające na prowadzeniu postępowania z naruszeniem zasady przejrzystości, proporcjonalności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a wyrażające się w:

-wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty pomimo uzupełnienia przez niego dokumentu w postaci wykazu robót budowlanych, zgodnie z żądaniem Zamawiającego z 8 grudnia 2020 r., w zakresie wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej tj. wykonania jednej roboty budowlanej, polegającej na budowie, rozbudowie lub przebudowie drogi klasy nie niższej niż G o długości nie mniejszej niż 5 km, pomimo że analiza uzasadnienia czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego zawartego w zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty, prowadzi do wniosku, że wezwanie było niejasne, niedokładne i nie zawierało żądań zgodnie z pzp.

-braku uzasadnienia przez zamawiającego w zawiadomieniu z 23 grudnia 2020 r. twierdzenia o niewystarczającym zakresie robót, który miałby wykonać podmiot trzeci w ramach udostępnionych zasobów, stanowiącego następnie podstawę uznania niespełnienia warunku udziału wyżej wskazanego.

-dokonaniu przez zamawiającego dowolnej oceny dokumentów i oświadczeń, złożonych przez odwołującego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, skutkującej uznaniem, że udostępniane zasoby nie pozwalają na wykazanie przez odwołującego spełniania warunków udziału w postępowaniu, pomimo braku wskazania przez Zamawiającego w SIWZ przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 Pzp.

2.art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp przez uznanie, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej tj. wykonania jednej roboty budowlanej jw., podczas gdy odwołujący złożył dokumenty potwierdzające spełnienie powyższego warunku udziału w Postępowaniu,

3.art. 22a ust. 3 Pzp w zw. z art. 22a ust. 1 Pzp polegające na dokonaniu przez zamawiającego dowolnej oceny, że udostępniane przez podmiot trzeci zasoby nie pozwalają na wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie popartej merytoryczną argumentacją w zawiadomieniu z 23 grudnia 2020 r. o wykluczeniu odwołującego,

4.art. 22a ust. 4 Pzp w zw. z art. 36a ust. 1 Pzp przez uznanie, że odwołujący nie wykazał warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej z uwagi na wskazanie niewystarczającego zakresu robót, który miałby zrealizować podmiot trzeci w ramach udostępnionych zasobów, jako podwykonawca, podczas gdy odwołujący wskazał część zamówienia, którą zamierza powierzyć podmiotowi trzeciemu,

5.art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 22a ust 6 Pzp przez wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu, pomimo wykonania zgodnie z żądaniem zamawiającego niejasnego, nieprecyzyjnego i niewyczerpującego wezwania z 8 grudnia 2020 r., w którym zamawiający nie sformułował żądań, a także nie uzasadnił swego twierdzenia o niewystarczającym zakresie robót, który miałby wykonać podmiot trzeci, które to twierdzenie stanowiło podstawę uznania braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

6.art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 22a ust. 6 przez wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenie jego oferty pomimo zaniechania przez Z

zamawiającego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów niezbędnych do potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie przedmiotowej zdolności technicznej i zawodowej, w tym oświadczenia podmiotu trzeciego o zobowiązaniu się do udostępnienia niezbędnych zasobów oraz „JEDZ" dotyczącego tego podmiotu, ewentualnie - przez wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu pomimo zaniechania żądania, w zakreślonym przez zamawiającego terminie, zastąpienia podmiotu trzeciego, na zasoby którego powoływał się odwołujący, innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, zgodnie z art. 22a.

7.art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie przez wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, w tym oświadczenia o powołaniu się na zasoby podmiotu trzeciego i powierzeniu temu podmiotowi realizacji części zamówienia jako podwykonawcy,

8.art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 1, ust. 4 i ust. 6 Pzp przez ich niewłaściwe zastosowanie i wykluczenie odwołującego z postępowania, mimo że odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej, ponieważ pierwotnie wykazał dysponowanie zasobem podmiotu trzeciego, na który powoływał się w ramach udowodnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ, a chcąc dodatkowo uczynić zadość żądaniu zamawiającego przedłożył uzupełniony wykaz robót potwierdzając tym samym także posiadanie własnej zdolności technicznej i zawodowej w wymaganym zakresie.

9.art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez ich niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że wykazał spełnienie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego przedmiotowej zdolności technicznej i zawodowej.

10.Naruszenia art. 24 ust. 5 pkt. 4 pzp przez jego błędne zastosowanie, pomimo braku wskazania przez zamawiającego fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu lub siwz zgodnie z art. 24 ust. 6 Pzp.

Mając na uwadze powyższe zarzuty odwołujący wniósł o:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i czynności odrzucenia oferty odwołującego,

oraz

- przeprowadzenia ponownego badania i oceny oferty odwołującego, w tym wystosowania prawidłowego wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 w zw. ust. 4 i art. 22a ust. 6 Pzp oraz wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Pismem z dnia 23 grudnia 2020 r. zamawiający zawiadomił o wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz o

odrzuceniu jego oferty. Jako podstawę prawną wykluczenia podano art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Jednocześnie powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp odrzucił ofertę odwołującego.

W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że stwierdził, że wykaz robót wraz z dowodami nie potwierdza spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej tj. wykonania jednej roboty budowlanej polegającej na budowie, rozbudowie lub przebudowie drogi klasy nie niższej niż G o długości nie mniejszej niż 5 km. Ponadto zwrócił uwagę, że w wykazie robót budowlanych odwołujący wskazał, że będzie korzystał z doświadczenia podmiotu trzeciego na spełnianie warunku tj. doświadczenia firmy Polbud-Pomorze nabytego w kontrakcie na „Budowę obwodnicy Koszalina i Sianowa na S6 odcinek od km 0+665 do km 6+400 oraz od km 14+300 do km 18+606 wraz z odcinkiem Sil od węzła Bielice do węzła Koszalin Zachód". Natomiast w formularzu oferty odwołujący wskazał, że powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, na zasadach określonych w art. 22a Pzp oraz, że powierzy temu podmiotowi jako podwykonawcy realizację części zamówienia w zakresie: roboty przygotowawcze, roboty ziemne oraz zbrojenie skarp wykopów. Z zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, że będzie on występował jako podwykonawca i będzie udostępniał swoje zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia nabytych podczas realizacji wskazanego wyżej zadania. Zamawiający wskazał również, że wykonawca powołując się na podmiot trzeci nie dopełnił obowiązku wykazania realizacji robót budowlanych przez ten podmiot, zgodnie z dyspozycją art. 22a Pzp, w związku z tym, nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu. W związku z tym 8 grudnia 2020 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu robót budowlanych i stosownych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 26 ust, 3 Pzp, W odpowiedzi odwołujący złożył uzupełniony wykaz robót, w którym dodatkowo wykazywał doświadczenie własne zdobyte w ramach kontraktu pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 527 na odcinku Kwietniewo-Rychliki", realizowanego także na rzecz zamawiającego. Zgodnie ze Świadectwem Przejęcia wystawionym przez Inżyniera Kontraktu, Inwestycja „została wykonana zgodnie z projektem budowlanym, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych, warunkami decyzji ZRiD i nieistotnymi zmianami wprowadzonymi podczas realizacji, co umożliwia stwierdzenie zasadniczego ukończenia robót". Zamawiający nie potwierdził jednak należytego wykonania powyższej umowy z powodu nieterminowego ukończenia przedmiotowego kontraktu oraz naliczenia Odwołującemu kar umownych z powyższego tytułu. W ocenie zamawiającego niedotrzymanie terminu wykonania zamówienia i naliczenie kar umownych potwierdza, że kontrakt uznać należy za nienależycie wykonany. W konsekwencji zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania i odrzucił jego ofertę.

Odnosząc się do powołanej przez zamawiającego 23 grudnia 2020 r. podstawy wykluczenia i następujące okoliczności faktyczne i prawne uzasadniają wniesienie odwołania:

Zamawiający w treści pkt 5 SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z pkt 5.1 SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, tj. wykazanie wykonania co najmniej:

1)jedna robotę budowlana polegająca na budowie, rozbudowie lub przebudowie drogi klasy nie niższej niż G o długości nie mniejszej niż 5 km. /…/

2)jedną robotę budowlaną, polegającą na wykonaniu robót branży sanitarnej o wartości

3)nie mniejszej niż 800.000,00 PLN brutto,

4)jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu robót branży elektroenergetycznej o wartości nie mniejszej niż 150.000,00 PLN brutto,

5)jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu robót branży telekomunikacyjnej o wartości nie mniejszej niż 100.000,00 PLN brutto.

Ponadto w pkt. 6 SIWZ zamawiający zawarł informację, mającą zastosowanie w przypadku polegania na zasobach innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 22a Pzp oraz zamierzających powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, że wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych (pkt 6.1. SIWZ). Wykonawca, który polega na zdolnościach innych podmiotów, musi udowodnić, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, przedstawiając zobowiązanie do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia zgodnie ze wzorem zał 5 do SIWZ (pkt 6.2 SIWZ). W treści 6.9 oraz 8.2.1 SIWZzastrzegł, że wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu, składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów.

W pkt. 8 SIWZ, Zamawiający zawarł wykaz oświadczeń i dokumentów jakie należało dostarczyć w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia i wykaz pozostałych dokumentów, jakie wykonawcy zobowiązani są

dostarczyć. Zamawiający przewidział, iż do oferty należy oświadczenie w formie JEDZ, które miało stanowić wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (pkt. 8.1 i 8.2.1 SIWZ). Zgodnie przy tym w pkt. 8.3.2 SIWZ był wymóg załączenia do wykazu wykonanych robót budowlanych, referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu.

Odwołujący w celu wykazania spełniania warunku udziału dotyczącego wskazanej zdolności technicznej i zawodowej (pkt 5.1.3. SIWZ), powoływał się na zasoby podmiotu trzeciego. W punkcie 9 C formularza ofertowego z dnia 27 września 2020 r. Odwołujący oświadczył, że powierzy Polbud-Pomorze Spółce z o.o. z siedzibą w miejscowości Łącko jako podwykonawcy realizację następujących części zamówienia: roboty przygotowawcze, roboty ziemne oraz zbrojenie skarp i wykopów, i jednocześnie powołał się na zasoby wskazanej Spółki w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w SIWZ, na zasadach określonych w art. 22a Pzp. W załączeniu do oferty złożył JEDZ dotyczący wyżej wskazanego podmiotu trzeciego oraz oświadczenie tego podmiotu z dnia 22 września 2020 r., z którego wynika, że Polbud-Pomorze zobowiązała się do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych swoich

zasobów w postaci zdolności technicznej i zawodowej na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, w zakresie wiedzy i doświadczenia zdobytych podczas realizacji zadania „Budowa obwodnicy Koszalina i Sianowa na S6 odcinek od km 0+665 do km 6+400 oraz od km 14+300 do km 18+606 wraz z odcinkiem Sil od węzła Bielice do węzła Koszalin Zachód". Podmiot trzeci jednocześnie oświadczył, że będzie uczestniczyć w wykonaniu powyższego zakresu zamówienia jako podwykonawca, co oznaczało czynny i realny udział tego podmiotu w realizacji robót objętych zamówieniem. Z treści oświadczenia jednoznacznie zatem wynika zobowiązanie do udostępnienia potencjału w trakcie realizacji zamówienia. Przedstawiono jednoznaczną deklarację co do faktycznego uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Już ten fakt wskazuje, że wykluczenie Odwołującego z uwagi na brak wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu było bezpodstawne.

W związku z wezwaniem z 25.11.2020 r. do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp w zakresie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący przedłożył wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym powołał się na zasoby Polbud-Pomorze w postaci zdolności technicznej i zawodowej zgodnie z siwz. W wykonaniu wymogu Odwołujący przedstawił również dowody wykonania robót przez wskazany wyżej podmiot trzeci w ramach zadania.

w postaci Poświadczenia udziału Polbud-Pomorze w wykonywaniu prac i robót budowlanych przy realizacji powyższego kontraktu oraz Świadectwa przejęcia wskazanych robót, które zaświadczają ukończenie wspomnianych robót zgodnie z kontraktem.

Odwołujący zgodnie z art. 22a ust. 4 Pzp oraz art. 36a ust. 1 Pzp określił w formularzu ofertowym części zamówienia, które powierzy podmiotowi trzeciemu jako podwykonawcy. Wynikający z art. 22a ust. 1 i ust. 4 Pzp wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy, zaś z art. 36a ust. 1 Pzp wynika, że wykonawca może powierzyć podwykonawcy wykonanie części zamówienia. Wobec powyższego, w formularzu ofertowym Odwołujący wskazał, że powierzy podmiotowi trzeciemu jako podwykonawcy części zamówienia obejmujące: roboty przygotowawcze (D.01.00.00), roboty ziemne (D.02.00.00) i zbrojenie skarp wykopów (D.06.01.06), które stanowią fundamentalne prace, wyodrębnione w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego dla branży drogowej. Pomimo dopełnienia wszystkich koniecznych warunków powoływania się w postępowaniu na zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu trzeciego pismem z 8 grudnia 2020 r. Odwołujący został na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 22a ust. 6 Pzp wezwany do uzupełnienia dokumentów niezbędnych do potwierdzenia spełniania warunków udziału tj. wykazu robót budowlanych oraz dowodów potwierdzających ich wykonanie. Wezwanie to jednak sformułowane zostało przez Zamawiającego w sposób niezrozumiały, nie określało prawidłowo żądań Zamawiającego, co więcej nie uzasadniało wstępnej oceny dokonanej przez Zamawiającego po przedłożeniu przez Odwołującego dokumentów w trybie art. 25 ust. 1 Pzp na okoliczność spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający poinformował co prawda w wezwaniu o braku spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie warunku wskazywanej dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej. Jednak celem wyjaśnienia swojego stanowiska jedynie lakonicznie stwierdził, że wskazany, tak w formularzu ofertowym, jak i w zobowiązaniu podmiotu trzeciego zakres robót, który miałby realizować podmiot trzeci w ramach udostępnionych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia jest niewystarczający do spełnienia wymogów z art, 22a ust. 4 Pzp, a co za tym idzie jest niewystarczający do stwierdzenia spełniania przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu. Należy zwrócić uwagę, że określając swoje żądania w wezwaniu względem Odwołującego Zamawiający zażądał jedynie przedłożenia wykazu robót budowlanych (...) wraz z dowodami określającymi, czy roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone (...), które to zobowiązanie względem Zamawiającego Odwołujący już w oparciu o wezwanie z dnia 25 listopada 2020 r. wykonał.

W przekonaniu Odwołującego, przedstawione w piśmie wstępne stanowisko Zamawiającego wskazuje, że dokonana przez niego ocena dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu została dokonana w pobieżny sposób.

Zamawiający arbitralnie przyjął, że zakres robót, który miałby realizować podmiot trzeci w ramach udostępnionych zasobów jest niewystarczający do spełnienia wymogów z art. 22a ust. 4 Pzp oraz do stwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu, nie wyjaśniając przy tym przesłanek dokonanej oceny. Gdyby podstawą uznania nie spełnienia ww. wymogów była treść oświadczenia/zobowiązania podmiotu trzeciego, w wezwaniu z dnia 8 grudnia 2020 r. powinien on., wezwać Odwołującego do wyjaśnienia treści oświadczenia/ zobowiązania podmiotu trzeciego, czego w przedmiotowym wezwaniu nie uczynił. Wedle treści przepisu art. 22a pzp, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu trzeciego nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe. Zamawiający wystosował niejasne i niepełne wezwanie. Wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dla swej skuteczności musi być zaś precyzyjne i wyczerpujące. Jasne wskazanie powodów wezwania i określenie żądań było obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z zasad art. 7 ust. 1 Pzp, tym istotniejszym, że brak adekwatnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy. Wskutek wykonania wezwania doszło do wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty. Powyższe uzasadnia żądanie nakazania Zamawiającemu ponowienia procedury oceny i badania ofert, w tym powtórzenia czynności wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 22a ust. 6 Pzp.

Pomimo powziętych wątpliwości co do wystarczalności zakresu robót, który miałby zrealizować podmiot trzeci, w kontekście spełnienia wymogów z art. 22a ust. 4 Pzp i warunków udziału w Postępowaniu, Zamawiający zaniechał wystosowania dalszych wezwań, w zakresie w jakim wiąże go ustawa Pzp. Odwołujący nie został bowiem wezwany przez Zamawiającego także w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp dotyczące braku podstaw wykluczenia oraz potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. W świetle sformułowanych w wezwaniu z 8 grudnia 2020 r. zastrzeżeń wydawało się pożądane zażądanie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wyjaśnień treści oferty, czego Zamawiający nie uczynił.

W konsekwencji żądanie nakazania Zamawiającemu w ramach ponownej oceny i badania ofert wystosowania do Odwołującego wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp albo art. 22 a ust. 6 Pzp lub art. 87 ust. 1 Pzp jawi się jako

uzasadnione i konieczne.

Wymaga podkreślenia, iż w treści zawiadomienia z dnia 23 grudnia 2020 r. o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania i o odrzuceniu jego oferty, podobnie jak w wezwaniu z dnia 08 grudnia 2020 r. do uzupełnienia dokumentów, Zamawiający lakonicznie wskazał, że Odwołujący powołując się na podmiot trzeci nie dopełnił obowiązku realizacji robót budowlanych przez ten podmiot zgodnie z dyspozycją art. 22a Pzp. Niezależnie od powyższego Odwołujący złożył wykaz robót ze wskazaniem dodatkowo na samodzielne wykonanie jednej roboty budowlanej, polegającej na budowie, rozbudowie lub przebudowie drogi klasy nie niższej niż G o długości nie mniejszej niż 5 km, przez potwierdzenie posiadania własnego doświadczenia zdobytego w ramach realizacji robót budowlanych na zadaniu pn,: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 527 na odcinku Kwietniewo-Rychliki" dokumentem Świadectwo przejęcia robót z dnia 18 grudnia 2015 r., które potwierdza wykonanie powyższych robót zgodnie z projektem budowlanym, STWiOR budowlanych, warunkami decyzji ZRID i nieistotnymi zmianami wprowadzonymi podczas realizacji, a w konsekwencji - zasadnicze ukończenie robót. Powyższe Świadectwo przejęcia robót, stwierdzające okoliczność wykonania robót budowlanych zgodnie z wymienioną dokumentacją, zostało wystawione przez Inżyniera Rezydenta działającego z ramienia tożsamego Zamawiającego. Nawet w przypadku stwierdzenia, że Odwołujący nie spełnił określonego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu powołując się na zasoby podmiotu trzeciego, spełnił on ten warunek legitymując się własnym doświadczeniem.

Wymaga ponownego podkreślenia, że czynność Odwołującego polegająca na wykazaniu własnego doświadczenia zdobytego w ramach zadania pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 527 na odcinku Kwietniewo-Rychliki" celem potwierdzenia warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej tj. wykonania jednej roboty budowlanej, polegającej na budowie, rozbudowie lub przebudowie drogi klasy nie niższej niż G o długości nie mniejszej niż 5 km, została podjęta w następstwie niejasnego, niepełnego, a więc wadliwego wezwania Zamawiającego z dnia 08 grudnia 2020 r.

Odnosząc się z kolei do podniesionego przez Zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 23 grudnia 2020 r. zarzutu nienależytego wykonania przez Odwołującego robót w ramach zadania „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 527 na odcinku Kwietniewo-Rychliki" wskazuję, że nie zachodzą przeszkody w powołaniu się na doświadczenie zdobyte w ramach tego zamówienia w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

Zamawiający powołał się w zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z postępowania na okoliczność nienależytego wykonania wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo braku wskazania w treści SIWZ fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której stanowi art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Wydaje się, że podniesiony przez Zamawiającego w zawiadomieniu o wykluczeniu zarzut nienależytego wykonania wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego nie powinien odnieść zamierzonego skutku, jako nie mający oparcia w przepisach Pzp. Powyższemu działaniu Zamawiającego sprzeciwia się także zasada równego traktowania i przejrzystości. Nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, jeżeli brak jest wyraźnej podstawy w dokumentacji przetargowej do fakultatywnego wykluczenia z postępowania, a także, gdy w świetle obowiązujących przepisów prawa krajowego dana okoliczność nie stanowi przesłanki wykluczenia. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Należy mieć na względzie, że przedłożone przez odwołującego wraz z uzupełnionym wykazem robót świadectwo przejęcia robót w ramach wskazanej wyżej inwestycji potwierdza należyte wykonanie robót przez odwołującego, co więcej kara umowna za niedotrzymanie terminu wykonania powyższych robót stanowiła około 2,79% (zatem mniej niż minimalna wartość kary umownej, której przekroczenie zgodnie z nieobowiązującym już art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp skutkowało obowiązkiem wykluczenia wykonawcy) w stosunku do wartości całego zamówienia i została zaspokojona przez Zamawiającego przez potrącenie z wynagrodzenia wykonawcy.

W kolejny piśmie – złożonym na rozprawie – odwołujący podtrzymał stanowisko. Podkreślił, że Świadectwo Przejęcia potwierdza ukończenie zadania w kontraktach realizowanych na warunkach FIDIC, a zamawiający wymagał wyłącznie prawidłowego ukończenia określonej roboty budowlanej. Przypomniał o braku precyzji w wezwaniu otrzymanym dnia 8 grudnia 2020 r. Tym niemniej 17 grudnia 2020 r. czyniąc zadość wezwaniu, złożył zamawiającemu uzupełniony wykaz robót o doświadczenie zdobyte w ramach zadania rozbudowy drogi nr 527 na odcinku Kwietniewo-Rychliki wraz z Świadectwem Przejęcia z 18 grudnia 2015 r. Dokument ten potwierdził zgodność wykonanych robót z projektem budowlanym, Specyfikacjami TWiOR, warunkami decyzji ZRID i nieistotnymi zmianami wprowadzonymi w toku realizacji, co umożliwia stwierdzenie zasadniczego ukończenia robot. Stwierdził, że opóźnienie w realizacji wskazanego zadania nie nastąpiło z przyczyn leżących po jego stronie, a wysokość kary umownej za przekroczenie terminu była marginalna, na poziomie ok. 2,79% wartości zadania. Przypomniał, że przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 4 pkt 5 pzp jako fakultatywna nie miała w sprawie zastosowania.

Przypomniał poprawność powołania się na zasoby podmiotu trzeciego przez złożenie oświadczenia ze zobowiązaniem tego podmiotu ze wskazaniem zakresu robót, które wykona on w charakterze podwykonawcy. Wskazane powierzenie wraz z własnym doświadczeniem odwołującego prowadzić powinno do wniosku o wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W ocenie Zamawiającego odwołanie jako nie mające usprawiedliwionych podstaw i winno być oddalone w całości.

Jako potwierdzenie spełnienie przedmiotowego warunku Odwołujący przedłożył między innymi Świadectwo przejęcia robót kontraktu pod nazwą: „Budowa obwodnicy Koszalina i Sianowa nr S6 wraz z odcinkiem SI 1 od węzła Bielice do węzła Koszalin Zachód." Zadanie te realizowało Konsorcjum form: PORR S.A. w Warszawie oraz Polbud-Pomorze Sp. z o.o. w Łącku. Zgodnie z treścią Świadectwa Przejęcia do wykonania pozostały wyłącznie drobnezaległe prace oraz ujawnione w toku czynności odbiorowych wady. Całości zadania została wykonana zgodnie z zawartym kontraktem i w terminach wynikających z umowy zawartej między stronami. Zgodnie z poświadczeniem wydanym przez Inżyniera Kontraktu PolbudPomorze Sp. z o.o. uczestniczył w wykonywaniu wymienionego zadania w okresie od 3 marca 2015 r do 3 marca 2020 r. to jest do dnia wystawienia Świadectwa Przejęcia według Subklauzuli 10.1 na kwotę 193.784.051, 02 zł netto,

Pismem z dnia 8 grudnia 2020 r. Zamawiający wezwał odwołującego się do uzupełnienia złożonych dokumentów poprzez potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu tj. złożenie wykazu robót budowlanych wykonanych nie

wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy p w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty zostały wykonane z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o ty 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 wykonane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów inne dokumenty w zakresie określonym w pkt 5.1.3, ppkt 2) SIWI Podkreślono, że w toku analizy złożonych dokumentów Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący się nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej tj.: wykonanie jednej roboty budowlanej, polegającej na budowie rozbudowie lub przebudowie klasy drogi mnie niżej niż G o długości nie mniejszej niż 5 km. Zamawiający wyjaśnił, że Wykonawca w tym zakresie powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego, który to miałby wykonać roboty przygotowawcze, ziemne oraz zbrojenie skarp i wykopów. Z oświadczenia podmiotu trzeciego wynika, że ten będzie podwykonawcą Odwołującego się oraz będzie udostępniał swoje zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia uzyskanych na wymienionym powyżej kontrakcie.

Zamawiający stwierdził, iż wskazany w formularzu cenowym jak też w zobowiązaniu podmiotu trzeciego zakres robót jaki miałby zrealizować podmiot trzeci jest niewystarczający dla wykazania spełnienia wymogów o jakich mowa w art. 22a ust 4 pzp, a tym samym niewystarczający do stwierdzenia spełnienia wymogu udziału w postępowaniu,

Zamawiający poinformował także Odwołującego się, iż stosownie do art. 22a ust. 6 pzp w przypadku, kiedy zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu trzeciego nie potwierdzą

spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu wykonawca może zastąpić ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązać się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący się uzupełnił dokumenty załączając Świadectwo Przejęcia Robót dla inwestycji pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 527 na odcinku Kwietniewo-Rychliki" na kwotę 12.491,891, 40 zł. W tym wypadku roboty zostały zasadniczo ukończone w dniu 15 grudnia 2015 r« W konsekwencji tego Odwołujący się złożył uzupełniony wykaz robót uwzględniając tę inwestycje w tym wykazie.

Zarzuty odwołującego skupiają się wokół kilku kwestii więc Zamawiający odniesie się do nich.

Zamawiający w sposób wyczerpujący opisał na czym mają w jego ocenie polegać nieprawidłowości w dokumentach złożonych przez Wykonawcę, bowiem wskazano, że Zamawiający żądał doświadczenia w zakresie budowy drogi i o ile takim poświadczeniem się Wykonawca legitymował to zakres jaki miałby wykonać podmiot na którego zasoby się powoływany jest niewystarczający dla wykazania warunku udziału w postępowaniu. Nie da się w tym wypadku przyjąć, że Zamawiający nieprecyzyjnie wyartykułował swoje żądanie. Wykonawca na etapie udzielanie odpowiedzi na wezwanie nie miał wątpliwości co do zakresu żądania bowiem nie zwrócił się o wyjaśnienie treści żądania. Wątpliwości zostały przedstawione dopiero w odwołaniu i zakładać należy, że te stanowią taktykę procesową Odwołującego się, który wszelkimi możliwymi stara się wykazać, że dokonana przez Zamawiającego czynność jest nieważna. Na marginesie można zaznaczyć, że sam Odwołujący nie był w stanie wskazać na czym niejasności wezwania miałyby polegać, co także przesądza, że w istocie wezwanie nie naruszało postanowień mających zastosowanie w tej sprawie przepisów. Reasumując należy więc wskazać, że Zamawiający dokonując oferty wraz ze wszystkimi dokumentami składanymi przez Wykonawcę uznał, że zakres robót jaki miałby wykonywać podwykonawca na którego zasoby Odwołujący się powoływał był zbyt mały aby uznać, że faktycznie Odwołujący się wykazał, że ten będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego. W takim wypadku kierowanie kolejnego wezwania byłoby niczym nie uzasadnione bowiem stawiałoby Odwołującego się w uprzywilejowanej pozycji względem innych podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł także, że samodzielnie spełnił warunki udziału w postępowaniu bowiem wykonał inwestycję pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 527 na odcinku Kwietniewo-Rychliki?'. Nie jest sporne, że ta była realizowana na rzecz Zamawiającego, więc ten mógł samodzielnie dokonać weryfikacji tegoż czy powoływanie się na fakt wykonania tej roboty uzasadnia przyjęcie, że Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu, Odwołujący sam przyznał, iż z tytułu nieterminowego wykonania przedmiotu umowy został w tym wypadku ukarany karą umowną wynoszącą 2, 79% wartości należnego wynagrodzenia.

W przekonaniu Zamawiającego o należytym wykonaniu robót świadczy szereg okoliczności, a nie wyłącznie fakt dokonania odbioru przedmiotu umowy. Nie możne pomijać tego, że oprócz wykonania robót zgodnie z przepisami wykonawca musi się dodatkowo legitymować dokumentem potwierdzającym to, że roboty zostały ukończone prawidłowo. Umowa przewidywała oprócz szeregu postanowień także przepisy odnoszące się do terminu spełnienia świadczenia. Tego terminu Odwołujący nie dotrzymał i zawinienie w tym zakresie jest oczywiste, co stwierdził w prawomocnym wyroku Sąd. Wykonawca dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu powołał się na dokumenty wydane na rzecz podmiotu trzeciego. Ze świadectwa przejęcia wynika rodzaj inwestycji, kto był wykonawcą i zamawiającym, a nadto jaka była wartość wykonanych i odebranych prac, Analiza Świadectwa Przejęcia potwierdza to, że w wykonanych pracach wystąpiły wyłącznie drobne prace zaległe i wady nie będące istotnymi. Takie dokumenty nie potwierdzają terminu spełnienia Świadczenia, ale ten byłaby badany, gdyby Zamawiający uznał, że faktycznie Odwołujący się dysponuje zasobami na jakie się powoływał.

Skoro Odwołujący w ramach warunku udziału dotyczącego zaprojektowania i budowy posiłkował się potencjałem podmiotu trzeciego to jego podwykonawca - w myśl art. 22a ust. 4 pzp powinien zaprojektować i wybudować przedmiot zamówienia. W konsekwencji podmiot trzeci powołany celem spełnienia całego (kompletnego i niepodzielnego) warunku udziału, w zakres którego wchodziło zarówno zaprojektowanie jak i wykonanie oczyszczalni ścieków powinien zobowiązać się do wykonania całości robót wchodzących w ten zakres. Skoro więc pozostałą część robót miał wykonywać Wykonawca składający w toku postępowania ofertę to wybór takiego Wykonawcy zostałby dokonany z naruszeniem normy art. 22a ust. 4 pzp tym bardziej, że warunek udziału w postępowaniu był kompletny i nie podzielony na jakiekolwiek część. Bez znaczenia dla wykluczenia wykonawcy jest to, że ten ma hipotetyczne doświadczenie w wykonywaniu robót, jakie zamawia Zamawiający.

Skoro dla wykazania warunku udziały w postępowaniu Odwołujący musiał wykazać się wykonaniem jednej roboty polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie drogi klasy nie niższej niż G o długości nie mniejszej niż 5 km, to podwykonawca na którego zasoby się powołuje Odwołujący musiał uczestniczyć w wykonaniu przedmiotu w zakresie dla którego użyczył własnego doświadczenia. Tylko i wówczas uczestnictwo podmiotu trzeciego byłoby realne.

Odwołujący się jak już zaznaczono powyżej zamierzał powierzyć podwykonawcy wyłącznie niewielki zakres robót o nieskomplikowanym charakterze stąd czynności wykluczenia i uznania oferty za odrzuconą nie narusza przepisów prawa,

Mając to na uwadze wniósł, jak na wstępie.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy

Budimex S.A. w Warszawie oraz Strabag sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie wnosząc o oddalenie odwołania i pozostawienie bez rozpoznania zarzutów dotyczących podstaw i treści wezwania do uzupełnień, wystosowanego przez Zamawiającego w dniu 8 grudnia 2020 r. (zarzuty zdefiniowane w pkt 1 tiret jeden - trzy, pkt 3) — pkt 7) petitum odwołania), z uwagi na ich spóźniony charakter.

Wskazał, że Odwołujący nie kwestionował wezwania z dnia 8 grudnia 2020 r., a w odpowiedzi na nie przedłożył wykaz robót, w którym wskazał doświadczenie własne w postaci inwestycji pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 527 na odcinku Kwietniewo —Rychliki" (dalej jako „Inwestycja 2"). Zamawiający uzupełnionej inwestycji nie uznał jako spełniającej warunku udziału w postępowaniu, z uwagi na fakt jej nienależytego wykonania.

Zarówno treść wezwania, jak i podstawy jego wystosowania przez Zamawiającego, w tym stanowisko Zamawiającego o braku akceptacji dla zakresu zaangażowania podmiotu trzeciego w omawianą realizację (Inwestycję 1), powodujące nieskuteczność dokonanego udostępnienia, były znane Odwołującemu od momentu przekazania przez Zamawiającego wezwania. Tym samym, od tej daty (8 grudnia 2020 r.), Odwołujący dysponował informacjami, które obecnie przedstawia jako zarzuty odwołania. Co za tym idzie Odwołujący miał możliwość kwestionowania czynności polegającej na rzekomo niejasnym wezwaniu czy błędnym stanowisku co do oceny udostępnienia Inwestycji 1. W konsekwencji, podnoszenie zarzutów w tym zakresie na obecnym etapie należy uznać za spóźnione, a termin na zakwestionowanie treści wezwania, jak i wyrażonego w nim stanowiska Zamawiającego w przedmiocie zakresu zaangażowania Polbud — Pomorze Sp. z o.o. w sprawie upłynął dnia 18 grudnia 2020 r.

Uzasadniając dla wniosek o oddalenie odwołania przystępujący wskazał, co następuje.

Zasób podmiotu trzeciego, tj. spółki Polbud — Pomorze Sp. z o.o. w postaci wiedzy i doświadczenia nabytego podczas realizacji kontraktu pn. „Budowa obwodnicy Koszalina i Sianowa /…/został udostępniony w celu wykazania przez Odwołującego spełniania warunku udziału w postępowaniu zdefiniowanego w pkt 5.1.3. ppkt 1 SIWZ.

Zamawiający uznał brak wykazania spełniania warunku udziału z uwagi na brak dopełnienia wymagań zdefiniowanych w treści art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, co determinuje brak realnego udostępnienia zasobu i brak możliwości legitymowania się nim na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca w ramach złożonej oferty zadeklarował, że podmiot trzeci wykona część zamówienia jedynie w zakresie robót przygotowawczych, robót ziemnych i zbrojenia skarp wykopów, co nie wyczerpuje wykonania części zamówienia w zakresie udostępnianego zasobu.

Odwołujący podnosi, że stanowisko Zamawiającego co do braku akceptacji takiego zakresu zaangażowania podmiotu trzeciego, wyrażone w ramach wezwania z dnia 8 grudnia 2020 r. było stanowiskiem niezrozumiałym i nienależycie umotywowanym, co zablokować miało rzekomo skuteczne uzupełnienie dokumentów przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie. Z takim stanowiskiem trudno się jednak zgodzić — Zamawiający chociażby poprzez przywołanie w ramach wezwania treści warunku udziału w postępowaniu, który wykazywany był za pomocą zasobu Polbud-Pomorze i zestawienie go z zadeklarowanym zakresem zaangażowania w realizację w charakterze podwykonawcy oraz odwołanie się do normy art. 22a ust. 4 ustawy Pzp w sposób wystarczający dał wyraz temu, które elementy związane z udostępnieniem determinują brak wykazania spełniania warunku udziału.

Zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane. W przedmiotowej sytuacji, oznacza to, że Polbud — Pomorze zobowiązany byłby do zrealizowania wszystkich prac związanych z wykazywanym warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym budowy lub przebudowy drogi o klasie min. G, a więc zobowiązany byłby do zaangażowania się w charakterze podwykonawcy także w pozostałe poza deklarowanymi elementy prac. Zamawiający w ramach weryfikacji kompetencji podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia do wykonania budowy samej drogi sformułował globalny warunek udziału w postępowaniu w pkt 5.1.3. ppkt 1 SIWZ, wyłączając z jego zakresu jedynie roboty branży sanitarnej, elektroenergetycznej i telekomunikacyjnej (uregulowane w pkt 5.1.3 ppkt 2) — 4) SIWZ). W ramach przedmiotowego warunku weryfikowane były wiec również kompetencje, do wykonania elementów, których Odwołujący nie zamierzał powierzyć podmiotowi trzeciemu do realizacji. Zestawiając powyższe elementy z zakresem części zamówienia, które miałby zrealizować Polbud - Pomorze Sp., że zakres ten nie przystaje do elementów związanych z warunkiem udziału w postępowaniu, obejmując wyłącznie zasadniczo prace zdefiniowane powyżej w tiret pierwszym, tj. roboty przygotowawcze, roboty ziemne, zbrojenie skarp wykopów.

Widać więc, że planowany zakres zaangażowania podmiotu trzeciego w przedmiotową realizację abstrahuje od zakresu udostępnienia, nie obejmując wielu kluczowych i istotnych z perspektywy realizacyjnej elementów, objętych przedmiotowym warunkiem udziału w postępowaniu. Nie można się zgodzić z twierdzeniem odwołującego, że te części zamówienia (roboty przygotowawcze; roboty ziemne oraz zbrojenie skarp wykopów) to prace o charakterze fundamentalnym, co oznaczać miałoby, że warunek udziału w postępowaniu z pkt 5.1.3. ppkt 1) SIWZ został wykazany. Zamawiający prawidłowo uznał, że udostępnienie zasobu nie może być zaakceptowane przez wzgląd na brak respektowania art. 22a ust. 4 ustawy PZP i słusznie wdrożył procedurę uzupełnień. W kontekście przypadku ofertę należy czytać w całości, a deklaracje wykonawcy podlegają łącznej interpretacji, stąd zamawiający nie mógł pominąć oświadczenia co do zakresu planowanego zaangażowania podmiotu trzeciego. Sam odwołujący w uzasadnieniu odwołania podtrzymuje, że to prace przygotowawcze, roboty ziemne oraz wzmocnienie skarp wykopów to części zamówienia wystarczające dla realnego udostępnienia zasobów przez spółkę Polbud — Pomorze. Odwołujący nie

wskazuje jakie elementy miałyby być przedmiotem tych wyjaśnień i do czego te wyjaśnienia miałyby prowadzić (jaki miałyby wpływ na wynik tego postępowania), przyznając zresztą, że jego deklaracje miały charakter jasny i jednoznaczny i zostały prawidłowe odczytane.

Nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 22a ust. 6 Pzp. Ponowienie procedury uzupełniającej w oparciu o art. 22a ust. 6 Pzp nie znajduje uzasadnienia i prowadziłoby do naruszenia zasady jednokrotności uzupełnień, naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Prawa odwołującego nie zostały naruszone; Zamawiający nie narzucił w treści wezwania konieczności uzupełnienia wykazu pozostawiając swobodę sposobu wykazania spełniania warunku udziału z pkt 5.1.3.1 SIWZ.

Przystępujący wskazuje, że wezwanie z 8 grudnia 2020 r. stanowiło czynność uzasadnioną, a przedstawione pierwotnie informacje i dokumenty nie pozwalały na pozytywną ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.1.3. ppkt 1 siwz.

W odpowiedzi odwołujący przedstawił uzupełniony wykaz robót, w którym w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazał inwestycję będącą przedmiotem doświadczenia własnego. Jednocześnie przedstawione zostało Świadectwo Przejęcia wystawione przez Inżyniera Kontraktu wskazujące na „wykonanie inwestycji zgodnie z projektem", „co umożliwia stwierdzenie zasadnicze ukończenia robót".

Wskazana Inwestycja zrealizowana została na rzecz Zamawiającego, który dysponując wiedzą na temat przebiegu jej realizacji i naliczonych kar umownych z powodu jej nieterminowości, nie wystawił wykonawcy referencji wskazujących na należyte wykonanie tego zadania, i z uwagi na fakt braku wykazania należycie wykonanej inwestycji, wypełniającej warunek z pkt 5.1.3 ppkt 1 SIWZ podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Jednoznacznie wskazana została zarówno podstawa prawna dokonanej czynności, jak i okoliczności faktyczne stanowiące jej uzasadnienie. W żadnym miejscu Zamawiający nie twierdził, że wyklucza Odwołującego z uwagi na fakt nieprawidłowego wykonania wcześniejszej umowy, a jedynie z uwagi na fakt braku wykazania należytego wykonania inwestycji referencyjnej, przedstawianej w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Przedstawiony Dokument Świadectwa Przejęcia nie zawiera określenia wartościującego prace wykonane— ich jakość, terminowość czy staranność samej realizacji. Wskazuje jedynie na wykonanie inwestycji zgodnie z projektem, co umożliwia stwierdzenie ukończenia robót. Inżynier Kontraktu stwierdza jedynie, że prace zostały ukończone, nie odnosi się jednak do ich jakości, a dokument nie stanowi „polecenia" wykonawcy, którą to rolę pełnią zasadniczo referencje lub inne równoważne dokumenty w rozumieniu Rozporządzenia ws. dokumentów. Negatywna ocena co do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu za pośrednictwem kolejnej inwestycji była decyzją prawidłową.

Strony i uczestnik podtrzymali w trakcie rozprawy stanowiska przedstawione w pismach procesowych.

**Krajowa Izba Odwoławcza,** rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie
i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść oferty złożonej zamawiającemu przez odwołującego oraz czynności zamawiającego i odwołującego związane z tą ofertą, a także biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Stan faktyczny sprawy jest niesporny. Dotyczy to w szczególności treści warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 5.1.3 SIWZ, którego niespełnienie było podstawą kwestionowanej w odwołaniu decyzji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz dokumentów złożonych przez odwołującego z ofertą oraz na wezwania zamawiającego.

Jako potwierdzenie spełnienia warunku Odwołujący się złożył między innymi Świadectwo przejęcia robót kontraktu pod nazwą: „Budowa obwodnicy Koszalina i Sianowa nr S6 wraz z odcinkiem S11 od węzła Bielice do węzła Koszalin Zachód." realizowanego przez konsorcjum firm: PORR S.A. w Warszawie oraz Polbud-Pomorze Sp. z o.o. w Łącku. Ta druga spółka została wskazana przez odwołującego wykonawcę jako podmiot trzeci w rozumieniu art. 22a ust. 4 ustawy pzp, na którego zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia wykonawca się powołał przedstawiając stosowne zobowiązanie spółki do udziału w realizacji części przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy. Podmiot ten, zgodnie z deklaracją pisemną, miałby w ramach umowy o podwykonawstwo wykonać roboty przygotowawcze, ziemne oraz zbrojenie skarp i wykopów.

Zamawiający pismem z dnia 8 grudnia 2020 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia złożonych dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w postępowaniu. Zamawiający przypomniał w wezwaniu, że wykonawca w tym zakresie powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego, który to miałby wykonać wymienione wyżej roboty.

W piśmie zamawiający wskazał, że stosownie art. 22a ust. 4 ustawy pzp oraz analogicznego co do treści postanowienia SIWZ warunek miał być uznany za spełniony, jeżeli podmioty trzecie zrealizują roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane. Przypomniał, że budowa drogi to wykonywanie połączenia drogowego między określonymi miejscami lub miejscowościami) a także odbudowa i rozbudowa, zaś przebudowa drogi to

wykonywanie robót, w których wyniku następuje podwyższenie parametrów technicznych i eksploatacyjnych istniejącej drogi niewymagających zmiany pasa drogowego.

W ocenie składu orzekającego zamawiający zasadnie stwierdził, iż wskazany w formularzu cenowym, jak też w zobowiązaniu podmiotu trzeciego zakres robót, jaki miałby zrealizować podmiot trzeci, jest niewystarczający dla wykazania spełnienia wymogów, o jakich mowa w art. 22a ust 4 ustawy pzp, a tym samym niewystarczający do stwierdzenia spełnienia wymogu udziału w postępowaniu. Z przepisu wynika bowiem, że podmiot, na którego zdolnościach polega wykonawca winien realizować roboty, do realizacji których zdolności są wymagane.

W wyniku wezwania, w którym zamawiający również poinformował odwołującego o możliwym zastosowaniu przepisu art. 22a ust. 6 ustawy pzp, odwołujący uzupełnił dokumenty załączając Świadectwo Przejęcia Robót dla inwestycji pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 527 na odcinku Kwietniewo-Rychliki" - zadania, które zostało zasadniczo ukończone w dniu 15 grudnia 2015 r.; odwołujący złożył uzupełniony wykaz robót uwzględniając tę inwestycje w wykazie.

Z powyższego wynika zatem, że wykonawca zrozumiał wątpliwości i zastrzeżenia zamawiającego w zakresie wstępnej oceny spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu wyrażone w wezwaniu zawierającym w części wstępnej podstawę prawną tej czynności, określoną jako art. 26 ust. 3 i art. 22a ust. 6 ustawy pzp. Tym samym zastrzeżenia odwołującego co do treści wezwania z dnia 8 grudnia 2020 r. jako niejasnej i nieprecyzyjnej, są niezasadne.

Należy stwierdzić, że ocena oferty wraz z dokumentami złożonymi przez wykonawcę prowadzi do wniosku, że zakres robót jaki miałby wykonywać podwykonawca, a na którego zasoby odwołujący się powoływał, był zbyt mały i nie odzwierciedlał zakresu udostępnionego zasobu. Nie było zatem podstaw do uznania, że faktycznie odwołujący wykazał, że będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego na zasadach przewidziany wskazanymi przepisami ustawy. W konsekwencji brak jest również podstaw do nakazania dokonania czynności kolejnego wezwania w przedmiotowym zakresie, bowiem prowadziło by to do naruszenia utrwalonej zasady jednokrotności uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp opartej na ustawowej zasadzie równego traktowania wykonawców.

Za uzasadnione uznaje także Izba przyczyny, dla których zamawiający przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu zanegował możliwość uwzględnienia inwestycji realizowanej przez odwołującego na rzecz Zamawiającego, wskazanej w wyniku wezwania, na podstawie dopuszczalnego przepisem art. 22a ust. 6 ustawy pzp, zastąpienia doświadczenia podmiotu trzeciego przez wskazanie własnego doświadczenia wykonawcy. Niesporne jest, że odwołujący realizował inwestycję pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 527 na odcinku Kwietniewo-Rychliki" na rzecz obecnego zamawiającego. Dla składu orzekającego jest oczywiste, że inwestor – zamawiający dla wskazanej inwestycji, będący jedynym podmiotem uprawnionym do sporządzenia referencji, może samodzielnie dokonać oceny, czy praca wykonana na jego rzecz została zrealizowana należycie. W okolicznościach rozpatrywanej sprawy uznać należy, że przedstawiony dokument Świadectwa Przejęcia wystawiony przez inżyniera kontraktu z informacją w nim zawartą, że roboty zostały zasadniczo ukończone, a inwestycja wykonana została zgodnie z projektem, specyfikacjami technicznymi, warunkami zezwolenia na realizację inwestycji drogowej i nieistotnymi zmianami wprowadzonymi podczas realizacji, nie oznacza potwierdzenia należytego wykonania umowy. Za udowodniony bowiem uznać należy fakt nieterminowego ukończenia przedmiotowego kontraktu potwierdzony prawomocnym wyrokiem sądu zapadłym w wyniku sporu stron.

Skoro zatem odwołujący nie wykazał samodzielnie spełnienia warunku udziału w postępowaniu samodzielnie, jak i nie wykazał się spełnieniem warunku z wykorzystaniem zasobów podmiotu trzeciego, bowiem wskazany podwykonawca nie uczestniczyłby w wykonaniu przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim użyczył swego doświadczenia, stwierdzenie o braku wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przez odwołującego jest uzasadnione. W konsekwencji zamawiający nie naruszył w prowadzonym postępowaniu w stosunku do odwołującego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy pzp.

Nie ma przy tym znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczność zrealizowania przez odwołującego innych zadań na rzecz publicznych zamawiających wobec ich nieprzedstawienia zamawiającemu w terminach i na zasadach wynikających z przepisów ustawy pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: ……..

……..

……..