

WYROK

z dnia 18 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 17 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 2 lutego 2022 r. przez wykonawcę Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. J. P., R. P. oraz O.P., będących wspólnikami spółki cywilnej działającej pod nazwą Zakład Usług Komunalnych J., R. P. s. c., ul. Młyńska 22, 89-100 Nakło nad Notecią, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 7200 zł (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych, zero groszy) stanowiącą wydatki stron z tytułu wynagrodzenia pełnomocników oraz kwotę 513 zł (słownie: pięćset trzynaście złotych, zero groszy) poniesioną przez Odwołującego z tytułu dojazdu na rozprawę.

3. Zasądza od Odwołującego Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy na rzecz Zamawiającego Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, dalej: „PZP”) postępowanie w trybie podstawowym, którego przedmiotem są remonty częściowe nawierzchni bitumicznych na terenie miasta Bydgoszczy w 2022 r.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 listopada 2021 r. pod numerem 2021/BZP00266728/01.

W dniu 2 lutego 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Projbud Drogownictwo Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy, w którym zarzucił on Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, co zostało wykazane adekwatnymi do żądania Zamawiającego podmiotowymi środkami dowodowymi i wyjaśnieniami,

ewentualnie

2) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt. 1 i 2 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty PROJBUD po wadliwym przeprowadzeniu procedury uzupełnienia / wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych złożonych przez PROJBUD, w tym poprzez zaniechanie (z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości) wezwania Odwołującego do dalszego uzupełnienia lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych, wobec uznania złożonych podmiotowych środków dowodowych wraz z wyjaśnieniami za niewystarczające do dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, podczas gdy pierwotnie wystosowane do Odwołującego wezwanie zostało wykonane zgodnie z jego treścią, co uniemożliwiało odrzucenie oferty z powodu domniemanej niepełności podmiotowych środków dowodowych bez wezwania do dalszego ich wyjaśnienia/ uzupełnienia

3) naruszenie art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez wybór, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy ZUK, podczas gdy najkorzystniejszą niepodlegającą odrzuceniu ofertą (w świetle kryteriów określonych przez Zamawiającego) była oferta PROJBUD.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego Odwołania w całości,
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania w całości- na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,
- 3) nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienia zaskarżonych czynności:
 - wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - odrzucenia oferty Odwołującego
 - poprzedzających je czynności badania i oceny ofert,

b) powtórzenia czynności badania ofert, z uwzględnieniem oferty Projbud jako ważnej i niepodlegającej odrzuceniu

ewentualnie również:

4) wezwania Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 PZP do uzupełnienia podmiotowych wniosków dowodowych w postaci wykazu wykonanych robót budowlanych i dowodów potwierdzających, że roboty ujęte w wykazie zostały należycie wykonane, ze wskazaniem dokładnego zakresu uzupełnienia

5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie.

Jak argumentował Odwołujący, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. W niniejszej sprawie Zamawiający skorzystał z powyższego przepisu powołując się na okoliczność, iż w jego ocenie spełniania warunku nie potwierdzają przedłożone przez Wykonawcę dokumenty. W związku z powyższym tytułem wstępu wskazać należy, iż zakres dokumentów, do przedstawienia których zobowiązany jest wykonawca, określają postanowienia SWZ (w powiązaniu z przepisami Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020r., poz. 2415). W tej mierze Zamawiający w sposób wyraźny określił, iż jedynymi żądanymi przez niego dokumentami są wykaz robót budowlanych oraz referencje. Odwołujący przedłożył takie dokumenty, o treści zgodnej z wymogami SWZ, zamieszczając w nich wszystkie żądane informacje stąd zarzut Zamawiającego staje się *prima facie* chybiony. Zamawiający nie może bowiem wywodzić, że niewystarczające dla celów postępowania są dokumenty zgodne co do treści z określoną przez niego w SWZ.

Jak dalej wskazywał Odwołujący, dostrzec należy, iż przedmiotowa norma prawna w niektórych sytuacjach (w tym- w realiach niniejszej sprawy) pozostaje skorelowana z przepisem art. 128 PZP. Stosownie do brzmienia art. 128 ust. 1 PZP jeżeli wykonawca nie złożył m.in. podmiotowych środków dowodowych lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Z kolei w myśl ust. 4 w/w normy prawnej Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących m.in. złożonych podmiotowych środków dowodowych. To Zamawiający zobowiązany jest zatem określić, czego dotyczy żądanie jego wezwania (odpowiednio uzupełnienia, poprawienia czy wyjaśnienia ich treści) oraz jakich dokładnie niedoskonałości dotyka. Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy dostrzec, że sygnalizowane w toku Postępowania wątpliwości Zamawiającego co do dokumentów podmiotowych Odwołującego dotyczyły wyłącznie- drugiego z dokumentów w postaci referencji wystawionych przez J. K.. Sam wykaz nie był kwestionowany. Determinuje to daleko idące konsekwencje co do zakresu możliwych do podnoszenia przez Zamawiającego zarzutów. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO Zamawiający nie może bowiem podważać treści referencji jako niekompletnych/ nieprzydatnych w postępowaniu z tego względu, że nie zawierają one wszystkich informacji, jakie chciałby z nich wywieść Zamawiający. Rolą referencji jest bowiem potwierdzenie należytego wykonania opisanej w nich usługi/ dostawy/ roboty budowlanej i z natury rzeczy mają one bardziej ogólny charakter. Wykonawca nie jest zobligowany (ani nawet, biorąc pod uwagę okres, za jaki mogą być przedkładane referencje, nie ma takiej możliwości) do dostosowywania treści referencji do warunków konkretnego postępowania, w tym- nie może domagać się od wystawcy referencji zamieszczenia w nim elementów dostosowanych do treści, niekiedy bardzo szczegółowych (jak np. w niniejszej sprawie) warunków udziału w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe znajduje potwierdzenie w licznych orzeczeniach KIO- np. wyrok z dnia 30.03.2018 r., KIO 477/18, wyrok z dnia 21.06.2020r., KIO 1116/18, wyrok z dnia 13 maja 2015 r., KIO 889/15, wyrok z dnia 14 kwietnia 2015 r., KIO 550/15.

Jak podnosił Odwołujący, sporne referencje były zdaniem Zamawiającego niekompletne z tego powodu, że nie wynikało z nich jasno wykonanie przez Projbud robót o cechach przedmiotowych objętych warunkiem udziału w postępowaniu. Samo to wskazuje, iż Zamawiający wezwał Projbud wbrew nagłówkowi swojego pisma nie- do uzupełnienia / poprawienia podmiotowych środków dowodowych, a do ich wyjaśnienia. Co znamienne, sam zamawiający nie dookreślił przedmiotu wezwania, wskazując, iż domaga się „uzupełnienia, uszczegółowienia bądź poprawienia dokumentów”. Tym samym obowiązkiem Wykonawcy było wyłącznie - literalne odniesienie się do treści wezwania poprzez wskazanie wyraźnie w

nim sprecyzowanych danych, co też nastąpiło.

Warto w tym miejscu zwrócić również uwagę, jakie dane powinny potwierdzać podmiotowe środki składane w niniejszym postępowaniu. Dane te są pochodną warunku postawionego przez Zamawiającego. Zgodnie z jego treścią wymagane doświadczenie wykonawcy miało obejmować wykonanie co najmniej jednej roboty budowlanej o następujących cechach:

- obejmować miały wykonanie remontów cząstkowych nawierzchni bitumicznej wraz z robotami towarzyszącymi polegającymi na regulacji urządzeń podziemnych;

- miały być realizowane w miastach powyżej 100 000 mieszkańców lub na drogach krajowych poza miastem na pow. 15.000 m²;

- łączna wartość prac miała być nie niższa, niż 2.000.000 zł brutto.

Zdaniem Odwołującego oznacza to, że prace o określonej wartości i zakresie rzeczowym mogły być realizowane zarówno- w miastach powyżej 100.000 mieszkańców (niezależnie od kategorii dróg) jak i (alternatywa łączna „lub”, pozwalająca na wykazywanie doświadczenia jednocześnie w odniesieniu do obu typów lokalizacji) na drogach innych, niż położone w ośrodkach miejskich > 100.000 mieszkańców, jednak wyłącznie o kategorii drogi krajowej. Odnosząc powyższe do przedłożonych przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych, niewątpliwie potwierdzały one komplet w/w danych. Dodatkowo potwierdzenie takie znalazło się w wyjaśnieniach z dnia 3.01.2022r., w których Projbud wskazał m.in., że:

„Roboty referencyjne zarówno na drogach krajowych, jak i miejskich i powiatowych, zarówno w miastach powyżej 100.000 mieszkańców jak i poza takimi miastami, [1] obejmowały taki sam zakres przedmiotowy, tj. remonty cząstkowe wraz z pracami towarzyszącymi (konkretnie prace zostały szczegółowo opisane w przedłożonych już referencjach). Jednocześnie oświadczamy, że [2] prace realizowane w ramach zamówienia referencyjnego na drogach krajowych obejmowały powierzchnię co najmniej 15.000 m², zaś [3] łączna wartość prac w ośrodkach miejskich powyżej 100.000 mieszkańców oraz na drogach krajowych poza takimi miastami była nie niższa, niż 2 000 000 złotych brutto”.

Powyższe oznacza zdaniem Odwołującego, że potwierdził on, w sposób wymagany przez Zamawiającego i rozwiewający wątpliwości wyrażone w wezwaniu z dnia 27.12.2021r., że prace o wymaganej łącznej wartości obejmowały wyłącznie- dopuszczone w SWZ lokalizacje (tj. co najmniej 15.000 m² prac na drogach krajowych poza miastami oraz prace w miastach powyżej 100.000 mieszkańców). W świetle powyższego nieuprawnione jest twierdzenie, jakoby przedłożone dokumenty podmiotowe nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu- jest bowiem dokładnie odwrotnie.

Jak dalej wskazuje Odwołujący, nie jest argumentem za taką tezą twierdzenie, jakoby wykluczało powołanie się na doświadczenie zdobyte w ramach podwykonawstwa niedokonanie zgłoszenia podwykonawcy do Inwestora. Należy pamiętać, że tak zdobyte doświadczenie jest zdobywane poprzez wykonywanie robót na rzecz podmiotu prywatnego (tu będącego jednocześnie wykonawcą zamówienia publicznego, co jednak nie wpływa na dalszą ocenę) i to on jest wyłącznie uprawniony do potwierdzania rzetelności prac referencyjnych (por. wyrok ws. KIO 1464/13). Z perspektywy doświadczenia wykonawcy (uprzednio podwykonawcy) powołującego się na takie referencje rozpatrywać należy zatem wyłącznie stosunek pomiędzy nim a jego zleceniodawcą. Nie polegają na prawdziwości twierdzenia, jakoby stosunek ten (a tym samym- zdobyte doświadczenie) posiadał cechę „nielegalności” wskutek niedokonania zgłoszenia podwykonawcy do Zamawiającego. Zarówno w obecnym, jak i w poprzednim stanie prawnym (pod rządami którego Odwołujący zdobywał doświadczenie) zgłoszenie podwykonawcy i akceptacja umowy z podwykonawcą przez Zamawiającego publicznego nie warunkowały ważności umowy podwykonawczej a co najwyżej- stanowiły podstawę solidarnej odpowiedzialności Zamawiającego za zobowiązania wobec takiego podwykonawcy (lub jej braku), względnie- uzasadniać mogły wyprowadzenie przewidzianych umową konsekwencji wobec wykonawcy głównego za zaniechanie dokonania zgłoszenia. Odwołujący nie jest jednak odpowiedzialny za to, czy jego kontrahent dokonał zgłoszenia podwykonawstwa do swojego zamawiającego, zaś umowa pomiędzy nim a tym kontrahentem pozostawała ważna i była realizowana należyście, tym samym uzyskał on wymagane doświadczenie.

Powyższe wskazuje, że działania Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Projbud z przyczyn wskazanych w piśmie z dnia 28.01.2022r. pozbawione były podstaw prawnych, a oferta Odwołującego powinna zostać przywrócona do postępowania (a następnie wybrana, albowiem w należyłym stopniu wykazano spełnienie warunków udziału w postępowaniu).

Jak kontynuował Odwołujący, z ostrożności, na wypadek, gdyby w ocenie izby złożone przez Odwołującego podmiotowe środki dowodowe zawierały istotnie jakieś niedoskonałości, to i tak odrzucenie oferty Projbud było przedwczesne. Trzeba bowiem pamiętać, że obowiązek Zamawiającego wezwania wykonawcy do uzupełnienia, poprawienia lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych musi być realizowany w sposób lojalny, z zachowaniem reguł uczciwej konkurencji i przejrzystości. Tak w doktrynie, jak i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że czynność wezwania na podstawie art. 128 PZP nie jest dla zamawiającego równoznaczna wyłącznie z wystosowaniem do wykonawcy pisma określonej treści, ale również z zapewnieniem warunków dla realizacji czynności zawartych w wezwaniu. Tylko w sytuacji, w której zamawiający dopełni wszystkich ciążących na nim obowiązków, a wykonawca nie uzupełni dokumentów lub zrobi to w sposób niewłaściwy, ponowne wezwanie nie jest możliwe (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 czerwca 2021 r. KIO 1649/21). Podobnie w wyroku z dnia 26 sierpnia 2021 r., KIO 2348/21 Izba wskazała, że powtórne wezwanie do uzupełnienia oświadczenia lub dokumentu jest niedopuszczalne wówczas, gdy dotyczy tego samego zakresu uzupełnienia, tj. sytuacji, gdy wykonawca na pierwsze wezwanie skierowane przez zamawiającego nie uzupełnił danego dokumentu w zakresie określonym w wezwaniu. Wezwanie powinno precyzyjnie wskazywać uchybienia, jakich dopuścił się wykonawca, sposób ich usunięcia poprzez wskazanie, czy powinno mieć miejsce złożenie, poprawienie lub uzupełnienie określonych oświadczeń lub dokumentów, a także określać termin i formę, w jakiej nieprawidłowości powinny być usunięte. W przypadku niezachowania tych warunków, w szczególności w przypadku nieprecyzyjnego lub niekompletnego wezwania, możliwe, a nawet konieczne będzie ponowienie tej czynności przez zamawiającego (tak M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021). Nie jest przy tym istotna liczba wystąpień zamawiającego, lecz zakres kierowanego wezwania. Wykonawca ma szansę na uzupełnienie lub poprawienie złożonych dokumentów jeden raz w zakresie wskazanym przez zamawiającego w wezwaniu. Z orzecznictwa wynika też nakaz, aby wezwanie było konkretne, tj. wskazywało braki w złożonych dokumentach, żeby wykonawca wiedział, jakie uchybienia zauważył zamawiający, i miał realną szansę na ich usunięcie (por. M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021). Także wezwanie do wyjaśnień powinno być precyzyjne oraz określać treść pytania, jego cel, to czego dotyczy, tj. jakich podmiotowych środków dowodowych, jakiego dokumentu lub oświadczenia oraz jakich zagadnień. Należy przyjąć, że o wyjaśnienia zamawiający może zwracać się wielokrotnie, aż do uzyskania jasnego obrazu sytuacji (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2021).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy dostrzec, że Zamawiający wyartykułował w stosunku do podmiotowych środków dowodowych Odwołującego jedynie dwa konkretne żądania (nie precyzując przy tym, czy żąda uzupełnienia, poprawienia czy wyjaśnienia). Oba te żądania, tj.:

1) uszczegółowienia zarządcy drogi krajowej, na rzecz którego wykonywane były roboty budowlane oraz wskazania umowy, na podstawie której wykonywane były prace na rzecz w/w zarządcy wraz z okresem jej obowiązywania,

2) doprecyzowania zakresu prac wykonanego na wskazanej drodze krajowej DK11 z wyłączeniem wskazanych w referencjach dróg miejskich i powiatowych w miejscowościach poniżej 100 tys. Mieszkańców,

Odwołujący (mimo, że jako dotyczące referencji nie powinny być w ogóle stawiane) zrealizował w pismach z dnia 3.01. i 10.01.2022r. W efekcie podniesione w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty stwierdzenia, jakoby pomimo złożonych wyjaśnień nadal nie było możliwe zweryfikowanie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie obciążają Wykonawcy a Zamawiającego. Skoro Zamawiający ma dalsze wątpliwości- winien ponownie zwrócić się o ich wyjaśnienie. Zaniechanie tego typu działania stanowi naruszenie art. 128 PZP, a odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji tego zaniechania- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP.

Końcowo warto także zwrócić uwagę, iż kwestionowanie przez Zamawiającego treści podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do zakresu prac objętych wykazem i referencjami nie może być gołosłowne i oparte o „wątpliwości”. Nie może sprowadzać się tylko do podważenia, że w wykazie lub referencji nie padły sformułowania ściśle takie jak u zamawiającego w warunku, ale musi być oparte o wykazanie, że rzeczywiście dana inwestycja nie obejmowała wymaganych przez zamawiającego elementów (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2021 r. KIO 1763/21).

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł jak na wstępie.

W dniu 7 lutego 2022 r. przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia tj. J.P., R. P. oraz O. P., będący współnikami spółki cywilnej działającej pod nazwą Zakład Usług Komunalnych J., R. P. s. c.

Następnie pismem z dnia 14 lutego zgłaszający Przystąpienie przedstawił swoje stanowisko, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości. Podkreślił przede wszystkim, że nie zgadza się ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Odwołującego, a czynność wyboru najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego były prawidłowe i zgodne z przepisami.

Zdaniem Przystępującego, nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że przedłożenie wykazu robót budowlanych i referencji spełnia wymogi Zamawiającego określone w SWZ i Zamawiający nie powinien kwestionować przedłożenia dokumentów, których sam zgodnie z SWZ oczekiwał. Takie rozumienie przepisów ustawy sugeruje, że czynności Zamawiającego winny sprowadzać się tylko do sprawdzenia, czy Wykonawca złożył wykaz robót i referencje. To zadaniem Zamawiającego jest rzetelne sprawdzenie tego wykazu robót i przedłożonych na ich potwierdzenie referencji.

Zamawiający dwukrotnie stworzył Odwołującemu możliwość złożenia właściwych podmiotowych środków dowodowych, jasno i czytelnie wskazując, czego dotyczą jego wątpliwości. Odwołujący składał wyjaśnienia, które jednak nie rozwiąły wątpliwości Zamawiającego.

Jak kontynuował Przystępujący, wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający jasno i precyzyjnie wskazał w treści wezwania do uzupełnienia/poprawienia podmiotowych środków dowodowych z dnia 27 grudnia 2021r., jakich wyjaśnień i informacji oczekuje od Odwołującego. Zamawiający wyjaśnił, iż działając na podstawie art. 128 ust.1 ustawy z dni

11 września 2019 - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz.219 ze zm.) wzywa Wykonawcę do uzupełnienia, uszczegółowienia bądź poprawienia dokumentów, o których mowa w Rozdziale XIX pkt. 2.1) SWZ określających czy roboty budowlane wskazane w wykazie robót budowlanych zostały wykonane należycie. Zamawiający wskazał, że referencje z dnia 04.10.2021r. wystawione przez firmę Roboty Drogowo-Budowlane J. K. są niekompletne z uwagi na fakt, iż jasno z nich nie wynika wykonanie przez Projbud Drogownictwo sp. z o.o. wykazanych w wykazie robót budowlanych na drogach krajowych poza miastem na wymaganej w warunku udziału w postępowaniu Rozdział XVIII. pkt 1.1) a) SWZ powierzchni 15 000 m², oraz o wartości brutto nie mniejszej niż 2 000 000 zł w jednym zadaniu (jednej robocie budowlanej). W związku z powyższym Zamawiający poprosił o uszczegółowienie zarządcy drogi krajowej, na rzecz którego wykonywane były roboty budowlane oraz wskazanie umowy, na podstawie której wykonywane były prace na rzecz w/w zarządcy wraz z okresem jej obowiązywania. Ponadto, Zamawiający poprosił o

dotrecyzowanie zakresu prac wykonanego na wskazanej drodze krajowej DK11 z

wyłączeniem wskazanych w referencjach dróg miejskich i powiatowych w miejscowościach poniżej 100 tys. mieszkańców. Sposób interpretacji przepisów dotyczących podmiotowych środków dowodowych przedstawiony przez Odwołującego godzi w przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie oczekiwał bowiem, aby referencje zawierały konkretne wymagane przez niego szczegółowe informacje, ale tego, by potwierdzały fakt wykonania przez Odwołującego robót potwierdzających wskazany w SWZ wymóg doświadczenia oraz, aby wykaz robót potwierdzał spełnienie tego wymogu.

Zdaniem Przystępującego, Odwołujący zupełnie bezpodstawnie potraktował otrzymane wezwanie jako wezwanie do wyjaśnienia treści złożonych referencji - nie zaś do przedłożenia uzupełnionych/ poprawionych podmiotowych środków dowodowych.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, opis warunku udziału w postępowaniu jednoznacznie wskazuje, że celem Zamawiającego było zobowiązanie Wykonawców do wykazania się wykonaniem co najmniej jedną robotą (w ramach jednego zadania) polegającą na wykonaniu wskazanych zakresów robót o wartości nie mniejszej niż wskazana i w określonych

obszarach - w miastach powyżej 100 000 mieszkańców (dowolna kategoria drogi) lub na drogach krajowych poza miastem, na powierzchni 15 000 m². Sposób rozumienia tego warunku przez Odwołującego odbiega zatem w sposób oczywisty od oczekiwań Zamawiającego wyrażonych w SWZ. Co więcej w treści kierowanych do odwołującego

weszań Zamawiający wskazywał i sugerował Odwołującemu, w jaki sposób należy rozumieć kwestionowane zapisy SWZ, lecz Odwołujący konsekwentnie podtrzymywał swoje stanowisko. Wynikało to nie tyle z faktu, iż Odwołujący nie zrozumiał wymogów SWZ i wyjaśnień Zamawiającego zawartych w kierowanych do niego pismach, ale przede wszystkim z faktu, iż Odwołujący jak można domniemywać nie posiada dokumentów potwierdzających wskazany przez Zamawiającego wymóg doświadczenia.

Istotnym, zdaniem Przystępującego, pozostaje również fakt, iż Zamawiający podjął próbę wyjaśnienia prawdziwości przedłożonych referencji ze wskazanym przez Odwołującego podmiotem, dla którego wskazane zadanie było realizowane. GDDKiA O/Poznań jednoznacznie wskazał, że podmiot widniejący na referencjach nie realizował na jej rzecz jakichkolwiek robót w ramach tego zadania. Co więcej Przystępujący w ramach realizacji prawa dostępu do informacji publicznej zwrócił się do podmiotów ujawnionych jako zamawiający, na rzecz których były realizowane opisywane roboty o wskazanie, czy Odwołujący realizował na ich rzecz jakiegokolwiek roboty. Z odpowiedzi uzyskanych na moment sporządzania niniejszego pisma wszystkie podmioty zaprzeczyły jakoby Odwołujący uczestniczył w procesie realizacji tych zadań jako podwykonawca.

Jak wskazywał dalej Przystępujący, niedopuszczalną jest sytuacja, w której jedynym dowodem potwierdzającym udział Wykonawcy w realizacji jakiegoś zadania są referencje wystawione mu przez inny podmiot, a pozostałe dowody wskazują na brak możliwości wykonania tych robót przez tegoż Wykonawcę. Przedłożone przez Odwołującego referencje nie mogą zostać wykorzystane w ramach niniejszego postępowania. Co więcej z ich analizy wynika, że zostały wystawione na różne podmioty, a nie na Odwołującego.

Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na Wykonawcy i tym samym to Odwołujący winien wykazać stosownymi dokumentami, że roboty rzeczywiście zostały zrealizowane i dotyczyły zakresu rzeczowego, który uzasadnia ich wykorzystanie przy wykazaniu spełnienia wymogu posiadania wymaganego doświadczenia. Odwołujący nie przedłożył żadnych dokumentów (np. faktury, umowy, protokoły odbioru), ograniczając się wyłącznie do referencji, co w kontekście wątpliwości Zamawiającego co do ich treści, nie może zostać uznane za wystarczające. Gdyby ustawodawca uznał przedkładanie referencji za całkowicie wystarczające, zbędna byłaby regulacja zawarta w par. 2 ust. 6 rozporządzenia, wskazujący, iż 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.

Zdaniem Przystępującego, Dokument referencji służy jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia. Dokonując oceny treści referencji, za wystarczające należy zatem uznać istnienie możliwości przyporządkowania złożonych referencji do jednego spośród zamówień wskazanych w wykazie, oraz zawarcie w jej treści, stwierdzenia, że zamówienie to zostało wykonane należycie. Potwierdzenie wykonania zamówienia bez oceny prawidłowości jego wykonania, nie stanowi dokumentu wystarczającego w świetle wytycznych ustawowych. Pojęcie należytego wykonania nie zostało dookreślone przez ustawodawcę. Należy przyjąć, że zobowiązanie należyście wykonane to takie, które odpowiada wszelkim wymogom zawartym w umowie. Referencje to wreszcie nie jedyny, dopuszczony prawem dokument, służący potwierdzeniu, że wykazywane zamówienie zostało wykonane należycie. Za wystarczający należy bowiem uznać każdy inny dokument wystawiony przez podmiot, na rzecz którego świadczenie było wykonywane, np. protokół odbioru.

Uszło również uwadze Zamawiającego, a jest to niezwykle istotne dla sprawy, że roboty, którymi Odwołujący próbuje udowodnić spełnienie wymogu zakresu robót (15 000 m²) dotyczących zadania pn. Remont Al. Niepodległości w Pile dotyczą robót inwestycyjnych a nie remontów częściowych, czyli są to zupełnie inne roboty. Odnosząc się do zakresu robót wskazanych przez Odwołującego, to wymogi określone w SWZ mógłby spełnić on jedynie na robotach realizowanych w Poznaniu (ilość mieszkańców powyżej 100 000) oraz na drogach krajowych, ale Odwołujący tego nie wykazał. W zakresie robót prowadzonych na DK 11 Zamawiający uzyskał informację od GDDKiA, iż Odwołujący nie uczestniczył w tych robotach. Ponadto w piśmie z dnia 8 lutego 2022r. Zarząd Dróg Miejskich w Poznaniu wskazał, że Odwołujący we wskazanym zakresie czasowym i rzeczowym nie wykonywał robót na rzecz tego podmiotu, także jako podwykonawca podmiotu wystawiającego referencje. W zakresie innych wskazanych robót referencyjnych Odwołujący starał się wykazać, że realizował wskazane przez siebie roboty na drogach miejskich i powiatowych (Piła, Poznań, Margonin i Szamocin) oraz na drogach gminnych i powiatowych (gminy Stara Wiśniewka, Sadki, i Białe Błota oraz odpowiednie dla niech starostwa powiatowe. W tym zakresie roboty te nie spełniają wymogów w SWZ i oczekiwań Zamawiającego.

Nie dość zatem, że Odwołujący posługuje się referencjami dla kilku różnych zadań, zamiast robót realizowanych w ramach jednego zadania, jak życzył sobie tego Zamawiający w SWZ, to jeszcze wskazywane przez Odwołującego zadanie w rzeczywistości nie dotyczyło zakresu robót remontowych, ale zadania inwestycyjnego, co również przesądza o braku możliwości wykorzystania tego zakresu dla wykazania spełnienia wymogu posiadania określonego doświadczenia. Ponadto stanowisko GDDKiA w sposób jednoznaczny wyklucza możliwość wykorzystania tego zadania w jakimkolwiek zakresie w niniejszym postępowaniu. Trudno bowiem sobie wyobrazić, żeby doświadczenie zdobyte np. przy realizacji robót inwestycyjnych wpływało na doświadczenie wymagane przy realizacji robót remontowych. Odwołujący zgodnie z przywołanymi przepisami miał możliwość i prawo przedłożenia innych dokumentów stanowiących dowód na potwierdzenie faktu wykonywania robót ujętych w wykazie, ale tego zaniechał. W ocenie Przystępującego nie ma żadnych podstaw, aby wywodzić, że Zamawiający winien ponownie wzywać do jakiegokolwiek uzupełnienia lub wyjaśnienia w przedmiocie podmiotowych środków dowodowych, gdyż wcześniej kierowane wezwania były jasne i czytelne. Odwołujący nie może przerzucać na Zamawiającego winy za brak zachowania należytej staranności i rzetelności przy składaniu podmiotowych środków dowodowych i formułowanych do nich wyjaśnień.

Kończąc swój wywód, Przystępujący wskazał, że bezzasadne jest także przywoływanie przez Odwołującego orzecznictwa Izby w zakresie zawartości referencji, gdyż w ocenie Przystępującego Zamawiający nie neguje samej sposobu redakcji referencji, lecz jedynie wywodzi, że wykaz robót w zestawieniu z referencjami nie potwierdza spełnienia wymogu posiadania doświadczenia.

Następnie w dniu rozprawy, tj. 17 lutego 2022 r., Zamawiający przedstawił pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezpodstawnego oraz zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

W treści stanowiska Zamawiający podkreślił specyfikę prowadzonego postępowania, która miała wpływ na określenie warunków udziału w postępowaniu. Podkreślił, że Odwołujący w

przedłożonym przez niego wykazie robót wskazał na „Roboty drogowe - utrzymaniowe na drogach krajowych (DK numer 11), miejskich, powiatowych w miejscowości Piła, Margonin, Stara Wiśniewska, Szamocin, Sadki, Białe Błota, Poznań”. Wśród miast powyżej 100 tys. mieszkańców wskazał jedynie na Poznań - nie określił jednak jaka część kwoty przypadła na wykonanie prac w Poznaniu.

Dodał, że jako jedną robotę budowlaną Zamawiający rozumie jedno zadanie. Z opisu zadania przedstawionego przez Odwołującego, wynika natomiast konieczność zawarcia umów z kilkoma zarządcami dróg (drogi powiatowe, droga krajowa na terenie miasta Piła oraz zarządca dróg miejskich w Poznaniu), a więc wystąpienia kilku zadań, w których Odwołujący miał być podwykonawcą. Referencje jakie przedłożył Odwołujący wskazują na globalną powierzchnię wymieniającą nawierzchni bitumiczną i wartości prac, bez podziału jaka część tej wartości przypadła na konkretnym odcinku drogi. Konkludując, dane jakie wskazał w wykazie prac oraz uzupełniając, dane wynikające z referencji, nie pozwoliły na ocenę pozytywną kwalifikacji Projbud, co zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji względem pozostałych oferentów, wymagało od Zamawiającego odrzucenia oferty z uwagi na niespełnienie warunku udziału.

Jak dalej argumentował Zamawiający, nie podlega żadnym wątpliwościom, że pismo z dnia 27 grudnia 2021 r., jakie skierowane zostało do Projbud, dawało Odwołującemu możliwość do złożenia stosownych dowodów pozwalających rozgraniczyć zadania oraz ich wartość i obszar. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, został on wezwany w sposób jasny i precyzyjny do uzupełnienia/ poprawienia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wskazał przy tym, jakich wyjaśnień i informacji oczekuje od Odwołującego. Zamawiający na żadnym etapie nie oczekiwał by referencje zawierały konkretne zapisy postawione w warunkach dotyczących kwalifikacji, a jedynie by potwierdzały fakt wykonania przez Odwołującego robót wskazanych w SWZ.

Jak kontynuował Zamawiający, w celu zapewnienia rzetelnego przeprowadzenia postępowania, również we własnym zakresie podjął on działania mające na celu zbadanie wykazu prac Projbud i złożonych referencji, zwracając się z zapytaniem do GDDKiA, o udzielenie informacji w zakresie terminu, zakresu oraz wartości prac na jakie powołuje się Odwołujący. W odpowiedzi jaką uzyskał wskazane zostało, że umowa na jaką wskazywał Odwołujący dotyczyła zadania remontu AI. Niepodległości w Pile etap III, które realizowane było w okresie od 27 lipca 2020 r. do 17 grudnia 2020 r., o wartości 2.488.261,69 zł. Podkreślenia wymaga, że Piła wg danych z 31 grudnia 2020 r. liczyła 72.527 mieszkańców, co za tym idzie, nie spełniała wymogu postawionego przez Zamawiającego, aby zadanie

było realizowane w mieście powyżej 100 000 mieszkańców, ani warunku powierzchniowego dla dróg krajowych poza miastami.

Dodatkowo, w ocenie Zamawiającego, nie można jednoznacznie stwierdzić, że fakt braku zgłoszenia Projbud jako podwykonawcy, nie ma znaczenia dla oceny jakości wykonania robót. Sam fakt zgłoszenia podwykonawcy pozwala ustalić jaki konkretnie zakres prac został mu powierzony, co następnie pozwala ustalić jakość wykonanych prac przez jedyny

kompetentny do wystawienia referencji podmiot- jakim jest Inwestor.

W ocenie Zamawiającego zarówno wykaz robót jak i referencje Odwołującego stoją w sprzeczności z opisem wymogu jaki postawił Zamawiający. Oba te dokumenty odnoszą się do zadań, które z racji położenia dróg jakich dotyczyły, podlegają pod kilku zarządców dróg, co za tym idzie, realizowane były w ramach kilku zadań. Zamawiający żądał natomiast przedstawienia chociaż jednego zadania, z którego wynikać będzie realizacja robót o wartości co najmniej 2 000 000 zł w miastach powyżej 100 tys mieszkańców bądź na drogach krajowych poza miastami o powierzchni 15. 000 m².

W ocenie Zamawiającego, Wykonawca z własnej woli nie wykorzystał należycie możliwości dowodowych i nie udowodnił gdzie oraz na jakim obszarze i o jakiej wartości prace wykonał.

Odwołujący ograniczył się jedynie do polemiki nad tytułem pisma Zamawiającego i istoty referencji oraz niepopartego dowodami oświadczenia dotyczącego prac wykonanych na rzecz Zamawiającego - podmiotu Roboty Drogowo-Budowlane J. K., jakoby ich wolumeny na różnych drogach podlegały sumowaniu i łącznie spełniały postawione przez Zamawiającego wymagania. Zamawiający wskazuje, że traktowanie prac na rzecz różnych zarządców dróg jako jednego zadania jest dalece błędne. Wyjaśnienia dotyczące wymogu kwalifikacji jakie złożył Odwołujący, podsumować można jako złożenie oświadczenia odpowiadającego treści opisu wymogu sporządzonego przez Zamawiającego, które Odwołujący podtrzymał w stanowisku z 10 stycznia 2022 r., czego niestety Zamawiający mając na uwadze przepisy ustawy PZp oraz zasadę zapewnienia uczciwej konkurencji, nie mógł uznać za udowodnienie kwalifikacji ani ponownie wzywać do udowodnienia tych samych okoliczności. Informacje jakie wskazał Projbud, nie pozwalają na ustalenie za jaką kwotę, na jakich odcinkach dróg i o jakiej powierzchni prace wykonał w ramach jednego zadania, a co za tym idzie, czy spełnił wymagania kwalifikacyjne. Wskazane przez Projbud roboty, realizowane co prawda w mieście powyżej 100 tys mieszkańców, jakim jest Poznań, na drogach krajowych realizowane były jedynie w miastach poniżej 100 tys mieszkańców, co nie spełniało warunków SWZ.

Jak dodaje Zamawiający, prawidłowo wezwał on Odwołującego do złożenia dowodów. Zamawiający w treści pisma nie wymagał poprawy referencji ale wskazania i poparcia dowodami szczegółowego zakresu prac. W ocenie Zamawiającego czas jakiego udzielił był wystarczający na przedłożenie odpowiednich dokumentów. Opis wymagań jaki zastosował Zamawiający jasno wskazuje na brak możliwości łączenia wymagań. Spójnik „lub” użyty w zapisie zgodnie z logiczną i celowościową wykładnią wskazuje na rozgraniczenie robót na te prowadzone w miastach powyżej 100 tys mieszkańców jako jedną kategorię robót oraz na te prowadzone na drogach krajowych poza miastem jako drugą kategorię robót. Gdyby Zamawiający chciał traktować prace jako tożsame bez podziału na miejsca prowadzenia, ustaliby jedynie cenzus wartości prac i powierzchni bez podziału na miasta i drogi krajowe poza miastami.

Jak wskazuje dodatkowo Zamawiający, brak było na etapie po ogłoszeniu postępowania jakichkolwiek pytań dotyczących treści warunku, co potwierdza, że był on dla wykonawców jasny i zrozumiały. Również procedura wyjaśniająca została przeprowadzona przez Zamawiającego poprawnie.

W związku z powyższym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w szczególności treści SWZ wraz z załącznikami, treści wezwania z dnia 27 grudnia 2021 r. skierowanego do Odwołującego oraz odpowiedzi na ww. wezwanie z dnia 3 i 10 stycznia 2022 r., dokumentów podmiotowych przedłożonych przez Odwołującego, tj. wykazu robót oraz referencji, odpowiedzi GDDKiA oddział w Poznaniu z dnia 21.01.2022 r.

Izba uznała za nieprzydatne do rozstrzygnięcia sprawy przedłożone przez Przystępującego dowody w postaci odpowiedzi na zapytania o udzielenie informacji publicznej (z wyjątkiem odpowiedzi GDDKiA Oddział w Poznaniu, która znajdowała się również w aktach sprawy) oraz przedłożoną przez Zamawiającego wycenę prac.

Na podstawie materiału dowodowego, Izba ustaliła, że:

Zgodnie z klauzulą XVIII pkt 1.1 lit. a SWZ, jednym z warunków udziału w postępowaniu, dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej, było wykazanie się przez wykonawcę wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres

prowadzenie działalności jest krótszy - w tym okresie:

- „co najmniej jedną robotą budowlaną, polegającą na wykonaniu remontów częściowych nawierzchni bitumicznej wraz z robotami towarzyszącymi polegającymi na regulacji urządzeń podziemnych, o wartości brutto nie mniejszej niż 2.000.000 PLN, w miastach powyżej 100 000 mieszkańców lub na drogach krajowych poza miastem na pow. 15 000 m²”.

Do dnia upływu terminu składania ofert, zostały w niniejszym postępowaniu złożone 4 oferty, w tym oferta Odwołującego opiewająca na kwotę 3 772 041, 00 PLN wraz z prawem opcji oraz oferta Przystępującego opiewająca na kwotę 4 792 018, 50 PLN wraz z prawem opcji.

Pozostałe kryteria oceny ofert to: gwarancja jakości oraz czas rozpoczęcia robót od dnia zgłoszenia przez Zamawiającego. Zarówno Odwołujący i Przystępujący zaoferowali tożsame, maksymalnie punktowane wartości w obu ww. kryteriach.

Po przeprowadzonym badaniu i ocenie ofert, oferta Odwołującego uzyskała 100 punktów, natomiast oferta Przystępującego 67,23 punktów, zajmując odpowiednio pierwsze i drugie miejsce w rankingu ofert.

Pismem z dnia 13 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia, w terminie do 20 grudnia 2021 r., aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych określonych w pkt XIX.2 SWZ, tj.: wykazu robót budowlanych, wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP.

Następnie, pismem datowanym na 20 grudnia 2021 r., Odwołujący przedłożył Zamawiającemu żądane dokumenty, tj. wykaz robót budowlanych, referencje, wykaz osób, oświadczenie wykonawcy o aktualności danych zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, a także informację na temat uprawnień kierownika budowy.

Zgodnie z przedłożonym wykazem:

1. Podmiot na rzecz którego roboty zostały wykonane (wpisać nazwę i adres): „Roboty Drogowo-Budowlane J. K. ul. Norwida 9/7, 77-400 Złotów”.
2. Nazwa zadania/ miejsce wykonania: „Roboty drogowo-utrzymeniowe na drogach krajowych (DK numer 11), miejskich, powiatowych w miejscowości Piła, Margonin, Stara Wiśniewka, Szamocin, Sadki, Białe Błota, Poznań”.
3. Data wykonania: „wrzesień 2021 r.”
4. Wskazać i podać roboty budowlane, które spełniają wymogi określone w punkcie XVIII ust. 1 pkt 1 SWZ: „Wykonanie remontów częściowych nawierzchni bitumicznej wraz z robotami towarzyszącymi polegającymi na regulacji urządzeń podziemnych - wartość brutto robót 2 113 685,55 zł.”.
5. Dowód należytego wykonania robót stanowi załącznik Nr (wpisać odpowiedni numer): „Załącznik nr 1”.
6. Podmiot, który wykonał roboty budowlane: „PROJBUD Drogownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością”.

Zgodnie z treścią referencji wystawionych przez Roboty Budowlano-Drogowe J. K., zaświadczył on, że „Projbud Drogownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy przy ul. Jagiellońskiej 1 zrealizowało w okresie od kwietnia 2020 r. do września 2021 r. roboty drogowo-utrzymeniowe polegające na:

- wymianie nawierzchni bitumicznej wraz z frezowaniem 19.422 m²
- remont cząstkowych nawierzchni bitumicznych 717 ton;
- ułożenie geosiatki wraz z uszczelnieniem krawędzi 1134 m²;
- wykonanie podbudowy z kruszywa;
- powierzchniowe utwardzenie nawierzchni 712 m²;
- ustawienie krawężników betonowych 3472 mb;
- regulacja urządzeń infrastruktury podziemnej 217 szt;
- ustawienie obrzeży betonowych 1748 mb;
- remont chodnika z nawierzchni bitumicznej 624 m²;
- remont chodnika z nawierzchni betonowej 715 m²;
- przełożenie nawierzchni z trylinki 348 m²;
- wykonanie nawierzchni z kostki betonowej 6180 m².

Całkowita wartość 2.113.685,55 zł brutto.

Roboty zostały zrealizowane w terminie: od kwietnia 2020 r. do września 2021 r., prace wykonywane były na drogach krajowych (DK numer 11), miejskich, powiatowych w miejscowości Piła, Margonin, Stara Wiśniewka, Szamocin, Sadki, Białe Błota, Poznań.

Potwierdzamy, że Projbud Drogownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy przy ul. Jagiellońskiej 1 wykonało inwestycję na wysokim poziomie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, przy zachowaniu terminów określonych w umowie.

Wykonawca dysponował specjalistycznym sprzętem niezbędnym do wykonania robót, a także odpowiednio wykwalifikowaną kadrą pracowniczą. Wiedza i doświadczenie Wykonawcy zapewniły profesjonalne wykonanie zadania. Wobec powyższego rekomendujemy Projbud Drogownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy przy ul. Jagiellońskiej 1, jako firmę godną polecenia”.

Następnie pismem z dnia 27 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do

(zgodnie z tytułem pisma) „uzupełnienia/poprawienia podmiotowych środków dowodowych”.

Zgodnie z treścią pisma: „Działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia, uszczegółowienia bądź poprawienia dokumentów, o których mowa w Rozdziale XIX pkt 2.1) SWZ określających czy roboty budowlane wskazane w wykazie robót zostały wykonane należycie.

Uzasadnienie:

Referencje z dnia 04.10.2021 r. wystawione przez firmę Roboty Drogowo-Budowlane J. K. są niekompletne z uwagi na fakt, iż jasno z nich nie wynika wykonanie przez Projbud Drogownictwo Sp. z o. o. wykazanych w wykazie robót budowlanych na drogach krajowych

poza miastem na wymaganej w warunku udziału w postępowaniu Rozdział XVIII pkt 1.1. a) SWZ powierzchni 15 000 m².

W związku z powyższym prosimy o uszczegółowienie zarządcy drogi krajowej na rzecz, którego wykonywane były roboty budowlane oraz wskazanie umowy na podstawie której wykonywane były prace na rzecz w/w zarządcy wraz z okresem jej obowiązywania.

Ponadto, prosimy o doprecyzowanie zakresu prac wykonanego na wskazanej drodze krajowej DK11 z wyłączeniem wskazanych w referencjach dróg miejskich i powiatowych w miejscowościach poniżej 100 tys. Mieszkańców”.

Zamawiający podał dodatkowo termin złożenia dokumentów oraz pouczył, że nieuzupełnienie, niepoprawienie, nieuszczerbowienie dokumentów/ oświadczeń będzie skutkowało odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy

PZP.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przedłożył pismo z dnia 3 i 10 stycznia 2022 r.

Zgodnie z ich treścią, po pierwsze: Odwołujący wskazywał, że wbrew nagłówkowi pisma z dnia 27.12.2021 r. nie może być ono traktowane jako wezwanie do uzupełnienia/ poprawienia dokumentów podmiotowych, albowiem wbrew twierdzeniom Zamawiającego przedłożone referencje nie są niekompletne. Argumentował Odwołujący, że Zamawiający nie może wymagać od niego dostosowywanie treści referencji do warunków konkretnego postępowania. Wskazał następnie, że zakres wezwania wystosowanego przez Zamawiającego wskazuje natomiast, że właśnie tego rodzaju, szczegółowe i odpowiadające literalnie postanowieniom SWZ referencje chciałbym uzyskać Zamawiający.

Jak wskazał dalej Odwołujący, przedłożone przez niego referencje dotyczą jednego zamówienia na roboty budowlane, realizowanego na rzecz jednego Zamawiającego -

podmiotu Roboty Drogowo-Budowlane J. K. - umowa z dnia 06.04.2020 r. numer 3/04/2020.

Zgodnie z ich treścią prace realizowane były na drogach krajowych, miejskich i powiatowych w Pile, Margoninie, Starej Wiśniewce, Szamocinie, Białych Błotach i Poznaniu, co odpowiada

warunkowi SWZ.

Zgodnie z treścią pisma, według Odwołującego określenie „lub”, pozwala na wykazywanie doświadczenia jednocześnie w odniesieniu do obu typów lokalizacji. Roboty referencyjne zarówno na drogach krajowych, jak i miejskich i powiatowych, zarówno w miastach powyżej 100 000 mieszkańców jak i poza nimi, obejmowały taki sam zakres przedmiotowy, tj. remonty częściowe wraz z pracami towarzyszącymi. Jednocześnie Odwołujący oświadczył, że prace realizowane w ramach zamówienia referencyjnego na drogach krajowych obejmowały powierzchnię co najmniej 15 000 m², zaś łączna wartość prac w ośrodkach miejskich powyżej 100 000 mieszkańców oraz na drogach krajowych poza takimi miastami była nie niższa, niż 2 000 000 zł brutto.

Ponadto Odwołujący wskazał, że zarządcą drogi nr 11, na której wykonywane były prace w ramach przedmiotowego zamówienia, jest GDDKiA. Dodał, że nie jest w stanie na chwilę obecną wskazać szczegółów, dotyczących umowy jaka łączyła w/w zarządcę drogi z wystawcą referencji. Stanowisko swoje uzupełnił pismem z dnia 10 stycznia, w którym podtrzymał wcześniejsze wyjaśnienia, a w uzupełnieniu podał dane wnioskowanej przez Zamawiającego umowy.

Następnie pismem z dnia 28.01.2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, w której znalazła się także informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zgodnie z treścią uzasadnienia oferty Odwołującego: „Wykaz wykonanych robót budowlanych, mający formalnie potwierdzić wymagane doświadczenie Wykonawcy i gwarantować Zamawiającemu należyte wykonanie zamówienia, a także dodatkowe wyjaśnienia (pisma złożone na żądanie Zamawiającego z 3.01.2022 r. i 10.01.2022 r.) dotyczące w/w wykazu oraz referencji wystawionych przez firmę Roboty Drogowo-Budowlane J. K., nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w klauzuli XVIII ust. 1 pkt 1 lit. a) SWZ. Dla obiektywnej oceny spełniania przedmiotowego warunku SWZ, Zamawiający w korespondencji ze wskazanym przez Wykonawcę inwestorem ustalił, że spółka Projbud Drogownictwo Sp. z o. o. nie została zgłoszona jako podwykonawca w trybie wymaganym ustawą przez inwestora, w ramach realizacji umowy O.PD.D-3.2412.57.2020, na którą w toku wyjaśnień powołała się spółka Projbud, zawartej pomiędzy GDDKiA, a firmą Roboty Drogowo-Budowlane J. K.. Nadto wskazane na potwierdzenie posiadania doświadczenia roboty realizowane w ośrodkach miejskich, nie dotyczą poza Poznaniem, miast powyżej 100 000 mieszkańców (powiat miejski Piła będąc jednostką samorządowa, nie jest tożsamy z miastem Piła, które nie liczy wymaganych 100.000 mieszkańców).

Przekazane Zamawiającemu dokumenty, a nawet dodatkowe wyjaśnienia, nie pozwalają Zamawiającemu ocenić i potwierdzić spełniania warunku. To do wykonawcy należy wykazanie, w sposób czytelny i rzetelny, że spełnia warunki postawione wykonawcom zamówienia. Wykonawca nie wykazał w dokumentach przekazanych Zamawiającemu, ani w kolejnych wyjaśnieniach, że spełnia wymagany w ogłoszeniu i w SWZ warunek posiadania określonego doświadczenia. Zamawiający podnosi także, że ewentualne podwykonawstwo robót mające być potwierdzeniem posiadania określonego doświadczenia, musi być legalne, to jest podwykonawca musi działać w ramach obowiązującego systemu prawnego, a więc na podstawie umowy podwykonawczej zgłoszonej w odpowiednim trybie Zamawiającemu”.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła, co następuje:

odwołanie podlegało oddaleniu.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP i skierowała sprawę na rozprawę. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. J.P., R. P. oraz O. P., będących wspólnikami spółki cywilnej działającej pod nazwą Zakład Usług Komunalnych J., R. P. s. c., ul. Młyńska 22, 89-100 Nakło nad Notecią ustalając, że przystąpienie wpłynęło w terminie określonym w art. 525 ust.

1 ustawy PZP.

Uzasadnienie prawne

W pierwszej kolejności Izba odniesie się do zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 1, tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, dalej: ustawa PZP). Zgodnie z treścią odwołania, zarzucano Zamawiającemu naruszenie ww. przepisu, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, co zostało wykazane adekwatnymi do żądania Zamawiającego podmiotowymi środkami dowodowymi i wyjaśnieniami.

Kluczowe dla rozstrzygnięcia zasadności tego zarzutu są, zdaniem Izby, dwa zagadnienia. Pierwsze dotyczy prawidłowego rozumienia opisanego w SWZ warunku udziału w postępowaniu. Natomiast drugie zagadnienie rozbija się o to, czy wobec przyjęcia określonego rozumienia warunku udziału w postępowaniu, można uznać, że Odwołujący faktycznie postawiony warunek spełnił.

Zgodnie z klauzulą XVIII pkt 1.1 lit. a SWZ, jednym z warunków udziału w postępowaniu, dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej, było wykazanie się przez wykonawcę wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- „co najmniej jedną robotą budowlaną, polegającą na wykonaniu remontów częściowych nawierzchni bitumicznej wraz z robotami towarzyszącymi polegającymi na regulacji urządzeń podziemnych, o wartości brutto nie mniejszej niż 2.000.000 PLN, w miastach powyżej 100 000 mieszkańców lub na drogach krajowych poza miastem na pow. 15 000 m²”.

Istota sporu w zakresie rozumienia omawianego warunku sprowadzała się do tego czy: 1) przez jedną robotę budowlaną można rozumieć więcej niż jedno zadanie, tj. czy dla spełnienia ww. warunku możliwym było sumowanie kilku zadań (robót realizowanych dla różnych zarządców dróg), które łącznie odpowiadają wartościowo i przedmiotowo postawionemu warunkowi oraz 2) rozumienie ww. warunku dopuszcza wykazanie się zrealizowaniem robót przedmiotowo i wartościowo odpowiadającym wymaganiom określonym przez Zamawiającego wyłącznie w miastach powyżej 100 000 mieszkańców lub

wyłącznie na drogach krajowych poza miastem na pow. 15 000 m² czy też możliwym jest łączenie tych lokalizacji (tj. np. część robót wykonano w mieście powyżej 100 000 mieszkańców, a część z nich na drogach krajowych poza miastem na pow. min. 15 000 m², przy czym zsumowane roboty spełniają wymagania Zamawiającego w zakresie przedmiotu i wartości), a także 3) wykonanie prac na drogach krajowych na pow. 15 000 m² dotyczy lokalizacji poza jakimikolwiek miastami czy poza miastami, których liczba ludności przekracza 100 000 - czyli np. dopuszczalne jest wykazanie się robotami na drogach krajowych w mieście poniżej 100 000 mieszkańców.

Analizując stanowiska stron w zakresie rozumienia ww. warunku udziału w postępowaniu, Izba doszła do wniosku, że zdaniem Odwołującego, wystarczającym było wykazanie by prace o określonej wartości i zakresie rzeczowym (polegające na remontach cząstkowych nawierzchni bitumicznych, o wartości co najmniej 2 000 000 złotych), zostały zrealizowane np. część z nich w mieście powyżej 100 000 mieszkańców (bez względu na wartość prac realizowanych konkretnie w takim mieście), a część z nich na drogach krajowych poza takimi miastami, jednak na powierzchni nie mniejszej niż 15 000 m² (także bez względu na wartość prac wykonanych konkretnie na kategorii drogi krajowej, jednak przy założeniu, że łącznie z wartością prac wykonanych w mieście powyżej 100 000 mieszkańców jest ona nie niższa niż 2 000 000 złotych), przy czym bez znaczenia dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu jest to czy realizowane one były w ramach jednego zadania dla jednego zarządcy drogi czy w ramach kilku zadań, realizowanych dla różnych zarządców dróg, jednak w ramach jednej umowy zawartej z bezpośrednim zleceniodawcą Odwołującego - wystawcą referencji. Dodatkowo, zdaniem Odwołującego, możliwym było wykazywanie się pracami wykonanymi na drogach krajowych poza miastami, których liczba ludności przekracza 100 000 mieszkańców (tj. przykładowo, warunek ten spełni wykazanie się pracami na drogach krajowych na pow. 15 000 m², zlokalizowanych w mieście z liczbą ludności 75 tys. mieszkańców).

Z kolei zdaniem Zamawiającego, analizowany warunek udziału w postępowaniu można uznać za spełniony, w sytuacji wykazania się przez wykonawcę robotą o wartości min. 2 000 000 złotych i odpowiednim zakresie rzeczowym, która zrealizowana została w mieście powyżej 100 000 mieszkańców lub robotą o wartości min. 2 000 000 złotych i odpowiednim zakresie rzeczowym, która zrealizowana została na drogach krajowych poza miastem, na powierzchni min. 15 000 m². Przy czym jedna lub druga robota powinna zostać zrealizowana w ramach jednego zadania, realizowanego na zlecenie jednego zarządcy drogi. Natomiast w zakresie robót na drogach krajowych poza miastami na pow. min. 15 000 m², chodzi o to, by były one realizowane poza jakimikolwiek miastami, bez względu na ich liczbę ludności.

Przechodząc do merytorycznego rozpatrzenia zagadnienia rozumienia analizowanego warunku, tj. w pierwszej kolejności do rozumienia określenia „co najmniej jednej roboty budowlanej”. Zamawiający w rozdziale dotyczącym warunków udziału w postępowaniu nie definiuje, ani nie precyzuje tego pojęcia. Zamawiający nie przyjął na potrzeby postępowania definicji pojęcia roboty budowlanej jako wykonania zadania na podstawie jednej umowy, jednego zamówienia czy też jednego projektu. Jeśli zatem takiego zastrzeżenia nie było, zamawiający nie może na etapie badania i oceny ofert zastrzyć wymagań, a wszelkie nieprecyzyjne postanowienia SWZ nie mogą wywoływać negatywnych skutków wobec podmiotów uczestniczących w przetargu.

Interpretacji pojęcia "robota budowlana" należy dokonywać w kontekście konkretnego zamówienia i brzmienia SWZ. Skoro nie istnieje ogólna dyrektywa nakazująca uznawanie roboty budowlanej za jedną umowę czy też jedno zadanie, zasadne jest przyjęcie, że robotą budowlaną może być całość działań dotyczących pewnego obszaru i w ramach tak rozumianego pojęcia można było ją wykonać na podstawie kilku umów czy też w ramach kilku zadań. Jednakże, zdaniem Izby, tego rodzaju sumowanie robót z kilku umów nie jest zasadą, lecz wyjątkiem od tej zasady. W szczególności chodzi o przypadki, gdy kilka umów, w sposób istotny powiązanych ze sobą przedmiotowo, wykonywanych jest równocześnie lub w bezpośrednim powiązaniu (tak: wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2020 r., KIO 671/20).

Wymaga również podkreślenia, że warunek udziału w postępowaniu winien odnosić się do obiektywnych watorów wykonawcy, potwierdzających jego zdolność do realizacji zamówienia. To zamawiający, będąc gospodarzem postępowania, formułuje warunki udziału w postępowaniu, celem wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania

umowy.

W ocenie Izby ograniczenie jednej roboty budowlanej do jednej umowy/jednego zadania, nie

wyduje się właściwe, skoro celem winna być możliwość zweryfikowania jakie prace wykonawca wykonywał i w jaki sposób sobie z nimi poradził (tak: wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2019 r., KIO 2351/19).

Przechodząc do kolejnej spornej części rozumienia analizowanego warunku, zdaniem Izby, użycie w zdaniu spójnika „lub” oznacza, że mamy do czynienia z alternatywą łączną (nierozłączną), a zatem gdy jedno zdanie jest fałszywe, a jednocześnie prawdziwe. Zatem adresat tego zdania może się zachować w sposób "X", w sposób "Y", w sposób "X i Y" (tak wyrok WSA w Warszawie z dnia 9 stycznia 2019 r., II SA/Wa 942/18). Powyższe oznacza, że biorąc pod uwagę literalne brzmienie analizowanego warunku, w zakresie wykazywania robót odpowiadających wartości i przedmiotowi wymaganiom Zamawiającego, wykonawcy mogli w zakresie lokalizacji przedstawić jedną robotę budowlaną, która była realizowana np. w części w mieście powyżej 100 000 mieszkańców, a w części na drodze krajowej poza miastem na powierzchni min. 15 tys m². Dopuszczalne zatem było wykazywanie roboty, która wykonana została w obu typach lokalizacji. Takie rozumienie postawionego warunku wymuszają reguły gramatyki języka polskiego i zasady logiki.

Natomiast w zakresie dopuszczalnej lokalizacji wykazywanej roboty budowlanej, na drodze krajowej na pow. min. 15 000 m² poza miastami, zdaniem Izby nie ma wątpliwości, że chodzi tutaj o roboty budowlane jakie miały miejsca poza jakimikolwiek miastami, tj. poza granicami administracyjnymi miasta, na drodze krajowej na powierzchni 15 000 m². Niedopuszczalne

zatem było wykazywanie się robotami wykonanymi na drodze krajowej zlokalizowanej w mieście poniżej 100 000 mieszkańców.

Podsumowując, zdaniem Izby, rozpatrywany warunek udziału należy rozumieć w ten sposób, że zostanie on spełniony w razie wykazania się przez wykonawcę:

- co najmniej jedną robotą budowlaną (w rozumieniu opisanym wyżej), której przedmiotem było wykonanie remontów częściowych nawierzchni bitumicznych wraz z pracami towarzyszącymi polegającymi na regulacji urządzeń podziemnych, o wartości nie mniejszej niż 2 000 000 zł brutto, przy czym wykazana robota mogła zostać wykonana w mieście powyżej 100 000 mieszkańców bez względu na kategorię drogi lub na drodze krajowej poza miastem na pow. min. 15 000 m² (poza granicami administracyjnymi miasta), przy czym możliwe było wykazywanie obu lokalizacji, tj. wykazywana robota mogła być wykonana w części na drodze krajowej poza miastem na pow. min. 15 000 m², a w części w mieście powyżej 100 000 mieszkańców bez względu na kategorię drogi i powierzchnię.

Wobec określenia stanowiska Izby w zakresie rozumienia analizowanego warunku, zasadnym jest skupienie się na faktycznie wykazanych przez Odwołującego robotach. Z przedłożonych przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych wynika, że roboty polegające na wykonaniu remontów częściowych nawierzchni bitumicznej wraz z robotami towarzyszącymi polegającymi na regulacji urządzeń podziemnych, o wartości brutto robót 2 113 685,55 zł, zostały wykonane na drogach krajowych (DK numer 11), miejskich, powiatowych w miejscowości Piła, Margonin, Stara Wiśniewka, Szamocin, Sadki, Białe Błota, Poznań. Nie sposób jednak przypisać konkretnych wartości robót do ich lokalizacji. Nie wiadomo też na jakiej powierzchni realizowane były roboty na DK numer 11 poza miastami.

W piśmie z dnia 3 stycznia 2022 r. Odwołujący dodatkowo oświadczył, że prace realizowane w ramach zamówienia referencyjnego na drogach krajowych obejmowały powierzchnię co najmniej 15 000 m², zaś łączna wartość prac w ośrodkach miejskich powyżej 100 000 mieszkańców oraz na drogach krajowych poza takimi miastami była nie niższa, niż 2 000 000 zł brutto.

Z powodu niejasności przedstawionych przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych, Zamawiający powziął wątpliwości w zakresie wykazywanych przez Odwołującego robót, co skutkowało skierowaniem do niego wezwania z dnia 27 grudnia 2021 r., dotyczącego uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Zamawiający, chcąc zweryfikować realne spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, skorzystał również z dyspozycji art. 128 ust. 5 ustawy PZP, zgodnie z którym, jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu,

kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. Co istotne, Zamawiający na podstawie ww. przepisu jest powołany do samodzielnej oceny dostarczanych przez wykonawcę dowodów zdolności podmiotowej i nie musi uważać ich za wystarczające (tak: Komentarz do Prawa Zamówień Publicznych pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, strona 471).

Przy zastosowaniu ww. instytucji Zamawiający wykorzystał przedłożone przez Odwołującego pismem z dnia 10 stycznia dane, tj. numer umowy jaki łączył wystawcę referencji z zarządcą drogi, na której wykonywane były prace, o których mowa była w referencjach. W odpowiedzi na pytanie skierowane do zarządcy drogi, tj. GDDKiA Oddział w Poznaniu, Zamawiający otrzymał informację, że w ramach umowy jaka łączyła wystawcę referencji Odwołującego z zarządcą drogi, wykonywane było zadanie pn. „Remont Al. Niepodległości w Pile etap III”, którego wartość to 2 488 261,69 zł brutto.

Wobec powyższego należy uznać, że niezależnie od prezentowanego przez Odwołującego i Zamawiającego sposobu rozumienia kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu, uzyskał Zamawiający wiarygodne informacje, jakim faktycznie zakresem robót i w jakich lokalizacjach, wykazywał się Odwołujący w ramach referencji uzyskanych od podmiotu Roboty Drogowo-Budowlane J. K.. Zdaniem Izby, działanie Zamawiającego polegające na zwróceniu się bezpośrednio do zarządcy drogi, który dysponuje rzetelnymi informacjami, mogącymi potwierdzić faktyczne spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, należy uznać za uzasadnione. Izba przychyliła się w tym zakresie do stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego, że nie można jego roli sprowadzać jedynie do sprawdzenia faktu złożenia określonych dokumentów. Zamawiający musi przede wszystkim sprawdzić czy zostały spełnione warunki udziału.

Należy zatem zestawić informacje uzyskane od GDDKiA oddział w Poznaniu, które przedstawiają roboty realnie wykonane przez Odwołującego w ramach kontraktu łączącego go z wystawcą referencji, z treścią warunku udziału w postępowaniu.

Przyjmując określone wcześniej rozumienie analizowanego warunku udziału, stwierdzić należy, że roboty o których mowa w piśmie GDDKiA z dnia 21.01.2022 r., go nie spełniają. Pila bowiem nie jest miastem z liczbą mieszkańców powyżej 100 tys., co jest faktem powszechnie znanym, a warunku dotyczącego lokalizacji drogi krajowej nie można rozumieć w sposób prezentowany przez Odwołującego na rozprawie, tj. że chodzi o drogi krajowe zlokalizowane poza miastami o wielkości min. 100 tys. mieszkańców. Zgodnie bowiem z treścią warunku chodzi o drogi krajowe zlokalizowane poza miastami w ogóle, bez względu na liczbę mieszkańców. Powyższe zdaniem Izby nie budzi wątpliwości. Nie został zatem spełniony żaden warunek dotyczący lokalizacji robót referencyjnych - nie były one realizowane ani w mieście powyżej 100 tys. mieszkańców, ani na drodze krajowej poza miastem na powierzchni min. 15 000 m².

Podsumowując powyższą analizę, należy uznać, że Zamawiający jak i Odwołujący częściowo błędnie rozumieli treść postawionego warunku udziału w postępowaniu. Nie miało to jednak wpływu na prawidłowość czynności odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niespełnianie przez niego warunku udziału w postępowaniu, gdyż uwzględniając prawidłowe jego rozumienie, Odwołujący faktycznie nadal go nie spełniał. Jak stanowi bowiem art. 554 ust. 1 lit. a ustawy PZP, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W niniejszej sytuacji brak było wpływu na wynik postępowania, a zatem zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zagadnienia pozostaje kwestia „legalności” podwykonawstwa Odwołującego. Skoro bowiem Odwołujący w ramach robót referencyjnych nie wykazał, że spełniają one wymagania określone przez Zamawiającego w zakresie ich lokalizacji, bez wpływu na ocenę prawidłowości czynności Zamawiającego pozostaje kwestia uznania prawidłowości prezentowanych w tej sprawie stanowisk.

II. Przechodząc do zarzutu drugiego, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP w zw. z art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt. 1 i 2 PZP, poprzez odrzucenie oferty PROJBUD, po wadliwym przeprowadzeniu przez Zamawiającego procedury uzupełnienia / wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych, m.in. wskutek zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, pozwalających potwierdzić spełnianie warunku udziału w postępowaniu, wobec uznania złożonych podmiotowych środków dowodowych wraz z wyjaśnieniami odpowiadającymi żądaniu Zamawiającego za niewystarczające do tego celu, ze wskazaniem dokumentów, które zdaniem Zamawiającego

winien uzupełnić Odwołujący, Izba wskazuje, co następuje.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Celem zastosowania wezwania, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy PZP, jest więc umożliwienie wykonawcy, który nie złożył podmiotowych środków dowodowych, lub przedłożone przez niego środki dowodowe nie potwierdzają swoją treścią spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu, ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia. Przy czym podkreślić należy, że przez uzupełnienie czy poprawienie podmiotowych środków dowodowych, należy rozumieć uzupełnienie/poprawienie oświadczenia wykonawcy jakim jest np. wykaz robót. Wykonawca może to uczynić składając odrębne oświadczenie zawierające uzupełnione lub poprawione informacje. Nie jest przy tym konieczne ponowienie treści wykazu w zakresie, którego nie dotyczyło wezwanie. Sam wykaz robót jest bowiem oświadczeniem własnym wykonawcy, składanym w określonej, najczęściej tabelaryzowanej formie, którego celem jest potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Natomiast Zamawiający ma w takim wypadku obowiązek łącznej oceny przedłożonych przez wykonawcę dokumentów, tj. wykazu i uzupełniającego go oświadczenia.

W związku z powyższym, także wezwanie z dnia 27 grudnia 2021 r. miało na celu umożliwienie Odwołującemu złożenia podmiotowych środków dowodowych, które potwierdzą spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu z uwagi na to, że poprzednio złożone tego celu nie zrealizowały. Odwołujący w odpowiedzi na ww. wezwanie kwestionował, jakoby dotyczyło ono faktycznie uzupełnienia bądź poprawienia podmiotowych środków dowodowych, wskazując, że Zamawiający nie może oczekiwać przedłożenia referencji, zawierających wszystkie szczegółowe informacje wymagane w treści warunku w postępowaniu. Izba w tym zakresie podziela stanowisko Odwołującego. Referencje stanowią potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, których rodzaj, przedmiot, wartość, daty i miejsce wykonania wykonawca podaje w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych. Błędne jest przyjmowanie, że treść referencji powinna powielać informacje żądane przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem potwierdzeniem spełnienia warunku jest oświadczenie wykonawcy w formie wykazu, a referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie prawidłowość wykonywanej usługi referencyjnej (tak: wyrok z dnia 30 listopada 2020 r., KIO 2942/20).

Zauważyć jednak należy, że pomimo kwestionowania przez Odwołującego treści wezwania oraz jego czytelności i precyzyjności, postąpił Odwołujący zgodnie z wolą Zamawiającego, tj. uzupełnił oświadczenie własne złożone pierwotnie w formie wykazu robót. Wskazał on bowiem na stronie 2 pisma z dnia 3 stycznia 2022 r. dokładny zakres prac jaki był realizowany w ramach robót referencyjnych. Jak bowiem wspomniane było wcześniej, nie jest koniecznym ponawianie treści wykazu złożonego pierwotnie, a jedynie jego uzupełnienie przez złożenie dodatkowego oświadczenia, co Odwołujący uczynił.

Również Zamawiający wziął pod uwagę całość przedłożonych przez Odwołującego informacji. Jak wskazane jest bowiem w dokumencie zatytułowanym „Badanie i ocena dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz nie podleganiu wykluczeniu z postępowania” „(...) W związku z tym, iż oświadczenia, wyjaśnienia należy oceniać łącznie z przedstawionym wykazem robót oraz referencjami należytego wykonania robót Komisja przetargowa wraz z (.) poddała niniejsze dokumenty ocenie”. Wobec powyższego należy uznać, iż Zamawiający faktycznie ocenił zarówno złożone pierwotnie przez Odwołującego dokumenty, jak również jego oświadczenie z dnia 3 stycznia 2022 r., doprecyzowujące zakres prac wykonywanych w ramach robót referencyjnych.

Zatem nawet pomimo uznania pewnych niedoskonałości wezwania Zamawiającego, doszło do sytuacji, w której de facto Odwołujący uzupełnił podmiotowe środki dowodowe. Nie sposób przy tym przyjąć możliwości jeszcze jednego wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w sytuacji gdy już raz on je uzupełnił. Niedopuszczalne jest wielokrotne wzywanie do uzupełnienia tych samych dokumentów. Przyjęcie odmiennego stanowiska mogłoby prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, pozwalając na dowolność zamawiających w decydowaniu o tym, ile razy dać poszczególnym wykonawcom szansę na poprawienie

braków. Co prawda od zasady tej można odstąpić w sytuacji, gdy pierwotne wezwanie było z jakiegoś powodu wadliwe i z tego powodu nie umożliwiło wykonawcy uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych zgodnie z wolą Zamawiającego. Taka sytuacja w niniejszym stanie faktycznym jednak nie nastąpiła.

Przy czym ani Zamawiający ani Odwołujący nie zaprezentowali, zdaniem Izby, prawidłowego rozumienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Powyższe nie zmienia jednak faktu, że uwzględniając prawidłowe jego rozumienie, Odwołujący wciąż warunku udziału w postępowaniu nie spełniał.

Co istotne także w rozpatrywanej sprawie, Zamawiający równolegle do stosowania procedury, o której mowa w art. 128 ust. 1 ustawy PZP, zwrócił się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów (art. 128 ust. 5 ustawy PZP). Wynika zatem z tego przepisu, że dokumenty uzyskane od takich podmiotów mogą także stanowić podstawę do pozytywnej bądź negatywnej oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, jeśli uprzednio złożone przez wykonawcę dokumenty, budzą wątpliwości Zamawiającego, co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym. Zamawiający uzależnił bowiem pozytywną bądź negatywną ocenę przedłożonych przez Odwołującego dokumentów od informacji uzyskanych od takiego podmiotu. Powyższe wynika z wyniku z dokumentacji postępowania, tj. dokumentu pn.

„Badanie i ocena dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz nie podleganiu wykluczeniu z postępowania” str. 2

„Podsumowanie”, gdzie Zamawiający wskazał, że: „W związku z oczekiwaniem na odpowiedź GDDKiA Oddział w Poznaniu, Komisja wstrzymuje się z podjęciem ostatecznej decyzji. Komisja podejmie ostateczną decyzję po otrzymaniu odpowiedzi, która jest kluczowa przy wykazaniu spełniania bądź nie przez Wykonawcę Projbud Drogownictwo Sp. z o. o. warunków udziału w postępowaniu w wymaganym zakresie”.

Skoro zatem Zamawiający, przy użyciu dyspozycji z art. 128 ust. 5 ustawy PZP, samodzielnie ustalił, że wykazane przez Odwołującego roboty, realnie nie spełniały warunku udziału w postępowaniu, nie było dopuszczalnym jego ponowne wzywanie o uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych. Informacje i dowody przedstawione przez Odwołującego skonfrontowane bowiem z informacjami uzyskanymi od GDDKiA Oddział w Poznaniu, w ramach procedury przewidzianej przepisami prawa, ujawniają faktyczny zakres prac jaki był wykonywany w ramach umowy łączącej wystawcę referencji z zarządcą drogi, a co za tym idzie, jaki był również zakres prac wykonywany przez Odwołującego w ramach robót referencyjnych. Z tego też względu oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu, z uwagi na niespełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu.

Sama zaś procedura uzupełniania środków dowodowych, zdaniem Izby, doprowadziła do skutku zgodnego z prawem, tj. do uzupełnienia przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych i ich oceny przez Zamawiającego, która w połączeniu z informacjami uzyskanymi w trybie art. 128 ust. 5 ustawy PZP, nie pozwalała na stwierdzenie, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, pomimo błędnego jego rozumienia przez obie strony.

Z tego względu 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 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 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: