

WYROK

z dnia 26 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę: PRIMOST POŁUDNIE Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Grybów

przy udziale wykonawcy: JS Konstrukt Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. 128 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu wycofania zarzutu przez odwołującego;
2. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę JS Konstrukt Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu jako złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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 2101/22

## UZASADNIENIE

Gmina Grybów (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) - zwanej dalej „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości szacunkowej poniżej progów unijnych pn.: „Budowa drogi gminnej „Do Szkoły” w km 0+000,00 - 0+079,93 wraz z mostem drogowym w miejscowości Gródek”, numer referencyjny: IR.ZP.271.4.2022 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 1 kwietnia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00106508/01.

W dniu 10 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę: PRIMOST POŁUDNIE Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, dokonanych niezgodnie z ustawą Pzp polegających na dokonaniu wyboru oferty JS KONSTRUKT Sp. z o. o. z siedzibą w Nowym Sączu (dalej „JS Konstrukt”) jako najkorzystniejszej, podczas gdy wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechaniu odrzucenia oferty JS Konstrukt z postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 b w zw. z art. 57 pkt 2 ustawy Pzp oraz § 9 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415) - dalej „Rozporządzenie”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty JS Konstrukt pomimo, iż nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ tj. w zakresie wykonania w okresie ostatnich 5 latach przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) w sposób należyty oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowego ukończenia co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł. brutto;
2. art. 128 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się przez zamawiającego do podmiotów posiadających informacje w przedmiocie doświadczenia wykonawcy (tj. zamawiających inwestycji, na które powołuje się JS Konstrukt), podczas gdy przedkładane przez wykonawcę dokumenty oraz oświadczenia budzą wątpliwości;
3. art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Zarzucając powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie złożonej przez JS Konstrukt oferty.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca: JS Konstrukt Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu (dalej „przystępujący”).

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 18 sierpnia 2022 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości, jako niezasadnego.

Na posiedzeniu w dniu 24 sierpnia 2022 r. odwołujący oświadczył, iż cofa zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się przez zamawiającego do podmiotów posiadających informacje w przedmiocie doświadczenia wykonawcy (tj. zamawiających inwestycji, na które powołuje się JS Konstrukt), podczas gdy przedkładane przez wykonawcę dokumenty oraz oświadczenia budzą wątpliwości. Izba umorzyła postępowanie w tym zakresie, orzekając w pkt 1 sentencji.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w wersji elektronicznej, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, aktami sprawy odwoławczej o sygn. akt KIO 1586/22 a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk odwołującego i przystępującego, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zasła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba nie podzieliła również stanowiska przystępującego, zaprezentowanego w piśmie procesowym, że odwołanie podlega odrzuceniu w zakresie zarzutów dotyczących referencji wystawionych przez Makax Sp. z o.o. w Sopocie w dniu 19 kwietnia 2022 r., a dotyczących Budowy drogi S-7 Olsztynek (S51) - Płońsk, (SIO) na odcinku Mława - Strzegowo - Zadanie I. Przystępujący argumentował, że zgodnie z przepisem art. 528 pkt 4 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie w którym odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego. W niniejszym stanie faktycznym, w jego ocenie, następuje tożsamość podmiotowa i przedmiotowa pomiędzy postępowaniem niniejszym, a uprzednio prowadzonym w niniejszej sprawie znak KIO 1586/22. Przystępujący zwracał uwagę, że odwołujący w poprzednim postępowaniu przed Izbą, powołaniem pismem z 5 lipca 2022 r. zarzucił szereg rozbieżności pomiędzy treścią protokołu odbioru nr 1/11/2020/S7MŁAWA/KSKONSTRUKT z 1 grudnia 2020 r. w zakresie głównie daty wykonania elementów wskazanych w pkt od 1 do 11 pisma. Zarzuty te są wprost skopiowane do treści odwołania z dnia 9 sierpnia 2022 r. wraz z dowodami, na których odwołujący opiera swoje racje, a ograniczające się do powołania się na zdjęcia dostępne w Internecie. Z ostrożności procesowej JS Konstrukt zwrócił uwagę, że w zakresie referencji wystawionej przez Makax Sp. z o.o., zgodnie z wyrokiem Izby uzupełniono referencje w dniu 27 lipca 2022 r. i wynika z nich jednoznacznie, iż niektóre z prac objętych protokołem z 1 grudnia 2022 r. wykonane zostały przez przystępującego w całości i należyście do 31 maja 2021 r. Poprawiony zakres dat wykonania obiektu mostowego WD. 15.7. potwierdza, iż przystępujący w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał w sposób należyty oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł. brutto.

W tym zakresie Izba ustaliła, że wyrokiem z 11 lipca 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1585/22 Izba uwzględniła odwołanie, wniesione przez tego samego odwołującego w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia i w pkt 1 sentencji uwzględniła zarzut naruszenia przez zamawiającego Gminę Grybów art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 266 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy JS Konstrukt do wyjaśnienia i poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 2 pkt. 4 lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia tj. wykonania przez wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) w sposób należyty oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowego ukończenia co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł brutto a w przypadku, gdy wymagane dla potwierdzenia zdolności technicznej lub zawodowej roboty budowlane są częścią większego zamówienia obejmującego szerszy zakres robót budowlanych, należy bezwzględnie podać tylko wartość dotyczącą wymaganego zakresu robót i tylko te roboty należy wymienić i nakazać zamawiającemu Gminie Grybów unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania oferty oraz wezwanie wykonawcy JS Konstrukt w trybie art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 266 ustawy Pzp do wyjaśnienia i poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale

VIII ust. 2 pkt. 4 lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym w szczególności wskazania w wykazie robót budowlanych stanowiącym załącznik nr 5 do Specyfikacji Warunków Zamówienia poszczególnych robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł brutto będące częścią większego zamówienia obejmującego szerszy zakres robót budowlanych i ich wartość brutto w punktach 1 i 2 wykazu oraz objętych referencjami wydanymi przez N. - Mosty Sp. z o.o. z dnia 12 kwietnia 2022 r. oraz przez MAKAX sp. z o.o. z dnia 19 kwietnia 2022 r. tak, by możliwe było ustalenie - dla konkretnej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie konkretnego obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto - wartości tej roboty, wyjaśnienia oraz ewentualnie poprawienia lub uzupełnienia wykazu w zakresie roboty wskazanej w punkcie 2 wykazu w odniesieniu do daty wykonania roboty budowlanej oraz wyjaśnienia jej zakresu i wartości a także czasu realizacji w świetle pisma Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 5 lipca 2022 r. O/OL.D-5.0130.56.2022.WP dotyczącego obiektu WD-15.7 (informacji o montażu desek gzymsowych w okresie styczeń- marzec 2021 r. i ilości 180 kotew talerzowych na obiekcie) w kontekście treści końcowego podwykonawczego protokołu odbioru robót nr 1/11/2020/S7MŁAWA/KSKONSTRUKT spisanego w dniu 1 grudnia 2020 r. oraz treści referencji celem wyjaśnienia, jaki był zakres prac wykonawcy, ich wartość i czas wykonania.

Zamawiający, wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej zwrócił się do JS Konstrukt pismem z 25 lipca 2022 r., wzywając go do złożenia wyjaśnień i poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi na powyższe JS Konstrukt przedłożył pismo, w którym złożył wyjaśnienia oraz załączył do niego referencje i informacje uzupełniające, celem potwierdzenia, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący z kolei odwoływał się do treści informacji przekazanych przez przystępującego w piśmie z 1 sierpnia 2022 r., w dalszym ciągu kwestionując spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w kontekście zarówno złożonych wyjaśnień, jak też uzupełnionych na wezwanie zamawiającego dokumentów.

Tym samym Izba uznała, że zarzuty odwołującego, dotyczące zaniechania odrzucenia oferty JS Konstrukt pomimo, iż nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ, zostały sformułowane w terminie, albowiem ten liczony jest od daty dokonania ponownego wyboru oferty JS Konstrukt, jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Bez znaczenia jest przy tym, że niektóre okoliczności dotyczące braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu były podnoszone w ramach zarzutów formułowanych w pierwszym odwołaniu, jeśli pomimo wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów, w dalszym ciągu istnieją podstawy do uznania, że przystępujący warunków udziału w tym postępowaniu nie spełnia. Należy także zwrócić uwagę, że przedmiotowe wątpliwości, formułowane już w pierwszym postępowaniu odwoławczym, miały być przez przystępującego wyjaśnione w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, czego zdaniem odwołującego, przystępujący nie zrobił.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia a jego oferta uplasowała się na trzecim miejscu w rankingu ofert. Wskutek wadliwie dokonanych czynności w postępowaniu, polegających na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy JS Konstrukt, który nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia, poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Taki wybór może bowiem nastąpić w przypadku, gdy i drugi w kolejności wykonawca czy to nie potwierdzi spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czy też w ogóle dokumentów nie uzupełni. Powoduje to poniesienie przez odwołującego szkody w postaci utraty możliwości wykonania zamówienia i osiągnięcia przychodu i zysku z jego realizacji.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody załączone przez odwołującego do odwołania oraz złożone na rozprawie, na okoliczności przez niego wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia (dalej „SWZ”) przedmiotem zamówienia jest: „Budowa drogi gminnej „Do Szkoły” w km 0+000,00 - 0+079,93 wraz z mostem drogowym w miejscowości Gródek”.

Ponadto Izba ustaliła, że zgodnie z postanowieniem rozdziału VIII ust. 2 pkt 4 a SWZ,

zamawiający wymagał wykazania przez wykonawców, że spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia tj. że wykonali w okresie ostatnich 5 latach przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) w sposób należyty oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończyli co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł. brutto. Zamawiający zastrzegł, iż w przypadku, gdy wymagane dla potwierdzenia zdolności technicznej lub zawodowej roboty budowlane są częścią większego zamówienia, obejmującego szerszy zakres robót budowlanych, należy bezwzględnie podać tylko wartość dotyczącą wymaganego zakresu robót i tylko te roboty należy wymienić.

Dalej Izba ustaliła, że swoje oferty w postępowaniu złożyło 4 wykonawców, w tym odwołujący oraz przystępujący. Zamawiający, po przeprowadzonej procedurze badania i oceny ofert ostatecznie 8 czerwca 2022 r. dokonał wyboru oferty JS Konstrukt, jako najkorzystniejszej. Od powyższego wyboru odwołujący złożył odwołanie, wskazując na brak spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. W wyniku wniesionego odwołania Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 11 lipca 2022 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1586/22 wydawała wyrok, uznając za zasadne zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 266 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy JS Konstrukt do wyjaśnienia i poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 2 pkt. 4 lit. a SWZ. Uwzględniając odwołanie Izba nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania oferty, w tym skierowanie do JS Konstrukt wezwania w trybie art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 266 ustawy Pzp, do wyjaśnienia i poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 2 pkt. 4 lit. a SWZ. Izba stwierdziła, że przystępujący ma w szczególności wskazać w wykazie robót budowlanych stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ poszczególne roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł brutto, będące częścią większego zamówienia obejmującego szerszy zakres robót

8  
budowlanych i ich wartość brutto w punktach 1 i 2 wykazu oraz objętych referencjami wydanymi przez N. - Mosty Sp. z o.o. z dnia 12 kwietnia 2022 r. oraz przez MAKAX Sp. z o.o. z dnia 19 kwietnia 2022 r. tak, by możliwe było ustalenie - dla konkretnej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie konkretnego obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto - wartości tej roboty, wyjaśnienia oraz ewentualnie poprawienia lub uzupełnienia wykazu w zakresie roboty wskazanej w punkcie 2 wykazu w odniesieniu do daty wykonania roboty budowlanej oraz wyjaśnienia jej zakresu i wartości a także czasu realizacji w świetle pisma Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 5 lipca 2022 r. O/OL.D-5.0130.56.2022.WP dotyczącego obiektu WD-15.7 (informacji o montażu desek gzymsowych w okresie styczeń - marzec 2021 r. i ilości 180 kotew talerzowych na obiekcie) w kontekście treści końcowego podwykonawczego protokołu odbioru robót nr 1/11/2020/S7MŁAWA/KSKONSTRUKT spisane w dniu 1 grudnia 2020 r. oraz treści referencji celem wyjaśnienia, jaki był zakres prac wykonawcy, ich wartość i czas wykonania.

W konsekwencji wydania przedmiotowego wyroku zamawiający przystąpił do ponownej oceny i badania ofert, kierując do JS Konstrukt wezwanie o treści, która została ustalona przez Izbę w sentencji wydanego orzeczenia. Zamawiający, pismem z 25 lipca 2022 r. wezwał przystępującego, na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 266 ustawy Pzp, do wyjaśnienia i poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 2 pkt. 4 lit a SWZ, w tym w szczególności do wskazania w wykazie robót budowlanych stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ poszczególnych robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł. brutto, będących częścią większego zamówienia obejmującego szerszy zakres robót budowlanych i podania ich wartości brutto w punktach 1 i 2 wykazu oraz objętych referencjami wydanymi przez N. - Mosty sp. z o.o. z dnia 12 kwietnia 2022 r. oraz przez MAKAX sp. z o.o. z dnia 19 kwietnia 2022 r. tak, by możliwe było ustalenie - dla konkretnej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie konkretnego obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto - wartości tej roboty, wyjaśnienia oraz ewentualnie poprawienia lub uzupełnienia wykazu w zakresie roboty wskazanej w punkcie 1 i 2 wykazu w odniesieniu do daty wykonania roboty budowlanej oraz wyjaśnienia jej zakresu i wartości (umowa o podwykonawstwo, faktura, protokół odbioru robót, itp.), a także czasu realizacji oraz treści referencji celem wyjaśnienia, jaki był zakres prac wykonawcy, ich wartość i czas wykonania, a w szczególności do wyjaśnienia w zakresie roboty wskazanej w punkcie 2 wykazu w odniesieniu do daty wykonania roboty budowlanej

oraz wyjaśnienia jej zakresu i wartości, a także czasu realizacji w świetle pisma Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 5 lipca 2022 r. O/OL.D-5.0130.56.2022.WP dotyczącego obiektu DW-15.7 (informacji o montażu desek gzymsowych w okresie styczeń - marzec 2021 r. i ilości 180 kotew talerzowych na obiekcie) w kontekście treści końcowego powykonawczego protokołu odbioru robót nr 1/11/2020/S7MŁAWA/KONSTRUKT spisane go w dniu 1 grudnia 2020 r. oraz treści referencji celem wyjaśnienia, jaki był zakres prac wykonawcy, ich wartość i czas wykonania.

W odpowiedzi na powyższe JS Konstrukt złożył pismo z datą 1 sierpnia 2022 r., w którym oświadczył, że uzupełnia podmiotowe środki dowodowe do wykazu robót budowlanych stanowiących załącznik nr 5 do SWZ, w zakresie potwierdzenia spełniania warunków do udziału w postępowaniu w postaci: (a) w zakresie roboty wskazanej w punkcie

1 wykazu - Pismo z dnia 29 lipca 2022 r., jako sprecyzowanie do referencji z wydanych przez N.-Mosty Spółka z o.o. z dnia 12 kwietnia 2022 r., co do wartości poszczególnych obiektów mostowych i daty ich wykonania; (b) w zakresie roboty wskazanej w punkcie

2 wykazu - Pismo MAKAX spółka z o.o. z dnia 27 lipca 2022 r. jako sprecyzowanie referencji z 19 kwietnia 2022 r., co do wartości wykonania poszczególnych obiektów, daty ich wykonania, jak i wyjaśnień wobec treści pisma Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 5 lipca 2022 r. znak O.OL.D-5.0130.56.2022.WP.

Ponadto zadeklarował, że spełnia warunki techniczne do udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie wykazania wykonania w sposób należyty oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowego ukończenia jednego obiektu mostowego o wartości minimum 500 000,00 zł. brutto w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert. W związku z faktem, iż wskazane w wykazie robót (zał. nr 5) obiekty były częścią większego zamówienia wykonawca uzupełnia złożone w pkt 1 i 2 wykazu referencje w zakresie wartości poszczególnych obiektów i daty ich wykonania. W odniesieniu do pisma Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 5 lipca 2022 r. znak O.OL.D-5.0130.56.2022.WP dotyczącego referencji MAKAX Spółka z o.o. z 19 kwietnia 2022 r. wyjaśnił, iż pozycja protokołu odbioru 1/11/2020/S7MŁAWA/KONSTRUKT nr 14 „montaż pref. deski gzymsowej” na obiekcie mostowym WD-15.7 została zrealizowana (ukończona) i odebrana przez generalnego wykonawcę PORR.S.A w dniu 31 maja 2021 r. W zakresie wyjaśnienia rozbieżności wynikających z pisma generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 5 lipca 2022 r. znak O.OL.D-5.0130.56.2022.WP poinformował, iż pozycja protokołu odbioru wystawionego przez MAKAX Sp. z o.o.

1/11/2020/S7MŁAWA/KONSTRUKT nr 32 montaż kotew talerzowych dotyczyła wykonania 180 sztuk kotew talerzowych. Ponadto wyjaśnił, iż we wskazanym protokole odbioru przyjęto

rozliczenie za montaż jednego kilograma elementu stalowego, to jest 18,45 zł. netto za każdy kilogram. Omyłkowo w protokole w pozycji kolumny „Jed.” (Jednostka) została wpisana „szt.” (sztuka) zamiast prawidłowej „kg.”, co nie zmienia jednak ceny za montaż w wysokości 25 830 zł. netto tak jak wskazana w protokole. Pozycja jak i cały obiekt uznana została za wykonaną w sposób należyty.

Izba ustaliła ponadto, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego JS Konstrukt nie przedłożył nowego Wykazu robót budowlanych, zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ.

Zamawiający, po analizie przedłożonych wyjaśnień uznał, że przystępujący potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu i ponownie dokonał wyboru oferty JS Konstrukt jako najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie. W ocenie Izby zamawiający naruszył bowiem cytowane przez odwołującego przepisy ustawy Pzp oraz Rozporządzenia i dokonał wyboru oferty wykonawcy JS Konstrukt, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 a SWZ.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że rację ma odwołujący twierdząc, że JS Konstrukt pomimo, że został wezwany przez zamawiającego pismem z 25 lipca 2022 r. w trybie art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 266 ustawy Pzp do wyjaśnienia i poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, wbrew ciężącemu na nim obowiązki, wynikającemu z przepisów ustawy Pzp oraz §9 Rozporządzenia, ale też wynikającemu z treści wezwania zamawiającego - nie przedłożył podmiotowego środka dowodowego, celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie uzupełnił poprawionego wykazu robót, z treści którego wynikałoby, że warunek w brzmieniu opisanym w rozdziale VIII ust. 2 pkt. 4 lit. a SWZ - został spełniony. W ocenie Izby zamawiający w treści pisma, zgodnie z treścią orzeczenia w sprawie o sygn. akt KIO 1586/22 w sposób wyraźny i nie budzący wątpliwości stwierdził, że przystępujący winien przedłożyć poprawiony wykaz robót lub też uzupełnić ten wykaz w taki sposób, aby z jego treści wynikało, że warunek określony w SWZ w zakresie opisanym w rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ został spełniony. Spełnienie tego warunku, co podkreśliła Izba w wyroku

11

wydanym w cytowanej sprawie, budziło bowiem wątpliwości i to nie tylko w kontekście treści dokumentów przedkładanych przez odwołującego jako dowody w sprawie, ale w świetle oświadczeń, które złożył JS Konstrukt w treści przedłożonego w postępowaniu Wykazu robót.

Tym samym, w ocenie Izby, przystępujący nie uczynił zadość wezwaniu zamawiającego i nie przedłożył nowego Wykazu robót pomimo, że jak uznała Izba w wyroku z dnia 11 lipca 2022 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1586/22, z przedłożonych przez JS Konstrukt w postępowaniu dokumentów, składanych na potwierdzenie spełnienia warunków (w tym z wykazu robót) nie wynika, że te zostały przez przystępującego spełnione. Izba uwzględniając odwołanie zwróciła uwagę, że zamawiający naruszył przepisy art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż wbrew ciężącemu na nim obowiązki zaniechał wezwania JS Konstrukt do uzupełnienia złożonego wykazu robót. Swoje stanowisko w tej kwestii Izba zawarła na str. 17 orzeczenia stwierdzając: „W świetle powyższej normy prawnej oraz treści wykazu robót budowlanych, udzielonych referencji oraz Warunku stwierdzić również należy, że Zamawiający zobowiązany był wezwać Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 Ustawy do złożenia wyjaśnień oraz poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 2 pkt. 4 lit. a SWZ, w tym w szczególności wskazania w wykazie robót budowlanych stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ poszczególnych roboty budowlane polegających na budowie lub przebudowie obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł brutto będących częścią większego zamówienia obejmującego szerszy zakres robót budowlanych i ich wartość brutto w punktach 1 i 2 wykazu oraz objętych referencjami wydanymi przez N. - Mosty sp. z o.o. z dnia 12 kwietnia 2022 r. oraz przez MAKAX sp. z o.o. z dnia 19 kwietnia 2022 r. tak, by możliwe było ustalenie - dla konkretnej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie konkretnego obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto - wartości tej roboty.” Tym samym dla JS Konstrukt, który co należy zaznaczyć był również przystępującym w sprawie o sygn. akt KIO 1586/22, jasne było w jaki sposób należy uzupełnić żądane dokumenty oraz, że w odpowiedzi na wezwanie należy przedłożyć nowy Wykaz robót, z treści którego będzie wynikało, że warunki udziału w postępowaniu zostały spełnione.

Już sam brak uzupełnienia przedmiotowego Wykazu robót skutkować winien uznaniem przez zamawiającego, że przystępujący nie udokumentował spełnienia warunków udziału w postępowaniu, albowiem treści tego dokumentu nie można zastąpić, składając w to miejsce pisemne wyjaśnienia oraz dodatkowe dokumenty. Trafnie odwołujący cytuje treść §9 Rozporządzenia zwracając uwagę, że podmiotowym środkiem dowodowym

12

składanym w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, jest Wykaz robót budowlanych, w którym to wykonawca deklaruje (i składa pod złożonym przez siebie oświadczeniem podpis) jakie zamówienia i na czym rzecz zrealizował, wskazuje daty i miejsca wykonania prac, a dopiero na potwierdzenie danych zawartych w wykazie załącza dowody określające, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie (referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty). Niezależnie od treści przedłożonych referencji, nadal podstawowym dokumentem pozostaje Wykaz robót, który służy potwierdzeniu czy dany podmiot ubiegający się o zamówienie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Izba wielokrotnie wskazywała w swoich orzeczeniach, że referencje jako takie przedkładane są jedynie w celu potwierdzenia, że zadeklarowane w Wykazie robót

prace zostały wykonane z należytą starannością.

Tym samym oferta JS Konstrukt, jako że została złożona przez wykonawcę, który nie uzupełnił podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wbrew wezwaniu zamawiającego i ciężącemu na nim obowiązki wynikającemu z przepisów ustawy Pzp, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 2 c ustawy Pzp.

Izba stwierdziła także, że nawet gdyby zaakceptować stanowisko przystępującego, że nie była dla niego jasna treść wezwania i, że wystarczające wobec pisma zamawiającego z 25 lipca 2022 r. było złożenie samych wyjaśnień, to i tak nie sposób uznać, biorąc pod uwagę przedłożony Wykaz robót oraz złożone wyjaśnienia i dokumenty pochodzące od podmiotów trzecich, że wskazane przez JS Konstrukt w Wykazie roboty budowlane potwierdzają, że spełniony został warunek dotyczący wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), w sposób należyty oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego, co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł. brutto.

Zdaniem JS Konstrukt powyższy warunek spełniają następujące zadania, wymienione w treści Wykazu robót: (1) „Budowa obwodnic Podłęża i Niepołomic w nowym przebiegu drogi wojewódzkiej 964 wraz z połączeniem Niepołomickiej Strefy Inwestycyjnej z siecią dróg międzynarodowych - Etap I (obwodnica Podłęża) - wiadukt kolejowy nad linią kolejową (L=146,00 m); (2) „Budowa drogi S-7 Olsztynek (S51) - Płońsk, (S10) na odcinku

Mława - Strzegowo - ZADANIE I” obiekt WD15.7m. W odniesieniu do tych robót przystępujący oświadczył: (1) „Budowa obwodnic Podłęża i Niepołomic w nowym przebiegu drogi wojewódzkiej 964 wraz z połączeniem Niepołomickiej Strefy Inwestycyjnej z siecią dróg międzynarodowych - Etap I (obwodnica Podłęża) - wiadukt kolejowy nad linią kolejową (L=146,00 m), most nad rzeką Podłężanka, most nad rzeką Zakrzówek, na rzecz Gmina Niepołomice (skorygowano na rzecz N-MOSTY Sp. z o.o.) od 2019-01-15 do 2021-12-30, w miejscu Podłęże, o wartości w PLN 691 980,00 netto tj. 851 135,40 brutto; „Budowa drogi S-7 Olsztynek (S51) - Płońsk, (S10) na odcinku Mława - Strzegowo - ZADANIE I” obiekty mostowe WS17.1, WD18.7, WD15.7 na rzecz Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad (skorygowane na rzecz MAKAX sp. z o.o.) od 2020-05-06 do 2020-12-14 w miejscu Mława, o wartości w PLN 945 530,32 netto tj. 1 163 002,29 brutto.

W ocenie Izby żadna z wymienionych w Wykazie robót prac nie odpowiada treści warunku, sformułowanego przez zamawiającego w SWZ. Powyższe Izba stwierdziła biorąc pod uwagę zarówno treść przedłożonego wykazu, złożone wyjaśnienia i uzupełnione przez JS Konstrukt referencje.

W zakresie pierwszej z nich, zrealizowanej na rzecz N.-Mosty Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że analiza dowodów przedłożonych przez odwołującego, załączonych do pisma procesowego z 23 sierpnia 2022 r. prowadzi do wniosku, że prace które wykonał JS Konstrukt w tym zamówieniu nie polegały na wykonaniu robót budowlanych, ale na świadczeniu usług, które w treści dokumentu zamówienia określono jako „Wynajem pracowników ogólnobudowlanych - brygada 8 osób”.

Nie budzi wątpliwości, że wykonawcą robót budowlanych na rzecz Inwestora - Gminy Niepołomice była firma N.-Mosty Sp. z o.o., która to wystawiła przystępującemu referencje, z treści których wynika, że wykonał on siłami własnymi pewien zakres prac inżynierskich, wymienionych w tym dokumencie.

Z kolei odwołujący, mając wątpliwości co do treści tego dokumentu, zwrócił się bezpośrednio do Inwestora przedmiotowego zadania - Gminy Niepołomice, celem ustalenia czy umowa łącząca przystępującego oraz N.-Mosty sp. z o.o. została zamawiającemu zgłoszona jako umowa o roboty budowlane czy też jako umowa o świadczenie usług. W odpowiedzi na powyższe Gmina Niepołomice pismem z 19 sierpnia 2022 r. wskazała, że po przeanalizowaniu dokumentacji odnaleziono dodatkowe zamówienie z dnia 24 lutego 2021 r. na kwotę 400.000,00 zł. netto. Jednakże wyjaśniła również, że JS Konstrukt, w związku z obydwoma zamówieniami tj. zamówieniem z dnia 24 lutego 2021 r. jak i zamówieniem z dnia 28 lipca 2021 r. został zgłoszony jako podwykonawca usługi a nie robót budowlanych (odwołujący załączył jako dowód pismo otrzymane od Inwestora - Gminy Niepołomice z dnia 19 sierpnia 2022 r.). Dodatkowo przedstawił dowód w postaci korespondencji wykonawcy robót budowlanych tj. N.-Mosty Sp. z o.o. kierowanej do Gminy Niepołomice, w której ten sam określał przedmiot umowy jako „najem

pracowników", nie zaś wskazując zakres prac, które ma wykonać przystępujący w ramach tego zadania. Z kolei w dokumencie pn. zamówienie z dnia 28 lipca 2021 r. (w którym zleceniodawcą jest N.-Mosty Sp. z o.o. a zleceniobiorcą przystępujący), które również odwołujący załączył do pisma procesowego, w tabeli z kolumną „nazwa usługi” zawarto informację, że przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na wynajmie pracowników budowlanych. Tym samym same strony zamówienia stwierdziły, iż zadaniem przystępującego na przedmiotowej inwestycji nie było wykonanie określonego zakresu robót budowlanych, ale co wynika z pkt 1 zamówienia: „oddanie do dyspozycji pracowników celem wykonania przez nich prac ogólnobudowlanych na budowie”. Co równie istotne, a wynika z treści podpisanego zlecenia, prace te osoby miały wykonywać „na rzecz zleceniodawcy i pod jego kierownictwem”.

Rację ma także odwołujący, że analiza dokumentu zamówienia z 28 lipca 2021 r. prowadzi do wniosku, że to nie dotyczy wykonania robót budowlanych, gdyż w żadnym jego fragmencie nie sposób znaleźć jakiegokolwiek informacji na temat procedury odbiorowej określonego zakresu robót budowlanych, zapisów w zakresie usuwania wad i usterek, czy też odpowiedzialności przystępującego za jakość oraz prawidłowość wykonanych robót w odniesieniu do prawa budowlanego. Z drugiej zaś strony znajdują się tam takie zapisy jak obowiązek oddania przez przystępującego do dyspozycji zleceniodawcy pracowników celem wykonywania prac ogólnobudowlanych pod kierownictwem zleceniodawcy (§1 ust. 1) w ilości 8 osób czyli jednej brygady (tabela w §1). Ponadto samo wynagrodzenie również ustalone było w oparciu o dzienne rejestry roboczo- godzin i sporządzane w danym okresie rozliczeniowym (§2 ust. 1), a zatem wynagrodzenie przystępującego było ustalone i wypłacane wyłącznie na podstawie ilości przepracowanych przez oddanych do dyspozycji pracowników, co następowało niezależnie od zakresu czy też prawidłowości zrealizowanych na zadaniu robót budowlanych. Odpowiedzialności przystępującego ograniczała się jedynie do zapewnienia 1 brygady pracowników, a ewentualne konsekwencje umowne mogły być wykonywane za brak przestrzegania przez rzeczonych pracowników przepisów BHP, pozostawanie w stanie nietrzeźwości, brak posiadania środków ochrony osobistej - odzieży roboczej (§4).

Nie sposób zatem uznać, że przystępujący, który na rzecz N.-Mosty Sp. z o.o. świadczył usługi w postaci, jak wskazuje treść podpisanego zamówienia, polegające na oddaniu do dyspozycji zleceniodawcy pracowników ogólnobudowlanych, nabył jako podmiot doświadczenie w zakresie wymaganym w treści warunku udziału w postępowaniu tj., że wykonał w sposób należyty oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jedną robotę budowlaną. Przystępujący, jako podmiot nie realizował bowiem robót budowlanych i nie odpowiadał za określony zakres prac, albowiem nie zawarł z N.-Mosty Sp. z o.o. umowy o wykonanie takich robót.

Nawet zatem jeśli pracownicy przystępującego, przez niego „udostępnieni” wykonywali taki zakres prac, jaki wynika z treści wystawionych przez firmę N.-Mosty Sp. z o.o. referencji lub też informacji uzupełniających, to co najwyżej można stwierdzić, że to te osoby nabyły jakieś doświadczenie w zakresie wykonania robót opisanych w treści tych dokumentów. Sam JS Konstrukt, co wynika z kolei z dowodów przedłożonych przez odwołującego, ani nie odpowiadał za jakość wykonanych przez te osoby prac, nie nadzorował ich, nie ponosił też w rezultacie odpowiedzialności za efekt w postaci prawidłowego i zgodnego ze sztuką wykonania robót budowlanych.

Mając na uwadze powyższe nie sposób uznać, że pierwsza z wymienionych w Wykazie robót prac wymienionych przez JS Konstrukt pozwala na uznanie, że warunek w zakresie doświadczenia został spełniony.

Również w odniesieniu do drugiej z wymienionych w Wykazie robót inwestycji, realizowanej na rzecz MAKAX Sp. z o.o. (Inwestor - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad) Izba stwierdziła, że w świetle złożonych przez przystępującego dokumentów i wyjaśnień, nie sposób uznać, że JS Konstrukt wykazał, że spełniony został warunek udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się realizacją roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł. brutto.

W pierwszej kolejności należy bowiem zauważyć, iż zgodnie z treścią wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów podmiotowych pismem z 25 lipca 2022 r., wobec sentencji wyroku o sygn. akt KIO 1586/22, JS Konstrukt w zakresie pozycji 2 Wykazu robót został w szczególności zobowiązany do wyjaśnienia oraz ewentualnie poprawienia lub uzupełnienia wykazu w odniesieniu do daty wykonania roboty budowlanej oraz wyjaśnienia jej zakresu i wartości (umowa o podwykonawstwo, faktura, protokół odbioru robót, itp.), a także czasu realizacji oraz treści referencji celem wyjaśnienia,

jaki był zakres prac wykonawcy, ich wartość i czas wykonania, a w szczególności do wyjaśnienia w zakresie roboty wskazanej w punkcie 2 wykazu w odniesieniu do daty wykonania roboty budowlanej oraz wyjaśnienia jej zakresu i wartości, a także czasu realizacji w świetle pisma Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 5 lipca 2022 r. O/OL.D-5.0130.56.2022.WP dotyczącego obiektu DW-15.7 (informacji o montażu desek gzymsowych w okresie styczeń - marzec 2021 r. i ilości 180 kotew talerzowych na obiekcie) w kontekście treści końcowego powykonawczego protokołu odbioru robót nr 1/11/2020/S7MŁAWA/KONSTRUKT spisanego w dniu 1 grudnia 2020 r. oraz treści referencji celem wyjaśnienia, jaki był zakres prac wykonawcy, ich wartość i czas wykonania. Wbrew żądaniu przystępującego, o czym był mowa wcześniej, ani nie uzupełnił wykazu wskazując precyzyjnie wartości prac które zrealizował, ani też nie złożył oświadczenia odnośnie dat realizacji robót, które na tej inwestycji wykonał.

Co istotne, powyższe nie wynika także z treści złożonych wyjaśnień, ani uzupełnionych referencji Makax Sp. z o.o. Przystępujący pomimo, że zobowiązany został do wyjaśnienia terminu oraz zakresu zrealizowanych robót jako całości, a jedynie dodatkowo i w szczególności odnieść się miał do zakresu robót związanego z wykonaniem takiego asortymentu jak montaż desek gzymsowych oraz montaż kotew talerzowych - w swoim piśmie odniósł się wyłącznie do kwestii realizacji kotew talerzowych oraz dat realizacji desek gzymsowych. Z kolei z załączonego pisma Makax Sp. z o.o. z 27 lipca 2022 r. nie wynika który podmiot w terminie do 31 maja 2021 r. wykonał deski gzymsowe na obiekcie WD-15.7. Z treści uzupełnionych dokumentów nie wynika w szczególności, że ten zakres robót został zrealizowany przez przystępującego, co także budziło wątpliwości na etapie pierwszego postępowania odwoławczego, a co miało zostać wyjaśnione i doprecyzowane przez JS Konstrukt w treści nowego, uzupełnionego Wykazu robót.

W tym zakresie odwołujący także wykazał się inicjatywą dowodową, zwrócił się bowiem do Inwestora - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie (dalej „GDDKiA”) z wnioskami o dostęp do informacji publicznej, prosząc o udostępnienie umowy zawartej pomiędzy Makax Sp. z o.o. a Generalnym Wykonawcą (Umowa pomiędzy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie a Makax Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie na wykonanie robót pn. „Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) - Płońsk (S10) odc. Mława - Strzegowo” została przedłożona jako dowód na rozprawie) oraz o wskazanie dat zakończenia realizacji poszczególnych asortymentów robót.

W piśmie z 22 sierpnia 2022 r. GDDKiA, odpowiadając na pytanie odwołującego, przedstawiła szczegółowe informacje odnośnie terminów realizacji poszczególnych

asortymentów robót. W treści pisma (załączone do pisma procesowego odwołującego z 23 sierpnia 2022 r.) GDDKiA potwierdziła, że w zakresie realizacji tych asortymentów robót, co do których odwołujący twierdził, że pozostawały one poza zakresem realizacji przystępującego (w świetle oświadczenia złożonego w Wykazie robót w zakresie dat udziału przystępującego w realizacji przedmiotowej inwestycji - do dnia 16 grudnia 2020 r. oraz daty na protokole odbioru końcowego - 1 grudnia 2020 r.), zgodnie z wpisem w Dzienniku budowy roboty te były wykonywane już po terminie, wskazanym w złożonym w postępowaniu dokumentach. Z kolei JS Konstrukt pomimo, że został wezwany do wyjaśnień, nie rozwiął wątpliwości w tym zakresie, a tym samym nie wykazał, że wykonał w ramach tej roboty budowlanej prace o wartości co najmniej 500 000,00 zł.

Przypomnieć należy w tym miejscu, że to z treści złożonych przez wykonawcę dokumentów musi wynikać, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony. Tym samym obowiązkiem wykonawcy jest złożyć taki wykaz robót, aby wszystkie elementy składające się na treść warunku zostały wymienione i jednoznacznie wskazane, w tym co do zakresu wykonanych prac i terminu ich realizacji. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy oświadczenia złożone w treści Wykazu robót budziły wątpliwości, co potwierdziła Izba w wydanym orzeczeniu w sprawie o sygn. akt KIO 1586/22, nakazując wezwanie JS Konstrukt do uzupełnienia lub też przedłożenia nowego dokumentu podmiotowego, z treści którego miało wynikać, że warunki dotyczące doświadczenia zostały spełnione. Przystępujący, wbrew wezwaniu Wykazu robót nie uzupełnił, nie rozwiął też powstałych wątpliwości w zakresie daty wykonania i zakresu prac zrealizowanych przez niego w zadaniu 2. Tym samym należy stwierdzić, że nie potwierdził on w sposób dostateczny, że spełnia przedmiotowy warunek.

Należy też podzielić wątpliwości odwołującego w zakresie, w jakim podawał w wątpliwość sposób rozliczenia w zakresie pozycji nr 32 tj. montaż kotew talerzowych. Jak wyjaśnił, chcąc zweryfikować prawdziwość podnoszonych przez przystępującego twierdzeń w zakresie rzekomej omyłki w tej pozycji, zastosowanej w protokole odbioru końcowego z 1 grudnia 2020 r. zwrócił się do GDDKiA z wnioskiem o udostępnienie umowy zawartej

między Generalnym Wykonawcą a Makax Sp. z o.o., który z kolei zlecał te prace przystępującemu. Z treści przedłożonej jako dowód umowy zawartej pomiędzy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie a Makax Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie na wykonanie robót pn. „Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) - Płońsk (S10) odc. Mawa - Strzegowo”, z załącznika nr 1, poz. 46 wynika, że montaż kotew talerzowych rozliczany był w sztukach, a nie w kilogramach. Wprawdzie rację ma przystępujący, że samo to nie jest przesądzające, że taki sposób rozliczeń musiał być przyjęty w umowie pomiędzy Makax Sp. z o.o. a JS 18

Konstrukt, jednakże nie ulega wątpliwości, że dokonanie takiej zmiany znacznie utrudniłoby prawidłowe rozliczenie tych robót. Budzi to również wątpliwości w świetle dowodów złożonych przez odwołującego na rozprawie w postaci ofert na montaż kotew talerzowych, w których wykonawcy zajmujący się tego rodzaju pracami oświadczają, że ceny jednostkowe za montaż 1 szt. wynoszą aktualnie 32, 33 i 35 zł., z kolei w roku 2020 wynosiły 28, 25 i 27 zł. za 1 szt., jak też oświadczają, że nie spotkali się na dotychczasowych realizacjach z systemem rozliczania tego typu prac w zależności od wagi. Dokumenty te dodatkowo potwierdzają, że pozycje te budzą uzasadnione wątpliwości co do sposobu ich rozliczania i ich rzeczywistej wartości, gdyż cena przedmiotowej pozycji w kosztorysie Makax Sp. z o.o. wskazuje, jakoby przystępujący miał otrzymać za ten zakres kwotę 25 830,00 zł., a więc kilkakrotnie więcej, niż Generalny Wykonawca, zlecający mu powyższe prace (8 100,00 zł.).

Co kluczowe dla oceny złożonych wyjaśnień w kontekście potwierdzania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przystępujący został wezwany przez zamawiającego w piśmie do wyjaśnienia w szczególności tej pozycji, przy czym zamawiający zaznaczył, że oczekuje aby stosowne wyjaśnienia były poparte takimi dokumentami źródłowymi jak: umowa o podwykonawstwo, faktura, protokół odbioru robót, itp. JS Konstrukt nie przedstawił żadnego z powyższych, ograniczając się jedynie do złożenia oświadczenia własnego i poparcie tegoż dokumentem wystawionym przez Makax, co wobec wątpliwości odnoszących się do tej pozycji - należy uznać za niewystarczające, gdyż nie czyniło zadość wezwaniu zamawiającego.

Mając zatem na uwadze powyższe wątpliwości, które wbrew wezwaniu zamawiającego nie zostały wyjaśnione przez JS Konstrukt i nie poparte stosownymi dokumentami bezspornym jest, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a tym samym w ocenie Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, co znalazło wyraz w punkcie 2 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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 od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli zamawiającego.

Przewodniczący :