

Sygn. akt: KIO 1063/23

WYROK

z dnia 28 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Członkowie: Aleksandra Patyk

Irmína Pawlik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę: INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad działającego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie,

przy udziale: wykonawcy Primost Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego INTOP Warszawa Sp. z o.o. z

siedzibą w Warszawie, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od odwołującego INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego: Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad działającego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie kwotę 4 007 zł 10 gr (słownie: cztery tysiące siedem złotych dziesięć groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1063/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad działający przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest: „Budowa mostu przez rzekę Wieprz w ciągu drogi krajowej nr 82 w m. Łęczna”, numer referencyjny: O.LU.D-3.2411.27.2022.mc.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20.12.2022 r., nr 2022/S 245-709027.

Pismem z dnia 4.04.2023 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Primost Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie.

W dniu 14.04.2023 r. wykonawca INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej: „odwołującym”, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na: 1) wyborze oferty wykonawcy Primost Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie (dalej jako: „Primost” lub „Wykonawca”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo że powinna ona zostać odrzucona z uwagi na fakt, że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;

- 2) braku wykluczenia Wykonawcy z postępowania, pomimo tego, że względem niego doszło do spełnienia się

fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania, które zamawiający uwzględnił w Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”), które w szczególności zostały opisane w uzasadnieniu odwołania.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Primost, a w konsekwencji wybór oferty tego Wykonawcy w sytuacji, w której Primost nie spełnia warunków udziału w postępowaniu (nie posiada wymaganego przez zamawiającego doświadczenia) w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu mostu, wiaduktu, estakady lub kładki w ciągu drogi klasy min. G, każde o wartości tych robót nie mniejszej niż 25 000 000,00 zł brutto (Rozdział I pkt 8.8.2.4 ppkt 1) Instrukcji dla

Wykonawców – wartość robót mostowych, na które powołuje się Primost, sięga ok. 20 mln zł;

ewentualnie (o ile okazałoby się, że zamawiający przyjął jednak, że doszło do udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci):

2) art. 118 ust. 1 i 2 i 3 Pzp oraz art. 119 oraz art. 121 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez uznanie, że podmiot trzeci, na zasoby którego powołał się Primost (doświadczenie w zakresie robót mostowych), zrealizuje roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane w sytuacji, w której zamawiający jednocześnie zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj. robót mostowych (z wyłączeniem drobnych prac oraz dostaw materiałów i usług), co – o ile rzeczywiście podmiot trzeci ma zrealizować te roboty – po pierwsze, sprzeczne jest z SWZ (oferta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SWZ – art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – czego zamawiający zaniechał), po drugie, wskazuje, że udział tego podmiotu w realizację ww. prac nie będzie realny i gwarantujący należyte wykonanie zamówienia (rzeczywisty; wiadący), jak wynika z treści powyższych przepisów, a zatem udostępnienie zasobów nie nastąpiło skutecznie;

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Primost z postępowania i - w konsekwencji - odrzucenie jego oferty, w sytuacji w której Primost w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził zamawiającego w błąd wykazując się realizacją inwestycji, która nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co podważa jego uczciwość, a zatem spełnione zostały wszystkie znamiona podstawy wykluczenia opisane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, toteż oferta powinna zostać odrzucona;

a w konsekwencji

4) art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Primost jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 2) przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych ofert;
- 3) odrzucenia oferty Primost jako oferty złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz podlegającego wykluczeniu z postępowania;
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił co następuje.

W pierwszej kolejności odwołujący podkreślił, że Primost ponad wszelką wątpliwość nie spełnił warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 8.2.4. ppkt 1) IDW o treści: „Wykonawca powinien wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej 1 zadania, w ramach którego wykonano budowę lub przebudowę lub remont mostu, wiaduktu, estakady lub kładki w ciągu drogi klasy min. G, każde o wartości tych robót nie mniejszej niż 25 000 000,00 zł brutto.”. Odwołujący zauważył, że z powyższego warunku wynika, że wartość przeprowadzonych robót dotyczących budowy lub przebudowy lub remontu mostu, wiaduktu, estakady lub kładki w ciągu drogi klasy min. G będzie mieć wartość nie mniej niż 25 000 000,00 zł brutto oraz, że zamawiający w toku postępowania wielokrotnie w udzielanych odpowiedziach wykonawcom wypowiadał się co do zakresu prac, które mogły być objęte ww. kwotą (odpowiedź na pytanie nr 2, 41, 57, 65). Odwołujący wskazał, iż zamawiający zasadniczo nie potwierdził, że prace drogowe można wliczyć do zakresu robót mostowych, w tym robót drogowych polegających na budowie dojazdu do mostu, odsyłając wykonawców do „Katalogu robót mostowych” – dokumentu przygotowanego przez siebie na potrzeby prowadzenia postępowań zamówieniowych. Odwołujący podkreślił przy tym, że z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, iż odpowiedzi na pytania udzielane przez zamawiającego stanowią integralną część SWZ.

Zdaniem odwołującego wartość robót mostowych, wykonanych w ramach projektu, na który powołuje się Primost, nie przekroczyła 25 mln zł, dlatego wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Odwolujący stwierdził, że sam wykonawca Primost miał wątpliwości co do spełniania przedmiotowego warunku z powołaniem się na własne doświadczenie, a co wyraził w wyjaśnieniach złożonych w dniu 17 lutego 2023 roku, w

odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w zakresie udziału podmiotu trzeciego w realizacji kluczowych części zamówienia stwierdzając m.in., iż: „Mając jednak na uwadze chęć uniknięcia ewentualnych rozbieżności w rozumieniu „robót mostowych”, których wartość miała być brana uwagę w zakresie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, Wykonawca nie zdecydował się na skorzystanie z własnego doświadczenia...”. W ocenie odwołującego na powyższe wątpliwości i faktyczny brak spełnienia warunku przynajmniej pośrednio wskazuje również sam fakt próby powołania się nie na własne doświadczenie, ale właśnie podmiotu trzeciego. Tym bardziej, że Primost zrobił to w sytuacji, w której groziło to wręcz odrzuceniem oferty z powodu jej niezgodności z SWZ, a ponadto szanse na powodzenie tego były niewielkie. Mimo tego Primost usiłował skorzystać z pomocy podwykonawców (podmiotu trzeciego),

kiedy rzekomo dysponował wymaganym potencjałem już na dzień składania ofert. Odwołujący zwrócił uwagę także na to, że pytania, które były zadawane, a których – przynajmniej w części – autorem jest Primost – w sposób ewidentny zmierzają nie do wyjaśnienia wątpliwości, ale rozszerzenia zakresu prac, które można wziąć pod uwagę przy obliczaniu wartości robót.

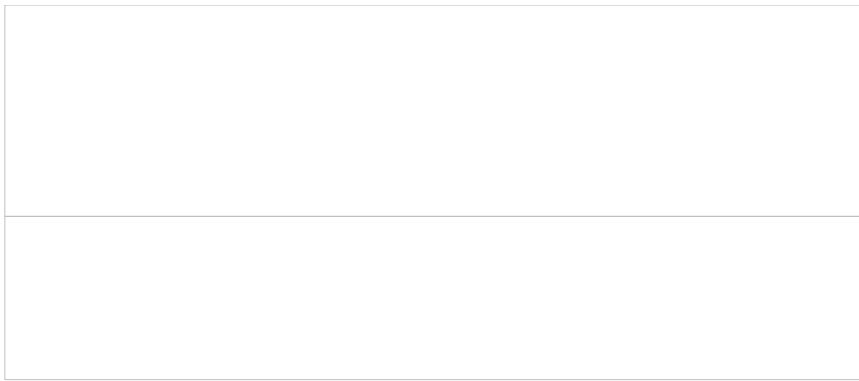
Dalej odwołujący w sposób szczegółowy odniósł się do referencyjnego zadania, na które powoływał się Primost, tj.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 715 na odcinku od km 8+200 do km 9+040 wraz z rozbiórką i budową wiaduktu nad torami PKP w Koluszkach” (dalej jako: „Zadanie”). Odwołujący podnosił, że już sama nazwa Zadania wskazuje, że dotyczyło ono dwóch, całkowicie od siebie niezależnych elementów, tj. rozbudowy drogi (ok. 850 m) oraz rozbiórki/ budowy wiaduktu. Zauważył, że nie ulega wątpliwości, iż wartość całkowita zrealizowanych w ramach Zadania prac wyniosła 28.037.109,64 zł brutto (ok. 3 mln zł ponad oczekiwaną przez zamawiającego kwotę robót mostowych), jednak na ten zakres prac składał się szereg robót, których nie można zaliczyć do branży mostowej, w tym rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 715 klasy G wraz z przebudową skrzyżowań, budową nowych ciągów pieszych, ścieżek rowerowych, nasadzeniami zieleni. Ponadto, szereg branż, które obok robót mostowych wchodziły w zakres zrealizowanego Zadania pokazuje Zbiórce Zestawienie Kosztów, które pochodzi z etapu postępowania o udzielenie zamówienia i zostało ono przygotowane przez ZDW w Łodzi (Inwestora Zadania). Co więcej, dokument ten został złożony przez Primost w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dotyczącym referencyjnego Zadania, a zatem jak podniósł odwołujący, Wykonawca ten ma pełną wiedzę co do wartości poszczególnych branż, gdyż sam je w ten sposób wycenił i wie, że wartość branży mostowej nie wynosiła 25 mln zł, a mimo to złożył oświadczenie o tej treści w Wykazie robót.

ZBIÓRCE ZESTAWIENIE KOSZTÓW

Lp.	Element inwestycji	Kwota Netto
1	Branża drogowa	
2	Branża mostowa	
	- rozbiórka ist. wiaduktu	
	- budowa wiaduktu	
3	Kanalizacja deszczowa	
4	Branża energetyczna - Oświetlenie drogowe	
5	Przebudowa sieci wodociągowej	
6	Przebudowa sieci elektroenergetycznej PGE	
7	Przebudowa sieci elektroenergetycznej PKP ENERGETYKA	
8	Przebudowa sieci telekomunikacyjnej ORANGE, TK TELEKOM, PKP Utrzymanie	
9	Budowa kanalizacji teletechnicznej	
10	Uszynienie wiaduktu	
11	Uszynienie tymczasowej konstrukcji wsporczej	
Razem		O dwolu jacy podn

osił, że jeśli uwzględnić tylko wartość samych sieci elektroenergetycznych (według ZDW jest to ok. 620 tys. zł) czy też dojazdów do wiaduktu (roboty z branży drogowej - wartość ok. 2,5 mln zł), które zostały zakwalifikowane jako prace inne niż roboty mostowe, jasne jest, że wartość robót mostowych nie przekracza 25 mln zł. Już tylko bowiem suma tych robót wynosi ok. 3,2 mln zł. Jeśli odjąć tę kwotę od wartości całkowitej (28 mln zł), mamy wartość poniżej 25 mln zł.

Dalej odwołujący podkreślił, że na powyższy podział prac, stworzony w sposób obiektywny, a nie w określonym celu, wskazuje nie bez powodu. W ramach bowiem korespondencji prowadzonej z zamawiającym, ZDW w piśmie z dnia 22 marca 2023 roku stwierdził, iż jako wartość branży mostowej w toku realizacji Zadania należy przyjąć kwotę 25.158.468,72 zł brutto (tj. zaledwie 160 tys. ponad kwotę 25 mln zł). Odwołujący podkreślił przy tym, że pismo to nie jest nawet podpisane (nie wiadomo, kto jest jego autorem) oraz, że wprost w nim stwierdzono, iż podana kwota nie obejmuje wyłącznie robót scharakteryzowanych wcześniej przez samo ZDW jako w branży mostowej (tak opisanych w dokumentacji tego Inwestora), ale również w innej, w tym np. drogowej. Jako dowód rzekomo potwierdzający realność kwoty 25.158.468,72 zł brutto do pisma tego załączono zestawienie poniesionych kosztów (również niepodpisane):



Odwołujący podkreślił, że powyższy dokument nie jest dokumentem pochodzącym z etapu realizacji tego Zadania, ale został wytworzony na potrzeby odpowiedzi – jak można wywieść z tego pisma – najpierw Primost, a następnie przesłanej zamawiającemu.

Z kolei w przypadku przedłożenia zwykłego formularza wyceny ofertowej, wartość uwzględniona w pkt 2 – Branża Mostowa - wyniosłaby 20.623.747,89 zł brutto, a zatem znacznie poniżej wartości 25 mln zł (co też wprost zostało wskazane w odpowiedzi ZDW Łódź pkt 1.1. – Roboty mostowe – rozbiórki i budowa nowego obiektu – łączna wartość robót brutto: 20.623.747,89 zł brutto). Odwołujący zauważył, że pozostałe elementy arbitralnie przyporządkowane jako „roboty mostowe”, zostały w ramach formularza wyceny ofertowej sklasyfikowane całkowicie odmiennie niż obecnie przedstawia to ZDW, m.in. uszynienie konstrukcji tymczasowej, uszynienie wiaduktu, kanalizacja deszczowa, sieci wodociągowe, sieci elektroenergetyczne (oświetlenie), (PGE), (PKP) czy sieci teletechniczne. Natomiast dojazdy do obiektu (wartość ok. 2,5 mln zł) zostały przyporządkowane do robót drogowych – zgodnie z formularzem wyceny ofertowej dla branży drogowej.

Następnie odwołujący odniósł się do Katalogu robót mostowych - dokumentu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, - z którego wynika jakie elementy można zaliczyć do kategorii obiektu mostowego. Przykładowo odwołujący wskazał, że w ramach referencyjnego Zadania do robót mostowych wliczone zostały także sieci elektroenergetyczne (o wartości ponad 600 tys. zł), a już samo stwierdzenie, że koszty te nie powinny zostać zakwalifikowane jako roboty mostowe powoduje, że doświadczenie Primost nie pozwala na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że w Katalogu robót mostowych, do którego odwoływał się zamawiający, trudno szukać takiej pozycji.

Dalej odwołujący odniósł się do wartości robót dotyczących dojazdów do obiektu, stwierdzając, że ujmowanie ich w ramach budowy/rozbudowy mostu jest podejściem błędnym i niezgodnym z Katalogiem robót mostowych, gdyż Katalog ten wskazuje, iż nawierzchnia, którą można traktować jako element obiektu mostowego, ogranicza się do nawierzchni znajdującej się na obiekcie, czyli wykluczonym jest przyjęcie, że nawierzchnia np. 300metrowych dojazdów-dróg do wiaduktu, stanowi element obiektu mostowego. W rzeczonym Katalogu w zestawieniu robót mostowych nie ma dróg dojazdowych, których wartość na Zadaniu wyniosła ok 2,5 mln. zł (czego brak powoduje brak spełnienia warunku).

To, co zostało wliczone do robót mostowych, to jedynie „nawierzchnie jezdni obiektów mostowych”, a nie dróg dojazdowych. I dodał także, że Primost w ramach Zadania realizował rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 715 klasy G (KR4) wraz z przebudową skrzyżowań, budową nowych ciągów pieszych, ścieżek rowerowych, nasadzeniem zieleni etc. W ocenie odwołującego, dokonano nieuprawnionego przeniesienia kwot z zakresu robót branży drogowej na rzecz zwiększenia wartości robót branży mostowej. Z drugiej strony, zdaniem odwołującego, zachodzą uzasadnione wątpliwości czy pismo skierowane przez ZDW w Łodzi do zamawiającego przygotowała osoba, która ma wystarczającą wiedzę nt. realizacji Zadania przez Primost i czy w ogóle mogła wystawić przedmiotowy dokument. Podkreślił, że pismo, które nie posiada nawet odręcznego podpisu jego wystawcy nie powinno wywoływać zamierzonego skutku w postępowaniu.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że wartość budowy/przebudowy wiaduktu w ramach realizacji Zadania przez Primost wyniosła 20.676.143,32 zł, co zostało wskazane przez ZDW w korespondencji w kolumnie 1 – Rozbiórka i budowa obiektu wraz z uszynieniem. A jak wynika z odpowiedzi na pytanie nr 2, to właśnie o roboty mostowe tylko, a nie wartość całego zadania, chodziło zamawiającemu przy konstruowaniu przedmiotowego warunku.

W dalszej części uzasadnienia odwołania odwołujący odnosił się do kwestii wadliwości zobowiązania podmiotu trzeciego, wskazując, że podnosi ten zarzut z ostrożności procesowej. Odwołujący podkreślił, iż nawet w przypadku skorzystania z przedłożonego wraz z ofertą zobowiązania Himmel i Papesch, nie sposób uznać, że Wykonawca sprostął wymaganiom stawianym przez zamawiającego, a to z tego względu, że zamawiający w pkt 6.5 IDW zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj. robót mostowych, z wyłączeniem: robót palowych i innych specjalistycznych technik posadowienia pośredniego; wykonania prefabrykatów konstrukcyjnych (betonowych, stalowych, kompozytowych); robót wykończeniowych; dostaw materiałów i usług. Jednocześnie zauważył, że zamawiający przewidział zakaz powoływania się przez wykonawców na podmioty trzecie w ramach potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 8.2.4 IDW w odniesieniu do kluczowych zadań. Zdaniem odwołującego, powyższe postanowienia IDW całkowicie zignorował Primost, jak i Himmel i Papesch, przedkładając wraz z ofertą zobowiązanie do udostępnienia zasobów w zakresie całego warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 8.2.4 IDW i wskazując, że podmiot udostępniający będzie brał bezpośredni udział w realizacji części zamówienia w zakresie udostępnianego zasobu w charakterze podwykonawcy. Według odwołującego oznacza to, że podmiot trzeci miał brać udział w realizacji robót obejmujących katalog kluczowych zadań zastrzeżonych

do osobistego wykonania przez wykonawcę,

co jednocześnie dostrzegł sam zamawiający, wzywając Primost pismem z dnia 9 marca 2023r. do obowiązku wykazania się samodzielnie wymagany doświadczeniem, celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Natomiast Wykonawca w sposób całkowicie nieuprawniony i wbrew postanowieniom SWZ – IDW, usiłował powołać się na zasoby podmiotu trzeciego, celem spełnienia kompletnego i niepodzielnego warunku udziału w postępowaniu, czego zamawiający nie dopuścił w postępowaniu.

W kolejnej części uzasadnienia odwołania odwołujący odniósł się do zarzutu zaniechania wykluczenia Primost z postępowania w sytuacji, w której Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd.

Odwołujący odwołał się do przedstawionych przez siebie powyżej okoliczności i stwierdził, że pomimo ich wystąpienia Primost przedłożył wykaz robót na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.2.4. ppkt 1) IDW, który w rzeczywistości nie potwierdzał spełnienia przedmiotowego warunku. W ocenie odwołującego Primost był w pełni świadomy zaistnienia przedstawionych okoliczności, albowiem był on wykonawcą Zadania i wyceniał te prace, dlatego też, w ocenie odwołującego, w ten sposób wprowadził zamawiającego w błąd, dążąc wszelkimi możliwymi środkami do uzyskania zamówienia. Jednocześnie takie zachowanie miało wpływ na dalsze działanie zamawiającego, który nie znał szczegółowych okoliczności realizacji zadania, dlatego też nie odrzucił oferty Wykonawcy. Tym samym wobec Wykonawcy wystąpiła co najmniej podstawa wykluczenia opisana w treści art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, o ile Izba nie uzna, że właściwą jest ta wyrażona w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Zdaniem odwołującego, Primost z pewnością zdaje sobie sprawę z rozmiarów (kosztów) realizacji obiektu mostowego podczas realizacji Zadania, o czym świadczy chociażby fakt, że pierwszym wyborem Primost podczas próby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, było skorzystanie z zasobów podmiotu trzeciego. Dopiero w momencie „ostatniej szansy” uzyskania zamówienia powołał się na własne doświadczenie, czyli w ocenie odwołującego, przyjął, że bezpieczniejszym rozwiązaniem będzie powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego, wbrew wymaganiom zamawiającego. Według odwołującego świadczy to o tym, że wykonawca Primost wprowadził zamawiającego w błąd w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał przy tym, że rażące niedbalstwo to kwalifikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem. W odniesieniu do Primost, wedle odwołującego, należy zakładać, że powinien on co najmniej liczyć się

ze skutkami swojego działania. Dodał też, że jednym z przejawów staranności jest obowiązek przedstawiania zamawiającemu informacji opartych na prawdzie, rzetelnych i znajdujących odzwierciedlenie w faktach. Tylko w takim przypadku możliwe jest zadośćuczynienie podstawowemu celowi, jaki przyświeca regulacjom Pzp, jakim jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia.

Odwołujący podniósł, że zatajenie szczegółów dot. realizacji Zadania i wykazanie się jego realizacją jako rzekome spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nastąpiło w warunkach zamierzonego działania. Zdaniem odwołującego, zatajając informacje, Primost liczył na to, że zamawiający nie wejdzie w ich posiadanie, co z kolei skutkować będzie przyznaniem zamówienia. Dodał także, że nawet gdyby przyjąć, iż brak jest możliwości przypisania zamierzonego działania, to wykonawcy Primost należy przypisać działanie w warunkach rażącego niedbalstwa, a więc drugiej z alternatywnych przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Wniosek taki – wedle odwołującego - jest zasadny, biorąc pod uwagę zarówno dysponowanie kompletem informacji, jak i wzorzec profesjonalnego wykonawcy. W jego ocenie zastosowanie znajdzie również art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Niepodanie bowiem tak istotnych informacji, które rzutują na ocenę przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niewątpliwie zakwalifikować należy jako co najmniej niedbalstwo lub lekkomyślność. Odwołujący stwierdził, że zmaterializowały się w niniejszej sytuacji skutki, o których mowa w obu analizowanych przepisach, a mianowicie z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp wynika, że skutkiem tym musi być „wprowadzenie zamawiającego w błąd” (przy czym efekt, o którym mowa w tym przepisie zaistniał, czego dowodem jest dokonanie wyboru oferty Primost), a także spełniony jest skutek, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp – ten przepis wymaga jedynie przedstawienia informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzję zamawiającego (stan hipotetyczny). W tym też kontekście odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Odwoławczej dotyczące kwestii wprowadzenia w błąd zamawiającego oraz przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, jak i dotyczącego kwestii rozumienia pojęcia błędu.

Odwołujący wskazał, że oświadczenie złożone przez Primost, celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z pkt 8.2.4. ppkt 1) IDW jest obiektywnie sprzeczne z rzeczywistością, gdyż koszty faktycznie poniesione na roboty z zakresu branży mostowej diametralnie się różnią (w rzeczywistości są dużo niższe). Tym samym nie budzi wątpliwości, że Primost usiłował przedstawić przebieg realizacji Zadania odmiennie, niż miało to miejsce w rzeczywistości. Zdaniem odwołującego spełniona jest także przesłanka odnosząca się do zakresu informacji. Jak wynika z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp informacje, o których mowa w tym przepisie, muszą odnosić się do określonego zakresu

przedmiotowo istotnego w kontekście czynności w postępowaniu, w tym odnoszących się do oceny podstaw wykluczenia z postępowania. Natomiast takiego ograniczenia nie zawiera art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, który wskazuje jedynie na szeroko rozumiane decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. W jego opinii niewątpliwie spełnione zostały przesłanki uzasadniające wykluczenie wykonawcy Primost w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Podkreślił także, że procedura samooczczenia, o której mowa w art. 110 Pzp nie może być traktowana jako forma ratowania wykonawcy, który wprowadził instytucję zamawiającą w błąd, dlatego też na obecnym etapie nie istnieją

podstawy do sanowania zidentyfikowanej wadliwości.

Z powyższych względów odwołanie – w ocenie odwołującego – zasługuje na uwzględnienie.

Pismem z dnia 19.04.2023 r. wykonawca Primost Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie (dalej: „przystępujący” lub „Primost”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 25.04.2023 r. zamawiający przedłożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. Z kolei w dniu 26.04.2023 r. przystępujący złożył pismo procesowe, w którym także wnosił o oddalenie odwołania.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: Budowa mostu przez rzekę Wieprz w ciągu drogi krajowej nr 82 w m. Łęczna.

W tomie I rozdziale 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) pn. Instrukcja dla Wykonawców (dalej: „IDW”) w pkt 8.2.4 ppkt 1 zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy wskazując, że: „Wykonawca powinien wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej 1 zadania, w ramach którego wykonano budowę lub przebudowę lub remont mostu, wiaduktu, estakady lub kładki w ciągu drogi klasy min. G, każde o wartości tych robót nie mniejszej niż 25 000 000,00 zł brutto.”.

Dodatkowo w rozdziale I IDW pkt 6.5 zamawiający wskazał, że: „Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj. robót mostowych, z wyłączeniem:

- robót palowych i innych specjalistycznych technik posadowienia pośredniego, oraz
- wykonania prefabrykatów konstrukcyjnych (betonowych, stalowych, kompozytowych), oraz
- robót wykończeniowych oraz
- dostaw materiałów i usług.

W odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, Wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w postępowaniu”.

W toku postępowania zamawiający przekazał wykonawcom następujące wyjaśnienia treści SWZ:

Pytanie nr 2 :

Zwracam się z pytaniem dot. warunku udziału w postępowaniu, pkt. 8.2.4. zdolność techniczna lub zawodowa Wykonawcy. Czy wymagana wartość robót nie mniejsza niż 25 000 000,00 zł brutto dotyczy zadania czy mostu, wiaduktu, estakady lub kładki w ciągu drogi klasy min. G?

Odpowiedź nr 2:

Zamawiający wyjaśnia, że wartość robót nie mniejsza niż 25 000 000,00 zł brutto dotyczy budowy/przebudowy/remontu mostu/wiaduktu/estakady/kładki w ciągu drogi klasy min. G a nie wartości całego zadania, którego częścią był obiekt.

Pytanie nr 57:

Obecne brzmienie warunku SWZ pkt. 8.2.4. dot. zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy, który został zmieniony w dniu 03.01.2023r. wprowadza szereg wątpliwości po stronie wykonawcy w kwestii co można wliczyć w roboty mostowe, ponieważ Zamawiający tego nie zdefiniował w SWZ, a żadne warunki techniczne, normy i rozporządzenia tego również nie definiują. Dlatego wykonawca zwraca się z pytaniem o odpowiedź czy następujące roboty można wliczyć w te roboty mostowe:

- nasyp za przyczółkami, jeżeli tak to do którego miejsca;
- oświetlenie na obiekcie, jeśli tak to w jakim zakresie;

odwodnienie obiektu mostowego i na jakim odcinku, czy studnie za obiektem, które zbierają wodę z mostu, albo zbiornik retencyjny, który zbiera wodę z obiektu;

- rozbiórka obiektu istniejącego, jeśli w jego miejscu powstał nowy obiekt;
- budowa i rozbiórka mostu objazdowego, który był niezbędny do przebudowy obiektu docelowego;
- koszty ogólne budowy;

- ROBOTY DROGOWE na dojazdach do mostu, związane z przebudową obiektu mostowego;
- Przebudowy sieci spowodowane przebudowie obiektu mostowego;

Zwracamy również uwagę, że przedmiotowe zadanie nie dotyczy jedynie samego mostu a infrastruktury z nim związanej, jak roboty drogowe na dojazdach, elektryka związana z oświetleniem, kanalizacja deszczowa związana z mostem, itd.

Odpowiedź nr 57:

Zamawiający informuje, że do robót mostowych wskazanych w SWZ dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy należy zaliczyć roboty ujęte w "Katalogu robót mostowych".

a także:

Pytanie nr 41:

Pytanie nr 1 dotyczy 8.2.4. zdolności technicznej lub zawodowej:

1) dotyczącej Wykonawcy:

Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, 1 zadania, w ramach którego wykonano budowę lub przebudowę lub remont mostu, wiaduktu, estakady lub kładki w ciągu drogi klasy min. G, każde o wartości tych robót nie mniejszej niż 25 000 000,00 zł brutto.,

Aby uniknąć późniejszych wątpliwości wykonawca zwraca się z prośbą do Zamawiającego o wyjaśnienie co Zamawiający ma na myśli pod pojęciem "1 zadania, w ramach którego wykonano budowę lub przebudowę lub remont mostu, wiaduktu, estakady lub kładki w ciągu drogi klasy min. G, każde o wartości tych robót nie mniejszej niż 25 000 000,00 zł brutto" ? Czy kwota 25 milionów PLN brutto obejmuje wartość 1 (jednego) obiektu mostowego ?

Czy kwota 25 milionów PLN brutto obejmuje wartość wszystkich obiektów mostowych wykonanych na zadaniu?

Czy kwota 25 milionów PLN brutto obejmuje wartość całej inwestycji np. roboty drogowe, sieci sanitarne, sieci elektryczne ?

Odpowiedź nr 41:

Patrz wyjaśnienia treści SWZ nr 1 z dnia 03.01.2023 r., odpowiedź nr 2.

Pytanie nr 65:

W nawiązaniu do zestawu nr 2_pytań i odpowiedzi opublikowanych przez Zamawiającego w dniu 12.01.2023 r. w zakresie pytania nr 39 Wykonawca prosi o potwierdzenie, że w ramach spełniania warunku SWZ rozdz. 8 ust. 8.2.4 pkt 1. Zamawiający uzna legitymowanie się doświadczeniem nabytym przy realizacji min 1 zadania w ramach którego wykonano budowę lub przebudowę lub remont mostu, wiaduktu, estakady lub kładki w ciągu drogi klasy min. G wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą, każde o wartości tych robót nie mniejszej niż 25 000 000,00 zł brutto.

Powyższa informacja pozwoli uniknąć wątpliwości wśród oferentów i w przyszłości podważania interpretacji zapisów przez Wykonawców biorących udział w postępowaniu co do spełnienia w/w warunku co przede wszystkim pozwoli uniknąć niepotrzebnie składanych odwołań do KIO.

Odpowiedź nr 65:

Patrz odpowiedź na pytanie 57 oraz patrz wyjaśnienia treści SWZ nr 1 z dnia 03.01.2023 r., odpowiedź nr 2.

Wykonawca Primost do oferty dołączył dokument pn.: „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia”, pochodzący od Himmel i Papesch Opole Spółka z o.o., w którym podmiot ten zobowiązał się do oddania na potrzeby realizacji zamówienia swoich zasobów w zakresie spełniania warunku SWZ TOM I IDW pkt 8.2.4. zdolności technicznej lub zawodowej oraz określił, że będzie brał bezpośredni udział w realizacji części zamówienia w zakresie udostępnianego zasobu w charakterze podwykonawcy przez cały niezbędny okres realizacji zamówienia. Jednocześnie podmiot ten oświadczył, że zrealizuje roboty budowlane, których ww. zasoby (zdolności) dotyczą, w zakresie: Realizacja robót branży mostowej z wyłączeniem robót zastrzeżonych przez Zamawiającego jako obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia zgodnie z SWZ TOM I IDW pkt 6.5.

Z kolei Primost w swojej ofercie w pkt 5 lit. a) oświadczył, że zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: „a/ Realizacja robót branży mostowej z wyłączeniem robót zastrzeżonych przez Zamawiającego jako obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia zgodnie z SWZ TOM I IDW pkt 6.5._ Himmel i Papesch Opole Spółka z o.o.”.

Pismem z dnia 10.02.2023 r. zamawiający wezwał wykonawcę Primost do złożenia

wyjaśnień:

„- dlaczego Wykonawca zaznaczył w JEDZ odpowiedź TAK w pytaniu dotyczącym polegania na zdolnościach innych podmiotów, mimo zastrzeżenia w pkt 6.5 IDW?

- ze złożonych oświadczeń wynika, iż Himmel Papesch Opole Sp. z o.o. będzie podwykonawcą Wykonawcy, jeśli tak, to dlaczego nie został wymieniony w oświadczeniu JEDZ?

- czy Himmel Papesch Opole Sp. z o.o. zgodnie ze złożonym zobowiązaniem będzie wykazywał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, pkt. 8.2.4 IDW dot. zdolności technicznej lub zawodowej?”

Ponadto, zamawiający w piśmie tym przypomniał, iż w pkt 6.5 IDW zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj. robót mostowych, z wyłączeniem (...)” oraz, że „w odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, Wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w postępowaniu.”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z dnia 17.02.2023 r. wykonawca Primost wskazał, że: „Zatem wykonawca zaznaczył w JEDZ odpowiedź „tak” w pytaniu dotyczącym polegania na zdolnościach innych podmiotów, gdyż zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na powołane powyżej pytanie, jest on uprawniony do posługiwania się takim podmiotem w zakresie wykazania doświadczenia, z uwzględnieniem jednak treści zastrzeżenia punktu 6.5 IDW. Primost Południe sp. z o.o. oczywiście uwzględniła przedmiotowe zastrzeżenia wyłączając z zakresu robót podmiotu udostępniającego zasoby asortyment zastrzeżony przez Zamawiającego do osobistego wykonania. Co istotne gdyby Zamawiający nie udzielił odpowiedzi o treści jak przywołana powyżej to Primost Południe sp. z o.o. prawdopodobnie podjęłaby decyzję o udziale w niniejszym postępowaniu w ramach konsorcjum. Jak wiadomo Zamawiającemu w toku postępowania przetargowego Wykonawca dążył do dokonania przez Zamawiającego zmiany treści SWZ, która umożliwiłaby mu samodzielne spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Primost Południe sp. z o.o. 30.11.2022 r. zakończyła bowiem roboty na zadaniu pn.: Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 715 na odcinku od km 8+200 do km 9+040 wraz z rozbiórką i budową wiaduktu nad torami PKP w Koluszkach. Wartość przedmiotowego zadania to 28 037 109,61 zł brutto. Przedmiotem przywołanego zadania pozostawała przede wszystkim budowa obiektu mostowego na czynnych liniach kolejowych. Obiekt pozostaje 5-przęsłową dwubelkową konstrukcją sprężoną. Obiekt wykonany został metodą nasuwania podłużnego. Zatem można uznać, iż obiekt ten zbliżony jest do obiektu jaki ma być realizowany w ramach

niniejszego zamówienia. Mając jednak na uwadze chęć uniknięcia ewentualnych rozbieżności w rozumieniu „robót mostowych”, których wartość miała być brana pod uwagę w zakresie oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Wykonawca nie zdecydował się na skorzystanie z własnego doświadczenia. Bezsprzecznie jednak uznać należy, iż Primost Południe sp. z o.o. posiada doświadczenie zapewniające należyłą realizację robót nie tylko w zakresie asortymentu zastrzeżonego do osobistego wykonania.”.

Jako dowód na powyższe Primost załączył do swoich wyjaśnień referencje z dnia 02.02.2023 r. dla zadania: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 715 na odcinku od km 8+200 do km 9+040 wraz z rozbiórką i budową wiaduktu nad torami PKP w Koluszkach”. W referencjach tych Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi poświadczył, iż Primost jako Generalny Wykonawca zrealizował na jego rzecz ww. zadanie inwestycyjne o wartości 22 794 398,07 zł netto, 28 037 109,64 zł brutto, przy czym zakres zadania obejmował:

- Budowę i demontaż konstrukcji wsporczej umożliwiającej tymczasowe przepięcia sieci średniego napięcia oraz sieci teletechnicznych (...),
- Rozbiórkę istniejącego 9-przęsłowego wiaduktu o długości 165,50 m,
- Budowę nowego obiektu mostowego o parametrach wskazanych w p. 4.2.

wraz z wykonaniem niezbędnych opracowań projektowych (...),

- Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 715 klasy G (KR4) wraz z przebudową

skrzyżowań, budową nowych ciągów pieszych, ścieżek rowerowych, nasadzeniami zieleni,

- Budowę kanalizacji deszczowej
- Przebudowę sieci telekomunikacyjnej ...
- Budowę kanału technologicznego,
- Przebudowę sieci elektroenergetycznej ...
- Budowę oświetlenia drogowego
- Przebudowę sieci wodociągowej.

Pismem z dnia 9.03.2023r. zamawiający wezwał wykonawcę Primost do złożenia aktualnych na dzień złożenia, dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym: wykazu „robót

budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są 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.”. Jednocześnie zamawiający w piśmie tym wskazał, że: „Na podstawie pkt 6.5. IDW Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj. robót mostowych, dodając jednocześnie w tym punkcie zapis, iż w odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, Wykonawca w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może powoływać się na zdolność podmiotu udostępniającego Wykonawcy zasoby. Pkt 11 IDW jest punktem ogólnym wynikającym z przepisów prawa Pzp, natomiast pkt 6.5 IDW stanowi przepis szczególny, który zawiera zastrzeżenie mające pierwszeństwo w zastosowaniu. W trakcie postępowania Zamawiający udzielał także wyjaśnień w zakresie spełnienia warunku udziału dot. doświadczenia Wykonawcy, przytaczając zapisy pkt 11 IDW oraz pkt 6.5 IDW i wskazywał, że w odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, Wykonawca w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może powoływać się na zdolność podmiotu udostępniającego zasoby (patrz: odpowiedź na pytanie 69). Wobec powyższego Wykonawca, w celu spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia określonego w pkt. 8.2.4. ppkt 1) IDW, nie może powoływać się na doświadczenie podmiotu Himmel Papesch Opolo sp. z o.o., obejmujące wykonanie robót mostowych stanowiących kluczową część zamówienia zastrzeżoną do osobistego wykonania przez Wykonawcę. Reasumując, Wykonawca w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu musi sam wykazać się doświadczeniem wymaganym w 8.2.4. ppkt. 1) IDW”.

Wykonawca Primost złożył zamawiającemu pismem z dnia 20.03.2023r. odpowiedź na ww. wezwanie, w tym wykaz robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, tj. referencjami wystawionymi przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi dotyczącymi zadania inwestycyjnego pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 715 na odcinku od km 8+200 do km 9+040 wraz z rozbiórką i budową wiaduktu nad torami PKP w Kuluszkach.”.

W związku z przedłożonymi referencjami zamawiający w korespondencji mailowej skierował zapytanie do ZDW w Łodzi (wystawcy referencji) o wskazanie wartości poszczególnych branż wykonanych w ramach ww. zadania (e-mail z 21.03.2023 r.).

W odpowiedzi ZDW w Łodzi wyjaśnił, że wartość branży mostowej wynosi 25.158.468,72 zł brutto. Do wyjaśnień załączono zestawienie poniesionych kosztów (e-mail z 22.03.2023 r.).

Pismem z dnia 4.04.2023 r. zamawiający poinformował o wyborze

jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dowody, a także stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości.

I.

Odnosnie zarzutu z pkt I ppkt 1) odwołania Izba ustaliła co następuje.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Stosownie do art. 112 ust. 2 Pzp warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: 1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;

- 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;
- 3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- 4) zdolności technicznej lub zawodowej.

W ramach ww. zarzutu odwołujący podnosił, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Primost, w sytuacji, gdy wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, tj. nie posiada wymaganego przez

zamawiającego doświadczenia w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu mostu, wiaduktu, estakady lub kładki w ciągu drogi klasy min. G, każde o wartości tych robót nie mniejszej niż 25 000 000,00 zł brutto, albowiem wartość robót mostowych, na które powołuje się wykonawca Primost sięga ok. 20 mln zł.

W pkt 8.2.4 ppkt 1 IDW zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy wskazując, że: „Wykonawca powinien wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie

ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej 1 zadania, w ramach którego wykonano budowę lub przebudowę lub remont mostu, wiaduktu, estakady lub kładki w ciągu drogi klasy min. G, każde o wartości tych robót nie mniejszej niż 25 000 000,00 zł brutto.”.

Kluczową okolicznością pozostającą do rozstrzygnięcia w zakresie tak postawionego zarzutu była zatem ocena czy wykazane zostało przez odwołującego, że wartość robót mostowych wykonanych w ramach referencyjnej Inwestycji zrealizowanej dla ZDW w Łodzi pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 715 na odcinku od km 8+200 do km 9+040 wraz z rozbiorą i budową wiaduktu nad torami PKP w Kuluszkach” (dalej jako: „Inwestycja w Kuluszkach”), na którą powoływał się wykonawca Primost, była mniejsza niż opisana przez zamawiającego w warunku, tj. mniejsza niż 25.000.000 zł brutto.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał tej kluczowej okoliczności, nie przedłożył on dowodów, które potwierdzałyby jego argumentację w tym zakresie.

Zgodnie z art. 534 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Odwołujący twierdził, że wartość robót mostowych wykonanych w ramach Inwestycji w Kuluszkach sięga rzędu ok. 20 mln. zł, a na pewno nie przekracza 25 mln. zł. Jednak nie wykazał tej okoliczności w ramach przedstawionych dowodów. Odwołujący złożył m.in. rysunki techniczne dotyczące Inwestycji w Kuluszkach, dzienniki budowy, czy wreszcie kosztorys ofertowy złożony w tamtym postępowaniu przez wykonawcę Primost, jednakże dowody te w żaden sposób nie podważają ustaleń zamawiającego, iż referencyjna Inwestycja w Kuluszkach obejmowała wykonanie robót mostowych o wartości co najmniej 25 mln. zł.

Wprawdzie mogła budzić wątpliwości wartość robót mostowych w kontekście wartości całej Inwestycji w Kuluszkach, tj. wycenionej na nieco ponad 28 mln. zł, jednak te wątpliwości wyjaśnił zamawiający kierując stosowne zapytanie do ZDW w Łodzi (e-mail z dnia 21.03.2023r.). W tym miejscu należy zwrócić uwagę na brak dowodów, które potwierdzałyby twierdzenia odwołującego w tym zakresie, co w konsekwencji powoduje, iż nie było możliwe uwzględnienie zarzutu odwołującego. Z drugiej zaś strony w dokumentacji postępowania znajdują się dowody potwierdzające, że wartość robót mostowych zrealizowanych w ramach Inwestycji w Kuluszkach opiewała na kwotę powyżej 25 mln. zł brutto. Takim dowodem niewątpliwie jest przede wszystkim oświadczenie Inwestora, tj. ZDW w Łodzi, w którym w korespondencji kierowanej do zamawiającego potwierdził on, że wartość robót mostowych wynosiła ponad 25 mln zł. brutto. Ponadto, dowodem

wskazującym na prawidłowość oceny zamawiającego przedstawionych mu referencji są także pisma pochodzące od podmiotu, który pełnił nadzór autorski nad Inwestycją w Kuluszkach (tj. SMP projektanci).

To, że oświadczenie Inwestora (ZDW w Łodzi) nie pochodzi z etapu realizacji zadania, ale zostało złożone w związku z odpowiedzią na zapytanie czy to zamawiającego, czy to wykonawcy Primost, nie umniejsza jego waloru dowodowego. Twierdzenia odwołującego, że przesłane przez ZDW w Łodzi zestawienia wartości robót mostowych zostały przygotowane „pod wymiar”, czy też przy nieświadomości ZDW w Łodzi, nie zostały w żaden sposób wykazane. Nie dowodzi tego też w żaden sposób dokument – formularz wyceny ofertowej złożony w referencyjnym postępowaniu, albowiem jest on dokumentem wytworzonym na potrzeby postępowania dot. Inwestycji w Kuluszkach i nie zostało wykazane przez odwołującego, że pozycja z oferty pn. „Branża mostowa”, obejmowała w rzeczywistości wartość wszystkich robót mostowych jakie zostały wykonane na tej Inwestycji przez wykonawcę Primost, a które są sklasyfikowane w Katalogu robót mostowych cz. I i II przygotowanym i sporządzonym przez zamawiającego na potrzeby wszystkich postępowań prowadzonych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad. Nadmienić też należy, że Inwestor – ZDW w Łodzi w prowadzonych przez siebie postępowaniach nie musi kierować się klasyfikacją wynikającą z powyższego dokumentu, gdyż nie jest jednostką wchodzącą w skład Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad.

W tym miejscu skład orzekający Izby zaznacza, że wbrew twierdzeniom odwołującego przy ocenie zakresu robót, które winny być brane pod uwagę przy ocenie doświadczenia wykonawcy nie należało brać pod uwagę tylko i wyłącznie pozycji z Katalogu robót mostowych opisanego jako cz. I „Budowa”, ale również i cz. II czyli „Remonty”, bo jak słusznie zauważył zamawiający jest to jeden Katalog podzielony na dwie części, a nigdzie w wyjaśnieniach treści SWZ, zamawiający nie zastrzegł, że należy brać pod uwagę tylko i wyłącznie część I. Tym samym, jak wskazał zamawiający, roboty mostowe obejmują także pozycję M.28.62.00 Katalogu cz. II „Urządzenia obce w konstrukcjach” czyli wykonywanie urządzeń obcych na obiektach, tj. sieci wodociągowych, energetycznych, teletechnicznych, kanalizacyjnych itd., a odwołujący w swoim odwołaniu kwestionował m.in. wliczanie do wartości robót mostowych wartości prac dotyczących sieci elektroenergetycznych.

Ponadto, Izba nie podziela też argumentacji odwołującego w zakresie w jakim odwoływała się ona do podziału kosztów wskazanych w kosztorysie ofertowym sporządzonym przez wykonawcę Primost na potrzeby realizacji Inwestycji w Kuluszkach. Należy zauważyć, że dokument ten dotyczył tego konkretnego postępowania i w żaden sposób nie zostało potwierdzone, że prace odpowiadające poszczególnym pozycjom

w Katalogu robót mostowych, sporządzonym przez Generalną Dyрекcję, zostały wycenione tylko i wyłącznie w ramach pozycji nazwanej jako "branża mostowa" w tym kosztorysie. Nie zostało to wykazane w żaden sposób przez odwołującego. A z drugiej strony jak już zostało wspomniane powyżej istnieją dowody potwierdzające, że wartość robót mostowych wykonanych w ramach Inwestycji w Koluszkach pozwala na ocenę, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, a w szczególności w zakresie wymaganej wartości tego szczególnego rodzaju robót został spełniony.

Odwołujący w swoim odwołaniu argumentował, że na zakres prac zrealizowanych w ramach Inwestycji w Koluszkach składa się szereg robót, których nie można zaliczyć do branży mostowej. Jednak, co należy podkreślić, odwołujący nie przedłożył dowodów, z których wynikałoby w jakim zakresie, i o jakiej wartości prace, w tym prace na drogach dojazdowych do wiaduktu, zostały zaliczone błędnie do wartości robót mostowych, a nie powinny być brane pod uwagę przez zamawiającego przy ocenie warunku w zakresie doświadczenia wykonawcy. Nie przedłożył on dowodów, które w sposób skuteczny zakwestionowałyby inne dowody istniejące w tym postępowaniu, a w szczególności pismo ZDW w Łodzi, czyli Inwestora referencyjnej Inwestycji w Koluszkach, w którym w związku z zapytaniem skierowanym przez zamawiającego potwierdzone zostało, że wartość robót mostowych w ramach Inwestycji w Koluszkach wyniosła ponad 25 mln. zł brutto. Odwołujący w swoim odwołaniu wprawdzie wskazywał na wątpliwości związane ze stroną formalną tego pisma (iż nie zostało ono podpisane), co zostało jednak wyjaśnione przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i nie było negowane przez odwołującego na rozprawie. Za takie dowody nie sposób też uznać przedstawionych przez odwołującego rysunków projektów czy map Inwestycji w Koluszkach, gdyż nie dowodzą one wartości zrealizowanych prac, a w tej kwestii istniał spór pomiędzy stronami.

Mając powyższe na uwadze Izba postanowiła oddalić zarzut opisany w pkt I ppkt 1) odwołania.

II.

Odnosnie zarzutu z pkt I ppkt 2) odwołania Izba ustaliła co następuje.

Stosownie do art. 118 ust. 1, 2 i 3 Pzp:

1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.
2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.
3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Zgodnie z art. 119 Pzp zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

Zgodnie z art. 121 Pzp zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących:

- 1) zamówień na roboty budowlane lub usługi lub
- 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Powyższy zarzut odwołujący sformułował jako zarzut ewentualny, tzn. o ile okazałoby się, że zamawiający przyjął jednak, że doszło do udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci. W ramach powyższego zarzutu odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie przywołanych powyżej przepisów przez uznanie, że podmiot trzeci, na zasoby którego powołał się Primost (doświadczenie w zakresie robót mostowych), zrealizuje roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane w sytuacji, w której zamawiający jednocześnie zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj. robót mostowych, co – o ile rzeczywiście podmiot trzeci ma zrealizować te roboty – po pierwsze, sprzeczne jest z SWZ, po drugie, wskazuje, że udział tego podmiotu w realizacji ww. prac nie będzie realny i gwarantujący należyte wykonanie

zamówienia (rzeczywisty; wiadący), jak wynika z treści powyższych przepisów, a zatem udostępnienie zasobów nie nastąpiło skutecznie.

Niewątpliwie zamawiający w niniejszym postępowaniu w rozdziale 1 pkt 6.5 IDW zastrzegł obowiązek osobistego

wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj. robót mostowych. Pomimo to, wykonawca Primost przedłożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego Himmel i Papesch Opole Spółka z o.o. do oddania do dyspozycji wykonawcy Primost niezbędnych zasobów oraz wskazał, że podmiot ten będzie brał bezpośredni udział w realizacji części zamówienia w zakresie udostępnianego zasobu w charakterze podwykonawcy, a wykonywane prace będą dotyczyły realizacja części robót branży mostowej.

Jednak jak zauważył sam odwołujący w swoim odwołaniu zamawiający pismem z dnia 9 marca 2023 roku, w którym poinformował wykonawcę Primost, że jego oferta została najwyżej oceniona i wezwał go do złożenia aktualnych na dzień złożenia oferty dokumentów i oświadczeń, wskazał także, że Primost nie był uprawniony do powołania się na doświadczenie Himmel i Papesch celem spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz, że powinien samodzielnie wykazać się doświadczeniem w zakresie robót mostowych. W konsekwencji wezwał go do przedłożenia wykazu robót budowlanych, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie wykonawca Primost złożył wykaz robót budowlanych powołując się na realizację Inwestycji w Koluszkach na rzecz ZDW w Łodzi oraz przedłożył stosowne referencje.

Izba przy rozstrzyganiu powyższego zarzutu wzięła pod uwagę to, że zamawiający przy ocenie doświadczenia wykonawcy Primost nie brał pod uwagę referencji pochodzących od podmiotu trzeciego, dotyczących robót mostowych stanowiących kluczową część zamówienia, zastrzeżoną do osobistego wykonania, lecz wskazał, że wykonawca winien samodzielnie wykazać się doświadczeniem w wykonaniu robót mostowych o określonej wartości i poddał ocenie wykaz robót i referencje dotyczące realizacji Inwestycji w Koluszkach załączone w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 9 marca 2023 roku.

Powyższe wynika bezpośrednio z dokumentacji postępowania i nie budzi żadnych wątpliwości co do tego, które dokumenty zamawiający poddał ocenie i uznał za potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Dlatego też słusznie stwierdził zamawiający, że czyni to zarzut ten bezprzedmiotowym.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba postanowiła oddalić zarzut z pkt I ppkt 2) odwołania sformułowany jako zarzut ewentualny.

III.

Odnosnie zarzutu z pkt I ppkt 3) odwołania Izba ustaliła co następuje.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli

została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

8. który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

10. który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ramach powyższego zarzutu odwołujący podnosił, że zamawiający bezzasadnie zaniechał wykluczenia wykonawcy Primost z postępowania i - w konsekwencji - odrzucenia jego oferty, w sytuacji w której Primost w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził zamawiającego w błąd wykazując się realizacją inwestycji, która nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co podważa jego uczciwość.

Zarzut ten niewątpliwie jest ściśle związany z zarzutem opisanym w pkt I ppkt 1 odwołania, albowiem dotyczy przedstawienia przez wykonawcę Primost informacji związanych z wartością robót mostowych zrealizowanych w ramach Inwestycji w Koluszkach.

Skoro więc nie potwierdził się zarzut z pkt I ppkt 1 odwołania, o czym była mowa powyżej, to także nie mógł się potwierdzić zarzut z pkt I ppkt 3 odwołania.

Reasumując, Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, że przystępujący w wyniku zamierzonego działania czy rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności albo niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy powołaniu się na doświadczenie przy realizacji Inwestycji w Koluszkach. Nie zostało wykazane w żaden sposób, że podana przez wykonawcę wartość zrealizowanych robót mostowych nie odpowiada rzeczywistości, że w tym zakresie wykonawca przedstawił informacje, które wprowadziły zamawiającego

w błąd. Nie świadczy o tym okoliczność, że w przy składaniu oferty wykonawca powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego, a nie własne. Żadna okoliczność nie świadczy o tym, że wykonawca Primost przedstawiając informacje w

zakresie wartości robót mostowych zrealizowanych w ramach Inwestycji w Koluszkach nie dochował należytej staranności, a co zarzucał odwołujący w swoim odwołaniu. Wręcz przeciwnie, dowody pochodzące bezpośrednio od Inwestora (ZDW w Łodzi), czy podmiotu sprawującego nadzór autorski (SMP projektanci), potwierdzają informacje przedstawione przez wykonawcę Primost w tym postępowaniu. Odwołujący zaś nie przedstawił dowodów, które potwierdzałyby jego twierdzenia o rzekomym zatajeniu szczegółów dotyczących referencyjnej Inwestycji przez wykonawcę Primost.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba postanowiła oddalić zarzut opisany w pkt I ppkt 3 odwołania.

IV.

Odnosnie zarzutu z pkt I ppkt 4) odwołania Izba ustaliła co następuje.

Zgodnie z art. 16 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Odwołujący w ramach powyższego zarzutu zarzucał zamawiającemu, iż przeprowadził on postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Zarzut ten został postawiony w konsekwencji uprzednio postawionych zarzutów opisanych powyżej, a skoro one zostały oddalone, to i zarzut naruszenia art. 16 Pzp należało oddalić.

Wobec powyższego Izba oddaliła odwołanie w całości.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, dowody oraz stanowiska stron i przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b), rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego,

ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Na koszty zasądzone na rzecz zamawiającego składa się kwota: 3600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz 407,10 zł tytułem kosztów związanych z dojazdem na rozprawę.

Izba nie uwzględniła wniosku kosztowego złożonego przez przystępującego, albowiem brak jest podstawy prawnej do zasądzenia kosztów na jego rzecz od odwołującego. Jedynie w sytuacji, gdyby jako uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości lub w części, Izba miałaby podstawę do zasądzenia kosztów od odwołującego na rzecz przystępującego w przypadku oddalenia odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący: