

WYROK
z dnia 4 grudnia 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2017 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2017 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie

T. P. spółka akcyjna z siedzibą w (...)

(pełnomocnik) i A. B. „K. T. spółka akcyjna z siedzibą w (...)
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w K.

przy udziale wykonawcy D. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w (...) zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2413/17 po stronie Zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T. P. spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) i A. B. „K. T. spółka akcyjna z siedzibą w (...) i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T. P. spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) i A. B. „K. T. spółka akcyjna z siedzibą w (...) tytułem wpisu od odwołania,

1

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T. P. spółka akcyjna z siedzibą w (...) (pełnomocnik) i A. B. „K. T. spółka akcyjna z siedzibą w (...) na rzecz Zamawiającego Świętokrzyskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w K. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w K.

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

Zamawiający – Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w K. - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Etap I – Obwodnica W. w ciągu DW 786*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 lipca 2017 roku pod numerem 2017/S - 282520.

16 listopada 2017 roku działając na podstawie art. 180 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał z naruszeniem przepisów: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 1b, art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 4, art. 25a ust. 1 pkt 1 w związku z ust. 2, art. 26 ust. 1, ust. 3 i ust. 4, art. 91 ust. 1 ustawy oraz § 2 ust. 6

Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (zwanego dalej: Rozporządzeniem), w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania następujących czynności

- 1) Zamawiający bezpodstawnie uznał, że D. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubojence (dalej: D.) wstępnie potwierdził, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- 2) Zamawiający zatełwał wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu;
- 3) Zamawiający bezpodstawnie najwyżej ocenił ofertę D.;
- 4) Zamawiający bezpodstawnie wezwał D. do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy;
- 5) Zamawiający bezpodstawnie uznał, że D. złożoną opinią bankową wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale VII pkt 1 ppkt 2.1 SIWZ, w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej - dysponowanie własnymi środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wymaganej kwocie;
- 6) Zamawiający bezpodstawnie uznał, że robotą zaprezentowaną w załączniku nr 8 do

3

SIWZ - Wykaz Robót Budowlanych D. wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale VII pkt 1 ppkt 2.2 lit a) SIWZ, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - wymaganego doświadczenia zawodowego;

- 7) Zamawiający bezpodstawnie uznał, że wskazaną w załączniku do SIWZ - Potencjał Kadrowy - osobą p. G. Z. D. wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale VII pkt 1 ppkt 2.2 lit b) cyf. 4) SIWZ, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - dysponowania osobą zdolną do pełnienia funkcji Kierownika Robót Drogowych;
- 8) Zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty wykonawcy D. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu:

- (A) dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia wykonawcy D. z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą, powtórzenia czynności badania ofert,

- (B) odwołujący wskazał, że z daleko posuniętej ostrożności procesowej, w przypadku nieuznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności bezpośredniego wykluczenia D. z udziału w postępowaniu, Odwołujący dodatkowo wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- dokonania czynności wezwania D. do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego W Rozdziale VII pkt 1 ppkt 2.2 lit a) SIWZ, i dokonania czynności zwrócenia się do wystawcy poświadczenia f- Miasta R., na rzecz którego została wykonana robota budowlana wpisana do Wykazu Robót Budowlanych - o dodatkowe informacje lub dokumenty dotyczące poświadczenia z dnia 22 września 2014 r., uzupełnionego przez wystawcę w dniu 2 marca 2015 r., albo wezwania D. do uzupełnienia Wykazu Robót Budowlanych, zawierającego wykazanie minimum jednej roboty potwierdzającej posiadanie przez D. wymaganego doświadczenia, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że robota/roboty została wykonana należyście,
- wezwania D-B do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wykazanie spełnienie warunków udziału w postępowaniu, określonych w Rozdziale VII w pkt 1 ppkt 2.1 oraz w ppkt 2.2 lit. b) cyf.4 SIWZ,
- powtórzenia czynności badania ofert.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania - w wyniku naruszenia

przez Zamawiającego przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Bezprawne działania Zamawiającego zamknęły Odwołującemu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący złożył ofertę, która zgodnie z kryterium oceny ofert zajęła drugą lokatę. Gdyby Zamawiający dokonał czynności względem wykonawcy D. i jego oferty, to oferta Odwołującego zostałaby ostatecznie sklasyfikowana na pierwszym miejscu i Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Odwołujący został narażony na szkodę w postaci poniesienia kosztów przygotowania i złożenia oferty oraz w postaci utraty możliwości uzyskania kontraktu pozwalającego na prowadzenie działalności z zyskiem. Odwołujący wskazał, że uprawniony do wniesienia odwołania, co czyni zadość wymaganiom określonym w art 179 ust 1 Ustawy.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący podał, że w dniu 9 listopada 2017 r. został zawiadomiony o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta wykonawcy D.. W ocenie Odwołującego czynność wyboru najkorzystniejszej oferty była czynnością bezpodstawną, naruszającą interes Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 18 października 2017 r. w trybie art. 26 ust 3 Ustawy wezwał D. do uzupełnienia dokumentu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ). Zamawiający wskazał, że załączony do oferty dokument nie został prawidłowo wypełniony i zawiera błędy w części IV: Kryteria kwalifikacji, tj.: 1) A: Kompetencje - pozycja 1; brak informacji w zakresie rejestru zawodowego lub handlowego; 2) B: Sytuacja ekonomiczna i finansowa / inne wymogi ekonomiczne lub finansowe; brak informacji w zakresie spełnienia przez D. warunku określonego w Rozdziale VII pkt 2.1 SIWZ, dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy; 3) C: Zdolność techniczna i zawodowa - wykształcenie techniczne lub zawodowe osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia; brak informacji w zakresie posiadanych uprawnień przez projektanta specjalności mostowej i informacji w zakresie pełnienia funkcji przez kierownika budowy.

Za pismem z dnia 20 października 2017 r. D. uzupełnił żądany dokument. Jednak w ocenie Odwołującego uzupełniony JEDZ nadal wstępnie nie potwierdza, że D-B nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 25a ust. 1 pkt 1 w związku z ust. 2 ustawy, oświadczenie w formie JEDZ winno być aktualne na dzień składania ofert, a więc w naszym przypadku na dzień 15 września 2017 r. Uzupełnione

oświadczenie w formie JEDZ nie jest aktualne na dzień składania ofert.

W treści uzupełnionego JEDZ-a w części IV: Kryteria kwalifikacji / B: Sytuacja ekonomiczna i finansowa / inne wymogi ekonomiczne lub finansowe, D. złożył oświadczenie: ... - *dysponuję zdolnością kredytową do kwoty 15 000 000,00 zł - opinia Bankowa Bank Polska SA Centrum Obsługi Klienta Korporacyjnego Biuro w P. – (...)*, z dnia 11.10.2017r. Z treści przywołanego wyżej oświadczenia wynika, że D. warunek posiadania zdolności finansowej lub ekonomicznej spełnia na dzień 11 października 2017 r., a nie na dzień 15 września 2017 r., czyli na dzień składania ofert, jak wymaga tego Ustawa.

Odwołujący podniósł, że uzupełniony JEDZ jest datowany na dzień 20 października 2017 r., zatem rzeczywista aktualność całego dokumentu przypada na ten dzień, który jest dniem następującym 35 dni po terminie składania ofert. Uzupełnionym JEDZE-em D. wstępnie potwierdził, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu na dzień 20 października 2017 r. Obowiązkiem wykonawcy jest, przy pomocy JEDZ-u, wstępne potwierdzenie, że nie podlega on wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Uzupełniony JEDZ jest nadal wadliwy, D. nie sprostął wymaganiom Ustawy.

Odwołujący podał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów polskich, Zamawiający nie może wezwać wykonawcy do powtórnego uzupełnienia tego samego dokumentu. Wezwanie takie jest jednorazowe. W związku z tym, Zamawiający winien ostatecznie ocenić kwestie wstępnego potwierdzenia podlegania/niepodlegania wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnienia/niespełnienia warunków udziału w

postępowaniu na podstawie JEDZ-a uzupełnionego przez D.. Zamawiający dysponując uzupełnionym JEDZ-em winien stwierdzić, że JEDZ jest nieaktualny na dzień składania ofert, że zawarte w nim informacje nie stanowią wstępnego potwierdzenia, że D. nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający uznając aktualność oświadczenia i to, że informacje w nim zawarte stanowią wstępne potwierdzenie, że D. nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, naruszył art. 25a ust. 1 pkt 1b w związku z ust. 2 ustawy. Zamawiający, wobec niewykazania przez D. wstępnego potwierdzenia, że nie podlega on wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, winien wykluczyć D. z udziału w postępowaniu. Zamawiający, nie dokonując czynności wykluczenia i dopuszczając D. do dalszego udziału w postępowaniu, naruszył art. 22 ust. 1 w związku z art 22 ust. 1b oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy. Nadto, Zamawiający winien uznać ofertę D. za odrzuconą. Nie dokonując tej

6

czynności naruszył art. 24 ust. 4 ustawy.

Zamawiający, w związku z brakiem wstępnego potwierdzenia, że D. nie podlega wykluczeniu, oraz że spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie mógł ocenić najwyżej oferty tego wykonawcy. Nie mógł zatem wezwać D. do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy. Dokonując takiego wezwania, Zamawiający naruszył ten przepis.

Zamawiający pismem z dnia 20 października 2017 r. bezpodstawnie wezwał D-B do złożenia dokumentów aktualnych na dzień złożenia, m.in.: 1) opinię banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej; 2) Wykaz Robót Budowlanych - wypełniony załącznik nr 8 do SIWZ; 3) Wykaz osób - wypełniony załącznik nr 9 do SIWZ, nazwany Potencjałem Kadrowym. Za pismem z dnia 24 października 2017 r. D. D-B złożył żądane przez Zamawiającego dokumenty.

W celu wykazania spełnienia warunku posiadania zdolności ekonomicznej lub finansowej, D. złożył dwie opinie, z dnia 11 września 2017 r. i z dnia 11 października 2017 r. Obydwie złożone opinie nie potwierdzają spełnienia tego warunku. Z ani jednej z nich nie wynika zdolność kredytowa na kwotę 2.500.000,00 zł, wymaganą przez Zamawiającego. Czytając niezbyt uważnie obydwie opinie, tak chyba czytał je Zamawiający, można wysnuć wniosek, że na dzień ich wystawienia D. posiada zdolność kredytową do kwoty 15.000.000,00 zł. Ale już podczas dokładniejszej lekturze treści opinii, czytelnik zostaje wyprowadzony z błędu. Z opinii z dnia 11 września 2017 r. wynika, że wyżej wskazaną zdolność kredytową D-B posiadał na dzień 31 marca 2017 r. Zaś z opinii z dnia 21 października 2017 r. wynika, że taką zdolność posiadał na dzień 30 czerwca 2017 r. Bank opinię o zdolności kredytowej D-B wyraził na podstawie dokonanej oceny bieżącej sytuacji ekonomiczno-finansowej firmy przeprowadzonej w oparciu o posiadane w banku jej dokumenty finansowe: 1) w przypadku opinii z dnia 11 września 2017 r., - dokumenty finansowe sporządzone na dzień 31.12.2016 r. i 31.03.2017 r., 2) w przypadku opinii z dnia 11 października 2017 r. - dokumenty finansowe sporządzone na dzień 31.12.2016 r. i 30.06.2017 r. Z powyższych opinii wynika, że zdolność kredytową w wysokości 15.000.000,00 zł D. posiadał na dzień 31 marca 2017 r, i na dzień 30 czerwca 2017 r., ponieważ podstawą do wydania opinii (oceny zdolności kredytowej) były dokumenty aktualne na te dni. W tym przypadku, dzień wystawienia opinii nie ma znaczenia, znaczenie ma jej treść. Odwołujący przypomniał, że zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 3) Rozporządzenia: Informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej winna potwierdzać wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o

7

dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Obydwie przywołane w opiniach daty (31.03.2017 r. i 30.06.2017 r.) wskazują, że okresy pomiędzy tymi datami a terminem składania ofert są dłuższe niż 1 miesiąc. Są to odpowiednio okresy: 5,5 miesiąca i 2,5 miesiąca. Zamawiający zamiast uznać, że D. wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej zdolności ekonomicznej lub finansowej, winien wezwać tego wykonawcę, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, do uzupełnienia opinii bankowej potwierdzającej

posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę 2,500.000,00 zł. Odwołujący podał, że wezwanie do uzupełnienia opinii bankowej nie jest możliwe do zastosowania, dlatego, że niewłaściwa opinia z dnia 11 października 2017 r. jest wpisana do już raz uzupełnianego JEDZ-a. Zmiana opinii bankowej oznaczałaby także konieczność dokonania zmiany treści JEDZ-a, a zatem powtórne uzupełnienie tego dokumentu, co nie jest możliwe z wyżej opisanych względów. Nie jest także możliwe, aby w dwóch dokumentach oferty zawarte były różne dane (informacje) dotyczące tej samej kwestii.

Wobec powyższych argumentów, Zamawiający także i z tego powodu winien wykluczyć D. z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie musiałby dokonywać tej czynności, gdyby wykluczył D. z udziału w postępowaniu z powodu braku wstępnego potwierdzenia, że D. nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W celu wykazania spełnienia warunku posiadania wymaganego doświadczenia, D. złożył Wykaz Robót Budowlanych, w którym wskazał robotę budowlaną wykonaną w wspólnie z innym wykonawcą - P. B. Sp. z o.o. Taka informacja wynika z załączonego poświadczenia wystawionego przez inwestora - Miasto R.. Zamawiający w Rozdziale VII pkt 1 ppkt 2.2 lit a) SIWZ żądał, aby wykonawca zrealizował (zakończył) co najmniej 1 zadanie w zakresie budowy lub rozbudowy drogi klasy minimum G o wartości minimum 20.000.000,00 PLN (brutto). D., prezentując w Wykazie Robót Budowlanych robotę wykonaną wspólnie z innym wykonawcą, nie spełnił oczekiwań Zamawiającego wynikających z przywołanego wyżej postanowienia SIWZ. Nie można przecież uznać, że wykonawca, który wykonał zadanie wspólnie z innym wykonawcą, zrealizował (zakończył) zadanie. Oczywistym jest, że to wykonawcy wspólnie wykonujący zadanie zrealizowali je (zakończyli), D-B, złożonym Wykazem Robót Budowlanych, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu - posiadania wymaganego doświadczenia. Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, winien wezwać D. do uzupełnienia Wykazu Robót Budowlanych wraz dokumentami potwierdzającymi, że roboty wskazane w Wykazie zostały wykonane należycie. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie

8

musiałby dokonywać tej czynności, gdyby wykluczył D. z udziału w postępowaniu z powodu braku wstępnego potwierdzenia, że D-B nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Jeśliby nawet zrezygnować z argumentacji odnoszących się do powyższych ułomności Wykazu Robót Budowlanych i dokumentów załączonych do niego, to i tak nie można uznać, że D. tymi dokumentami wykazał posiadanie wymaganego doświadczenia. A to dlatego, że D. nie może wykazywać doświadczenia konsorcjum jako własnego. Pamiętać trzeba, że D. nabyło tylko część doświadczenia wynikającego z wykonanej roboty wskazanej w Wykazie i w poświadczeniu.

Do powyższych rozważań i argumentacji upoważnia między innymi orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt*, w którym Trybunał stwierdził:

61. *W tym kontekście zdobyte przez wykonawcę doświadczenie stanowi szczególnie istotne kryterium kwalifikacji podmiotowej tego wykonawcy, gdyż umożliwia instytucji zamawiającej sprawdzenie, zgodnie z art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18; predyspozycji kandydatów lub oferentów do realizacji danego zamówienia.*
62. *Tym samym, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia.*
63. *Jak bowiem słusznie podniósł rząd polski w uwagach na piśmie, wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców.*
64. *Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału.*
65. *W świetle powyższego odpowiedź na piąte pytanie powinna brzmieć tak, iż art. 44*

dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu, jeżeli faktycznie i konkretnie

9

nie uczestniczył w jego realizacji.

Jeżeli poświadczenie zostało wystawione na więcej niż jednego wykonawcę (w tym przypadku na dwóch), szczególnie gdy zakres robót jest szeroki, i nie wiadomo, na jaką wartość i jaki rodzajowy zakres robót wykonał każdy z konsorcjantów, to te okoliczności muszą wzbudzić wątpliwości u Zamawiającego. Odwołujący jest przekonany, że powyższe okoliczności wzbudziły wątpliwości Zamawiającego, nie ma natomiast wiedzy, dlaczego on tych wątpliwości nie rozwiął wykorzystując instytucję wezwania D. do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów i zwrócenia się do wystawcy poświadczenia - Miasta Radomska - o dodatkowe informacje dotyczące poświadczenia lub o dodatkowe dokumenty. Zamawiający zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 7 ust. 1 ustawy (szczególnie zasadą równego traktowania wykonawców i zasadą przejrzystości) nie może zignorować (przemilczeć) powstałych wątpliwości posiadając stosowne narzędzia ustawowe pozwalające na ich pozytywne dla wykonawcy rozwiązanie lub też upewnienie się o nieprawdziwości i nierzetelności dokumentów. Do takich narzędzi zaliczyć należy art. 26 ust. 4 ustawy oraz § 2 ust. 6 Rozporządzenia. W sytuacji, gdy skutek zaniechania Zamawiającego może dojść do wyboru oferty, której właściciel winien być wykluczony z postępowania, uprawnienie Zamawiającego staje się obowiązkiem. Zamawiający zignorował zasady wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy oraz ww. narzędzi i dokonał wyboru oferty wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganego doświadczenia. Odwołujący wskazał również, że Zamawiający nie musiałby wzywać D. do złożenia wyjaśnień, ani zwracać się do wystawcy poświadczenia o dodatkowe informacje lub dodatkowe dokumenty, gdyby wykluczył D. z udziału w postępowaniu z powodu braku wstępnego potwierdzenia, że D. nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, a także z powodów opisanych w odwołaniu.

W celu wykazania spełnienia warunku dysponowania osobami wymaganymi do realizacji zamówienia, D. złożył Wykaz osób - Potencjał Kadrowy. Zgodnie z określonym w Rozdziale VII pkt 1 ppkt 2.2 lit b) cyf. 4) SIWZ warunkiem, wykonawca winien wykazać się dysponowaniem osobą zdolną do pełnienia funkcji Kierownika Robót Drogowych, która posiada doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przy realizacji min. 1 inwestycji dotyczącej budowy lub rozbudowy drogi klasy min. G o długości odcinka min. 3 km. Wykonawca D. w Wykazie osób wskazał p. G. Z., który posiada doświadczenie przy realizacji inwestycji polegającej na przebudowie drogi krajowej nr 94.

10

Odwołujący wskazał, że Zgodnie ustawą Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. (Dz.U.2016.290 t.j. ze zm.), budowa i rozbudowa należą do innej kategorii pojęciowych niż przebudowa. Art 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane stanowi, że poprzez określenie budowa - należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego, natomiast art. 3 pkt 7a) ustawy Prawo budowlane stanowi, że poprzez określenie przebudowa - należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego.

Odwołujący podniósł, że z powodu braku wykazania posiadania odpowiedniego doświadczenia przez p. G. Z., D. nie wykazał spełnienia warunku opisanego w Rozdziale VII pkt 1 ppkt 2.2 lit. b cyf. 4 SIWZ. Wobec niewykazania przez D. warunku dysponowania

osobami skierowanymi do realizacji zamówienia o wymaganym doświadczeniu - kierownika robót drogowych, Zamawiający winien, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, wezwać D. do uzupełnienia Wykazu osób, z którego będzie wynikało, że wykonawca spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący jest jednak zdania, że nie jest możliwe powtórne wezwanie D. do uzupełnienia dokumentu Wykaz osób — Potencjał Kadrowy, bowiem Zamawiający już raz, pismem z dnia 31 października 2017 r. - w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, wzywał wykonawcę do uzupełnienia tego dokumentu, i ten dokument, za pismem z dnia 2 listopada 2017 r., został przez D. uzupełniony. Wezwanie do uzupełnienia Wykazu osób w ocenie Odwołującego nie jest możliwe do zastosowania także z innych względów. A to dlatego, że niewłaściwe doświadczenie p. G. Z. jest wpisane do już raz uzupełnianego JEDZ-a. Zmiana doświadczenia p. Z. w uzupełnianym Wykazie osób lub wpisanie do Wykazu innej osoby posiadającej odpowiednie uprawnienia i doświadczenie, oznaczałoby także konieczność dokonania zmiany treści JEDZ- a, a zatem powtórne uzupełnienie tego dokumentu, co nie jest możliwe z wyżej opisanych względów. Nie jest także możliwe, aby w dwóch dokumentach oferty zawarte były różne dane (informacje) dotyczące tej samej kwestii. Wobec powyższych argumentów, Zamawiający także i z tego powodu winien wykluczyć D. z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy. Odwołujący podniósł, że nie byłoby problemu gdyby Zamawiający wykluczył D. z udziału w postępowaniu z powodu braku wstępnego potwierdzenia, że D. nie podlega wykluczeniu z

11

udziału w postępowaniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wobec powyżej prezentowanej argumentacji, mającej oparcie w faktach i prawie, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty wykonawcy D. jako najkorzystniejszej, czym, oprócz przepisów wskazanych wyżej, naruszył także art 91 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wniósł odwołanie, bowiem czuje się poszkodowany działaniami Zamawiającego bezpodstawnie pozbawiającymi go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i wydanie wyroku zgodnego z jego wnioskiem zaprezentowanym w części wstępnej.

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

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 listopada 2017 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdziły Strony i uczestnik postępowania odwoławczego na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

12

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy, *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych

w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie należało oddalić.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania*. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei *incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

13

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie Stronami sporu. W odwoławczego powstałego pomiędzy trakcie postępowania to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)*

V.

Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

- art. 7 ust. 1 ustawy – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości,*
- art. 22 ust. 1 ustawy – *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:*
 - 1) *nie podlegają wykluczeniu;*
 - 2) *spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania*
- art. 22 ust. 1 b ustawy – *Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:*
 - 1) *kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;*

- 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- 3) zdolności technicznej lub zawodowej.
- art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy – Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:
1) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie

14

-
- został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia; □
 - art. 24 ust. 4 ustawy – Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.
 - art. 25a ust. 1 pkt 1 ustawy – Do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca:
 - 1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu;
 - art. 25a ust. 2 ustawy – Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, wykonawca składa w formie jednolitego dokumentu. □
 - art. 26 ust. 1 ustawy – Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a.
 - art. 26 ust. 3 ustawy – Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. □
 - art. 26 ust. 4 ustawy – Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1
 - art. 91 ust. 1 ustawy – Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

15

VI.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający złożył pismo 28 listopada 2017 „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie” wraz z załączonymi dokumentami – Izba dopuściła dowody załączone przez Zamawiającego do wymienionego pisma

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez uczestnika postępowania odwoławczego i złożone do akt sprawy w trakcie rozprawy:

- Umowę Konsorcjum zawartą w dniu 27 lutego 2012 roku w sprawie realizacji zamówienia „Rozbudowania Drogi Wojewódzkiej numer 786 na odcinku do granicy województwa do K. – etap II: droga numer 786 na odcinku do granicy województwa – Ł.” na rzecz Zamawiającego Świętokrzyskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w K., a

zwartą pomiędzy D. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C. oraz Kieleckim Przedsiębiorstwem Robót Drogowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. (2 karty),

- Poświadczenie i charakterystyka zadania „Rozbudowania Drogi Wojewódzkiej numer 786 na odcinku do granicy województwa do K. – etap II: droga numer 786 na odcinku do granicy województwa – Ł. (7 kart).

VII.

W zakresie poszczególnych zarzutów odwołania:

Izba wskazuje, że stan faktyczny sprawy przedstawiony przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania odzwierciedla czynności dokonywane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 25a ust 1 ustawy w związku z art. 25a ust 2 ustawy Izba uznała zarzut za niezasadny.

16

Izba wskazuje, że zgodnie z wyżej wskazaną regulacją prawną do oferty wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ). Informacje zawarte w złożonym oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu i spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3. Oświadczenie, o którym mowa składane jest, w przypadku tej sprawy z uwagi na jej szacunkową wartość, w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ), którego wzór, standardowy formularz, określa rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. (Dz. Urz. UE nr L 3 z 6.1.2016, str. 16). Rozporządzenie to ma moc bezpośrednio obowiązującą w państwie członkowskim. Izba podkreśla, że z powyżej wskazanych przepisów wynika, że oświadczenie w postaci JEDZ-a złożone wraz z ofertą musi wstępnie potwierdzać, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji na dzień składania ofert. Tym samym, co należy podkreślić, przepis ten w sposób jednoznaczny przesądza na jaki to dzień informacje zawarte w oświadczeniu JEDZ mają potwierdzać spełnienie określonych wymagań – na dzień składania ofert; tym samym żaden inny dzień nie może być brany pod uwagę przy ocenie przesłanek wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy kryteriów selekcji. Izba wskazuje, że oświadczenie JEDZ stanowi oświadczenie własne wykonawcy, jest to oświadczenie wiedzy jakie w postępowaniu o udzielenie zamówienia składa wykonawca. Oświadczenie JEDZ stanowi dowód wstępny, który zastępuje zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie. Wykonawca może zostać wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia, poprawienia lub udzielenia wyjaśnień w zakresie oświadczenia JEDZ, do czego ten ostatni jest zobowiązany w sytuacji, gdy JEDZ jest niekompletny, zawiera błędy lub budzi wskazane przez Zamawiającego wątpliwości, w terminie jaki zostanie określony przez Zamawiającego.

W przypadku uzupełnienia oświadczenia JEDZ, wykonawca składa taki dokument do Zamawiającego, przy czym podkreślenia wymaga, że „zadaniem” tego oświadczenia jest potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji na dzień składania ofert. Fakt tego, że oświadczenie JEDZ potwierdza wstępnie spełnienie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji na dzień składania ofert – co jednoznacznie wynika z obowiązujących przepisów – prowadzi

17

do wniosków, że data sporządzenia tego dokumentu jest wtórna w stosunku do zawartego w nim oświadczenia, które zawsze składane jest na dzień składania ofert. Nie zostało skonkretyzowane, jak należy odczytywać datę na tym dokumencie - oświadczeniu JEDZ – jako datę potwierdzenia oświadczenia wiedzy zawartego we wstępnym oświadczeniu, czy

też jako datę sporządzenia dokumentu. Obowiązujący przepis (art. 26 ust. 3 ustawy) wskazuje jedynie, że dokumenty muszą zostać uzupełnione w terminie określonym przez Zamawiającego, co w ocenie Izby pozwala na twierdzenie, że regulacja nie stanowi żadnej wytycznej dla określenia daty w oświadczeniu JEDZ. Zestawiając zatem ze sobą powyższą argumentację Izba dochodzi do przekonania, że data zawarta w oświadczeniu nie stanowi żadnej determinanty, która miałaby wpływ na złożone przez wykonawcę oświadczenia wiedzy zawarte w JEDZU.

W sposób szczególny obrazuje ten stan rzeczy sytuacja, w której wykonawca składając wraz z ofertą oświadczenie JEDZ nie zawarł na ostatniej stronie tego dokumentu daty. Brak tej daty nie skutkuje nieważnością złożonego oświadczenia, jak również nie skutkuje nieprawdziwością złożonego oświadczenia. Wskazać bowiem należy, że oświadczenie JEDZ jest zindywidualizowane na dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez konkretnego Zamawiającego co wynika z Części I – Informacje dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia oraz instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego. Tym samym zindywidualizowany również jest dla takiego oświadczenia JEDZ termin jego aktualności, który wynika z prowadzonej przez Zamawiającego procedury o udzielenie zamówienia i określanych przez Zamawiającego istotnych terminów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym miejscu Izba pragnie również zwrócić uwagę na drugi przykład, który potwierdza, że data zawarta w dokumencie jest wtórna w stosunku do złożonego oświadczenia JEDZ, które i tak składane jest zgodnie z przepisem na dzień składania ofert/wniosek – a mianowicie, oferty sporządzane są przed terminem ich składania, czasami nawet z dużym wyprzedzeniem. Jeżeli wykonawca w oświadczeniu JEDZ, na dokumencie zawarł datę wyprzedzającą termin składania ofert (w zasadzie nie ma znaczenia, czy o jeden dzień czy też o tydzień, czy miesiąc) to nie zmienia to faktu, że jego oświadczenie ma potwierdzać wstępnie na dzień składania ofert, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji (podobnie: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2017 roku sygn.. akt KIO 172/17).

Przechodząc do uzupełnienia oświadczenia JEDZ przez wykonawcę D., które nastąpiło na

18

wezwanie Zamawiającego z dnia 18 października 2017 roku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, w ocenie Izby – przy uwzględnieniu powyższej argumentacji – należy uznać, że niezależnie od tego, jaką datą będzie opatrzony dokument, to oświadczenia złożone są – co wynika z przepisów – zawsze na dzień składania ofert / wniosków. Bowiem to nie data zawarta w oświadczeniu JEDZ stanowi o aktualności tego oświadczenia (oświadczeń zawartych w poszczególnych częściach JEDZA) na dany moment, a przepis ustawy, który jasno i jednoznacznie precyzuje, że oświadczenia są aktualne na dzień składania ofert /wniosków. Termin składania ofert w postępowaniu upłynął w dniu 15 września 2017 roku natomiast wykonawca uzupełnił JEDZ w dniu 20 października 2017 roku. Nie sposób wymagać od wykonawcy, który jest wezwany do uzupełnienia JEDZ-a aby posiadał w przysłowiowej szufladzie przygotowane i opatrzone datą składania ofert JEDZ-e, które – co należy podkreślić – będą odpowiadały na późniejsze wezwania Zamawiającego. Jednocześnie odpowiadając na wezwanie Zamawiającego wykonawca nie może antydatować składanego oświadczenia, bowiem to działanie należy do sankcjonowanych. W ocenie Izby Odwołujący w przedstawionej na rozprawie argumentacji wykazał, że sam dostrzega, że oświadczenia zawarte w JEDZ potwierdzają spełnienie warunków na dzień składania ofert, Odwołujący dostrzega również, że JEDZ wykonawca podpisuje z faktyczną datą jego sporządzenia. Jednakże Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, jakoby wykonawca sporządzający JEDZ na wezwanie Zamawiającego miał zawrzeć w dokumencie tym informację na jaką datę oświadczenia są aktualne. Podkreślić należy, że data ta dla danego postępowania o udzielenie zamówienia będzie jedna – jest to data składania ofert. Ustawodawca przesądził w jakiej dacie badana jest aktualność złożonych oświadczeń, natomiast ww. rozporządzenie Komisji UE przewidziało standardowy formularz. Sam Odwołujący nie wskazał, gdzie w oświadczeniu JEDZ w jego ocenie powinny być zawarte takie informacje – samo wskazanie „gdzieś *w tym dokumencie*” nie jest wystarczającą argumentacją.

Uwzględniając powyższe Izba wskazuje, że również niezasadny jest zarzut naruszenia art.

22 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 b oraz 24 ust. 12 ustawy ponieważ składając JEDZ wykonawca składa aktualne na dzień składania ofert – i tylko na ten dzień zgodnie z art. 25a ust. 1 ustawy – oświadczenie wstępnie potwierdzające, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji. W tym zakresie Odwołujący budując ogólny zarzut niewykazania wstępnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w przyzmacie daty zawartej w uzupełnionym JEDZ-u nie odnosił się do innej argumentacji.

19

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego w zakresie argumentacji odnoszącej się do części uzupełnionego JEDZ-a dotyczącej sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Odwołujący wskazując na zawarte oświadczenie w JEDZ-u podniósł, że wykonawca oświadczył, że warunek posiadania zdolności finansowej posiada na dzień 11 października 2017 roku. Izba wskazuje, że w treści JEDZ-a D. zawarł następujące oświadczenie: - *wykonawca spełnia warunek dot. sytuacji ekonomicznej lub finansowej określonej w Rozdziale VII pkt 2.1.SIWZ - dysponuję zdolnością kredytową do kwoty 15 000 000,00 zł. - Opinia Bankowa Bank Polska SA Centrum Obsługi Klienta Korporacyjnego Biuro w P. – (...), z dnia 11.10.2017r. W ocenie Izby z treści oświadczenie zawartego w uzupełnionym JEDZ-u wykonawcy nie wynika, że oświadczenie jest złożone na dzień 11 października br., a tylko tyle, że taką opinię z dnia 11 października 2017 roku posiada wykonawca. Odwołujący nie przedstawił żadnej innej argumentacji w odniesieniu do złożonego oświadczenia w JEDZ-u, natomiast podkreślić należy, że z oświadczenia tego wynika w sposób jednoznaczny, że wykonawca posiada zdolność kredytową do kwoty piętnastu milionów złotych, przy wymaganej przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania na poziomie minimum dwóch i pół miliona złotych. Podkreślić należy, że wykonawca składając oświadczenie w zakresie wykazania spełnienia warunku nie jest zobligowany żadną treścią, wynikać natomiast musi z oświadczenia, że spełnia wszystkie elementy warunku. Fakt, że podał również jakim dokumentem dysponuje i w jakiej dacie dokument ten został wystawiony nie zmienia oświadczenia wykonawcy, które składa w JEDZ-u na termin składania ofert. Tym samym i w tym zakresie nie doszło do naruszenia art. 22 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 b oraz 24 ust. 12 ustawy*

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku sytuacji finansowej lub ekonomicznej Izba uznała zarzut za niezasadny. W ocenie Izby Odwołujący dokonuje interpretacji postanowień zawartych w przedstawionych Zamawiającemu opiniach bankowych. Zamawiającemu za pismem z dnia 24 października 2017 roku przedstawione zostały dwie opinie banku – opinia z 11 września 2017 roku oraz opinia z 11 października 2017 roku. W treści ww. opinii wystawca zawarł sformułowanie (...) *wyrażamy opinię, że D. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, posiada zdolność kredytową do kwoty 15 000 000,00 zł (...)* Izba zwraca uwagę na ten fragment z dwóch powodów: po pierwsze Odwołujący pominął go w swojej argumentacji, nie odnosząc się do stwierdzenia wystawcy, oraz z drugiego powodu, że wystawca opinii w sposób jednoznaczny oświadczył w każdej z tych opinii, że D. posiada zdolność kredytową.

20

Wystawca opinii nie odnosił się do przeszłych możliwości kredytowych tego podmiotu, a jedynie podpisując dokument opatrzony datą wyraził opinie, że dany podmiot posiada zdolność kredytową. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że z opinii wynika, że zdolność kredytową D. posiadał odpowiednio na dzień 31 marca 2017 roku oraz 30 czerwca 2017 roku – z opinii ww. w sposób jednoznaczny wynika, wyrażenie opinii poprzedzone było dokonaniem, (...) *zgodnie z obowiązującymi w Banku przepisami, oceny bieżącej sytuacji ekonomiczno-finansowej Firmy przeprowadzonej w oparciu o posiadane w Banku jej dokumenty finansowe sporządzone na dzień (...)*. Podkreśla Izba w tym miejscu, że w sposób jasny i przejrzysty wystawca opinii wskazał, że dokonał oceny podmiotu i dokonał jej w oparciu, co istotne w tym miejscu, obowiązujące regulacje u wystawcy opinii, a także w oparciu o posiadane informacje. Nic więcej nie wynika z tak sformułowanego oświadczenia, natomiast efektem prowadzonej oceny podmiotu jest opinia o posiadanej zdolności kredytowej, która jest opinią na przyszłość, a nie opinią o minionym okresie.

zostały sporządzone w określonych datach – opinia z 11 września 2017 roku oraz opinia z 11 października 2017 roku i to do tych dat odnosi się stanowisko wystawcy wyrażające opinie o posiadanej przez podmiot zdolności kredytowej. Tym samym za niezasadną należy uznać dalszą argumentację Odwołującego odnoszącą się do nieaktualności opinii zgodnie z obowiązującymi przepisami. W ocenie Izby opinie potwierdzają posiadanie zdolności kredytowej do kwoty 15 000 000,00 zł odpowiednio na dzień 11 września 2017 roku oraz 11 października 2017 roku. Każda z tych opinii potwierdza zdolność kredytową D. w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z uwagi na niewykazanie przez D. doświadczenia Izba uznała zarzut za niezasadny. Zgodnie z SWIZ Zamawiający wymagał w zakresie posiadania zdolności technicznych lub zawodowych między innymi wykazania się doświadczeniem zawodowym – wykonawca musiał wykazać, że w okresie ostatnich 5 laty przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował (zakończył) co najmniej 1 zadanie w zakresie budowy lub rozbudowy drogi krajowej minimum G o wartości minimum 20 000 000, zł brutto. Na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy za pismem z dnia 24 października 2017 roku wykonawca złożył Wykaz Robót Budowlanych i wskazał, że dla Urzędu Miasta R. zrealizował inwestycję Dokończenie budowy obwodnicy zachodniej miasta Radomska, droga klasy GP o wartości 38 474 370,04 zł brutto oraz załączył „Poświadczenie

dla Konsorcjum firm: D. sp. z o.o., P.W. B. p. z o.o.” z dnia 22 września 2014 roku oraz Uzupełnienie do poświadczenia z dnia 2 marca 2017 roku.

Zamawiający w trakcie rozprawy wskazał, że pismem z dnia 27 października 2017 roku wystąpił do inwestora Urzędu Miasta R. oraz za pismem z dnia 2 listopada 2017 roku uzyskał odpowiedź, do której załączono kserokopię protokołu odbioru z dnia 13 czerwca 2017 roku oraz kserokopię umowy konsorcjum z dnia 30 stycznia 2013 roku. Izba zaznacza w tym miejscu, że w zakresie ww. dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący nie zajął stanowiska w złożonym odwołaniu, wręcz przeciwnie w uzasadnieniu odwołania Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że ten ostatni nie zwrócił się do wystawcy poświadczenia o dodatkowe informacje dotyczące poświadczenia lub o dodatkowe dokumenty.

W ocenie Izby argumentacja podniesiona przez Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Ocena stanowiska prezentowana przez Odwołującego dokonywana jest w ramach prawa i obowiązku Strony w dowodzeniu swoich twierdzeń. Podkreślić należy w tym miejscu, że nie było sporne między Stronami postępowania i uczestnikiem postępowania odwoławczego, że wykazane doświadczenie było pozyskane przez tego ostatniego wspólnie z innym podmiotem. Tak więc ta okoliczność nie wymagała żadnego dowodzenia i stanowiła element stanu faktycznego w tej sprawie. Jednakże to na Odwołującym, który twierdzi, że wykonawca nie jest się w stanie wykazać pozyskanym doświadczeniem spoczywał obowiązek wywiedzenia tego. Samo podniesienie, że wykonawca, który wykonał zadanie wspólnie z innym wykonawcą nie może prowadzić do uznania, że zrealizował zadanie jest niewystarczające. Izba wskazuje, że sam Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przyznał, że wykonawcy wspólnie je zrealizowali (zakończyli). Jednocześnie Odwołujący nie podniósł żadnej argumentacji, nie wykazał dowodami, że udział D. w realizacji tego zamówienia nie uzyskał doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego. Natomiast Zamawiający wykazał się starannością w ocenie oferty, uzyskał dodatkowe informacje od inwestora i na tej podstawie ocenił, że uzyskane przez D. doświadczenie jest wystarczające dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Słusznie zauważył Zamawiający, że przy uznaniu, że pojedynczy konsorcjant nie nabywa doświadczenia całego konsorcjum, nie można odmówić takiego doświadczenia podmiotowi, który rzeczywiście wykonuje roboty. Istotą rozpoznawanego zarzutu nie jest ocena zero jedynekowego wskazania polegająca na podaniu, że zamówienie realizowane było wspólnie przez wykonawców więc żadne z podmiotów nie nabył doświadczenia – do czego w swej argumentacji zmierza Odwołujący, lecz istotą rozpoznania

jest ocena, czy w ramach realizacji zamówienia przez wykonawców wspólnie je realizujących dany wykonawca nabył doświadczenie pozwalające mu na wykazanie spełnienia określonego warunku. Podkreślenia wymaga, że sam Trybunał Sprawiedliwości UE podnosił, że warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (Wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji sygn. C-399/05 – za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 1854/17). Powyżej wskazane stanowisko dostrzegalne jest w orzecznictwie jak również doktrynie tematu, bowiem ma ono szczególne znaczenie, z jednej strony dające podmiotom realizującym w znacznym rozmiarze kontrakt możliwość wykazywania się nabytym doświadczeniem, z drugiej strony eliminuje możliwość posługiwania się doświadczeniem całego „konsorcjum” przez wykonawców, którzy realizowali kontrakt w marginalnym zakresie. Z dokumentów jakie znajdują się w aktach sprawy, a które pozyskał Zamawiający od Urzędu Miasta Radomska, tj. Umowy Konsorcjum z dnia 30 stycznia 2013 roku wynika, że D. był pełnomocnikiem konsorcjum (liderem) wynika, że na etapie realizacji kontraktu podmiot ten będzie sprawował ogólne kierownictwo i koordynację prac objętych kontraktem, natomiast Partner konsorcjum między innymi miał się stosować do poleceń i wskazówek Lidera konsorcjum wydawanych w związku z realizacją kontraktu. Podkreślenia wymaga również, że strony kontraktu ponosiły solidarną odpowiedzialność za jego wykonanie. Zamawiający wskazał w swoim stanowisku, że jakkolwiek Umowa konsorcjum nie określała dokładnie udziału każdego z wykonawców w realizacji prac, to w ocenie Zamawiającego udział D. jako lidera był większy aniżeli wymagane w warunku dwadzieścia milionów złotych w odniesieniu do kwotowego udziału. Izba zaznacza w tym miejscu, że Odwołujący w tym zakresie nie poczynił żadnej argumentacji, nie podjął próby wykazania, udowodnienia, że udział D. w realizacji zamówienia nie był na wystarczającym poziomie do wykazania spełnienia warunku. Podejście Odwołującego jakie wskazał w uzasadnieniu odwołania prowadziło do sytuacji, w której żaden wykonawca realizujący kontrakt wspólnie z innymi podmiotami nie mógłby posłużyć się tak pozyskanym doświadczeniem. Nie można uznać takiego stanowiska za prawidłowe. We wskazanym przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE również wskazane zostało, że doświadczenie wykonawcy, które jest doświadczeniem uzyskanym przez grupę wykonawców, a której on był członkiem należy określać w zależności od konkretnego udziału tego wykonawcy w realizacji zamówienia, a więc faktycznego wkładu w realizowane zamówienie, które wymagane było od wykonawców wspólnie je realizujących.

23

Izba pominęła przy ocenie tego zarzutu dowody zawnioskowane w trakcie rozprawy przez uczestnika postępowania odwoławczego, z uwagi na to, że nie były one przydatne do rozstrzygnięcia ww. zarzutu odwołania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z uwagi na niewykazanie przez D. dysponowania odpowiednią kadrą Izba uznała zarzut za niezasadny. W przedstawionej argumentacji zawartej w odwołaniu Odwołujący skupił swoją uwagę jedynie na nazwie kontraktu potwierdzającej doświadczenie, a przedstawionej w tabeli Potencjał Kadrowy przy Kierowniku robót drogowych D. wskazał tam: „Przebudowa drogi krajowej nr 94 na terenie miasta D(1)”. Izba wskazuje, choć należy się zgodzić z Odwołującym, że faktycznie Zamawiający żądał wykazania dla Kierownika robót drogowych doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przy realizacji minimum 1 inwestycji dotyczącej budowy lub rozbudowy drogi klasy min. G o długości odcina minimum 3 km, a w wykazie Potencjał Kadrowy przy Kierowniku robót drogowych podano „Przebudowa drogi krajowej nr 94 na terenie miasta D(1)” – to nie można jedynie w oparciu o nazwę inwestycji kwalifikować uzyskanego przez daną osobę doświadczenia. Argumentacja Odwołującego sprowadza się do użytego w nazwie inwestycji słowa „przebudowa”, które nie odpowiada wymaganiom dla warunku, w którym zawarto „budowa” i „rozbudowa”. Inwestycja „Przebudowa drogi krajowej nr 94 na terenie miasta D(1)”, zgodnie z argumentacją Zamawiającego, który dostrzegł podnoszone przez Odwołującego w odwołaniu różnice, a także przeprowadził analizę tej inwestycji potwierdza posiadanie

doświadczenia przez osobę wskazaną na stanowisko Kierownika robót drogowych. W wyniku przeprowadzonego przez Zamawiającego badania oferty D. w ww. zakresie, Zamawiający posługując się powszechnie dostępnymi materiałami, uznał, że wskazana inwestycja w zasadzie stanowiła rozbudowę drogi DK nr 94 na terenie m. D(1) (od granicy z Gminą S(1) do granicy administracyjnej z Gminą S.). Zamawiający załączył do pisma procesowego z dnia 28 listopada 2017 roku Decyzję nr 3/2013 o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej wydaną przez Wojewodę Śląskiego na podstawie ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 roku o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (tj. Dz. U. z 2017 poz. 1496 ze zmianami). Uczestnik postępowania odwoławczego zwrócił również uwagę na uzasadnienia powyżej wskazanej ustawy oraz stanowiska doktryny przedmiotu i wywodził, że ustawa ta zawsze dotyczy

24

budowy drogi, ponieważ ustawa nakierowana jest na pozyskiwanie gruntów prywatnych dla budowy drogi.

Niewątpliwie należy mieć na uwadze, że regulacja ww. ustawy spowodowała zmiany we wcześniej obowiązujących regulacjach prawnych, w efekcie specustawa spowodowała ograniczenie liczby postępowań administracyjnych i wprowadzenie jednego postępowania administracyjnego, w efekcie czego zastąpiono decyzje o ustaleniu lokalizacji drogi, o wyłączeniu nieruchomości oraz o pozwoleniu na budowę drogi jedną decyzją - decyzją o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej. W piśmiennictwie wskazuje się, że *niezwykle istotną cechą decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej jest to, że wywołuje ona wiele skutków prawnych, które w przeszłości wymagały wydania odrębnych decyzji (ograniczenie liczby koniecznych postępowań i zarazem możliwości składania odwołań od decyzji przez strony). Decyzja łączy bowiem postanowienia dotyczące lokalizacji i przebiegu drogi w terenie (skutki w sferze zagospodarowania przestrzennego), stanowi podstawę nabycia przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego prawa własności nieruchomości przeznaczonych pod budowę (skutki w sferze praw własności i innych praw do nieruchomości), a jednocześnie zawiera zatwierdzenie projektu budowlanego (skutki w sferze prawa budowlanego). (...) Decyzja o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (lub decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej) stanowi główny punkt całego procesu inwestycyjnego, także z perspektywy problemu nabywania nieruchomości pod drogi. Określa ona bowiem przyjęty przez właściwy organ administracji, przestrzenny zasięg inwestycji (linie rozgraniczające teren inwestycji). Jednocześnie zatwierdza podział nieruchomości i wskazuje nieruchomości lub ich części, które stają się własnością Skarbu Państwa lub właściwej jednostki samorządu terytorialnego. Ponadto, stanowi ona podstawę do dokonania wpisów w księgach wieczystych i w katastrze nieruchomości. Warto zwrócić szczególną uwagę na ten z wymienionych elementów opisywanej decyzji, który dotyczy wyłączenia nieruchomości. Na mocy tej decyzji dochodzi bowiem do nabycia prawa własności nieruchomości lub jej części przez Skarb Państwa – w odniesieniu do dróg krajowych i linii kolejowych (z wyjątkiem nieruchomości stanowiących własność PKP S.A. lub PLK S.A) bądź przez odpowiednią jednostkę samorządu terytorialnego – w odniesieniu do dróg wojewódzkich, powiatowych i gminnych. Należy podkreślić, że przejście prawa własności następuje (z mocy prawa) na podstawie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (lub decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej), bez potrzeby podejmowania przez organy administracji innych aktów administracyjnych. W szczególności nie jest konieczne wydanie odrębnej decyzji wyłączeniowej. Skutek ten następuje z dniem, w którym*

25

decyzja stała się ostateczna. („Zasady przygotowania inwestycji w zakresie dróg publicznych i linii kolejowych” autorzy: J.P., G. K., M. P., Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej, Seria: Transport zesz. 71, str. 59 i następane).

Argumentację przedstawioną przez Zamawiającego i uczestnika postępowania można podsumować w ten sposób, że w przypadku inwestycji, która realizowana jest na mocy decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej zawsze mamy do czynienia z budową lub rozbudową drogi, co jest związane z oznaczeniem w decyzji nieruchomości lub ich części, które stają się własnością Skarbu Państwa lub właściwej jednostki samorządu

terytorialnego. W ocenie Izby argumentacja Zamawiającego oraz uczestnika postępowania odwoławczego w tym zakresie jest prawidłowa. Znajduje to również wyraz w stanowisku doktryny: *Tym samym nie podlega pod zakres specustawy przebudowa drogi z zachowaniem dotychczasowych granic pasa drogowego, ponieważ w takich sytuacjach nie zatwierdza się projektu budowlanego. Specustawę stosuje się w odniesieniu do nowych inwestycji, oraz tych inwestycji gdzie następuje zmiana granic pasa drogowego. Zgodnie z definicją drogi obejmuje to pojęcie również drogowe obiekty inżynierskie, a więc obiekt mostowy, tunel, przepust i konstrukcję oporową.* („Procedura związana z przygotowaniem inwestycji drogowej w świetle specustawy” autor: E. S., Budownictwo – Czasopismo Techniczne, zeszyt 2/2010 str. 405 i następne, Politechnika Krakowska).

W decyzji ZRiD z 2013 roku, na którą powołał się Zamawiający jednoznacznie zostały wskazane grunty, które stały się na mocy tej decyzji własnością Skarbu Państwa z dniem kiedy decyzja stała się prawomocna (w punkcie V decyzji zatwierdzenie podziału nieruchomości – decyzją zatwierdzono podział nieruchomości, a w punkcie VI oznaczono nieruchomości lub ich części według ewidencji gruntów, które stały się własnością Skarbu Państwa na mocy decyzji), natomiast w punkcie IX ww. decyzji ZRiD zostało wskazane, że decyzją tą zatwierdza się projekt budowlany oraz podano jego nazwę. W uzasadnieniu decyzji zawarta została również argumentacja odnosząc się do wniesionych w postępowaniu uwag (strona 19 decyzji), z którego to uzasadnienia wynika, że określone w decyzji działki, które stanowiły własność określonego podmiotu (spółki prawa handlowego), na mocy ostatecznej decyzji ulegną podziałowi, w tym pod drogę i pozostała część nieruchomości, a nowopowstałe działki przewidziane zostały pod pas drogowy zgodnie z projektem budowlanym. Informacje jakie zostały zawarte w pkt XI ppkt 6 decyzji na stronie 15, w tabeli dotyczyły ograniczenia w korzystaniu z nieruchomości (czasowe zajęcie określonych działek), co należy czytać łącznie z postanowieniami zawartymi na stronie 4 ww. decyzji ZRiD, z którego wynika, że działki, o których mowa na stronie 15, zostały wskazane, jako działki

26

znajdujące się poza liniami rozgraniczającymi pas drogowy, podlegającymi ograniczeniu w korzystaniu dla realizacji obowiązku przebudowy dróg innych kategorii oraz sieci uzbrojenia terenu.

Izba uwzględniła argumentację Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego za zasadną. W ocenie Izby Odwołujący, będący podmiotem profesjonalnym nie wykazał, a do czego zobowiązuje go ciężar dowodu po jego stronie, że w ramach wskazanej inwestycji, faktycznie realizowana była przebudowa. Warto wskazać w tym miejscu, że Zamawiający podnosił wielokrotnie w swojej argumentacji, że inwestycja „Przebudowa drogi krajowej nr 94 na terenie miasta D(1)” to inwestycja o ogromnej skali (174 mln zł), znana i podawana jako przykład inwestycji wzorcowej – czego Odwołujący nie kwestionował w trakcie rozprawy. Samo odniesienie się do nazwy inwestycji w argumentacji Odwołującego w ocenie Izby nie jest wystarczające – o zakresie uzyskanego doświadczenia wykonawcy czy poszczególnych osób nie może decydować nazwa, ale faktyczny i realny zakres realizowanego przedsięwzięcia. Przyjmując optykę jaką stara się narzucić Odwołujący doszłoby do sytuacji, w której nazwa inwestycji jest ważniejsza niż jej zakres przedmiotowy, mogłoby dojść tym samym do kuriozalnej sytuacji bo można by byłoby sobie wyobrazić, że niewielkie kwotowo i rzeczowo inwestycje zwane byłby wielkimi budowlami po to tylko aby istniała możliwość posłużenia się później doświadczeniem w realizacji inwestycji o określonej nazwie. Zaznaczyć również należy, że różnych określeń używa się w nazwach inwestycji np.: przebudowa, modernizacja, wzmocnienie, rehabilitacja.

Nie sposób w ocenie Izby czynić Zamawiającemu zarzutu w zakresie należytego, starannego wykonywania swoich czynności odnoszących się do oceny złożonych w postępowaniu dokumentów. Zamawiający, jak i wykonawcy składający oferty w postępowaniu, jest profesjonalistą w związku z tym wykorzystując swój profesjonalizm oraz dostępne publicznie informacje ocenił wykazane doświadczenie Kierownika robót drogowy, w ocenie Izby w sposób prawidłowy. Podkreślić należy, że Zamawiający ocenił to co było zawarte w dokumentach, czyli ocenił wykazaną inwestycję - wskazaną jako doświadczenie, natomiast Odwołujący nie wykazał, że przedmiot wskazanej inwestycji nie potwierdza posiadania przez wskazaną przez D. osobę na stanowisko Kierownika robót drogowych odpowiedniego doświadczenia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Izba nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności

27

faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w *sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący:

28