Sygn. akt:KIO 268/25

WYROK

Warszawa, dnia 25 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Krzysztof Sroczyński
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2025 r. przez Odwołującego – wykonawcę ECM Group Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Port Lotniczy Rzeszów-Jasionka im. Rodziny Ulmów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce
przy udziale uczestników:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ARCUS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie oraz Firma Inżynierska ARCUS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;
2. wykonawcy Ayesa Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;
3. wykonawcy ZDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w odniesieniu do zarzutu wskazanego w pkt 2 *petitum* odwołania tj. zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 74 ust. 1 i 2 i art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez bezpodstawną odmowę udostępnienia Odwołującemu dokumentów wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ARCUS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie oraz Firma Inżynierska ARCUS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, podczas gdy nie wykazano, aby informacje znajdujące się w tych dokumentach stanowiły tajemnice przedsiębiorstwa
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawcę ECM Group Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:

   3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania;

   3.2. zasądza od Odwołującego wykonawcy ECM Group Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący :……

Sygn. akt:KIO 268/25

U z a s a d n i e n i e

Port Lotniczy Rzeszów-Jasionka im. Rodziny Ulmów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego
na podstawie z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r.
poz. 1320), (zwanej dalej: „Pzp" lub „ustawa Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa pn.: *Wybór wykonawcy Nadzoru Inwestorskiego*
dla ZADANIA NR 1 obejmującego II Etap budowy równoległej drogi kołowania oraz I Etap przebudowy drogi startowej na odcinku o długości ok. 700 m wraz z infrastrukturą techniczną oraz ZADANIA
NR 2 obejmującego II Etap przebudowy drogi startowej na odcinku o długości ok. 1800 m
wraz z infrastrukturą techniczną na lotnisku Rzeszów-Jasionka; sprawa nr: DH. 261.29.24
(dalej „postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 1 października 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr S191 588813-2024.

W dniu 27 stycznia 2025 r. wykonawca ECM Group Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie czynności i zaniechań Zamawiającego:

1) Wyboru oferty najkorzystniejszej;
2) Oceny ofert;
3) Zaniechania wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych;
4) Zaniechania udostępnienia dokumentów

Odwołujący I zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1 . art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego nie zastosowanie i zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ARCUS sp. z o.o. i Firmy Inżynierskiej ARCUS sp. z o.o. sp.k. (dalej: Konsorcjum ARCUS) do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usługi w sytuacji, gdy złożony wykaz nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
2. art. 74 ust. 1 i 2 i art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez bezpodstawną odmowę udostępnienia Odwołującemu dokumentów Konsorcjum ARCUS złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, podczas gdy Konsorcjum ARCUS nie wykazało, aby informacje znajdujące się w tych dokumentach stanowiły tajemnice przedsiębiorstwa

W związku z powyższym Odwołujący I wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania
oraz nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2)skierowania wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych przez Konsorcjum ARCUS;
3)udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami Konsorcjum ARCUS;
4)ponowna ocenę ofert.

Odwołujący wyjaśnił, że jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu i może ponieść szkodę w związku z bezprawnymi działaniami Zamawiającego polegającą na braku możliwości pozyskania zamówienia. Odwołujący wskazuje, że w świetle kryteriów oceny ofert zajmuje obecnie drugie miejsce, a tym samym ma realną szansę na uzyskanie zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że Zamawiający w pkt 7.2.6. Specyfikacji Warunków Zamówienia, Zamawiający postawił następujący warunek udziału
w postępowaniu:

„7.2.6. Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykażę, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie - wykonał co najmniej dwie podobne usługi polegające na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu, Inwestora Zastępczego lub Inspektora Nadzoru Inwestorskiego przy realizacji inwestycji w zakresie budowy dróg lub nawierzchni lotniskowych, o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 30 000 000,00 PLN (netto) każda. Przez usługę podobną należy rozumieć realizację kontraktu usługowego spełniającego łącznie następujące warunki: zawierającego wykonanie pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, Inwestora Zastępczego lub Inspektora Nadzoru Inwestorskiego o wartości nadzorowanych robót, co najmniej 30 000 000 PLN (netto), dodatkowo, nadzorowany kontrakt dotyczyć powinien realizacji inwestycji w sektorze drogowym lub lotniskowym. (Wykaz wykonanych usług załącznik do SWZ).

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zamawiający nie dopuszcza do sumowania doświadczenia. Wystarczające jest, by co najmniej jeden
z Wykonawców składających ofertę wspólną legitymował się wymaganym doświadczeniem

w realizacji dwóch usług opisanych powyżej. W odniesieniu do warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi,
do realizacji których te zdolności są wymagane."

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 13 grudnia 2024 r., Zamawiający wezwał Konsorcjum ARCUS do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. do wykazu usług wraz z referencjami, potwierdzający spełnienie ww. warunku.

W odpowiedzi na powyższe, Konsorcjum ARCUS złożyło wykaz, wskazując na dwie usługi:
1) Zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa drogi ekspresowej S7 Kraków – Rabka Zdrój na odcinku Lubień – Rabka Zdrój km 713+580,21 – km 729+410,00 oraz budowy nowego odcinka drogi krajowej nr 47 klasy GP na odcinku Rabka Zdrój – Chabówka km 0+000,00 – km 0+877,22 w tym odcinek I – „Budowa drogi ekspresowej S7 Kraków – Rabka Zdrój na odcinku Lubień - Naprawa,
od km ok 713+580 do ok 721+170,00 " nadzór nad budową drogi klasy S dla Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Krakowie. W wykazie usługa datowana jest na okres 22.06.2016 - 12.10.2022 , a wartość robót określono na kwotę 518 928 516,40 zł netto
2) Zarządzanie kontraktem i pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego pn. „Obwodnica Skawiny Etap II- od ul. Energetyków do drogi krajowej nr 44" dla Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie nadzór nad budową drogi klasy GP. W wykazie usługa datowana jest na okres: 12.06.2017 - 15.10.2020 a wartość robót określono na kwotę 33 528 614,35 zł netto.

Wykonawca załączył również referencje na potwierdzenie, że usługi były świadczone należycie.

Z referencji złożonej dla usługi z pkt 2 powyżej, Zamawiający Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie wskazał, że usługa zarządzania i nadzoru nad realizacją robót trwała w okresie od 03.08.2017r. do 31.07.2019r. Natomiast w okresie od 27.06.2019r. do dnia 15.10.2020r. usługa dot. nadzoru i zarządzania w okresie gwarancyjnym.

W ocenie Odwołującego powyższa okoliczność wskazuje, że Konsorcjum ARCUS nie wykazało spełnienia warunku z pkt. 7.2.6 SWZ, a tym samym wykonawca ten winien zostać wezwany do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wskazał, iż wykonawcy mają wykazać się dwoma usługami, z których każda dot. podobnej usługi, jak w przedmiotowym postępowaniu i dotyczy pełnienia usługi przy nadzorowaniu wykonywania robót, przy czym usługa ta musiała być wykonana w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Usługa wskazana w pkt 2 nie spełnia tak określonego warunku, gdyż została wykonana w okresie wcześniejszym niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert i skończyła się 31.07.2019r., co wprost wynika z referencji złożonej przez Konsorcjum ARCUS.

Jak wskazano już powyżej, warunek wprost dotyczyły świadczenia usługi nadzoru w okresie wykonywania robót, a nie w okresie gwarancji czy rękojmi a ponadto w ramach przedmiotowego zamówienia, Zamawiający nie przewidział sprawowania nadzoru w okresie gwarancyjnym w związku z czym brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że świadczenie usługi nadzoru w okresie gwarancji jest podobną usługą w rozumieniu warunku.

Z uwagi na fakt, że Konsorcjum ARCUS nie było wzywane do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego możliwym i koniecznym jest wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia, w celu oceny,
czy wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu.

W dalszej kolejności Odwołujący w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 2 odwołania podniósł, że w piśmie z dnia 8 listopada 2024 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum ARCUS do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum ARCUS za pismem z dnia 22 listopada 2024 r. najprawdopodobniej złożyło wyjaśnienia, przy czym Odwołującemu udostępniono jedynie właśnie pismo z dnia 22 listopada 2024 r. w zanonimizowanej wersji, ujawniając jedynie następujący fragment stanowiący uzasadnienie objęcia wyjaśnień poufnością z uwagi na zawarte w nich informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnośnie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazać należy, że w świetle art. 11
ust. 2 u.z.n.k., aby informacja mogła zostać skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa muszą zostać łącznie spełnione poniższe przesłanki:
1) są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,
2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Konsorcjum ARCUS w uzasadnieniu, że informacje w piśmie wraz z załącznikami w postaci kalkulacji cen i kosztów oraz zatrudniania personelu stanowi informacje organizacyjne i posiadają wartość gospodarczą oraz że nie były ujawniane do wiadomości publicznej, nie są znane konkurencji i wykonawca podjął określone środki niezbędne do zachowania poufności tych informacji tj. znane są wąskiemu kręgowi osób, które zobowiązały się do zachowania poufności oraz że są przechowywane i przesyłane również z zachowaniem zasad poufności.

Dyspozycja art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nakazuje wykonawcom wykazanie, a więc „coś więcej" niż wyłączne złożenie oświadczenia w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa. Na gruncie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się zatem, że wykonawca musi udowodnić, że faktycznie podjął środki zmierzające do zachowania w poufności określonych informacji. Przykładowo można wskazać na wyrok z dnia 28 czerwca 2021r. w sprawie sygn. akt KIO 1633/21, gdzie wskazano:*„Należy jednak zauważyć, że w art. 18 ust. 3 p.z.p. ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca "wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem "wykazał", co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie "oświadczenia", czy "deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg "udowodnienia". Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw "wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k."* 6

Odwołujący wskazuje, że wprawdzie Konsorcjum ARCUS zastrzegło poufność wyjaśnień jednak zastrzeżenie to należy uznać za nieskuteczne i Zamawiający winien udostępnić żądane dokumenty.

W aspekcie formalnym, podmiot zastrzegający informacje winien wykazać, że faktycznie podjął stosowne środki w celu zachowania poufności informacji. W uzasadnieniu Konsorcjum ARCUS oprócz gołosłownych twierdzeń nie znajduje się żaden dowód na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń tj. nie wykazano, że faktycznie osoby, które miały dostęp do informacji zobowiązały się do zachowania poufności, czy też że faktycznie dostęp do tych danych jest możliwy jedynie przy użyciu bliżej niesprecyzowanego kodu dostępu.

W ocenie Odwołującego już chociażby te okoliczności powodują, że zastrzeżenie należy uznać za bezskuteczne. Odnosząc się do materialnego aspektu tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący wskazał, że Konsorcjum ARCUS w swoich wyjaśnieniach uznał, iż informacje przedstawione w wyjaśnieniach mają wartość organizacyjną i gospodarczą. W ocenie Odwołującego brak jest podstaw do przyjęcia takiej tezy, a przynajmniej nie została ona wykazana przez Konsorcjum ARCUS.

Zdaniem Odwołującego o wartości gospodarczej informacji można mówić wtedy,
gdy informacje te posiadają pewną wartość ekonomiczną, tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski. Istotnym przy tym jest, że pojęcie wartości gospodarczej informacji należy oceniać w sposób obiektywny, co oznacza, że samo przekonanie wykonawcy o wartości posiadanej przez niego informacji nie jest wystarczające.
Nie ulega wątpliwości, że kalkulacja ceny ofertowej jest zawsze indywidualną sprawą każdego
z wykonawców, jednak uzasadnienie nie zawiera żadnych informacji pozwalających na przyjęcie tezy, że informacje dot. kalkulacji cenowej oparte są na jakimkolwiek know-how, czy indywidualnych właściwościach wykonawcy.

W ocenie Odwołującego również w tym aspekcie twierdzenia Konsorcjum ARCUS są gołosłowne i nie poparte żadnymi dowodami, czy nawet uzasadnieniem, które sprowadza się do stwierdzenia, że kalkulacja ceny i kosztów stanowi tajemnice przedsiębiorstwa.

Tym samym według Odwołującego, Zamawiający winien udostępnić wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, gdyż nie może budzić wątpliwości, że zastrzeżenie to nie ma żadnego uzasadnienia, Konsorcjum ARCUS nie wykazało, ani, że informacje posiadają jakiś walor gospodarczy
czy organizacyjny, ani że podjęło stosowne środki zmierzające do zachowania poufności tych informacji.

W dniu 18 lutego 2025 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia odwołanie w części, a to w zakresie zarzutów przedstawionych w pkt. 2 Odwołania, a dotyczących naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 i art. 18 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W dalszej kolejności Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części, a to w zakresie zarzutów przedstawionych w pkt. 1 Odwołania, dotyczących naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp i przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w tej części.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosili wykonawca Ayesa Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej oraz ZDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ARCUS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie oraz Firma Inżynierska ARCUS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w

Krakowie. Wykonawcy ci ponadto w piśmie z dnia 20 lutego 2025 r. przesłał pismo procesowe zawierające argumentację na poparcie wniosku o oddalenie odwołania wraz z dowodami.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień:

1. wykonawcy Ayesa Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiejzgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;
2. wykonawcy ZDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościuzgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ARCUS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie oraz Firma Inżynierska ARCUS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowań odwoławczych do których zgłosili przystąpienia.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie, który nie podlegał umorzeniu w związku z uwzględnieniem części zarzutów przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 521 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający do czasu otwarcia rozprawy może wnieść odpowiedź na odwołanie, w której zgodnie z ust. 2 tegoż przepisu ustosunkowuje się do treści odwołania, wskazuje twierdzenia i dowody na uzasadnienie swoich wniosków lub w celu odparcia wniosków i twierdzeń powołanych w odwołaniu.

Z kolei w świetle brzmienia art. 523 ust. 1 ustawy Pzp uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, może wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 lutego 2035 r. uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w części, tj. w zakresie zarzutów przedstawionych w pkt. 2 Odwołania, a dotyczących naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 i art. 18 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ARCUS spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie oraz Firma Inżynierska ARCUS spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie, którzy przystąpili
do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oświadczyli, że nie zgłaszają sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów.

W konsekwencji Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze, w przypadku, o którym mowa w art. 522 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie zaś z art. 522 ust. 4 Prawa zamówień publicznych w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów

Uwzględniając zaistniałe w przedmiotowym postępowaniu okoliczności faktyczne przywołane powyżej, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 568 pkt 3 w związku z art. 522
ust. 4 Prawa zamówień publicznych, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich

złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Izba biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W stanie faktycznym zaistniałym w rozpoznawanej sprawie uznać należało, że na uwzględnienie nie zasługiwał zarzut w zakresie naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego nie zastosowanie i zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ARCUS sp. z o.o. i Firmy Inżynierskiej ARCUS sp. z o.o. sp.k. (dalej: Konsorcjum ARCUS) do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług wraz
z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usługi w sytuacji, gdy złożony wykaz
nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Treść warunku udziału w postępowaniu, stanowiąca podstawę dla stawianego zarzutu, została zawarta rozdziale VII pkt 7.2.6 SWZ, zgodnie z którym:
„7.2.6. Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie - wykonał co najmniej dwie podobne usługi polegające na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu, Inwestora Zastępczego lub Inspektora Nadzoru Inwestorskiego przy realizacji inwestycji w zakresie budowy dróg lub nawierzchni lotniskowych, o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 30 000 000,00 PLN (netto) każda. Przez usługę podobną należy rozumieć realizację kontraktu usługowego spełniającego łącznie następujące warunki: zawierającego wykonanie pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, Inwestora Zastępczego lub Inspektora Nadzoru Inwestorskiego o wartości nadzorowanych robót, co najmniej 30 000 000 PLN (netto), dodatkowo, nadzorowany kontrakt dotyczyć powinien realizacji inwestycji w sektorze drogowym lub lotniskowym. (Wykaz wykonanych usług załącznik do SWZ).

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych Konsorcjum ARCUS złożyło wykaz usług, w którym wskazało jako referencyjną usługę m. in. zadanie pn. *Zarządzanie kontraktem i pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego pn. „Obwodnica Skawiny Etap II-od ul. Energetyków do drogi krajowej nr 44"; nadzór nad budową drogi klasy GP*, realizowaną na rzecz Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie. Wartość robót budowlanych nadzorowanych w ramach rzeczonej usługi określono na 33 528 614,35 zł netto, zaś jako okres pełnienia funkcji wskazano 12 czerwca 2017 r. – 15 października 2020 r.

Do wykazu dołączono poświadczenie z dnia 9 listopada 2020 r. wydane przez zamawiającego – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie. W pkt 3 poświadczenia zawierał umowny termin / okres realizacji przedmiotu umowy

- świadczenie usług zarządzania i nadzoru nad realizacją robót
  - okres podstawowy – od 3 sierpnia 2017 r. do dnia 3 grudnia 2018 r. (okres 16 miesięcy od pozyskania decyzji ZRID)
  - okres dodatkowy – od dnia 4 grudnia 2018 r. do dnia 31 lipca 2019 r.
- świadczenie usług nadzoru w okresie gwarancyjnym robót – od dnia 27 czerwca 2019 r. do dnia 15 października 2020 r.

Z kolei w pkt 4 poświadczenia wskazany został zrealizowany przedmiot / zakres umowy:
Przedmiot umowy obejmował świadczenie usług kompleksowego zarządzania i nadzoru w zakresie:

- zarządzania i nadzoru nad realizacją robót objętych zamówieniem *„OBWODNICA SKAWINY ETAP II zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na odcinku od ul. Energetyków do drogi krajowej nr 44"*
- nadzoru w okresie gwarancji i rękojmi udzielonej przez wykonawcę zamówienia *„OBWODNICA SKAWINY ETAP II zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na odcinku od ul. Energetyków do drogi krajowej nr 44" na zrealizowane roboty*

W tym stanie faktycznym Odwołujący twierdził, że wykonawca Konsorcjum ARCUS
nie wykazał spełnienia warunku z rozdziale VII pkt. 7.2.6 SWZ. Powyższe Odwołujący wywodził w pierwszej kolejności z okoliczności, iż kwestionowana usługa została wykonana w okresie wcześniejszym niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert i skończyła się 31 lipca 2019 r. co miało wynikać wprost z referencji złożonej przez Konsorcjum ARCUS W odniesieniu do powyższego wskazać należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego jego zarzutom wprost przeczy literalne brzmienie złożonych referencji. Treść poświadczenia w przywoływanych powyżej punkcie 3 i 4 jednoznacznie określa zarówno zakres zrealizowanej usługi jak również termin jej wykonania. Nie ulega wątpliwości, że referencyjna usługa obejmowała swoim zakresem także nadzór w okresie gwarancji i rękojmi udzielonej przez wykonawcę

zamówienia na zrealizowane roboty, jak również że okres realizacji przedmiotu umowy w tym zakresie zakończył się 15 października 2020 r. Tym samym twierdzenia Odwołującego przedstawione w odwołaniu w tym zakresie należy uznać za bezpodstawne i nie znajdujące oparcia w dokumentacji postępowania.

W dalszej kolejności jako bezpodstawne należy uznać twierdzenie Odwołującego jakoby treść warunku określonego w rozdziale VII pkt. 7.2.6 SWZ wprost dotyczyła świadczenia usługi nadzoru w okresie wykonywania robót, a nie w okresie gwarancji czy rękojmi. Powyższej argumentacji Odwołującego wprost przeczy brzmienie warunku określonego w SWZ, w którym Zamawiający oczekiwał aby wykonawca przedstawił dwie podobne usługi*polegające na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu, Inwestora Zastępczego lub Inspektora Nadzoru Inwestorskiego przy realizacji inwestycji w zakresie budowy dróg lub nawierzchni lotniskowych.* Zarówno w powyższej treści jak również w definicji usługi podobnej nie sposób odnaleźć ograniczenia, na które wskazuje Odwołujący uzasadniając stawiany zarzut. Zamawiający precyzuje w treści warunku wartość i rodzaj/charakter robót, które miały być objęte przedmiotem usługi wskazywanej przez wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, natomiast w żadnym punkcie postawionego warunku nie sposób odczytać aby ocena wymaganej usługi miała być ograniczona wyłącznie do okresu wykonywania robót. Przeciwnie – w treści warunku dwukrotnie wskazano, iż usługa ma obejmować pełnienie określonych funkcji *w okresie realizacji inwestycji,* a także że *nadzorowany kontrakt dotyczyć powinien realizacji inwestycji w sektorze drogowym lub lotniskowym.* Argumentację Odwołującego w tym zakresie należy tym samym uznać za niezasadną i opartą na interpretacji treści warunku dokonanej przez Odwołującego, a nieznajdującej oparcia w jego treści.

*Z*a nietrafioną należy uznać także argumentację Odwołującego, iż z uwagi na fakt,
iż Zamawiający nie przewidział sprawowania nadzoru w okresie gwarancyjnym brak jest podstaw do uznania, że świadczenie usługi nadzoru w okresie gwarancji jest podobną usługą w rozumieniu warunku. W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż Zamawiający definiując usługę podobną w żadnym punkcie tej definicji nie odwoływał się do zakresu przedmiotu zamówienia określonego w przedmiotowym postępowaniu, lecz ustanowił dla referencyjnych usług odrębne warunki, których spełnienia wymagał dla uznania warunku za spełniony. Niezależnie od powyższego należy wskazać, że w pkt 76 Opisu Przedmiotu Zamówienia Zamawiający wskazał, że do obowiązków wybranego wykonawcy należy m. in. *obsługa okresu gwarancyjnego (okres 5 lat od daty odbiorów końcowych):*

a) nadzór nad usunięciem usterek stwierdzonych w trakcie końcowego odbioru i w trakcie okresu gwarancyjnego oraz protokolarne potwierdzenie ich usunięcia,

b) raz w roku po dacie odbioru końcowego przez okres 5 lat organizowanie i przeprowadzanie przeglądów gwarancyjnych z udziałem Zamawiającego oraz odbiory usunięcia stwierdzonych wad i usterek,

Argumentację w tym zakresie należy zatem uznać za nietrafioną.

W konsekwencji sformułowany zarzut odwołania, iż w przedmiotowym przypadku złożony przez Konsorcjum ARCUS wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usługi nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego, nie znalazł potwierdzenia.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika.

Przewodniczący :……