

**WYROK**

Warszawa, dnia 11 marca 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KOGA GDAŃSK spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz DROGOMEX spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Baniosze,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Gminę Miasta Gdańsk – Gdański Zarząd Dróg i Zieleni, przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego Strabag spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia i wydatków 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.

Przewodnicząca:.....

**Uzasadnienie**

Gmina Miasta Gdańsk – Gdański Zarząd Dróg i Zieleni (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn.: „*Roboty drogowe i utrzymanie nawierzchni bitumicznych dróg na terenie Miasta Gdańska – 3 Obszary*”, nr postępowania: 77/B/IU/2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 12 grudnia 2024 r., numer publikacji ogłoszenia: 762059-2024, numer wydania Dz.U. S: 242/2024.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia KOGA GDAŃSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz DROGOMEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Baniosze (dalej: „Odwołujący”) 20 lutego 2025 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z rozdziałem II pkt 1.4 b) oraz 1.4. c) Specyfikacji Warunków Zamówienia przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy STRABAG Sp. z o.o., mimo że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej,
- 2) art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp przez wybór oferty wykonawcy STRABAG sp. z o.o., która nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,
- 3) art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez nie zachowanie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenie oferty wykonawcy STRABAG Sp. z o.o.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę.

W pierwszej kolejności Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego w przedmiocie: „*Roboty drogowe i utrzymanie nawierzchni bitumicznych dróg na terenie Miasta Gdańska – 3 Obszary*”. Odwołanie wnoszone jest w zakresie części I – Obszar - Oliwa. W części tej zostały złożone dwie oferty, jak niżej, mieszczące się w budżecie Zamawiającego, tj. oferta Odwołującego i wykonawcy Strabag.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w SWZ postawił m.in. następujące warunki udziału w Postępowaniu – w zakresie zdolności technicznych i zawodowych – Rozdział II pkt 1.4 b) i c):

4) Zdolność techniczna i zawodowa:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

b) wykonał naprawy nawierzchni bitumicznych przy zastosowaniu asfaltu lanego w ilości nie mniejszej niż 1200 ton asfaltu wbudowanego.

c) dysponuje minimum 2 kotłami służącymi do transportu (ewentualnie wytworzenia i transportu) asfaltu lanego w ilości łącznej nie mniejszej niż 12 ton.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że w toku Postępowania Zamawiający na wniosek zainteresowanych (najpewniej wykonawcy STRABAG Sp. z o.o.) dokonał modyfikacji ww. warunków udziału w Postępowaniu, jak niżej:

Pytanie i odpowiedź Zamawiającego – pismo z 03.01.2025 r.

Pytanie nr 18:

W związku ze zmianą warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej – pkt II. 1. 4) b), Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że Zamawiający uzna za spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie pkt II. 1. 4) c) SWZ, w przypadku dysponowania przez Wykonawcę minimum 2 termosami ślimakowymi do asfaltu (np. HYDROG TR-H lub podobny) służącymi do transportu (ewentualnie wytworzenia i transportu) mieszanki mineralno-asfaltowej wytworzonej w wytwórni, w ilości łącznej nie mniejszej niż 12 ton.

Odpowiedź:

Tak, Zamawiający potwierdza, że uzna za spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie pkt II. 1. 4) c) SWZ, w przypadku dysponowania przez Wykonawcę minimum 2 termosami ślimakowymi do asfaltu (np. HYDROG TR-H lub podobny) służącymi do transportu (ewentualnie wytworzenia i transportu) mieszanki mineralno-asfaltowej wytworzonej w wytwórni, w ilości łącznej nie mniejszej niż 12 ton.

Pytanie i odpowiedź Zamawiającego – pismo z 20.12.2024 r.

Pytanie nr 1:

Wykonawca wnosi o zmianę wymagań w zakresie zdolności technicznej i zawodowej – pkt II. 1. 4) b).

Obecny zapis: wykonał naprawy nawierzchni bitumicznych przy zastosowaniu asfaltu lanego w ilości nie mniejszej niż 1200 ton asfaltu wbudowanego.

Wnioskowany zapis: wykonał naprawy nawierzchni bitumicznych przy zastosowaniu mieszanki mineralno-asfaltowej na gorąco w ilości nie mniejszej niż 1200 ton wbudowanej mieszanki.

Obecny zapis w znacznym stopniu ogranicza konkurencję, a tym samym może powodować zawyżanie cen ofertowych. Nadmienić należy, że wbudowywanie mieszanek samozagęszczalnych (asfalt lany) wymaga mniejszego nakładu pracy niż tradycyjnych mieszanek mineralno-asfaltowych. Ponadto asfalt lany jest jednym z rodzajów mieszanek mineralno – asfaltowych produkowanych na gorąco, więc proponowana zmiana nie ogranicza pierwotnego warunku udziału w postępowaniu, a go rozszerza, tj. Wykonawca spełniający wymagania zawarte w obecnym zapisie SWZ pkt II. 1. 4) b) spełni również zaproponowane wymagania.

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę oraz modyfikuje treść SWZ pkt II. 1. 4) b):

Jest:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

a) wykonał nawierzchnie bitumiczne przy zastosowaniu mieszanek mineralno-bitumicznych w ilości nie mniejszej niż 15 000 m<sup>2</sup>,

b) wykonał naprawy nawierzchni bitumicznych przy zastosowaniu asfaltu lanego w ilości nie mniejszej niż 1200 ton asfaltu wbudowanego.

Winno być:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

a) wykonał nawierzchnie bitumiczne przy zastosowaniu mieszanek mineralno-bitumicznych w ilości nie mniejszej niż 15 000 m<sup>2</sup>,

b) wykonał naprawy nawierzchni bitumicznych przy zastosowaniu mieszanki mineralno-asfaltowej na gorąco w ilości nie mniejszej niż 1200 ton wbudowanej mieszanki.

Odwołujący podkreślił, że rolą zamawiającego jest takie dookreślenie warunków udziału w postępowaniu, które zapewni wybór oferty wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, tj. wykonawcy mającego wymagane doświadczenie, czy też sprzęt, po to, aby umożliwić realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Jeżeli zatem oferent nie dysponuje na etapie Postępowania wymaganym doświadczeniem lub sprzętem (nie jest w stanie się nim wykazać) to nie powinien spełnić postawionego warunku, a tym samym zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona. Ad warunku wykonania nawierzchni bitumicznych – pkt II.1.4. b) SWZ

Odwołujący wyjaśnił, że na wykazanie spełnienia ww. warunku STRABAG Sp. z o.o. przedstawił referencje Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku dot. wykonania napraw, jak niżej:

*„Naprawa nawierzchni bitumicznych dróg wojewódzkich na terenie Rejonu Dróg Wojewódzkich w Siemiatyczach w 2020 roku” Naprawa nawierzchni bitumicznych (remont cząstkowy i remont ubytków) przy zastosowaniu mieszanki mineralno – bitumicznej na gorąco w ilości 1463,77 ton”*

oraz

*„Naprawa nawierzchni bitumicznych dróg wojewódzkich na terenie Rejonu Dróg Wojewódzkich w Siemiatyczach w 2021 roku” Naprawa nawierzchni bitumicznych (remont cząstkowy i remont ubytków) przy zastosowaniu mieszanki mineralno – bitumicznej na gorąco w ilości 1281,09 ton”.*

Odwołujący wskazał, że mieszanka asfaltu lanego jest porównana do asfaltobetonu, czyli innego rodzaju mieszanki mineralno-bitumicznej niż wymaga tego Zamawiający i która ma zupełnie inny sposób układania, tj. przede wszystkim jest układana ręcznie, a nie mechanicznie. Na dzień składania ofert wykonawca STRABAG Sp. z o.o. nie posiadał takiego doświadczenia (pytanie nr 1 z dnia 20.12.2024). Ponadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że referencje, które przedłożył wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich nie mówią wprost o ilości wbudowania wymaganych 1200 ton, oraz co to były za naprawy nawierzchni bitumicznych.

Odwołujący podniósł też, że pismem z dnia 7.02.2025 r. zwrócił Zamawiającemu uwagę, ażeby badając oferty w Postępowaniu – spełnienie warunku udziału w Postępowaniu – miał na uwadze wymagania, jakie sam postawił. Zgodnie z ww. pismem Odwołujący wskazał:

*„W przedmiarze inwestorskim Obszar I – Oliwa pozycja 2 i 3 opisana jest przez KNR 2-311107-01,02 (wyrównanie lokalnych nierówności mieszanką asfaltu lanego).*

*Obie pozycje wynoszą łącznie 2000t. Pozycja nr 5 w przedmiarze opisana przez KNR 2-31 1106-01 (Remont nawierzchni bitumicznej mieszanką mineralno-asfaltową) występuje w ilości 100t. Podane wyżej wartości przedmiarowe świadczą o tym, że Inwestor zakłada wykonanie większości remontów mieszanką asfaltu lanego.*

*Ponadto wymieniony wyżej katalog opisuje dokładnie technologie wykonywania remontów oraz wylicza nakłady robocizny, materiału i sprzętu na jedną tonę wbudowanej mieszanki. Wymienione wyżej katalogi mają różne numery, w związku z tym nie są tożsame i nie można stosować ich zamiennie. Wynika to z opisów czynności oraz użytego sprzętu w tychże katalogach. Tym samym, poddajemy w wątpliwość argument, iż wykonanie remontu cząstkowego z asfaltu lanego wymaga mniejszego nakładu pracy aniżeli betonem asfaltowym.*

*Obu wymienionych technologii nie możemy traktować równoważnie.*

*Zwracamy uwagę Zamawiającemu, że Wykonawca ma otwartą drogę do wykonywania wszystkich prac polegających na remontach cząstkowych przez zastosowanie technologii betonu asfaltowego.*

*Potwierdza to odpowiedź na pytanie nr 18 z dnia 03.01.2025r., dotycząca dysponowania przez Wykonawcę minimum dwoma termosami ślimakowymi do asfaltu np. Hydrog TR-H (termosy dedykowane do transportu betonu asfaltowego).*

*Stoi to w sprzeczności z odpowiedziami na pytanie 5 oraz pytanie 6 z dnia 24.12.2024r.*

*Czy Zamawiający liberalizując zakres zdolności technicznej i zawodowej, nie doprowadził do uprzywilejowania Wykonawcy?. Przez to Zamawiający umożliwił dopuszczenie do postępowania przetargowego Wykonawcy, który nie ma doświadczenia i nie posiada sprzętu potrzebnego do wykonania zadań zgodnie z technologią opisaną przez pozycje katalogowe użyte w przedmiarze inwestorskim. W związku ze stanowiskiem Inwestora, które wynika z udzielonych odpowiedzi Zamawiający winien na etapie postępowania przetargowego zmieniać pozycje kosztorysowe.”*

Odwołujący przywołał również treść pytania i odpowiedzi nr 5 i 6 z dnia 24.12.2024 r. (wyjaśnienie SWZ):

Pytanie nr 5:

Czy Zamawiający wymaga od potencjalnego Wykonawcy, aby posiadał możliwość produkcji asfaltu lanego także w okresie zimowym, kiedy nie funkcjonują wytwórnie mas bitumicznych?

Odpowiedź:

Zamawiający będzie wymagał od Wykonawcy realizacji przedmiotu zamówienia przy użyciu asfaltu lanego w ciągu całego roku (w tym w okresie zimowym). W związku z powyższym Wykonawca musi zapewnić we własnym zakresie (w każdej porze roku) niezbędne do realizacji zleceń materiały.

Pytanie nr 6:

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający wymaga od potencjalnego Wykonawcy gotowości do realizacji zleceń w

zakresie asfaltu lanego przez dwa niezależne zespoły. Wymóg ten został opisany w §4 ust. 7 umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza wymóg posiadania przez Wykonawcę gotowości do realizacji zleceń w zakresie naprawa przy użyciu asfaltu lanego przez dwa niezależne zespoły. Wymóg ten został opisany w § 4 ust. 7 umowy.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do ww. pisma, ani też nie uwzględnił jego treści podejmując czynności w Postępowaniu; nie dochował tym samym należytej staranności wobec zasadnych uwag wykonawcy (Odwołującego), mających niewątpliwie wpływ na wynik Postępowania.

Ad warunku dysponowania minimum 2 kotłami – pkt II.1.4. c) SWZ

Odwołujący wyjaśnił, że w odniesieniu do powyższego warunku wykonawca STRABAG Sp. z o.o. przedstawił: *Kocioł służący do transportu (ewentualnie wytworzenia i transportu) asfaltu lanego w ilości łącznej nie mniejszej niż 12 ton Hydrog TR-4H (termos ślimakowy do asfaltu – zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 18 z dnia 03.01.2025 r.)*”.

Odwołujący wskazał, że na wniosek wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. Zamawiający uznał za spełnienie warunku udziału w postępowaniu sprzęt nie spełniający swoją charakterystyką wymogów technicznych wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający dopuścił: „termos ślimakowy do asfaltu (np. HYDROG TR-H lub podobny) służącymi do transportu (ewentualnie wytworzenia i transportu) mieszanki mineralno-asfaltowej wytworzonej w wytwórni, w ilości łącznej nie mniejszej niż 12 ton” – pytanie nr 18 z dnia 03.01.2025 r.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w zakresie sformułowanego pytania nr 18 zainteresowany wykonawca nie sprecyzował konkretnie modelu, asekurując się sformułowaniem „lub podobny”, wprowadzając Zamawiającego celowo w błąd, tym samym nie do końca można było zweryfikować, o który model chodzi, tj. jaki konkretnie model spełni wymagania Zamawiającego. W momencie, gdy wykonawca na wezwanie Zamawiającego podał konkretny model Hydrog TR-4H (termos ślimakowy do asfaltobetonu) Zamawiający nie dołożył wszelkich starań (nie dopełnił należytej staranności), aby z informacji ogólnodostępnych zamieszczonych chociażby na stronie producenta [www.hydrog.com.pl](http://www.hydrog.com.pl) sprawdzić dane techniczne sprzętu i upewnić się, że nie jest on przydatny do wykonania wymaganych prac. Odwołujący wyjaśnił, że w termosie Hydrog TR-4H brak jest mieszadła pionowego, co dyskwalifikuje go do przewozu mieszanki asfaltu lanego lub ewentualnego wytworzenia asfaltu lanego i odwołał się do informacji znajdujących się na stronie producenta oraz przedstawił jako dowód swoją korespondencję z Hydrog, z której wynika, że Hydrog TR-4H, *nie służy do pracy z asfaltem lanym. W związku z powyższym nie spełnia technicznych wymagań, co do: - transportu mieszanki asfaltu lanego, - wytworzenia / sporządzenia mieszanki asfaltu lanego (połączenia kruszyw, mączki wapiennej, lepiszcza w jednorodną mieszankę)*”.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w sposób nieuprawniony, albo całkowicie przedwczesny, dokonał pozytywnej weryfikacji oświadczeń wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. w zakresie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Zaoferowany przez tego wykonawcę sprzęt w postaci Hydrog TR-4H NIE SPEŁNIA POSTAWIONEGO WYMOGU, co transportu (ewentualnie wytworzenia i transportu) asfaltu lanego.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dopuścił tym samym wykonawcę nie spełniającego wymagań formalnych dot. wiedzy i niezbędnego doświadczenia, posiadanego sprzętu potrzebnego do wykonania zadania. Zamawiający ma świadomość, że posiadanie kotłów do transportu asfaltu lanego jest kluczowe i niezbędne. Wartość robót (poz. 1,2,3 kosztorysu ofertowego) z wykorzystaniem kotłów do transportu asfaltu lanego to aż 42% całego zamówienia (4 128 438,42 zł brutto). Stąd też mając tę wiedzę Zamawiający świadomie postawił posiadany warunek w zakresie potencjału sprzętowego. Powinien jednak być konsekwentny i dokonać rzetelnej weryfikacji postawionego warunku przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. Odwołujący posiada na własność taki sprzęt i ma też doskonałą wiedzę, szczególnie na lokalnym trójmiejskim rynku, kto dysponuje, a kto nie wymagany w Postępowaniu potencjałem sprzętowym; na pewno takim potencjałem nie dysponuje STRABAG Sp. z o.o., co też znalazło odzwierciedlenie w tym Postępowaniu, w zakresie zadawanych pytań do SWZ, a finalnie złożenia oferty przez tego wykonawcę. Wykonawca STRABAG Sp. z o.o. w żaden sposób nie wykazał Zamawiającemu, że dysponuje WYMAGANYM SPRZĘTEM, O OKREŚLONYCH PARAMETRACH. Wykonawca STRABAG Sp. z o.o. nie udowodnił także Zamawiającemu, że wykonał naprawy nawierzchni bitumicznych przy zastosowaniu mieszanki mineralno-asfaltowej na gorąco.

W złożonej pismem z 5 marca 2025 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, m.in., że zmianą warunku udziału w postępowaniu dokonał zwiększenia konkurencji czym nie naruszył podstawowych zasad udzielania zamówień wymienionych w art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz proporcjonalności. Ponadto, Zamawiający wskazał, że W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający wymagał następujących podmiotowych środków dowodowych:

1) wykazu robót budowlanych wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane,

2) dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty.

Zamawiający wyjaśnił, że w ramach dokumentów przedłożonych na wezwanie otrzymał od Wykonawcy STRABAG Sp. z o.o.:

1) wykaz robót budowlanych (plik o nazwie „Wykazy”), który w swej treści w pkt. 3 i 4 potwierdza spełnianie warunku wbudowania 1200 Ton asfaltu jednoznacznie określając ilość i rodzaj wykonanych prac tj. „Naprawa nawierzchni bitumicznych (remont cząstkowy i remont ubytków) przy zastosowaniu mieszanki mineralno – bitumicznej na gorąco w ilości 1463,77 ton” realizowane w 2020r. oraz „Naprawa nawierzchni bitumicznych (remont cząstkowy i remont ubytków) przy zastosowaniu mieszanki mineralno – bitumicznej na gorąco w ilości 1281,09 ton.” realizowane w 2021r.

2) dowody w postaci referencji (pliki o nazwie „Referencje nr 1-4”), których zadaniem jest potwierdzenie, że prace wskazane w „Wykazie” zostały wykonane w sposób należyty.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący błędnie zakłada i oczekuje, że to tylko z treści referencji, winny wynikać szczegółowe opisy wykonanych prac, których żąda Zamawiający pomijając całkowicie funkcje jaką pełni wykaz zamówień wykonawcy. Jak pokazuje ugruntowane orzecznictwo w tej sprawie wykonawca składając dokumenty na wezwanie nie ma obowiązku posiadać i przedkładać referencji, które odpowiadają w 100% treści postawionego warunku przez zamawiającego. Funkcją tą pełni wykaz wykonanych zamówień, który pozwala w odpowiedni sposób na prezentację posiadanego doświadczenia przez wykonawcę, szczególnie gdy wymagane doświadczenie jest choćby częścią większego zamówienia.

Zamawiający podał też, że jednym z warunków udziału w postępowaniu było posiadanie minimum 2 kotłów służących do transportu (ewentualnie wytworzenia i transportu) asfaltu lanego w ilości łącznej nie mniejszej niż 12 ton. Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 03.01.2025r. przez odpowiedź na pytanie wykonawcy Zamawiający potwierdził, że uzna za spełnienie warunku udziału w postępowaniu, jeżeli Wykonawca będzie dysponował minimum 2 termosami ślimakowymi do asfaltu (np. HYDROG TR-H lub podobny) służącymi do transportu (ewentualnie wytworzenia i transportu) mieszanki mineralno-asfaltowej wytworzonej w wytwórni, w ilości łącznej nie mniejszej niż 12 ton.

Zamawiający wyjaśnił, że taką informację w postaci wyjaśnień zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania i jest ona jawna oraz dostępna do chwili obecnej dla wszystkich Wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Zgodnie z art. 513 i 515 ustawy Pzp, odwołanie na niezgodną z przepisami czynność zamawiającego (m.in. treść warunku, wyjaśnienia bądź modyfikacje), winno zostać złożone w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji (tutaj od dnia publikacji 03.01.2025r.). Odwołanie w tym zakresie nie zostało złożone. Zatem Zamawiający dokonując oceny złożonych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest związany udzielonym wyjaśnieniem i nie może inaczej dokonać oceny podmiotowych środków dowodowych w tym zakresie, w sposób odmienny z udzieloną odpowiedzią zamieszczoną na stronie Zamawiającego. Wyjaśnienia i modyfikacje publikowane na stronie prowadzonego postępowania w myśl zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz przejrzystości prowadzonego postępowania dotyczą każdego wykonawcy w równym stopniu i należy je uwzględnić przygotowując i składając ofertę oraz dokumenty.

Jednocześnie Zamawiający uważa, iż podnoszona obecnie w odwołaniu argumentacja jest spóźniona gdyż odnosi się do warunków udziału w postępowaniu a czas na ich kwestionowanie upłynął po 10 dniach od dokonanej czynności zmiany warunku.

Zamawiający podkreślił, że Strabag przedkładając wymagane dokumenty potwierdził każdy z wymaganych warunków w zakresie doświadczenia praktycznie 2 krotnie. Przedstawione dokumenty Zamawiający ocenił, jako potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że Wykonawca STRABAG Sp. z o.o. w podmiotowych środkach dowodowych złożonych na wezwanie Zamawiającego w dniu 31.01.2025r., w pliku o nazwie „Wykazy” w poz. 3. Tabeli wskazał choćby „ Dot. wykonania napraw: „Naprawa nawierzchni bitumicznych dróg wojewódzkich na terenie Rejonu Dróg Wojewódzkich w Siemiatyczach w 2020 roku” Naprawa nawierzchni bitumicznych (remont cząstkowy i remont ubytków) przy zastosowaniu mieszanki mineralno-bitumicznej na gorąco w ilości 1463,77 ton”, a dowód na należyte wykonanie robót stanowią „Referencje nr 3” wystawione przez Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku.

Zgodnie z argumentacją wskazaną w odpowiedzi na zarzut 3, Zamawiający otrzymał od Wykonawcy STRABAG Sp. z o.o.:

1) wykaz robót budowlanych (plik o nazwie „Wykazy”), potwierdzający wykonanie napraw w żądanej ilości i rodzaju prac,  
2) dowody w postaci referencji (pliki o nazwie „Referencje nr 1-4”), potwierdzające należyte wykonanie wskazanych robót.

Zamawiający potwierdził, iż wskazane przez Odwołującego ilości poszczególnych pozycji zostały ujęte w kosztorysie ofertowym. Zamawiający jednocześnie wyjaśnił, że Specyfikacji Warunków Zamówienia przewiduje możliwość skorzystania z prawa opcji poprzez zwiększenie do 300% przedmiotu zamówienia a skorzystanie z tego prawa Zamawiający zastrzega sobie w zakresie całego zamówienia lub w częściach. W efekcie wskazane przez Konsorcjum proporcje mogą się diametralnie zmienić. Zamawiający stoi jednocześnie na stanowisku, że naprawy cząstkowe z mieszanki mineralno-asfaltowej wymagają w zdecydowanej ilości przypadków większego doświadczenia, natomiast w przypadku jednego z jej rodzaju tj. asfaltu lanego - przynajmniej takiego samego. W ogólnym rozrachunku zdaniem Zamawiającego należy uznać, że wykonywanie prac z mieszanki mineralno-asfaltowej wymaga większego doświadczenia.

Dodatkowo Zamawiający zaznaczył, że dokonana przez niego modyfikacja jednego z warunków udziału w postępowaniu, odnosiła się jedynie do wymagań dotyczących zdolności technicznej i zawodowej wykonawców, którzy mogą uczestniczyć w postępowaniu. Nie dotyczyła ona natomiast zmian w pozycjach kosztorysowych ani zmian planowanej technologii remontów przewidzianych do realizacji.

Odnosząc się do całości odwołania, Zamawiający wyraził stanowisko, że żadne z uchybień, nieprawidłowości, zaniedbań wskazanych przez Odwołującego, nie nastąpiło. Przedstawione zarzuty są bezpodstawne a część z nich wynika z niewłaściwego zrozumienia zasad prowadzenia postępowania i niewłaściwego łączenia Specyfikacji Warunków Zamówienia z kosztorysem inwestorskim, a często też, niewłaściwie, ich rozdzielnego traktowania. Postępowanie nie faworyzowało żadnego wykonawcy a wg odwołującego powinno faworyzować jedynego wykonawcę, który aktualnie swoim odwołaniem wskazuje, że naruszono jego interes poprzez zwiększenie konkurencji w postępowaniu i utracił on przez to zamówienie, co nie jest ze względów oczywistych żadnym naruszeniem zasad udzielania zamówień.

Wykonawca Strabag pismem z 6 marca 2025 r. przedstawił pisemne stanowisko i wniósł o oddalenie odwołania. Wykonawca wskazał, że odwołanie w znacznej części sprowadza się do kwestionowania dokonanych przez Zamawiającego zmian warunków udziału w odniesieniu do pkt II.1.4) lit. b) oraz lit. c) SWZ i wywodzenia, jakoby STRABAG nie był podmiotem zdolnym sprostać wykonaniu zamówienia. Zdaniem Wykonawcy, wbrew stanowisku Konsorcjum, Zamawiający był uprawniony do zmiany warunków udziału w postępowaniu w sposób, w jaki uczynił to w odpowiedzi na pytanie nr 18 i w tym względzie nie naruszył przepisów ustawy Pzp.

bez znaczenia na obecnym etapie jest jak brzmiała pierwotna treść warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy doszło do ich skutecznej zmiany przez Zamawiającego. Z punktu widzenia tej sprawy istotne jest jedynie to, czy STRABAG spełnia ostatecznie ukształtowane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, a w szczególności te z pkt II.1.4) lit. b) oraz lit. c) SWZ.

STRABAG wskazał, że spełnia oba warunki z pkt II.1.4) lit. b) oraz c) SWZ w brzmieniu, który został im ostatecznie nadany przez Zamawiającego, a także w zakresie dopuszczonym przez niego w odpowiedziach na pytania do treści SWZ, co zostało przez niego wykazane stosownymi dokumentami. Wykonawca zwrócił uwagę, że Konsorcjum w odwołaniu nie kwestionuje, że STRABAG posiada co najmniej 2 termosy ślimakowe do asfaltu służące do transportu (ewentualnie wytworzenia i transportu) mieszanki mineralno-asfaltowej wytworzonej w wytwórni, w ilości łącznej nie mniejszej niż 12 ton. W zakresie pierwszego z omawianych warunków wprawdzie kwestionuje wykazanie jego spełnienia (co nie jest równoznaczne z tym, aby negował samo spełnienie tego warunku), niemniej w tym względzie nie przedstawia żadnych dowodów ograniczając się do gołosłownych twierdzeń. Warunek udziału w postępowaniu dotyczącymi dysponowania kotłami (pkt II.1 pkt 4) lit. c) SWZ) Zamawiający uznał w następstwie odpowiedzi na pytanie nr 18 za spełniony również wówczas, gdy wykonawca dysponować będzie „minimum 2 termosami ślimakowymi do asfaltu (np. HYDROG TR-H lub podobny) służącymi do transportu (ewentualnie wytworzenia i transportu) mieszanki mineralno-asfaltowej wytworzonej w wytwórni, w ilości łącznej nie mniejszej niż 12 ton”. Warunek udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej jeśli chodzi o kotły ostatecznie nie sprowadzał się wyłącznie do kotłów służących do transportu asfaltu lanego, lecz również termosów do transportu mieszanki mineralno-asfaltowej wytworzonej w wytwórni. Przystępujący podkreśla, że dla spełnienia ww. warunku wykazał dysponowanie termosami do transportu mieszanki mineralno-asfaltowej wytworzonej w wytwórni, a nie kotłami do transportu asfaltu lanego. Nie jest zatem zgodne z rzeczywistością twierdzenie Odwołującego w nb 10 odwołania. STRABAG wskazał, że na żadnym etapie postępowanie nie twierdził, że termos Hydrog TR-4H nadaje się do przewozu asfaltu lanego i posiada mieszadło pionowe. Jest to w kontekście warunku wynikającego z pkt II.1.4) lit. c) SWZ i ukształtowanego odpowiedzią na pytanie nr 18 bez znaczenia, skoro Zamawiający nie oczekiwał od oferentów wykazania się dysponowaniem wyłącznie 2 kotłami do przewozu asfaltu lanego, lecz również dla spełnienia tego warunku i mając na uwadze zmianę dot. pkt II.1.4) lit. b) SWZ dopuścił dysponowanie termosami do transportu mieszanki mineralno-asfaltowej wytworzonej w wytwórni.

W zakresie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt II. 1.4 lit. b), Wykonawca wskazał, że brak wskazania w referencjach wprost ilości wbudowanej mieszanki i rodzaju napraw nawierzchni w żadnej mierze nie oznacza, iż STRABAG nie posiada i nie wykazał posiadania wymaganej zdolności zawodowej. Ocena spełnienia warunku udziału w

postępowaniu odnośnie zdolności technicznej lub zawodowej odbywa się więc przez pryzmat wykazu robót oraz złożonych referencji. Zamawiający bada te dokumenty łącznie. Nieuprawnionym byłoby dokonywanie oceny tych dokumentów osobno tudzież ograniczenie się do badania wyłącznie jednego z nich (a w szczególności samych referencji), skoro treść referencji zależy każdorazowo od podmiotu, który wystawia takie referencje. Wykonawca wskazał też, że jeśli Odwołujący kwestionuje prawdziwość przedstawionych przez STRABAG dowodów dotyczących spełnienia warunku zdolności zawodowej winien w tym względzie zgodnie z ciężarem dowodzenia, okoliczność tę wykazać. Tymczasem w odwołaniu ograniczono się do głoślowego negowania podmiotowych środków dowodowych przedstawionych przez STRABAG, co jest działaniem dalece niewystarczającym.

**Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: „Izba” lub „KIO”), rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.**

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

**Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.**

Pierwotne brzmienie spornych warunków udziału w postępowaniu opisanych w specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) było następujące:

„(...) *Zdolność techniczna i zawodowa:*

*Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaze, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:*

(...)

b) *wykonał naprawy nawierzchni bitumicznych przy zastosowaniu asfaltu lanego w ilości nie mniejszej niż 1200 ton asfaltu wbudowanego.*

(...)

c) *dysponuje minimum 2 kotłami służącymi do transportu (ewentualnie wytworzenia i transportu) asfaltu lanego w ilości łącznej nie mniejszej niż 12 ton (...).*”

W toku postępowania o zamówienie wykonawcy zwracali się do Zamawiającego z pytaniami do SWZ, a Zamawiający udzielił odpowiedzi i wyjaśnień pismami z 20 grudnia 2024, 24 grudnia 2024 r oraz z 3 stycznia 2025 r.

Pismem z 20 grudnia 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1 o treści:

„*Wykonawca wnosi o zmianę wymagań w zakresie zdolności technicznej i zawodowej – pkt II. 1. 4) b).*

*Obecny zapis: wykonał naprawy nawierzchni bitumicznych przy zastosowaniu asfaltu lanego w ilości nie mniejszej niż 1200 ton asfaltu wbudowanego.*

*Wnioskowany zapis: wykonał naprawy nawierzchni bitumicznych przy zastosowaniu mieszanki mineralno-asfaltowej na gorąco w ilości nie mniejszej niż 1200 ton wbudowanej mieszanki.*

*Obecny zapis w znacznym stopniu ogranicza konkurencję, a tym samym może powodować zawyżanie cen ofertowych.*

*Nadmienić należy, że wbudowywanie mieszanek samozagęszczalnych (asfalt lany) wymaga mniejszego nakładu pracy niż tradycyjnych mieszanek mineralno-asfaltowych. Ponadto asfalt lany jest jednym z rodzajów mieszanek mineralno – asfaltowych produkowanych na gorąco, więc proponowana zmiana nie ogranicza pierwotnego warunku udziału w postępowaniu, a go rozszerza, tj. Wykonawca spełniający wymagania zawarte w obecnym zapisie SWZ pkt II. 1. 4) b) spełni również zaproponowane wymagania.”, odpowiedział: „Zamawiający wyraża zgodę oraz modyfikuje treść SWZ pkt II. 1. 4) b):*

*Jest:*

*Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaze, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:*

a) *wykonał nawierzchnie bitumiczne przy zastosowaniu mieszanek mineralno-bitumicznych w ilości nie mniejszej niż 15 000 m<sup>2</sup>,*

b)wykonał naprawy nawierzchni bitumicznych przy zastosowaniu asfaltu lanego w ilości nie mniejszej niż 1200 ton asfaltu wbudowanego.

Winno być:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

a)wykonał nawierzchnie bitumiczne przy zastosowaniu mieszanek mineralno-bitumicznych w ilości nie mniejszej niż 15 000 m<sup>2</sup>,

b)wykonał naprawy nawierzchni bitumicznych przy zastosowaniu mieszanki mineralno-asfaltowej na gorąco w ilości nie mniejszej niż 1200 ton wbudowanej mieszanki.”.

Następnie, pismem z 3 stycznia 2025 r., Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 18 o treści: „W związku ze zmianą warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej – pkt II. 1. 4) b), Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że Zamawiający uzna za spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie pkt II. 1. 4) c) SWZ, w przypadku dysponowania przez Wykonawcę minimum 2 termosami ślimakowymi do asfaltu (np. HYDROG TR-H lub podobny) służącymi do transportu (ewentualnie wytworzenia i transportu) mieszanki mineralno-asfaltowej wytworzonej w wytwórni, w ilości łącznej nie mniejszej niż 12 ton.”, udzielił odpowiedzi: „Tak, Zamawiający potwierdza, że uzna za spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie pkt II. 1. 4) c) SWZ, w przypadku dysponowania przez Wykonawcę minimum 2 termosami ślimakowymi do asfaltu (np. HYDROG TR-H lub podobny) służącymi do transportu (ewentualnie wytworzenia i transportu) mieszanki mineralno-asfaltowej wytworzonej w wytwórni, w ilości łącznej nie mniejszej niż 12 ton.”. Ponadto, Zamawiający zastrzegł: „Powyższe należy uwzględnić przygotowując ofertę. Pozostałe zapisy pozostają bez zmian.”.

Zgodnie z rozdziałem 3 SWZ „Podmiotowe środki dowodowe”, Zamawiający wskazał: „3. Dokumenty wymagane od Wykonawcy, składane na wezwanie Zamawiającego:

1) wykaz wykonanych robót, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty zostały wykonane;

2) dowody określające czy te roboty zostały wykonane lub są wykonywane należycie, np. referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane w okresie ostatnich 3 miesięcy; (...).”.

Na podstawie informacji z otwarcia ofert (pismo z 17 stycznia 2025 r.), Izba ustaliła, że w Obszarze I złożono dwie oferty, tj. przez Odwołującego i przez Przystępującego. Zamawiający pismem z 22 stycznia 2025 r. wezwał Przystępującego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia m.in. „(...) 7) Wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, potwierdzającego, że Wykonawca w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

a)wykonał nawierzchnie bitumiczne przy zastosowaniu mieszanek mineralno-bitumicznych w ilości nie mniejszej niż 15 000 m<sup>2</sup>,

b)wykonał naprawy nawierzchni bitumicznych przy zastosowaniu mieszanki mineralno-asfaltowej na gorąco w ilości nie mniejszej niż 1200 ton wbudowanej mieszanki,

8) Dowodów określających czy te zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie, np. referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego zamówienia były wykonywane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane w okresie ostatnich 3 miesięcy, 9) Wykazu urządzeń technicznych potwierdzającego, że Wykonawca dysponuje:

a) minimum 2 kotłami służącymi do transportu (ewentualnie wytworzenia i transportu) asfaltu lanego w ilości łącznej nie mniejszej niż 12 ton,

b) minimum 1 szt. rozścielacza do układania mieszanki mineralno-bitumicznej sterowanego elektronicznie o wydajności min. 100 ton/h,

c) minimum 2 szt. walca do zagęszczania mieszanek mineralno-bitumicznych, (...).”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył wykaz robót, gdzie w poz. 3 tego wykazu wskazał „Dot. wykonania napraw: „Naprawa nawierzchni bitumicznych dróg wojewódzkich na terenie Rejonu Dróg Wojewódzkich w Siemiatyczach w 2020 roku” Naprawa nawierzchni bitumicznych (remont cząstkowy i remont ubytków) przy zastosowaniu

mieszanki mineralno – bitumicznej na gorąco w ilości 1463,77 ton.”, ilość wbudowanej mieszanki 1463,77 ton, termin wykonania 21.04.2020 – 31.10.2020, Zamawiający Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku oraz w poz. 4 wskazał „Dot. wykonania napraw: „Naprawa nawierzchni bitumicznych dróg wojewódzkich na terenie Rejonu Dróg Wojewódzkich w Siemiatyczach w 2021 roku” Naprawa nawierzchni bitumicznych (remont cząstkowy i remont ubytków) przy zastosowaniu mieszanki mineralno – bitumicznej na gorąco w ilości 1281,09 ton.”, ilość wybudowanej mieszanki 1281,09 ton, termin wykonania 15.04.2021 – 31.10.2021, Zamawiający Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku.

Wraz z wykazem zostały złożone referencje. Plik pn. „Referencje nr 3.pdf” odnosi się do poz. 3 wykazu robót i zawiera pismo z 13 września 2022 r., które w treści wskazuje na umowę z dnia 21 kwietnia 2020 r. „Naprawa nawierzchni bitumicznych dróg wojewódzkich na terenie Rejonu Dróg Wojewódzkich w Siemiatyczach w 2020 roku” i potwierdzają że roboty realizowane w ramach ww. umowy zostały wykonane w sposób należyty. Plik pn. „Referencje nr 4.pdf” odnosi się do poz. 4 wykazu robót i zawiera pismo z 13 września 2022 r., które w treści wskazuje na umowę z dnia 15 kwietnia 2021 r. oraz aneks do umowy z dnia 22 czerwca 2021 r. „Naprawa nawierzchni bitumicznych dróg wojewódzkich na terenie Rejonu Dróg Wojewódzkich w Siemiatyczach w 2021 roku” i potwierdzają że roboty realizowane w ramach ww. umowy zostały wykonane w sposób należyty.

W wykazie narzędzi w poz. 1 Przystępujący wskazał „Kocioł służący do transportu (ewentualnie wytworzenia i transportu) asfaltu lanego w ilości łącznej nie mniejszej niż 12 ton Hydrog TR-4H (termos ślimakowy do asfaltu – zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 18 z dnia 03.01.2025 r.)”, 2 sztuki.

Pismem z 7 lutego 2025 r. (publikacja na stronie postępowania 10 lutego 2025 r.) Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze w Obszarze I jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego.

#### **Izba zważyła co następuje.**

Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Ad warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykonania nawierzchni bitumicznych pkt II.1.4.b) SWZ

Zarzut jest niezasadny. W pierwszej kolejności odnotować należy, że warunek udziału w postępowaniu wskazany w pkt II.1.4.b) SWZ uległ modyfikacji w wyniku udzielenia przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 1 pismem z 20 grudnia 2024 r. i jego brzmienie w związku z tym jest następujące: „wykonał naprawy nawierzchni bitumicznych przy zastosowaniu mieszanki mineralno-asfaltowej na gorąco w ilości nie mniejszej niż 1200 ton wbudowanej mieszanki”. Z okoliczności, że złożone referencje nie odnoszą się wprost do ilości wbudowanej mieszanki oraz nie precyzują rodzaju napraw nawierzchni bitumicznych nie sposób wywodzić, że Przystępujący nie wykazał spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu. Izba podzieliła w pełni stanowisko Zamawiającego i Przystępującego zaprezentowane w pismach procesowych i podtrzymane na rozprawie.

Jak bowiem wynika z treści rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii, w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy §9 ust. 1 pkt 1) w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: 1) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty.

Powyższe znalazło odzwierciedlenie w treści SWZ. Wobec tego wskazać należy, a kwestia ta była wielokrotnie w orzecznictwie Izby potwierdzana, że wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu służy co do zasady wykaz robót, natomiast złożone referencje stanowią jego dopełnienie i ich celem jest potwierdzenie należytego wykonania realizacji, na którą wykonawca w wykazie się powołał. Wykaz robót zawiera oświadczenie wykonawcy, które jeśli nie jest prawdziwe może wiązać się dla wykonawcy z konsekwencjami przewidzianymi w ustawie Pzp, natomiast referencje stanowią oświadczenie odbiorcy robót budowlanych, w których potwierdza on ich należyte wykonanie.

Przenosząc powyższe na grunt tej sprawy, w ocenie Izby nie sposób zgodzić się z zarzutami odwołania. W wykazie robót zostały bowiem wskazane zarówno w poz. 3 i 4 nazwy zadań w sposób umożliwiający ich powiązanie z referencją nr 3 i 4, podano również informacje istotne z punktu widzenia oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co nie było kwestionowane przez Odwołującego, który jedynie kwestionował braki informacji w treści referencji. Mając na uwadze taką treść zarzutu nie sposób uznać, aby Odwołujący wykazał, że Przystępujący nie spełnia omawianego warunku udziału w postępowaniu.

Podniesione w treści zarzutu kwestie związane z mieszanką asfaltu lanego i jej porównania z innym rodzajem

mieszanki mineralno – bitumicznej nie mają znaczenia na tym etapie postępowania, ponieważ treść warunku została zmieniona i Zamawiający tym samym uznał, że wykonawca, który „wykonał naprawy nawierzchni bitumicznych przy zastosowaniu mieszanki mineralno-asfaltowej na gorąco w ilości nie mniejszej niż 1200 ton wbudowanej mieszanki” podjął wykonanie tego zamówienia, w tym zrealizuje zakres robót polegający na przeprowadzeniu remontu z użyciem mieszanki asfaltu lanego.

Ad warunku odnoszącego się do dysponowania min. 2 kotłami

Nie ma sporu co do tego, że Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 18 dopuścił możliwość dysponowania termosem ślimakowym do asfaltu. Podniesiona w odwołaniu okoliczność, że wyrażając na powyższe zgodę Zamawiający został wprowadzony przez wykonawcę w błąd, bądź też niezasadnie takiej zgody udzielił, jest na tym etapie postępowania spóźniona. Nie ma znaczenia stanowisko wskazane w pkt 13 odwołania, zgodnie z którym w termosie Hydrolog TR-4H nie ma mieszadła pionowego wobec czego nie służy on do przewiezienia mieszanki asfaltu lanego lub jego ewentualnego wytworzenia. Zamawiający dopuścił bowiem możliwość powołania się na dysponowanie min 2 termosami ślimakowymi do asfaltu służącymi do transportu (ewentualnie wytworzenia i transportu) mieszanki mineralno – asfaltowej, a nie asfaltu lanego. Oznacza to, że w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania sprzętem, wykonawcy mogli wykazać, że dysponują dwoma kotłami do transportu (ewentualnie wytworzenia i transportu) asfaltu lanego albo dwoma termosami ślimakowymi do asfaltu służącymi do transportu (ewentualnie wytworzenia i transportu) mieszanki mineralno – asfaltowej.

Złożony przez Odwołującego wraz z odwołaniem dowód, tj. korespondencja z Hydrog nie ma znaczenia w tej sprawie, ponieważ Odwołujący zmierzał tym dowodem do wykazania, że Hydrog TR – 4H nie służy do pracy z asfaltem lanym, co po pierwsze, zdaje się być między stronami bezsporne, a po drugie, pomija konsekwencje wynikające z udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 18.

Dowód w postaci opinii na temat różnic między betonem asfaltowym a asfaltem lanym nie miał znaczenia w tej sprawie. Po pierwsze, zawarte w treści tej opinii wnioski nie są sporne, po drugie Zamawiający w tym postępowaniu zrezygnował z warunku odnoszącego się do wykonania naprawy nawierzchni bitumicznych przy zastosowaniu asfaltu lanego, na rzecz mieszanki mineralno – asfaltowej na gorąco. Na tym etapie postępowania istotne jest więc czy wykonawca spełnia tak opisany warunek, a nie czy wprowadzona modyfikacja jest uzasadniona względami merytorycznymi, ponieważ etap postępowania na którym takiej oceny można było dokonywać na drodze środków ochrony prawnej już minął.

Odnosząc się do stanowiska wskazanego w pkt 6 i 18 odwołania, Izba wskazuje że skoro Zamawiający zdecydował się na wprowadzenie zmian w zakresie warunków udziału w postępowaniu, to uznał że warunki w zmienionym brzmieniu pozwolą na wyłonienie wykonawcy zdolnego do realizacji tego zamówienia. Jeśli Odwołujący stoi na stanowisku, że liberalizacja spornych warunków nie pozwoli na osiągnięcie tego celu, powinien był w terminach przewidzianych przez ustawę Pzp skorzystać ze środków ochrony prawnej i zaskarżyć czynności Zamawiającego polegające na zmianie treści SWZ w wyniku odpowiedzi na pytanie nr 1 pismem z 20 grudnia 2024 r. (publikacja na stronie postępowania 23 grudnia 2024 r.) oraz odpowiedzi na pytanie nr 18 pismem z 3 stycznia 2025 r. (publikacja na stronie postępowania 3 stycznia 2025 r.). Kwestionowanie zasadności wprowadzonych zmian na tym etapie postępowania jest spóźnione.

Mając na uwadze powyższe, odwołanie podlegało oddaleniu jako niezasadne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1) i 2) lit b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....