

WYROK

Warszawa, dnia 27 lutego 2026 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: M.J.

Protokolantka: Karina Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2026 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2026 roku przez BUDIMEX SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku przy udziale uczestników po stronie:

A. Odwołującego: MIRBUD SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Skierniewicach

B. Zamawiającego: UNIBEP SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Bielsku Podlaskim

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża BUDIMEX SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę: 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez BUDIMEX SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od BUDIMEX SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie rzecz Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem 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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 60/26

UZASADNIENIE:

Zamawiający Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa Obwodnicy Starogardu Gdańskiego w ciągu drogi krajowej nr 22”, wewnętrzny identyfikator: O.GD.D-3.2410.01.2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 listopada 2024 r. pod numerem: 689999-2024.

W postępowaniu tym BUDIMEX SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 2 stycznia 2026 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, a mianowicie:

- wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim, zwanego dalej: „UNIBEP”, pomimo że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu;
- zaniechania odrzucenia oferty UNIBEP pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
- ewentualnie zaniechania odrzucenia oferty UNIBEP jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
- zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 239 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty UNIBEP, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, pomimo że w niniejszej sprawie wykonawca UNIBEP nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 8.2.4.1 lit. a) IDW (Tom I SWZ) w zakresie w jakim nie wykazał, że wartość robót przypadająca na UNIBEP w przynajmniej jednym kontrakcie wyszczególnionym w wykazie robót budowlanych wynosi co najmniej 200 000 000 PLN netto;

ewentualnie, na wypadek oddalenia przez Izbę odwołania w zakresie zarzutu nr 1:

2)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 239 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty UNIBEP, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, pomimo że w niniejszej sprawie wykonawca UNIBEP wbrew pkt. 6.5 IDK (Tom I SWZ) zaoferował wykonanie zamówienia przez podmiot nieposiadający wymaganego doświadczenia (a więc przez siebie).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności z 23.12.2025 r. wyboru oferty UNIBEP;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- odrzucenia oferty UNIBEP na podstawie okoliczności opisanych w uzasadnieniu Odwołania; • uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą w Postępowaniu.

W złożonej pismem z dnia 16 lutego 2026 roku odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w całości ewentualnie oddalenie odwołania w całości.

Zdaniem Zamawiającego, *Odwołujący miał możliwość podnoszenia zarzutów jakie zawarł w niniejszym odwołaniu już w odwołaniu z dnia 22 maja 2025 r., Odwołujący podnosi te zarzuty dopiero teraz, mimo, że ponowne badanie i ocena oferty Unibep – zgodnie z wyrokiem KIO 2020/25, KIO 2030/25, KIO 2037/25 – a stanowiącym odzwierciedlenie zarzutów odwołania z dnia 22 maja 2025 r., nie dotyczyło sfery wartości robót realizowanych przez Unibep, a zakresu czynności jakie Unibep wykonywał w ramach konsorcjum z PORR SA. Co więcej, Odwołujący w odwołaniu z dnia 22 maja 2025 r. nie podnosił też zarzutu o treści takiej jak obecnie w zarzucie nr 2. Wobec obiektywnej możliwości poniesienia tych zarzutów już w odwołaniu z dnia 22 maja 2025 r., odwołanie należy uznać za spóźnione i tym samym podlegające odrzuceniu.*

Wykonawca MIRBUD SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Skierniewicach (dalej: „MIRBUD”) zgłosił przystąpienie i postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Wykonawca UNIBEP SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Bielsku Podlaskim (dalej: „UNIBEP”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawców. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawcy skutecznie zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego, stając się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Wniosek Zamawiającego oraz uczestnika UNIBEP o odrzucenie odwołania Izba uznała za niezasadny. Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 2030/25 wskazywał na konieczność *wezwania UNIBEP do wyjaśnień w jakim zakresie, o jakiej wartości i jakie czynności były realizowane przez wykonawców, którzy w ramach konsorcjum realizowali zadania.* Trudno oczekiwać, aby Odwołujący z samej treści raportów składany przez UNIBEP do Prezesa KNF konstruował zarzuty dotyczące niespełniania warunków udziału w postępowaniu, nie mając pełnej wiedzy co do zakresu, wartości i czynności wykonywanych w ramach konsorcjum. Podniesienie w takiej sytuacji zarzutu zaniechania odrzucenia oferty UNIBEP, nie mając wiedzy co do dokładnego zakresu wykonanych robót, mógłby zostać uznany za przedwczesny. Na powyższe zwrócił również uwagę skład orzekający w sprawie o sygn. akt KIO 2020/25 wskazując w treści uzasadnienia: *Z dokumentów przedstawionych przez Odwołującego Budimex (umowa konsorcjum i porozumienie wykonawcze) wynika, że procentowo podział między członkami konsorcjum ustalony został w następującej proporcji 70% PORR i 30% Unibep. Wartości te potwierdzają także dokumenty składane przez Unibep do Komisji Nadzoru Finansowego w ramach raportów bieżących (raport nr 6/2026 i raport nr 43/2028 przedstawione przez Budimex). Owszem, tylko na podstawie tych informacji nie da się stwierdzić, że Unibep nie wykazał potwierdzenia spełniania warunku. Sam podział procentowy zadania nie oznacza, że wykonywane przez danego wykonawcę obowiązki, zakres robót miały znaczenie minimalne dla całego przedsięwzięcia. Jednak w obliczu opisu wykonywanych obowiązków przedstawionego przez Unibep w Wykazie, Zamawiający nie dopełnił czynności zbadania kwestii spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez danego Wykonawcę i czy był On uprawniony do wskazania na potwierdzenie spełnienia warunku całkowitej wartości robót dla zadania referencyjnego.*

Powyższe również potwierdza, że Odwołujący nie miał możliwości podniesienia zarzutu dotyczącego zakresu oraz wartości zrealizowanych robót w ramach konsorcjum. Wyjaśnienia w tym zakresie były konieczne. A to, że Zamawiający w wezwaniu, a UNIBEP w wyjaśnieniach, nie odniósł się wprost do wartości wykonanych robót, nie może stanowić uzasadnienia odrzucenia odwołania.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba pominęła dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem, tj.:

1. Raport bieżący (RB 6/2016) UNIBEP składany do Prezesa KNF z 27.02.2016 r. *na fakt*: że udział UNIBEP w wynagrodzeniu konsorcjum nie przekraczał 200 mln zł netto (ściśle: wynagrodzenie konsorcjum ok. 328,8 mln netto i udział UNIBEP 28,9% = ok. 95,0 mln netto);
2. Raport bieżący (RB 43/2018) UNIBEP składany do Prezesa KNF z 6.08.2018 r. *na fakt*: że udział UNIBEP w wynagrodzeniu konsorcjum nie przekraczał 200 mln zł netto (ściśle: wynagrodzenie konsorcjum ok. 568,7 mln netto i udział UNIBEP 30% = ok. 172,5 mln netto);
3. Umowa Konsorcjum nr ROA.16.0017 z 17.07.2017 r. *na fakt*: że udział UNIBEP w wynagrodzeniu za kontrakt S61 wynosił ok. 30% wartości kontraktu, a więc nie przekroczył wartości 200 mln zł netto.
4. Aneks nr 1 z 13.02.2019 r. do Porozumienia wykonawczego z 2.08.2018 r. *na fakt*: że 100% nawierzchni betonowej trasy głównej S61 wykonał Lider konsorcjum (PORR S.A.), a nie UNIBEP.

Zgodnie z art. 533 ust. 1 ustawy Pzp *nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania odwoławczego przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy*. Uczestnik UNIBEP przyznał, że wartość wykonanych w ramach konsorcjum robót nie przekroczył 200 000 000 PLN netto. UNIBEP nie przeczył, że nawierzchnię betonową wykonał PORR S.A.

Odwołujący wniósł, na podstawie art. 536 ustawy Pzp, o zobowiązanie Zamawiającego do złożenia dokumentu: umowy konsorcjum wraz z załącznikami.

Izba oddaliła ww. wniosek Odwołującego uznając wniosek za zmierzający do nieuzasadnionej zwłoki w rozpoznaniu sprawy. UNIBEP przyznał, że wartość wykonanych robót była niższa niż 200 000 000 PLN netto. UNIBEP złożył również wyjaśnienia dot. zakresu wykonanych robót.

Izba uznała, że zgromadzony materiał dowodowy jest wystarczający do poczynienia ustaleń faktycznych i rozstrzygnięcia sprawy co do jej istoty.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny istotny dla rozstrzygnięcia sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa Obwodnicy Starogardu Gdańskiego w ciągu drogi krajowej nr 22". Szczegółowo przedmiot zamówienia opisany został w Tomie II i III SWZ.

Zgodnie z pkt 8.2.4.1 lit. a IDW (Tom I SWZ) *p udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej:*

1. *dotyczącej Wykonawcy: Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej: a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP jednojezdniowej o wartości robót co najmniej 200 000 000 PLN netto, (...)."*

Wykonawca UNIBEP przekazał Zamawiającemu wykaz zdolności technicznej lub zawodowej – wykaz robót budowlanych, w którym na potwierdzenie spełniania warunku udziału wskazał następujące zadania:

1) Rozbudowa drogi krajowej nr 8 Warszawa - Białystok do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Wyszaków – granica województwa podlaskiego, odcinek I B - węzeł „Poręba” (bez węzła) - obwodnica Ostrowi Mazowieckiej od km 529+470,00 do km 545+582,04, o długości ok. 16,11 km.

2) Projekt i budowa drogi ekspresowej S61 Szczuczyn – Budzisko (gr. państwa)

z podziałem na zadania: Zadanie nr 1: odc. Szczuczyn – węzeł Elk Południe.

Oba zadania realizowane były w ramach konsorcjum z PORR S.A. w układzie: PORR S.A. – Lider konsorcjum UNIBEP – partner konsorcjum.

Pismem z dnia 12 grudnia 2025 roku Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp i nawiązując do uzasadnienia wyroku z dnia 21 lipca 2025 roku w sprawach połączonych o sygn. akt: KIO 2020/25, KIO 2030/25, KIO 2037/25, wezwał UNIBEP do złożenia wyjaśnień w zakresie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.2.4.1. lit.

a) Instrukcji dla Wykonawców. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, m.in.:

Zamawiający zwraca się z prośbą o wskazanie zakresu zadania zrealizowanego przez UNIBEP S.A., ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski, w tym w szczególności wyjaśnienie, czy zakres działań realizowanych przez UNIBEP na ww. zadaniu referencyjnym potwierdza nabycie realnego doświadczenia umożliwiającego uznanie spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 8.2.4.1. lit. a) IDW.

- zadanie pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S61 Szczuczyn – Budzisko (gr. państwa) z podziałem na zadania: Zadanie nr 1: odc. Szczuczyn – węzeł Elk Południe”. Zadanie to realizowane było wspólnie przez firmy: PORR S.A., ul.

Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa, Polska (Lider), PORR BAU GmbH, A-1100 Wiedeń, Absberggasse 47, Republika Austrii (Partner) oraz UNIBEP S.A., ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski, Polska (Partner).

Z przedłożonego wykazu robót ani z treści załączonych referencji nie wynika zakres prac wykonanych przez każdego z Wykonawców. W związku z powyższym, Zamawiający zwraca się z prośbą o wskazanie zakresu zadania zrealizowanego przez UNIBEP S.A., ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski, w tym w szczególności wyjaśnienie, czy zakres działań realizowanych przez UNIBEP na ww. zadaniu referencyjnym potwierdza nabycie realnego doświadczenia umożliwiające uznanie spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 8.2.4.1. lit. a) IDW. (...)

Pismem z dnia 17 grudnia 2025 roku UNIBEP złożył wyjaśnienia, odnosząc się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2025 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2020/25, KIO 2030/25, KIO 2037/25, wskazując:

Gdyby Przystępujący [przyp. własny – Unibep] opisał czynności w Wykazie jak na rozprawie, czyli posiadanie własnych kierowników robót drogowych, koordynacja pracy na poszczególnych odcinkach robót drogowych, czynny współdział w czynnościach zarządzania kontraktem, zakupy materiałów, itp., to zdaniem składu orzekającego Izby Zamawiający miałyby prawo uznać, że Wykonawca potwierdził spełnianie warunku.

Tym samym, jak słusznie zauważyła Izba, mankamentem prowadzonych przez Zamawiającego czynności nie jest błędne uznanie, że Unibep nie nabył deklarowanego doświadczenia, ale fakt braku dysponowania przez Zamawiającego stosownymi dokumentami. Mając na uwadze powyższe, wraz z niniejszym pismem, Unibep przedkłada dokumenty potwierdzające, że - zarówno w odniesieniu do Zadania DK8 Warszawa-Białystok oraz Zadania S61 Szczuczyn-Budzisko - Unibep posiadał własnych kierowników robót drogowych, koordynował prace na poszczególnych odcinkach robót drogowych, brał czynny współdział w czynnościach zarządzania kontraktem, kupował materiały, itp., a zatem, że nabył oczekiwane przez Zamawiającego doświadczenie.

(...)

III. Dokumenty dot. realizacji robót drogowych - Zadanie DK8 Warszawa-Białystok i Zadanie S61 Szczuczyn-Budzisko

Wytworzone dokumenty w toku realizacji Zadania DK8 Warszawa-Białystok oraz w toku Zadania S61 Szczuczyn-Budzisko, w sposób jednoznaczny i spójny potwierdzają, że Unibep, pomimo formalnej realizacji inwestycji w ramach konsorcjum, brał rzeczywisty, bezpośredni i znaczący udział w wykonywaniu robót z branży drogowej. Dokumenty te mają charakter pierwotny, obiektywny i pochodzą z toku realizacji inwestycji, co przesądza o ich wysokiej wartości dowodowej. W pierwszej kolejności wskazać należy na faktury VAT wystawione na spółkę Unibep, obejmujące wykonanie robót stricte drogowych (wraz z dostawą np. mieszanki bitumicznej). Wystawienie faktur bezpośrednio na Unibep oznacza, że to właśnie ten podmiot był wykonawcą i ekonomicznym beneficjentem robót drogowych, a nie jedynie uczestnikiem konsorcjum o charakterze formalnym lub pomocniczym. W realiach obrotu gospodarczego faktura stanowi podstawowy dokument potwierdzający wykonanie określonego zakresu robót przez konkretny podmiot, co nadaje jej szczególną moc dowodową w zakresie ustalenia faktycznego udziału w realizacji zamówienia.

Uzupełnieniem i wzmocnieniem powyższego są skany z dzienników budowy, które w sposób bezpośredni dokumentują przebieg realizacji robót oraz strukturę personalną kadry kierowniczej odpowiedzialnej za roboty drogowe. Dziennik budowy, jako dokument urzędowy prowadzony na podstawie przepisów prawa budowlanego, korzysta z domniemania rzetelności i prawdziwości wpisów. Z jego treści jednoznacznie wynika, że kluczowe funkcje kierownicze w zakresie robót drogowych pełnili pracownicy Unibep. W szczególności w odniesieniu do Zadania S61 Szczuczyn-Budzisko funkcje kierowników robót drogowych z ramienia Unibep, sprawowali m.in. Pan G., Pan D. oraz Pan K., natomiast przy realizacji Zadania DK8 Warszawa-Białystok - Pan G., Pan Ś. i Pan K.. Osoby te odpowiadały za bezpośredni nadzór nad realizacją robót drogowych, organizację procesu budowlanego, koordynację prac oraz zapewnienie ich zgodności z dokumentacją projektową i wymaganiami technicznymi. Pełnienie takich funkcji nie ma charakteru formalnego ani pośredniego - jest to realne i decydujące zaangażowanie w wykonanie zasadniczego zakresu robót. Dowód: zał. 8-12 [Zadanie DK8 Warszawa-Białystok] zał. 13-20 [Zadanie S61 Szczuczyn-Budzisko]. Z perspektywy zarówno prawnej, jak i technicznej, udział w realizacji zamówienia należy oceniać przez pryzmat faktycznie wykonywanych czynności oraz rzeczywistej odpowiedzialności za kluczowe elementy procesu budowlanego. Przedłożone faktury oraz zapisy w dziennikach budowy w sposób wzajemnie się uzupełniający i niesprzeczny potwierdzają, że Unibep nie był jedynie biernym członkiem konsorcjum, lecz podmiotem realnie realizującym roboty drogowe, dysponującym własną kadrą techniczną i ponoszącym odpowiedzialność za ich prawidłowe wykonanie. W konsekwencji powyższe dokumenty należy uznać za kluczowe dla wykazania, że doświadczenie zdobyte przy realizacji Zadania DK8 Warszawa-Białystok oraz Zadania S61 Szczuczyn-Budzisko stanowi doświadczenie własne Unibep, odpowiadające wymaganiom stawianym wykonawcom robót drogowych w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Na marginesie należy przy tym zauważyć, że zarówno Zadanie DK8 Warszawa-Białystok jak i Zadanie S61 Szczuczyn-Budzisko, były realizowane wspólnie w ramach konsorcjum (przez Unibep oraz PORR). Podmioty te ściśle współpracowały przy wykonaniu przedmiotowych przedsięwzięć jako takich (w tym w zakresie realizacji robót z branży drogowej). (...)

Na potwierdzenie powyższego UNIBEP wskazał fragmenty dokumentacji wewnątrz konsorcjalnej.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia: art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Izba za zbędne uznała przywoływanie treści przepisów z uwagi na to, że ich treść jest publicznie dostępna.

Odwołujący w odwołaniu podniósł konieczność odrzucenia oferty UNIBEP jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Izba co do zasady zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego dotyczącym niewykazania przez UNIBEP wykonania robót w przynajmniej jednym kontrakcie wyszczególnionym w wykazie robót budowlanych o wartości co najmniej 200 000 000 PLN netto. Zresztą, fakt ten nie był sporny i został przyznany przez uczestnika UNIBEP. Co jednak istotne, w przypadku niespełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, zamawiający nie może odrzucić jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp bez wcześniejszego zastosowania procedury z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślić należy, że w pojęciu dokumentów niekompletnych lub niezawierających błędy, o których mowa we wskazanym wyżej przepisie, mieszczą się również dokumenty niepotwierdzające warunku udziału w postępowaniu. Co za tym idzie, zarzut zaniechania odrzucenia w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp może zostać uznany za zasadny dopiero po wyczerpaniu procedury, o której mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Poza sporem było to, że w rozpoznawanej sprawie ww. procedura nie została wszczęta wobec uczestnika UNIBEP. W konsekwencji, zarzut podniesiony w punkcie pierwszym podlegał oddaleniu.

Odwołujący podniósł, że art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie ma zastosowania w przedmiotowej sprawie, bowiem informacji nieprawdziwych nie można zastąpić prawdziwymi. I w tym zakresie skład orzekający, co do zasady, zgadza się z Odwołującym. Mimo to odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. A to z tego względu, że Odwołujący nie wyjaśnił w czym upatruje podania przez UNIBEP nieprawdziwych informacji. UNIBEP ani w wykazie, ani też w wyjaśnieniach nie wskazywał, że wykonał całe zadanie referencyjne, czy też wykonał roboty o wartości co najmniej 200 000 000 PLN netto. Wręcz przeciwnie, UNIBEP unikał jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o wartość wykonanych robót w ramach konsorcjum, zresztą Zamawiający o to wprost nie zapytał.

Wymaga podkreślenia, że inna interpretacja warunku udziału w postępowaniu (czy też orzecznictwa), odmienna od interpretacji składu orzekającego w danej sprawie, czy też innych wykonawców, nie świadczy o tym, że dany wykonawca podał nieprawdziwą informację. Truizmem jest stwierdzenie, że dokumentacja zamówienia jest interpretowana w sposób odmienny, w zależności od pozycji procesowej stron. Wszak każda ze stron dąży do takiego rozumienia zapisów specyfikacji, jak i innych dokumentów, które wspierają jej interesy.

Twierdzeń uczestnika MIRBUD, który próbował przekonać skład orzekający, że mimo braku zarzutu dotyczącego zaniechania naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (i jednoznacznego oświadczenia Odwołującego, że procedura z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie ma zastosowania) nie zasługiwały na aprobatę z dwóch powodów. Po pierwsze, stanowisko przystępującego musi być spójne i zgodne ze stanowiskiem strony, do której przystąpił. Skoro Odwołujący z całą stanowczością twierdził, że art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie ma zastosowania w niniejszej sprawie, to MIRBUD nie może twierdzić odmiennie. Po drugie, rację miał MIRBUD twierząc, że Izba wnioskami nie jest związana. Tylko zaniechanie zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jest zarzutem, a nie wnioskiem. Z kolei zgodnie z art. 555 ustawy Pzp *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.* Prościej rzecz ujmując, skoro Odwołujący nie podniósł zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, to Izba nie miała podstaw do nakazania Zamawiającemu zastosowania procedury, o której mowa w ww. przepisie.

Abstrahując od powyższego, Zamawiający oraz UNIBEP kładli nacisk na to, że skład orzekający w sprawie o sygn. akt KIO 2030/25 w zasadzie orzekł, że UNIBEP spełnia warunki udziału w postępowania. Zasadności swoich twierdzeń upatrywali w niżej wskazanym fragmencie uzasadnienia:

Gdyby Przystępujący opisał czynności w Wykazie jak na rozprawie, czyli posiadanie własnych kierowników robót drogowych, koordynacja pracy na poszczególnych odcinkach robót drogowych, czynny współudział w czynnościach zarządzania kontraktem, zakupy materiałów, itp., to zdaniem składu orzekającego Izby Zamawiający miałby prawo uznać, że Wykonawca potwierdził spełnianie warunku.

Powszechnym praktyką jest wybieranie i cytowanie z uzasadnień orzeczeń fragmenty, które najlepiej wspierają argumentację strony, pomijając kontekst, który może być już mniej korzystny. A jeszcze powszechniejszym jest sugerowanie, że skoro już jeden skład orzekający wypowiedział się w temacie, to w zasadzie należy podzielić te twierdzenia. Problem w tym, że skład orzekający we wspomnianej sprawie nie odniósł się do wartości wykonanych przez UNIBEP robót. I dlatego też uznał zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp za zasadny.

Zdaniem Izby UNIBEP wykonał wystarczający zakres robót do stwierdzenia, że nabył odpowiednie doświadczenia. Jednak Zamawiający nie tylko wymagał doświadczenia w wykonaniu jednego zadania polegającego na budowie lub

przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP jednojezdniowej. Zamawiający wymagał również, aby wartość robót wynosiła co najmniej 200 000 000 PLN netto – i to w tym zakresie UNIBEP warunku udziału nie spełnia.

Opisując warunek udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał nie tylko określonego zakresu czynności, ale określił ich wymaganą wartość. Zatem UNIBEP nie może powoływać się na całą wartość umowy wykonanej wspólnie z innym podmiotem w ramach konsorcjum. Oczywistym jest, że wykonawca, który samodzielnie bierze udział w postępowaniu, może wykazywać doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum. Jednak w takim wypadku powinien wykazać udział w wykonaniu zamówienia w sposób odpowiadający warunkowi udziału w postępowaniu zarówno nie tylko co do zakresu, lecz także do wartości.

Zarzut główny nie został uwzględniony zatem rozpoznanie zarzutu ewentualnego stało się konieczne.

Podniesiony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty UNIBEP pomimo, że UNIBEP wbrew pkt. 6.5 IDK (Tom I SWZ) zaoferował wykonanie zamówieni przez podmiot nieposiadający wymaganego doświadczenia (a więc przez siebie), w ocenie Izby także nie był zasadny.

Odwołujący podnosząc ww. zarzut oparł się o doświadczenie UNIBEP wskazane w wykazie robót. Odwołujący twierdził, że skoro UNIBEP nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, to nie może samodzielnie wykonać kluczowej części zamówienia, tj. wykonania nawierzchni trasy głównej drogi ekspresowej.

W przypadku zastrzeżenia osobistego wykonania określonej przez zamawiającego kluczowej części zamówienia, zdolność wykonania powinna być jednocześnie weryfikowana w warunku udziału w postępowaniu. Trudno uznać za zasadne twierdzenie, że wykonawca może wykonać samodzielnie kluczowej części zamówienia w sytuacji, gdy nie posiada doświadczenia w tym zakresie. Co jednak istotne, warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu dotyczy budowy lub przebudowy dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP, a nie konkretnie doświadczenia w wykonaniu nawierzchni trasy głównej drogi ekspresowej. Odwołujący nie wyjaśnił z jakiego powodu należy zawęzić warunek udziału w postępowaniu dotyczący budowy i przebudowy dróg lub ulic o klasie drogi lub ulic do min. GP wyłącznie do wykonania nawierzchni trasy głównej drogi ekspresowej.

Abstrahując od powyższego, jak już wyżej wskazano, w przedmiotowej sprawie należałoby zastosować procedurę z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. § 5 pkt 1 i pkt 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 od odwołania.

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

Przewodnicząca: