

WYROK

z dnia 14 sierpnia 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2018 roku w Warszawie odwołania

wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2018 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie:

Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o. (lider), Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB Podbeskidzie” Sp. z o.o., Adac Lewar Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera ul. Jagiełły 39, 45-920 Opole w postępowaniu prowadzonym przez Miejski Zarząd Dróg w Opolu, ul. Firmowa 1, 45-594 Opole

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Banimex” Sp. z o.o. (lider) oraz Azi-Bud Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera ul. Energetyczna 10, 42-504 Będzin, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Miejski Zarząd Dróg w Opolu, ul. Firmowa 1, 45-594 Opole i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000

zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o. (lider), Przedsiębiorstwo Inżynieryjne

„IMB Podbeskidzie” Sp. z o.o., Adac Lewar Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera ul. Jagiełły 39, 45-920 Opole tytułem wpisu od odwołania,

2.2.

zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o. (lider), Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB Podbeskidzie” Sp. z o.o., Adac Lewar Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera ul. Jagiełły 39, 45-920 Opole na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg w Opolu, ul. Firmowa 1, 45-594 Opole kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Poprawę funkcjonowania systemu transportu publicznego oraz zastosowanie rozwiązań zwiększających bezpieczeństwo ruchu drogowego w obrębie stacji kolejowej Opole Wschód, prowadzonym przez Zarząd Dróg w Opolu (dalej „zamawiający”) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BANIMEX” sp. z o.o. z Opolą, Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB Podbeskidzie” sp. z o.o. ze Skoczowa oraz ADAC LEWAR sp. z o.o. z Przysławnej (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

1. czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BANIMEX” sp. z o.o. oraz Azi-Bud sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum),
2. zaniechania wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu,
3. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum,
4. zaniechania wezwania Konsorcjum
5. do uzupełnienia złożonego w postępowaniu wykazu wykonanych robót budowlanych wraz z poświadczeniami.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia ... [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 26 ust. 3, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia złożonego w postępowaniu wykazu wykonanych robót,
2. art. 24 ust. 1 pkt 17, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum pomimo, że mogło ono wprowadzić w błąd zamawiającego co do tego, iż:
 - jest zdolne do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami opisanymi w SIWZ,
 - szczegółowy zakres wykonanych robót został zawarty w poświadczeniu wydanym przez Wrocławskie Inwestycje sp. z o.o.
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 oraz 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 419) [dalej „UZNK”), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
4. art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1, poprzez co najmniej przedwczesny wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. wykluczenia Konsorcjum, ewentualnie odrzucenia oferty Konsorcjum.

Wniósł także o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum do uzupełnienia złożonego w postępowaniu wykazu wykonanych robót podał, że zgodnie z rozdziałem 9 pkt 2 ppkt 3 lit. b) SIWZ, warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej będzie uznany, jeżeli wykonawca wykaże wykonanie w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej, której przedmiot zamówienia obejmował:

- 1) budowę lub przebudowę drogi/ulicy klasy min. Z dwujezdniowej lub klas wyższych min. jednojezdniowe, o długości nie mniejszej niż 450,0 m (w jednym zadaniu), oraz
- 2) budowę 1 obiektu mostowego - drogowego (most, wiadukt, estakada) o dł. min 25 m i z dopuszczeniem ruchu pojazdów o masie min 40 ton (w jednym zadaniu), oraz
- 3) budowę lub przebudowę sieci teletechnicznych związanych z budową lub przebudową drogi/ulicy, oraz
- 4) budowę lub przebudowę sieci elektroenergetycznych związanych z budową lub przebudową drogi/ulicy, oraz
- 5) budowę lub przebudowę sieci kanalizacji deszczowej min. Ø 600 i długości min. 150m (w jednym zadaniu) związanej z budową lub przebudową drogi/ulicy, oraz
- 6) budowę lub przebudowę sieci wodociągowej min. Ø 500 i długości min. 200m (w jednym zadaniu) związanej z budową lub przebudową drogi/ulicy, oraz
- 7) budowę lub przebudowę sieci gazowej związanej z budową lub przebudową drogi/ulicy.

Na potwierdzenie powołał się na Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia wraz ze zmianami oraz Ogłoszenie o zamówieniu wraz ze zmianami, znajdujące się w aktach sprawy w aktach sprawy);

Wskazał, że Konsorcjum w przedłożonym Wykazie wykonanych robót budowlanych w poz. 1 nie wskazało ile jezdniowa była wykonana droga (jedno czy dwujezdniowa), nie wskazało konkretnej klasy (bądź klas) przedmiotowej drogi, nie wskazano też konkretnej długości wykonanej drogi, ograniczając się jedynie do wskazania, iż była to „Przebudowa obejmująca - przebudowę drogi klasy min. Z dwujezdniowej lub klas wyższych min. Jednojezdniowe”.

Na potwierdzenie powołał się na Wykaz wykonanych robót Konsorcjum, znajdujący się w aktach sprawy).

W ocenie odwołującego, w tej sytuacji zamawiający zaniechał zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwania Konsorcjum do poprawienia/uzupełnienia błędnie (nieprecyzyjnie) złożonego Wykazu wykonanych robót.

Staął na stanowisku, że na dzień dokonania wyboru oferty Konsorcjum nie wykazało w sposób dostateczny i nie budzący jakichkolwiek wątpliwości spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, wobec czego dokonany wybór oferty najkorzystniejszej był przedwczesny.

Dodał, że jest to zaniechanie zamawiającego, mające wpływ na wynik postępowania.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum - faktycznej niezdolności Konsorcjum do wykonania kluczowych części zamówienia siłami własnymi podał, że zgodnie z rozdziałem

37 pkt 1 SIWZ:

1) Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia.

2) Wykonawca nie może powierzyć podwykonawcy wykonanie następujących części zamówienia:

- dolnych i górnych warstw konstrukcji nawierzchni drogowych (warstwy: mrozoodporna, podbudowy pomocniczej, podbudowy zasadniczej, wiążąca i ścieralna).

Na potwierdzenie powołał się na Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia wraz ze zmianami, znajdującą się w aktach sprawy).

Wskazał, że w ofercie Konsorcjum w pkt 2 zostało złożone zapewnienie o treści „gwarantuję(emy) wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, załączników do SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej zmian”.

Na potwierdzenie powołał się na ofertę Konsorcjum., znajdującą się w aktach sprawy.

W ocenie odwołującego w tym zakresie Konsorcjum wprowadziło w błąd zamawiającego, albowiem żaden z wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum nie jest w stanie wykonać osobiście wskazanych w rozdziale 37 pkt 1 ppkt 2 SIWZ kluczowych części zamówienia, tj. dolnych i górnych warstw konstrukcji nawierzchni drogowych (warstwy: mrozoodporna, podbudowy pomocniczej, podbudowy zasadniczej, wiążąca i ścieralna).

Stwierdził, że faktem powszechnie znanym w branży wykonawców jest okoliczność, iż Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BANIMEX” Sp. z o.o. jest uznanym wykonawcą, ale wyłącznie w branży mostowej, a nie w branży drogowej i od wielu lat zawsze posługuje się

podwykonawcami lub konsorcjantami odpowiedzialnymi za wykonywanie zakresu

zamówienia z branży drogowej, także w zakresie personelu kierowniczego.

Tytułem przykładu podał, że w zamówieniu pn. „Budowa mostu w ciągu ul. Niemodlińskiej nad Kanałem Ulgi wraz budową kładki technologicznej z dopuszczeniem ruchu pieszo-rowerowego.” realizowanym na zlecenie Miejskiego Zarządu Dróg w Opolu, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BANIMEX” Sp. z o.o. powierzyło do wykonania zakres nawierzchni drogowych podwykonawcy ADAC Lewar sp. z o.o., zatwierdzonemu przez MZD w Opolu.

Stwierdził nadto, że wykonawca Azi-Bud sp. z o.o. nie jest przedsiębiorstwem z branży drogowej i nie jest zdolny do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, tj.

dolnych i górnych warstw konstrukcji nawierzchni drogowych (warstwy: mrozoodporna, podbudowy pomocniczej, podbudowy zasadniczej, wiążąca i ścieralna).

Stwierdził nadto, że może jedynie domniemywać, czy Konsorcjum zamierza w ramach przedmiotowego zamówienia posługiwać się ukrytymi (niezatwierdzonymi) podwykonawcami, czy też będzie „próbować swoich sił” w całkowicie nowej dla siebie branży.

Stanął na stanowisku, że zamawiający, dokonując przedwczesnego wyboru najkorzystniejszej oferty, w której Konsorcjum nie było w stanie nawet dokładnie określić jakiej długości, iluzedniowa oraz jakiej klasy droga została wykonana w ramach zrealizowanego przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX sp. z o.o. zadania, błędnie przyjął, iż ma do czynienia z wykonawcą zdolnym do samodzielnego wykonania kluczowych części zamówienia.

Powołał się na wyrok Izby z dnia 14 listopada 2017 r. KIO 2292/17, zgodnie z którym:

„Przesłankami koniecznymi wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. przepisu są: 1) przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego; 2) informacje wprowadzające w błąd mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia; 3) informacje wprowadzające w błąd zostały przedstawione przez wykonawcę w wyniku jego lekkomyślności lub niedbalstwa”.

Uznał, że w sprawie wystąpiły wszystkie trzy przesłanki zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp: Konsorcjum wprowadziło w błąd zamawiającego co do swoich zdolności do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia - zdaniem odwołującego bezstronny zamawiający posiadający pełną wiedzę odnośnie rzeczywistego stanu rzeczy w zakresie faktycznej niezdolności Konsorcjum do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia nie dokonałby wyboru oferty takiego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Powołał się na wyrok Izby z dnia 25 sierpnia 2017 r. KIO 1657/17, zgodnie z który: „Analiza norm prawnych uregulowanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. pozwala na przyjęcie, iż przesłanka wykluczenia ujęta w art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. jest bardziej pojemna i zawiera w sobie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., które można uznać za kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd uregulowany w pkt 17. Punkt 16 dotyczy tylko sytuacji związanych ze spełnianiem warunków udziału w postępowaniu, a działania wykonawcy muszą przybrać kwalifikowaną formę, natomiast punkt 17 dotyczy różnych sytuacji, (co z góry nie wyklucza, iż odnosić się on może do potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu), przekazane informacje muszą mieć wpływ na wynik postępowania, a działania i zaniechania wykonawcy mogą także przyjąć formę nieumyślności”.

Nie ulega także wątpliwości, że do przedstawienia informacji mogących wprowadzić w błąd Zamawiającego doszło co najmniej w wyniku lekkomyślności wykonawcy Konsorcjum

BANIMEX, który zapewne nie spodziewał się, iż składane przez niego oświadczenia i zapewnienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mogą podlegać weryfikacji odnośnie ich zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Zgodnie zaś z orzecznictwem Izby, „art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. stanowi o wykluczeniu wykonawcy, jeżeli informacje wprowadzające w błąd przedstawione zostaną w sposób zawiniony, przy czym wystarczające jest wykazanie winy nieumyślnej w postaci lekkomyślności rozumianej jako brak zamiaru co do bezprawnego działania, jednak przy świadomości, że działanie może naruszać prawo lub niedbalstwa, kiedy wykonawca wprost nie przewiduje skutku jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd podczas gdy ten skutek mógł i powinien był przewidzieć, (wyrok z dnia 15 stycznia 2018 r. KIO 2736/17)”

W odniesieniu do informacji podanych w poświadczeniu Wrocławskich Inwestycji sp. z o.o. odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Konsorcjum złożyło [przy piśmie z 09.07.2017 r. (L.dz. 27/07/2018)] m.in. wykaz wykonanych robót (załącznik nr 4) wraz z referencjami (poz. 5 i 6).

Podał, że spis załączników wyglądał następująco:

Załączniki: A

- 1) Zobowiązanie Przedsiębiorstwo Usług Technicznych "GROTEX" Sp. z o. o. z 13.06.2018 r.
- 2) Zobowiązanie Z. Z. Z. Z. PRZEDSIĘBIORSTWO DROGOWE z dnia 12.06.2018 r.
- 3) Załącznik nr 3
- 4) Załącznik nr 4
- 5) Referencje wydane dla podmiotu Z. Z. Z. Z. PRZEDSIĘBIORSTWO DROGOWE
- 6) Referencje wydane dla podmiotu PW Banimex sp. z o. o.

Uzupełnił, że pierwsza strona referencji wydanych dla Z. Z. znajduje się na s. 14 przedmiotowego pisma, zaś pierwsza strona referencji wydanych dla PW Banimex sp. z o.o. znajduje się na s. 27 tego pisma. Z kolei, na s. 19-26 przedmiotowego pisma znajduje się dokument zatytułowany „Zakres robót obejmował”, co - wedle odwołującego -

sugeruje, iż stanowi on integralną część referencji wydanych przez Inwestycje Wrocławskie sp. z o.o., ponieważ dokument ten nie został odrębnie wymieniony w spisie załączników, zaś jego umiejscowienie mogło co najmniej sprawić wrażenie, iż jest on integralną częścią (załącznikiem) do poprzedniego dokumentu.

Zwrócił uwagę, że na s. 14-26 pisma z 09.07.2018 r. znajdują się wyraźne pieczętki podmiotu Z. Z. w kolorze niebieskim, natomiast pieczętka „za zgodność z oryginałem” na s. 14-18 jest w kolorze szarym i słabo widoczna.

Na potwierdzenie powołał się na pismo Konsorcjum z 09.07.2018 r. wraz z załącznikami, znajdujące się w aktach sprawy.

Uznał, że zachodzi tutaj niezależna od opisanej wcześniej przesłanka wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Stanął na stanowisku, że Konsorcjum, co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawiło własne informacje odnośnie zakresu wykonanego zamówienia jako pochodzące od zamawiającego wydającego poświadczenie - informacje te miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, albowiem dokładny zakres wykonanej sieci wodociągowej o 500 mógł stanowić o spełnieniu bądź niespełnieniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Powołał się na wyrok Izby z dnia 2 listopada 2017 r. KIO 2007/17; KIO 2014/17, zgodnie z którym: „Z powyższego wynika, że po stronie zamawiającego nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach, na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji, wystarczającym jest, iż takie wyobrażenie mogło powstać. Istotna jest sama treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło”.

Powołał się na wyrok Izby z dnia 13 lutego 2018 r. KIO 185/2018, zgodnie z którym: „Przepis art. 24 p.z.p. ma stanowić przede wszystkim zabezpieczenie dla zamawiającego, że ma do

czynienia z wykonawcą rzetelnym, który prawidłowo zrealizuje jego zamówienie. Niewątpliwie wykonawca rzetelny to wykonawca przedstawiający zamawiającemu prawdziwe, zgodne ze stanem faktycznym informacje. Naganność podania zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd jest oczywista i nie może podlegać dyskusji".

Oczywiste jest zatem, iż wykonawca Konsorcjum BANIMEX winien być wykluczony z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego."

Podsumował, że jest to istotne zaniechanie zamawiającego, mające wpływ na samą czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, a co za tym idzie, wynik postępowania.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

Konsorcjum, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej powołał się na wyrok Izby z dnia 28 czerwca 2017r. KIO 1123/17, zgodnie z którym: „W świetle art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. zamawiający dokonując oceny ofert ma obowiązek zbadać czy ich złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., do której odsyła p.z.p., znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. (...)”

Stwierdził, że w sprawie ma się do czynienia z naruszeniem przez Konsorcjum norm zawartych w art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK - zgodnie z art. 3 ust. 1 czynem

nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, zaś zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Powołał się na wyrok Izby z dnia 5 lipca 2017 r. KIO 1186/17, zgodnie z którym. „Termin "czyn nieuczciwej konkurencji" jest pewnym skrótem myślowym, pod którym kryje się wiele, często znacznie różniących się od siebie, zachowań przedsiębiorców"

Dla odwołującego oczywiste jest, iż złożenie oferty przez Konsorcjum nastąpiło w celu utrudnienia pozostałym podmiotom dostępu do rynku robót drogowych w Opolu.

Uzupełnił, że samo w sobie takie działanie nie jest zakazane, o ile następowałoby w ramach uczciwej konkurencji, polegającej na składaniu rzetelnych ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jednak Konsorcjum złożyło ofertę z najniższą ceną, stanowiącą około 80% szacowanej wartości zamówienia, pomimo jednoznacznych wymagań zamawiającego w zakresie kluczowych części zamówienia, które winny być wykonane osobiście przez wykonawcę, a nie przez podwykonawców.

Oświadczył, że w tym celu odwołujący zawiązała konsorcjum, aby zagwarantować zamawiającemu, iż wszystkie kluczowe części zamówienia będą wykonywane przez przedsiębiorców specjalizujących się w danym rodzaju prac. Stwierdził, że żaden z podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum nie specjalizuje się w branży drogowej, przez co złożona oferta nie pozwała zamawiającemu na uznanie, iż zamówienie zostanie wykonane zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ, z uwzględnieniem rozdziału 37. Uznał, że oznacza to, iż nie ma się tu do czynienia z uczciwą konkurencją wykonawców zdolnych do samodzielnego wykonania kluczowych części zamówienia, wobec czego także i

na tej podstawie oferta Konsorcjum winna być odrzucona.

Stwierdził, że ma się tu do czynienia z jeszcze jednym zaniechaniem zamawiającego mającym istotny wpływ na samą czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 91 ust.1 ustawy Pzp, poprzez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum odwołujący podał, że zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Wskazał, że fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasady uczciwej

konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, z czego wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający ma obowiązek równego traktowania wykonawców.

Skoro zamawiający określił w rozdziale 37 SIWZ kluczowe części zamówienia, gdzie wyraźnie i jednoznacznie żąda osobistego wykonania tych części zamówienia i nie dopuszcza podwykonawstwa, to - wywodząc odwołujący - nie powinien udzielać zamówienia o niebagatelnej wartości ponad 100 milionów złotych, Konsorcjum, o którym powszechnie w branży wiadomo, że specjalizuje się w robotach mostowych, a nie drogowych.

Powolał się na wyrok Izby z dnia 8 maja 2015 roku KIO 873/15, zgodnie z którym: „Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest bowiem zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 p.z.p. zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. (...) Zamawiający powinien, jeśli dostrzeże - choćby po dokonanych i zakomunikowanych uczestnikom postępowania wyborze najkorzystniejszej oferty - że nie ustrzegł się istotnych nieprawidłowości w tym postępowaniu, podjąć działania w celu wyeliminowania nieprawidłowości w postępowaniu. Mieści się w tym również dopuszczalność unieważnienia dokonanego wyboru, ponowienia określonych czynności, przeprowadzenia ich na nowo, w sposób prawidłowy, a w konsekwencji - dokonanie nowej, już poprawnej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty”.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 7 sierpnia 2018 r., w tym dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 13 sierpnia 2018 r., Odpowiedzi Przystępującego na odwołanie - pismo z dnia 13 sierpnia 2018 r., dowodów złożonych przez uczestników postępowania na rozprawie, przywołanych w dalszej części uzasadnienia, a także stanowisk stron i przystępujących, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił w dalszej kolejności, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert Konsorcjum - zaniechanie jej odrzucenia oznacza, że odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania wezwania Konsorcjum do uzupełnienia złożonego w postępowaniu wykazu wykonanych robót, czym zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie ze zmodyfikowaną, pismem z dnia 10 maja 2018 r., treścią SIWZ (Rozdział 9 Wykluczenie - warunki udziału w postępowaniu pkt 2 ppkt 3 lit. b) „Warunek dotyczący

zdolności technicznej lub zawodowej będzie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże b) wykonanie w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej, której przedmiot zamówienia obejmował:

- 1) budowę lub przebudowę drogi/ulicy klasy min. Z dwujezdniowej lub klas wyższych min. jednojezdniowe, o długości nie mniejszej niż 450,0 m (w jednym zadaniu), oraz
- 2) budowę 1 obiektu mostowego - drogowego (most, wiadukt, estakada) o dł. Min. 25 m i z dopuszczeniem ruchu pojazdów o masie min. 40 ton (w jednym zadaniu), oraz
- 3) budowę lub przebudowę sieci teletechnicznych związanych z budową lub przebudową drogi/ulicy, oraz
- 4) budowę lub przebudowę sieci elektroenergetycznych związanych z budową lub przebudową drogi/ulicy, oraz
- 5) budowę lub przebudowę sieci kanalizacji deszczowej min. t 600 i długości min. 150m (w jednym zadaniu) związanej z budową lub przebudową drogi/ulicy, oraz
- 6) budowę lub przebudowę sieci wodociągowej min. t 500 i długości min. 200m (w jednym zadaniu) związanej z budową lub przebudową drogi/ulicy, oraz
- 7) budowę lub przebudowę sieci gazowej związanej z budową lub przebudową drogi/ulicy.

Jednym z załączników do SIWZ był Załącznik nr 4 Wykaz wykonanych robót, który przewidywał podanie wykonanych przez wykonawcę robót w tabeli z następującymi kolumnami: L.p., Przedmiot roboty wraz ze wskazaniem informacji o których mowa w SIWZ Rozdział 9 pkt 2 ppkt 3) lit b, Wartość roboty, Data wykonania - początek (data) zakończenie (data), Podmiot, na rzecz którego robota została wykonana (nazwa, adres, nr telefonu do kontaktu), Nazwa wykonawcy.

Pod tabelą zamieszczono uwagę o treści: „Wraz z wykazem wykonawca przedkłada dowody określające czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacje o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Dowodami, o których mowa powyżej, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz, którego roboty budowlane były wykonane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.”.

We wzorze załącznika ujęto także oświadczenie wykonawcy o treści: „Oświadczam, że wszystkie informacje podane w powyższych oświadczeniach są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji”.

Pismem z dnia 29 czerwca 2018 r. zamawiający wezwał Konsorcjum, z powołaniem się na przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia m.in. Załącznika nr 4 Wykaz wykonanych robót wraz z dokumentami stanowiącymi dowody określające, czy te roboty zostały wykonane należycie zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

Przy piśmie z dnia 9 lipca 2018 r. Konsorcjum przedstawiło wypełniony, wg wzoru Załącznika nr 4, Wykaz wykonanych robót (str. 11-13), w którym w pozycji 1 wskazało w kolumnie Nazwa roboty budowlanej - Obwodnica Oświęcimia od ronda ul. Chemików i ul. Fabrycznej w Oświęcimiu do DW nr 933 w m. Bobrek - opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót, w kolumnie Przedmiot roboty ze wskazaniem informacji o których mowa w SIWZ Rozdział 9 pkt 2 ppkt 3) lit b - Przebudowa obejmująca: -

przebudowę drogi klasy min. Z dwujezdniowej lub klas wyższych min. Jednojezdniowe (...), Wartość roboty - 92 784 737,75 zł brutto, Data wykonania - początek (data) zakończenie (data) - 05.02.2015 - 21.12.2017, Podmiot, na rzecz którego robota została wykonana (nazwa, adres, nr telefonu do kontaktu) - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie (...), Nazwa wykonawcy - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Banimex” Sp. z o.o.

Przy ww. piśmie Konsorcjum, w odniesieniu do pozycji 1 Wykazu wykonanych robót, złożyło także (str. 27-32) Poświadczenie z dnia 12 kwietnia 2018 r. Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie (dalej „Poświadczenie”), w którym m.in. podano, w ramach opisu

zakresu prac przewidzianych umową, parametry wykonanej drogi: długość ciągu głównego 4 991 m, klasę drogi G (główna), przekrój jednojezdniowy dwupasmowy - 1 x 2, przekrój dwujezdniowy, jezdnie dwupasmowe - 2 x 7,0 m (str. 6 Poświadczenia).

Pismem z dnia 23 lipca 2018 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Konsorcjum.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Poza sporem był fakt, że w przedłożonym Wykazie wykonanych robót, w odniesieniu do roboty budowlanej z pozycji 1 (obwodnica Oświęcimia), Konsorcjum nie wskazało ilu jezdniowa była wykonana droga, jaka była jej klasa (klasy) i długość.

Odwolujący nie kwestionował jednak ani tego, że „brakujące” informacje zostały podane w Poświadczeniu, ani tego, że są to informacje prawdziwe.

Stanął natomiast na stanowisku, że „Na dzień dokonania wyboru Konsorcjum (...) wykonawca ten nie wykazał w sposób dostateczny i nie budzący jakichkolwiek wątpliwości spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.”, a zamawiający zaniechał wezwania Konsorcjum do poprawienia/uzupełnienia błędnie/nieprecyzyjnie złożonego Wykazu.

Skład orzekający Izby uznał, że na dzień dokonania wyboru Konsorcjum wykazało w sposób dostateczny i nie budzący jakichkolwiek wątpliwości spełnienie warunku udziału w postępowaniu w szczególności w zakresie wykonania, w jednym zadaniu, jednej roboty budowlanej obejmującej budowę lub przebudowę drogi/ulicy klasy min. Z dwujezdniowej lub klas wyższych min. jednojezdniowe, o długości nie mniejszej niż 450,0 m, ponieważ zamawiający zobowiązany jest badać dokumenty złożone przez wykonawcę na potwierdzenie spełnienia ustanowione przez zamawiającego warunku łącznie.

Wszak zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 1126): „W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów

selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: 1) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (...) wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty”.

Wykaz dostaw lub usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie stanowią komplet służący potwierdzeniu spełnienia warunku. I o ile z całą pewnością wskazanie przez samego wykonawcę w wykazie robót budowlanych, że roboty zostały wykonane należycie nie mogłoby zastąpić oświadczenia w tej materii podmiotu, na rzecz którego roboty zostały wykonane (w przepisie mowa wprost, iż mają to być dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane), o tyle pominięcie informacji o przedmiocie zamówienia z dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie roboty budowlanej, pochodzących od podmiotu na rzecz zamówienia zostało wykonane należy uznać za nieracjonalne, zaś żądanie ich powielenia w Wykazie za zbędny formalizm, prowadzący nadto do wydłużenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W przedmiotowej sprawie „brakujące” w Wykazie wykonanych robót informacje - co do parametrów drogi - zostały wskazane w treści Poświadczenia i wraz z pozostałymi informacjami z tego Wykazu oraz potwierdzeniem w Poświadczeniu, że zamówienie zostało wykonane należycie (zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone) w sposób nie budzący wątpliwości potwierdzały, że Konsorcjum spełnia warunek z Rozdziału 9 pkt 2 ppkt 3 lit. b SIWZ.

Przesądza to o bezpodstawności zarzutu zaniechania wezwania Konsorcjum do uzupełnienia/poprawienia Wykazu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum pomimo, że mogło ono wprowadzić w błąd zamawiającego co do tego, iż:

- > jest zdolne do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami opisanymi w SIWZ.
- > szczegółowy zakres wykonanych robót został zawarty w poświadczeniu wydanym

przez Wrocławskie Inwestycje sp. z o.o.

czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 nie potwierdził się.

W odniesieniu do braku zdolności Konsorcjum do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami opisanymi w SIWZ skład orzekający ustalił i zważył, co następuje.

Podnieść należy, że wymagania te zostały wskazane przez zamawiającego w Rozdziale 9, przy czym zamawiający wprost wskazał, że odstępuje od określenia warunku posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności (pkt 2 ppkt 1)) oraz warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej (pkt 2 ppkt 1)). Zamawiający nie oczekiwał nadto wykazania posiadania przez wykonawcę żadnego sprzętu.

Konsorcjum, o czym była mowa w zarzucie poprzednim wykazało spełnianie warunku zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącego wykonania jednej roboty budowlanej (pkt 2 ppkt 3 lit. b), a odwołujący nie kwestionował (nie postawił zarzutu) spełniania tego warunku w zakresie dotyczącym niezbędnych do wykonania zamówienia osób.

Tym samym uznać należało, że w świetle ustanowionych przez zamawiającego w SIWZ warunków udziału w postępowaniu Konsorcjum jest zdolne do wykonania zamówienia.

Niezdolność do wykonania zamówienia przez Konsorcjum odwołujący oparł na twierdzeniu, że żaden z członków Konsorcjum nie jest w stanie osobiście wykonać zastrzeżonych przez zamawiającego w Rozdziale 37 pkt 1 ppkt 2 SIWZ do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, tj. wykonania dolnych i górnych warstw konstrukcji nawierzchni drogowych (warstwy: mrozoodporna, podbudowy pomocniczej, podbudowy zasadniczej, wiążąca i ścieralna), ponieważ „Faktem powszechnie znanym w branży wykonawców jest okoliczność, iż Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BANIMEX” Sp. z o.o. jest uznanym wykonawcą, ale wyłącznie w branży mostowej, a nie w branży drogowej.”. Od wielu lat, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BANIMEX” Sp. z o.o. zawsze posługuje się podwykonawcami lub konsorcjantami odpowiedzialnymi za wykonywanie zakresu zamówienia z branży drogowej, także w zakresie personelu kierowniczego.” oraz „Także wykonawca Azi-Bud sp. z o.o. nie jest przedsiębiorstwem z branży drogowej i nie jest zdolny do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia (...)”.

Podnieść należy, że zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia może być przez zamawiającego weryfikowana wyłącznie pod kątem spełniania przez wykonawcę ustanowionych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu, a wykroczenie przez zamawiającego poza te warunki byłoby równoznaczne z naruszeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Tymczasem odwołujący oczekiwał weryfikacji Konsorcjum do wykonania zamówienia nie poprzez konkretne, wskazane w SIWZ przedmiotowego postępowania warunki (wykonanie jednej roboty budowlanej obejmującej wskazane budowy/przebudowy), ale poprzez to, jak postrzegani są członkowie Konsorcjum w branży, co jest niedopuszczalne.

W toku rozprawy odwołujący twierdził, że członek Konsorcjum - Przedsiębiorstwo

Wielobranżowe „Banimex” Sp. z o.o. z Będzina nie nabył doświadczenia w zakresie robót drogowych, realizując przebudowę obwodnicy Oświęcimia, którą wskazał w pozycji 1 Wykazu wykonanych robót, ponieważ roboty drogowe w ramach tej inwestycji - jako podwykonawca - wykonała w całości Eurovia Polska S.A.

Twierdzenia tego odwołującego nie wykazał.

Po pierwsze, skład orzekający Izby uznał, wobec dopuszczalności weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia wyłącznie, poprzez konkretne, wskazane w SIWZ przedmiotowego postępowania warunki, że twierdzenie odwołującego dotyczące tego, że „Od wielu lat, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BANIMEX” Sp. z o.o. zawsze

posiłkuje się podwykonawcami lub konsorcjantami odpowiedzialnymi za wykonywanie zakresu zamówienia z branży drogowej, także w zakresie personelu kierowniczego.” pozostaje bez znaczenia dla tej weryfikacji, ponieważ poza wskazane w SIWZ warunki wykracza.

Po drugie, co do zdobycia doświadczenia przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BANIMEX” w zakresie zastrzeżonym przez zamawiającego (wykonanie warstw) w ramach roboty wskazanej w pozycji 1 Wykazu wykonanych robót (obwodnica Oświęcimia) skład orzekający Izby nie dopuścił złożonego przez odwołującego na rozprawie dowodu z dokumentu - pisma Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie z dnia 10 sierpnia 2018 r. do pełnomocnika odwołującego dotyczących „obwodnicy Oświęcimia” ze względów formalnych.

Zgodnie z przepisem art. 190 ust. 3 ustawy Pzp dowodem w sprawie mogą być w szczególności dokumenty. O dokumentach, jako środkach dowodowych, mowa również na gruncie przepisów k.p.c., stąd też w celu wyjaśnienia, w jaki sposób należy rozumieć dokument i, w jakiej formie należy go składać, aby można było mówić o dokumencie, wypada odwołać się do orzecznictwa Sądu Najwyższego, gdzie wskazuje się, iż przez „dokument” rozumie się jego oryginał, a wyjątki, kiedy oryginał może być zastąpiony przez odpis (kserokopię), określa ustawa. Niepoświadczona podpisem strony kserokopia nie jest dokumentem. Mieści się ona w stosowanym w Kodeksie pojęciu odpisu (jako odwzorowanie oryginału), jednak poświadczenie jej zgodności z takim oryginałem mieści w sobie jednocześnie oświadczenie strony o istnieniu dokumentu o treści i formie odwzorowanej kserokopią. Zwykła odbitka ksero (to jest odbitka niepotwierdzona, niestanowiąca dokumentu) nie może zastąpić dokumentu, na którego bazie powstała (R. S.: Dokument prywatny mający moc dokumentu urzędowego jako podstawa wydania nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym, cz. I, Monitor Prawniczy z 2010 r. nr 8, s. 441 i n. oraz uzasadnienie uchwały SN z dnia 29 marca 1994 r., sygn. akt: III CZP 37/94, OSNCP 1994, nr 11, poz. 206).

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że przedłożone przez Odwołującego kserokopie powołanych wyżej dokumentów, niepoświadczone przez fachowego pełnomocnika, który reprezentował Odwołującego, nie mogą być traktowane jako dokumenty.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z dokumentu, w postaci „Informacji z otwarcia ofert w oparciu o art. 86 ust. 5 ustawy pzp” w postępowaniu pn.: „Nadzór inwestorski i rozliczenie finansowe i rzeczowe - funkcja inżyniera przy realizacji Projektu pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 814 Radzyń Podlaski - Suchowola - Żminne na odcinku od km 6+600 do km 20+815 o dł. 14,215 km” oraz „Zawiadomienia o unieważnieniu postępowania” z dnia 9 maja 2016 r. prowadzonego przez Miejski Zarząd Dróg w Toruniu na „Zarządzanie i nadzór inwestorski nad robotami realizowanymi w ramach zadania pn.: „Przebudowa i rozbudowa ul. Łódzkiej w Toruniu” na okoliczność, że ceny realizacji usług nadzoru inwestorskiego nie spadły oraz występowania na rynku takiej tendencji, że budżet zamawiającego, przeznaczony na realizację danego zamówienia, jest mniejszy niż cena ofert.

Powodem zaniechania przeprowadzenia dowodów zawnioskowanych przez Odwołującego jest okoliczność, iż ustalenia, które miałyby być dokonane w wyniku przeprowadzenia rzeczonych dowodów nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. W ocenie Izby, sytuacja panująca na rynku zamówień publicznych, jeśli chodzi o realizację usług nadzoru inwestorskiego (brak spadku cen ofert, a wręcz przeciwnie, jak twierdzi Odwołujący, kwota przeznaczona przez zamawiających na realizację przedmiotu zamówienia jest niższa niż cena oferty najkorzystniejszej), nie może stanowić podstawy do oceny, czy w tym konkretnym postępowaniu zaoferowana przez

pującego cena jest rażąco niska.

Zgodnie bowiem z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp rozstrzygające znaczenie w tym przedmiocie mają wyjaśnienia złożone przez wykonawcę, wezwanego do ich złożenia z tego powodu, iż cena przez niego zaoferowana wydaje się zamawiającemu rażąco niska. Powyższe wskazuje, że ocenie podlegają okoliczności wskazane przez wykonawcę w treści wyjaśnień i jego dotyczące, a nie okoliczności zewnętrzne, którą jest sytuacja na danym rynku. Wskazywane przez Odwołującego okoliczności mogłyby być ewentualnie podstawą do oceny, czy wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny jest uzasadnione, ale przedmiotowa okoliczność nie stanowi przedmiotu sporu. Na marginesie należy również wskazać, niezależnie od tego, że powołane dowody są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu, iż na podstawie dwóch informacji, powołanych przez Odwołującego, nie sposób ustalić określonej tendencji występującej na rynku usług nadzoru inwestorskiego, nie mówiąc już o tym, że dla oceny, czy ceny na rynku nie spadły, a wręcz wrosły, niewystarczająca jest znajomość cen, bez jakiegokolwiek znajomości zakresu i przedmiotu danego zamówienia. Oznaczałoby to bowiem konieczność

porównywania cen, które mogłyby się okazać nieporównywalne, wobec nieznaności warunków, stanowiących podstawę do ich kalkulacji.

Dalej, dostrzec należy, że przeprowadzenie rzeczonych dowodów jest niemożliwe z przyczyn formalnych.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że fakt skorzystania przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Banimex” Sp. z o.o. z Będzina z podwykonawcy w zakresie branży drogowej, nie oznacza automatycznie, że wszystkie roboty branży drogowej w inwestycji dotyczącej obwodnicy Oświęcimia wykonał ten podwykonawca, co jest o tyle istotne, że oczekiwana przez zamawiającego zdolność do wykonania zamówienia obejmowała wykonanie „jedynie” 450 m drogi, a inwestycja z pozycji 1, co wynika z Poświadczenia, obejmowała aż 4 991 m.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie wykazał, że Konsorcjum nie jest zdolne do osobistego wykonania części zastrzeżonej przedmiotu zamówienia, a tym samym uznał, że Konsorcjum nie przedstawiło zamawiającemu w piśmie z dnia 9 lipca 2018 r. informacji wprowadzających w błąd co do osobistego wykonania zastrzeżonych części zamówienia.

W odniesieniu do szczegółowego zakresu wykonanych robót skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 29 czerwca 2018 r. zamawiający wezwał Konsorcjum, z powołaniem się na przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia m.in. Załącznika nr 4 Wykaz wykonanych robót wraz z dokumentami stanowiącymi dowody określające, czy te roboty zostały wykonane należycie zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

Przy piśmie z dnia 9 lipca 2018 r. Konsorcjum przedstawiło wypełniony, wg wzoru Załącznika nr 4, Wykaz wykonanych robót (str. 11-13), w którym w pozycji 1 wskazało: Obwodnica Oświęcimia od ronda ul. Chemików i ul. Fabrycznej w Oświęcimiu do DW nr 933 w m. Bobrek - opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót, zaś w pozycji 2 wskazało: Zintegrowany system Transportu Szynowego w aglomeracji we Wrocławiu w zakresie Zad. 1.4 Budowa połączenia tramwajowego skrzyżowania ulic Legnicka Na ostatnim groszu ze stadionem EURO przez osiedle Kozanów Zadanie częściowe nr 1,2 i 3 Podmiot wykonany na rzecz Wrocławskich Inwestycji Sp. z o.o. z Wrocławia przez konsorcjum, w skład którego wchodził (lider) Z. Z. Przedsiębiorstwo Drogowe.

Przy ww. piśmie Konsorcjum, w odniesieniu do pozycji 2 Wykazu wykonanych robót, złożyło także (str. 14-17) poświadczenie Wrocławskich Inwestycji Sp. z o.o. z Wrocławia z dnia 12 czerwca 2018 r. (dalej „Poświadczenie WI”), w którym m.in. podano, że zakres wykonanych robót w zadaniu 1.4. obejmował: „Budowę drogi jezdni ul. Pilczyckiej i przebudowę „starej” jezdni ul. Pilczyckiej droga klasy Z: jezdni północna (budowa nowego odcinka jezdni) - długość odcinka - 894,69 m, jezdni południowa (przebudowa odcinka jezdni) - długość odcinka - 923,23 m. Poświadczenie WI zostało opatrzone na każdej stronie pieczęciami: Przedsiębiorstwa Drogowego Z. Z., „Za zgodność z oryginałem” oraz pieczęcią i podpisem właściciela Przedsiębiorstwa Drogowego Z. Z..

W piśmie z dnia 9 lipca 2018 r. Konsorcjum wskazało 32 załączniki. Dokumenty składające się na te załączniki nie zostały oznaczone numerami załączników, oznaczono je kolejnymi numerami (5-83).

Na stronach 18-26 wśród dokumentów znalazł się dokument zaczynający się od „Zakres robót obejmował: - Zadanie 1 (obszar I i IVa): Zadanie 1 - obszar I”., na którego każdej stronie, w dolnej części widnieje pieczęć Przedsiębiorstwa Drogowego Z. Z. oraz parafa właściciela Przedsiębiorstwa Drogowego Z. Z., o czym świadczy pieczęć imienna przy parafie.

Pismem z dnia 23 lipca 2018 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Konsorcjum.

W odniesieniu do szczegółowego zakresu wykonanych robót skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W ocenie składu orzekającego Izby strona formalna składanych przez wykonawcę

wyjaśnień nie może wpływać na ocenę przez zamawiającego treści tych wyjaśnień, a tym samym nie może zostać zakwalifikowana jako informacja wprowadzająca w błąd, mogąca mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu (w tym przypadku na decyzje zamawiającego co do oceny spełnienia przez Konsorcjum ustanowionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej), o czym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie odwołujący przypisał stronie formalnej wyjaśnień Konsorcjum, tj. temu, iż Konsorcjum wśród załączników pisma z dnia 9 lipca 2018 r. nie wskazało załącznika - dokumentu zaczynający się od „Zakres robót obejmował: - Zadanie 1 (obszar I i IVa): Zadanie 1 - obszar I” oraz temu, iż dokument ów dokument znalazł się bezpośrednio po Poświadczeniu IW, wreszcie różnym kolorom pieczęci zbyt - wielkie znaczenie, a nadto błędnie ocenił, że sugeruje to, iż dokument na stronach 18-26 stanowi integralną część referencji wydanych przez Inwestycje Wrocławskie sp. z o.o.”.

Skład orzekający Izby wskazuje, że każda strona Poświadczenia IW została opatrzona pieczęcią „Za zgodność z oryginałem” (możliwą do identyfikacji niezależnie od oceny stopnia jej widoczności przez odwołującego) i parafowana przez właściciela Z. Z. (+ pieczęć Przedsiębiorstwa), natomiast strony 18-26 zostały wyłącznie parafowane przez Z. Z. (+ pieczęć Przedsiębiorstwa), co pozwala stwierdzić, że dokument od strony 18 jest dokumentem własnym Z. Z., nie zaś Inwestycji Wrocławskich.

Wskazać także należy, że płynąca z umiejscowienia dokumentu informacja jakoby dokument ze stron 18-26 był integralną częścią Poświadczenia IW nie może mieć wpływu (i to istotnego) na decyzje zamawiającego, ponieważ pomiędzy treścią Poświadczenia IW a treścią dokumentu ze stron 18-26 nie ma żadnych sprzeczności, rozbieżności - żadnych nie wskazał także odwołujący.

Uwzględniając, iż Konsorcjum nie przedstawiło zamawiającemu przy przedstawianiu informacji w piśmie z dnia 9 lipca 2018 r. informacji wprowadzających w błąd uznać należy, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz 15 ust. 1 pkt 1 UZNK nie potwierdził się.

Zarzut odwołujący oparł na twierdzeniu, że oferta Konsorcjum jest nierzetelna z tej przyczyny, iż Konsorcjum nie jest w stanie wykonać zamówienie zgodnie z wymaganiami SIWZ w tym Rozdziale 37, a przez to jej złożenie nastąpiło w celu utrudnienia pozostałym podmiotom dostępu do rynku robót drogowych w Opolu.

Ponieważ zarzut dotyczący braku zdolności Konsorcjum do osobistego wykonania części zastrzeżonej przedmiotu zamówienia nie potwierdził się, skład orzekający Izby uznał w konsekwencji, że także ten zarzut się nie potwierdził.

Zarzut co najmniej przedwczesnego wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Zarzut został postawiony w konsekwencji zarzutu dotyczącego braku zdolności Konsorcjum do osobistego wykonania części zastrzeżonej przedmiotu zamówienia.

Ponieważ zarzut dotyczący braku zdolności Konsorcjum do osobistego wykonania części zastrzeżonej przedmiotu zamówienia nie potwierdził się, skład orzekający Izby uznał w konsekwencji, że także ten zarzut się nie potwierdził.

Ze względu na to, że nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania skład orzekający

Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: