

Sygn. akt: KIO 827/19

**WYROK**  
z dnia 21 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 06 maja 2019 roku przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: PROKOM Construction Sp. z o.o., Ayesa Polska Sp. z o.o. (ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach (ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice)** oraz **Urząd Gminy Psary (ul. Malinowicka 4, 42-512 Psary)**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: PROKOM Construction Sp. z o.o., Ayesa Polska Sp. z o.o. (ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec)** i
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: PROKOM Construction Sp. z o.o., Ayesa Polska Sp. z o.o. (ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec)** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od Odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: PROKOM Construction Sp. z o.o., Ayesa Polska Sp. z o.o. (ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec)** na rzecz Zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach (ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice)** oraz **Urząd Gminy Psary (ul. Malinowicka 4, 42-512 Psary)** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, Urząd Gminy Psary prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest Świadczenie usługi konsultanta dla inwestycji: Zadanie 1: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 913, etap II, odcinek od skrzyżowania z DK 78 w miejscowości Celiny do skrzyżowania z DK 86.” Zadanie 2: „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej i przebudowy sieci wodociągowej w Gminie Psary.” „Budowa i przebudowa sieci wodociągowej na terenie Gminy Psary.” „Budowa zasilania gablot w wiatach przystankowych na terenie Gminy Psary.”

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 12 października 2019 roku pod numerem 2018/S 197-445649.

Odwołujący – Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PROKOM Construction Sp. z o.o. oraz Ayesa Polska sp. z o.o. wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez niezasadne uznanie, że Odwołujący nie potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a w konsekwencji bezzasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania, art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie uznania oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania; unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania; dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z treścią Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wymagał, aby wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu legitymowali się następującym doświadczeniem (pkt 5.5.2.3 ppkt 3.a SIWZ):

„W celu oceny spełniania minimalnego warunku w zakresie zdolności technicznej Wykonawcy Zamawiający uzna, iż Wykonawca spełni wymagania, jeżeli wykaże, że wykonał:

1 usługę polegającą na świadczeniu usługi Konsultanta\* nad inwestycją, w skład której wchodziła budowa lub przebudowa drogi publicznej o długości drogi min. 5 km w ramach której wybudowano lub przebudowywano co najmniej jeden obiekt mostowy, o łącznej wartości usługi minimum 1 400 000,00 zł brutto nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotu, na rzecz których usługa została wykonana, oraz załączeniem dowodów określających czy ta

usługa została wykonana należycie.

\* Przez usługę polegającą na świadczeniu usługi Konsultanta należy rozumieć świadczenie usługi polegającej na nadzorowaniu lub zarządzaniu robotami budowlanymi.

Przez wykonanie usługi Zamawiający rozumie: doprowadzenie do wystawienia protokołu odbioru końcowego lub innego dokumentu, który potwierdza wykonanie usługi."

Odwołujący w celu wykazania spełnienia ww. warunku wskazał usługę pn.: „Zarządzanie Projektem Funduszu Spójności Nr 2006/PL/16/C/PT/001 w zakresie robót związanych z budową autostrady płatnej A-I odcinek od węzła Świerklany (bez węzła) do granicy Państwa z Republiką Czeską w Gorzyczkach km 548+897- 567+223, długości 18,33 km, w tym pełnienie Nadzoru w okresie realizacji robót, w okresie rękojmi za wady oraz rozliczenia ostatecznego".

W ocenie Zamawiającego przedstawiona przez Wykonawcę usługa nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, gdyż „dotyczy ona pełnienia nadzoru w okresie realizacji robót, okresie rękojmi za wady oraz rozliczenia ostatecznego".

Zamawiający w dniu 01 kwietnia 2019 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień/uzupełnienia wykazu usług.

Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie potwierdził, że ww. usługa obejmowała realizację robót budowlanych obejmującą co najmniej 7 km dróg oraz obiekty mostowe. Odwołujący wskazał, że inwestor ww. robót budowlanych podpisał z wykonawcą robót aneks wydłużający termin realizacji inwestycji - a zakres usług świadczonych przez Ayesa Polska Sp. z o.o. obejmował ww. okres, a także okres wykonywania prac związanych z poprawkami robót budowlanych.

Jako dowód Odwołujący złożył Protokół Odbioru Ostatecznego z dnia 14 listopada 2014 r. W pkt 8.2 wskazano, że Ayesa Polska Sp. z o.o. wykonywała „zarządzanie i nadzór”, z pkt 14.1 protokołu wynika fakt wydłużenia wykonania robót budowlanych.

Jednocześnie Zamawiający zwrócił się GDDKiA o potwierdzenie ww. informacji - uzyskując informację z GDDKiA, że Ayesa Polska Sp. z o.o. nadzorowała Kontrakt IV „Dokończenie budowy autostrady A-1 na odcinku Węzeł Świerklany (bez węzła) - granica państwa z republiką Czeską w Gorzyczkach" oraz również wykonywała nadzór inwestorski, który obejmował „okres przeglądów gwarancyjnych, w tym nad robotami budowlanymi wykonanymi przez wykonawców na wcześniejszych etapach realizacji zadania". Do informacji GDDKiA dołączyła referencję dla Ayesa Polska Sp. z o.o.

Odwołujący czyniąc zadość oczekiwaniom Zamawiającego w ramach ww. wyjaśnień przedstawił również nową usługę pn.: „Kontynuacja nadzoru nad modernizacją linii E65

Warszawa - Gdynia na odcinku LCS Działdowo (w km 131,100 do km 184,800) w ramach projektu POLIŚ 7.1-41 „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LSC Działdowo.”

Zamawiający zakwestionował nową usługę uznając, że „z usługi nie wynika, iż w zakresie powyższego zadania wchodziła budowa lub przebudowa drogi publicznej o długości drogi min. 5 km, zgodnie z pkt 5.5.2.3/3.a SIWZ”. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. W ocenie Odwołującego, nie sprecyzował w sposób dokładny zakresu swoich wątpliwości w ww. zakresie.

Odwołujący w odpowiedzi na wyjaśnienie przekazał informację z Raportu Kwartalnego Gwarancyjnego potwierdzające kilometraż potwierdzający, że w ramach powyższego zadania nadzorowano szereg dróg publicznych o łącznej długości powyżej 5 km.

Zamawiający jednocześnie zwrócił się z zapytaniem do Inwestora, tj. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji inwestycji Region Północny Gdańsk, czy ww. usługa swym zakresem obejmowała budowę lub przebudowę drogi publicznej o długości drogi min. 5 km w ramach której wybudowano lub przebudowano co najmniej jeden obiekt mostowy o łącznej wartości usługi min. 1 400 000,00 zł brutto. Inwestor usługi oświadczył, iż w ramach zadania jw. „nie realizowano budowy lub przebudowy drogi publicznej o długości drogi min. 5,0 km, w ramach której wybudowano lub przebudowano co najmniej jeden obiekt mostowy. Najdłuższy odcinek drogi, w której zlokalizowany był wiadukt kolejowy wynosił 2 km.”

Zamawiający w dniu 23 kwietnia 2019 r. poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

W ocenie Zamawiającego usługa: pn. „Zarządzanie Projektem Funduszu Spójności Nr 2006/PL/16/C/PT/001 w zakresie robot związanych z budowa autostrady płatnej A-I odcinek od węzła Świerklany (bez węzła) do granicy Państwa z Republika Czeska w Gorzyczkach km 548+897- 567+223, długości 18,33 km, w tym pełnienie Nadzoru w okresie realizacji robot, w okresie rękojmi za wady oraz rozliczenia ostatecznego” - nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, gdyż usługa została rozpoczęta po uzyskaniu decyzji o udzieleniu pozwolenia na użytkowanie, w związku z czym usługa Konsultanta nie obejmowała nadzorowania lub zarządzania robotami budowlanymi.

Usługa pn.: „Kontynuacja nadzoru nad modernizacją, linii E65 Warszawa - Gdynia na odcinku LCS Działdowo (w km 131,100 do km 184,800) w ramach projektu POUS 7.1-41 „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LSC Działdowo” - nie obejmowała nadzoru lub zarządzania robotami dot. budowy lub przebudowa drogi publicznej o długości drogi min. 5 km, zgodnie z pkt. 5.5.2.3/3.a SIWZ. Zamawiający wskazał, że: „najdłuższy odcinek drogi, w której zlokalizowany był wiadukt kolejowy wynosił 2 km. Z kolei Wykonawca w odpowiedzi na wyjaśnienie przekazał informację z Raportu

Kwartalnego Gwarancyjnego potwierdzające kilometraż, przedstawiając, że w ramach powyższego zadania nadzorowano szereg dróg publicznych o łącznej długości powyżej 5 km (liczba mnoga). Reasumując, Zamawiający nie może uznać powyższego za spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej Wykonawcy, gdyż nie jest to usługa, która obejmowała drogę publiczną o długości 5 km (liczba pojedyncza), zgodnie z warunkiem określonym w pkt. 5.5.2373.a SIWZ."

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego.

Usługa pn. Zarządzanie Projektem Funduszu Spójności Nr 2006/PL/16/C/PT/001 w zakresie robót związanych z budową autostrady płatnej A-I odcinek od węzła Świerklany (bez węzła) do granicy Państwa z Republika Czeska w Gorzyczkach km 548+897- 567+223, długości 18,33 km, w tym pełnienie Nadzoru w okresie realizacji robot, w okresie rękojmi za wady oraz rozliczenia ostatecznego."

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał nieuprawnionej zmiany treści SIWZ po terminie składania ofert. Zamawiający przyjął, że usługa została rozpoczęta po uzyskaniu decyzji o udzieleniu pozwolenia na użytkowanie, w związku z czym usługa Konsultanta nie obejmowała nadzorowania lub zarządzania robotami budowlanymi - tym niemniej jednak w opisie spełnienia warunku udziału w postępowaniu brak jest wymagania jakoby wykonawcy zobowiązani byli wykazać się doświadczeniem w świadczeniu usługi nadzoru/zarządzania obejmującego okres przed uzyskaniem decyzji o udzielenie pozwolenia na użytkowanie. Zamawiający na wcześniejszym etapie postępowania, w tym korespondencji prowadzonej, tak z Odwołującym, jak i beneficjentem ww. usługi Zamawiający nie formułował swoich wątpliwości w ww. zakresie.

Zamawiający wymagał, aby zakres świadczonych przez wykonawcę usług prowadził do dokonania ostatecznego odbioru robót. Ukształtowany przez Zamawiającego warunek nie określa natomiast wymagania codo daty, od której usługa miałaby być świadczona np. uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę etc.

Odwołujący zauważył, że z przedłożonych w toku postępowania przetargowego dokumentów nie wynika informacja, jakoby z datą uzyskania decyzji zaprzestano wykonywania robót budowlanych - wręcz przeciwnie dokumenty potwierdzają zgoła odmienną informację - protokół odbioru ostatecznego. Ayesa Polska Sp. z o.o. rozpoczęła świadczenie usługi na ponad miesiąc przed podpisaniem protokołu odbioru ostatecznego. To na końcowym etapie realizacji robót budowlanych natężenie wykonywanych prac jest największe. Zatem wbrew twierdzeniu Zamawiającego, Ayesa Polska Sp. z o.o. brała czynny udział w świadczeniu usługi nadzoru oraz zarządzania projektem.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający - pomimo tego, iż dysponował zarówno referencją

wystawioną przez GDDKiA, jak i potwierdzeniem od GDDKiA o zakresie świadczonej usługi - bezzasadnie uznał, że „usługa Konsultanta nie obejmowała nadzorowania lub zarządzania robotami budowlanymi”

Odwołujący przedstawił jako dowód Przejściowe Świadczenia Płatności za roboty budowlane wystawione przez Ayesa - wykazujące, że roboty budowlane były faktycznie realizowane w okresie w jakim Ayesa Polska Sp. z o.o. świadczyła usługi nadzoru i zarządzania kontraktem; Protokół odbioru ostatecznego robót (załącznik do wyjaśnień z dnia 08 kwietnia 2019 r.) - z dokumentu wynika, że odbioru ostatecznego dokonano w momencie, gdy firma Ayesa Polska Sp. z o.o. gdy już od 5 miesięcy pełniła nadzór. W tym czasie zrealizowano, odebrano i rozliczono (czyli nadzorowano i zarządzano) roboty na ponad 17,5 mln zł netto (12,4 podstawowe + 5,1 dodatkowe i uzupełniające) z zakontraktowanych 49,4 mln zł (44,3 podstawowe + 5,1 dodatkowe i uzupełniające) czyli ponad 35% zakresu Kontraktu firmy Intercor wykonawca robót budowlanych, Zestawienia faktur za roboty dodatkowe i uzupełniające - potwierdzające, że nadzór Ayesa Polska Sp. z o.o. nie ograniczał się jedynie do dokończenia świadczenia usług nadzoru nad robotami podstawowymi, ale obejmował również nadzór nad szeregiem prac nieuwjętych pierwotnie w projekcie budowlanym. Z dokumentów wynika, że w trakcie nadzoru na łączną kwotę: 5 560 675,05 zł netto (wartość ofertowa), w tym 3 zamówienia uzupełniające na kwotę 4 881 175,29 zł netto i zamówienia dodatkowe na kwotę 679 499,76 zł netto;

Zdaniem Odwołującego ww. informacje w sposób niebudzący żadnych wątpliwości dowodzą, że przyjęte przez Zamawiającego rozstrzygnięcie jest nieprawidłowe, a ww. usługa spełnia wymagania określone w SIWZ. W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że Zamawiający podejmując decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp dopuścił się pogwałcenia przepisów prawa, a odwołanie zasługuje w tym zakresie na uwzględnienie.

Usługa pn. „Kontynuacja nadzoru nad modernizacją linii E65 Warszawa - Gdynia na odcinku LCS Działdowo (w km 131,100 do km 184,800) w ramach projektu POUS 7.1- 41 „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LSC Działdowo.”

Odwołujący wskazał, że kwestia spełnienia przez ww. usługę warunku udziału w postępowaniu sprowadza się do ustalenia właściwego sposobu interpretacji treści SIWZ.

Zamawiający w decyzji o wykluczeniu wskazał, że ww. usługa nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, gdyż: „najdłuższy odcinek drogi, w której zlokalizowany był wiadukt kolejowy wynosił 2 km”; „w ramach powyższego zadania nadzorowano szereg dróg publicznych o łącznej długości powyżej 5 km (liczba mnoga). Zamawiający nie może uznać powyższego za spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej Wykonawcy,

gdyż nie jest to usługa, która obejmowała drogę publiczną o długości 5 km (*liczba pojedyncza*), zgodnie z warunkiem określonym w pkt. 5.5.23/3.a SIWZ."

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zarówno w treści w SIWZ, jak i w ramach udzielonych odpowiedzi na pytania wykonawców, nie określił wymagania, aby nadzór obejmował nadzór nad budową lub przebudową drogi publicznej, która wynosiła „ciągłem”, w jednym nieprzerwanym odcinku, 5 km. W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał nieuprawnionej zmiany treści SIWZ po dacie składania ofert.

Odwołujący podkreślił, że warunki udziału w postępowaniu powinny być proporcjonalne oraz związane z przedmiotem zamówienia. Z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że przedmiotem nadzoru będzie przebudowa kilku odcinków drogi wojewódzkiej niesąsiadujących bezpośrednio obok siebie. W świetle powyższego należy uznać, że Zamawiający wymaga od wykonawcy legitymowania się doświadczeniem nieprzystającym do jego obiektywnych potrzeb.

Zdaniem Odwołującego, nieprawidłowość założeń Zamawiającego wynika również z samej definicji drogi - wydzielony pas terenu składający się z jezdni, pobocza, chodnika, drogi dla pieszych lub drogi dla rowerów, łącznie z torowiskiem pojazdów szynowych znajdującym się w obrębie tego pasa, przeznaczony do ruchu lub postoju pojazdów, ruchu pieszych, jazdy wierzchem lub pędzenia zwierząt. Natomiast droga publiczna definiowana jest jako droga, z której może korzystać każdy, zgodnie z jej przeznaczeniem, z ograniczeniami i wyjątkami określonymi w tej ustawie lub innych przepisach szczególnych. Z ww. definicji nie wynika aby w znaczenie pojęcia drogi publicznej wchodził przymiot jej ciągłości.

Odwołujący podkreślił, że odcinki drogi krajowej nr A1 w kilometrze 1,0-2,0 oraz w kilometrze 5,0- 6,0 będą stanowić tą samą drogę krajową pomimo tego, że odcinki te nie przylegają bezpośrednio do siebie.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie kwestionuje ani charakteru świadczonej usługi, zakresu realizowanych czynności - jedynym zastrzeżeniem czynionym w tym zakresie jest fakt, że usługa obejmowała nadzór nad przebudową drogi publicznej, która realizowana była odcinkami.

Zdaniem Odwołującego, brak jednoznacznych zapisów SIWZ prowadzących do rozbieżności interpretacyjnych stanowi ryzyko Zamawiającego. Powszechnie przyjętą w praktyce zamówień publicznych zasadą jest interpretacja wszelkich niejasności, dwuznaczności i niezgodności postanowień SIWZ na korzyść wykonawcy.

### **Izba zważyła co następuje:**

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że Odwołujący nie potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a w konsekwencji wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu.

Żadna z przedstawionych przez Odwołującego prac nie potwierdziła spełnienia warunku udziału w postępowaniu, polegającego na legitymowaniu się doświadczeniem w zakresie wykonania jednej usługi polegającej na świadczeniu usługi Konsultanta nad inwestycją, w skład której wchodziła budowa lub przebudowa drogi publicznej o długości drogi min. 5 km, w ramach której wybudowano lub przebudowywano co najmniej jeden obiekt mostowy, o łącznej wartości usługi minimum 1 400 000,00 zł brutto nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których usługa została wykonana, oraz załączeniem dowodów określających, czy ta usługa została wykonana należycie.

Wymagań Zamawiającego nie spełniła usługa pn. „Zarządzanie Projektem Funduszu Spójności Nr 2006/PL/16/C/PT/001 w zakresie robót związanych z budową autostrady płatnej A-I odcinek od węzła Świerklany (bez węzła) do granicy Państwa z Republiką Czeską w Gorzyczkach km 548+897- 567+223, długości 18,33 km, w tym pełnienie Nadzoru w okresie realizacji robót w okresie rękojmi za wady oraz rozliczenia ostatecznego.”

Odwołujący nie wykazał, aby pełnił nadzór lub świadczył usługę Konsultanta nad inwestycją, w skład której wchodziła budowa lub przebudowa drogi publicznej o długości drogi min. 5 km, w ramach której wybudowano lub przebudowywano co najmniej jeden obiekt mostowy, a te właśnie elementy stanowiły istotę warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący w trakcie rozprawy wskazywał na dokumenty w postaci protokołu odbioru robót z 14 listopada 2014 roku, czy przejściowych świadectw płatności za lipiec i sierpień 2014 roku oraz za okres rozliczeniowy od 1 września 2014 r. do 12 grudnia 2014 roku, a także od 13 grudnia 2014 roku do 31 sierpnia 2015 roku. Jednakże z przedłożonych dokumentów nie wynika, jakie to były roboty budowlane oraz w jakim czasie były realizowane. Nie mogą zatem być dowodem na okoliczność, że Odwołujący pełnił nadzór lub świadczył usługę Konsultanta nad inwestycją, w skład której wchodziła budowa lub przebudowa drogi publicznej o długości drogi min. 5 km, w ramach której wybudowano lub przebudowywano co najmniej jeden obiekt mostowy. Takim dowodem nie może być także Specyfikacja Istotnych warunków zamówienia przedstawiona przez Odwołującego w trakcie rozprawy (dotycząca

postępowania przetargowego na zarządzanie projektem Funduszu Spójności w zakresie robót związanych z budową autostrady płatnej A-1 odcinek od węzła Świerklany” (bez węzła) do granicy państwa z Republiką Czeską w Gorzyczkach w tym pełnienie nadzoru w okresie realizacji robót, okresie rękojmi za wady oraz rozliczenia ostatecznego. Odwołujący wskazywał w niej na postanowienie o robotach pozostałych do zrealizowania w ramach budowy autostrady A1 – kontynuacja robót drogowych i kontynuacja robót mostowych. Jednakże z przedstawionych ogólnych twierdzeń (przytoczonych powyżej) nie wynika, jaki zakres robót wykonywał rzeczywiście Odwołujący.

Przede wszystkim z wypowiedzi Odwołującego składanych w trakcie rozprawy wynika, że Odwołujący świadczył usługę nadzoru nad robotami budowlanymi, jednakże Odwołujący nie wykazał, że świadczył usługę nadzoru nad robotami budowlanymi w skład których wchodziła budowa lub przebudowa drogi publicznej o długości drogi min. 5 km w ramach której wybudowano lub przebudowywano co najmniej jeden obiekt mostowy. Ponownie należy podkreślić, że istotę warunku stanowi część związana z wznoszeniem obiektu mostowego, budową drogi, nie zaś wyłącznie pracami wykończeniowymi, mającymi miejsce po oddaniu drogi do użytkowania. Na fakt, że były to jedynie prace poprawkowe wskazał sam Odwołujący - w piśmie z 8 kwietnia 2019 roku oraz w uzasadnieniu odwołania (pkt I (Stan faktyczny) ppkt 4) Odwołujący potwierdził, że roboty budowlane obejmowały prace związane jedynie z poprawkami. Nadto Odwołujący w treści odwołania wskazał także, że w ramach wykonywanego przez niego zadania pełnił nadzór nad pracami, które stanowiły roboty dodatkowe (str. 8 odwołania ppkt b i c). Protokół ostatecznego odbioru robót z 14 listopada 2014 roku jednoznacznie potwierdza, że Ayesa Polska sp. z o.o. wykonywała prace po 16 czerwca 2014 roku, a więc już po uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie drogi. Oznacza to, że w chwili, gdy Ayesa Polska sp. z o.o. rozpoczynała nadzór, droga wraz z obiektem mostowym była już wykonana, bowiem uzyskano już pozwolenie na użytkowanie.

Z pisma Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z 20 marca 2019 roku (skierowanej do Zamawiającego w odpowiedzi na zadane pytanie) wynika, że: „Nadzór inwestorski wykonywany przez firmę Ayesa Polska sp. z o.o. obejmował również okres przeglądów gwarancyjnych, w tym nad robotami budowlanymi wykonanymi przez wykonawców we wcześniejszych etapach realizacji w/w zadania.” Należy podkreślić, że w wyżej przytoczonym stwierdzeniu GDDKiA wskazuje jedynie na fakt, że nadzór inwestorski Odwołującego obejmował okres przeglądów gwarancyjnych, a zatem czas, w jakim wykonywano prace i ewentualnie ich zakres. Zatem prace Odwołującego dotyczyły robót budowlanych związanych z przeglądami gwarancyjnymi. W dalszej części pisma GDDKiA wskazała: „Pełniony nadzór obejmował branże drogową, mostową, gazową, wod-kan., elektryczną, elektroenergetyczną, telekomunikacyjną, geodezyjną, ochrony środowiska,

roszczeniowo – prawną, materiałowo – technologiczną, a także rozliczenie inwestycji pod względem finansowym i formalnym.” Różne prace budowlane, wskazane ogólnie w treści tego pisma, nie potwierdzają jednoznacznie, że Odwołujący pełnił nadzór nad robotami budowlanymi związanymi z budową czy przebudową drogi wraz z obiektem mostowym. Takie wymienienie prac potwierdza, że Odwołujący wykonywał nadzór nad pracami budowlanymi wskazanymi w piśmie GDDKiA, jednakże ta część prac, która stanowi treść warunku, nie została przez Odwołującego wykazana. Co więcej, okoliczność uzyskania pozwolenia na użytkowanie w terminie wcześniejszym niż termin przejęcia nadzoru nad pracami przez Odwołującego, świadczy o tym, że część prac, tj. ta część, która stanowi treść warunku – wykonanie nadzoru nad robotami budowlanymi dotyczącymi budowy drogi wraz z obiektem mostowym - zostało wykonane przez wykonawcę innego niż Odwołujący. Zamawiający nie wykluczył, że Odwołujący wykonywał nadzór nad pracami budowlanymi wskazanymi w piśmie GDDKiA, jednakże ta część prac, która jest istotna – bo związana z treścią warunku - nie została przez Odwołującego wykazana. Podkreślić należy, że celem postawienia warunku udziału w postępowaniu jest sprawdzenie posiadanego przez wykonawcę doświadczenia. Zamawiający oczekiwał wykazania posiadania doświadczenia przy nadzorze nad pracami budowlanymi związanymi z budową i przebudową drogi, bowiem tego rodzaju doświadczenie jest niezbędne dla realizacji zamówienia. Zatem także z punktu widzenia oceny zdolności wykonawcy do realizacji prac, istotne są prace związane z nadzorem nad całością budowy drogi i wznoszeniem obiektu mostowego, nie zaś jedynie nad pracami realizowanymi (jak wskazał Odwołujący) przez ostatni miesiąc lub pięć miesięcy przed dokonaniem Odbioru ostatecznego. Wątpliwości budzi możliwość zrealizowania prac związanych z budową fragmentu autostrady czy wzniesienia obiektu mostowego w tak krótkim czasie.

Trafnie wskazał Zamawiający, że z treści powołanego przez Odwołującego świadectwa płatności za roboty budowlane nie wynika, jakie to były roboty budowlane. Trafna jest także argumentacja Zamawiającego, że jeżeli roboty opisane w przejściowym świadectwie płatności dotyczyły budowy lub przebudowy, to Odwołujący nie przedstawił dowodu w postaci decyzji — pozwolenia na budowę lub zgłoszenia robót budowlanych związanych z przebudową.

Izba podziela także stanowisko, że tabele pn.: „Odrębne zamówienia wykaz spraw do załatwienia” nie posiadają istotnej wartości dowodowej, gdyż nie sposób wyciągnąć z nich jakichkolwiek wniosków dotyczących spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

Tym samym należało uznać za prawidłowe stanowisko Zamawiającego polegające na uznaniu, że usługa: pn. „Zarządzanie Projektem Funduszu Spójności Nr 2006/PL/16/C/PT/001 w zakresie robót związanych z budowa autostrady płatnej A-I odcinek

od węzła Świerklany (bez węzła) do granicy Państwa z Republiką Czeską w Gorzyczkach km 548+897- 567+223, długości 18,33 km, w tym pełnienie Nadzoru w okresie realizacji robót w okresie rękojmi za wady oraz rozliczenia ostatecznego” nie spełnia wymagań warunku udziału w postępowaniu.

Wymagań Zamawiającego nie spełniła także usługa: pn. „Kontynuacja nadzoru nad modernizacją linii E65 Warszawa - Gdynia na odcinku LCS Działdowo (w km 131,100 do km 184,800) w ramach projektu POUS 7.1- 41 „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LSC Działdowo”.

Nie można uznać, aby Zamawiający dokonał nieuprawnionej zmiany treści SIWZ po dacie składania ofert.

W treści warunku Zamawiający wskazał, że oczekuje wykazania zrealizowania usługi nadzoru nad budową drogi (liczba pojedyncza), a nie dróg (liczba mnoga). Już samo literalne brzmienie tego warunku wskazuje na fakt, że wykonawcy mieli za zadanie wykazać nadzór nad jednym odcinkiem drogi, nie zaś kilkoma różnymi odcinkami. Zamawiającemu chodziło bowiem o jedną (pojedynczą) budowę drogi, nie zaś o ich większą ilość, łącznie dającą określony rezultat. Gdyby Zamawiający dopuszczał możliwość wzięcia pod uwagę większej ilości dróg, wówczas treść warunku zawierałaby sformułowanie „łącznie”, np. „budowa lub przebudowa dróg publicznych o łącznej długości min. 5 km”. Tymczasem treść warunku takiego sformułowania nie zawiera, co oznacza, że wskazywany przez Odwołującego nadzór nad szeregiem odcinków dróg, z których najdłuższy ma długość 2 km, nie stanowi potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż wymagana przez Zamawiającego minimalna długość drogi to 5 km .

W świetle powyższego, przytaczanie przez Odwołującego definicji drogi i drogi publicznej pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszym postępowaniu. Sformułowanie treści warunku jest jednoznaczne i nie pozostawia jakiegokolwiek pola do interpretacji. Tym samym za bezzasadną należy uznać argumentację Odwołującego o braku jednoznacznych postanowień SIWZ, zdaniem Odwołującego prowadzących do rozbieżności interpretacyjnych.

W świetle powyższego, za bezzasadny należy uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że Odwołujący nie potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Tym samym czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu była prawidłowa. W konsekwencji, za bezzasadny należy uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych

poprzez zaniechanie uznania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Oferta Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania nie może zostać uznana za najkorzystniejszą.

Za bezzasadny należy uznać także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący nie wskazał, na czym miałyby polegać naruszenie ww. zasad.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący:**

.....