

Sygn. akt: KIO 1070/19

WYROK
z dnia 8 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk
Członkowie: Irmina Pawlik
Katarzyna Poprawa
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2019 r. i 4 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2019 r. przez wykonawcę **Aarsleff Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie**,

przy udziale:

- A. wykonawcy **Keller Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1070/19 po stronie Odwołującego,
- B. wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1070/19 po stronie Odwołującego,
- C. wykonawcy **Inżyniera Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1070/19 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę **Aarsleff Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **Aarsleff Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Odwołującego – wykonawcy **Aarsleff Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz Zamawiającego – **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie** kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych z podziałem na: Część 1. Likwidacja osuwisk w m. Tylawa, Część 2. Likwidacja osuwiska w m. Trzciana, Część 3. Zabezpieczenie osuwiska w m. Brzegi Dolne* (znak postępowania: O.RZ.D-3.2411.20.2018).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 października 2018 r. pod numerem 2018/S 199-449827.

W dniu 10 czerwca 2019 r. wykonawca Aarsleff Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie w zakresie części 3 zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Podkarpacka 59a oraz zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A., pomimo że wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, oraz pomimo że wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A. w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Treść złożonego wykazu wykonanych robót budowlanych, treść udzielonych w dniu 29.04.2019 r. w postępowaniu wyjaśnień, wskazuje nieprawdziwe informacje, które zostały złożone w celu uzyskania zamówienia. Wykonawca wskazał w Wykazie robót, iż wykonując zadanie „Rozbudowa węzła drogowego al. Wyzwolenia - ul. Warszawska” dla miasta Rzeszów, zdobył doświadczenie w wykonaniu zabezpieczenia osuwiska, podczas gdy realizacja tego zadania nie wymagała wykonania takich prac. PFU tegoż zamówienia wskazywało, iż w przypadku konieczności zabezpieczenia osuwiska - zakres ten zostanie wykonany, jednakże na etapie realizacji zamówienia zakres ten nie wystąpił i w rzeczywistości wykonawca wskazanego doświadczenia nie posiada, albowiem takich prac co do likwidacji osuwiska nie wykonał;
2. art. 91 ustawy Pzp poprzez wybór oferty w Części 3 wobec której zachodzą przesłanki odrzucenia oferty;
3. w związku powyższym, również naruszenie:

- a) art. 7 Pzp poprzez prowadzenie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- b) oraz pozostałych przepisów przywołanych w uzasadnieniu niniejszego stanowiska.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie argumentów przywołanych w odwołaniu, a w konsekwencji o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Inżynieria Rzeszów S.A. jako najkorzystniejszej w zadaniu 3;
2. wykluczenie wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 16) i 17) pkt 3 ustawy Pzp z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą;
3. dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w niniejszym postępowaniu;
4. wybór oferty Aarsleff Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej;
5. zwrot kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przywołał brzmienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale 7 pkt. 7.2. ppkt 3 a) SIWZ.

Nadto Odwołujący wskazywał na treść wezwania Zamawiającego z dnia 16 kwietnia 2019 r. dotyczącego części nr 2 wystosowanego do Inżynieria Rzeszów S.A., odpowiedzi Inżynieria Rzeszów S.A. na ww. wezwanie pismem z dnia 18 kwietnia 2019 r., ponownego wezwania Zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2019 r. skierowanego do ww. wykonawcy oraz odpowiedzi Inżynieria Rzeszów S.A. zawartej w piśmie z dnia 29 kwietnia 2019 r.

Odwołujący podkreślił, iż ważnym jest, że wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w zakresie części 2, przedstawił tę samą inwestycję i jej zakres. Podniósł, że z niezrozumiałych dla Odwołującego przyczyn Zamawiający we wstępie do tegoż pisma wskazał tylko część 2, chociaż rzeczona inwestycja została wskazana także w części 3 (przypuszczać można, iż także w części 1), i niespełnienie warunku w zakresie części 2 oznaczałoby niespełnienie warunku w części 3 oraz złożenie nieprawdziwych informacji w części 3.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż Inżynieria Rzeszów S.A., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2019 r., nie odniósł się do zarzutów braku zakresu (likwidacji osuwisk) w dokumentacji wykonania zamówienia, nie dołączając dowodów na potwierdzenie swojego oświadczenia. W takiej sytuacji nie można uznać, iż wykonawca wyjaśnił kwestie budzące wątpliwości, gdyż *de facto* powtórzył jedynie swoje uprzednie oświadczenie o wykonaniu zadania w tym o wykonaniu drogi o klasie min G wraz

z zabezpieczeniem osuwiska (likwidacją) o wartości zadań co najmniej 2 500 000 zł netto. Gdyby wyjaśnienia w formule „oświadczam że zrobiłem” było wystarczające, Zamawiający nie wzywałby do złożenia wyjaśnień, gdyż już oświadczenie o tej treści było złożone w wykazie i w wyjaśnieniach z dnia 18.04.2019 r., a ustawodawca nie przewidziałby właśnie na taką okoliczność procedury wyjaśnienia treści dokumentów podmiotowych w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż oświadczenie Inżyniera Rzeszów S.A. o wykonaniu w ramach zadania „Rozbudowa węzła drogowego al. Wyzwolenia - ul. Warszawska”, robót w zakresie zabezpieczenia osuwiska i tym samym posiadanie doświadczenia w tym zakresie nie jest informacją prawdziwą, gdyż wykonawca Inżyniera Rzeszów S.A. w ramach realizacji ww. zadania realizowanego w systemie zaprojektuj i wybuduj, faktycznie nie wykonała prac obejmujących zabezpieczenie (likwidację) osuwiska.

Odwołujący podał, że Gmina Miasta Rzeszów określając przedmiot zamówienia dla zadania pn. „Rozbudowa węzła drogowego al. Wyzwolenia - ul. Warszawska” realizowanego w systemie zaprojektuj i wybuduj potwierdziła, że w pracach koncepcyjnych stwierdzono istnienie potencjalnych osuwisk. Wykonanie robót zabezpieczających te osuwiska (o ile by się potwierdziły na etapie realizacji) wymagałoby wcześniejszego wykonania dodatkowych szczegółowych badań geologicznych i opracowania dokumentacji projektowej zabezpieczeń. Z dostępnej dokumentacji realizacyjnej i powykonawczej ww. zadania wynika jednoznacznie, że: 1) nie wykonano żadnych dodatkowych badań geologicznych mających na celu identyfikację potencjalnych osuwisk, 2) nie wykonano żadnej dokumentacji projektowej dotyczącej zabezpieczenia (likwidacji) osuwiska, 3) nie wykonano żadnych robót budowlanych polegających na zabezpieczeniu (likwidacji) osuwiska.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że najczęściej zabezpieczenie osuwiska polega na wykonaniu konstrukcji oporowej z pali wierconych (lub mikropali) zwieńczonych oczepem żelbetowym, lub też na stabilizacji skarp za pomocą gwoździ gruntowych lub np. koszy siatkowo-kamiennych. Takie roboty na budowie w Rzeszowie nie występowały.

Odwołujący uzasadniał, iż w treści listu referencyjnego (poświadczenia) znalazła się informacja, że zakres robót obejmował likwidację osuwisk (pkt. 3.4 na str.5). Odwołujący wskazał jednak, że zapis ten dotyczy wyłącznie zakresu planowanych/przewidywanych robót dla tej inwestycji. Dowodem na to, że opis robót następujący po słowach „Zakres robót obejmował:...”, dotyczy wyłącznie przewidywanego/planowanego przez Zamawiającego (Gmina Miasta Rzeszów - Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie) przedmiotu zamówienia, a nie stanowi faktycznego wykazu rzeczywiście zrealizowanych robót, jest charakterystyczny podział jaki znalazł się w treści referencji złożonych przez wykonawcę Inżynierię Rzeszów S.A. Zgodnie z treścią wskazanych referencji wystawionych w dniu 14.12.2018 r. Inwestor poświadczył wartość przedmiotu zamówienia globalnie oraz wartość poszczególnych robót

wykonanych, a nim objętych w tym m.in. dokumentację projektową, pokrycie potoku Przyrwa, wiadukt drogowy etc. W dalszej zaś części wskazuje się na zakres inwestycji, tj. roboty które miała obejmować ta inwestycja. I to wyłącznie w zakresie inwestycji wskazuje się na likwidację osuwiska, jednak nie podając żadnych jej parametrów. Powyższe wynika właśnie z faktu, iż w pracach koncepcyjnych stwierdzono istnienie potencjalnych osuwisk, na co wskazywał inwestor w dostarczonej w tamtej dokumentacji inwestycji. Wykonanie jednak robót zabezpieczających te potencjalnie występujące osuwiska (o ile by się potwierdziły na etapie realizacji) wymagałoby wcześniejszego wykonania dodatkowych szczegółowych badań geologicznych i opracowania dokumentacji projektowej zabezpieczeń. Taka dokumentacja nie została wykonana w tamtej inwestycji przez wykonawcę Inżynierię Rzeszów S.A., ani też nie doszło do wykonania żadnych robót obejmujących swym zakresem likwidację czy zabezpieczenia osuwiska.

Nadto Odwołujący podniósł, iż w odniesieniu do opisu zakresu robót przewidywanych do wykonania w ramach tej inwestycji wskazano na wykonanie w ramach przykrycia potoku Przyrwa wzmocnienia podłoża kolumnami betonowymi w technologii formowania świdrem ciągłym (CFA) o średnicy 400 mm oraz mikropalami o średnicy 300 mm. W rzeczywistości zaś wzmocnienie to wykonano w technologii pali prefabrykowanych. Wykonawcą tych pali prefabrykowanych była Spółka AARSLEFF jako podwykonawca, działająca na zlecenie firmy Inżynieria Rzeszów S.A. Powyższe potwierdza zatem, iż w treści referencji w części obejmującej zakres inwestycji znalazły się wyłącznie zakładane/przewidywane/planowane roboty nie zaś roboty faktycznie wykonane w ramach tego zadania. Te - faktycznie wykonanie - zostały opisane w pierwszej części opisującej wartość wynagrodzenia za przedmiot zamówienia, w których nie ujęto już prac dotyczących likwidacji czy zabezpieczenia osuwiska.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wskazał, na najistotniejszy aspekt, iż wybór przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu oferty wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. jako najkorzystniejszej oferty, był nieuprawniony z uwagi na 24 ust. 2 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Odwołujący ponadto wskazał, że okoliczność, że wykonawca zawarł umowę na realizację zamówienia, w zakres którego mogło wchodzić, w zależności od potrzeb, zabezpieczenie osuwiska, nie może być uznana za przesądzającą posiadanie wymaganego doświadczenia zawodowego. Powyższe nie jest bowiem tożsame z następczym faktycznym wykonywaniem przez niego obowiązków, warunkującym nabycie doświadczenia w wykonaniu tegoż zakresu.

Następnie Odwołujący argumentował, iż przedłożenie nieprawdziwych informacji służyło wykazaniu nieistniejącego doświadczenia, które to doświadczenie było wymagane warunkami udziału w postępowaniu. Informacje te - wskazanie zakresu który nie został wykonany - wskazano w wykazie oraz dwukrotnie wprost w udzielonych wyjaśnieniach.

Zamawiający został wprowadzony w błąd co do posiadanego przez wykonawcę doświadczenia w zakresie zabezpieczenia osuwiska. Powyższe, zdaniem Odwołującego, w sposób jednoznaczny wskazuje, iż nie zaistniało tu omyłkowe wskazanie informacji, czy też wskazanie informacji przedmiotowo nieistotnych, a celowe dwukrotne oświadczenie nieprawdziwych informacji, od których zależało uznanie wykonawcy potwierdzającego spełnienie warunków i wybór jego oferty.

Odwołujący zwracał uwagę na niecodzienną treść przedłożonych referencji, w których w pierwszej kolejności wskazano elementy wykonane (tam likwidacji osuwisk nie wskazano), a następnie wskazano charakterystykę elementów w dziale „zakres zamówienia”, przy czym akurat w przypadku likwidacji osuwisk nie wskazano żadnych parametrów jak to miało miejsce w pozostałym zakresie. Podkreślał, iż likwidacja osuwiska wskazana została w zakresie zamówienia na dzień zawarcia umowy wyłącznie jako potencjalny zakres - w sytuacji gdyby wystąpiła konieczność jego wykonania, ale na etapie realizacji zamówienia nie było konieczności ich wykonania i faktycznie roboty takie nie zostały wykonane. Stąd referencje nie wskazują szczegółowych informacji na temat tego zakresu, gdyż nie został on wykonany. Ogół powyższych okoliczności, w ocenie Odwołującego, nakazuje uznać, że wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A. świadomie podała w ofercie nieprawdziwą informację dotyczącą doświadczenia w wykonaniu w ramach wskazanego zadania usunięcia osuwiska, działając w zamiarze wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do tego, że spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym rozstrzygnięcia postępowania z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż nawet gdyby pominąć powyższe argumenty i poddać pod wątpliwość, czy z całą pewnością działanie to były celowe, to niezależnie od wyniku badania, nawet niecelowe wskazanie w wykazie zakresu wykonanych robót wprost odnoszących się do warunku i niezgodnych z prawdą, bez uprzedniego sprawdzenia czy dana realizacja robót obejmowała powyższy zakres, byłoby (rażącym) niedbalstwem lub lekkomyślnością, co obliguje Zamawiającego do wykluczenia tegoż wykonawcy z postępowania zarówno na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 16, jak i art. 24 ust. 2 pkt 17 ustawy PZP.

Odwołujący uzasadniał, że poza sporem jest fakt, iż Zamawiający nie może przy badaniu warunku posiadania doświadczenia, brać pod uwagę zakładanego rozmiaru prac, zamiast wykonanego, gdyż to prowadziłoby do sytuacji, w której wykonawca mógłby zawrzeć umowę na realizację, a następnie nawet w przypadku ograniczenia zakresu, odstąpienia od umowy, legitymować się doświadczeniem w realizacji całości. Innymi słowy doświadczenie a zatem posiadane referencje należy oceniać wyłącznie z punktu widzenia zakresu wykonanych prac na etapie już ich odbioru, a nie przewidywanych/zakładanych na etapie

udzielania zamówienia. Odwołujący podkreślał, iż Zamawiający wie, iż badaniu podlega zakres faktycznie wykonany - wiedza ta leżała u podstaw skierowania zapytania do wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A, jaki zakres Inżynieria Rzeszów S.A wykonywała realizując inwestycję jako członek konsorcjum. Gdyby ocenie podlegał zakładany zakres całej inwestycji bez analizy rzeczywistego wykonania - każdy z konsorcjantów posiadałby doświadczenie równe zakresowi całej inwestycji na dzień zawarcia umowy. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2016 r. sygn. akt: KIO 1/16.

Odwołujący wskazał także, iż znana mu jest konieczność wykazania wpływu nieprawdziwej informacji na wynik postępowania powołując się na art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy Pzp - tu poza sporem jest fakt, iż przedłożony wykaz i wyjaśnienia służyły wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a gdyby wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A. wskazał rzeczywisty wykonany zakres tej roboty - wówczas nie wykazałby spełnienia warunków udziału. Co więcej - wykonawca wskazał informacje te w wykazie, a następnie zapytany czy zakres ten wykonał - dwukrotnie oświadczył, że zakres ten był faktycznie w rzeczywistości przez niego wykonany.

W końcu Odwołujący podniósł, iż ustawa Pzp przewiduje czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów, w sytuacji gdy te złożone zawierają błędy, są niekompletne itd. Nie dotyczy to natomiast sytuacji, w której wykonawca złożył informacje nieprawdziwe, wskazując doświadczenie - wykonany zakres pracy, który w rzeczywistości nie został wykonany. Wskazanie zakresu zakładanego, który nie został wykonany, jako zamierzone działanie lub niedbalstwo, i brak możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentów, wskazuje chociażby orzeczenie KIO, które dotyczy tożsamej sytuacji w zakresie doświadczenia osoby (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2013-03-11, KIO 268/13, KIO 270/13).

W orzecznictwie KIO utrwalony jest pogląd, iż podanie nieprawdziwej informacji nie podlega konwalidacji poprzez umożliwienie wykonawcy przedstawienia dokumentów/ informacji zgodnych z prawdą w miejsce informacji nieprawdziwych, w tym przypadku - przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący przywołał również fragment orzeczenia KIO z dnia 24 października 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 1098/08.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 czerwca 2019 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przedstawił wywód prawny dotyczący przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, przywołując m.in. tezy wynikające z orzecznictwa KIO, tj. wyroku

z dnia 2 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1417/18, wyroku z dnia 23 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 279/17, wyroku z dnia 3 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1428/18.

Zamawiający podkreślał, że w przedmiotowym postępowaniu, aby w sposób należyty zweryfikować brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wezwał wykonawcę Inżyniera Rzeszów S.A. do wyjaśnień w przedmiotowym zakresie. Należyta staranność Zamawiającego wymaga, aby podejmowane przez niego decyzje oparte były na wszechstronnym rozważeniu okoliczności związanych z prowadzoną procedurą. Zamawiający decydując się na wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty musi mieć co do tej okoliczności pewność.

Zamawiający zaznaczył również, że referencje nie stanowią podstawowego źródła informacji odnośnie zakresu lub wymiaru zrealizowanych robót budowlanych, usług lub dostaw, lecz składane są na potwierdzenie, że te roboty, usługi czy dostawy zostały wykonane należycie (a w przypadku robót budowlanych - również że zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone zgodnie z zasadami sztuki budowlanej). Źródłem informacji o zrealizowanych robotach budowlanych, usługach lub dostawach, na które wykonawca ma zamiar się powołać w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, powinny być przede wszystkim takie dokumenty, jak umowy i protokoły odbioru (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2017 r., sygn. akt: KIO 1978/17).

Zamawiający wskazał również, że w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej nie jest uprawnione utożsamianie niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu z zaistnieniem podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp (zob. wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2018 r., sygn. akt: KIO 2529/18).

Nadto Zamawiający uzasadniał, że jedyny związek pomiędzy warunkami udziału w postępowaniu a przedmiotem zamówienia został przez ustawodawcę określony w przepisie art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Powyższe oznacza, że warunki udziału w postępowaniu winny mieć zakotwiczenie w przedmiocie zamówienia w taki sposób, aby z jednej strony pozwalały na weryfikację zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, z drugiej zaś strony, aby dawały możliwość zachowania uczciwej konkurencji. Jednocześnie Zamawiający zauważył, że wskazany przepis potwierdza, że warunki udziału w postępowaniu i opis przedmiotu zamówienia to dwie odrębne instytucje, a zatem nie jest możliwe wnioskowanie wprost o jednej na podstawie drugiej, czy też odkodowywanie treści jednej w oparciu o treść tej drugiej (zob. wyrok Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2017 r., sygn. akt: KIO 644/17). Zaznaczył również, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania, a nadrzędnym celem wszczęcia i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zaspokojenie obiektywnych i uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, a nie maksymalne poszerzenie dostępu do zamówienia wykonawcom. Obowiązek zachowania uczciwej konkurencji nie wyłącza bowiem uprawnienia Zamawiającego do uzyskania świadczenia zgodnego z jego uzasadnionymi oczekiwaniami.

Na marginesie Zamawiający zauważył, że Odwołujący zarzucił naruszenie przepisu art. 91 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która podlega odrzuceniu. Przedmiotowy przepis jest natomiast bardzo rozbudowany i dotyczy kryteriów oceny ofert. Przesłanki odrzucenia oferty wskazuje natomiast przepis art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający podkreślał, że podstawą zarzutu jest nie tylko przywoływana podstawa prawna, ale również konkretna i precyzyjna podstawa faktyczna. To na Odwołującym, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar skonkretyzowania stawianych zarzutów na wspomnianych wyżej płaszczyznach. Poza treścią samego odwołania nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów.

Odnosząc się do sposobu formułowania zarzutów przez Odwołującego Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią przepisu art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, zarzut musi być postawiony wyraźnie, tzn. wskazywać konkretną czynność zamawiającego mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia, gdyż po upływie terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie, ani doprecyzowywanie treści zarzutów odwołania (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt: KIO 589/13).

Ponadto Zamawiający uzasadniał, iż to na Odwołującym, zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywa ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym. Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami albo zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to na Odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności, którymi jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Podkreślił, że Odwołujący nie podołał ciężącemu na nim obowiązkowi.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

i stanowisk Stron i Uczestników, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 11 czerwca 2019 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba, na posiedzeniu niejawnym po wysłuchaniu stanowisk Stron i Przystępujących, oddaliła opozycję Zamawiającego przeciw przystąpieniu wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. oraz Keller Polska Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawców, którzy zgłosili przystąpienia odpowiednio w dniu 13 i 14 czerwca 2019 r.

Zamawiający wniesioną opozycję uzasadniał tym, że oferty ww. wykonawców zostały sklasyfikowane na dalszych pozycjach w rankingu ofert, tj. oferta wykonawcy Keller Polska Sp. z o.o. na pozycji trzeciej, a oferta wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. na pozycji czwartej. Zamawiający wskazał również, że ceny zaoferowane przez ww. wykonawców przekraczają budżet przeznaczony przez Zamawiającego na wykonanie części nr 3.

Uznając za dopuszczalne zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawców Keller Polska Sp. z o.o. oraz STRABAG Sp. z o.o., Izba wzięła pod uwagę okoliczność, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej uregulowanej w art. 24aa ustawy Pzp. Tym samym zdaniem Izby, interes w zgłoszeniu przystąpienia obu wykonawców był niewątpliwy. W przypadku skutecznego wykluczenia wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. z części 3 zamówienia, oferty wykonawców Keller Polska Sp. z o.o. oraz STRABAG Sp. z o.o. przesuną się w rankingu ofert na wyższą pozycję, co wzięwszy pod uwagę, iż postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem procedury odwróconej, nie pozbawia ww. wykonawców szans na uzyskanie zamówienia. Nie można bowiem wykluczyć, iż zarówno pierwszy, jak i drugi, w kolejności wykonawca, których oferty nie zostały jeszcze zweryfikowane na podstawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie wykażą spełniania warunków.

Również okoliczność, iż ceny zaoferowane przez wykonawców Keller Polska Sp. z o.o. oraz STRABAG Sp. z o.o. przekraczały kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację części 3-ej zamówienia nie pozbawia wykonawców interesu

w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego. Zauważyć bowiem należy, iż wykonawca ma prawo domagać się przeprowadzenia czynności oceny złożonych ofert jak i samego wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych. Dlatego też ewentualne unieważnienie postępowania byłoby czynnością następczą i podlegałoby kontroli przez wykonawców w ramach środków ochrony prawnej. Nie można również pominąć, iż Zamawiający może zwiększyć kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia i zapobiec unieważnieniu postępowania, czy też jego części.

W świetle powyższego Izba oddaliła opozycję Zamawiającego i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców Keller Polska Sp. z o.o. oraz STRABAG Sp. z o.o. w charakterze jego uczestników.

Jednocześnie Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 13 czerwca 2019 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, ofertę Przystępującego Inżynieria Rzeszów S.A., wezwanie Zamawiającego z dnia 16 kwietnia 2019 r. skierowane do wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A., odpowiedź wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. zawartą w piśmie z dnia 18 kwietnia 2019 r., wezwanie Zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2019 r. skierowane do wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A., odpowiedź wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. zawartą w piśmie z dnia 29 kwietnia 2019 r., wykaz robót budowlanych złożony przez Inżynieria Rzeszów S.A. dotyczący części 3 wraz z poświadczeniem z dnia 14 grudnia 2018 r., pismo Zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2019 r. skierowane do Miejskiego Zarządu Dróg w Rzeszowie wraz z odpowiedzią MZD z dnia 6 maja 2019 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska Stron i Uczestników postępowania złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 25 czerwca 2019 r. oraz 4 lipca 2019 r.

Ponadto Izba wzięła pod uwagę:

1. pismo Przystępującego Keller Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim z dnia 24 czerwca 2019 r.,
2. pismo Przystępującego Inżynieria Rzeszów S.A. z dnia 24 czerwca 2019 r. wraz z 26 załącznikami,
3. pismo STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie z dnia 28 czerwca 2019 r.,
4. pismo Odwołującego z dnia 28 czerwca 2019 r. wraz z 3 załącznikami,
5. pismo Przystępującego Keller Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim z dnia 28 czerwca 2019 r. wraz z 1 załącznikiem.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego w dniu 4 lipca 2019 r. wykonawca Inżynieria Rzeszów cofnął wniosek dowodowy zgłoszony w piśmie z dnia 28 czerwca 2019 r.

Na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp Izba oddaliła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu geotechniki Państwowego Instytutu Geologicznego – Państwowego Instytutu Badawczego na okoliczność ustalenia, czy roboty wykonane przez Inżynierię Rzeszów S.A. w ramach inwestycji pn. „Rozbudowa węzła drogowego al. Wyzwolenia – ul. Warszawska”, były zabezpieczeniem/likwidacją osuwiska, uznając, iż ww. dowód został powołany dla zwłoki. Ponadto zgodnie z art. 190 ust. 4 ustawy Pzp, Izba może powołać biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzoną przez prezesa właściwego sądu okręgowego, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych.

Skład orzekający Izby doszedł do przekonania, iż rozstrzygnięcie niniejszej sprawy możliwe było na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej przez Zamawiającego oraz licznych i obszernych dowodów złożonych przez Strony i Uczestników postępowania, tym samym ww. wniosek dowodowy prowadziłyby do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania odwoławczego, nie będąc przy tym niezbędnym do rozstrzygnięcia zawisłego przed Izbą sporu.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne.

Zgodnie z treścią SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu wraz z ogłoszeniem zmian lub dodatkowych informacji opublikowanym w dniu 10 listopada 2018 r., o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali warunki dotyczące m.in. zdolności technicznej lub zawodowej, tj. wykonawca musiał 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 1 zadania obejmującego budowę lub przebudowę drogi o klasie drogi min. G wraz z zabezpieczeniem osuwiska (likwidacja), lub zabezpieczenie osuwisk w konstrukcji oporowej żelbetowej (pale wiercone) o wartości zadania co najmniej 2 500 000,00 PLN netto.

W dniu 8 maja 2019 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A. w ramach części nr 3 do złożenia m.in. wykazu robót budowlanych oraz dowodów określających, czy wskazane roboty budowlane zostały należycie wykonane.

Wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A. w dniu 17 maja 2019 r. złożył m.in. wykaz robót budowlanych, w którym w poz. 1 wskazał zadanie pn. „Rozbudowa węzła drogowego al. Wyzwolenia – ul. Warszawska”, jednocześnie wskazując, iż realizacja zadania obejmowała przebudowę, rozbudowę drogi wraz z zabezpieczeniem osuwiska (likwidacja) – roboty budowlane wykonane przez spółkę Inżynieria Rzeszów S.A. Wartość wykonanych robót budowlanych wynosiła 51 447 000 zł netto. Nadto wykonawca wskazał, iż klasa drogi lub ulicy odpowiadała klasie G, GP. Powyższa inwestycja realizowana była na rzecz Gminy Miasta Rzeszów – Miejskiego Zarządu Dróg w Rzeszowie i wykonana (zakończona) została w dniu 19 grudnia 2014 r.

Ponadto wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A. złożył poświadczenie z 14 grudnia 2018 r. wystawione przez Gminę Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie, z którego wynika, iż „Konsorcjum INŻYNIERIA – Vahostav”, którego liderem była Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie zrealizowała zadanie pn. „Rozbudowa węzła drogowego Al. Wyzwolenia – ul. Warszawska” realizowane w ramach projektu pn. „Budowa systemu integrującego transport publiczny Miasta Rzeszowa i okolic” w okresie od 6.12.2013 – 19.12.2014. Wartość wynagrodzenia za przedmiot zamówienia wynosiła 51 447 000 zł netto, 63 279 810,00 zł brutto, w tym:

- dokumentacja projektowa – 2 447 000,00 zł netto,
- przykrycie potoku Przyrwa – 3 312 563,05 zł netto,
- wiadukt drogowy – 16 170 638,72 zł netto,
- roboty drogowe – 14 475 482,00 zł netto,
- konstrukcje oporowe - 151 916,40 zł netto,
- zabezpieczenia akustyczne – 100 246,50 zł netto,
- zieleń – 134 987,93 zł netto,
- przebudowa i budowa nowej sieci wodociągowej – 394 840,00 zł netto,
- przebudowa i budowa nowej sieci kanalizacji sanitarnej – 24 775,00 zł netto,
- przebudowa i budowa nowej sieci kanalizacji deszczowej – 2 717 010,00 zł netto,
- przebudowa i budowa nowej sieci ciepłej – 6 183 751,40 zł netto,
- drenaż – 388 050,00 zł netto,
- przebudowa i budowa nowego oświetlenia drogowego – 1 896 495,35 zł netto,
- przebudowa sieci elektroenergetycznych – 497 408,74 zł netto,
- sieci teletechniczne – 2 551 834,91 zł netto.

Zgodnie z treścią ww. poświadczenia, zakres inwestycji obejmował:

I. Roboty budowlane:

1. Przykrycie potoku Przyrwa:

1.1. Charakterystyka: Przykrycie potoku Przyrwa wykonano w konstrukcji żelbetowej. Wzmocnienie podłoża wykonano kolumnami betonowymi w technologii formowania świdrem

ciągłym [CFA] o średnicy 400 mm oraz mikropalami o średnicy 300 mm. Pale zostały zwieńczone oczepem, na których oparto ściany żelbetowe. Przykrycie potoku wykonano z belek DS6 zespolonych płytą żelbetową gr. 23-29 cm. Na zwieńczeniach pom. Ścianami wykonano rozpory żelbetowe w postaci belek prostopadłych, które jednocześnie stanowią wzmocnienie podłoża pod kosztami siatkowo – kamiennymi. Koryto potoku umocniono obustronnie kosztami siatkowo – kamiennymi ułożonymi pasami wzdłuż ścian przykrycia. Obniżone dno potoku umocniono materacami siatkowo – kamiennymi. Wlot i wylot wykonano jako koryto otwarte w posadowieniu i konstrukcji ścian i dna jak przykrycie potoku. Na przykrytej części potoku Przyrwa wykonano żelbetowe komory rewizyjne.

1.2. Podstawowe parametry i ilości:

- klasa obciążenia – A
- długość regulowanego koryta potoku – 618,34 m,
- żelbetowe przekrycie ramowe – 540,00 m,
- szerokość w świetle – 5,50 m,
- wysokość w świetle – 2,00 m,
- kolumny CFA \varnothing 400 mm – 3 303,24 mb,
- mikropale \varnothing 300 mm – 427,00 mb,
- oczepy żelbetowe 40x60 cm – 259,50 m³,
- ściany żelbetowe gr. 40 cm – 223,60 m³,
- rozpory żelbetowe 20x40 cm – 223,00 szt.,
- belki przykrywające DS6 [570x89x19 cm] – 534,00 szt.,
- kosze siatkowo – kamienne 50x150x500 – 1 067,45 m³,
- materace siatkowo – kamienne gr. 30 cm – 945,73 m³,
- narzut kamienny – 33,25 m³.

2. Wiadukt drogowy:

2.1. Charakterystyka głównych elementów (...),

2.2. Podstawowe parametry (...).

3. Roboty drogowe:

3.1. Charakterystyka zakresu robót (...),

3.2. Charakterystyczne parametry techniczne drogi:

3.2.1. węzeł (...)

3.2.2. Aleja Wyzwolenia (...),

3.2.3. Ulica Warszawska (...),

3.2.4. rodzaje nawierzchni (...),

3.2.5. ilość wykonanych robót (...),

3.3. Oznakowanie i organizacja ruchu (...),

3.4. Likwidacja osuwisk.

4. Konstrukcje oporowe [mury oporowe]:

4.1. mur oporowy M1 (...),

4.2. mur oporowy M2 (...).

5. Zabezpieczenie akustyczne (ekrany):

5.1. Charakterystyka głównych elementów (...),

5.2. Podstawowe parametry i ilości (...).

6. Zieleń (...).

II. Przebudowa infrastruktury podziemnej:

1. Przebudowa i budowa nowej sieci wodociągowej (...),

2. Przebudowa i budowa nowej sieci kanalizacji sanitarnej (...),

3. Przebudowa i budowa nowej sieci kanalizacji deszczowej (...),

4. Przebudowa i budowa nowej sieci ciepłej (...).

5. Drenaż – drenaż z zabezpieczeniem geowłókniną o śr. nom. 160 mm w drenach francuskich w wykopie liniowym – 1 293,50 m.

6. Roboty elektryczne:

1. Budowa nowego oświetlenia,

1.1. Parametry projektowanego oświetlenia (...),

1.2. Charakterystyka głównych elementów (...).

2. Przebudowa istniejącego oświetlenia (...).

3. Przebudowa sieci elektroenergetycznych (...).

4. Sygnalizacja świetlna (...).

7. Roboty teletechniczne:

1. Przebudowa i zabezpieczenie sieci telekomunikacyjnych (...).

2. Budowa kanalizacji teletechnicznej (...).

III. Roboty rozbiórkowe i wyburzeniowe (...).

Przedmiotowa inwestycja realizowana była na zasadach „projektuj i buduj”. Ponadto z treści ww. poświadczenia wynika, iż inwestycja realizowana była w trudnych warunkach gruntowo – wodnych, na terenach osuwiskowych. Jednocześnie Zamawiający potwierdził, że przedmiot zamówienia został wykonany z zachowaniem należytej staranności, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończony.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2019 r. Zamawiający wezwał Inżynierię Rzeszów S.A., na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie części nr 2 dotyczących zadania wskazanego w poz. 1 wykazu robót budowlanych oraz referencji z dnia 14 grudnia 2018 r. poprzez wyjaśnienie, czy w ramach „Konsorcjum Inżynieria – Vahostav”, firma Inżyniera Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie na ww. zadaniu wykonała zadanie obejmujące budowę lub przebudowę drogi o kasie drogi min. G wraz z zabezpieczeniem

osuwiska (likwidacja), lub zabezpieczenie osuwisk w konstrukcji oporowej żelbetowej (pale wiercone) o wartości zadania co najmniej 4 000 000 PLN netto.

Wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A. w piśmie z dnia 18 kwietnia 2019 r., w odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego wyjaśnił, że „Rozbudowa węzła drogowego al. Wyzwolenia – ul. Warszawska” zrealizowana została przez „Konsorcjum Inżynieria – Vahostav”, którego liderem był spółka Inżynieria Rzeszów S.A. oraz że w ramach ww. zadania faktyczne i rzeczywiste wykonanie robót budowlanych polegających na wykonaniu zadania obejmującego przebudowę, rozbudowę drogi wraz z zabezpieczeniem osuwiska (likwidacja) o klasie drogi G i GP zrealizowane zostało przez spółkę Inżynieria Rzeszów S.A. Powyższe wynikało z faktu zawarcia i realizacji pomiędzy Inżynieria Rzeszów S.A. a Vohostav-SK a.s. umowy konsorcjum oraz porozumienia do umowy konsorcjum.

Pismem z dnia 25 kwietnia 2019 r. Zamawiający wezwał Inżynierię Rzeszów S.A., na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie części nr 2 dotyczących oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wskazanie, czy w ramach zadania „Rozbudowa węzła drogowego al. Wyzwolenia – ul. Warszawska” Inżynieria Rzeszów S.A.: a) wykonała zadanie o wartości co najmniej 4 000 000 zł netto, b) wykonała zadanie obejmujące rozbudowę drogi wraz z zabezpieczeniem osuwiska (likwidacja). Nadto w ww. piśmie Zamawiający wskazał, iż otrzymał informację dotyczącą ww. zadania, z której wynika, iż:

- przedmiotem powyższej inwestycji nie było zabezpieczenie osuwiska, a nawet w pasie drogi objętej projektem nie występowały osuwiska,
- udostępniona wykonawcom, na powyższym zadaniu, dokumentacja, w szczególności PFU, nie zawierał informacji na temat konieczności zabezpieczenia osuwiska, czy też informacji o istniejących osuwiskach, które trzeba zlikwidować, wskazywał jedynie na prawdopodobieństwo ich powstania w rejonie potoku Przyrwa, który miał zostać przykryty planowaną drogą. Przewidziana została poprawa stateczności skarpy poprzez obniżenie poziomu wód gruntowych napływających w kierunku Przyrwy, poprzez zastosowanie dwóch drenów „francuskich”,
- poprawa stateczności skarpy nie może być uznana za likwidację/zabezpieczenie osuwiska,
- z treści PFU wynikało, że stwierdzono istnienie w pasie drogowym al. Wyzwolenia i przyległym potencjalnych osuwisk, wymagających zaprojektowania i wykonania zabezpieczających robót budowlanych na podstawie szczegółowych badań geologicznych. Jak wynika z dokumentacji takie badania nie zostały przez wykonawcę wykonane, tym samym nie mógł on zaprojektować i wykonać robót w celu zabezpieczenia osuwiska,
- projekt wykonawczy sporządzony w trakcie realizacji zamówienia przez wykonawcę nie przewidywał żadnych robót polegających na likwidacji osuwiska,

- z protokołu odbioru końcowego robót budowlanych i przekazania do eksploatacji obiektu z 19 grudnia 2014 r. dla powyższego zadania wynika, że zakres rzeczowy wykonanych robót nie obejmował zabezpieczenia osuwiska.

Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 29 kwietnia 2019 r. wskazał, że Inżyniera Rzeszów S.A. w ramach zadania „Rozbudowa węzła drogowego al. Wyzwolenia – ul. Warszawska”, wykonała: - zadanie o wartości co najmniej 4 000 000,00 PLN netto oraz – zadanie obejmujące rozbudowę, przebudowę drogi wraz z zabezpieczeniem osuwiska (likwidacja).

Pismem z dnia 25 kwietnia 2019 r. Zamawiający, działając na podstawie § 2 ust. 6 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. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.) [dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”] wystąpił do Miejskiego Zarządu Dróg w Rzeszowie, z prośbą o udzielenie informacji, czy w ramach zadania „Rozbudowa węzła drogowego al. Wyzwolenia – ul. Warszawska”, lider konsorcjum Inżyniera Rzeszów S.A. wykonała zadanie obejmujące rozbudowę drogi wraz z zabezpieczeniem osuwiska (likwidacja).

W odpowiedzi na powyższe pismo, MZD w Rzeszowie potwierdził, że Inżyniera Rzeszów S.A. wykonała zadanie obejmujące rozbudowę drogi wraz z zabezpieczeniem (likwidacją osuwiska). Nadto MZD poinformował, „że wzdłuż potoku Przyrwa w obrębie starego wiaduktu na znacznej długości występowało osuwisko czynne. W szczególności był zagrożony odcinek drogi, którego podstawa skarpy nasypu stykała się z potokiem Przyrwa. Odcinek ten przed przystąpieniem do rozbudowy drogi ulicy Wyzwolenia był już kilka razy zabezpieczany. Dopiero zaprojektowanie i wykonanie przykrycia potoku Przyrwa na długości 540 mb skutecznie wyeliminowało problem osuwiska.

Warunki geotechniczne w miejscu inwestycji określono na podstawie dokumentacji geologiczno – inżynierskiej. Klasyfikację i charakterystykę gruntów przeprowadzono na podstawie prac polowych – wierceń, sondowań oraz badań makroskopowych i kontrolnych badań laboratoryjnych (w załączeniu decyzja zatwierdzająca dokumentację geologiczno – inżynierską).

Element przykrycia stanowi żelbetowa konstrukcja ramowa połączona płytą stropową. Geometrycznie niezmienna konstrukcja przykrycia została posadowiona przegubowo względem dolnej krawędzi oczepu. Pod ścianami przykrycia wykonano betonowe kolumny w technologii formowania świdrem ciągłym (CFA) oraz mikropale w technologii wwibrowywania w podłoże gruntowe stalowej rury z dnem a następnie wypełnione mieszanką betonową. Ponadto zastosowano wgłębne odwodnienie za pomocą drenaży, który ma na celu obniżenie poziomu wód gruntowych, zapobieganie nawodnienia się korpusu drogi oraz ustabilizowanie zjawisk osuwiskowych, występujących w ciągu ulicy Wyzwolenia”.

Załącznikiem do ww. pisma była decyzja Prezydenta Miasta Rzeszowa z dnia 7 maja 2013 r. zatwierdzająca dokumentację geologiczno – inżynierską ustalającą warunki geologiczno – inżynierskie dla zadania: „Rozbudowa węzła drogowego Al. Wyzwolenia – ul. Warszawska w Rzeszowie” opracowaną w kwietniu 2013 r. przez „GEO – HAR” Zakład Usług Geologicznych w Rzeszowie.

W dniu 31 maja 2019 r. za najkorzystniejszą w części 3 niniejszego zamówienia Zamawiający uznał ofertę wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert.

Ponadto, na podstawie dowodów złożonych przez Strony i Uczestników postępowania odwoławczego referujących w zasadniczej mierze do zamówienia publicznego udzielonego przez Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie pn. „Rozbudowa węzła drogowego al. Wyzwolenia - ul. Warszawska” Izba ustaliła, następujące okoliczności faktyczne.

W dniu 7 lutego 2013 r. Przystępujący Inżynieria Rzeszów S.A. zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego z MZD w Rzeszowie na realizację zadania pn. „Rozbudowa węzła drogowego al. Wyzwolenia - ul. Warszawska”.

W opisie przedmiotu ww. zamówienia (rozdział II SIWZ ww. zadania) wskazano, iż celem realizacji inwestycji jest poprawa bezpieczeństwa ruchu drogowego i pieszego, dostosowanie nośności nawierzchni do nacisku 115 kN/oś z zastosowaniem nawierzchni odpornej na koleinowanie, korekta parametrów geometrycznych trasy i niwelety drogi, dostosowanie przekroju wiaduktu w ciągu ul. Warszawskiej do projektowanego przekroju drogi i wymaganej nośności, poprawa drożności istniejącego odwodnienia drogi oraz uzupełnienie go o nowe elementy w celu zapewnienia jego ciągłości i skuteczności, dobudowa drugiej jezdni w ciągu al. Wyzwolenia, w tym pozyskanie dodatkowego terenu pod rozbudowę ulicy poprzez przykrycie potoku Przyrwa, wykonanie zabezpieczeń ekologicznych przed ponadnormatywnym oddziaływaniem drogi na pobliskie otoczenie oraz zabezpieczenie terenu osuwiska. Ponadto wskazano, iż w celu poprawy stateczności skarpy należy obniżyć poziom wód gruntowych napływających w kierunku Przyrwy poprzez zastosowanie dwóch drenów „francuskich”. Dodatkowo należało zabezpieczyć skarpy potoku na odcinku od końca przykrycia Przyrwy do ulicy Torowej. Ze względu na występowanie terenów osuwiskowych w ciągu al. Wyzwolenia należało zapoznać się i uwzględnić przy opracowywaniu dokumentacji projektowej ekspertyzę techniczną „Zabezpieczenie przed skutkami awarii al. Wyzwolenia w Rzeszowie wraz z dokumentacją geotechniczną badań podłoża” z 2001 r. posiadaną przez MZD.

W PFU dla zadania IV: Rozbudowa Węzła drogowego Al. Wyzwolenia – ul. Warszawska, obiekt: Budowa systemu integrującego transport publiczny miasta Rzeszowa i okolic, tom 1: Podstawowy, w części dotyczącej charakterystycznych parametrów przedmiotu

zamówienia (1.1.2) wskazano, iż w zakresie robót drogowych, obejmujących przebudowę i rozbudowę ulic oraz ciągów pieszych i rowerowych, wystąpią w szczególności: (...) – inne roboty inżynierskie (konstrukcja żelbetowa przykrycia potoku, umocnienie skarp, ekrany akustyczne, zabezpieczenie osuwiska).

W PFU dla ww. zadania w pozycji dotyczącej warunków geotechnicznych (1.1.4) podano, że: w pracach koncepcyjnych (koncepcja firmy WYG International oraz Ekspertyzie technicznej zabezpieczenia przed skutkami awarii Al. Wyzwolenia) stwierdzono istnienie w pasie drogowym Al. Wyzwolenia i przyległym potencjalnych osuwisk, wymagających zaprojektowania i wykonania zabezpieczających robót budowlanych na podstawie szczegółowych badań geologicznych.

W PFU dla ww. zadania, w części dotyczącej szczegółowych wymagań inwestora (1.3.1) wskazano: „Nie ograniczając się do niżej wymienionych robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami określonymi w PFU, wykonawca w ramach ceny oferty brutto zaprojektuje i wykona w szczególności następujące roboty budowlane: (...) – zabezpieczanie osuwiska przy Al. Wyzwolenia, - przykrycie potoku Przyrwa na odcinku zaznaczonym na planszy zbiorczej (załącznik nr 3) (...)”.

Ponadto w punkcie 1.3.5 PFU - Parametry techniczne obiektów i robót przewidzianych do zaprojektowania w ramach inwestycji – Parametry projektowanych dróg i obiektów inżynierskich – wskazano: „rozbudowa ulicy Al. Wyzwolenia oraz przewidywane obiekty inżynierskie – wiadukt w ciągu ulicy Warszawskiej, przykrycie Przyrwy oraz zabezpieczenie osuwiska – minimalne parametry wg założeń zawartych w załączonej koncepcji”.

W PFU dla ww. zadania, tom 2, część 4: załączniki 6 i 7, w części dotyczącej rozbudowy węzła drogowego Al. Wyzwolenia – ul. Warszawska wskazano: „Ponadto będzie wykonane:

- Przykrycie potoku Przyrwa: Długość projektowanego przykrycia Przyrwy wynosi 520,0 m. Przykrycie projektuje się od km 0+289.13 do km 0+8111.97 przebudowywanej drogi. Koryto potoku na wlocie i wylocie zostanie dostosowane do projektowanych gabarytów przykrycia oraz odpowiednio umocnione.
- Zabezpieczenie osuwisk przy potoku Przyrwa: W celu poprawy stateczności skarpy postanowiono obniżyć poziom wód gruntowych napływających w kierunku Przyrwy poprzez zastosowanie dwóch drenów „francuskich”. Dodatkowo zabezpieczono skarpy potoku występujące na odcinku od końca przykrycia Przyrwy do ulicy Torowej”.

Załącznikiem do dokumentacji ww. postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez MZD była również decyzja RDOŚ z 4 maja 2011 r. w sprawie ustalenia środowiskowych uwarunkowań dla przedsięwzięcia polegającego na przebudowie węzła

drogowego al. Wyzwolenia – ul. Warszawska w Rzeszowie w wariantcie 1, gdzie w punkcie 8 w części dotyczącej warunków wykorzystania terenu w fazie realizacji i eksploatacji lub użytkowania przedsięwzięcia, ze szczególnym uwzględnieniem konieczności ochrony cennych wartości przyrodniczych, zasobów naturalnych i zabytków oraz ograniczenia uciążliwości dla terenów sąsiednich wskazano: prace związane z przykryciem potoku, budową wylotów urządzeń kanalizacyjnych i zabezpieczeniem osuwiska prowadzone będą poza okresem zagrożenia powodziowego. Z kolei w punkcie 7 wymagań dotyczących ochrony środowiska koniecznych do uwzględnienia w projekcie budowlanym wskazano: w celu ustabilizowania istniejących osuwisk w ciągu Al. Wyzwolenia zaprojektować należy system drenaży.

Nadto z decyzji Wojewody Podkarpackiego z 29 listopada 2014 r. w sprawie zezwolenia na realizację inwestycji drogowej pn. „Rozbudowa węzła drogowego al. Wyzwolenia – ul. Warszawska” realizowanego w ramach projektu pn.: „Budowa systemu integrującego transport publiczny miasta Rzeszowa i okolic” wynika, iż projektowana inwestycja winna spełniać warunki zawarte w decyzji Decyzja RDOŚ z 4 maja 2011 r.

Ponadto z dowodów złożonych przez wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A. wynika, że na kilka lat przed realizacją ww. zadania, występowało zjawisko osuwiskowe obejmujące brzegi i dno potoku Przyrwa (co potwierdza pismo RGK Sp. z o.o. MPWiK w Rzeszowie z dnia 21 sierpnia 2001 r., Ekspertyza techniczna - zabezpieczenie przed skutkami awarii Al. Wyzwolenia w Rzeszowie wraz z dokumentacją geotechniczną podłoża, Rzeszów, Województwo Podkarpackie autorstwa p. E. K., dokumentacja geotechniczna pod projektowaną trasą kanalizacji sanitarnej nad potokiem Przyrwa przy Al. Wyzwolenia w Rzeszowie, marzec 2002 r.)

Jednocześnie z dowodów złożonych przez wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A. wynika, iż wykonawca sporządził Projekt Wykonawczy Branża – ustabilizowanie korpusu drogi poprzez drenaż. W punkcie 1.2. ww. Projektu Wykonawczego wskazano: „celem niniejszego opracowania jest projekt wykonawczy odwodnienia wgłębnego dla ustabilizowania korpusu drogowego al. Wyzwolenia w Rzeszowie. W ramach projektu przewiduje się wykonanie odwodnienia wgłębnego al. Wyzwolenia w postaci projektowanych drenaży, których zadaniem jest obniżenie poziomu wód gruntowych i zapobieganie nawadnianiu korpusu drogowego. Wykonanie systemu drenaży wgłębnych ma na celu ustabilizowanie zjawisk osuwiskowych występujących w ciągu al. Wyzwolenia.”

Jak wynika z kolei z pisma z dnia 15 maja 2014 r. ww. Projekt Wykonawczy został pozytywnie zaopiniowany przez Menadżera Projektu, który jednocześnie wskazał wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. obszary wymagające poprawy lub uszczegółowienia.

W Projekcie budowlanym, tom III opinia geotechniczna, projekt geotechniczny, dokumentacja geologiczno – inżynierska opracowanie Rzeszów, lipiec 2013, wskazano, iż

„w przedmiotowej koncepcji zostały zaprojektowane dreny z kruszywa naturalnego 31,5/63 mm owinięte geowłókniną separacyjno – filtracyjną, ich zadaniem jest obniżenie poziomu wody gruntowej i zapobieganie nawadnianiu się korpusu drogowego, lokalizacja przedmiotowego drenażu ma na celu ustabilizowanie istniejących osuwisk w ciągu Al. Wyzwolenia, a jej dokładną lokalizację przedstawiono na planie sytuacyjnym i przekrojach normalnych”.

Ponadto na podstawie wpisów w Dzienniku Budowy nr 140/13 2013 r. (tom I.C) wydanym dnia 11.12.2013 r. – data wpisu 14.07.2014 r. ustalono, iż: w dniu dzisiejszym w wyniku bardzo intensywnej ulewy nastąpiło osunięcie się skarpy nasypu na odcinku od ul. Torowej do wlotu Przykrycia Przyrwy. Spowodowało to zniszczenie wykonanego drenażu B4 i usunięcie chodnika (wpis kierownika robót). Powyższe zostało potwierdzone przez Inspektora nadzoru.

Z kolei w piśmie Menadżera Kontraktu z dnia 18.07.2014 r. wskazano: „w związku z powstaniem osuwiska skarpy potoku Przyrwa na odcinku od km ok. 0+840 do km ok. 0+900 Menadżer Kontraktu poleca przygotować program naprawczy mający na celu odtworzenie i naprawę powstałych uszkodzeń”.

Z projektu stabilizacji zboczy przy potoku Przyrwa w rejonie ulicy Torowej w Rzeszowie, opracowanym w związku z powstałym w dniu 14 lipca 2014 r. osuwiskiem, wynika:

Punkt 1.1. – przedmiotem opracowania jest odkryte koryto potoku Przyrwa między ulicą Torową a korytem obudowanym od strony ul. Warszawskiej. Celem opracowania jest stabilizacja stoków okalających potok Przyrwa w miejscach gdzie nastąpiła awaria w trakcie robót w postaci obrywu i innych zagrożonych obrywem, zsuwem.

Punkt 2.2. – opis warunków gruntowo – wodnych, warunki gruntowe bardzo niekorzystne. Rodzaj i układ warstw oraz ciśnienie sphywowe sprzyja powstaniu osuwisk, sphywów i obrywów. Zsuwy i obrywy skarpy po stronie południowej potoku występowały i zbocze było stabilizowane.

Punkt 2.3. – opis stanu po awarii – awaria w postaci znacznego obrywu nastąpiła po gwałtownych opadach w dniach 14 i 17 lipca 2014 r.

W dniu 30 września 2013 r. wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A. zawarł umowę nr 127/2013/P z STORCI Polska Sp. z o.o., której przedmiotem było kompleksowe wykonanie pali CFA \varnothing 400 mm w ramach omawianego zadania inwestycyjnego.

Odwołującego oraz Przystępującego Inżynieria Rzeszów S.A. łączyła umowa nr 212/2013/P zawarta w dniu 19 grudnia 2013 r., której przedmiotem była kompleksowe wykonanie i pogrążenie pali prefabrykowanych w ilości 1540 mb wraz z wykonaniem 4 testów dynamicznych pali prefabrykowanych w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa węzła drogowego al. Wyzwolenia – ul. Warszawska”. Termin realizacji ww. prac Strony umowy określiły następująco: rozpoczęcie 20.12.2013 r., zakończenie całości robót do

dnia 28 lutego 2014 r. Z pisma procesowego Przystępującego Inżyniera Rzeszów S.A. z dnia 24 czerwca 2019 r. wynika, że Odwołujący wykonywał ww. prace do dnia 15 maja 2014 r., a ww. termin nie był kwestionowany przez wykonawcę Aarsleff Sp. z o.o.

W liście referencyjnym z 7 stycznia 2015 r., złożonym przez Odwołującego w toku posiedzenia w dniu 25 czerwca 2019 r., dotyczącym zadania pn. „Rozbudowa węzła drogowego al. Wyzwolenia – ul. Warszawska” wystawionym przez Gminę Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie, w części dotyczącej zakresu inwestycji brak jest punktu 3.4. Likwidacja osuwisk, wskazanego w poświadczeniu odnoszącym się do ww. zadania z 14 grudnia 2018 r.

W protokole odbioru końcowego robót budowlanych i przekazania do eksploatacji obiektu spisanego dnia 19 grudnia 2014 r. dotyczącego ww. zadania brak jest pozycji (punktu) dotyczącej wykonania zabezpieczenia osuwiska (likwidacji).

Ponadto w broszurze informacyjnej Państwowego Instytutu Geologicznego pt. Karta geologiczna osuwisk dr hab. Antoniego Wójcika prof. UŚ złożonej przez wykonawcę Keller Polska Sp. z o.o. przy piśmie procesowym z dnia 28 czerwca 2019 r. wskazano m.in.:

- definicję osuwiska, zgodnie z którą osuwisko jest formą ruchów grawitacyjnych, powodujących w efekcie osuwania szybkie przemieszczanie mas skalnych zgodnie z siłami grawitacji. Osuwiska są więc efektem „ruchów masowych”, w wyniku których materiał na zboczach jest przemieszczany z wyższych partii zbocza do niższych. Prędkość przemieszczania jest pojęciem względnym od kilku minut do kilkunastu dni i dłużej,
- wśród klasyfikacji osuwisk wymieniono m.in. obrywy skalne,
- definicję aktywności osuwiska – zachowanie się mas skalnych określone w czasie. Ze względu na aktywność, osuwiska dzieli się na: aktywne ciągle, aktywne okresowo i nieaktywne,
- osuwisko aktywne okresowo – to osuwisko, w obrębie którego objawy aktywności występowały w nieregularnych odstępach czasu, w ciągu ostatnich 50 lat,
- osuwisko aktywne ciągle – osuwisko będące w ciągłym ruchu lub którego objawy aktywności występowały w trakcie prowadzenia rejestracji albo w ciągu ostatnich 5 lat,
- klasyfikację dynamiczną osuwisk uwzględniającą: a) częstotliwość ruchów: osuwiska stabilne, osuwiska periodyczne, osuwiska chroniczne, b) szybkość ruchu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Istota niniejszej sprawy sprowadzała się do ustalenia, czy w ramach zadania prowadzonego w formule zaprojektuj i wybuduj pn. „Rozbudowa węzła drogowego al.

Wyzwolenia - ul. Warszawska”, którym wykonawca Inżyniera Rzeszów S.A. posłużył się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w części 3 przedmiotowego zamówienia, faktycznie wykonał prace polegające na zabezpieczeniu osuwiska (likwidacji).

Bezspornie wykonawca Inżyniera Rzeszów S.A., w ramach części 3, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykazując się realizacją ww. zadania, w wykazie robót budowlanych oświadczył, iż obejmowało ono przebudowę, rozbudowę drogi wraz z zabezpieczeniem osuwiska (likwidacja). Nadto ww. wykonawca, w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego dotyczące części nr 2, dwukrotnie oświadczył, że w ramach ww. zadania, wykonał zabezpieczenie osuwiska (likwidację). Z uwagi na analogiczne brzmienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w części 2-ej zamówienia, dla oceny czynności podjętych przez Zamawiającego w części 3, istotne znaczenie mają wezwania Zamawiającego z dnia 16 i 25 kwietnia 2019 r. i wyjaśnienia złożone przez Inżynierię Rzeszów S.A. w części 2-ej zamówienia.

Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Tym samym jak wynika z powyższego przepisu, dla zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, łącznie muszą zostać spełnione następujące przesłanki: przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd, błąd ten polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Istotne znaczenie ma przy tym charakter informacji, gdyż w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp ustawodawca wskazał wprost, że norma ta dotyczy wprowadzenia zamawiającego w błąd wyłącznie przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, a zatem informacji w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu (tak KIO w wyroku z dnia 11 czerwca 2018 r. sygn. akt: KIO 929/18).

Z kolei w świetle punktu 17 ww. przepisu, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej możliwe jest w przypadku łącznego wystąpienia okoliczności, o których mowa w tej regulacji. Powyższa podstawa wykluczenia

wykonawcy z postępowania znajdzie zatem zastosowanie, jeżeli wykonawcy będzie można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania.

Z kolei pod pojęciem „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego”, o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego zamawiającego. Jednocześnie podkreślić należy, iż w świetle ww. przepisu wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Ponadto do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty.

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy nie zostały spełnione przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, które skutkowałyby wykluczeniem wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. z części 3 przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Na wstępie, w ocenie Izby, przypomnieć należy, iż zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Norma wyrażona w powyższym przepisie wyznacza zakres rozstrzygnięcia Izby, który z kolei determinowany jest treścią odwołania, tj. kwestionowaną w nim czynnością oraz jasnymi i skonkretyzowanymi, przed upływem terminu na wniesienie odwołania, zarzutami składającymi się z dwóch warstw - prawnej oraz faktycznej. Tym samym to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar skonkretyzowania stawianych zarzutów na wspomnianych wyżej płaszczyznach. Poza treścią samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, brane

przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu.

W kontekście powyższego nie sposób w pełni podzielić stanowiska Odwołującego, który w toku rozprawy przed Izbą stwierdził, iż pisma procesowe złożone przez wykonawcę Aarsleff Sp. z o.o. oraz przystępujących po jego stronie Wykonawców, wzajemnie się uzupełniają i prowadzą do wniosku, iż Inżynieria Rzeszów S.A wprowadziła Zamawiającego w błąd w zakresie posiadanego doświadczenia, co też winno skutkować wykluczeniem ww. wykonawcy z części 3 postępowania. Podkreślić należy, iż inicjatorem postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą jest Odwołujący i to Odwołujący konstruuje w treści odwołania jasne, konkretne zarzuty składające się z dwóch warstw (faktycznej i prawnej), które nie mogą być modyfikowane, czy też uzupełniane przez wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Podkreślić również należy, iż ma to o tyle istotne znaczenie, iż zarzuty odwołania wyraźnie w nim skonstruowane, nie mogą ewoluować na etapie postępowania odwoławczego, w skutek podnoszonych przez stronę przeciwną argumentów.

Rozpoznając zatem zarzuty w granicach wyznaczonych treścią odwołania w pierwszej kolejności Izba wskazuje, że nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja Odwołującego odnosząca się do treści poświadczenia z dnia 14 grudnia 2018 r. złożonego przez wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A. oparta na założeniu, iż w treści ww. poświadczenia należy wyróżnić dwie części, tj. pierwszą, w której wskazano wynagrodzenie za poszczególne prace wykonane przez wykonawcę w ramach ww. zadania oraz drugą, zawartą po słowach „zakres robót obejmował: ...” dotyczącą wyłącznie przewidywanego/planowanego przez Zamawiającego zakresu inwestycji i niestanowiącą faktycznego wykazu rzeczywiście zrealizowanych robót.

Powyższe stanowisko Odwołującego nie znajduje potwierdzenia w treści ww. poświadczenia. Jak wynika chociażby z punktu I. Roboty budowlane: 1. Przykrycie potoku Przyrwa, 1.1. Charakterystyka, Zamawiający jednoznacznie posługiwał się czasem przeszłym opisując zakres robót, potwierdzając tym samym zakres prac wykonanych przez wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A. w ramach spornego zadania, nie zaś zakres robót przewidywanych do wykonania. Jako przykład Izba wskazuje na następujące określenia: „Wzmocnienie podłoża wykonano (...)”, „Pale zostały zwieńczone (...)”, „Przykrycie potoku wykonano (...)”, „Koryto potoku umocniono (...)”.

Nadto zauważyć należy, iż interpretacja poświadczenia z dnia 14 grudnia 2018 r. prezentowana przez Odwołującego była zbyt daleko idąca. Odwołujący nie wykazał, by znane były mu założenia leżące u podstaw wystawienia ww. poświadczenia w określonym przez Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie kształcie i formule, w konsekwencji dokonując własnej wykładni ww. poświadczenia, sprzecznej z jego literalnym brzmieniem.

Następnie za Zamawiającym Izba wskazuje, że referencje nie stanowią podstawowego źródła informacji odnośnie zakresu lub wymiaru zrealizowanych robót budowlanych, usług lub dostaw, lecz składane są na potwierdzenie, że te roboty, usługi czy dostawy zostały wykonane należycie, a w przypadku robót budowlanych - również że zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Tym samym wywodzenie wniosku, iż dany zakres robót nie został przez wykonawcę faktycznie zrealizowany na podstawie treści złożonego poświadczenia może prowadzić do nieprawidłowych i niepełnych wniosków, co też miało miejsce w okolicznościach niniejszej sprawy.

Jednocześnie stanowiska Odwołującego nie potwierdza także okoliczność, iż w treści rzeczonoego poświadczenia wskazano, iż w ramach przykrycia potoku Przyrwa wykonano wzmocnienie podłoża kolumnami betonowymi w technologii formowania świdrem ciągłym (CFA) o średnicy 400 mm oraz mikropalami o średnicy 300 mm, podczas gdy w rzeczywistości wzmocnienie to wykonane zostało w technologii pali prefabrykowanych przez spółkę Aarsleff będącego podwykonawcą spółki Inżynieria Rzeszów S.A.

Jak wyjaśnił bowiem w toku postępowania odwoławczego wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A., co nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego i przystępujących po jego stronie Wykonawców, w trakcie realizacji inwestycji na rzecz MZD w Rzeszowie doszło do zmiany technologii wykonywania pali z CFA na wbijane. Pierwotnie, Inżynieria Rzeszów S.A. zawarła umowę z STORCI Polska Sp. z o.o., której przedmiotem było kompleksowe wykonanie pali CFA \varnothing 400 mm. Warunki gruntowe, napięcie wody i jej przepływy w powiązaniu z technologią CFA spowodowały jednak utratę ciągłości ich wykonania co w konsekwencji doprowadziło zmiany technologii na pale prefabrykowane w celu dalszego wykonania fundamentów przykrycia Przyrwy. Ponadto zastosowanie pali CFA, mikropali oraz innych zabezpieczeń zostało potwierdzone przez Zamawiającego (MZD w Rzeszowie) w piśmie z dnia 6 maja 2019 r. oraz w piśmie z dnia 24 czerwca 2019 r. Tym samym brak informacji o wykonaniu pograżenia pali prefabrykowanych w treści ww. poświadczenia nie przesądza o tym, że w części drugiej poświadczenia, następującej po słowach „zakres robót obejmował: ...” MZD w Rzeszowie ujął planowany/przewidywany zakres robót.

Nadto o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A. spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej nie przesądza również brak punktu 3.4. - Likwidacja osuwisk w referencjach z dnia 7 stycznia 2015 r. widniejącego z kolei w poświadczeniu z dnia 14 grudnia 2018 r. W ocenie Izby nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż z uwagi na brak ww. pozycji w poświadczeniu z dnia 14 grudnia 2018 r. ww. dokumenty należy uznać za wewnętrznie sprzeczne. Brak ww. informacji nie świadczy bowiem sam w sobie o niewykonaniu ww. robót budowlanych przez wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A. w

ramach omawianego zadania inwestycyjnego, a wskazuje jedynie, iż ww. dokumenty nie były tożsame w zakresie treści. O sprzeczności ww. dokumentów można byłoby mówić wówczas, gdyby jeden z ww. dokumentów zawierał informację, iż w ramach przedmiotowej inwestycji wykonano zabezpieczenie osuwisk, a drugi z nich zawierał informację przeciwną, tj. że owych robót nie wykonano.

Nie zasługiwał na uwzględnienie również argument Odwołującego, jakoby wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2019 r., nie odniósł się do wskazanych przez Zamawiającego zarzutów braku zakresu (likwidacji osuwisk) w dokumentacji wykonania zamówienia, nie dołączając przy tym dowodów na potwierdzenie swojego oświadczenia złożonego w wykazie robót budowlanych.

Ustosunkowując się do powyższego Izba wskazuje, iż treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A. była determinowana treścią rzeczowego i jednoznacznego pytania zadanego przez Zamawiającego w piśmie z dnia 25 kwietnia 2019 r., które w istocie sprowadzało się do potwierdzenia lub zaprzeczenia złożonego w wykazie robót budowlanych oświadczenia dotyczącego wykonania w ramach spornego zadania zabezpieczenia osuwiska (likwidacji). Zauważyć należy, iż Zamawiający w ww. piśmie jakkolwiek wskazał szczegółowo przyczyny swojego wystąpienia do wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A., to jednak nie zwrócił się do ww. wykonawcy o wyjaśnienie braku zakresu (likwidacji osuwisk) w dokumentacji wykonania zamówienia.

W kwestii braku załączenia do wyjaśnień z dnia 29 kwietnia 2019 r. dowodów potwierdzających złożone przez wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A. oświadczenie co do wykonania prac polegających na zabezpieczeniu osuwiska (likwidacji) w ramach zadania realizowanego na rzecz MZD Izba wskazuje, iż wywodzony przez Odwołującego obowiązek dowodowy nie znajduje potwierdzenia ani w treści wezwania Zamawiającego ani w przepisach prawa.

Dla rozpoznania istoty niniejszej sprawy zasadnicze znaczenie, w ocenie składu orzekającego Izby, miało stanowisko Miejskiego Zarządu Dróg w Rzeszowie, tj. odbiorcy robót budowlanych realizowanych przez wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A., uzyskane w odpowiedzi na pismo Zamawiającego, który skorzystał z przysługującego mu uprawnienia wynikającego z § 2 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów i wystąpił do podmiotu, na rzecz którego sporne roboty budowlane zostały wykonane. MZD w Rzeszowie, w piśmie z dnia 6 maja 2019 r. jednoznacznie potwierdził, iż ww. wykonawca w ramach zadania pn. „Rozbudowa węzła drogowego al. Wyzwolenia – ul. Warszawska” wykonał zadanie obejmujące rozbudowę drogi wraz zabezpieczeniem (likwidacją osuwiska). Nadto w ww. piśmie Zamawiający wskazał, że „wzdłuż potoku Przrywa w obrębie starego wiaduktu na znacznej długości występowało osuwisko czynne”. Powyższe korelowało również ze stanowiskiem MZD w Rzeszowie zawartym w piśmie z dnia 24 czerwca 2019 r., w którym

inwestor wskazał, że „niemożliwe byłoby wykonanie robót związanych z przykryciem potoku Przyrwa oraz wykonaniem drogi bez likwidacji osuwiska”. Ww. dokumenty Izba, w okolicznościach niniejszej sprawy, uznała za niebudzące wątpliwości i wiarygodne, wszak nie sposób odmówić najpełniejszej wiedzy o zakresie inwestycji budowlanej i wykonanych pracach zleceniodawcy zamówienia.

W kontekście powyższego podkreślić należy, iż Zamawiający dokonując badania kwalifikacji podmiotowej wykonawcy Inżynieria Rzeszów wyczerpał wszystkie przewidziane przez ustawę Pzp oraz akt wykonawczy do ww. ustawy mechanizmy, tj. skorzystał z instytucji wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o której mowa w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jak również wystąpił do odbiorcy robót budowlanych o dodatkowe informacje, zgodnie z § 2 ust. 6 ww. rozporządzenia. W świetle powyższego, w ocenie Izby, Zamawiający dochował należytej staranności podczas badania sytuacji podmiotowej wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A.

Kolejno Izba wskazuje, iż Odwołujący nie przeprowadził rzetelnej i kompleksowej analizy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego referującej do zadania pn. „Rozbudowa węzła drogowego al. Wyzwolenia - ul. Warszawska” co w konsekwencji doprowadziło wykonawcę do nieprawidłowych wniosków. Na obowiązek wykonania w ramach ww. zadania prac polegających na zabezpieczeniu osuwiska wskazuje opis przedmiotu zamówienia zawarty w dziale II SIWZ, decyzja RDOŚ z 4 maja 2011 r. oraz decyzja Wojewody Podkarpackiego z 29 listopada 2014 r. w sprawie zezwolenia na realizację ww. inwestycji drogowej pn. „Rozbudowa węzła drogowego al. Wyzwolenia – ul. Warszawska” wskazująca, iż projektowana inwestycja winna spełniać warunki zawarte w decyzji RDOŚ z 4 maja 2011 r.

Odwołujący pominął również postanowienia PFU ww. zadania, w tym punkty 1.1.2, 1.3.1 oraz 1.3.5 wprost wskazujące, iż w zakres robót objętych omawianym postępowaniem wchodziły roboty polegające na zabezpieczeniu osuwiska, skupiając się jedynie na brzmieniu punktu 1.1.4. Podkreślić należy, iż w punktach 1.1.2, 1.3.1 oraz 1.3.5 PFU nie ma mowy o potencjalnym osuwisku, lecz o zabezpieczeniu osuwiska. Nadto w Projekcie Budowlanym tom III opinia geotechniczna, projekt geotechniczny, dokumentacja geologiczno – inżynierska opracowanie Rzeszów, lipiec 2013, wskazano, iż lokalizacja drenażu ma na celu ustabilizowanie istniejących osuwisk.

Zważyć również należy, na postanowienia tomu 2 PFU, część 4: załączniki 6 i 7, w części dotyczącej rozbudowy węzła drogowego Al. Wyzwolenia – ul. Warszawska, na które w piśmie procesowym z dnia 24 czerwca 2019 r. powoływał się wykonawca Keller Polska Sp. z o.o. W przedmiotowym postanowieniu wskazano, iż w ramach ww. robót będzie wykonane: 1) Przykrycie potoku Przyrwa: Długość projektowanego przykrycia Przyrwy wynosi 520,0 m. Przykrycie projektuje się od km 0+289.13 do km 0+8111.97 przebudowywanej drogi. Koryto

potoku na wlocie i wylocie zostanie dostosowane do projektowanych gabarytów przykrycia oraz odpowiednio umocnione oraz 2) Zabezpieczenie osuwisk przy potoku Przyrwa: W celu poprawy stateczności skarpy postanowiono obniżyć poziom wód gruntowych napływających w kierunku Przyrwy poprzez zastosowanie dwóch drenów „francuskich”. Dodatkowo zabezpieczono skarpy potoku występuje na odcinku od końca przykrycia Przyrwy do ulicy Torowej”.

W kontekście powyższego należy zauważyć, iż z treści PFU dotyczącego spornego zadania wynikało zatem, jakie prace należało wykonać (zastosowanie dwóch drenów „francuskich”), by zabezpieczyć osuwisko przy potoku Przyrwa. Również Odwołujący w toku rozprawy przed Izłą wskazał, że nie kwestionuje tego, że drenaże mogą służyć zabezpieczeniu osuwiska, jednakże w jego ocenie, wykonanie drenażu jest elementem wielu innych robót, jak np. roboty drogowe i nie stanowiło elementu, który byłby wystarczający dla stwierdzenia wykonania zabezpieczenia (likwidacji) osuwiska. W związku z powyższym zwrócić należy uwagę na stanowisko wykonawcy STRABAG Sp. z o.o., który w piśmie procesowym z dnia 28 czerwca 2019 r. wskazał, iż: „Jako zabezpieczenie wymienia się jedynie drenaż, co nie odpowiada wymaganiom przetargu. Nie jest to ani likwidacja, ani pale wiercone” oraz „Zastosowana technologia nie jest to technologią likwidacji osuwiska lecz jego zabezpieczenia – stabilizacji”. W treści pisma wykonawca STRABAG Sp. z o.o. nie wyjaśnił jednak, dlaczego wykonanie drenażu stanowiące w ocenie wykonawcy zabezpieczenie osuwiska, nie odpowiadało wymaganiom Zamawiającego, skoro warunek udziału w postępowaniu stanowił o zabezpieczeniu osuwiska (likwidacji).

Podkreślić należy, iż okoliczność wykonania przez Inżynierię Rzeszów S.A. drenaży „francuskich” nie była kwestionowana przez Odwołującego i wykonawców przystępujących po jego stronie, a nadto została potwierdzona przez MZD w Rzeszowie m.in. w referencjach z 7 stycznia 2015 r., poświadczeniu z dnia 14 grudnia 2018 r. oraz piśmie z dnia 6 maja 2019 r. W świetle dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącej zadania realizowanego na rzecz MZD w Rzeszowie nie był również kwestionowany obowiązek wykonania drenów „francuskich”. Ponadto jak argumentował wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A. wykonanie drenaży było najistotniejszym elementem minimalizującym efekty osuwiskowe, bowiem odpowiednie zebranie wody i jej odprowadzenie spowodowało zmniejszenie napięcia hydrostatycznego, co w istotny sposób zmiętkowało efekt suffozyjny (wmywanie szkieletu gruntowego), a w dalszej kolejności osuwiskowy.

Odnosząc się do podnoszonej przez Odwołującego kwestii wykonania drenażu będącego niewystarczającym zakresem prac, by można było mówić o zabezpieczeniu osuwiska (likwidacji) Izba wskazuje, iż postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale 7 pkt. 7.2. ppkt 3 a) SIWZ należało rozumieć szeroko. Zgodzić należy się ze

stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego Inżynieria Rzeszów S.A., iż Zamawiający nie skonkretyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co należało rozumieć pod pojęciem zabezpieczenia osuwiska (likwidacji). Innymi słowy, Zamawiający nie wskazał w SIWZ, jakie roboty budowlane, czy też jaką technologią winien wykazać się wykonawca przy realizacji danego zadania, by można było zakwalifikować posiadane przez niego doświadczenie jako polegające wykonaniu zabezpieczenia osuwiska (likwidacji). Słusznie również zauważył Przystępujący Inżynieria Rzeszów S.A., iż w ramach ww. warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie podał definicji osuwiska, typu osuwiska, przyczyn powstawania osuwiska, klasyfikacji osuwiska, rozmiaru osuwiska. Zamawiający nie wymagał również, aby protokół odbioru robót osobno zawierał punkt potwierdzający wykonanie przez wykonawcę likwidacji osuwiska, czy też aby głównym celem zadania była likwidacja osuwiska. Z uwagi na powyższe, w świetle zapisów specyfikacji postępowania prowadzonego przez GDDKiA Odział w Rzeszowie, za bez znaczenia Izba uznała argumentację Odwołującego, który wskazywał, że likwidacja i zabezpieczenie osuwiska to inny przedmiotowo zakres prac.

Ponadto należy zauważyć, iż w toku wykonywania przedmiotowego zadania inwestycyjnego w skutek intensywnych opadów deszczu, w dniu 14 lipca 2014 r., doszło do osunięcia się skarpy nasypu na odcinku od ul. Torowej do wlotu Przykrycia Przyrwy, co skutkowało zniszczeniem wykonanego drenażu B4 i usunięciem chodnika. Powyższe zostało potwierdzone stosownym wpisem w Dzienniku Budowy, jak również wymagało podjęcia działań naprawczych, w wyniku których wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A. opracował projekt stabilizacji zboczy przy potoku Przyrwa w rejonie ulicy Torowej w Rzeszowie w miejscu gdzie doszło do obrywu. Zarówno Odwołujący, jak i przystępujący po jego stronie Wykonawcy kwestionowali możliwość zakwalifikowania ww. zdarzenia jako osuwiska, podnosząc w szczególności, iż był to obryw mas ziemi, a nie osuwisko, a pojęć tych w ocenie wykonawców nie należało utożsamiać.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, by ww. zdarzenie polegające na osunięciu się skarpy nasypu nie mogło zostać zakwalifikowane jako osuwisko. Zważyć należy, iż sam Odwołujący i przystępujący po jego stronie Wykonawcy powoływali się, w toku rozprawy, na zawartą w art. 3 pkt 32a ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2006 r. Nr 129, poz. 902 ze zm.) definicję ruchów masowych ziemi, zgodnie z którą pod pojęciem tym rozumie się powstające naturalnie lub na skutek działalności człowieka osuwanie, spelzwanie lub obrywanie powierzchniowych warstw skał, zwietrzliny i gleby. Innymi słowy, zarówno osuwanie, jak i obrywanie warstw skał, zwietrzliny i gleby wchodzi w zakres definicji ruchów masowych ziemi, którą wykonawcy odnosili do pojęcia osuwiska. Powyższe jest także spójne ze złożoną przez Przystępującego Keller Polska Sp. z o.o. broszurą informacyjną Państwowego Instytutu Geologicznego pt. Karta geologiczna osuwisk dr hab. Antoniego Wójcika prof. UŚ, w której wśród klasyfikacji osuwisk wymieniono m.in.

obrywy skalne. Zakwalifikowanie ww. zdarzenia jako osuwiska potwierdza również pismo Menadżera Kontraktu z dnia 18.07.2014 r. Nadto ponownie podkreślić należy, iż Zamawiający konkretyzując warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej nie odwołał się do definicji zawartej w art. 3 pkt 32a ustawy Prawo ochrony środowiska.

W końcu, w kontekście poczynionych na wstępie wywodów dotyczących konstrukcji zarzutów odwołania zauważyć należy, iż w treści odwołania brak jest argumentacji dotyczącej rozumienia pojęcia „osuwiska” prezentowanej przez Odwołującego w toku rozprawy. W ocenie Odwołującego, by móc stwierdzić, iż mamy do czynienia z zabezpieczeniem osuwiska, muszą zostać spełnione następujące warunki, tj. musi zostać zarejestrowana karta osuwiskowa, wykonana dokumentacja geologiczno - inżynierska zaopiniowana przez Państwowy Instytut Geologiczny oraz musi zostać sporządzona dokumentacja zabezpieczenia osuwiska. Zdaniem Izby powyższe rozumienie określenia „zabezpieczenie osuwiska” stanowi własną interpretację odwołującego się wykonawcy, która nie została zawarta ani w treści odwołania, ani Odwołujący nie wykazał, by wynikała z przepisów obowiązującego prawa.

Odnosząc się do artykułowanej w toku rozprawy przed Izbą roli protokołu odbioru końcowego robót z 19 grudnia 2014 r. zauważyć należy, iż w treści odwołania Odwołujący nie akcentował rangi i treści ww. dokumentu. Nadto należy zauważyć, iż ww. dokument jest mniej szczegółowy w swojej treści odnoszącej się do zakresu robót niż poświadczenie z dnia 14 grudnia 2018 r. Dla przykładu można wskazać, iż protokół odbioru końcowego robót z dnia 19 grudnia 2014 r. nie wymienia robót polegających na wykonaniu drenażu z zabezpieczeniem geowłókniną o śr. norm. 160 mm w drenach francuskich w wykopie liniowym 1293,50 m, które to roboty wskazano w referencjach z dnia 7 stycznia 2015 r. oraz poświadczeniu z dnia 14 grudnia 2018 r. Powyższe zatem potwierdza, iż ww. dokument nie zawiera szczegółowego zestawienia wszystkich robót budowlanych zrealizowanych w ramach zadania pn. „Rozbudowa węzła drogowego al. Wyzwolenia – ul. Warszawska”. Zauważyć również należy, iż Odwołujący nie twierdził przed Izbą, iż ww. dokument zawiera wyczerpujący zakres prac objętych ww. zadaniem inwestycyjnym, a jedynie że brak zawartej w nim pozycji dotyczącej wykonania zabezpieczenia osuwiska (likwidacji) potwierdza, iż takie roboty nie zostały wykonane.

Nie sposób również zgodzić się z argumentacją Odwołującego, iż wykonawca Inżynieria Rzeszów nie wykonał dokumentacji projektowej dotyczącej zabezpieczenia (likwidacji) osuwiska. Odwołujący pominął całkowicie Projekt Wykonawczy Branża – ustabilizowanie korpusu drogi poprzez drenaż, projekt stabilizacji zboczy przy potoku Przyrwa w rejonie ulicy Torowej w Rzeszowie, czy też Projekt budowlany, tom III opinia geotechniczna, projekt geotechniczny, dokumentacja geologiczno – inżynierska opracowanie, wskazujące na

zakres robót polegających na wykonaniu drenaży i ich znaczenie w procesie stabilizacji rejonu osuwiskowego.

Wskazać także należy, iż ewentualne błędy w dokumentacji technicznej postępowania realizowanego na rzecz MZD nie przesądzają, że wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A. nie wykonał prac polegających na zabezpieczeniu osuwiska (likwidacji).

W kwestii oceny charakteru złożonej przez Odwołującego opinii technicznej z 25 czerwca 2019 r. dotyczącej kwalifikacji terenu inwestycji „Rozbudowa węzła drogowego al. Wyzwolenia – ul. Warszawska” w Rzeszowie jako osuwiskowego Izba podziela stanowisko zawarte w wyroku KIO z 11 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 1287/18, 1290/18, 1297/18, 1301/18 oraz orzeczeniach tam wskazanych, w którym podano, iż opinie eksperckie składane przez strony postępowania stanowią opinie prywatne, opracowane na ich zlecenie, a związku z tym należy je traktować jedynie jako wzmocnienie twierdzeń strony, która dla ich uwiarygodnienia odwołuje się do autorytetu specjalisty i wiadomości specjalnych. Jest to pogląd powszechny w orzecznictwie sądów w sprawach cywilnych, który skład orzekający w przedmiotowej sprawie podziela (por m.in. wyrok SN z dnia 3 października 2008 r., sygn. akt I CSK 125/08). W ślad za wyrokiem Izby z dnia 16 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO 654/14 należy wskazać, iż „[...] opinią prywatną (inaczej pozaprosesową, pozasądową, rzeczoznawczą) jest bowiem każde oświadczenie, powołujące się na wiadomości specjalne, nie pochodzące od biegłego powołanego przez sąd. Najistotniejszą cechą opinii prywatnej jest sporządzenie nie na zlecenie organu procesowego, lecz innych uczestników procesu, najczęściej stron postępowania. Jak sama nazwa wskazuje, opinia prywatna nie jest opinią w rozumieniu art. 190 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, ponieważ nie spełnia podstawowych wymagań prawnych odnoszonych do opinii biegłych. Dokument ten powstaje poza postępowaniem, czasami nie dla jego celów, a czasami właśnie dla przedstawienia w toku postępowania. (...) W konsekwencji nigdy ekspertyza prywatna nie może być podstawą wniosków organu orzekającego pozostających w opozycji do stanowiska strony przeciwnej. W orzecznictwie SN wyrażono słuszne stanowisko, że, gdyby ekspertyzę prywatną przyjęto za podstawę orzeczenia, stanowiłoby to istotne uchybienie procesowe, które mogłoby być nawet podstawą skargi kasacyjnej (np. wyrok z dnia 11 grudnia 1997 r. sygn. akt I CKN 385/97).” Składane zatem przez strony i uczestników postępowania opinie prywatne - co do zasady traktowane jako ich (stron) stanowiska - stanowią co najwyżej dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd.”

W świetle powyższego, w ocenie składu orzekającego Izby, Odwołujący nie wykazał, by wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A. w ramach realizacji zadania pn. „Rozbudowa węzła drogowego al. Wyzwolenia - ul. Warszawska” nie wykonał robót w zakresie zabezpieczenia osuwiska (likwidacji) i tym samym, by posiadanie przez ww. wykonawcę doświadczenia w tym zakresie było informacją nieprawdziwą. Jako że odpadła podstawowa przesłanka

wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp polegająca na podaniu przez wykonawcę informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, tj. pozostających w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym, brak było podstaw do wykluczenia wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. z części 3 zamówienia na ww. podstawie prawnej.

Nie zasługiwał na uwzględnienie podniesiony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 91 ustawy Pzp, polegający na wyborze w części 3 zamówienia oferty wykonawcy, wobec której zachodzą przesłanki odrzucenia. Zauważyć należy, iż ww. zarzut był zarówno nieprecyzyjny w swojej warstwie prawnej, gdyż odwołujący się wykonawca nie podał właściwego ustępu art. 91, a nadto jego całościowe brzmienie pośrednio wskazujące na naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i warstwie faktycznej było nieprawidłowe, gdyż Odwołujący nie podniósł żadnego zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 ustawy Pzp względem oferty Inżynieria Rzeszów S.A. Zauważyć należy, iż zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, co nie jest równoznaczne z odrzuceniem oferty wykonawcy.

Nie został naruszony także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, podnoszony w związku z omówionymi wyżej zarzutami.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3600 zł na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....