

WYROK
z dnia 4 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2019 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowy i Utrzymania Dróg sp. z o.o. w Ostrowi Mazowieckiej**

w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Z.U., prowadzącego w Makowie Mazowieckim działalność gospodarczą pod nazwą Z.U., P.H.U. Z.U.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Budowy i Utrzymania Dróg sp. z o.o. w Ostrowi Mazowieckiej** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowy i Utrzymania Dróg sp. z o.o. w Ostrowi Mazowieckiej** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwa Budowy i Utrzymania Dróg sp. z o.o. w Ostrowi Mazowieckiej** na rzecz **Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy 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:

Uzasadnienie

Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „remont drogi wojewódzkiej nr 627 Ostrołęka - Ostrów Mazowiecka od km 10+020 do km 20+700 (L=10,680km)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 27 listopada 2018 r., poz. 653707-N-2018.

11 lutego 2019 r. zamawiający przesłał wykonawcy Przedsiębiorstwu Budowy i Utrzymania Dróg sp. z o.o. w Ostrowi Mazowieckiej, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Z.U., prowadzącego w Makowie Mazowieckim działalność gospodarczą pod nazwą Z.U., P.H.U. Z.U., zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 2) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,
 - 3) zaniechania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
- odwołujący wniósł 18 lutego 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwaną dalej „SIWZ”);
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia przystępującego mimo, że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie wykazał braku podstaw wykluczenia;
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, w szczególności w wyniku samodzielnego - z pominięciem procedury przewidzianej w art. 26 ustawy Pzp - uzyskania referencji wykonawcy od zamawiającego - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert skutkujących wyborem oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej,

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z postanowieniami SIWZ względnie wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania wobec niespełniania przez tegoż wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w treści SIWZ części I - Instrukcji dla wykonawców, punkcie 6 ust. 2, zamawiający zamieścił min. wymaganie, że jednym z warunków udziału w postępowaniu jest wykazanie przez wykonawców, że wykonali w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie roboty budowlane polegające na remoncie, przebudowie, rozbudowie lub budowie drogi o wartości nie mniejszej niż 3.000.000,00 zł. brutto każda. Ponadto, zgodnie z pkt. 14.3.1 części I SIWZ wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, po wezwaniu zamawiającego, miał dostarczyć zamawiającemu m.in. wykaz robót budowlanych wykonanych 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 ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane z załączeniem dowodów określających czy te roboty zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Odwołujący argumentował, że przystępujący wskazał w treści złożonej pierwotnie w dniu 27.12.2018 r. oferty wykonanie tylko jednego przedmiotu umowy - robót budowlanych polegających na remoncie drogi krajowej nr 61 na odcinku Młynarze - Modzele. Zamawiający pismem z dn. 31.12.2018 r. wezwał ww. wykonawcę do uzupełnienia wykazu o drugą zrealizowaną robotę oraz przedstawienia dowodów określających czy roboty te zostały należycie wykonane, powołując się na art. 26 ust. 3 Pzp. W odpowiedzi wykonawca złożył w dniu 2.01.2019 r. wykaz składający się z dwóch robót. Poza robotą, o której mowa powyżej wskazane zostało wykonanie remontu drogi krajowej nr 7 na odc. Czosnów - Palmiry, dł. 3,100 km. Jako dowód określający czy powyższe roboty zostały wykonane należycie, w szczególności informujący o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przystępujący przedłożył poświadczenie GDDKiA Oddział w Warszawie datowane na dzień 25.06.2018 r., według którego, przystępujący, działając jako lider wskazanego w treści przedmiotowego pisma konsorcjum, wykonuje umowę nr 199/2014 z dn. 30.10.2014 r. na „Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych

zarządzanych przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie w podziale na 3 zadania: Zadanie nr 1. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Mławie, Zadanie nr 2. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Płocku, Zadanie nr 3. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Płońsku" w zakresie zadania nr 2. Z powyższego poświadczenia wynika ponadto, że w przypadku czterech zadań dotyczących wykonania remontów nawierzchni wydłużona została gwarancja o 6 i 24 miesiące ze względu na wyniki badań niespełniające wymogów SST. Dodatkowo w jednym przypadku naliczona została kara umowna za przekroczenie terminu wykonania robót.

Odwołujący wskazał, że powyższa kwestia stała się przedmiotem dalszych pytań i wezwań zamawiającego, który pismem z dn. 09.01.2019 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień czy wskazane w wykazie dwie roboty budowlane, tj. remont drogi krajowej nr 61 na odcinku Młynarze - Modzele i remont drogi krajowej nr 7 na odc. Czosenów - Palmiry, dł. 3,100 km, zostały wykonane z należytą starannością, terminowo oraz zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz wytycznymi Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie.

Odwołujący wskazał, że przystępujący pismem z dn. 10.01.2019 r. oświadczył, że za wykonanie robót dotyczące remontu drogi krajowej nr 61 na odcinku Młynarze - Modzele nie została naliczona kara, materiały zostały wbudowane prawidłowo, roboty zostały wykonane w terminie, a zamawiający ocenił budowę na (stopień) dostateczny. Roboty polegające na remoncie drogi krajowej nr 7 na odc. Czosenów - Palmiry, dł. 3,100 km, zostały ocenione przez zamawiającego w następujący sposób: jakość wykonanych robót - dobra, roboty zostały wykonane w terminie, materiały zostały zbudowane prawidłowo, nie została naliczona kara. Ponadto wykonawca przedłożył kolejny wykaz robót, w którym oprócz dwóch dotychczasowych robót wskazane zostały dwie kolejne, tj.:

- remont drogi krajowej nr 61 odc. Sielun - Młynarze,
- remont drogi krajowej nr 7 odc. Dziekanów Leśny - Sadowa.

Odwołujący wywiódł, że wobec powyższych bezskutecznych wezwań zamawiającego do przedstawienia przez przystępującego dowodów, określających czy powyższe roboty zostały wykonane należyście, w szczególności informujących o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone oraz nieudolnych prób przedstawienia takich dowodów przez wykonawcę, zamawiający przez podjęcie bezpośredniej korespondencji z Generalną Dyrekcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddziałem w Warszawie (pismo z dnia 15.01.2019 r.), w sposób pozaustawowy i nie przewidziany w przepisach Pzp przejął na siebie - w zastępstwie wykonawcy ciężar udowodnienia należytego wykonania robót przez przystępującego, a co za tym idzie -

udowodnienia spełniania przez ww. wykonawcę warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że powyższe czynności, podejmowane w postępowaniu przez zamawiającego, dotknięte są naruszeniami obowiązujących przepisów Pzp, w związku z czym uzasadnione są wnioski wykonawcy, zawarte na wstępie niniejszego odwołania. Następnie przywołał treść art. 26 ust. 2f, art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 6, art. 26 ust. 7, art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że pomimo kilkukrotnego wzywania przez zamawiającego przystępującego do spełnienia wymagania, zawartego w pkt. 14.3.1 części I SIWZ, tj. dostarczenia zamawiającemu wykazu robót budowlanych, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane z załączeniem dowodów określających czy te roboty zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, jak również dowodów, świadczących o wykonaniu tych robót w postaci odpowiednich referencji, bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, przystępujący nie spełnił powyższego wymagania. W złożonej w dniu 27.12.2018 r. ofercie przystępujący nie spełnił wymagania objętego pkt. 6 ust. 2 Części 1 SIWZ - Instrukcji dla wykonawców, tj. wykazania, że przystępujący wykonał w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwie roboty budowlane polegające na remoncie, przebudowie, rozbudowie lub budowie drogi o wartości nie mniejszej niż 3.000.000,00 zł. brutto każda. Wykonawca wskazał wykonanie tylko jednego przedmiotu umowy - robót budowlanych polegających na remoncie drogi krajowej nr 61 na odcinku Młynarze - Modzele. W związku z powyższym, już w tym miejscu, z uwagi na niespełnienie wymagania, zawartego w SIWZ, zamawiający winien był odrzucić ofertę przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepisy wspomnianego art. 26 Pzp nie przewidują bowiem uzupełnienia treści oferty w zakresie niezbędnych i wymaganych w SIWZ elementów.

Tym niemniej, zamawiający, contra legem wezwał - pismem z dn. 31.12.2018 r. – ww. wykonawcę do uzupełnienia wykazu o drugą zrealizowaną robotę oraz przedstawienia (nie załączonych pierwotnie) dowodów określających czy roboty te zostały należycie wykonane, z powołaniem na art. 26 ust. 3 Pzp. Art. 26 ust. 3 Pzp jako przesłankę do wezwania przez zamawiającego przewiduje niezłożenie przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, niekompletność, błędy lub wątpliwości związane z oświadczeniami lub dokumentami złożonymi przez wykonawcę. W ocenie

odwołującego, zamawiający nie mógł więc zastosować trybu, przewidzianego w art. 26 ust. 3 Pzp do żądania uzupełnienia wykazu zrealizowanych przez wykonawcę robót.

Odwołujący podniósł, że pomimo wezwania zamawiającego, wykonawca nie wykonał go, składając wprawdzie w dniu 2.01.2019 r. nowy wykaz, składający się z dwóch robót budowlanych, ale jako rzekomy dowód, mający zgodnie z pkt. 14.3.1 części I SIWZ stanowić potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, złożył zupełnie niezwiązany z ww. dwoma rodzajami robót dokument - poświadczenie GDDKiA Oddział w Warszawie z dnia 25.06.2018 r., wskazujące, że wykonawca ten, jako lider konsorcjum, wykonuje umowę nr 199/2014 z dn. 30.10.2014 r. na „Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie w podziale na 3 zadania: Zadanie nr 1. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Mławie, Zadanie nr 2. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Płocku, Zadanie nr 3. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Płońsku" w zakresie zadania nr 2. Tym samym, wykonawca nie wykonał wezwania zamawiającego, a co za tym idzie nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, co uzasadniało wykluczenie ww. wykonawcy z postępowania.

Odwołujący argumentował, że pomimo tego, już z całkowitym pominięciem procedur wynikających z ustawy Pzp, zamawiający kontynuował swoje zapytania i wezwania (zob. pismo z dn. 09.01.2019 r.), w zakresie m.in wezwania przystępującego do wyjaśnień, czy wskazane w wykazie dwie roboty budowlane zostały wykonane z należytą starannością, terminowo oraz zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz wytycznymi Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie. Tym samym, zamawiający, naruszając przepisy Pzp, jak również zasady uczciwej konkurencji, porzucając przewidziane w art. 26 Pzp tryby wezwania do wyjaśnień i uzupełnień, starał się umożliwić przystępującemu konwalidację jego oczywiście nie odpowiadającej treści SIWZ oferty. Znamienne jest, że przystępujący - pomimo dodatkowej, pozaprawnej szansy, otrzymanej od zamawiającego, i tak nie wykorzystał jej, nie składając wymaganych w pkt. 14.3.1 części I SIWZ potwierdzeń spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również informując zamawiającego pismem z dn. 10.01.2019 r., że roboty dotyczące remontu drogi krajowej nr 61 na odcinku Młynarze-Modzele nie zostały wykonane w sposób należyty, w zgodności z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Zamiast powyższych, wymaganych przez SIWZ informacji podał, iż nie została z tytułu tych robót naliczona kara, materiały zostały wbudowane prawidłowo, roboty zostały wykonane w terminie, a zamawiający ocenił budowę na (stopień) dostateczny. Podobnie, w odniesieniu do drugiego kontraktu, remontu drogi krajowej nr 7 na odc. Czosnów - Palmiry, dł. 3,100 km, wykonawca oświadczył jedynie, że prace zostały ocenione przez zamawiającego w następujący sposób: jakość wykonanych robót - dobra, roboty zostały wykonane w terminie, materiały zostały zbudowane prawidłowo,

nie została naliczona kara. Odwołujący zatem stwierdził, że po raz kolejny przystępujący nie wykonał wezwania zamawiającego, a jego oferta nie spełniała warunków wynikających z SIWZ.

Odwołujący wywiódł także, że niezależnie od powyższego, zamawiający - już bez podania jakiegokolwiek podstawy prawnej, pismem z dnia 15.01.2019 r. wystąpił bezpośrednio do Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z zapytaniem odnoszącym się do prawidłowości wykonania ww. robót przez przystępującego. Tym samym, zamawiający w prowadzonym przez siebie postępowaniu wstąpił niejako w rolę wykonawcy, nie dokonując wymaganego przez przepisy Pzp wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania. Odwołujący zaznaczył, że owo przejęcie przez zamawiającego korespondencji w zastępstwie przystępującego z całą pewnością nie stanowiło wykorzystania przewidzianych w art. 26 ust. 6 Pzp, posiadanych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, lub uzyskanych przez zamawiającego za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, w szczególności internetowego repozytorium zaświadczeń e-Certis. Dopiero w efekcie takiej samowolnej i pozaprawnej interwencji zamawiającego doszło do uzupełnienia oczywistych braków w ofercie przystępującego i wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej ze złożonych. Z uwagi na opisane powyżej naruszenia prawa przez zamawiającego i niespełnienia wymagań SIWZ przez ofertę przystępującego, odwołujący stwierdził, że wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta ulec odrzuceniu.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Z.U., prowadzący w Makowie Mazowieckim działalność gospodarczą pod nazwą Z.U., P.H.U. Z.U.. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę przystępującego, wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp skierowane do przystępującego 19 grudnia 2018 r., odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie z 27 grudnia 2018 r., wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów skierowane w

trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przystępującego w dniu 31 grudnia 2018 r., odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie z dnia 2 stycznia 2019 r., wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień skierowane do przystępującego w dniu 9 stycznia 2019 r., wyjaśnienia przystępującego z dnia 10 stycznia 2019 r., pismo zamawiającego skierowane do GDDKiA O/Warszawa w dniu 15 stycznia 2019 r., odpowiedź GDDKiA O/ Warszawa na ww. pismo z dnia 18 stycznia 2019 r., pismo zamawiającego skierowane do GDDKiA O/Warszawa w dniu 4 lutego 2019 r., odpowiedź GDDKiA O/ Warszawa na ww. pismo z dnia 7 lutego 2019 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 11 lutego 2019 r., odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska przedstawione przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Z.U., prowadzącego w Makowie Mazowieckim działalność gospodarczą pod nazwą Z.U., P.H.U. Z.U. uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu względnie zaniechał czynności odrzucenia jego oferty skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu, względnie odrzucenia jego oferty, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający opisał w części I w pkt 6 ppkt 1 SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Wskazał, że uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawcy wykażą, iż *wykonali w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie roboty budowlane polegające na remoncie, przebudowie, rozbudowie lub budowie drogi o wartości nie mniejszej niż 3.000.000,00 zł. brutto każda.*

Ustalono również, że zamawiający w pkt 14.2 SIWZ wskazał, że przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, w których mowa w pkt 6.1. SIWZ.

W pkt 14.3 SIWZ zamawiający wskazał, że wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, po wezwaniu zamawiającego, ma dostarczyć zamawiającemu m.in. *wykaz robót budowlanych wykonanych 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 ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane z załączeniem dowodów określających czy te roboty zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.*

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in. przystępujący.

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 19 grudnia 2018 r., działając na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia m.in.:

wykazu robót budowlanych wykonanych 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 ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane z załączeniem dowodów określających czy te roboty zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - innych dokumentów.

Ustalono ponadto, że w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego przystępujący w dniu 27 grudnia 2018 r. złożył wykaz usług. W wykazie tym w pkt 1 wymienił robotę pn. „remont drogi krajowej nr 61 na odcinku Młynarze – Modzele” wykonaną na rzecz GDDKiA Oddział w Warszawie, w okresie od 02.11.2017 r. do 27.12.2017 r. o wartości brutto 4.901.533,38 zł brutto.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 31 grudnia 2018 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do uzupełnienia wykazu robót budowlanych o drugą zrealizowaną robotę oraz przedstawienie dowodów określających czy roboty te zostały należycie wykonane. W uzasadnieniu wskazał, że w dostarczonym przez przystępującego w dniu 28.12.2018 r., dokumencie tj. wykazie robót budowlanych wykonawca wykazał się realizacją tylko jednej roboty budowlanej wykonanej na rzecz GDDKiA Oddział w Warszawie tj. remontem drogi krajowej nr 61 na odcinku Młynarze-Modzele. Ponadto wskazał, że wykonawca nie dołączył, zgodnie z 14.3.1 SIWZ, dowodów określających czy roboty zostały wykonane należycie.

Ustalono, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący złożył pismo z dnia 2 stycznia 2019 r. Wskazał, że załącza poświadczenie wykonanych robót w ramach umowy 199/2014 z dnia 30.10.2014 r., która obejmuje prace remontowe, ale także większe roboty asfaltowe polegające na budowie nowych dróg, przebudowie oraz odnowie istniejących. Do pisma przystępujący załączył wykaz usług. W wykazie przystępujący wymienił:

- 1) robotę pn. „remont drogi krajowej nr 61 na odcinku Młynarze – Modzele” wykonaną na rzecz GDDKiA Oddział w Warszawie, w okresie od 02.11.2017 r. do 27.12.2017 r. o wartości 4.901.533,38 zł brutto,
- 2) robotę pn. „wykonanie remontu drogi krajowej nr 7 odc. Czarnów – Palmiry dł. 3,100 km, wykonaną na rzecz GDDKiA Oddział w Warszawie, w okresie od 19.10.2016 r. do 23.12.2016 r. o wartości 6.629.134,85 zł brutto.

Do wykazu załączono poświadczenie z dnia 25 czerwca 2018 r. wystawione przez GDDKiA Oddział w Warszawie. W poświadczeniu tym GDDKiA oświadczyła, że przystępujący, działając jako lider wskazanego w treści przedmiotowego pisma konsorcjum, wykonuje umowę nr 199/2014 z dn. 30.10.2014 r. na „Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie w podziale na 3 zadania: Zadanie nr 1. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Mławie, Zadanie nr 2. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Płocku, Zadanie nr 3. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Płońsku” w zakresie zadania nr 2. Wykonawca w ramach ww. umowy do dnia 19.06.2018 r. wykonał prace o wartości 45.671.635,47 zł brutto. Zakres robót obejmował:

1. *Bieżące utrzymanie dróg za kwotę 9.898.256,82 zł brutto (...)*
2. *Remonty nawierzchni asfaltowych za kwotę 29.151.199,86 zł brutto (...)*
3. *Zimowe utrzymanie dróg za kwotę 6.622.238,84 zł brutto (...).*

Prace wymienione powyżej zostały wykonane z należytą starannością, terminowo oraz zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz wytycznymi Zamawiającego. W przypadku czterech zadań dotyczących wykonania remontów nawierzchni wydłużona została gwarancja o 6 i 24 miesiące ze względu na wyniki badań niespełniające wymogów SST. Dodatkowo w jednym przypadku została naliczona kara umowna za przekroczenie terminu wykonania robót.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający, pismem z dnia 9 stycznia 2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień czy wskazane w wykazie dwie roboty budowlane zostały wykonane z należytą starannością, terminowo oraz zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz wytycznymi Zamawiającego (przyp. Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie).

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. pismo przystępujący złożył wyjaśnienia z dnia 10 stycznia 2019 r. W wyjaśnieniach tych wskazał, że za wymienioną pierwszą robotę „*Remont drogi krajowej nr 61 odc. Młynarze — Modzele od km 99+000 do km 99+300 i od km 100+249 do km 103+596*” nie została naliczona kara, materiały zostały zbudowane prawidłowo, roboty zostały wykonane w terminie natomiast Zamawiający ocenił budowę na dostateczny. Kolejna robota wymieniona w wykazie „*Remont drogi krajowej nr 7 odc. Czosnów — Palmiry w km 335+700 do 338+800*” została oceniona przez Zamawiającego — jakość wykonanych robót dobra, roboty zostały wykonane w terminie, materiały zostały zbudowane prawidłowo, nie została naliczona kara. Ponadto w ramach umowy z GDDKiA Oddział w Warszawie zostały wykonane: „*Remont drogi krajowej nr 61 odc. Sieluń — Młynarze od km 96+150 do km 99+000*”, prace zostały ocenione przez Zamawiającego — jakość budowy dostateczna. Roboty zostały wykonane w terminie, materiały zostały zbudowane prawidłowo, nie została naliczona kara. „*Remont drogi krajowej nr 7 odc. Dziekanów Leśny — Sadowa w km 342+600 — 344+570 (P), km 342+700 – 344+600 (L)* Prace zostały ocenione przez Zamawiającego – jakość budowy dobra. Roboty zostały wykonane w terminie, materiały zostały zbudowane prawidłowo, nie została naliczona kara. Dodatkowo, na obecną chwilę realizujemy kontrakt pn „*Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 616 relacji Rembielin — Ciechanów*” zgodnie z umową 384/MZDW/08/2018/I. Został dokonany częściowy odbiór robót na podstawie protokołu odbioru robót nr 1/12/2018 z dnia 21.12.2018 roku na kwotę 2.869 221,00 zł brutto.

Do ww. pisma załączono wykaz robót. W wykazie przystępujący wymienił:

- 1) robotę „remont drogi krajowej nr 61 na odcinku Młynarze – Modzele” wykonaną na rzecz GDDKiA Oddział w Warszawie, w okresie od 02.11.2017 r. do 27.12.2017 r. o wartości 4.901.533,38 zł brutto,
- 2) robotę „wykonanie remontu drogi krajowej nr 7 odc. Czosnów – Palmiry dł. 3,100 km, wykonaną na rzecz GDDKiA Oddział w Warszawie, w okresie od 19.10.2016 r. do 23.12.2016 r. o wartości 6.629.134,85 zł brutto,
- 3) robotę „remont drogi krajowej nr 61 odc. Sieluń – Młynarze dł. 2,850 km wykonaną na rzecz GDDKiA Oddział w Warszawie, w okresie od 14.12.2017 r. do 22.12.2017 r. o wartości 3.880.423,19 zł brutto,
- 4) robotę „remont drogi krajowej nr 7 odc. Dziekanów Leśny - Sadowa wykonaną na rzecz GDDKiA Oddział w Warszawie, w okresie od 29.11.2016 r. do 23.12.2016 r. o wartości 4.499.151,17 zł brutto,
- 5) robotę „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 616 relacji Rembielin – Ciechanów” wykonaną na rzecz MZDW w Warszawie, w okresie od 31.08.2018 r. do 21.12.2018 r. o wartości 2.869.221,00 zł brutto.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający, pismem z dnia 15 stycznia 2019 r. zwrócił się do GDDKiA O/Warszawa z prośbą o udzielenie informacji czy *wskazane przez Wykonawcę zadania zostały zrealizowane w terminie i zgodnie z wszystkimi wymogami SST. Zwracamy się również z prośbą o potwierdzenie, że każda z wymienionych prac miała wartość nie mniejszą niż 3 mln złotych brutto.* Zamawiający poinformował także GDDKiA w Warszawie, że przystępujący wykazał się realizacją czterech prac zrealizowanych na rzecz GDDKiA Oddział w Warszawie, tj.

- 1) remont drogi krajowej nr 61 na odcinku Młynarze – Modzele”,
- 2) wykonanie remontu drogi krajowej nr 7 odc. Czosnów – Palmiry dł. 3,100 km,
- 3) remont drogi krajowej nr 61 odc. Sieluń – Młynarze dł. 2,850 km,
- 4) remont drogi krajowej nr 7 odc. Dziekanów Leśny - Sadowa.

Wskazał, że *Wymienione powyżej prace wykonawca działając jako lider konsorcjum wykonał w ramach umowy nr 199/2014 z dnia 30.10.2014 r. na Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie w podziale na 3 zadania: Zadanie nr 1. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Mławie, Zadanie nr 2. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Płocku, Zadanie nr 3. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Płońsku”.*

Ustalono ponadto, że w odpowiedzi na ww. pismo do zamawiającego wpłynęło pismo GDDKiA O/Warszawa z dnia 18 stycznia 2019 r. W piśmie tym GDDKiA poinformowała, że

wskazane przez wykonawcę zadania nie zostały zrealizowane w terminie oraz nie zostały zastosowane wszystkie wymogi SST. Ponadto informujemy, że każda z wymienionych przez miała wartość nie mniejszą niż 3 mln zł brutto.

DK 61 odc. Młynarze - Modzele

- Nie wykonane prace w terminie
- Uwagi do połączeń technologicznych podłużnych i poprzecznych (niedoszczelnienie)
- Wykruszenia (ubytki) w nawierzchni
- Zdeformowana warstwa ścieralna na niektórych odcinkach. Rozbieżności w wynikach badań
- Wydłużony okres gwarancji o 24 miesiące.

DK 7 odc. Czosnów – Palmiry

- Negatywne wyniki badań
- Wydłużony okres gwarancji o 12 miesięcy
- Ustawienie wysokości krawężników niezgodne z SST
- Uwagi dot. równości nawierzchni w km 335+700 str. P.

DK 61 odc. Sieluń – Młynarze

- Nie wykonane prace w terminie
- Wydłużony okres gwarancji o 24 miesiące,
- Uwagi do połączeń technologicznych podłużnych i poprzecznych (niedoszczelnienie),
- Wykruszenia (ubytki) w nawierzchni,
- Uwagi dot. wykonanie poboczy
- Rozbieżności w wynikach badań

DK 7 odc. Dziekanów Leśny – Sadowna

- Nie wykonane prace w terminie

Ustalono ponadto, że zamawiający, pismem z dnia 4 lutego 2019 r. zwrócił się do GDDKiA O/Warszawa z prośbą o udzielenie informacji czy *przekroczenie terminu wykonania prac w przypadku trzech zadań, tj.:*

- 1) *remont drogi krajowej nr 61 na odcinku Młynarze – Modzele*,
 - 2) *remont drogi krajowej nr 61 odc. Sieluń – Młynarze dł. 2,850 km,*
 - 3) *remont drogi krajowej nr 7 odc. Dziekanów Leśny - Sadowa.*
- było zawinione przez przystępującego.*

Ustalono również, że w odpowiedzi na ww. pismo do zamawiającego wpłynęło pismo GDDKiA z dnia 7 lutego 2019 r. W piśmie tym GDDKiA poinformowała, że wskazane zadania remontowe tj.:

- 1) *remont drogi krajowej nr 61 na odcinku Młynarze – Modzele*,

- 2) *remont drogi krajowej nr 61 odc. Sieluń – Młynarze
przekroczenie terminu wykonania prac było zawinione przez przystępującego.*
- 3) *remont drogi krajowej nr 7 odc. Dziekanów Leśny - Sadowa
przekroczenie terminu nie było zawinione przez przystępującego.*

Ustalono ponadto, że pismem z dnia 11 lutego 2019 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (...).

Przepis art. 26 ust. 2 ustawy Pzp brzmi: *jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.*

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że *jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Izba oddaliła odwołanie, gdyż nie potwierdziły się zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Na wstępie podkreślenia wymagało, że odwołujący wskazując w odwołaniu na naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp skupił się wyłącznie na kwestiach formalnych dotyczących legalności wezwań, jakie zamawiający kierował do przystępującego a także legalności korespondencji, jaką zamawiający prowadził z wystawcą poświadczenia – GDDKiA Oddział Warszawa.

W pierwszej kolejności odwołujący podniósł, że zamawiający powinien odrzucić ofertę przystępującego już w dniu 27 grudnia 2018 r. Wskazał, że w tej dacie przystępujący złożył zamawiającemu wykaz robót obejmujący tylko jedno zadanie zamiast wymaganych dwóch. Ponadto nie przedstawił dowodów potwierdzających należyte wykonanie robót wymienionych w wykazie. Argumentował, że przystępujący został wezwany do złożenia ww. dokumentów pismem z dnia 19 grudnia 2018 r. Uważał, że w tej sytuacji zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamiast kierować do przystępującego wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Stanowisko odwołującego okazało się nieprawidłowe.

Rzeczywiście, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 19 grudnia 2018 r., skierowane w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, przystępujący w dniu 27 grudnia 2018 r. złożył wykaz robót, w którym wymienił tylko jedną robotę, a ponadto nie załączył do wykazu dowodów, potwierdzających, że robota ta została wykonana należyście. Tymczasem zgodnie z treścią warunku opisanego w pkt 6.1) Części I SIWZ, należało wykazać się wykonaniem co najmniej dwóch robót budowlanych. Ponadto, stosownie do pkt 14.3.1 SIWZ, celem wykazania warunku należało złożyć także dowodów określające czy te roboty zostały wykonane należyście. Powyższe nie skutkowało jednak koniecznością odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tak jak utrzymywał odwołujący.

W świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp, jak również na gruncie SIWZ w analizowanym postępowaniu, wykonawcy mieli obowiązek złożyć część oświadczeń i dokumentów wraz z ofertą. Inne dokumenty miały być zaś złożone dopiero w razie wezwania przez zamawiającego skierowanego do wykonawcy, którego ofertę oceniono jako najkorzystniejszą (art. 26 ust. 2 ustawy Pzp). Zgodnie z art. 26 ust. 2, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Z kolei w przepisie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, jest mowa m.in. o doświadczeniach i dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Do dokumentów składanych na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp należał wykaz robót wraz z dowodami potwierdzającymi należyte ich wykonanie, o którym mowa w pkt 14.3.1 SIWZ. Dokumenty te miały być bowiem przedstawione celem wykazania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.2 SIWZ, a ponadto – jak wynikało z pkt 14.2 SIWZ – wykonawca zobowiązany był je złożyć dopiero na wezwanie zamawiającego.

Podkreślenia wymagało, że od procedury wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów, o której mowa w art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, należy odróżniać procedurę wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymienioną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Pierwsza z nich nakłada obowiązek złożenia określonych oświadczeń i dokumentów w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w określonym terminie. Natomiast procedura z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp znajduje zastosowanie nie tylko w odniesieniu do dokumentów, które należało złożyć wraz z ofertą, ale także dokumentów, które należało złożyć w odpowiedzi na wezwanie kierowane w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Na powyższe zwrócono uwagę w opinii prawnej zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych.

Przepis powyższy (art. 26 ust. 3 – przyp. Izby) dotyczy zatem sytuacji, w której wykonawca pomimo obowiązku złożenia oświadczeń lub dokumentów, wynikających z ustawy Pzp, lub wcześniejszego wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust 1 i 2 ustawy Pzp, nie złożył powyższych oświadczeń lub dokumentów albo złożone dokumenty lub oświadczenia są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości.

(<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/kwalifikacja-podmiotowa-wykonawcow/czym-rozni-sie-wezwanie-do-zlozenia-dokumentow-w-trybie-art.-26-ust.-1-i-ust.-2-od-procedury-przewidzianej-w-art.-26-ust.-3-i-art.-26-ust.-3a-ustawy-pzp>).

W tej sytuacji, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, po stronie zamawiającego zaktualizował się obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów. Nie można się zatem zgodzić ze stanowiskiem odwołującego, który wywiódł, że stanie faktycznym sprawy nie została wypełniona hipoteza przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przeciwnie, jak wynika z tego przepisu, znajduje on zastosowanie zarówno w razie niezłożenia wymaganych dokumentów, jak i złożenia dokumentów niekompletnych lub zawierających błędy, czy budzących wątpliwości. Wykaz robót obejmujący jedną zamiast minimum dwóch wymaganych robót z pewnością można było określić mianem dokumentu niekompletnego, a brakujące referencje – nazwać dokumentami niezłożonymi w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Za nieprzystające do analizowanego stanu faktycznego należało uznać przywołane przez odwołującego w trakcie rozprawy poglądy orzecznictwa co do braku możliwości

kilkukrotnego wzywania wykonawcy do uzupełnienia tych samych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Omawiany zakaz znajduje zastosowanie w sytuacji, w której wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, skierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie składa wymaganych dokumentów. Zakaz wystosowania kolejnego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia tego samego braku w tym samym dokumencie orzecznictwo Izby wywiodło się z faktu, że procedura z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp musi być stosowana ostrożnie i rygorystycznie, jako wyjątek od zasady niezmienności ofert wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślenia przy tym wymaga, że zakaz ten nie obejmuje procedury wezwania do złożenia wyjaśnień, o której mowa w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Instytucja ta służy bowiem nie uzupełnieniu brakujących dokumentów, ale wyjaśnieniu wątpliwości co do treści złożonych dokumentów.

Izba stwierdziła, że zamawiający w analizowanej sprawie wzywając przystępującego do uzupełnienia dokumentów pismem z dnia 31 grudnia 2018 r. nie naruszył omawianej zasady. Pierwsze z wymienionych przez odwołującego wezwań z dnia 19 grudnia 2018 r. okazało się wezwaniem kierowanym w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. W konsekwencji drugie z analizowanych wezwań, z dnia 31 grudnia 2018 r., było pierwszym i jedynym wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jakie zamawiający skierował do przystępującego. Kierując się powyższymi rozważaniami zarzut odwołującego uznano za chybiony.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł w odwołaniu, że wykonawca miał nie wykonać wezwania z 31 grudnia 2018 r., gdyż wprawdzie złożył wykaz składający się z dwóch robót budowlanych, ale jako rzekomy dowód należytego ich wykonania przedstawił niezwiązany z ww. robotami dokument - poświadczenie GDDKIA Oddział w Warszawie z dnia 25 czerwca 2018 r. odnoszący się do umowy nr 199/2014 z dnia 30.10.2014 r.

Stanowisko odwołującego okazało się niezasadne. Stwierdzono, w wykazie robót uzupełnionym w dniu 2 stycznia 2019 r. przystępujący wymienił dwie roboty budowlane: remont drogi krajowej nr 61 na odcinku Młynarze – Modzele oraz remont drogi krajowej nr 7 na odc. Czosenów – Palmiry dł. 3.100 km, obie wykonane na rzecz GDDKiA Oddział Warszawa. Do wykazu załączono poświadczenie z dnia 25 czerwca 2018 r. z którego wynikało, że przystępujący jako lider konsorcjum wykonuje umowę z dnia 30.10.2014 r. nr 199/2014 na bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie w podziale na trzy zadania. Zleceniodawca w poświadczeniu wskazał także, że w ramach tej umowy do 19.06.2018 r. już wykonano prace o wartości 45.671.635,47 zł brutto. Ponadto inwestor doprecyzował, że zakres prac obejmował m.in. remonty nawierzchni asfaltowych na kwotę 29.151.199,86 zł brutto. Z poświadczenia wynikało również, że prace zostały wykonane z należytą starannością, terminowo oraz

zgodnie z SIWZ, w przypadku czterech zadań dotyczących wykonania remontów nawierzchni, wydłużona została gwarancja o 6 i 24 miesiące ze względu na wyniki badań niespełniające wymogów SST. Dodatkowo sprecyzowano, że w jednym przypadku została naliczona kara umowna za przekroczenie terminu wykonania robót.

Izba stwierdziła, że rzeczywiście w treści referencji nie wymieniono wprost zadań o których była mowa w wykazie. Jednakże nie można było utrzymywać, że poświadczenie nie odnosi się do ww. robót. Po pierwsze, przystępujący w piśmie przewodnim z dnia 2 stycznia 2019 r. wskazał, że przedstawione przez niego poświadczenie dotyczyło umowy, w ramach której wykonano prace remontowe, w tym większe roboty asfaltowe. Po drugie, zleceniodawca tych prac – to jest GDDKiA Oddział Warszawa został poinformowany wyraźnie przez zamawiającego w piśmie z dnia 15 stycznia 2019 r. że przystępujący powołuje się na wykonanie ww. dwóch zadań w ramach umowy nr 199/2014 z dnia 30.10.2014 r. Dostrzeżenia wymagało, że GDDKiA Oddział Warszawa odpowiedziała na pytania zamawiającego dotyczące tych robót w piśmie z dnia 18 stycznia 2019 r., nie kwestionując tej okoliczności. Zdaniem Izby, gdyby któreś z zadań nie zostało wykonane w ramach umowy z dnia 199/2014 z dnia 30.10.2014 r. to inwestor z pewnością by zareagował. Nic takiego nie miało jednak miejsca, zaś odwołujący nie złożył Izbie żadnego dowodu przeciwnego. W tej sytuacji stwierdzono, że przedstawione przez przystępującego poświadczenie odnosiło się także do obu zadań wymienionych w wykazie robót z dnia 2 stycznia 2019 r. Zarzut okazał się zatem chybiony.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że przystępujący miał nie złożyć zamawiającemu oświadczenia, iż roboty wskazane przez niego w wykazie zostały wykonane w sposób należyty, w zgodności z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Odwołujący w odwołaniu argumentował, że zamawiający w SIWZ wymagał złożenia ww. informacji.

Stanowisko odwołującego nie zasługiwało na uwzględnienie. Odwołujący nie wskazał Izbie w odwołaniu ani nawet w trakcie rozprawy postanowienia SIWZ, z którego miał wynikać omawiany obowiązek. Uszło uwadze odwołującego, że zgodnie z pkt 14.3.1. SIWZ nie było konieczności złożenia takiego oświadczenia przez wykonawcę. Z postanowienia pkt 14.3.1 SIWZ jasno wynikało, że dowodami określającymi czy roboty wymienione w wykazie zostały wykonane należyte, zgodnie z prawem budowlanym i prawidłowo ukończone miały być „referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane”. Przystępujący złożył taki dowód zamawiającemu przedstawiając w dniu 2 stycznia 2019 r. poświadczenie GDDKiA Oddział w Warszawie z dnia 25 czerwca 2018 r. Wobec powyższego zarzut nie potwierdził się.

W dalszej części odwołania odwołujący zarzucił, że zamawiający pozaprawnie wyręczył przystępującego przy uzyskaniu dowodu należytego wykonania robót przez podjęcie korespondencji z GDDKiA Oddział w Warszawie.

Tak sformułowany zarzut odwołującego nie zasługiwał na uwzględnienie. Po pierwsze, jak wskazano wcześniej, nie można było się zgodzić z odwołującym, że przystępujący nie złożył zamawiającemu dowodu należytego wykonania robót wymienionych w wykazie z dnia 2 stycznia 2019 r. Jak wyjaśniono powyżej, dowód taki złożono i odnosił się on do zadań wskazanych w wykazie. Nie można było także utrzymywać, że prowadzenie przez zamawiającego korespondencji z GDDKiA Oddział Warszawa pozbawione było podstawy prawnej. Rzeczywiście zamawiający w swej korespondencji kierowanej do GDDKiA Oddział w Warszawie z dnia 15.01.2019 r. i 4.02.2019 r. nie powołał się na żaden przepis. Tym niemniej jednak nie ulegało wątpliwości, że taką podstawę prawną stanowił przepis § 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.). Na tę właśnie podstawę prawną swych czynności zamawiający wskazał w trakcie rozprawy. Stosownie do tego przepisu, *jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie*. Jak wynika z przytoczonego przepisu zamawiający był uprawniony aby zwrócić się bezpośrednio do inwestora o dodatkowe informacje lub dokumenty uznając, że dokumenty i oświadczenia złożone mu przez przystępującego budzą wątpliwości. Ma rację odwołujący gdy twierdzi, że przepis ten nie może stanowić podstawy do wyręczenia wykonawcy przy obowiązku złożenia dokumentów celem wykazania warunków. Przepis ten – jak wynika z jego brzmienia - służy jedynie weryfikacji już istniejących i złożonych zamawiającemu dokumentów przedstawionych przez wykonawcę. Jednakże, zdaniem Izby, w analizowanej sprawie została wypełniona hipoteza analizowanego przepisu. Zamawiający w momencie wysyłania korespondencji do zleceniodawcy 15 stycznia 2019 r. i 4 lutego 2019 r. był w posiadaniu wykazu i poświadczenia przedstawionych przez przystępującego. W tej sytuacji intencją zamawiającego było jedynie zweryfikowanie informacji wynikających z już złożonych dokumentów i oświadczeń przystępującego. Zamawiający w obu pismach pytał o informacje wynikające z wykazu z dnia 2 stycznia 2019 r i załączonego do tego wykazu poświadczenia. Nie można było zatem utrzymywać, że w ten sposób zamawiający wyręczył przystępującego pozyskując za niego wymagane referencje. Zatem i ten zarzut podlegał oddaleniu.

W dalszej kolejności podkreślenia wymagało, że były to wszystkie zarzuty jakie odwołujący sformułował w odwołaniu. Żaden z zarzutów nie znalazł potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.* Wyjaśnienia wymaga, że za zarzut uznaje się przedstawione przez wykonawcę w odwołaniu okoliczności faktyczne i towarzyszącą im argumentację prawną, które mają świadczyć o naruszeniu przez czynności lub zaniechania zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Na uwagę zasługuje także fakt, że - jak jednolicie wskazuje się w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny and orzeczeniami Izby - przywołanie przez wykonawcę nowych okoliczności faktycznych, nawet wypełniających dyspozycję tego samego przepisu, stanowi nowy zarzut. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”.*

Kierując się powyższymi rozważaniami, Izba pominęła przy wyrokowaniu nowe zarzuty, sformułowane przez odwołującego dopiero w trakcie rozprawy. W trakcie rozprawy odwołujący konieczność wykluczenia przystępującego z odwołania i odrzucenia jego oferty wywiódł z tego, że roboty wymienione przez przystępującego w wykazie miały być wykonane nienależycie. Odwołujący na rozprawie zakwestionował zarówno jakość jak i terminowość wykonanych robót.

Izba stwierdziła, iż wywodów na ten temat próżno było szukać w treści odwołania. W tym zakresie podzielono w całości argumentację zamawiającego i przystępującego, którzy w swych stanowiskach zwrócili uwagę na tę okoliczność. W szczególności nie świadczyły o podniesieniu takiego zarzutu wskazane przez odwołującego w trakcie rozprawy fragmenty ze strony 1 i pierwszego akapitu ze strony 5 uzasadnienia odwołania. Na stronie 1 odwołania odwołujący ogólnie zarzucał zamawiającemu nieprawidłowe badanie i ocenę oferty przystępującego, a także jej nieprawidłowy wybór, co miało naruszać art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Z kolei we wskazanym akapicie pierwszym ze strony 5 uzasadnienia odwołania opisano jedynie zarzut, że przystępujący pomimo kilkukrotnego wezwania nie złożył zamawiającemu wykazu robót i dowodów potwierdzających należyte wykonanie robót wymienionych w wykazie. Odwołujący zarzucał, że w pierwszym wykazie robót wskazano tylko jedną robotę i nie dołączono do wykazu żadnego dowodu i że w związku z tym zaktualizował się po stronie zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Analiza tego zarzutu wskazywała zatem, że odwołujący w żaden sposób nie objął nim jakości ani terminowości robót wymienionych w wykazie. Uwaga odwołującego koncentrowała się wyłącznie wokół kwestii formalnej, a mianowicie niedopuszczalności wezwania do uzupełniania wykazu i referencji w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który to zarzut Izba rozstrzygnęła wcześniej i uznała za całkowicie bezzasadny.

Wobec powyższego, Izba kierując się treścią art. 192 ust. 7 ustawy Pzp zobowiązana była poprzestać na rozpoznaniu sprawy w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. W konsekwencji poza zakresem wyrokowania w analizowanej sprawie pozostała okoliczność, czy wskazane przez zleceniodawcę uchybienia co do jakości czy terminowości wykonania robót referencyjnych wykluczały możliwość zaliczenia tych zadań na poczet warunku udziału w postępowaniu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei

w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie odwołanie podlegało oddaleniu w całości. Kosztami postępowania odwoławczego obciążono zatem w całości odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 10.000 zł oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: