

Sygn. akt: KIO 1663/16

WYROK
z dnia 23 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pszczynie, MP-Mosty Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Miasto Kraków - Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie,

przy udziale Prokom Construction Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddała odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pszczynie, MP-Mosty Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pszczynie, MP-Mosty Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 Krakowie.

UZASADNIENIE

Zamawiający, Miasto Kraków - Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w projekcie pn.: Rozbudowa ulicy Igołomskiej, drogi krajowej nr 79 - Etap 2”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 25 marca 2016 r. w Dz. Urz. UE Nr 2016/S 060-101863.

W dniu 25 sierpnia 2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniu 5 września 2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pszczynie, MP-Mosty Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie wnieśli odwołanie względem wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PROKOM Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (dalej: „PROKOM”) i zaniechania wykluczenia tego wykonawcy mimo złożenia nieprawdziwych informacji, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania, ewentualnie mimo niewykazania realnego dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego.

Według Odwołującego, powyższe miało stanowić naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy PROKOM z postępowania w sytuacji, gdy nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia i jednocześnie złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania odnoszące się do tego faktu,
ewentualnie,

- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 26 ust. 2b Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy PROKOM z postępowania w sytuacji, gdy nie, wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia, bowiem uzupełnione przez niego dokumenty nie potwierdzały, że będzie on realnie dysponował wiedzą i doświadczeniem udostępnionym mu przez inny podmiot.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- nakazanie unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PROKOM,
- nakazanie przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert i w jego wyniku wykluczenie Wykonawcy PROKOM.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[...]”

Zgodnie z pkt III. 1 .b) SIWZ wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie musieli wykazać się posiadaniem wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat lub krótszym ze względu na okres prowadzenia działalności, tj. że „wykonali: co najmniej 2 usługi polegające na nadzorowaniu robót budowlanych obejmujących budowy lub przebudowy drogi klasy min. G realizowanych w oparciu o uznane międzynarodowe standardy kontraktów budowlanych typu FIDIC,. Łączna wartość nadzorowanych robót minimum 150.000.000 zł brutto.” Na potwierdzenie spełnienia warunku wykonawcy zobowiązani byli do złożenia wykazu głównych usług wraz dowodami potwierdzającymi należyte ich wykonanie (pkt IV.I.h SIWZ).

Wykonawca PROKOM w załączonym do oferty wykazie z dnia 12.05.2016r. (Zał. nr 5) wykazał się - w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie nadzorowania robót budowlanych obejmujących budowę lub przebudowę drogi klasy min. G - 2 usługami:

- 1) Pełnienie nadzoru nad realizacją inwestycji „Rozbudowa linii tramwajowej w Krakowie”,
- 2) Usługą Inżyniera Kontraktu dla zadania „Budowa tunelu pod drogą krajową nr 1 w dzielnicy Wartogłowiec w Tychach wraz z budową połączenia ul. Cmentarnej z ul. Goździków” - Zamawiający: Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach.

Nie jest prawdziwa informacja, że w ramach oznaczonego projektu „Budowa tunelu pod drogą krajową nr 1...” Wykonywano roboty budowlane obejmujące budowę lub przebudowę drogi klasy min. G.

Jak wynika z pkt 4 SIWZ - OPZ dla przetargu nieograniczonego na roboty budowlane „Budowa tunelu pod drogą krajową nr I w dzielnicy Wartogłowice w Tychach wraz z budową połączenia ul. Cmentarnej z ul. Goździków ” zakres prac obejmował w szczególności:

- Budowę drogi 1 - przejazd pod DK 1
- Budowę i przebudowę ul. Skotnica
- Przebudowę ul. Cmentarnej
- Budowę skrzyżowania o ruchu okrężnym (ul. Skotnica/ul. Goździków)- małe rondo
- Przebudowę drogi serwisowej - Droga nr 2
- Budowę tunelu pod drogą krajową nr DK1 wraz z murami oporowymi.

Wszystkie objęte przedmiotem zamówienia drogi (budowane i przebudowywane) mają wyłącznie klasę D (dojazdowa). Przedmiotowe roboty budowlane wykonywał Mostostal S.A., nadzorował je Wykonawca PROKOM.

Jak wynika z powyższego, przedmiotowa umowa obejmowała co prawda budowę tunelu pod drogą o klasie GP (drogę, DK), przy czym roboty budowlane obejmujące przebudowę tej drogi wykonywane były w ramach innego zadania niż wykazane przez Wykonawcę PROKOM, pn. „Przebudowa DK nr 1 i 86 Gdańsk - Cieszyn w granicach Miasta Tychy- odcinek DK-1 km 0+000 do 5+65.6 i DK-86 km 27+448 do 28+648” przez Polimex.-Mostostal S.A. Nadzór nad tymi robotami sprawował PxM — Projekt - Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Jak wynika z informacji udzielonych przez wykonawcę powyższych robót, firmę nadzorującą roboty budowlane, a także projektanta w tym zadaniu, całość robót w zakresie przebudowy drogi krajowej DK1 na odcinku nad tunelem pod drogą, krajową DK1 łączącym ul. Cmentarna z ul. Goździków prowadzona była wyłącznie w ramach zadania „Przebudowa DK nr 1 i 86 Gdańsk - Cieszyn w granicach Miasta Tychy- odcinek DK-1 km 0+000 do 5+656 i DK-86 km 27+448 do 28+648”.

Wynika stąd, że PROKOM jako Inżynier Kontraktu czuwał nad budową tunelu pod drogą krajową DK1, a nie tunelu znajdującego się w jej ciągu.

Nie może budzić wątpliwości, iż zadanie „Budowa tunelu pod drogą krajową nr I w dzielnicy Wartogłowice w Tychach wraz z budową połączenia ul. Cmentarnej z ul. Goździków” nie obejmowało budowy lub przebudowy drogi krajowej nr 1 (drogi klasy GP), ani też jakiegokolwiek innej drogi klasy G lub wyższej. Powyższą okoliczność potwierdza także przedstawiciel projektanta tego zadania — Grontmij Polska Sp. o.o.

Z tego wynika więc, że Wykonawca PROKOM złożył nieprawdziwe informacje dotyczące posiadanej wiedzy i doświadczenia w zakresie nadzorowania robót budowlanych obejmujących budowę lub przebudowę drogi klasy min. G, opisanych pod poz. 2 wykazu usług. Biorąc pod uwagę fakt, że w przypadku wyeliminowania tej usługi z wykazu Wykonawca PROKOM nie ma możliwości wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, to informacja ta miała, istotny wpływ na wynik postępowania. W szczególności wobec faktu, iż Wykonawca PROKOM był już wzywany do uzupełnienia wykazu usług (vide pismo Zamawiającego z dnia 08.06.2016r.).

Nie sposób przy tym przyjąć, zważywszy na okoliczności faktyczne sprawy, iż podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem omyłki lub też niesprawdzenia informacji uzyskanej od kogoś innego. Wykonawca PROKOM świadomie zamierzał wprowadzić Zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia.

[...]

Wykonawcy PROKOM nie przysługuje przy tym jakakolwiek możliwość uchylecia się przed wykluczeniem z postępowania. Jak wskazuje Izba w wyroku z dnia 15 grudnia 2015r. (sygn. akt KIO 2653/15): Jeżeli Zamawiający stwierdzi, że złożony w ofercie dokument zawiera nieprawdziwe informacje, co miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, zobowiązany jest wykluczyć wykonawcę z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia na jego miejsce innego dokumentu, który potwierdziłoby spełnienie warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne;

[...]

Z daleko idącej ostrożności, tj. na wypadek dopuszczenia możliwości złożenia przez PROKOM dodatkowych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, potwierdzających spełnienie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia, Odwołujący wskazuje, co następuje:

Pismem z dnia 10 czerwca 2016r., PROKOM odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 czerwca 2016r. podtrzymał stanowisko, że przedstawione przez niego w ofercie dwie usługi wykonane przez PROKOM Construction Sp. z o.o. potwierdzają spełnienie wymagań SIWZ. Jednocześnie PROKOM przedstawił dwie dodatkowe usługi wykonane przez podmiot trzeci - Getinsa-Payma S.L. Załącznikiem do przedmiotowych wyjaśnień było oświadczenie Getinsa-Payma S.L. z dnia 12 maja .2016r. o udostępnieniu PROKOM zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia oraz sytuacji finansowej oraz pochodzące z tej samej daty porozumienie zawarte pomiędzy tymi podmiotami.

Jak wynika z treści wspomnianego oświadczenia i porozumienia, sposób udostępnienia przez podmiot trzeci zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia będzie taki, że Getinsa-Payma S.L. będzie udzielała PROKOM wsparcia, przy czym (cyt.) „wsparcie będzie polegało na doradztwie pracownikom Przyjmującego (PROKOM) zatrudnionym przy realizacji zamówienia przez pracowników Udzielającego (Getinsa-Payma S.L.J." Getinsa-Payma S.L. nie będzie, co podkreślono w porozumieniu, podwykonawcą w zakresie niniejszego zamówienia.

Mając na uwadze zakres usługi będącej przedmiotem zamówienia, jak i zakres doświadczenia niezbędnego do jej prawidłowej realizacji, a wynikający z opisu warunku udziału w postępowaniu, trudno przyjąć, by PROKOM mógł pozyskać wymagane zasoby wiedzy i doświadczenia tylko poprzez świadczenie przez tzw. podmiot trzecich usług doradczych. Wiedza i doświadczenie, jako walory ściśle związane z osobą przedsiębiorcy, są specyficznym zasobem i z założenia ich przekazanie wykonawcy jest możliwe tylko poprzez udział podmiotu posiadającego zasób w realizacji przedmiotu zamówienia, przy czym preferowanym przez ustawodawcę rozwiązaniem jest tu podwykonawstwo. W wyjątkowych sytuacjach, z którą jednak nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie, nie jest wymagane podwykonawstwo podmiotu trzeciego, niemniej, i w takich sytuacjach konieczne jest zweryfikowanie, czy wskazane przez strony sposoby udostępnienia potencjału są odpowiednie, tj. gwarantują rzeczywisty dostęp wykonawcy do zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia. Doradztwo przy realizacji zamówienia o nieokreślonym zakresie, nie powiązane z innymi formami wsparcia wykonawcy, które mogłyby służyć udostępnieniu wiedzy i doświadczenia, nie świadczy o rzeczywistym charakterze zobowiązania.

W niniejszej sprawie sam sposób skonstruowania zobowiązania podmiotu trzeciego wskazuje jedynie na formalne, pozorne udostępnienie zasobów.

Z przedstawionych dokumentów nie wynika bowiem, na czym dokładnie będzie polegało doradztwo ze strony Getinsa-Payma S.L... jaki będzie jego zakres, czy sposób świadczenia, usług doradczych (zwłaszcza w sytuacji, gdy mówiony o rzekomym doradztwie świadczonym przez podmiot hiszpański dla spółki polskiej i jej polskich pracowników). Trudno więc przyjąć, by tak ogólnie sformułowany dokument mógł być dowodem realnej współpracy podmiotów. Przeciwnie, wobec braku tak podstawowych danych, przedstawione przez PROKOM zobowiązanie nie wskazuje na udostępnienie zasobu.

Z ostrożności wskazać należy, że nawet przy zastosowaniu nowoczesnych środków komunikacji i pokonaniu bariery językowej, co najmniej wątpliwa jest efektywność „doradztwa” świadczonego przez podmiot hiszpański, zwłaszcza gdy uwzględni się fakt, że podstawową rolę Inżyniera Kontraktu jest bieżące nadzorowanie robót wykonywanych na

placu budowy (co wymaga m. in. obecności na placu budowy i podejmowania na bieżąco, wielokrotnie „od ręki” decyzji odnośnie przebiegu robót).

W świetle powyższego, nawet jeśli przyjąć by, że PROKOM mógł uzupełnić dokumenty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, uzupełnienie to nie może zostać ocenione jako skuteczne - wskazujące na spełnienie warunku udziału w postępowaniu,

[...]

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska, oświadczenia i dowody stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się w tym przypadku uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostały enumeratywnie wyliczone w art. 24 ustawy, w tym w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3, zgodnie z którym, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nadto zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru

dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Ponadto zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Natomiast według art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W świetle art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu postawionych w dokumentach przetargowych – np. wykazywane przez nich doświadczenie, wiedza czy potencjał kadrowy i ekonomiczny ... *etc.*, materialnie nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego w tym zakresie lub nie wykazali spełnienia powyższego w sposób przewidziany przepisami prawa i postanowieniami dokumentu przetargowego ustanowionymi przez zamawiającego.

Przy czym wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, możliwe jest tylko i wyłącznie z zastrzeżeniem uprzedniego zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp – wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, których pierwotnie, wraz z wnioskiem lub ofertą, nie przedłożył.

Natomiast w przypadku zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp – podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania – art. 26 ust. 3 Pzp nie znajduje zastosowania. Ujmując rzecz jak najlapidarniej, wskazać można, iż braki w wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu mogą być sanowane, natomiast kłamstwa wykonawcy – nie.

Jak wynika z treści art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp dla wykluczenia wykonawcy na tej podstawie wymagane jest kumulatywne zaistnienie, opisanych w następujący sposób okoliczności: (1) wykonawca ma złożyć nieprawdziwe informacje, (2) podanie takich informacji miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Przepis wymaga więc materialnego ustalenia czy podane przez wykonawcę informacje rzeczywiście i obiektywnie nie są prawdziwe.

Zdefiniowanie pojęcia nieprawdziwych informacji, przy wykorzystaniu klasycznej definicji prawdy, nie nastrocza trudności. Nieprawdziwymi informacjami będą więc jakiegokolwiek opisowe zdania (a więc zdania orzekające o faktach), które są niezgodne z rzeczywistością.

W kwestii ustalenia nieprawdziwości rzeczonych informacji wskazać należy, iż w świetle przytoczonych niżej przepisów określających *onus probandi*, dowód zaistnienia

przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. W postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu spoczywa więc generalnie na stronie, która tego typu okoliczność podnosi. Fakt nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji należy więc wykazać i udowodnić.

Przy czym za ugruntowany i trafny należy uznać wyrażany w orzecznictwie pogląd, iż zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione należycie. Teza ta znajduje np. potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości.

Ponadto w orzecznictwie postulowane jest powiązanie podania nieprawdziwych informacji z intencjami oraz zawinieniem wykonawców w tym zakresie oraz z przyczynami powyższego (np. wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 5 stycznia 2013 r. sygn. akt: II Ca 1285/12, wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. sygn. akt: VI Ga 134/12). Przede wszystkim, uwzględniając tzw. wykładnię proeuropejską, dla wykluczenia wykonawcę z postępowania, należy stwierdzić, iż winien jest poważnego wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Odnosząc powyższe do rozpatrywanego przypadku oraz po przeprowadzonej ocenie dowodów przedkładanych przez uczestników postępowania dotyczących zakresu rzeczowego spornej usługi wykazywanej w ofercie Przystępującego – nadzoru nad budową tunelu pod drogą krajową nr 1 w dzielnicy Wartogłowiec w Tychach wraz z budową połączenia ul. Cmentarnej z ul. Goździków – Izba uznała, iż nie podano tu nieprawdziwych informacji w kontekście wymagań adekwatnego warunku udziału w postępowaniu postawionego w pkt III. 1 .b) SIWZ (cytowanego powyżej). Wykazane zadanie obejmowało roboty budowlane w zakresie wystarczającym do uznania, iż była to przebudowa Drogi Krajowej w rozumieniu wskazanych postanowień SIWZ.

Uznając powyższe Izba oparła się na następujących dowodach przedłożonych przez Odwołującego i Przystępującego na rozprawie:

1. oświadczenie pana W.C. pełniącego obowiązki inspektora nadzoru branży drogowej na zadaniu DK nr 1 i 86,
2. oświadczenie pana D.M. pełniącego obowiązki projektanta wykonującego nadzór autorski w ramach zadania DK nr 1 i 86,

3. oświadczenie pana P.W., głównego projektanta z ramienia Grontmij Polska robót w ramach kontraktu budowa tunelu pod drogą krajową nr 1,
4. oświadczenie pana G.K., kierownika budowy przy robotach – budowie tunelu pod drogą krajową nr 1,
5. oświadczenie pana K.P., dyrektora kontraktu przy przebudowie DK nr 1 i 86,
6. wyciąg z SIWZ dla zadania obejmującego budowę tunelu pod DK 1, gdzie na str 4, 5 i 6 podano parametry wykonywanych obiektów drogowych,
7. decyzja nr 856/2012 prezydenta miasta Tychy o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, gdzie na str 5 wskazano parametry drogi budowanej w tunelu,
8. decyzja prezydenta miasta Tychy z dnia 18 czerwca 2012 r. umarzającą postępowanie w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia pn. budowa tunelu pod DK 1 w dzielnicy Wartogłowiec w Tychach (wskazuje, iż w przypadku realizowania w ramach tego zadania dróg o klasie G konieczne byłoby uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, a w tym przypadku w związku z brakiem tego typu obiektów postępowanie umorzono na co wskazano w uzasadnieniu decyzji),
9. projekt zagospodarowania terenu dla zadania budowa tunelu pod DK 1 gdzie na str 5, 7 i 9 wskazano na klasę wykonywanych w ramach zadania dróg,
10. decyzja wojewody śląskiego nr 4/2009 o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej dla przebudowy DK 1 i 86 Gdańsk-Cieszyn w granicach miasta Tychy, z której wynika, iż nie był nią objęty tunel w dzielnicy Wartogłowiec,
11. decyzja regionalnego dyrektora ochrony środowiska w Katowicach z 18 czerwca 2009 r. w sprawie ustalenia środowiskowych uwarunkowań dla przedsięwzięcia pn. przebudowa DK nr 1 i 86 (...),
12. cztery fotografie tunelu pod DK-1 w dzielnicy Wartogłowiec w Tychach
- złożone przez Odwołującego;
13. pismo SDZ Legal z dnia 31 sierpnia 2016 r. zawierające wniosek o udostępnienie informacji publicznej i skierowane do MZUiM w Tychach,
14. odpowiedź MZUiM w Tychach z dnia 2 września 2016 r. do SDZ Legal
- złożone przez Przystępującego.

Z ww. dokumentów wynika, iż organy administracji wydając wskazane decyzje administracyjne rzeczywiście nie kwalifikowały zadania pn. „Budowa tunelu pod drogą

krajową nr 1 w dzielnicy Wartogłowiec w Tychach wraz z budową połączenia ul. Cmentarnej z ul. Goździków” jako przebudowy DK-1 – w świetle wymagań adekwatnych przepisów administracyjnych dot. uzyskania niezbędnych decyzji. Jednakże z pisma inwestora, Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Tychach, skierowanego do SDZ Legal, jasno wynika zakres rzeczowy tego przedsięwzięcia oraz opisano tam wykonywane roboty budowlane, które jednoznacznie dotyczyły elementów Drogi Krajowej nr 1: ekranów akustycznych, zabudowy chodnikowej, barier mostowych. Ponadto rzeczony obiekt mostowy (tunel) był wykonywany w technologii wykopu otwartego. Roboty budowlane prowadzono więc bezpośrednio na drodze krajowej, a konstrukcja rygla obiektu stanowi jej element nośny.

Należy więc zgodzić się ze stanowiskiem inwestora i Przystępującego, iż w rozpatrywanym przypadku elementy tunelu wykonywane w ramach wykazywanego zadania nie znajdują się pod DK-1 ale znajdują się w jej ciągu.

Izba pominęła składane przez Odwołującego: pismo MOTA-ENGIL Central Europe S.A. skierowane do INKO Consulting z dnia 16 września 2016 r. oraz pismo Odwołującego z dnia 16 września 2016 r. skierowane do Zamawiającego informujące o nieprawdziwych informacjach na temat stosowania warunków kontraktowych FIDIC – uznając, iż dowody te są bezprzedmiotowe ponieważ nie dotyczą zarzutów sformułowanych w odwołaniu.

Odnosząc zarzutu dotyczącego „realności” dysponowania potencjałem wiedzy i doświadczenia udostępnianego przez podmiot trzeci Przystępującemu, Izba uznała, iż oświadczenie Getinsa-Payma S.L. z dnia 12 maja .2016 r. oraz porozumienie pomiędzy tym podmiotem i Przystępującym z dnia 12 maja 2016 r., stanowią wystarczający dowód okoliczności, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, a wskazana forma konsultacji zapewnia w tym przypadku realną możliwość wykorzystania udostępnianego potencjału.

Pozostałe zarzuty naruszenia przepisów wskazane w odwołaniu są w tym przypadku wtórne do zarzutów opisanych powyżej.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....