

Sygn. akt: KIO 1809/21, KIO 1812/21

WYROK
z dnia 16 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski
Małgorzata Matecka
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2021 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 17 czerwca 2021 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu,

B. w dniu 17 czerwca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Kobyłarnia S. A., ul. Kobyłarnia, ul. Zakole 1, 86 - 061 Brzoza, Mirbud S. A. z siedzibą w Skierniewicach,

w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie z jednostką prowadzącą postępowanie: Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI S. A. z siedzibą w Sopocie, NDI Sopot S. A. z siedzibą w Sopocie, Limited Liability Partnership „Todini Central Asia”, Saryarka ave.6, 010000 Nur-sultan, Kazachstan zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1809/21 oraz KIO 1812/21 po stronie zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kobyłarnia S. A., ul. Kobyłarnia, ul. Zakole 1, 86 - 061 Brzoza, Mirbud S. A. z siedzibą w Skierniewicach zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1809/21 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1809/21,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu na rzecz Zamawiającego Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie z jednostką prowadzącą postępowanie: Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

3. uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Kobylarnia S. A., ul. Kobylarnia, ul. Zakole 1, 86 - 061 Brzoza, Mirbud S. A. z siedzibą w Skierniewicach w sprawie o sygn. akt: KIO 1812/21 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S. A. z siedzibą w Sopocie, NDI Sopot S. A. z siedzibą w Sopocie, Limited Liability Partnership „Todini Central Asia”, Saryarka ave.6, 010000 Nur-sultan, Kazachstan do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym wezwanie tych wykonawców do zastąpienia podmiotu Polawar S.A. z siedzibą w Gdańsku innym podmiotem oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

3.1. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie z jednostką prowadzącą postępowanie: Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku i:

3.1.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Kobylarnia S. A., ul. Kobylarnia, ul. Zakole 1, 86 - 061 Brzoza, Mirbud S. A. z siedzibą w Skierniewicach tytułem wpisu od odwołania,

3.1.2. zasądza od Zamawiającego Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie z jednostką prowadzącą postępowanie: Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Kobylarnia S. A., ul. Kobylarnia, ul. Zakole 1, 86 - 061 Brzoza, Mirbud S. A. z siedzibą w Skierniewicach kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika .

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1809/21, KIO 1812/21

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie z jednostką prowadzącą postępowanie: Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa drogi ekspresowej S6 na odcinku Słupsk - Bożepole Wielkie. Zadanie 2: Koniec Obwodnicy Słupska - w. Bobrowniki (z węzłem)”, nr postępowania: O.GD.KP-10.2410.16.2020.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 grudnia 2020 r. pod nr 2020/S 242-595434.

KIO 1809/21

Pismem z dnia 7 czerwca 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu o wyborze najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu jego oferty z postępowania wskazując, że podstawą odrzucenia jest niezgodność tej oferty z Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ, przejawiająca się nieuwzględnieniem elementów zawartych w Programie Funkcjonalno – Użytkowym.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 17 czerwca 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego:

- I. nieprawidłowego badania i oceny oferty Odwołującego, w tym wyjaśnień złożonych przez Odwołującego;
- II. nieuzasadnionego uznania, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ, a w konsekwencji bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej dawną lub stara ustawą Pzp.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie przepisów tj.:

(1) art. 89 ust. 1 pkt 2 starej ustawy Pzp poprzez jego nieuzasadnione zastosowanie i uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ oraz że Odwołujący zastosował rzekome działania optymalizacyjne, co w ocenie Zamawiającego miało skutkować niezgodnością oferty Odwołującego z pkt 1.1.3.3 Programu Funkcjonalno -

Użytkowego („PFU”), podczas gdy oferta Odwołującego uwzględnia wszystkie wymagania wskazane w SIWZ oraz PFU, w tym jest zgodna z wszystkimi dokumentami, które Zamawiający uznał za wiążące, a także uwzględnia wszystkie koszty wykonania zamówienia;

a w konsekwencji

(2) art. 7 ust. 1 starej ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.), zwanej ustawą Pzp wnosił o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- b) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 ustawy Pzp wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

Na podstawie art. 573 ustawy Pzp wnosił o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w toku badania i oceny ofert Zamawiający pismem z dnia 11 lutego 2021 r. wezwał na podstawie art. 90 ust. 1, 90 ust. 1a pkt 1) oraz 87 ust.1 Pzp Odwołującego do złożenia wyjaśnień przedmiotem których były założenia i rozwiązania przyjęte w ofercie Odwołującego wraz z przedstawieniem kalkulacji tych założeń. Skierowane do Odwołującego wezwanie zawierało 70 pytań.

Pismem z dnia 4 marca 2021 r. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu wyjaśnienia i oświadczenia uwzględniające zapytania Zamawiającego. Wśród składanych oświadczeń i wyjaśnień znalazły się informacje podlegające utajnieniu (informacje związane z ceną oferty Odwołującego oraz rozwiązaniami technicznymi). Informacje te zostały zastrzeżone jako

tajemnica przedsiębiorstwa Odwołującego.

Po dokonanej ocenie oferty Odwołującego Zamawiającego stwierdził, że tamten:

(a) dokonał nieuprawnionego ograniczenia zakresu budowy estakady ES - 22 z pominięciem wymagań DŚU dla przejścia nad Doliną rzeki Łupawy oraz innych materiałów wskazanych w PFU jako wiążących (por. str. 5 Odrzucenia; pkt I Odrzucenia) oraz

(b) dokonał (rzekomej) optymalizacji zakresu prac polegającej na ingerencji w obiekt wymagany przez Zamawiającego, w tym braku ujęcia w ofercie Odwołującego konieczności wykonania obiektu w postaci estakady dla całego odcinka od km ok. 14+560 do km ok. 14+760 (pkt II Odrzucenia).

W konsekwencji powyższego, Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego nie odpowiada technicznym parametrom obiektów inżynierskich wskazanych w SIWZ, a w konsekwencji oferta ta jest niezgodna z SIWZ i nieporównywalna do ofert innych wykonawców (str. 10 Odrzucenia).

Odwołujący nie podzielił przedstawionego wyżej uzasadnienia odrzucenia jego oferty z postępowania i jego zdaniem prawidłowo sporządził ofertę, która uwzględniając odpowiednie postanowienia dokumentacji wypełniała wymagania Zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnił, że w odwołaniu zostały zawarte informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, które zostały zastrzeżone w Wyjaśnieniach Odwołującego. W szczególności dotyczy to informacji technicznych zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa (zastrzeżenie zostało zawarte w Wyjaśnieniach). Fragmenty odwołania dotyczące zastrzeżonych informacji zostały opatrzone stosownym sformułowaniem. Odwołujący przesłał Zamawiającemu dwie wersje odwołania (jedną dla Zamawiającego z całą treścią odwołania oraz drugą pozostałych wykonawców, zawierającą zakryte informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa).

W przekonaniu Odwołującego – opracowana przez niego oferta była zgodną z decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach (DŚU).

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający na str. 2 Odrzucenia odwołał się do pkt 1.2 PFU, w którym wskazał zgodnie z jakimi dokumentami Wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający odwołał się do:

(a) ppkt. 3) decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia nr RDOŚ- Gd-WOO.4200.5.2013.KLP.26 z dnia 14.11.2014 r. wydana przez Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Gdańsku (...) („DŚU”) oraz

(b) ppkt. 8) wiersz 2) Tabeli nr 1.6 - pisma Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, znak ZNDIII.5183.299.2015.ED i ZNDIII.5183.356.2015.ED z dnia 13.05.2015 r. (...).

Podniósł, że w ocenie Zamawiającego dokumentacja postępowania wymieniała dokumenty, które wskazane w pkt 1.2 PFU nakładały szereg ograniczeń i wymagań merytorycznych dotyczących zakresu i sposobu realizacji robót (pokonania danej przeszkody), w tym w obszarze od km ok. 14+100 do km 14+750. Zamawiający stwierdził, że wymagana decyzją DŚU forma obiektu (estakada) powinna mieć zastosowanie od km ok. 14+100 (najbardziej wsunięty w kierunku koryta rzeki Łupawa część obszaru) do km ok. 14+400 (Dolina rzeki Łupawy), czyli na odcinku min. 300m.

Według Odwołującego - powyższe nie znajduje żadnego uzasadnienia w dokumentacji SIWZ i stanowi niczym nieopartą wykładnię DŚU przez Zamawiającego.

Zarzucił, że w sposób nieuprawniony Zamawiający (na str. 9 Odrzucenia) wskazał, że minimalna i sumaryczna długość wskazanej w koncepcji programowej estakady ES-22 powinna wynosić min. ok. 600m (od km 14+100 do km 14+400 oraz od km ok. 14+560 do km 14+760).

Jednocześnie, Odwołujący przyjął zapatrywanie, że koncepcja programowa nie stanowiła wiążącego dokumentu PFU i stanowiła wyłącznie dokument informacyjny.

Odwołujący wskazał, że szczegółowe wytyczne w zakresie realizacji poszczególnych obiektów inżynierskich na przyszłym zadaniu określone zostały w pkt 1.1.3.3. PFU - Tabela nr 1.1, gdzie Zamawiający zawarł wykaz obiektów inżynierskich z informacją o przeszkodach koniecznych do pokonania, w tym obiektów ekologicznych (przejścia dla zwierząt) na trasie głównej, łącznicach, dodatkowych jezdniach oraz innych drogach i przeszkodach. Wśród wymienionych obiektów wskazano obiekt ES-22, dla którego przedstawiono następujące wytyczne:

Pkt 12. 13 +797,15, ES-22 Estakada w ciągu drogi ekspresowej S6 : nad rzeką Łupaw a, 2 drogami powiatowymi oraz dolne przejście dla zwierząt. Przejście nad założeniem pałacowo - parkowym (poz. Rejestru zabytków woj. pomorskiego A-1156)

- Parametry dróg zgodnie z p. 1.1.3.1 i 1.1.3.2

- parametry przejścia dla zwierząt wg DŚU*
- parametry przeprawy nad rzeką Łupawą wg DŚU*

Z powyższego opisu Odwołujący wnioskował, że estakada ES-22 w ciągu drogi S6 powinna zostać zaprojektowana w sposób pozwalający na pokonanie następujących przeszkód:

- (a) rzeka Łupawa;
- (b) 2 drogi powiatowe;
- (c) dolne przejście dla zwierząt;
- (d) przejściem nad założeniem pałacowo - parkowym.

Zauważył również, że w trzeciej kolumnie Zamawiający wskazał parametry obiektów (przeszkód), które wykonawca powinien uwzględnić przy projektowaniu estakady ES-22.

Zwrócił uwagę, że w toku procedury przetargowej wykonawcy zadawali Zamawiającemu pytania odnośnie technicznych właściwości obiektów inżynierskich na zadaniu. Przedmiotem jednego z pytań wykonawców był obiekt inżynierski ES-22. W ramach odpowiedzi na pytania z dnia 5 stycznia 2021 r. (pyt.3) Zamawiający wskazał, że dopuszcza wykonanie większej ilości obiektów inżynierskich przy zachowaniu liczby przeszkód, parametrów przeszkody i nie zmieniając sposobu pokonania przeszkody dla obiektu oznaczonego jako ES-22:

Czy Zamawiający dopuszcza wykonanie większej ilości obiektów inżynierskich bez zastosowania procedury zmiany zgodnie z Warunkami Kontraktu, przy zachowaniu liczby przeszkód, parametrów przeszkody i nie zmieniając sposobu pokonania przeszkody (nad/w ciągu drogi ekspresowej)?

Treść odpowiedzi:

Zamawiający dopuszcza wykonanie większej ilości obiektów inżynierskich bez zastosowania procedury zmiany zgodnie z Warunkami Kontraktu, przy zachowaniu liczby przeszkód, parametrów przeszkody i nie zmieniając sposobu pokonania przeszkody (nad/w ciągu drogi ekspresowej) wyłącznie dla obiektu:

- obiekt w km 13+797,15 oznaczony jako ES-22.

Wykonawca zobowiązany jest do uzyskania wymaganych decyzji/postanowień i uzgodnień z tym związanych, m.in. w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko.

Odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 3 z dnia 5.01.2021 r.

Zdaniem Odwołującego - wiążące wykonawców dokumenty zawarte w pkt 1.2 PFU, w tym decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach wskazywały, że przy realizacji przedsięwzięcia zaprojektować należy przejście przez Dolinę rzeki Łupawy w formie

estakady, a w żadnym miejscu DŚU nie konkretyzowała, że projektowany obiekt ma przejść przez całą Dolinę rzeki Łupawy.

Argumentował, że wynikająca z uzasadnienia Odrzucenia interpretacja DŚU przez Zamawiającego nie daje żadnych podstaw do twierdzenia, że projektowana estakada ma być jednym obiektem przechodzącym przez całą Dolinę rzeki Łupawy. Nie wynika to z wykładni PFU ani DŚU (zarówno z tabel jak i uzasadnienia). Zamawiający zresztą nie potrafił wskazać konkretnego postanowienia DŚU, który jednoznacznie obligowałby do projektowania jednego obiektu nad całą Doliną, a wymóg ten próbuje wykreować w drodze wykładni DŚU na etapie odrzucenia oferty Odwołującego.

W ocenie Odwołującego - sformułowanie DŚU nie stawiają jednoznacznego wymogu projektowania jednego obiektu.

Wywodził, że Zamawiający w pkt 1.1.3.3 PFU w tabeli 1.1., wiersz 12 wprost wskazał przeszkody, które należy uwzględnić przy projektowaniu estakady. Dodatkowo, nakreślone zostały ich dokładne parametry.

Zaznaczył przy tym, że wśród wskazywanych parametrów przeszkód Zamawiający nie wymienił Doliny jako przeszkody i nie wskazuje też parametrów Doliny.

Również w tym samym wierszu Zamawiający posługuje się sformułowaniem „estakada w ciągu drogi ekspresowej S6: nad rzeka Łupawa”. Zamawiający nie wskazuje zatem, że estakada znaleźć powinna się nad całą Doliną.

Podniósł, że w żadnym fragmencie dokumentacji SIWZ (zarówno w PFU jak i dokumentach wymienionych w pkt 1.2 jako wiążące) Zamawiający nie wskazał wprost, że estakada ES-22 winna być jednym, „ciągłym” obiektem.

Przekonywał, że intencji Zamawiającego w tym zakresie nie sposób odczytać z żadnego dokumentu składającego się na całość wiążącej dokumentacji, a wręcz przeczy temu odpowiedź na pytanie nr 3 (por. powyżej).

Odwołujący wskazał przy tym, że wszelkie wymogi Zamawiającego w zakresie określenia przedmiotu zamówienia winny znaleźć jasne i precyzyjne odzwierciedlenie w treści SIWZ, czego Zamawiający w niniejszym postępowaniu przetargowym nie uczynił (wynika to z art. 29 i 31 Pzp). Zawężająca (i niewyartykułowana) interpretacja wymogów odnośnie cech przedmiotu zamówienia jest niedopuszczalna i stanowi jaskrawe naruszenie

zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Nie istnieje żadne racjonalne uzasadnienie, aby na etapie badania i oceny oferty dokonywać zawężania wymagań związanych z technicznymi aspektami zamówienia, podczas gdy z treści dokumentacji postępowania nie wynika, aby wykonawcy winni byli się dostosować do tak wąskich wymogów.

Odwołujący dodatkowo wskazał na poparcie swoich twierdzeń co do braku konieczności projektowania estakady przez całą Dolinę Rzeki Łupawy - a co zostało zaakceptowane – według niego - Decyzją RDOŚ, że w Dolinie Rzeki Łupawy został zrealizowany inny obiekt przecinający Dolinę drogi powiatowej 1139G w miejscowości Damno.

Wyjaśnił, że w ciągu przedmiotowej drogi zaprojektowano i wykonano (w lipcu 2019 r.) nowy most o rozpiętości ok 20 m. Most wykonany został w zgodzie z założeniami przedstawionymi przez Odwołującego. Przeszkoda w postaci rzeki Łupawa nie została zrealizowana za pomocą długiej estakady, która rozciągałaby się na cały obszar terenu Natura2000.

Zwrócił uwagę, że obiekt inżynierski wybudowany w 2019 r. stanowi niewielki most o rozpiętości 20 m, przecinający przeszkodę w postaci rzeki Łupawy na terenie Doliny Łupawy. Obiekt ten charakteryzuje się parametrami zbliżonymi do tych, które wskazane zostały w dokumentacji Postępowania.

W swoim odwołaniu Odwołujący przedstawił wykonany obiekt w 2019 r. (który konstrukcją i posadowieniem zbliżony jest do obiektów zaproponowanych przez Odwołującego w postępowaniu). Dodatkowo Odwołujący przedstawił mapę (źródło - <http://geoserwis.gdos.gov.pl/mapy/>) Doliny Łupawy (z dokładnym wyszczególnieniem obszaru Natura2000, obiektu z 2019 r. (górną część mapy) oraz obszaru przyszłych obiektów): mapa obszaru NATURA2000 wraz z obiektem z 2019 r. oraz przyszłym obiektem, zdjęcie obiektu nad rzeką Łupawa wybudowanego w 2019 r.

Dodatkowo, Odwołujący zaprezentował również swoje stanowisko zastrzegając część objętą tajemnicą przedsiębiorstwa opierając się na udzielonych przez Odwołującego odpowiedzi na pytania nr 33, 45, 47, 50 i 68 zawartych w Załączniku nr 1 (objętego tajemnicą przedsiębiorstwa).

W dalszej części odwołania Odwołujący wyraził pogląd, że jego oferta w zakresie wykonania zadania na terenie założenia parkowo-pałacowego odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący podniósł, że w ramach oceny jego oferty Zamawiający doszukał się również niezgodności przyjętej metody wykonania estakady odrębnego obiektu nad terenem założenia parkowo - pałacowego.

Odwołujący oświadczył, że uwzględniając pkt 1.1.3.3. PFU tabela 1.1., gdzie w wierszu 12 Zamawiający wyszczególnił przeszkody na obszarze, opracował projekt estakady nad terenem założenia parkowo - pałacowego, tak by w najmniejszym stopniu ingerował on w obszar założenia.

Odwołujący stwierdził, że uwzględnił przy tym Opinię Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków w Gdańsku Delegatura w Słupska (na którą również powołał się Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego).

Zwrócił uwagę, że zgodnie z ww. opinią inwestycja drogi S6 istotnie ingeruje w teren założenia pałacowo - parkowego.

Podniósł, że Wojewódzki Konserwator Zabytków (dalej „WKZ”) - Opinia Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków z dnia 13 maja 2015 r. zauważył przy tym, że projekt drogi należy przeprojektować w taki sposób by nie ingerował on w teren tego obszaru:

„2. w zakresie parków i cmentarzy:

Przedmiotowa inwestycja w miejscowości Bobrowniki gm. Damnica w bardzo silny sposób ingeruje w teren założenia pałacowo - parkowego wpisanego do rejestru zabytków decyzją z dnia 09,W.1987 r poz. Rej. zabytków województwa pomorskiego A - 1156 Państwa projekt przebiega przez dz. nr 10/20 i 9/7, które stanowią główne składowe parku w rejestrze. Z punktu widzenia konserwatorskiego nie ma możliwości technicznych przeprowadzenia drogi S6 przez teren parku w Bobrownikach bez zniszczenia wartości przestrzennych, historycznych i przyrodniczych, z powodu których do rejestru został wpisany Przebieg drogi w miejscowości Bobrowniki należy przeprojektować w taki sposób aby nie ingerował on w teren tego założenia.”.

W odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 54 (z dnia 2021.01.05) wskazał on, że:

„Zamawiający potwierdza, że na terenie założenia parkowo-pałacowego znajduje się zabytkowy cmentarz, który biorąc pod uwagę to, iż znajduje się w granicach założenia jest objęty ochroną konserwatorską. Przedstawione w KP rozwiązanie związane z przejściem planowanej inwestycji przez teren założenia parkowo- pałacowego w m. Bobrowniki został pozytywnie zaopiniowany pismem z dnia 12 stycznia 2016 r. znak ZND-III.5183.299-

4.2015.ED (w załączeniu), którego integralną częścią jest plan sytuacyjny (w załączeniu). Mając na uwadze powyższe oraz biorąc pod uwagę zapisy PFU w pkt. 1.1.3.3. należy wskazać, że każda zmiana wcześniej zatwierdzonych rozwiązań wymagać będzie uzgodnienia z Wojewódzkim Konserwatorem Zabytków.”.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że jako załącznik do ww. odpowiedzi Zamawiającego załączono drugie pismo WKZ z dnia 12.01.2016 r., w którym zostało wskazane, że „Wojewódzki Urząd Ochrony Zabytków w Gdańsku Delegatura w Słupsku w odpowiedzi na w/w pismo uprzejmie informuje, że zapoznano się z przedstawionym planem sytuacyjnym projektowanej estakady z profilem podłużnym dotyczącym budowy drogi S6 przez teren parku w Bobrownikach gm. Damnica. Tutejszy urząd opiniuje pozytywnie przedłożone rozwiązanie, ponieważ zostały uwzględnione uwagi zawarte w piśmie nrZND-III.5183.299-3.2015.ED z dn. 25.11.2015 r.”.

Podkreślił, że odpowiedź Zamawiającego z 5.01.2021 r. nie wskazywała, że zaopiniowane przez Konserwatora zabytków rozwiązanie jest jedynym możliwym oraz wiążącym wykonawców. Zamawiający wyłącznie wskazał, że Wykonawca zadania projektowego będzie zobowiązany do uzyskania opinii Konserwatora niezależnie od wcześniejszego stanowiska urzędu w tej sprawie.

Zdaniem Odwołującego - tak sformułowana ocena terenu założenia parkowo - pałacowego nie wskazuje, by jedynym, wiążącym i nieingerującym w teren założeniem było wykonanie jednego ciągłego obiektu inżynierskiego w postaci estakady przechodzącej przez teren parkowo-pałacowy. Również potwierdzenia takiej tezy nie daje Pismo WKZ z dnia 1 stycznia 2016 r., gdzie konserwator wskazał, że przedstawione przez Zamawiającego rozwiązanie estakady opiniuje pozytywnie. Nie stanowi to jednak - jak wydaje się twierdzić Zamawiający - że konserwator uznał to rozwiązanie za jedyne możliwe. Jednocześnie Zamawiający nie wskazał, że rozwiązanie zaopiniowane pozytywnie przez Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków jest rozwiązaniem wiążącym.

W ocenie Odwołującego - niewiążący projekt zaopiniowany pozytywnie przez WKZ odbiega w rzeczywistości od założeń ochrony wskazanego terenu, bowiem w sposób nader uciążliwy ingeruje w teren założenia parkowo-pałacowego.

Zaznaczył, że wykonanie estakady na terenie całego zamierzenia parkowo-pałacowego zaopiniowanej pozytywnie przez WKZ w piśmie z 1 stycznia 2016 r. wiąże się z koniecznością znacznego zniszczenia terenu parku.

Podniósł, że istniejące ukształtowanie terenu (wzgórze morenowe o pochyleniu skarp przekraczającym 25%) uniemożliwia dostęp ciężkiego sprzętu budowlanego po śladzie projektowanej drogi S6. W celu wykonania podpory nr 20 (zgodnie z załącznikiem do pisma z 1 stycznia 2016) koniecznym będzie wykonanie drogi technologicznej przecinającej park na kierunku północ - południe o długości około 120 m. Fundamentowanie pod podpory powiązane będzie z koniecznością wykonania palowania oraz wykopu na całej szerokości założonej estakady.

Zaznaczył przy tym, że wykonanie estakady zgodnie z założeniami przedstawionymi w piśmie z 1 stycznia 2016 r. skutkowałoby realizacją bardzo wysokiego obiektu sięgającego 20 metrów nad teren w rejonie drogi powiatowej 1140G oraz 1142G (droga DG8) stanowiąc dominantę pagórkowatego krajobrazu terenu parkowo - pałacowego.

Według Odwołującego - zakładany obiekt nie przyczyniłby się do ochrony drzewostanu parku zarówno w wyniku wspomnianej technologii wykonania jak również wysokości obiektu, który w najwyższym miejscu terenu nie przekracza 3,5m tj. znacznie poniżej wysokości zinwentaryzowanych w tym miejscu drzew.

Odwołujący zwrócił dodatkowo uwagę na kolejny aspekt związany z obszarem parkowo - pałacowym, który stanowił jeden z argumentów odrzucenia oferty Odwołującego. W treści uzasadnienia Odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, że prace na wskazanym obszarze są istotnie trudne z uwagi na zabytkowy (i historyczny) charakter obszaru. Zamawiający podniósł przy tym, że w ramach procedury przetargowej poruszana była powyższa, zabytkowa kwestia obszaru. W tym kontekście Zamawiający przywołał pytania i odpowiedzi nr 54 i 55, w których to wykonawcy zapytali Zamawiającego o istniejący grobowiec, który kolidować miałby z trasą S6. Zamawiający wskazał, że potwierdza, że na terenie założenia parkowo-pałacowego znajduje się zabytkowy cmentarz, który biorąc pod uwagę to, iż znajduje się w granicach założenia jest objęty ochroną konserwatorską. Zamawiający nie wskazał jednak z czego wywodzi, że na wskazanym terenie znajduje się cmentarz. W dalszej części odpowiedzi przywołuje bowiem opinię WKZ z 12 stycznia 2016 r., który wyłącznie zaopiniował pozytywnie jedno z rozwiązań przejścia drogi S6. Wobec tego, Odwołujący stwierdził, że nie jest znana podstawa uznania, że cmentarz na tym obszarze istnieje i objęty jest ochroną konserwatorską.

Stwierdził, że wspomniany przez Zamawiającego cmentarz (a konkretnie grobowiec) został rozebrany. W przywołanej przez Odwołującego publikacji w przypisie, wskazano, że owszem grobowiec, w tym cmentarz został założony w latach 1864-1865, jednak dzisiaj pozostały tam tylko nieliczne bukowe nasadzenia. Grobowiec rodowy został rozebrany, ale

nietypowy kształt cmentarza (łezki) jest czytelny.

Powyższe – według Odwołującego - potwierdza także oficjalny Rejestr Zabytków Nieruchomych województwa pomorskiego. W powyższym Rejestrze wprost wskazano, że w zakres obiektów zabytkowych wchodzi wyłącznie park oraz pałac.

Wobec tego – zdaniem Odwołującego - uzasadnienia nie znajduje argumentacja Zamawiającego, który na podstawie nieznanymi wykonawcom źródeł uznał, że obszar parkowo-pałacowy uwzględnia jeszcze inny dodatkowy obiekt chroniony konserwatorsko. W opinii Odwołującego, powyższe tym bardziej dowodzi, iż Zamawiający nie zapoznał się dokładnie z obszarem, na którym realizowane mają być przyszłe prace.

Dodatkowo, Odwołujący zaprezentował również swoje stanowisko zastrzegając część objętą tajemnicą przedsiębiorstwa.

Według Odwołującego - dokumentacja postępowania nie narzucała, by wykonawcy przygotowujący ofertę przedstawili obiekt inżynierski w postaci estakady ES-22 jako jeden, ciągły obiekt, który przechodziłby nad wszystkimi przeszkodami. Co więcej, Odwołujący zauważa, że niniejsze zadanie realizowane ma być w formule „projektuj i buduj”, co przekłada się na okoliczność, że dopiero na etapie realizacji przedmiotu zamówienia przyszły wykonawca opracuje dokładny i szczegółowy projekt inwestycji, który z kolei wymagać będzie dalszych zatwierdzeń odpowiednich organów administracyjnych.

Przekonywał, że nie zmienia to jednak faktu, że przyjęte na etapie opracowania oferty rozwiązania przez Odwołującego znajdują pełne poparcie w SIWZ, w tym odpowiedziach Zamawiającego udzielonych w trakcie postępowania.

Wskazał również na niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł również, iż w przypadku niejednoznacznych sformułowań opisujących przedmiot zamówienia, które to z kolei prowadzą do przyjęcia odmiennej interpretacji postanowień dokumentacji, wszelkie wątpliwości interpretacyjne powinny być rozstrzygane na podstawie wykładni postanowień specyfikacji i ogłoszenia przy zastosowaniu interpretacji korzystnych dla wykonawcy.

Nie ulega wątpliwości, że nie jest dopuszczalne zawężające uszczegółowienie treści postanowień SIWZ podczas badania i oceny ofert w celu doprowadzenia do wyeliminowania wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne.

Uwzględniając zatem, że wykonawcy mieli prawo przyjąć odmienną od tej prezentowanej przez Zamawiającego wykładni postanowień związanej z realizacją estakady ES-22, obowiązkiem Zamawiającego było zaakceptowanie wykładni odmiennej od własnej, a zgodnej z zamysłem Odwołującego w myśl zasady in dubio contra preferentem (w szczególności, iż dokładne projekty poszczególnych elementów zadania przygotowane zostaną przez danego wykonawcę na dalszych etapach realizacji inwestycji).

Odwołujący zwrócił też uwagę, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie publicznego nie mają obowiązku domniemywania ukrytych znaczeń postanowień dokumentacji postępowania, bowiem Zamawiający decyduje o opisie przedmiotu zamówienia i jemu przysługuje pełne uprawnienie formułowania treści dokumentacji.

Według Odwołującego - wadliwe, czy też niedostateczne skorzystanie z tego instrumentu (dokonania dostatecznego opisu przedmiotu zamówienia) nie powoduje, że Zamawiający ma możliwość naprawienia powyższego na etapie oceny ofert. Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest bowiem prawidłowe sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym opisu przedmiotu zamówienia jako elementu znaczącego i warunkującego złożeniem prawidłowej oferty przez zainteresowanych wykonawców. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia zobowiązany jest więc podać dokładne informacje, które umożliwią wykonawcom dostateczne zapoznanie się z budową i parametrami obiektów, a następnie na tej podstawie umożliwią dokonanie odpowiedniej kalkulacji ceny ofertowej. Zaniechanie temu obowiązkowi nie może prowadzić do sytuacji, w której oferta wykonawcy, który uwzględnił postanowienia całej dokumentacji zostaje odrzucona.

Powyższe ma tym bardziej doniosłe znaczenie, bowiem Zamawiający zdecydował się odrzucić ofertę Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Argumentował, że Zamawiający zdawał się jednak nie zauważać, że stwierdzona niezgodność nie wynikała z niedopatrzeń po stronie Odwołującego, ale z sformułowania niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, który nie precyzował faktycznego zakresu projektowanego zadania, w tym nie narzucała rozwiązań projektowych, które na etapie odrzucenia Zamawiający podnosi.

Wywodził przy tym, że prezentowaną przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego interpretację wymogów w zakresie wykonania estakady ES-22 należy uznać za wprowadzającą wymaganie niewyrażone wprost w tym postępowaniu, co

jest niedopuszczalne. Nawet gdyby uznać, że interpretacja Zamawiającego jest możliwa nie prowadzi to do uznania, że interpretacja Odwołującego jest nieprawidłowa. W konsekwencji nieuprawnione jest stosowanie niewyrażonych wcześniej wymagań Zamawiającego na obecnym etapie badania i oceny ofert i na tej podstawie podejmowanie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

W dniu 21 czerwca 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NDI S. A. z siedzibą w Sopocie, NDI Sopot S. A. z siedzibą w Sopocie, Limited Liability Partnership „Todini Central Asia”, Saryarka ave.6, 010000 Nur-sultan, Kazachstan oraz oddzielenie wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kobylarnia S. A., ul. Kobylarnia, ul. Zakole 1, 86 - 061 Brzoza, Mirbud S. A. z siedzibą w Skierniewicach zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1809/21 po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 13 lipca 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

KIO 1812/21

Pismem z dnia 7 czerwca 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - KOBYLARNIA S. A., ul. Kobylarnia, ul. Zakole 1, 86 - 061 Brzoza, MIRBUD S. A., ul. Unii Europejskiej 18, 96 - 100 Skierniewice o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy konkurencyjnego.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 17 czerwca 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu tj. od:

- a) wyboru oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S. A. w Sopocie (Lider konsorcjum), NDI Sopot S. A. w Sopocie (Partner konsorcjum), Limited Liability Partnership „Todini Central Asia” (dalej: „NDI/Todini” „wykonawca”, „Konsorcjum”) jako najkorzystniejszej oferty,
- b) czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę NDI/Todini;
- c) zaniechania wykluczenia z postępowania NDI/Todini i uznania oferty NDI/Todini za odrzuconą;
z ostrożności:
- d) zaniechania czynności wezwania wykonawcy NDI/Todini do uzupełnienia

oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa 7.2. 3) a) c) SIWZ.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

a) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej dawną lub stara ustawą Pzp, mające istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, przez jego niezastosowanie i wybór oferty wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa 7.2. 3) a) c) SIWZ, a zatem który podlegał wykluczeniu;

b) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 dawnej ustawy Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, przez ich niezastosowanie i wybór oferty wykonawcy, który w sposób zamierzony wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji co do tego, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o których mowa 7.2. 3) a) c) SIWZ, ewentualnie (wobec nieumyślnego przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego), mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;

c) naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 dawnej ustawy Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, wyrażające się w uznaniu za wystarczające wyjaśnień NDI/Todini w zakresie doświadczenia podmiotu trzeciego - firmy POLWAR S. A. w Gdańsku, w sytuacji gdy wbrew wezwaniu wykonawca nie udzielił informacji w żądanym przez Zamawiającego zakresie.

z ostrożności:

d) naruszenie art. 26 ust. 3 dawnej ustawy Pzp, mające istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, przez jego niezastosowanie i wybór oferty wykonawcy, który nie złożył wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa 7.2. 3) a) c) SIWZ.

Na potwierdzenie zasadności stawianych zarzutów wnosił o przeprowadzenie następujących dowodów z dokumentów stanowiących załączniki do protokołu postępowania:

- SIWZ - na okoliczność wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia polegającego na budowie lub przebudowie 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m (pkt 7.2. 3) a) c) SIWZ);
- oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S. A. w Sopocie, NDI Sopot S. A. w Sopocie, Limited Liability Partnership „Todini Central Asia” na okoliczność polegania na doświadczeniu firmy POLWAR S. A. w Gdańsku w celu potwierdzenia spełniania warunku opisanego w pkt 7.2. 3) a) c) SIWZ;

- wezwanie z dnia 10 maja 2021 r. oraz wezwanie z dnia 28 maja 2021 r. do złożenia wyjaśnień i dalszych wyjaśnień w zakresie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 7.2. 3) a) c) SIWZ - na okoliczność uzasadnionych wątpliwości Zamawiającego co do wykazania przez NDI/Todini wymaganego doświadczenia;

- wyjaśnienia z dnia 18 maja 2021 r. oraz dalsze wyjaśnienia z dnia 1 czerwca 2021 r. NDI/Todini na okoliczność niewykazania przez wykonawcę faktycznego udziału podmiotu trzeciego - firmy POLWAR S. A. w Gdańsku w realizacji referencyjnego zadania oraz nienależytej staranności wykonawcy w udzielaniu wyjaśnień na żądanie Zamawiającego a także udzielania informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego co do szczegółów współpracy konsorcjum realizującego referencyjne zadanie.

Wskazując na powyższe Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

a) unieważnił czynność wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S. A. w Sopocie, NDI Sopot S. A. w Sopocie, Limited Liability Partnership „Todini Central Asia” jako najkorzystniejszej oferty;

b) dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S. A. w Sopocie, NDI Sopot S. A. w Sopocie, Limited Liability Partnership „Todini Central Asia”;

c) wykluczył z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S. A. w Sopocie, NDI Sopot S. A. w Sopocie, Limited Liability Partnership „Todini Central Asia” i odrzucił ich ofertę;

d) z ostrożności, na wypadek uznania, że brak jest podstaw do wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S. A. w Sopocie, NDI Sopot S. A. w Sopocie, Limited Liability Partnership „Todini Central Asia”, aby: wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S. A. w Sopocie, NDI Sopot S. A. w Sopocie, Limited Liability Partnership „Todini Central Asia” do zastąpienia podmiotu POLWAR S. A., ul. Starodworska 2, 80 - 137 Gdańsk innym podmiotem lub podmiotami lub do zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykażą zdolności techniczne lub zawodowe oraz do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa 7.2. 3) a) c) SIWZ.

W zakresie zarzutu braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez NDI/Todini Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w pkt 7.2. 3) a) c) SIWZ przewidział m. in. następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej:

„ a) Wykonawca musi 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:

c) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.

(...)

Za obiekt mostowy Zamawiający uzna obiekt mostowy w rozumieniu rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. z 2000 nr 63, poz. 735 ze zm.).”.

Jednocześnie Odwołujący zauważył, że wraz z ofertą wykonawca NDI/Todini złożył zobowiązanie firmy POLWAR S. A. w Gdańsku do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia wraz z oświadczeniem w formie JEDZ podpisanym przez reprezentanta tej Spółki.

Wskazał, że z treści ww. zobowiązania z dnia 28.01.2021 r. wynika, że POLWAR S. A. w Gdańsku zobowiązuje się do oddania wykonawcy NDI S. A. w Sopocie na potrzeby wykonania zamówienia „Budowa drogi ekspresowej S6 na odcinku Słupsk - Bożepole Wielkie. Zadanie 2: Koniec Obwodnicy Słupska - w. Bobrowniki (z węzłem)” zasobu - doświadczenia (zdolności technicznej i zawodowej) zdobytego przy realizacji zadania „Przebudowa wschodniego obiektu inżynierskiego wzdłuż drogi kolejowej nr DK 5 (ul. Armii Krajowej) usytuowanego nad linią kolejową nr 18 i 201 w Bydgoszczy”, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Z przedmiotowego zobowiązania wynika również deklaracja udziału w realizacji niniejszego zamówienia jako podwykonawca części zadania.

Nadto, Odwołujący podniósł, że w dniu 26 kwietnia 2021 r. Zamawiający wezwał NDI/Todini do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, w tym do złożenia wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 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 budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawcy NDI/Todini złożyli wymagane dokumenty, w tym wykaz robót budowlanych.

Odwołujący przy tym zaznaczył, że na potwierdzenie należytego wykonania przez POLWAR S.A. opisanej w wykazie roboty budowlanej polegającej na przebudowie obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej przęsła 71,90 m, wykonawca złożył referencję wystawioną przez Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy (pismo z dnia 20.07.2020 r.), z której wynikało należyte wykonanie zadania przez konsorcjum firm Want Sp. o. o. w Tczewie oraz POLWAR S. A. w Gdańsku.

Dalej, Zamawiający w dniu 10 maja 2021 r. na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp w zakresie ww. informacji i dokumentów, w celu weryfikacji spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu z pkt 7.2. 3) a) c) SIWZ, wezwał NDI/Todini do wskazania zakresu zadania zrealizowanego przez POLWAR S. A., w tym w szczególności do wyjaśnienia, czy w ramach inwestycji firma POLWAR S. A. wykonała budowę lub przebudowę 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.

W dniu 18 maja 2021 r. konsorcjum przekazało wyjaśnienia m. in. w zakresie kwestii udziału POLWAR S. A. w realizacji zadania na rzecz Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy, w których potwierdziło, że podmiot trzeci POLWAR S. A. uczestniczył w realizacji całości zadania obejmującego przebudowę 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej przęsła 71, 90 m oraz wyjaśniło, że odnośnie wykonanych w ramach przedmiotowego zadania prac były one wykonywane centralnie przez konsorcjantów lub poprzez zaangażowanych podwykonawców. Nie doszło do podziału przedmiotu prac na wybrane segmenty (zakresy), w ramach których każdy konsorcjant wykonywałby dane prace na własny koszt i odpowiadał w stosunku wewnętrznym za zobowiązania wynikające z tego segmentu czy zakresu. Partnerzy konsorcjum wspólnie decydowali o wyborze podwykonawców do realizacji określonych robót czy dostaw, jak również wspólnie sprawowali nad nimi nadzór i kontrolę oraz wspólnie koordynowali ich prace. Wykonawcy wspólnie dokonywali zakupów kluczowych materiałów i wspólnie dokonywali odbioru wszystkich prac. Wobec tego każdy z partnerów nabył takie samo doświadczenie związane z realizacją całego projektu. Do wyjaśnień wykonawca załączył wyciąg z umowy konsorcjum z dnia 15 marca 2019 r. oraz porozumienie wykonawcze z dnia 6 kwietnia 2019 r.

W odniesieniu do powyższego Odwołujący wskazał, że powyższe wyjaśnienia Ndi/Todini dotyczące doświadczenia POLWAR S.A. złożone na drugie wezwanie

Zamawiającego były ogólne, a Zamawiający dokonał błędnej oceny wyjaśnień z 1 czerwca 2021 r.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający dokonał właściwej oceny wyjaśnień z 18 maja 2021 r., wyrażającej się w stwierdzeniu, że całe wyjaśnienia jawią się jako ogólne, formalne i nie pokazujące konkretnie faktycznego udziału podmiotu udostępniającego zasoby POLWAR S.A.

W przekonaniu Odwołującego - zaprezentowany w wezwaniu przez Zamawiającego pogląd, odnośnie tego, że doświadczenie wykonawcy należy postrzegać w kategoriach faktycznych, a nie prawnych i że warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, odnosi się do rzeczywistego zrealizowania przez wykonawcę części lub całości zamówienia, a nie skutków prawnych powiązań wynikających z wcześniej zawartych przez wykonawcę umów, jest jak najbardziej zasadny.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający prawidłowo na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wezwał NDI/TODINI do dalszych wyjaśnień w omawianym przedmiocie, tj. do uszczegółowienia wyjaśnień złożonych w dniu 18 maja 2021 r. wskazując, że złożone wyjaśnienia nie dają możliwości dokonania rzetelnej oceny doświadczenia nabytego przez firmę POLWAR S.A. w toku realizacji zdania na rzecz Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy. Zamawiający, co wynika wprost z treści wezwania, domagał się podania konkretnych przykładów działań przy realizacji zadania przez POLWAR S.A. Zamawiający wskazał, że stwierdzenia zawarte w wyjaśnieniach z 18 maja 2021 r. odnośnie tego, że konsorcjanci wspólnie decydowali o wyborze podwykonawców, jak również że wspólnie sprawowali nad nimi nadzór i kontrolę oraz wspólnie dokonywali odbioru wszystkich prac są ogólne oraz nieoparte żadnymi dokumentami.

Zwrócił uwagę, że ze złożonych dokumentów (umowy konsorcjum i porozumienia wykonawczego), jak zasadnie stwierdził Zamawiający, taki faktyczny udział POLWAR S. A. również nie wynikał.

Odwołujący w swoim odwołaniu zacytował fragment pisma Zamawiającego z dnia 28 maja 2021 r., istotny z punktu widzenia oceny dalszego postępowania Zamawiającego i NDI/TODINI:

Całe wyjaśnienia jawią się jako ogólne, formalne i nie pokazują konkretnie faktycznego udziału podmiotu udostępniającego zasoby - POLWAR S.A. w realizacji zadania. Jedyny fragment wyjaśnień dotyczący realizacji jest bardzo ogólny: (...) „Partnerzy

konsorcjum wspólnie decydowali o wyborze podwykonawców do realizacji określonych robót czy dostaw, jakie również wspólnie sprawowali nad nimi nadzór i kontrolę oraz wspólnie koordynowali ich prace. Wykonawcy wspólnie dokonywali zakupów kluczowych materiałów, wspólnie dokonywali odbioru wszystkich prac.”. Tego stwierdzenia nie uszczegóławiają także żadne dokumenty, pomimo, iż składając wyjaśnienia załączyli Państwo dokumenty potwierdzające uregulowania formalne pomiędzy członkami konsorcjum. Uszczegółowienie tych wyjaśnień, podanie konkretnych przykładów tych działań powinien dać Zamawiającemu materiał niezbędny do oceny charakteru nabytego doświadczenia.

Według Odwołującego - odpowiedzi na wezwanie do dalszych wyjaśnień Zamawiający nie uzyskał żadnych konkretów, których wymagał w wezwaniu.

Z tego powodu dla Odwołującego całkowicie bezpodstawnie Zamawiający przyjął, że wyjaśnienia z dnia 1 czerwca 2021 r. są wystarczające do oceny charakteru doświadczenia POLWAR S.A. i w konsekwencji do potwierdzenia wykazania spełniania przez NDI/Todini warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 7.2. 3) a) c) SIWZ.

Zarzucił, że Wykonawca w żaden sposób nie uszczegółowił wcześniejszych wyjaśnień, lecz powtórzył stwierdzenia, które Zamawiający wcześniej zakwestionował, uznając je za zbyt ogólne, a mianowicie wykonawca znów wskazał, że:

- nie doszło do rzeczowego lub faktycznego podziału prac
- strony konsorcjum wspólnie realizowały, tj. zarządzały i nadzorowały realizacją całego projektu
- strony konsorcjum umówiły się, że wiedza i doświadczenie zdobyte w związku z realizacją kontraktu stanowi nierozdzielny potencjał zawodowy stron
- warunek udziału w tamtym postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej spełniał POLWAR S.A.

Odwołujący zauważył, że do wyjaśnień wykonawca załączył dokumenty: oświadczenie POLWAR S. A. z dnia 1 czerwca 2021 r. oraz umowę konsorcjum z 15 marca 2019 r. Oba dokumenty nie precyzowały okoliczności faktycznych „Przebudowy wschodniego obiektu inżynierskiego wzdłuż drogi krajowej nr DK5 (ul. Armii Krajowej), usytuowanego nad linią kolejową nr 18 i 201 w Bydgoszczy”, a POLWAR S.A. złożył oświadczenie zgodne z oświadczeniem wykonawcy na tym samym poziomie ogólności.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że kluczowy argument NDI/Todini co do nabycia przez POLWAR S.A. realnego doświadczenia przy realizacji zadania w Bydgoszczy, sprowadzający się do tego, że strony umówiły się, że wiedza i doświadczenie zdobyte w

trakcie obowiązywania porozumienia o współpracy stanowi nierozzerwalny potencjał zawodowy, nie ma żadnego znaczenia dla oceny przedmiotowej kwestii.

Podkreślił, że doświadczenie wykonawcy (podmiotu trzeciego) jest kwestią faktu, a nie prawa, co słusznie podnosił Zamawiający w piśmie z dnia 28 maja 2021 r., domagając się opisu stanu rzeczy podczas realizacji przedmiotowej budowy, a z czym Odwołujący się w pełni zgadza.

Zarzucił, że NDI/Todini ograniczyło się tylko i wyłącznie do skonkretyzowania stosunków prawnych między konsorcjantami i to też fragmentarycznie. Akcentowane postanowienie porozumienia wykonawczego (§4 ust. 4) nie ma waloru regulacyjnego, tylko deklaracyjny.

Zdaniem Odwołującego - potraktowanie przez Zamawiającego tożsamy pod względem merytorycznym wyjaśnień złożonych na drugie wezwanie tym razem jako wystarczających do rzetelnej oceny doświadczenia POLWAR S. A. jest całkowicie niezrozumiałe. Oświadczenie POLWAR S.A. jest tak samo ogólne jak oświadczenie NDI/Todini, a umowa konsorcjum nie opisuje realizacji inwestycji. Wykonawca nie przekazał zatem materiału niezbędnego do oceny charakteru nabytego doświadczenia, czego wymagał Zamawiający. Takim materiałem nie jest przekazanie pełnej treści umowy konsorcjum. W żaden sposób nie obrazuje ona faktycznego przebiegu realizacji referencyjnego zadania, a tylko on ma znaczenie dla oceny doświadczenia POLWAR S. A.

Zdaniem Odwołującego - takim materiałem jest niewątpliwie dokumentacja budowy (w tym m. in. dziennik budowy/dziennik montażu, protokoły odbiorów częściowych i końcowych, rysunki i opisy służące realizacji obiektu), dokumentacja powykonawcza oraz inne dokumenty związane z realizacją budowy (dokumenty rozliczeniowe, protokoły z narad itp.).

Podniósł, że umowa konsorcjum nie koresponduje ze złożonymi oświadczeniami i w związku z tym budzi dalsze wątpliwości, o czym poniżej.

Według Odwołującego - Zamawiający nie powinien uznać dalszych wyjaśnień NDI/Todini za wystarczające. Jednocześnie wobec tego, że ponowne wezwanie musiałby dotyczyć tego samego, umożliwienie wykonawcy składania ponownie wyjaśnień, w okolicznościach niniejszej sprawy należałoby uznać za naruszające zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a dopytywanie do skutku nie znajduje oparcia w ustawie Pzp.

Podsumowując, podtrzymał wątpliwości co do możliwości legitymowania się przez NDI/Todini doświadczeniem POLWAR S.A. pomimo przeprowadzenia procedury wyjaśniającej.

Jednocześnie wskazał, że nie da się ich obecnie usunąć bez naruszania zasad postępowania, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji. Obowiązkiem wykonawcy jako profesjonalisty jest dochowanie należytej staranności na każdym etapie postępowania, w tym również wyczerpujące wyjaśnienie wątpliwości sygnalizowanych przez Zamawiającego.

W opinii Odwołującego - opisane naruszenie Pzp miało wpływ na wynik postępowania. Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp błędnie uznając wyjaśnienia za wystarczające oraz wybierając ofertę wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, a zatem wbrew postanowieniom art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że zgodnie z jego najlepszą wiedzą udział POLWAR S.A. w realizacji całości referencyjnego zadania nie był bezpośredni, faktyczny i realny. Dlatego też POLWAR S.A. nie jest uprawniony do powoływania się na całość doświadczenia wynikającego z realizacji referencyjnego zadania.

Zadeklarował, że zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego w toku realizacji referencyjnego zadania:

- nie było wspólnego zarządzania, nadzoru i kontroli przez WANT Sp. o. o. i POLWAR S.A.,
- nie było wspólnej realizacji prac przez WANT Sp. o. o. i POLWAR S.A., gdyż spółki te dokonały między sobą rzeczowego podziału prac,
- nie było wspólnych zakupów kluczowych materiałów przez WANT Sp. o. o. i POLWAR S.A.,
- nie było wspólnych odbiorów przez WANT Sp. o. o. i POLWAR S.A.,
- nie było równego zarobku WANT Sp. o. o. i POLWAR S.A., co zresztą jest kwestią w ogóle bez związku z zakresem posiadanego doświadczenia.

Oświadczył również, że zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego w ramach realizacji zadania referencyjnego POLWAR S.A. wykonała ściśle określony zakres robót, znacznie węższy niż wymagany w warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa 7.2. 3) a) c) SIWZ. Tym samym POLWAR S.A. nie nabyła doświadczenia, które potwierdzałoby spełnienie ww. warunku.

W zakresie zarzutu wprowadzenia w błąd przy przedstawianiu informacji w zakresie doświadczenia POLWAR S. A. zdobytego przez realizacji zadania na rzecz ZDMiKP w Bydgoszczy zwrócił uwagę, że Zamawiający ocenia wykonawców i ich oferty głównie lub wyłącznie na podstawie złożonych dokumentów, dlatego niezwykle istotne jest, aby mogli mieć zaufanie, że zawierają one wyłącznie prawdziwe informacje. Wyjaśnienia dotyczące złożonych dokumentów lub oświadczeń muszą być konkretne i wyczerpujące, bo tylko takie mogą być podstawą dla oceny wiarygodności wykonawcy.

Odwołujący stanął na stanowisku, że wyjaśnienia złożone przez NDI/Todini uznać należy za wprowadzające w błąd w zakresie w jakim dotyczą doświadczenia POLWARU, którym legitymuje się NDI/Todini w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 7.2. 3) a) c) SIWZ.

Zauważył, że w ofercie wykonawca oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym te opisane w ww. punkcie. Na wezwanie w celu wykazania spełniania warunku udziału złożył wykaz robót budowlanych, w tym potwierdził, że POLWAR S.A. samodzielnie wykonał robotę na rzecz ZDMiKP w Bydgoszczy.

Wskazał, że wykonawca NDI/Todini zarówno w wyjaśnieniach z dnia 18 maja 2021 r., jak i z 1 czerwca 2021 r., oświadczył, że nie doszło do rzeczowego lub faktycznego podziału prac oraz że obaj konsorcjanci wykonywali wspólnie prace, jednocześnie wykonawca złożył umowę konsorcjum oraz porozumienie wykonawcze, z których wynika odmienna sytuacja.

W swoim odwołaniu powołał się na następujące postanowienia umowne:

§ 1 ust. 8 (umowy konsorcjum z dnia 15 marca 2019 r.)

8. W trakcie procedury związanej z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego, każda ze Stron zobowiązuje się do rzetelnego przygotowania wymaganej dokumentacji w zakresie części przedmiotu Zamówienia za którą odpowiada, przy czym Partner zobowiązuje się do udzielenia wszelkich informacji w zakresie swojej części przedmiotu zamówienia, których Zamawiający zażąda w związku z prowadzonym postępowaniem.

§ 1 ust. 9 (umowy konsorcjum z dnia 15 marca 2019 r.)

9. Każda ze Stron Konsorcjum indywidualnie ponosi koszty związane z przygotowaniem swojej części oferty.

§ 1 ust. 4 (umowy konsorcjum z dnia 15 marca 2019 r.)

4. Na pięć (5) dni przed złożeniem Oferty, Strony dokonają pierwszego zamknięcia ceny Oferty wraz z ustaleniem kosztów bezpośrednich, planowanego poziomu ryzyk, rentowności i kosztów ogólnych.

Ostateczna cena Oferty zostanie ustalona przez Strony na dwa (2) dni przed złożeniem Oferty, przy czym Lider Konsorcjum:

a) będzie uprawniony do żądania uzasadnienia ceny Oferty w zakresie przygotowanym przez Partnera Konsorcjum,

b) nie jest uprawniony do zmiany przedłożonej przez Partnera Konsorcjum wyceny bez jego zgody wyrażonej w formie pisemnej pod rygorem nieważności,

§ 5 ust. 1 (umowy konsorcjum z dnia 15 marca 2019 r.)

1. Wykonanie poszczególnych części robót (prac) wynikających lub związanych z przedmiotem Zamówienia nastąpi w terminach i w koordynacji ustalonej przez Strony, z zachowaniem terminów wymaganych Umową o udzielenie zamówienia publicznego.

§ 6 ust. 2 (umowy konsorcjum z dnia 15 marca 2019 r.)

2. Płatności na rzecz Partnera Konsorcjum dokonywane będą na podstawie faktur wystawionych na Lidera, odpowiednio do zakresu wykonanych (lub przydzielonych mu zgodnie z Porozumieniem Wykonawczym) przez Partnera Konsorcjum robót.

Z powyższego wnioskował, że podział prac został zatem przewidziany w umowie konsorcjum od samego początku już na etapie ofertowania. Takie rozwiązanie jest uzasadnione i przez to wiarygodne, w szczególności w przypadku zamówienia polegającego na rozbiórce, zaprojektowaniu (przeprojektowanie - optymalizacja rozwiązań i doprojektowanie brakujących elementów) i budowie wschodniego wiaduktu nad torami PKP linii kolejowej nr 18 nr 201 w ciągu ul. Armii Krajowej (droga krajowa nr DK5) w Bydgoszczy, w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, bowiem w konsorcjum zawsze istnieje jakiś podział zadań i ról.

Wywodził, że Skoro partner konsorcjum był odpowiedzialny za przygotowanie części oferty, ponosił koszty związane z przygotowaniem swojej części oferty, a lider nie mógł zmienić dokonanej przez partnera wyceny, nie można twierdzić, że nie było podziału prac czy zadań, a wszystkie decyzje były podejmowane wspólnie i jednomyślnie. Oświadczenia przeciwne – według Odwołującego - wykonawcy w tym zakresie uznać należy za wprowadzające w błąd. Wykonawca nie miał podstaw do bezkrytycznego przyjmowania zapewnień podmiotu trzeciego co do jego udziału w realizacji zadania, które budziły uzasadnione wątpliwości w świetle posiadanych dokumentów oraz realiów rynku.

Jednocześnie, wskazał, że w związku z dwukrotnym wezwaniem Zamawiającego do wyjaśnień, wykonawca powinien zweryfikować informacje dostarczone przez podmiot trzeci a składane wyjaśnienia uzupełnić o materiał dowodowy. Tylko wówczas nie można byłoby czynić mu zarzutu co do wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Odwołujący podniósł, że kwestia możliwości wykorzystania całości doświadczenia konsorcjum z samego tytułu bycia stroną umowy konsorcjalnej została definitywnie rozstrzygnięta przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. TSUE w sprawie C-387/14 Esaprojekt orzekł bowiem, że artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji. Tym samym Trybunał uznał, że można wykazywać się doświadczeniem jedynie w zakresie, jaki rzeczywiście dany podmiot wykonywał. Doświadczenia nie uzyskuje się poprzez sam udział w konsorcjum, lecz poprzez konkretne czynności realizowane w jego ramach.

W związku z tym Odwołujący wyraził pogląd, że twierdzenia NDI/Todini o rzekomym braku podziału prac, zadań, czy o wspólnym podejmowaniu decyzji w ramach inwestycji, stanowią podstawę do przyjęcia, że wykonawca ten w sposób celowy i zamierzony wprowadził Zamawiającego w błąd prezentując informacje w zakresie warunków udziału w postępowaniu, bowiem nie można założyć, że funkcjonujące od kilku lat podejście do kwestii wykazywania doświadczenia nabytego w ramach konsorcjum jest nieznanym profesjonalnemu uczestnikowi rynku ubiegającemu się stale o zamówienia publiczne.

Zdaniem Odwołującego - przedstawienie tych nieprawdziwych informacji przez wykonawcę miało niewątpliwie wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta wykonawcy NDI/Todini została uznana za najkorzystniejszą po weryfikacji spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W dniu 21 czerwca 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NDI S. A. z siedzibą w Sopocie, NDI Sopot S. A. z siedzibą w Sopocie, Limited Liability Partnership „Todini Central Asia”, Saryarka ave.6, 010000 Nur-sultan, Kazachstan zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1812/21 po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 13 lipca 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie

wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

KIO 1809/21

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, a w szczególności Programu Funkcjonalno-Użytkowego, zwanego dalej PFU wraz z jego załącznikami, oferty Odwołującego, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 7 czerwca 2021r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 13 lipca 2021 r., pism procesowych z dnia 13 lipca 2021 r. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI S. A. z siedzibą w Sopocie, NDI Sopot S. A. z siedzibą w Sopocie, Limited Liability Partnership „Todini Central Asia”, Saryarka ave.6, 010000 Nur-sultan, Kazachstan i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Kobyłarnia S. A., ul. Kobyłarnia, ul. Zakole 1, 86 - 061 Brzoza, Mirbud S. A. z siedzibą w Skierniewicach, jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie wyjaśnień i dowodów Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Rozstrzygając przedmiotową sprawę Izba, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego, nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 oraz art.89 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła w zakresie niezbędnym dla rozstrzygnięcia tej sprawy, że Zamawiający w pkt 1.2 Programu Funkcjonalno-Użytkowego, zwanego dalej PFU ustanowił „Aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia” postanawiając, że Wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia na podstawie poniższych dokumentów, przekazanych przez Zamawiającego: (...)

3) decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia nr RDOŚ- Gd-WOO.4200.5.2013.KLP.26 z dnia 14.11.2014 r. wydana przez Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Gdańsku dla przedsięwzięcia polegającego na „Budowie drogi ekspresowej S6 na odcinku Słupsk - Lębork wraz z przebudową linii wysokiego napięcia, w przebiegu wyznaczonym korytarzem WARIANTU II niebieskiego z podwariantem jasnoniebieskim”, oraz postanowienie Regionalnej Dyrekcji Ochrony Środowiska z kwietnia 2020 r. znak RDOŚ-GdWOO.400.22.2020.KSZ.3, w którym wyrażono stanowisko na temat warunków realizacji przedsięwzięcia. (...),

5) decyzji/opinii Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, (...)

8) informacja o aktualnych uwarunkowaniach wynikających z posiadanych uzgodnień, opinii, porozumień zawartych w poniższej tabeli.

Izba stwierdziła również, że częścią PFU było również pismo Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków z dnia 13 maja 2015 r.

Powyższe postanowienia SIWZ miały charakter wiążący, co potwierdziła odpowiedź Zamawiającego z dnia 7 stycznia 2021 r., że dokumenty wymienione w pkt 1.2 traktować należy jako wiążące dla wykonawcy.

Wobec powyższego, teza Odwołującego o tym, że Koncepcja Programowa nie stanowiła wiążącego dokumentu PFU i stanowiła wyłącznie dokument informacyjny jest chybiona w zakresie w jakim jej treść pokrywała się PFU.

Nie uszły uwadze Izby również wymagania Zamawiającego opisane w pkt 1.1.3.3. w PFU (str.25) pod l.p. 12 Tabeli nr 1.1. określającej Wykaz obiektów inżynierskich z informacją o przeszkodach koniecznych do pokonania, w tym obiektów ekologicznych (przejścia dla zwierząt) na trasie głównej, łącznicach, dodatkowych jezdniach oraz innych drogach i przeszkodach, gdzie wskazano przeszkodę na kilometrażu 13+797,15 w postaci ES-22 Estakada w ciągu drogi ekspresowej S6: nad rzeką Łupawa, 2 drogami powiatowymi oraz dolne przejście dla zwierząt. Przejście nad założeniem pałacowo – parkowym (poz. Rejestru zabytków woj. pomorskiego A-1156).

Jednocześnie dla tej przeszkody określono następujące parametry funkcjonalne w następujący sposób: Parametry dróg zgodnie z p. 1.1.3.1 i 1.1.3.2

- parametry przejścia dla zwierząt wg DŚU*
- parametry przeprawy nad rzeką Łupawą wg DŚU*.

Oznaczenie pojęcia z gwiazdką DŚU Zamawiający sprecyzował w ten sposób, że jest to: Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia nr RDOŚ-GdWOO.4200.5.2013.KLP.26 z dnia 14.11.2014 r. wydana przez Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Gdańsku dla przedsięwzięcia polegającego na „Budowie drogi ekspresowej S6 na odcinku Słupsk - Lębork wraz z przebudową linii wysokiego napięcia, w przebiegu wyznaczonym korytarzem WARIANTU II niebieskiego z podwariantem jasnoniebieskim”.

Nie może zatem budzić żadnych wątpliwości, że Zamawiający w cyt. opisie dokonał odesłania na grunt przedmiotowej decyzji administracyjnej Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Gdańsku, której warunki wykonawcy byli zobowiązani przestrzegać na równi z samym PFU.

Według zapatrywania Izby, kluczowe znaczenie dla zrozumienia warunku miał opis ze strony 4 DŚU, gdzie organ administracyjny wskazał, że „W km 13+000 trasa przecina drogę powiatową nr 1139G, a następnie projektowana droga ekspresowa przebiega przez obszar Natura 2000 Dolina Łupawy PHL220036. **Przeprawa** przez rzekę Łupawa zaprojektowana została **w formie estakady** o długości 950 m, i **poza korytem rzeki będzie obejmowała również dolinę Łupawy.**”

Idąc dalej zgodnie z cyt. wyżej odesłaniem Zamawiającego, Izba w załączniku do przedmiotowego PFU na stronie 9 powołanej wyżej decyzji Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Gdańsku z dnia 14.11.2014 r. dostrzegła w tabeli nr 1 Działania minimalizujące wpływ planowanej inwestycji pod poz.3 zastrzeżenie tego organu, że należy zaprojektować **przejście przez dolinę rzeki Łupawy w formie estakady.**

Dodatkowo, Izba oparła się o uzasadnienie organu zawarte na stronie 59 wymienionej wyżej decyzji wskazujące, że budowa estakady już sama w sobie stanowi zagrożenie, lecz jej zastosowanie jako rozwiązanie technologiczne nie spowoduje zniszczenia typowych dla tych występujących tam gatunków siedlisk, a zatem a contrario inne rozwiązanie technologiczne takie zniszczenie spowoduje, co jest prawnie niedopuszczalne z punktu widzenia tej decyzji.

Według Izby nie ma przy tym znaczenia, że wymóg ten nie został umieszczony w sentencji decyzji. W praktyce uzasadnienie faktyczne zawarte w decyzji administracyjnej wytycza szczegółowy zakres działania strony w ramach orzeczonych tą decyzją obowiązków.

Powyższe wymagania DŚU – w przekonaniu Izby - należało uznać za bezwzględnie obowiązujące, jako integralna część SIWZ, a zatem trafna jest argumentacja Zamawiającego wywodząca, że oczekiwał on wybudowania jednego obiektu w postaci estakady przez całą dolinę rzeki Łupawa, a nie wybudowania punktowych obiektów inżynierskich.

Natomiast z udzielonych Zamawiającemu przez Odwołującego wyjaśnień do pytań 33, 45, 47, 50, 68 (objętych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa) wynikało, że przewidział on wykonanie przedmiotu zamówienia w inny sposób niż w formie jednej estakady przez całą dolinę rzeki (obszar Natura 2000), co pozostaje w kolizji z cyt. wyżej postanowieniami SIWZ (załącznika do PFU i wielokrotnie już powoływanej DŚU).

Powyższego stanowiska Izby nie zmienia treść odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 3 z dnia 5 stycznia 2021 r. dopuszczającej wykonanie większej ilości obiektów inżynierskich, bowiem dotyczyła ona procedury zmiany sposobu pokonania przeszkody, o której mowa w pkt 1.1.3.3 PFU (str.26), której ewentualne działanie może nastąpić jedynie w okresie realizacji kontraktu, a nie na etapie ofertowania pod warunkiem zachowania liczby przeszkód i parametrów bez zmiany sposobu ich pokonania.

W ocenie Izby - również bez znaczenia dla sprawy pozostaje, przytoczona przez Odwołującego, okoliczność wynikająca z zarządzenia Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska z dnia 17 grudnia 2019 r. w sprawie ustanowienia ochrony planu dla obszaru Natura 2000 – dolina Łupawy – strona 53, chodzi tutaj o region 3150, tj. starorzecza i naturalne eutroficzne zbiorniki wodne, gdzie obszar 3150 nie został wymieniony jako obszar, na którym mają być działania minimalizujące negatywny wpływ na środowisko, jako, że powołana wyżej decyzja administracyjna została wydana w dniu 14 listopada 2014 r., czyli kilka lat wcześniej i nie wskazywała w swojej podstawie prawnej cyt. wyżej zarządzenia.

Wymaga również wskazania, że powyższe zarządzenie było adresowane jedynie do organu stosującego ustawę z dnia 16 kwietnia 2019 r. o ochronie przyrody w zakresie planu zadań, mapy obszaru Natura 2000, identyfikacji istniejących zagrożeń, wskazań do zmian DŚU, a nie do podmiotów na które został już nałożony obowiązek administracyjny wynikający z przywoływanej decyzji Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Gdańsku.

Za chybione Izba uznała również powoływanie się na rysunek, który był sporządzony w 2011 r., to jest trzy lata przed wydaniem samej decyzji administracyjnej.

Dodatkowo za niezwiązane z rozpoznawaną sprawą Izba uznała argumenty Odwołującego odnoszące się do innego obiektu (mostu) przecinającego dolinę drogi powiatowej 1139G w miejscowości Damno, a niewchodzącego w zakres przedmiotu zamówienia.

Jeżeli chodzi o zarzut odnoszący się do wymagania zaprojektowania i wybudowania drogi przez obszar założenia pałacowo-parkowego, to należy podkreślić, że Zamawiający w pkt 1.1.3.3. w PFU (str.25) pod l.p. 12 Tabeli nr 1.1. wyraźnie przewidział „**Przejście nad założeniem pałacowo – parkowym** (poz. Rejestru zabytków woj. pomorskiego A-1156).”, co oznacza – w ocenie Izby, że wymagana droga ma być nad tym obszarem, a to może się materializować jedynie w postaci estakady, co ściśle koresponduje z cytowaną wyżej treścią tego punktu.

Wszelkie argumenty Odwołującego natury technicznej nie mogą mieć przy tym wpływu na samą ocenę spornego warunku.

Z powyższych względów, po przeanalizowaniu treści SIWZ, a w szczególności PFU i DŚU Izba reprezentuje pogląd w tej sprawie, że Odwołujący zaoferował przedmiot zamówienia nie odpowiadający powołanym wyżej wymaganiom.

Przede wszystkim należy wskazać, że Zamawiający oczekiwał wykonania estakady na całym spornym odcinku drogi przez całą dolinę rzeki Łupawa i przez obszar Zespołu Pałacowo-Parkowego, a nie wybudowania kilku oddzielnych obiektów inżynierskich w sposób znacząco ingerujący zarówno w substancję obszaru Natura 2000, jak i teren samego Parku.

Wymaga zauważenia, że wszyscy pozostali wykonawcy, z wyjątkiem Odwołującego, w ten sam sposób co Zamawiający zrozumieli postanowienia SIWZ i zaoferowali wykonanie estakady na całym spornym odcinku drogi.

Wobec tego Zamawiający był zobowiązany do zastosowania przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Jednocześnie, z treści odwołania nie wynika czy Odwołujący zakwestionował niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia czy zmierza jedynie poprzez jej wykreowanie do uzyskania akceptacji prezentowanego stanowiska.

Jeżeli, bowiem taka niejednoznaczność mogłaby wystąpić na gruncie SIWZ, to Odwołujący miał uprawnienie do żądania od Zamawiającego odpowiedniego doprecyzowania i skorygowania opisu przedmiotu zamówienia we właściwym czasie. Nie upewniając się, co do pewnych intencji Zamawiającego w tym zakresie naraził się na ocenę Zamawiającego tego stanu rzeczy opartą o wykładnię literalną SIWZ i jego załączników, w tym PFU i związanych z nim decyzji administracyjnych.

W związku z tym bezpodstawne jest twierdzenie Odwołującego, że oceniane wymaganie nie było wprost wyrażone w tym postępowaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zwanej dalej ustawą Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

KIO 1812/21

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, odwołania, oferty Przystępującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI S. A. z siedzibą w Sopocie, NDI Sopot S. A. z siedzibą w Sopocie, Limited Liability Partnership „Todini Central Asia”, Saryarka ave.6, 010000 Nur-sultan, Kazachstan, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 7 czerwca 2021r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 13 lipca 2021 r., pisma procesowego Odwołującego z dnia 13 lipca 2021 r. wraz 20 załącznikami zawierającymi dowody, pisma procesowego Przystępującego z dnia 13 lipca 2021 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień i dowodów Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 i 3, art. 26 ust.3 ustawy Pzp, nie stwierdziła naruszenia przepisu art. 24 ust.1 pkt 12, 16, 17 ustawy Pzp.

Izba ustaliła w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia sprawy, że Zamawiający w pkt.7.3 SIWZ postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy:

Wykonawca musi 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:

- a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto;
- b) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu;
- c) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.

Każde wykazane zadanie może jednocześnie potwierdzać spełnianie kilku z powyższych warunków.

Za drogę lub ulicę Zamawiający uzna drogę lub ulicę w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. 2020 poz. 470 ze zm.).

Za obiekt mostowy Zamawiający uzna obiekt mostowy w rozumieniu rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. z 2000 nr 63, poz. 735 ze zm.).

Jako wykonanie (zakończenie) zadania należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie końcowego Protokołu

odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadczenia Przejęcia).

Wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku w walutach innych niż wskazane przez Zamawiającego należy przeliczyć wg średniego kursu NBP na dzień wystawienia Świadczenia Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub na dzień podpisania końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadczenia Przejęcia).

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, spełnianie warunków w pkt 7.2.3) lit. a) ppkt 1) i 2) Wykonawcy wykazują łącznie.

Izba ustaliła również, że w pkt.10 SIWZ Zamawiający umieścił informację dla wykonawców polegających na zasobach innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp oraz zamierzających powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom o następującej treści:

10.1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

10.2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

10.3. Zamawiający oceni, czy udostępniane Wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13–22 ustawy Pzp oraz, o których mowa w pkt 8.2. IDW.

10.4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

10.5. Wykonawca, który polega na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, odpowiada solidarnie z podmiotem, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, za szkodę poniesioną przez Zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

10.6. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, na którego zdolnościach polega Wykonawca, nie potwierdzają spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, Zamawiający zażąda, aby Wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego:

- a) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- b) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w pkt 10.1. IDW

10.7. Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu, składa jednolite dokumenty dotyczące także tych podmiotów.

Zgodnie z informacją zawartą w JEDZ, o ile ma to znaczenie dla określonych zdolności, na których polega wykonawca, należy dołączyć – dla każdego z podmiotów, których to dotyczy – informacje wymagane w części IV JEDZ.

Oświadczenia podmiotów udostępniających potencjał składane na formularzu JEDZ powinny mieć formę dokumentu elektronicznego, podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez każdy z tych podmiotów w zakresie w jakim potwierdzają okoliczności, o których mowa w treści art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Należy je przesłać w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, zgodnie z zasadami określonymi w pkt 12 IDW.

10.8. Na wezwanie zamawiającego Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, zobowiązany jest do przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt 9.7.2) IDW oraz właściwych dokumentów wskazanych w pkt 9.7.1) IDW odpowiednio do udostępnianych zasobów.

10.9. W celu oceny, czy Wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje

rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający żąda dokumentów, które określają w szczególności:

- 1) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 4) czy podmiot, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

10.10. Wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

- a) jest zobowiązany wypełnić część II sekcja D jednolitego dokumentu, w tym, o ile jest to wiadome, podać firmy podwykonawców;
- b) nie jest zobowiązany do przedstawienia dla każdego podwykonawcy informacji wymaganych w części II Sekcja A i B oraz części III jednolitego dokumentu.
- c) jest zobowiązany wskazać w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.

W wykonaniu powyższych postanowień SIWZ Przystępujący złożył zobowiązanie Polwar S.A. z siedzibą w Gdańsku z dnia 28 stycznia 2021 r. do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia: zdolność techniczną i zawodową (wiedza i doświadczenie).

Wykonawca ten oświadczył, iż:

- a) udostępnia Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie:

Oddaję do dyspozycji NDI SA swoje zasoby w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych (wiedza i doświadczenie) polegające na przebudowie 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m zdobyte podczas realizacji następującej inwestycji:

Przebudowa wschodniego obiektu inżynierskiego wzdłuż drogi kolejowej nr DK 5 (ul. Armii Krajowej), usytuowanego nad linią kolejową nr 18 i 201 w Bydgoszczy.

Przedmiotowa inwestycja spełnia wymagania Zamawiającego określone w SIWZ.

- b) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów będzie następujący:

Udostępnione zasoby zostaną wykorzystane przy realizacji określonego zakresu robót będących częścią Zamówienia.

c) zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący:

Wykonanie określonego zakresu robót będących częścią zamówienia, do wykonania których wymagane są udostępnione zasoby.

d) okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący:

Na czas realizacji zamówienia.

e) będę realizował niżej wymienione roboty budowlane lub usługi, których dotyczą udostępniane zasoby odnoszące się do warunków udziału dot. wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, na których polega Wykonawca:

Roboty branży mostowej.

Pismem z dnia 26 kwietnia 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia oświadczeń i dokumentów w trybie przepisu art.25 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, w tym wykazu wykonanych robót budowlanych na potwierdzenie cyt. wyżej warunku udziału w postępowaniu.

W wykonaniu powyższego wezwania Przystępujący złożył na formularzu 3.4. Wykaz robót budowlanych, gdzie w poz.3 zadeklarował wykonanie przez Polwar S.A. na rzecz Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy zadania pod nazwą Przebudowa wschodniego obiektu inżynierskiego wzdłuż drogi krajowej nr DK 5 (ul. Armii Krajowej) usytuowanego nad linią kolejową nr 18 i 201 w Bydgoszczy w systemie „zaprojektuj i wybuduj”. W ramach zadania wykonano przebudowę obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej przęsła 71,90 m z datą wystawienia Świadectwa Przejęcia, protokołu odbioru lub równoważnego dokumentu na dzień 31.03.2020.

Izba stwierdziła również, że z załączonej do wykazu referencji z dnia 20 lipca 2020 r. wystawionej przez Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy wynikało zaś, że wykonawca Polwar S.A. wykonywał powyższe zamówienie w konsorcjum z Want sp. z o.o. z siedzibą w Tczewie.

Dalej, Izba stwierdziła, że Zamawiający, mając wątpliwości na tle załączonej przez Przystępującego referencji, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, pismem z dnia 10 maja 2021 r. wezwał do złożenia wyjaśnień oświadczeń i dokumentów między innymi w

zakresie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 7.2.3)a) lit. c) Instrukcji dla Wykonawców (dalej: IDW).

Zamawiający zwrócił uwagę, że na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania wymaganego doświadczenia opisanego w pkt. 7.2.3) a) lit. c) IDW, Przystępujący wskazał zadanie jak wyżej, które było realizowane wspólnie przez firmy: Want Sp. z o.o. z siedzibą w Tczewie, ul. Korczaka 12, 83-110 Tczew (Lider) oraz POLWAR S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul. Starodworska 2, 80-137 Gdańsk (Partner).

Zamawiający w tym piśmie wyraził wątpliwość, zauważając, że z przedłożonego wykazu robót ani z treści załączonych referencji nie wynika zakres prac wykonanych przez każdego z Wykonawców. W związku z powyższym, Zamawiający zwrócił się z prośbą o wskazanie zakresu zadania zrealizowanego przez POLWAR S.A. z siedzibą w Gdańsku, w tym w szczególności wyjaśnienie, czy w ramach wykazanej inwestycji firma POLWAR S.A. z siedzibą w Gdańsku wykonała budowę lub przebudowę 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.

W następstwie tego wezwania Przystępujący takie wyjaśnienia wraz z załącznikami (umowa konsorcjum z dnia 15 marca 2019 r., porozumienie wykonawcze z dnia 26 kwietnia 2019 r.) złożył przy piśmie z dnia 18 maja 2021 r..

W ocenie Zamawiającego - zarówno wyjaśnienia Przystępującego, jak i przedłożona umowa i porozumienie nie spełniły jego oczekiwań, który pismem z dnia 28 maja 2021 r. wezwał ponownie Przystępującego w tym samym jak wyżej trybie do złożenia dalszych wyjaśnień - uszczegółowienia wyjaśnień złożonych w dniu 18 maja 2021 r.

Zamawiający wskazał, że uwagi na fakt, iż z przedłożonego wykazu robót ani z treści załączonych referencji nie wynikał zakres prac wykonanych przez każdego z Wykonawców, Zamawiający pismem z dnia 10 maja 2021 r. (znak sprawy O.Gd.D-3.241.1277.2021.AK) wezwał Przystępującego do wskazania zakresu zadania zrealizowanego przez POLWAR S.A. z siedzibą w Gdańsku, w tym w szczególności wyjaśnienia, czy w ramach wykazanej inwestycji firma POLWAR S.A. z siedzibą w Gdańsku wykonała budowę lub przebudowę 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.

Powołał się również na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zgodnie z którym Zamawiający jest zobowiązany do indywidualnej oceny doświadczenia zdobywanego w konsorcjum w kontekście postawionego warunku. Tak m.in.: wyrok KIO 588/19 z 18.04.2019

r.: Natomiast przełożenie owego poglądu ogólnego na daną sytuację faktyczną wymaga już indywidualnej oceny zarówno elementów danego warunku udziału w postępowaniu, jak i konkretnych działań wykonawców podejmowanych przy konkretnej realizacji oraz wyrok KIO 10/20 16/20 z dnia 31.01.2020 r., wyrok 1510/20 z 22.07.2020 r., wyrok KIO 2262/19 z 22.11. 2019 r.

Zamawiający również oświadczył, że otrzymane pismem z dnia 18 maja 2021 r. wyjaśnienia nie dają możliwości dokonania rzetelnej oceny doświadczenia nabytego przez firmę POLWAR S.A. w toku realizacji zadania ma rzecz Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy, bowiem jak sam wskazał złożone wyjaśnienia skupiają się na warstwie formalnych ustaleń pomiędzy współkonsorcjantami, zawartych w Umowie Konsorcjum i Porozumieniu Wykonawczym, pomijając faktyczny wymiar współpracy i konkretne działania poszczególnych członków konsorcjum podczas realizacji zadania.

Zamawiający powołał się na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 1 lutego 2018 r. (II GSK 4133/17) dotyczący obszaru przywoływanego zagadnienia z tezą, że „każdy z Wykonawców w ramach konsorcjum realizuje przypisane mu zadania, nabywając doświadczenie w tym zakresie, a nie w zakresie zadań realizowanych przez innych Wykonawców”.

„Doświadczenie Wykonawcy należy postrzegać w kategoriach faktycznych a nie prawnych. Powyższe wynika z istoty art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. Warunek udziału w postępowaniu o wykonanie zamówienia publicznego, dotyczący doświadczenia o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp odnosi się do rzeczywistego zrealizowania przez Wykonawcę części lub całości zamówienia, a nie skutków prawnych powiązań wynikających z wcześniej zawartych przez Wykonawcę umów. Fakt solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum nie przekłada się na nabycie doświadczenia oczekiwanego przez Zamawiającego”.

Wobec tego Zamawiający uznał, że przedłożone przez Przystępującego wyjaśnienia wzbudziły wątpliwości Zamawiającego także z innego powodu. Oparte zostały w głównej mierze na Umowie Konsorcjum i Porozumieniu Wykonawczym. Przy czym Umowa Konsorcjum nie została przedłożona w całości. Natomiast Porozumienie Wykonawcze mimo, iż zgodnie z par. 3 ust. 3 Umowy Konsorcjum miało w sposób szczegółowy precyzować wszelkie istotne kwestie związane z funkcjonowaniem Konsorcjum opartego na tzw. wspólnym zarządzaniu, takich szczegółowych regulacji nie zawiera.

Zdaniem Zamawiającego - całe wyjaśnienia jawią się jako ogólne, formalne i nie pokazują konkretnie faktycznego udziału podmiotu udostępniającego zasoby – POLWAR

S.A. w realizacji zadania. Jedyny fragment wyjaśnień dotyczący realizacji jest bardzo ogólny: (...) „Partnerzy konsorcjum wspólnie zdecydowali o wyborze podwykonawców do realizacji określonych robót czy dostaw, jakie również wspólnie sprawowali nad nimi nadzór i kontrolę oraz wspólnie koordynowali ich prace. Wykonawcy wspólnie dokonywali zakupów kluczowych materiałów, wspólnie dokonywali odbioru wszystkich prac.”. Tego stwierdzenia nie uszczegóławiają także żadne dokumenty, pomimo, iż składając wyjaśnienia załączyli Państwo dokumenty potwierdzające uregulowania formalne pomiędzy członkami konsorcjum. Uszczegółowienie tych wyjaśnień, podanie konkretnych przykładów tych działań powinien dać Zamawiającemu materiał niezbędny do oceny charakteru nabytego doświadczenia.

Podsumował, że przedłożone dotychczas wyjaśnienia/dokumentacja nie dają podstaw do rzetelnej oceny doświadczenia nabytego przez POLWAR S.A. i budzą wątpliwości co do możliwości legitymowania się wymaganym doświadczeniem.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający zwrócił się z prośbą o uszczegółowienie wyjaśnień w zakresie rzeczywistego udziału POLWAR S.A. z siedzibą w Gdańsku, w realizacji wykazywanego zadania.

W odpowiedzi Przystępującego z dnia 1 czerwca 2021 r. na powyższe wezwanie przyznał on, że nie doszło do rzeczowego lub faktycznego podziału prac w zakresie wyżej wymienionej inwestycji i nie doszło do podziału przedmiotu prac na wybrane segmenty (zakresy).

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy między innymi na podstawie powyższych ustaleń faktycznych, Izba uznała za zasadny zarzut ostrożnościowy podniesiony przez Odwołującego opierający się o przepis art.26 ust.3 ustawy Pzp w związku z art.22a ust.6 ustawy Pzp.

Natomiast, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.24 ust.1 pkt 12 należało uznać za przedwczesny z racji dania prymatu przez ustawodawcę normie, o której mowa w przywoływanym już art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Nie potwierdził się również zarzut odwołania oparty o przepisy art.24 ust.1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

pkt 16) 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, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

pkt 17) 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.

Według zapatrywania Izby - do zastosowania powyższych przepisów konieczne jest łączne wykazanie wszystkich określonych w nich przesłanek, czego Odwołujący nie uczynił.

Wydaje się, że Przystępujący przedstawiając wykaz wraz z referencją wskazującą na istnienie konsorcjum: Polwar S.A. i Want sp. z o.o. podał tę informację zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy.

Natomiast, inną kwestią jest już sama ocena Przystępującego udziału tych wykonawców w faktycznej realizacji zamówienia, co nie jest równoznaczne z kierunkowym zamiarem czy lekkomyślnością (niedbalstwem) przedstawienia wprowadzających w błąd informacji.

Z całokształtu materiału dowodowego dobitnie wynika, że Zamawiający prowadził w zakresie ustaleń co do faktycznego udziału tych konsorcjantów autonomiczne postępowanie wyjaśniające, świadczące o przemyślanych decyzjach Zamawiającego.

Ostateczna jednak ocena tych wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego była – zdaniem Izby – błędna, co nie oznacza, że istniały nieprawdziwe oświadczenia przedłożone przez Przystępującego odnośnie faktycznego udziału Polwar S.A. w realizacji zamówienia.

Przystępujący mógł pozostawać w przekonaniu, że Polwar S.A. legitymując się dokumentami formalnymi potwierdzającymi jego udział w realizacji zadania, faktycznie je wykonywał.

Dokonując oceny zarzutu naruszenia art.26 ust.3 ustawy Pzp Izba uznała go za uzasadniony, bowiem żadna z osób wskazanych przez Przystępującego (dowód Przystępującego: oświadczenie Polwar S.A.- lista pracowników Polwar S.A. biorących udział w realizacji robót) na liście osób nie jest wymieniona w dokumentach potwierdzających realizację konkretnych czynności na kontrakcie (dowody Odwołującego: 20 załączników wraz ze wskazaniem osób wykonujących poszczególne zadania i dane czynności w wymienionych złożonych dokumentach, to jest w umowie z dnia 25 kwietnia 2021 r., w protokołach, w oświadczeniach, w Dzienniku Budowy, w raporcie, wystąpieniu wykonawcy, projekcie i programie, kosztorysie wykonawczym dla zadania, oświadczenie KSH Steel sp. z o.o. z dnia

12 lipca 2021 r.), a to potwierdza okoliczność braku faktycznego udziału proponowanego podwykonawcy w realizacji zadania referencyjnego.

Natomiast, Przystępujący przedłożył jedynie powyższe oświadczenia Polwar S.A. i dokumenty natury prawnej (porozumienie, umowę wykonawczą), nie wykazał jednak w żaden sposób jakie czynności faktyczne przy realizacji umowy referencyjnej Polwar S.A. wykonywał.

W związku z tym Izba stanęła na stanowisku, że miażdżące dowody Odwołującego potwierdzają, że czynności faktyczne na kontrakcie w Bydgoszczy wykonywał Want sp. z o.o. lub inne osoby, co do których Przystępujący w ogóle się nie odniósł na rozprawie.

W takim wypadku Zamawiający był zobowiązany do zastosowania przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp, stosownie do którego, 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.

Jednocześnie Zamawiający nie mając dostatecznego dowodu wykazującego faktyczny udział Polwar S.A. w realizacji inwestycji powinien na zasadzie art.22a ust.6 ustawy Pzp skorzystać z tego przepisu, zgodnie z którym jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykáže zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Powyższego poglądu Izby nie zmieniło stanowisko Zamawiającego wynikające z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1350/19 i KIO 1354/21, jako, że został on wydany na tle innego stanu faktycznego.

Przedewszystkim w rozpoznawczej sprawie w ogóle nie ma materiału dowodowego świadczącego o takim czy innym procentowym udziale w faktycznym wykonaniu zadania przez danego konsorcjanta.

W sprawie tej zaś Przystępujący nie był w stanie w żaden sposób udowodnić i wykazać jaki był jego faktyczny udział w realizacji zamówienia referencyjnego, a wprost przyznał on, że nie doszło do faktycznego podziału prac, co może wskazywać jedynie, że nie ma on wiedzy w tym zakresie jak był realizowany w istocie kontrakt.

Jeżeli nie miał takiej wiedzy, to również doświadczenie podmiotu, który je deklaruje wydaje się iluzoryczne i służy jedynie formalnemu wykazaniu spełnienia warunku, lecz nie dowodzi posiadania zdobytego faktycznie na referencyjnym zamówieniu doświadczenia i wiedzy.

Wobec tego Izba uznała, że Zamawiający naruszył przepis cyt. wyżej art.26 ust.3 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zwanej dalej ustawą Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....

.....

.....