

WYROK
z dnia 28 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2020 r. przez Odwołującego – **STECOL CORPORATION**, No. 2 Rongyuan Road, Tianjin (Chińska Republika Ludowa)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu i na rzecz, którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa

przy udziale

Wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

Wykonawcy **Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna**, ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność z dnia 27 sierpnia 2020r. polegającą na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i nakazuje powtórzyć czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23.934,00 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia trzy tysiące dziewięćset trzydzieści cztery złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania, wynagrodzeniem pełnomocnika oraz kosztami noclegu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2214/20

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu, którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie na *projekt i budowa autostrady A2 Warszawa – Kukuryki na odc. w. „Ryczołek” (koniec obwodnicy Mińska Maz.) – Siedlce, odc. IV od w. „Groszki” (bez węzła) do w. „Gręzów” (bez węzła) o dł. około 12,89 km.* (nr postępowania: GDDKiA.O.WA.D-3.2410.58.2019), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27.09.2019r., 2019/S 184-453498, wobec czynności wykluczenia z postępowania Wykonawca STECOL CORPORATION, wniósł w dniu 7 września 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2214/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp (w tym również w zw. z art. 22d. ust. 2 i 3 Pzp) poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 24 ust. 5 pkt 2 w zw. z art. 7 Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i bezzasadne uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, pomimo, że w stosunku do Odwołującego nie zaistniały przesłanki wykluczenia określone w tym przepisie, tj. przy realizacji zamówienia pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S14 Zachodniej Obwodnicy w Łodzi Zad. B – Odcinek II węzeł „Łódź Teofilów (bez węzła) – DK91 w m. Słowik, nie doszło do zawinionego, poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, które mogłyby podważać uczciwość wykonawcy;
3. art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie polegające na przedstawieniu uzasadnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania uniemożliwiającego stwierdzenie powodów, z uwagi na które Odwołujący został uznany za wykluczonego z Postępowania w odniesieniu do każdej z podstaw prawnych przywołanych przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, nakazanie ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyniku postępowania (wyborze oferty najkorzystniejszej) w dniu 27.08.2020 r. drogą elektroniczną.

Uzasadnienie zarzutów.

Czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, w tym również w zw. z art. 22d ust. 2 i 3 Pzp dokonana została z rażącym naruszeniem przepisów. Zamawiający nie wskazał, którego z warunków udziału w postępowaniu Odwołujący nie spełnia z uwagi na rzekome zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych w inne przedsięwzięcia gospodarcze. Przywołane okoliczności faktyczne nie mają jakiegokolwiek związku z warunkami udziału w postępowaniu określonymi w pkt 7 IDW i są nimi: brak podania wyczerpującej informacji na temat podwykonawców; niedysponowanie potencjałem technicznym, który mógłby być użyty do realizacji zamówienia (gdyż cały sprzęt zamierza pozyskać w przyszłości); nieujawnienie źródła zaopatrzenia w kruszywa; nieprzedstawienie organizacji robót, niewskazanie jak zamierza Odwołujący pozyskać zasoby kadrowe.

Podwykonawcy.

Zamawiający uznał, iż wyjaśnienia składane w odpowiedzi na wezwania przedstawiają informacje świadczące o braku starannego, profesjonalnego przygotowania do realizacji zamówienia, gdyż Odwołujący nie potrafi wskazać podwykonawców, chociaż zadeklarował, że wszystkie roboty niezastrzeżone do osobistego wykonania zamierza podzlecić podwykonawcom. Ustawa nie nakłada obowiązku podania w ofercie wszystkich podwykonawców (poza tym, którzy udostępniają potencjał na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu), zaś sama informacja o podwykonawcach nie ma żadnego związku, z którymkolwiek z warunków udziału w postępowaniu określonym w art. 22 ust. 1b Pzp. Zgodnie z żądaniem Zamawiającego (pkt 5.6 lit. c) IDW) Odwołujący wypełni część II sekcja D JEDZ podając, o ile jest wiadome, firmy podwykonawców. Brak podania wyczerpującej listy podwykonawców nie może być traktowane w zakresie badania kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, jako okoliczność dyskwalifikująca. Okoliczność ta nie ma wpływ również pod kątem merytorycznym, gdyż wykonawca w ramach wykonania I Kamienia Milowego powinien zaprojektować roboty i złożyć do wojewody wnioski o wydanie zezwolenia na realizację inwestycji drogowej („ZRID”), na co ma termin 10 miesięcy od Daty Rozpoczęcia. Jest to zatem dostatecznie długi okres czasu pozwalający na zakontraktowanie podwykonawców. Ponieważ dopiero po zaakceptowaniu dokumentacji projektowej zostaną ustalone określone rozwiązania techniczne i technologiczne, wykonawca będzie mógł dobrać znaczną część podwykonawców.

Potencjał techniczny

Zamawiający zarzucił, iż Odwołujący nie dysponuje żadnym potencjałem technicznym, który mógłby służyć do realizacji zamówienia, gdyż cały sprzęt zamierza pozyskać w przyszłości.

Okoliczność ta nie może stanowić podstawy do wykluczenia z postępowania, gdyż Zamawiający nie sformułował w tym zakresie warunku, którym określałby wymaganą ilość jednostek sprzętu, maszyn budowlanych, jakimi wykonawca miał dysponować składając ofertę. Odwołujący dysponuje zasobami finansowymi zdecydowanie przewyższającymi wymagania siwz, co pozwoli na szybkie zakupienie sprzętu lub pozyskanie go na podstawie tytułów obligacyjnych w okresie przewidzianym na I Kamień Miłowy.

Źródła zaopatrzenia w kruszywa.

Zamawiający wskazał w uzasadnieniu wykluczenia, iż Odwołujący nie zna lub nie chce ujawnić źródeł zaopatrzenia w kluczowe materiały, jak kruszywa do wytworzenia mieszanek bitumicznych czy betonów konstrukcyjnych. Zamawiający w ramach warunków nie zamierzał weryfikować systemu zarządzania łańcuchem dostaw. Okres konieczny na uzyskanie decyzji ZRID (ponad roczny licząc od dnia zawarcia Kontraktu) pozwoli na zakontraktowanie kruszywa lub rozpoczęcie ich samodzielnego wydobycia.

Organizacja robót.

Zamawiający pytał o rozwiązania organizacyjne w zakresie dostępności zasobów kadrowych, sprzętowych, zaś Odwołujący w odpowiedzi wskazał, że „na obecnym etapie nie jest możliwe przedstawienie szczegółowego sposobu organizacji robót”. Ma to, w ocenie Zamawiającego świadczyć o rzekomym braku rozpoznania przez wykonawcę sytuacji na rynku, jak również nierzetelnym skalkulowaniu ceny z uwagi na brak uwzględnienie w niej wymaganego i niezbędnego do prawidłowej realizacji umowy sprzętu, personelu oraz materiałów. Uzasadnienie to nie ma związku z żadnym z warunków udziału w postępowaniu i jest sprzeczne z siwz. Opis organizacji robót wymagany jest dopiero na etapie realizacji Kontraktu i to po uzyskaniu ZRID (subklauzula 8.3 [Program] – ppkt a i b).

Zasoby ludzkie.

Zamawiający wskazał na trudności, jakie Wykonawca miałby mieć w pozyskaniu zasobów ludzkich i podaje w wątpliwość wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie. Jednocześnie Zamawiający nie kwestionuje spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2 ppkt 3 lit. b) 1) IDW dotyczącego wymagań, jakie spełniać ma osoba pełniąca funkcję Kierownika Budowy. Zamawiający nie określił innych wymagań wobec osób przewidzianych do realizacji zamówienia. Wykluczając wykonawcę z postępowania Zamawiający nie sprecyzował, który warunek udziału w postępowaniu nie został spełniony w związku z faktem, iż Odwołujący nie wskazuje jak zamierza pozyskać zasoby ludzkie. Zamawiający w sposób błędny wnioskuje z faktu wskazania tej samej osoby do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, która obecnie została Doradcą Dyrektora Kontraktu S14, że wykonawca ma problemy z pozyskaniem nowych i doświadczonych zasobów

kadrowych. Funkcja Doradcy Dyrektora Kontraktu w ramach realizacji zadania S14 nie była wskazana w siwz dla tego kontraktu jako kluczowy personel, ani jako członek personelu ocenianego w ramach warunków udziału w postępowaniu na etapie przetargu poprzedzającego zawarcie tego kontraktu. Jest to funkcja pomocnicza, a zatem przeniesienie tego eksperta do realizacji zadania A2 nie narusza żadnych obowiązków umownych. Taka zmiana pozwoli przypisać tą osobę (pracownika) do konkretnego przedsięwzięcia inwestycyjnego, w ramach którego będzie pełnił kluczową funkcję Kierownika Budowy.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 Ustawy Pzp Zamawiający z naruszeniem Ustawy dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania. Zamawiający nie wykazał, iż stawiane rzekome zarzuty na kontrakcie S14 mają jakikolwiek wpływ na wykonanie zadania w zakresie Ceny Kontraktowej, Czasu na Ukończenie i świadczą o nienależyтым wykonaniu umowy. Kontrakt S14 jest realizowany, nie zostały naliczone kary umowne, nie doszło do zwiększenia ceny, jak również nie wystąpiły okoliczności, które miałyby wpływ na czas realizacji zamówienia. Odwołujący odniósł się do wszystkich okoliczności wskazanych przez Zamawiającego.

I tak w odniesieniu do przestrzegania terminów kontraktowych, dotyczących procedowania programu dla etapu prac projektowych wykonawca każdorazowo odnosił się do uwag inżyniera i niejednokrotnie uwagi te były niezasadne, co wydłużało proces przygotowania dokumentu i ostatecznie inżynier przyznawał rację Odwołującemu. Zamawiający nie wykazał, aby proces uzgadniania powodował problemy z terminowym realizowaniem kontraktu i wymuszał ponadstandardowe działania Zamawiającego. Nie wykazał jaki termin istotny dla realizacji kontraktu (np. Kamień Milowy) został naruszony, jak również jakie ponadstandardowe działania musiał podjąć. Obowiązek uzgodnienia z Zamawiającym Programu dla etapu prac projektowych jest obowiązkiem o charakterze pomocniczym, niestanowiącym istoty zobowiązania i nie może wypełniać przesłanki poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, tj. kluczowych obowiązków kontraktowych i to w stopniu rażącym. Zastrzeżenia inżyniera do Programu Robót dotyczą wyłącznie tych robót, które będą wynikały z uzyskania decyzji ZRID wydanej przez organ I instancji, a takich robót Odwołujący nie wykonuje jeszcze w ramach inwestycji S14.

W odniesieniu do braku wykonania inwentaryzacji przeglądu zerowego, czy też dokumentacji fotograficznej, Odwołujący zaprzecza tym zarzutom. Zamawiający nie wykazał, aby taka inwentaryzacja, czy dokumentacja fotograficzna, nie została wykonana przed uruchomieniem transportu budowy. Na S14 nie zdarzył się przypadek, aby transport drogowy był wykonywany przed wykonaniem inwentaryzacji, czy dokumentacji fotograficznej.

Co do braku porozumień z zarządcami dróg gminnych Zamawiający nie wskazał, jakim to warunkom kontraktowym Odwołujący nie sprostął, a informacje dotyczące Gminy Zgierz są nieprawdziwe. Wykonawca otrzymał zgody na korzystanie z dróg wydane w dniach 20.12.2019r. oraz 13.01.2020r. Procedura uzyskania Porozumienia uległa wydłużeniu, gdyż organy stawiały niemożliwe do zaakceptowania warunki żądając jako zabezpieczenia wniesienia w pieniądzu kwoty 5 mln. złotych za użytkowanie około 500 m drogi asfaltowej i 1,7 km drogi gruntowej, nie dopuszczając możliwości wniesienia zabezpieczenia w formie gwarancji. Negocjacji w tym zakresie nie można uznać za nienależyte wykonywanie umowy. Zamawiający nie wykazał, aby wykonawca rozpoczął prowadzenie robót budowlanych i korzystał z dróg, co do których nie uzyskał stosownych porozumień.

W odniesieniu do terminu sporządzenia inwentaryzacji istniejącej zabudowy, Odwołujący nie zaprzecza, że inwentaryzacja nie została złożona w ciągu 30 dni od podpisania Umowy. Wskazuje jednak na funkcjonowanie w dokumentacji dwóch dat wykonania takiej inwentaryzacji, tj. przed rozpoczęciem robót budowlanych oraz w ciągu 30 dni od podpisania Umowy. Żadne roboty nie zostały rozpoczęte przed wydaniem stosownej inwentaryzacji. Zamawiający nie wykazał szkody, jaką miał ponieść, a świadczenie to traktuje jako poboczne, nieprzesądające o istocie zobowiązania wykonawcy robót.

Odnosząc się do kwestii PZJ i STWiOR Zamawiający nie wskazał, aby były one wadliwe. Jedynym zarzutem jaki stawia jest okoliczność, że dokumentów tych nie opracował i nie podpisał Odwołujący. Ponieważ prace projektowe dot. projektu budowlanego (na podstawie którego sporządza się STWiOR) trwały do czerwca 2020r., zarzut Zamawiającego jest bezzasadny. PZJ został przekazany 12.09.2019r., a fakt, że były zgłaszane do niego uwagi nie przesądza o nienależytym wykonaniu warunków kontraktowych. Odwołujący zaprzecza, aby wystąpiło opóźnienie w realizacji inwestycji (czego Zamawiający nie wskazuje). Ponadto, obowiązek ten ma charakter pomocniczy i nie przesądza o istocie zobowiązania. Nigdy nie doszło do wykonania robót sprzecznych z wymaganiami PFU oraz ST.

Odnosząc się do prac polegających na usunięciu drzew i krzewów oraz braku złożenia Projektu Gospodarki Zielenią Odwołujący wskazuje, że jego stanowisko w przedmiocie Projektu zostało uznane przez inżyniera, który początkowo zgłaszał uwagi. W przypadku wycinki wykonanej na podstawie przekazanej przez Zamawiającego decyzji ZRID jedyną nieprawidłowością było to, że dokonał jej wykonawca, a powinno wykonać PGL Lasy Państwowe. Zostało to wyjaśnione a na ogólną ilość 56.285 szt. drzew, 378.643 m² krzewów oraz pow. 98,99 ha zadrzewień, Wykonawca omyłkowo wyciął sumarycznie 30 szt. krzewów, co zostało naprawione poprzez zawarcie ugody z właścicielem.

Brak tłumaczy dot. początkowej fazy realizacji, a Zamawiający nie wykazał, jakie miałyby to rodzić problemy we współpracy z wykonawcą.

Kwestia schematu organizacyjnego nie ma oparcia w postanowieniach kontraktowych, w których Zamawiający nie określił wymagań co do treści tego dokumentu. Zamawiający nie wykazał, jaki osób miało brakować na kontrakcie.

Kwestia podwykonawców i braku przekazania stosownych umów nie prowadziła do naliczenia kar umownych, co dowodzi braku naruszenia obowiązków kontraktowych. Ponadto inżynier poświadczył (dowód nr 7), że w zakresie wskazanych firm nie doszło do naruszenia postanowień umownych, gdyż żadna z tych umów na dzień stwierdzenia rzekomych nieprawidłowości nie przekracza wartości 50 tys złotych, co zgodnie z postanowieniami subklauzuli 4.4 ust. 8 SWK nie powodowało obowiązku zgłoszenia takich umów. Wykonawca nigdy nie zawarł umowy podwykonawczej z Mosty Łódź S.A. Był on wprawdzie wskazany w ofercie, jako udostępniający zasoby, ale Odwołujący równocześnie samodzielnie spełniał warunki udziału w postępowaniu i jest zdolny do realizacji zamówienia i nie było konieczności zawierania takiej umowy. Zamawiający całkowicie pominął wyjaśnienia jakie w tym zakresie Odwołujący składał.

Odnosnie Planów płatności Odwołujący wskazał, że już w Programie prac projektowych (wysłany 12.09.2019r.) zostały ujęte płatności w okresie projektowym. Plan płatności stanowi odzwierciedlenie postanowień Programu, a zatem Zamawiający nie miał żadnych problemów z ustaleniem płatności. Opóźnienia w przekazywaniu Planu płatności dotyczyły tylko początkowych miesięcy realizacji (dotyczyły kilku dni), a od grudnia 2019r. Plany były przekazywane w terminie.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Zamawiający miał zgodnie z art. 22d ust. 2 Pzp uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Na podstawie analizy informacji przekazanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi (załączonych do pisma zawiadamiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania) Zamawiający uznał, iż potwierdzają one, że w chwili obecnej wykonawca nie posiada potencjału pozwalającego na wykonanie zamówienia. Analiza tych dokumentów ma potwierdzać, iż wykonawca nie posiada wystarczających zasobów technicznych oraz zawodowych niezbędnych do realizacji drogi ekspresowej S14, co ma wskazywać, iż nie będzie dysponował tymi zasobami przy realizacji obecnego zamówienia. W ocenie Zamawiającego potwierdza to, że Odwołujący jest nierzetelny i nie sprosta realizacji umowy,

jak również nie posiada wymaganych zdolności do realizacji zamówienia. Zamawiający podkreślił, że to na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a zamawiający jest zobowiązany do zbadania, czy nie zachodzi podstawa wykluczenia wykonawcy. Zamawiający wskazał na nieskuteczność wyjaśnień pomimo wielokrotnych wezwań, którymi wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 2 ustawy Pzp).

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp Zamawiający ustalił, iż Odwołujący w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa, przy realizacji drogi ekspresowej S14 poważnie naruszył swoje obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość. Zamawiający odniósł się do każdej z okoliczności wskazanej w odwołaniu. W odniesieniu do Programu dla etapu prac projektowych subklauzuli 8.3 wskazany został termin do jego przedłożenia inżynierowi kontraktu, który nie został przez wykonawcę dotrzymany. Ponieważ dokument ten pozwala na monitorowanie przebiegu realizacji kontraktu, na podstawie tego dokumentu określa się stopień zaawansowania robót, mobilizację zasobów ludzkich i sprzętowych, a w szczególności ich wpływ na opóźnienia robót. Podobnie wykonawca nie dotrzymał terminu 30 dni od podpisania umowy na wykonanie inwentaryzacji stanu istniejącej zabudowy zlokalizowanej w bezpośrednim sąsiedztwie pasa drogowego oraz planowanych dróg dojazdowych do placu budowy (pkt 1.5.8 specyfikacji DM 000000). Dalej zamawiający wskazał, iż wykonawca przedłożył inżynierowi kontraktu materiały (STWiORB), które sam otrzymał od zamawiającego na etapie postępowania przetargowego. Powinny być one co najmniej zweryfikowane i uaktualnione do obowiązujących warunków kontraktu i podpisane przez wykonawcę. Wykonawca nie był uprawniony do wycinki drzew, których właścicielem są Lasy Państwowe oraz wycinki na prywatnej działce. Fakt naprawienia szkody nie ma znaczenia, gdyż wykonawca nie miał innego wyjścia. Wykonawca w sposób nieuprawniony pomniejsza znaczenie obowiązku zapewnienia tłumacza, którego brak może prowadzić do nieporozumień i niepotrzebnych perturbacji na Kontrakcie. Odnośnie zgłoszenia umów podwykonawczych Zamawiający przyznał, iż na wartość umów nie przekroczył 50 tys. zł., co nie oznacza, że nie zostanie ona zwiększona i przekroczy wskazany w subklauzuli 4.4. ust. 8 pułap. Zamawiający z doświadczenia wie, że to z pewnością nastąpi, a tym samym obowiązek wskazany w przedmiotowej subklauzuli powinien być spełniony. Wykonawca powinien również wypełnić obowiązek dotyczący składania w terminie planu płatności (subklauzula 14.4). Ilość oraz waga naruszonych przez wykonawcę obowiązków kontraktowych przy realizacji drogi ekspresowej S14, a także ich regularność świadczą o jego rażącym niedbalstwie i zawinionym, poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych, co podważa jego uczciwość.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ odwołaniem objęto czynności wpływające bezpośrednio na sytuację Wykonawcy w postępowaniu, złożone odwołanie prowadzić może do uchylenia negatywnych skutków decyzji Zamawiającego o wykluczeniu z postępowania. W świetle powyższego Izba uznała, iż Odwołujący ma interes w tym, aby kwestionować prawidłowość czynności oceny jego zdolności do wykonania zamówienia oraz rzetelności i uczciwości. W tym stanie rzeczy spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w tym treść siwz, oferty Odwołującego oraz wyjaśnień, Izba ustaliła stan faktyczny sprawy w zakresie objętym zarzutami.

Zamawiający w dniu 27.08.2020r. wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22d ust. 2 i 3 oraz na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, którą to decyzję poprzedzało badanie zdolności Wykonawcy do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Odnosnie podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 2 i 3 ustawy Pzp Zamawiający odwołał się do wyjaśnień Odwołującego z dnia 22.01.2020r., 13.02.2020r., 14.02.2020r., 28.02.2020r., 10.06.2020r. składanych na wezwania kierowane przez Zamawiającego. Zamawiający uznał, iż informacje przedstawione w wyjaśnieniach świadczą o braku starannego, profesjonalnego przygotowania do realizacji zamówienia. Wykonawca nie potrafił wskazać podwykonawców choć zadeklarował, że wszystkie roboty nie zastrzeżone do osobistego wykonania zamierza podzlecić podwykonawcom. Ponieważ obecna sytuacja na rynku nie pozwala na szybkie znalezienie podwykonawców, co wymaga podejmowania działań z dużym wyprzedzeniem. Tymczasem wobec Odwołującego Zamawiający powziął informacje, które miały wskazywać, iż w odniesieniu do rzetelności,

kwalifikacji, efektywności i doświadczenia Wykonawca nie zapewni należytego wykonania zamówienia. Zamawiający wskazał, iż *Wykonawca nie dysponuje żadnym potencjałem technicznym, który mógłby być użyty do realizacji zamówienia (gdyż cały sprzęt zamierza pozyskać w przyszłości)*. *Wykonawca nie znalazł lub nie chce ujawnić źródeł zaopatrzenia w kluczowe materiały, jak kruszywa do wytworzenia mieszanek bitumicznych czy betonów konstrukcyjnych. Zakontraktowanie z odpowiednim wyprzedzeniem dostaw kruszywa spełniających wymogi co do jakości i posiadających właściwe certyfikaty, gwarantuje sukces terminowej realizacji inwestycji*. W wyjaśnieniach Wykonawca miał jedynie deklarować, że w najbliższym czasie zamierza poczynić kroki, które to deklaracje nie gwarantują należytego wykonania umowy. Ma to świadczyć o braku wiarygodności Wykonawcy i rodzić uzasadnione obawy Zamawiającego przed powierzeniem Mu realizacji inwestycji. Zamawiający odniósł się również do dostępności zasobów kadrowych i sprzętowych. W wyjaśnieniach z dnia 19.06.2020r. Wykonawca wskazywał, że „na obecnym etapie nie jest możliwe przedstawienie szczegółowego sposobu organizacji robót”. Świadczyć ma to o braku rozpoznania przez Wykonawcę sytuacji na rynku, nierzetelnym skalkulowaniu ceny oferty z uwagi na prawdopodobne nie uwzględnienie w niej wymaganego i niezbędnego do prawidłowej realizacji umowy sprzętu, personelu oraz materiałów. Wykonawca posiada niewielkie ilości sprzętu własnego, wśród którego nie ma sprzętu, który musi posiadać w celu wykonania zakresu zastrzeżonego do osobistego wykonania przez Wykonawcę (np. wytwórnia mas bitumicznych, rozściełacze, równiarki, walce). Wykonawca jedynie wskazał, że „jest w trakcie negocjacji dotyczących kolejnych zakupów sprzętowych”.

*Zamawiający na podstawie innego realizowanego przez wykonawcę zadania tj. S14 (...) posiada wiedzę (...), że wykonawca w dalszym ciągu **tylko** planuje pozyskanie wymaganego sprzętu natomiast jego starania nie są zadawalające (np. Wykonawca w styczniu 2020r. zadeklarował zakup 7 jednostek sprzętowych a z posiadanych informacji do maja 2020r. udało mu się pozyskać 3 jednostki sprzętowe) co świadczy o niedostatecznym przygotowaniu wykonawcy.*

W zakresie Zorbów ludzkich planowanych do zatrudnienia w celu realizacji Kontraktu Wykonawca wskazuje jakie zasoby przewiduje, ale nie wskazuje jak te zasoby zamierza pozyskać, co przy obecnych trudnościach ze znalezieniem odpowiednio wykwalifikowanej kadry poddaje w wątpliwość wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie. I tak wskazanie w przedmiotowym postępowaniu do pełnienia funkcji kierownika Budowy Pana A. N., który na kontrakcie S14, realizowanym przez Wykonawcę obecnie został Doradcą Dyrektora Kontraktu, a wcześniej pełnił funkcję Zastępcy Dyrektora Kontraktu świadczy, że wykonawca ma problemy z pozyskaniem nowych i doświadczonych zasobów kadrowych. Powyższe okoliczności wskazują, że Wykonawca zamierza oprzeć realizację kolejnych zadań na tej

samem kadrze, którą wykorzystuje już do realizacji innych zadań. Zamawiający powołał się na raport z badania sektora budowlanego 2019 wskazującego na problemy związane z pozyskiwaniem nowych i/lub odpływem już zatrudnionych pracowników, przede wszystkim specjalistów i pracowników niewykwalifikowanych.

Zamawiający wskazał, że Wykonawca nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił, że podjęcie się realizacji tak istotnej i specyficznej inwestycji, jaką jest przedmiotowe zamówienie, zostało poprzedzone przez Wykonawcę szeregiem działań i przygotowań związanych z zapewnieniem odpowiedniego zaplecza kadrowego, sprzętowego, bazy podwykonawców, strategii logistycznej, mających niewątpliwie kluczowe znaczenie dla prawidłowej i terminowej realizacji przedmiotu zamówienia.

(...) Analiza dotychczasowej współpracy wykonawcy z Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, pozwoliła na ustalenie, że na kontrakcie w Łodzi wykonawca nie posiada wystarczających zasobów kadrowych i sprzętowych gdzie jeszcze po 6 miesiącach od podpisania umowy Inżynier Kontraktu nadal wskazywał Wykonawcy uchybienia w schemacie organizacyjnym Wykonawcy(...). Wykonawca w sumie trzykrotnie zmieniał osobę na stanowisku kierownika budowy, która jest kluczowa w procesie budowy. Wykonawca z opóźnieniem zatrudniał kolejny personel m.in. technologa czy rozliczeniowca (...). **Zestawienia zaangażowania przez wykonawcę zasobów kadrowych i sprzętowych w Łodzi z potencjałem wymaganym dla realizacji podobnych inwestycji gdzie firma poza kadrą musi pozyskać odpowiedni sprzęt pokazuje, że na obecnym etapie Wykonawca nie ma zdolności do realizacji zamówienia.**

Warunki umowy na S14 jak i w przedmiotowym postępowaniu nakładają na wykonawcę obowiązek osobistego wykonania kluczowej części zamówienia w zakresie nawierzchni bitumicznej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem mieszanek bitumicznych oraz pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni. Wykonawca bez swojego parku maszynowego, będzie musiał na nowym rynku znaleźć dostawców sprzętu i liczyć się z ryzykiem realizacji takich zamówień w obecnej sytuacji na rynku. Wszystkie powyższe przesłanki mogą wpłynąć na zdolności logistyczno-operacyjne wykonawcy i mają odzwierciedlenie w problemach na wspomnianej wyżej inwestycji dla Oddziału w Łodzi i utwierdzają zamawiającego w przekonaniu, że wykonawca jest nierzetelny i nie sprosta realizacji umowy.

Odnosnie podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający wskazał na problemy, jakie wykonawca ma na kontrakcie S14, które świadczą o zawinionym poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych, co podważa jego uczciwość. Informacje przekazane z Oddziału GDDKiA w Łodzi wskazywać miały na słabą znajomość warunków kontraktu, niską jakość projektów i nagminne niedotrzymywanie terminów. Zamawiający

wskazał na uwagi zgłaszane przez inżyniera kontraktu co do dokumentacji (Program) do których wykonawca odnosił się z opóźnieniem, brak przekazywania informacji o podwykonawcach działających na kontrakcie, problemy w koordynacji prac w zakresie opracowania projektów czasowych organizacji ruchu i porozumiewaniu się z zarządcami dróg publicznych. Działania wykonawcy miały doprowadzić do opóźnienia w opracowaniu Programu dla etapu prac projektowych, co rodziło problemy w terminowym realizowaniu kontraktu i wymuszało ponadstandardowe działania ze strony zamawiającego. Wykonawca miał nie wykonać w terminie inwentaryzacji „przeгляdu zerowego” oraz inwentaryzacji istniejącej zabudowy, dokumentacji fotograficznej dróg. Bez uzgodnienia z Gminą Zgierz porozumienia co do korzystania z dróg rozpoczął prowadzenie robót budowlanych. Wykonawca złożył dokumenty PZJ i STWiORB, których nie opracował i nie podpisał. Nie wykonał prac przygotowawczych do wycinki drzew, jak również nienależycie nadzorował jej przebieg, co doprowadziło do wycinki drzew na działkach poza pasem drogowym, tj. na terenie Lasów Państwowych i na terenie działki prywatnej. Ponadto nie zapewnił tłumaczy w czasie spotkań w biurze kierownika projektu, nie przedłożył i nie uzyskał zatwierdzenia schematu organizacyjnego w terminie. Uchybiał terminowi na złożenie planu płatności do 5 dnia każdego miesiąca. Wszystkie te okoliczności miały podważać wiarygodność zawodową wykonawcy i świadczyć o poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych na kontrakcie S14, co podważa jego uczciwość. Naruszenia obowiązków kontraktowych miały mieć charakter uporczywy i ciągły, a ich suma przesądza, że stanowią one wykroczenie zawodowe, któremu jednocześnie można przypisać charakter poważny, zawoniony i podważający uczciwość wykonawcy.

Zamawiający w siwz (tom IDW) w pkt 5.6 wskazał:

PODWYKONAWSTWO I CZĘŚCI KLUCZOWE ZAMÓWIENIA:

- a) *Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj. nawierzchnię bitumiczną, łącznie z wytworzeniem (co najmniej 80% ilości) i wbudowaniem mieszanek bitumicznych oraz pozostałe warstwy konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług.*
- b) *Wykonawca może powierzyć wykonanie pozostałych (niezastrzeżonych w pkt. a) jako kluczowych) części zamówienia podwykonawcy.*
- c) *Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę części zamówienia (niekluczowych), których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez Wykonawcę firm podwykonawców, zgodnie z pkt 10.10 IDW.*
- d) *W odniesieniu do kluczowych części zamówienia zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, Wykonawca nie może powoływać się na*

zdolności innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

7.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają określone przez zamawiającego warunki **udziału w postępowaniu**.

7.2. **O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:**

1) **kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów:**

„Nie dotyczy”

2) **sytuacji ekonomicznej lub finansowej:**

Wykonawca musi wykazać:

a) Średni roczny przychód za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres (na podstawie „Rachunku zysków i strat” pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”) w wysokości nie mniejszej niż 190 000 000,00 PLN.

b) Posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 47 000 000,00 PLN.

Wartości podane w dokumentach w walutach innych niż wskazane przez Zamawiającego należy przeliczyć:

- dla „przychodu” według średniego kursu NBP na dzień zakończenia roku obrotowego,
- dla posiadanych „środków finansowych/zdolności kredytowej” wg średniego kursu NBP na dzień wystawienia dokumentu.

3) **zdolności technicznej lub zawodowej:**

a) **Wykonawcy:**

Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert/wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, 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. **S** o wartości robót co najmniej 200 000 000,00 PLN **netto**

b) 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla **klasy A** i długości całkowitej obiektu co najmniej **50 m** mierzonyj pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu,

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. z 2016, poz. 1440 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 Świadczenia 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).

b) osób:

Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone.

Wykonawca, na funkcję wymienioną poniżej, wskaże osobę którą musi mieć dostępną na etapie realizacji zamówienia, spełniającą następujące wymagania:

1) osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy

wymagana liczba osób: **1**

Doświadczenie zawodowe:

Minimum 12 miesięcy doświadczenia przy realizacji **1 lub 2 zadań** obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic **klasy min. S** o wartości robót co najmniej 200 000 000,00 PLN **netto każde**, na stanowisku/ stanowiskach:

Kierownika Budowy

lub

Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. **4 km**

lub

Kierownika Robót Mostowych dla co najmniej **1 obiektu** mostowego o obciążeniu dla **klasy A** oraz długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu

lub

Inżyniera Kontraktu

lub

Inżyniera Rezydenta

(...)

7.3. Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że Wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych Wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze Wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Izba zważyła.

Uwzględniając odwołanie w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów Izba uznała, iż decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania została podjęta z naruszeniem zasad

opisanych w siwz (IDW) – w części dotyczącej badania potencjału technicznego i zawodowego wykonawcy. Zamawiający nie wykazał tym samym przesłanek do wykluczenia z postępowania, o jakich mowa w uzasadnieniu prawnym i faktycznym decyzji z dnia 27 sierpnia 2020r.

W zakresie pierwszej z podstaw wskazanych w piśmie, tj. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 2 i 3 Ustawy Zamawiający wniosek o braku odpowiednich zdolności do wykonania zamówienia opierał na informacjach, które miały wskazywać, iż w odniesieniu do rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawca nie zapewni należytego wykonania zamówienia. Zamawiający wprawdzie nie wskazał, aby wykonawca nie spełniał, któregoś z warunków udziału w postępowaniu, to w podstawie prawnej powiązał przesłankę z art. 22d ust. 2 i 3 z art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy. Zamawiający przeanalizował szczegółowo stan inwestycji, jaką obecnie realizuje na jego rzecz Odwołujący (S14), a informacje wskazujące na problemy w dotrzymaniu zobowiązań kontraktowych miały wskazywać na brak wymaganych zdolności i przygotowania zawodowego. Zamawiający min. wskazał, że *Zestawienia zaangażowania przez wykonawcę zasobów kadrowych i sprzętowych w Łodzi z potencjałem wymaganym dla realizacji podobnych inwestycji gdzie firma poza kadrą musi pozyskać odpowiedni sprzęt pokazuje, że na obecnym etapie Wykonawca nie ma zdolności do realizacji zamówienia.* Wskazany fragment obszernego uzasadnienia uwidacznia rzeczywisty wymiar oceny dokonanej przez zamawiającego, która wynikała z nieprawidłowego zrozumienia przesłanki z art. 22d ust. 2 Ustawy. Zamawiający uznał bowiem, iż wskazany przepis pozwala oceniać zdolność wykonawcy szerzej, niż wynika to z formalnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co doprowadziło do stwierdzenia, iż problemy w realizacji innej inwestycji miałyby powtórzyć się na obecnym kontrakcie, a tym samym podważa to zdolność wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający w sposób nieuprawniony przyjął, iż w związku z okolicznościami dotyczącymi umowy zawartej z GDDKiA Oddział w Łodzi na S14 zachodzi podstawa do uznania, iż wykonawca nie dysponuje wymaganymi zasobami. W sprawie zasadniczym było odniesienie się do wykładni przesłanki z art. 22d ust. 2 ustawy w kontekście konieczności wykazania związku pomiędzy wymaganymi w postępowaniu zdolnościami oraz zaangażowaniem zasobów technicznych lub zawodowych w inne przedsięwzięcie, obecnie wykonywane przez Odwołującego, które miałyby mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Zamawiający analizując okoliczności dotyczące umowy na S14 (Oddział GDDKiA w Łodzi) doszedł do przekonania, iż wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, gdyż problemy z jakim spotyka się na innym kontrakcie wskazują na brak odpowiedniego przygotowania, co miałyby mieć przełożenie na realizację zamówienia obecnie procedowanego. Odwołujący natomiast kwestionował możliwość wywodzenia

wniosków o braku wymaganych zdolności, które nie zostały wprost dookreślone w postępowaniu przez Zamawiającego podkreślając, iż spełnia warunki udziału w dotyczące zdolności technicznych lub zawodowych (Zamawiający nie wskazał, aby takich warunków nie spełniał).

Izba uznała, iż dla zastosowania przesłanki z art. 22d ust. 2 Ustawy nie jest wymagane wykazanie, iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co stanowi oddzielną podstawę do wykluczenia z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy). Jednocześnie art. 22d ust. 2 Ustawy pozwala szerzej spojrzeć na wykazany potencjał wykonawcy, co jednak nie oznacza całkowitej dowolności w badaniu wymaganych zdolności. Izba w całości podziela wskazaną przez Przystępującego tezę z wyroku Izby z dnia 3 lutego 2020r. (sygn. akt KIO 105/20), iż *Celem normy określonej art. 22d ust.2 p.z.p. jest zapewnienie realnej dostępności potencjału wykonawcy przy realizacji zamówienia. aby wskazany cel został osiągnięty stosowanie tej normy nie może opierać się na przesłankach formalnych i powodować jakiegokolwiek automatyzmu prowadzącego z jednej strony do bezrefleksyjnego uznania warunków udziału w postępowaniu za spełnione, ale z drugiej strony – do wykluczenia wykonawcy w każdym przypadku ustalenia, że posłużył się on takim samym potencjałem w innym postępowaniu, bez względu na rzeczywisty wpływ takiej sytuacji na dostępność tego potencjału przy realizacji umowy.* Strony prowadziły spór co do rozumienia przepisu, który nie stanowi samodzielnej podstawy do wykluczenia i pozostaje w zbiegu oceną zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia. Koniecznym było zatem odniesienie się do związku, jaki wystąpić musi w relacji do zaangażowania zasobów technicznych lub zawodowych w inne przedsięwzięcia gospodarcze. Zasadnicza teza Zamawiającego, iż nie ma konieczności wykazania związku pomiędzy zasobami zaangażowanymi na innym kontrakcie, a wymaganymi w przedmiotowym postępowaniu była nieprawidłowa. Art. 22d ust. 2 Ustawy ma na celu zweryfikowanie faktycznych zdolności, jakich zamawiający wymaga, co należy odnosić do warunków udziału w postępowaniu. Na taki sam wniosek pozwala analiza wskazanego powyżej orzeczenia, w którym Izba wskazała na ten sam potencjał wykonawcy, co zaangażowany przy innej umowie. Aby takie porównanie było możliwe do przeprowadzenia, potencjał ten musi zostać najpierw przez zamawiającego określony, jako wymagany dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Przyjęcie, iż przepis ten pozwala na badanie „ogólnej” zdolności wykonawcy prowadziłyby do naruszenia zasady przejrzystości postępowania, a zamawiającym pozostawiałoby duże pole do nadużyć, chociażby przez próbę wprowadzenia wymagań, których na etapie ogłoszenia o postępowaniu nie sprecyzował. Nie można przyjąć interpretacji, która prowadziłyby do wypaczenia generalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacji gdy zamawiający nie wymagał konkretnych

zasobów, np. parku maszynowego do wyrobienia mas bitumicznych, bez znaczenia pozostaje analiza zasobów sprzętowych wykonawcy zaangażowanych na potrzeby innego zamówienia. Dla zastosowania przesłanki z art. 22d ust. 2 koniecznym jest zatem ustalenie, czy zdolności techniczne badane w kontekście zaangażowania na innym kontrakcie stanowią jednocześnie wymagany w postępowaniu potencjał pozwalający ocenić zdolność wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia.

Taki związek nie zachodził w odniesieniu do większości okoliczności wskazanych przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał bowiem w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych wykazania się doświadczeniem wykonawcy w realizacji robót referencyjnych oraz osobą spełniającą wytyczne dla pełnienia funkcji kierownika budowy. Nie było w siwz wymagań co do parku maszynowego niezbędnego do wykonania kluczowych elementów zastrzeżonych do osobistego wykonania przez wykonawcę, czy też kluczowego zespołu personelu. Tym samym Zamawiający nie był uprawniony wnioskować o braku właściwego przygotowania zawodowego w kontekście niedostatecznych zasobów kadrowych, czy też sprzętowych. W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu z postępowania Zamawiający często podsumowywał analizowane okoliczności stwierdzeniem, iż wykonawca nie posiada odpowiedniego zaplecza kadrowego, co ma podważać jego wiarygodność i prowadzić do nierzetelnego wykonania przyszłej umowy.

W związku z przedstawioną wykładnią, jedynie w odniesieniu do kierownika budowy Zamawiający mógł dokonać oceny, czy fakt zaangażowania wskazanej osoby w inny kontrakt może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Na wstępie należy przywołać zapis IDW, w którym Zamawiający wskazał w odniesieniu do opisaney funkcji na kontrakcie, iż *Wykonawca, na funkcję wymienioną poniżej, wskaże osobę którą musi mieć dostępną na etapie realizacji zamówienia, spełniającą następujące wymagania*. W sprawie nie budziło sporu to, czy wskazana osoba spełnia wymagania Zamawiającego, lecz to czy fakt jej zaangażowania na kontrakcie S14 może wpływać na realizację przedmiotu umowy. Zamawiający dodatkowo wywodził, iż konieczność przeniesienia osoby z kontraktu S14 oznacza, iż wykonawca ma problemy z pozyskaniem kadry. Odnosząc się do tych wątków Izba uznała, iż Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia braku zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Zamawiający nie wykazał, aby zachodziła uzasadniona podstawa do uznania, iż wskazana osoba nie będzie mogła uczestniczyć w pracach, gdyż jego obecna funkcja na kontrakcie S14 ma jedynie charakter pomocniczy i nie ma podstaw do uznania, że w przypadku udzielenia zamówienia jego obecne obowiązki będą stały na przeszkodzie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na kontrakcie. Ponadto, wykonawca nie musiał przedstawić osoby, która nie wykonuje aktualnie żadnych prac, gdyż Zamawiający wyraźnie wskazał, że ma być ona dostępna na etapie

realizacji zamówienia. Zamawiający mając pełną wiedzę o warunkach kontraktowych, na jakich wykonywane są inwestycje drogowe w kraju mógł przedstawić dowód, wskazujący na konieczność utrzymania już zaangażowanej osoby na kontrakcie S14. Brak takiego dowodu, jak i doświadczenie życiowe wskazuje, iż zmiana kadry wykonującej nawet kluczowe funkcje na kontraktach nie jest zabroniona, a zamawiający zabezpieczają się przed taką sytuacją zapisami umownymi, w których wymagają przedstawienia innej osoby spełniającej warunki dla kontraktu.

Pozostałe okoliczności, w tym dotyczące kwestii organizacji pracy, zawarcia umów z podwykonawcami, czy też doposażenia parku sprzętowego w konieczne maszyny pozostawały poza oceną podmiotową wykonawcy w niniejszym postępowaniu, a zatem rzekome problemy w tym zakresie na kontrakcie S14 były irrelewantne dla oceny zdolności wykonawcy wymaganych w postępowaniu. Tym samym wyjaśnienia jakie wykonawca składał w tym zakresie nie mogły stanowić podstawy do wyciągnięcia negatywnych skutków wobec oceny zdolności zawodowej, przygotowania wykonawcy do realizacji kontraktu na etapie oceny ofert.

Odnosnie podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający uznał, iż Wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe przy współpracy z Oddziałem GDDKiA w Łodzi, co ma poważać jego uczciwość i nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia. O naruszeniu obowiązków zawodowych mają świadczyć trudności w stworzeniu prawidłowej dokumentacji pozwalającej monitorować postęp prac prowadzące do opóźnień, brak wykonania w terminie inwentaryzacji, nie przedstawienie porozumienia z zarządcami dróg gminnych, dokumentacji fotograficznej dróg, przekazywania umów podwykonawczych, niezgodnego z warunkami kontraktu złożenia PZJ oraz STWiORB (pkt 2.4 PFU), naruszeniem obowiązków w zakresie usunięcia drzew i krzewów, brak zapewnienia tłumaczy w czasie spotkań roboczych, opóźnienia w stworzeniu schematu organizacyjnego, opóźnienia w złożeniu planu płatności. Zamawiający powołał się na motyw 101 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym *poważne wykroczenie zawodowe może poddawać w wątpliwość uczciwość wykonawcy, a tym samym sprawić, że nie będzie on odpowiedni, by uzyskać zamówienia publiczne, niezależnie od tego, czy dany wykonawca posiadałby poza tym techniczną i ekonomiczną zdolność do realizacji zamówienia*. Również Przystępujący przywołał fragment tego motywu wskazujący na charakter zdarzeń prowadzących do wykluczenia: *Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzać wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie*.

Przenosząc powyższe na grunt badanych okoliczności Izba uznała, iż żadna z podstaw faktycznych dotycząca sposobu wykonywania obowiązków na kontrakcie S14 nie wskazywała na rodzaj naruszenia, który mógłby być traktowany jako poważne naruszenie zawodowe.

Wskazane przez Zamawiającego okoliczności w ocenie Izby nie noszą znamion poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, które powinny nosić wyższy ciężar gatunkowy i podważać uczciwość wykonawcy. Ilość korespondencji inżyniera kontraktu kierowana do wykonawcy nie świadczy jeszcze o tak poważnej skali naruszeń, czy też natężenia problemów, które podważałyby wiarygodność wykonawcy. Występowanie problemów przy inwestycjach budowlanych stanowi okoliczność powszechnie znaną i nie może przesądzać o braku zdolności wykonawcy do ich przewyciężenia. Zamawiający skupił swoją uwagę na wykazaniu problemów, natomiast pominął całkowicie fakt, iż trudności te udało się przewyciężyć, a wykonawca nadal realizuje inwestycję, a nie ma przy tym dowodów, które potwierdzałyby tezę, iż jest zagrożone jej należyte wykonanie. Z wyjaśnień stron wynika, iż inwestycja S14 jest obecnie na początkowym etapie (oczekuje na uzyskanie decyzji ZRiD) i nie ma żadnych przesłanek do tego, aby uznać, iż wykonawca nie wywiązuje się z obowiązków. Podniesione okoliczności, które wystąpiły w początkowej fazie kontraktu dotyczyły bądź sytuacji, które nie mogły być kwalifikowane jako naruszenie obowiązków zawodowych (np. w zakresie zatwierdzania podwykonawców), bądź ich waga nie została wykazana przez Zamawiającego, jako szczególnie ważna dla oceny uczciwości wykonawcy.

Przechodząc zatem do kwestii umów podwykonawczych zarzut Zamawiającego wynika wyłącznie z założenia, iż w przyszłości wartość obecnie zawartych umów przekroczy 50 tys zł., która powodować będzie konieczność zatwierdzenia takiej umowy (sybklauzula 4.4 ust. 8 SWK). Ponieważ Zamawiający nie wykazał, aby wartość umów przekroczyła tę kwotę, nie można uznać, aby wykonawca naruszał obowiązki zawodowe na kontrakcie S14.

Odnosnie uchybień w terminie przekazywania Planu Płatności, z wyjaśnień stron wynika, iż Odwołujący rzeczywiście z opóźnieniem przekazywał plany w pierwszych miesiącach umowy, jednak sytuacja ta uległa zmianie i aktualnie plany są przekazywane z zachowaniem terminu. Ponadto, należy również zauważyć, iż w Planie Płatności złożonym w październiku 2019 r. ujęte są płatności, aż do czerwca 2020r. W tej sytuacji nie można zgodzić się z twierdzeniem, iż zamawiający miał mieć problemy z zaplanowaniem wydatków, jak również, że uchybienie to miało rzeczywiście wpływ na sposób realizacji zamówienia, w tym terminowe regulowanie wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Brak tłumaczy na części spotkań w ocenie Izby nie odnosi się wprost do naruszenia zobowiązania umownego i mogło co najwyżej prowadzić do pewnych komplikacji, jednak ze

złożonych dowodów (informacji przekazanych przez Zamawiającego) nie wynika, aby wystąpiło nieporozumienie, którego skutkiem byłoby zagrożenie wykonania w sposób uzgodniony prac. Nie sposób uznać, iż okoliczność ta miałaby rzutować na uczciwość wykonawcy.

Odnosnie wykonanej wycinki drzew i krzewów przedłożone przez Odwołującego dowody – notatki ze spotkań, na których w sposób ugodowy rozwiązano sytuację spowodowaną przez wykonawcę wskazują na właściwą postawę strony, która poczuwając się do odpowiedzialności za własne błędy naprawiła szkodę, bez angażowania w to strony zamawiającej. Ponadto, nie można pominąć faktu, iż wartość usuniętych nasadzeń i ich ilość (30 szt. drzew) jest znikoma do skali prac związanych z wycinką. Ponadto, w przypadku wycinki drzew dokonanej na terenie Nadleśnictwa Grotniki, wykonawca usunął drzewa, które miały usunąć Lasy Państwowe w ramach tymczasowego zajęcia pod budowę linii WN. Nie jest to zatem uchybienie obowiązkom kontraktowym, lecz świadczenie, które wzbogaciło skarb państwa, gdyż koszty prac poniósł wykonawca, a pozyskany materiał został przekazany Nadleśnictwu. Nie ma zatem podstaw do postawienia zarzutu braku uczciwości wykonawcy.

Schemat organizacyjny – w świetle subklauzuli 8.3 organizacja robót dotyczyć ma poszczególnych etapów prac i Robót, a ewentualne zmiany wynikające z postępu prac będą stanowić podstawę do aktualizacji Programu. Wykonawca dopiero po uzyskaniu ostatniego ZRID, w terminie 21 dni od daty uzyskania tej decyzji, będzie zobowiązany do przedstawienia Programu obejmującego całość Robót, jeżeli uprzednio przedkładał Program obejmujący część Robót. *Nieprzestrzeganie Programu, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, stanowi naruszenie Warunków Kontraktu oraz przesłankę określoną Subklauzulą 15.1 [Wezwanie do poprawienia].* W świetle tych postanowień kwestia schematu organizacyjnego pozostaje bez wpływu na ocenę rzetelności wykonawcy. Skoro nie została wydana decyzja SRID to po stronie wykonawcy nie mogło dojść do naruszenia zasad kontraktowych wynikających z obowiązku przygotowania tego dokumentu. Stwierdzenie Zamawiającego, iż brak informacji od wykonawcy w tym zakresie świadczyć ma o braku rozpoznania przez wykonawcę sytuacji na rynku, jak również nierzetelnym skalkulowaniu ceny z uwagi na brak uwzględnienia w niej wymaganego i niezbędnego do prawidłowej realizacji umowy sprzętu, personelu oraz materiałów, pozbawione jest podstaw.

PZJ i STWiORB – Odwołujący wskazał na postanowienia Programu Funkcjonalno-Użytkowego opracowanego dla projektu S14 – pkt 2.4, który stanowi: *Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych zostaną sporządzone dla każdego rodzaju Robót budowlanych wynikających z projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego, opracowanych przez Wykonawcę w ramach niniejszej Umowy i po*

zatwierdzeniu przez Inżyniera będą stanowiły podstawę do oceny wykonania i obioru Robót niezbędnych dla zrealizowania przedmiotu zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, iż również wobec robót, do których wykonawca przystąpił do realizacji na podstawie przekazanego STWiORB, powinien przygotować własny dokument i przedłożyć Zamawiającemu. Tymczasem wykonawca złożył ten sam dokument. Z wyjaśnień stron wynika, iż wykonawca obecnie realizuje roboty w zakresie, w jakim Zamawiający przekazał dokumentację projektową oraz STWiORB, do której nie ma zastosowania wskazany zapis PFU. Nie jest to bowiem dokumentacja sporządzona przez wykonawcę na podstawie projektu budowlanego i projektu wykonawczego. Prace wykonywane na kontrakcie S14 są w początkowej fazie i aktualnie złożone zostały dokumenty do uzyskania decyzji ZRiD. Nie ma zatem podstaw do uznania, iż wykonawca dopuścił się do naruszenia kontraktu.

W odniesieniu do PZJ (Program Zapewnienia Jakości) Odwołujący złożył dowód – pismo z 12.09.2019 r. stwierdzające złożenie dokumentu nr PZJ 02/2019. Nieprawdziwe jest zatem twierdzenie Zamawiającego o braku sporządzenia przez wykonawcę PZJ-u. Brak jest również dowodu na okoliczność przystąpienia do realizacji robót, który to etap nadal nie nastąpił na kontrakcie S14. W odniesieniu do robót wykonywanych na podstawie przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji Izba nie dopatrzyła się podstaw dla przyjęcia, iż roboty wykonywane na podstawie tych dokumentów nie mogły być prowadzone. Powielenie dokumentu poprzez jego ponowne złożenie Zamawiającemu nie zmienia sytuacji prawnej jak i faktycznej i nie ma żadnego dowodu, który prowadziłby do uznania, iż wykonawca narusza zasady kontraktu. Sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż *Odwołujący przystępując do realizacji Kontraktu otrzymał od Zamawiającego ważną decyzję ZRiD, która pozwalała na przystąpienie do realizacji robót.*

Uzgodnienia z zarządcami dróg zostały przeprowadzone. Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia wskazał: *Sposób prowadzenia uzgodnień z Gminą Zgierz zasad korzystania z dróg gminnych, w szczególności brak odpowiedzi na stanowisko Gminy przez 4 miesiące, po czym przedstawienie propozycji Wykonawcy o treści uniemożliwiającej uzgodnienie zasad korzystania z dróg gminnych, w sposób istotny podważają wiarygodność zawodową Wykonawcy.* Odwołujący natomiast wyjaśnił, iż proces uzgodnień trwał miesiąc od złożenia wniosku, na potwierdzenie czego przedłożył wraz z odwołaniem pisma Urzędu Gminy w Zgierzu z dnia 20.12.2019r. oraz 13.01.2020r. W tych okolicznościach Izba uznała, iż Zamawiający nie wykazał zasadności zarzutu dopuszczenia się do naruszenia obowiązków zawodowych.

Inwentaryzacja: stan zerowy oraz stanu zabudowy w bezpośrednim sąsiedztwie pasa drogowego oraz planowanych dróg dojazdowych. Strony odmiennie interpretowały zapis dokumentacji DM 00.00.00, w której termin na wykonanie inwentaryzacji został określony na

30 dni od zawarcia umowy (pkt 1.5.8) oraz „przed rozpoczęciem robót” (pkt 1.5.9). Wykonawca w dniu 29.11.2019r. przekazał dokumenty inżynierowi kontraktu (Lafrentz Polska Sp. z o.o.) i zakończył wykonywanie inwentaryzacji dróg i budynków. Izba uznała, iż opóźnienie w zakończeniu inwentaryzacji nie zostało przez Zamawiającego wykazane jako poważne naruszenie obowiązków zawodowych. Zamawiający nie przedłożył innych dowodów, które wskazywałyby, iż wykonawca realizował jakieś roboty przed zakończeniem inwentaryzacji. Nie ma również powodu do stwierdzenia, iż postawa wykonawcy było podyktowana brakiem dbałości o interes Zamawiającego.

Program Prac Projektowych stanowi dokument pozwalający inżynierowi kontraktu monitorować postęp prac – zaawansowanie robót, mobilizację zasobów ludzkich i sprzętowych, a w szczególności ich wpływ na opóźnienia robót na Kontrakcie. Powinien być złożony po uzyskaniu decyzji ZRiD, a tej jeszcze nie wydano dla inwestycji S14. Zamawiający zarzucił wykonawcy opieszałość w udzielaniu odpowiedzi na uwagi zgłaszane przez inżyniera kontraktu do treści dokumentu, co w ocenie Izby nie mogło jeszcze prowadzić do uznania, iż trwający proces uzgodnień był wyłącznie wynikiem opieszałości wykonawcy. Jak wskazał Odwołujący proces dojścia do uzgodnień wymaga niekiedy przekonywania inżyniera o swoich racjach, co potwierdziła korespondencja z dnia 16.01.2020 r. – odpowiedź wykonawcy na przekazane przez inżyniera kwestie. Co jednak najważniejsze proces uzgodnień nie stanął na przeszkodzie do osiągnięcia w terminie I Kamienia Milowego – czyli złożenia wniosku o wydanie ZRiD, co jest okolicznością niesporną. Tym samym Izba uznała za nieudowodnioną tezę o poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych.

Podsumowując tą część zarzutów należy wskazać, iż problemy na jakie wskazał Zamawiający dotyczą w większości przypadków kwestii technicznych, a nie jakości prac wykonanych przez wykonawcę. W przypadku dokumentacji projektowej dopiero okoliczność wydania, lub odmowy wydania decyzji ZRiD mogłaby ewentualnie wpływać na ocenę jego rzetelności. Ponieważ inwestycja S14 jest na początkowym etapie Izba nie miała podstaw do wyciągania wniosków o braku należytej staranności, która oznaczałaby brak uczciwości, czy też podejmowanie celowych działań na niekorzyść zamawiającego.

Przykładowy katalog okoliczności wskazanych przez ustawodawcę wyznacza pewną kategorię zachowań, które mogą kwalifikować postawę wykonawcy jako niewłaściwą. W przypadku podejmowania starań w celu rozwiązania problemów, które kończą się pozytywnie dla inwestycji, nie można stawiać zarzutu o braku uczciwości wykonawcy. Można pokusić się o stwierdzenie, iż trudno znaleźć inwestycję tych rozmiarów, jak budowa drogi krajowej, na której nie zdarzają się błędy po każdej ze stron. Doświadczenie wskazuje, iż niejednokrotnie dopiero na etapie wykonywania umów widoczne są wady dokumentacji, za

którą odpowiada zamawiający, jak również, że występują różne sytuacje niespodziewane istotnie komplikujące proces inwestycyjny. Wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Ustawy wymaga wykazania przez zamawiającego takiego stopnia zaniedbania obowiązków wykonawcy, które istotnie wpływają na możliwość zakończenia inwestycji z sukcesem, co jest efektem zawinionej przez wykonawcę postawy godzącej w jego uczciwość. W niniejszej sprawie okoliczności wskazane przez Zamawiającego Izba oceniła jako niedostateczne dla stwierdzenia, iż dla inwestycji S14 istnieje realne zagrożenie jej prawidłowej realizacji. Ponadto Zamawiający załączył do decyzji o wykluczeniu wykonawcy wyłącznie korespondencję kierowaną przez inżyniera kontraktu do wykonawcy bez stanowiska wykonawcy, co dopiero pozwalałoby ocenić całościowo sytuację na kontrakcie S14. Jak wynika z pism, wykonawca zgłaszał uwagi do zastrzeżeń kierowanych pod jego adresem, co wskazywałoby, iż nie jest jednoznaczna sytuacja, jak również nie jest możliwe rozstrzygnięcie, iż to po stronie wykonawcy leży wyłączna odpowiedzialność za występujące opóźnienia, jak również czy nie wynikają one z nadmiernych oczekiwań stron (w szczególności wobec faktu, iż wykonawca otrzymał w części dokumentację od Zamawiającego – decyzję ZRiD i przystąpił do wykonywania na jej podstawie prac, czy też niedostatecznej obecności personelu inżyniera). Tym samym Izba nie dopatrzyła się podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

W świetle powyższego Izba uznała, iż nie zachodziła przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 2 oraz art. 24 ust. 5 pkt 2 Ustawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 w rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238. ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty Odwołującego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz kosztami dojazdu w wysokości ustalonej na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: