

WYROK
z dnia 30 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Członkowie: Aneta Mlącka
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2022 r. przez odwołującego: wykonawcę: **KOLIN İnşaat, Turizm, Sanayi Ve Ticaret Anonim Sirketi z siedzibą w Ankarze** (Turcja), działający przez: **KOLIN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret S.A. Oddział w Polsce** (ul. Progi 1, lok.3, 00-634 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa) prowadzący postępowanie: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie** (ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów) ,

- wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: **Mostostal Warszawa S.A.** (ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa),

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu z pkt 2 i 3 odwołania; W pozostałym zakresie odwołanie podlega oddaleniu;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **KOLIN İnşaat, Turizm, Sanayi Ve Ticaret Anonim Sirketi z siedzibą w Ankarze** (Turcja), działający przez: **KOLIN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret S.A. Oddział w Polsce** (ul. Progi 1, lok.3, 00-634 Warszawa) i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą kwotę uiszczoną przez odwołującego wpisu od odwołania.
 - 2.2. Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1170) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 5 sierpnia 2022 r. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie Oddział w Rzeszowie na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], którego przedmiotem jest: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Domaradz (bez węzła) do węzła Iskrzynia (bez węzła) dł. ok. 12,5 km”. Nr sprawy: MOSiR 4/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Dz. Urz. UE pod nr 2022/S 067-176099.

Wnoszący odwołanie wykonawca podał : (...) *Działając w imieniu Odwołującego, wykonawcy Kolin İnşaat, Turizm Sanayi Ve Ticaret Anonim Sirketi z siedzibą w Ankarze (dalej jako „Kolin” lub „Wykonawca” lub „Odwołujący”), na podstawie art. 505 ust. 1 w związku z art. 513 oraz 514 ustawy (...), w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo w załączeniu, wnoszę odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegającej na wyborze dnia 26 lipca 2022 r. najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. (dalej jako: „Mostostal”), w sposób sprzeczny z przepisami ustawy (...), a także wobec zaniechania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był zobowiązany, w zakresie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w zakresie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. oraz w zakresie zaniechania wykluczenia tego wykonawcy, poprzez:*

1) zaniechania:

a) wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych,

b) odrzucenia oferty wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. oraz

c) wykluczenia tego wykonawcy

- do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykonania robót w ramach konsorcjum i w efekcie zaniechanie odrzucenia tej oferty, do czego Zamawiający był zobowiązany, z uwagi na niezgodne z przepisami PZP przyjęcie, że Wykonawca Mostostal spełnia warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykonania robót w ramach konsorcjum, pomimo iż wykonawca Mostostal nie wykazał przedmiotowej okoliczności w drodze przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, a w szczególności nie wynikało to z przedstawionych dokumentów odbiorowych, a Zamawiający bezzasadnie poprzestał na uzyskaniu w tym zakresie wyjaśnień Wykonawcy Mostostal w formie oświadczenia;

2) zignorowanie faktu, że Wykonawcy Mostostal przysługiwało wyłącznie prawo jednokrotnego uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, podczas gdy

wykonawca Mostostal przedłożył uzupełnienie w drodze e-mail w odniesieniu do naturalnych plików elektronicznych sprawozdań finansowych za lata 2019, 2020 i 2021 dwukrotnie, wskazując, aby Zamawiający zignorował poprzedni e-mail „z uwagi na błąd techniczny w odczycie załączników”, co oznacza, że wykonawca przedłożył w ramach dopuszczalnego jednokrotnego uzupełnienia jedno uzupełnienie niekompletne, które winno skutkować odrzuceniem oferty oraz drugie uzupełnienie kompletne, które nie sanuje pierwotnego błędu;

- 3) zaniechania wezwania wykonawcy Mostostal do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie plików umożliwiających weryfikację podpisów finny audytorskiej opiniującej sprawozdania finansowe z 2020 r. i 2021 r., a w efekcie zaniechanie odrzucenia tej oferty, do czego Zamawiający był zobowiązany, z uwagi na niezgodne z przepisami PZP zignorowanie faktu niekompletności złożonych podmiotowych środków dowodowych, niepotwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- 4) zaniechania wezwania wykonawcy Mostostal do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do robót w ramach zamówienia pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej 519 na odcinku od węzła , Nisko Południe” (bez węzła) do węzła Sokołów Małopolski Północ (z węzłem z podziałem na trzy zadania w zakresie: Zadanie A od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła „Podgórze” (bez węzła) o długości około 11,5 km”, a to z uwagi na fakt, iż z przedstawionych przez wykonawcę Mostostal Świadectwa przejęcia części Robót nr 1 i Świadectwa przejęcia Robót nr 2 nie wynika, aby wykonawca Mostostal uczestniczył w realizacji roboty o wartości minimum 200 mln zł netto, a w efekcie zaniechanie odrzucenia tej oferty, do czego Zamawiający był zobowiązany, z uwagi na niezgodne z przepisami PZP zignorowanie faktu niekompletności złożonych podmiotowych środków dowodowych, niepotwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej ;
- 5) zaniechanie wezwania wykonawcy Mostostal do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do robót w ramach zamówienia pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej 519 na odcinku od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła Sokołów Małopolski Północ (z węzłem z podziałem na trzy zadania w zakresie: Zadanie A od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła „Podgórze” (bez węzła) o długości około 11,5 km”, a to z uwagi na fakt, że z przedstawionych przez wykonawcę Mostostal Świadectwa przejęcia części Robót nr 1 i Świadectwa przejęcia Robót nr 2 nie wynika, aby wykonawca Mostostal wykonał należycie roboty o wartości minimum 200 mln zł netto, a w efekcie zaniechanie odrzucenia tej oferty, do czego Zamawiający był zobowiązany, z uwagi na niezgodne z przepisami PZP zignorowanie faktu

niekompletności złożonych podmiotowych środków dowodowych, niepotwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

- 6) zaniechanie wykluczenia wykonawcy Mostostal z postępowania, i odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty, do czego Zamawiający był zobowiązany, z uwagi na spełnienie przesłanek wykluczenia z uwagi na to, iż wykonawca Mostostal w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub zataił te informacje lub nie był w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych, w odniesieniu do sprzeczności między wartością roboty netto wskazanej w wykazie robót w ramach zamówienia pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej 519 na odcinku od węzła , Nisko Południe ” (bez węzła) do węzła Sokołów Małopolski Północ (z węzłem z podziałem na trzy zadania w zakresie: Zadanie A od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła „ Podgórze ” (bez węzła) o długości około 11,5 km”, a wartością tej roboty netto wynikającej ze Świadczeń Przejęcia Robót, która to kwota w zakresie rzeczywiście wykonanych robót jest niższa niż wymagana w ramach warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. niższa od 200 mln euro netto.

Wobec powyższego, wskazanej czynności i zaniechaniom zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy PZP, które miały wpływ lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia:

1. art. 16 pkt 1-3 PZP oraz art. 7 pkt 17) PZP w zw. z art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 57 pkt 2) PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) PZP w zw. z art. 116 ust. 1 PZP w zw. z art. 126 ust. 1 PZP w zw. z art. 128 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) PZP w zw. z art. 239 ust. 1 PZP w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1) Rozporządzenia (...) w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mostostal w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji i zaniechanie wezwania wykonawcy Mostostal do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, a w szczególności referencji, w zakresie wykonania przez Wykonawcę bezpośrednio robót w ramach konsorcjum dla zamówień pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej SI 9 na odcinku od węzła „ Nisko Południe ” (bez węzła) do węzła „ Sokołów Małopolski Północ ” (z węzłem) z podziałem na trzy zadania: Zadanie „A ” od węzła „Nisko Południe ” (bez węzła) do węzła „ Podgórze ” (bez węzła) o długości około 11,5 km” (dalej: Robota nr 1) oraz „Wykonanie w systemie , zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej z

uzyskaniem decyzji środowiskowej i decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalności oraz robót budowlanych w ramach zadania pn. : „ Budowa obwodnicy m. Strzyżów w ciągu drogi wojewódzkiej nr 988” (dalej: Robota nr 2) celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej wykonawcy na podstawie pkt. 8.2.4.1 Tomu I Specyfikacji Warunków Zamówienia — Instrukcja dla Wykonawców i w efekcie zaniechanie odrzucenia tej oferty, do czego Zamawiający był zobowiązany, z uwagi na niezgodne z ww. przepisami PZP przyjęcie, że Wykonawca Mostostal spełnia warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykonania robót w ramach konsorcjum, pomimo iż wykonawca Mostostal nie wykazał przedmiotowej okoliczności w drodze przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, a w szczególności nie wynikało to z przedstawionych dokumentów odbiorowych w postaci Świadectwa Przejęcia części robót nr 1 z dnia 06.12.2021 r., Świadectwa Przejęcia Robót nr 2 z dnia 22.04.2022 r. (Robota nr 1), ani z referencji z dnia 11 marca 2020 r. znak: PZDW/WZP/0613/42/2020 (Robota nr 2), a Zamawiający bezzasadnie poprzestał na uzyskaniu w tym zakresie wyjaśnień Wykonawcy Mostostal w formie oświadczenia, pomimo iż był zobowiązany do żądania podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 126 ust. 1 PZP oraz do żądania ich uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 PZP, a wyjaśnienia mogą dotyczyć tylko złożonych dokumentów oraz ich treści, a nie sytuacji, w której dokumenty te są niekompletne lub nie zawierają wymaganych treści;

2. art. 16 pkt 1-3 PZP oraz art. 7 pkt 17) PZP w zw. z art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 57 pkt 2) PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3) PZP w zw. z art. 115 ust. 1 pkt 2) PZP w zw. z art. 126 ust. 1 PZP w zw. z art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) PZP w zw. z art. 239 ust. 1 PZP w zw. z S 8 ust. 1 pkt 1) Rozporządzenia (...) w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mostostal w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji i zaniechanie odrzucenia tej oferty, do czego Zamawiający był zobowiązany, z uwagi na niezgodne z przepisami PZP zignorowanie faktu, że Wykonawcy Mostostal przysługiwało wyłącznie prawo jednokrotnego uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, podczas gdy wykonawca Mostostal przedłożył uzupełnienie w drodze e-mail w odniesieniu do naturalnych plików elektronicznych sprawozdań finansowych za lata 2019, 2020 i 2021 dwukrotnie, wskazując, aby Zamawiający zignorował poprzedni e-mail „z uwagi na błąd techniczny w odczycie załączników”, co oznacza, że wykonawca przedłożył w ramach dopuszczalnego jednokrotnego uzupełnienia jedno uzupełnienie niekompletne, które

wynno skutkować odrzuceniem oferty oraz drugie uzupełnienie kompletne, które nie sanuje pierwotnego błędu;

3. art. 16 pkt 1-3 PZP oraz art. 7 pkt 17) PZP w zw. z art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 57 pkt 2) PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3) PZP w zw. z art. 115 ust. 1 pkt 2) PZP w zw. z art. 126 ust. 1 PZP w zw. z art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) PZP w zw. z art. 239 ust. 1 PZP w zw. z 8 ust. 1 pkt 1) Rozporządzenia (...) w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mostostal w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji i zaniechanie wezwania wykonawcy Mostostal do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wskazanych w piśmie wykonawcy Mostostal z dnia 29 czerwca 2022 r. w przedmiocie złożenia podmiotowych środków dowodowych plików określonych w piśmie jako Załącznik 11 a) 2_3_Mostostal Warszawa M02835 Sprawozdanie z badania JSF 31122020. xhtml oraz Załącznik II a) 3_3_MW skonsolidowane M02835 Sprawozdanie z badania SSF 31122021 PL v3.xhtm1, umożliwiających weryfikację podpisów finny audytorskiej opiniującej sprawozdania finansowe z 2020 r. i 2021 r., a nieprzedłożonych do tego pisma pomimo wskazania ich w załączniku, a w efekcie zaniechanie odrzucenia tej oferty, do czego Zamawiający był zobowiązany, z uwagi na niezgodne z przepisami PZP zignorowanie faktu niekompletności złożonych podmiotowych środków dowodowych, niepotwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
4. art. 16 pkt 1-3 PZP oraz art. 7 pkt 17) PZP w zw. z art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 57 pkt 2) PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) PZP w zw. z art. 116 ust. 1 PZP w zw. z art. 126 ust. 1 PZP w zw. z art. 128 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) PZP w zw. z art. 239 ust. 1 PZP w zw. z 9 ust. 1 pkt 1) Rozporządzenia (...) w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mostostal w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji i zaniechanie wezwania wykonawcy Mostostal do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do robót w ramach zamówienia pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej 519 na odcinku od węzła , Nisko Południe ” (bez węzła) do węzła Sokołów Małopolski Północ (z węzłem z podziałem na trzy zadania w zakresie: Zadanie A od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła „Podgórze” (bez węzła) o długości około 11,5 km”, a to z uwagi na fakt, iż z przedstawionych przez wykonawcę Mostostal Świadectwa przejęcia części Robót nr I z dnia 06.12.2021 r., ani ze Świadectwa Przejęcia Robót nr 2 z

dnia 22.04.2022 r. nie wynika, aby wykonawca Mostostal uczestniczył w realizacji roboty o wartości minimum 200 mln zł netto, a odpowiednio o wartości 165.224.279,12 zł netto i 14.827.086,70 zł netto, czyli sumarycznie 180 051 365,82 zł netto, choć zgodnie z wykazem robót robota opiewała na wartość 228 364 541,24 zł netto, co może oznaczać, że roboty zostały wykonane w sposób niepełny (w Świadectwie Przejęcia Robót nr 2 wskazano, że zostały „zasadniczo ukończone”, a dokument zawierał załącznik w postaci wykazu wad i usterek, którego jednak Wykonawca nie przedstawił, a Zamawiający nie wezwał do uzupełnienia), względnie w stosunku do pierwotnego zakresu przedmiotu zamówienia dokonano zmiany, w szczególności w drodze Polecenia Zmiany w trybie Subklauzuli 13.1 lub w drodze aneksu, poprzez ograniczenie zakresu zamówienia, a decydujące znaczenie na gruncie pkt 8.2.4.1 Tomu I SWZ — IDW powinna mieć wartość robót, które wykonawca rzeczywiście „konał”, a nie na jaką pierwotnie opiewała umowa o zamówienie publiczne, co odpowiada zasadzie proporcjonalności, a w efekcie zaniechanie odrzucenia tej oferty, do czego Zamawiający był zobowiązany, z uwagi na niezgodne z przepisami PZP zignorowanie faktu niekompletności złożonych podmiotowych środków dowodowych, niepotwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej i poprzestanie na wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie bezpośredniego udziału w realizacji roboty odpowiadającej wymogom SWZ, które nie mogą zastąpić wymaganych podmiotowych środków dowodowych, do których żądania Zamawiający jest zobowiązany na podstawie art. 126 ust. 1 PZP oraz do żądania ich uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 PZP, a wyjaśnienia mogą dotyczyć tylko złożonych dokumentów oraz ich treści, a nie sytuacji, w której dokumenty te są niekompletne lub nie zawierają wymaganych treści;

5. art. 16 pkt 1-3 PZP oraz art. 7 pkt 17) PZP w zw. z art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 57 pkt 2) PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) PZP w zw. z art. 116 ust 1 PZP w zw. z art. 126 ust. 1 PZP w zw. z art. 128 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) PZP w zw. z art. 239 ust. 1 PZP w zw. z 9 ust. 1 pkt 1) Rozporządzenia (...) w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty "konawcy Mostostal w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji i zaniechanie wezwania wykonawcy Mostostal do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do robót w ramach zamówienia pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej 519 na odcinku od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła Sokołów Małopolski Północ (z węzłem z podziałem na trzy zadania w zakresie: Zadanie A od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła „Podgórze ” (bez węzła) o długości około 11,5 km”, a to z uwagi na fakt, iż z przedstawionych przez wykonawcę Mostostal Świadectwa

przejęcia części Robót nr 1 z dnia 06.12.2021 r., ani ze Świadcstwa Przejęcia Robót nr 2 z dnia 22.04.2022 r. nie wynika, aby wykonawca Mostostal "konał należycie roboty, a wręcz przeciwnie, roboty zostały wykonane nienależycie, bowiem zgodnie ze Świadcstwem Przejęcia Robót nr 2 z dnia 22.04.2022 r. roboty zostały „zasadniczo ukończone”, a dokument ten zawiera w załączniku Wykaz wad i usterek, którego to załącznika wykonawca nie przedłożył, a Zamawiający o niego nie wezwał, a w efekcie zaniechanie odrzucenia tej oferty, do czego Zamawiający był zobowiązany, z uwagi na niezgodne z przepisami PZP zignorowanie faktu niekompletności złożonych podmiotowych środków dowodowych, niepotwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej i poprzestanie na wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie bezpośredniego udziału w realizacji roboty odpowiadającej wymogom SWZ, które nie mogą zastąpić wymaganych podmiotowych środków dowodowych, do których żądania Zamawiający jest zobowiązany na podstawie art. 126 ust. 1 PZP oraz do żądania ich uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 PZP, a wyjaśnienia mogą dotyczyć tylko złożonych dokumentów oraz ich treści, a nie sytuacji, w której dokumenty te są niekompletne lub nie zawierają wymaganych treści;

6. art. 16 pkt 1-3 PZP oraz art. 7 pkt 17) PZP w zw. z art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 57 pkt 1) i 2) PZP w zw. w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) PZP w zw. z art. 116 ust. 1 PZP w zw. z art. 126 ust. 1 PZP w zw. z art. 128 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a), b) i c) PZP w zw. z art. 239 ust. 1 PZP w zw. z 9 ust. 1 pkt 1) Rozporządzenia (...) w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mostostal w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji i zaniechanie wykluczenia wykonawcy Mostostal z postępowania, i odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty, do czego Zamawiający był zobowiązany, z uwagi na spełnienie przesłanek wykluczenia z uwagi na to, iż wykonawca Mostostal w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub zataił te informacje lub nie był w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych, w odniesieniu do sprzeczności między wartością roboty netto wskazanej w wykazie robót w ramach zamówienia pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej 519 na odcinku od węzła „ Nisko Południe ” (bez węzła) do węzła Sokołów Małopolski Północ (z węzłem z podziałem na trzy zadania w zakresie: Zadanie A od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła „ Podgórze ” (bez węzła) o długości około 11,5 km” w kwocie 228 364 541,24 zł

netto, a wartością tej roboty netto wynikającej z przedstawionych przez wykonawcę Mostostal Świadczenia przejęcia części Robót nr 1 z dnia 06.12.2021 r., ani ze Świadczenia Przejęcia Robót nr 2 z dnia 22.04.2022 r. wynika, że wykonawca Mostostal wykonał roboty odpowiednio o wartości 165.224.279,12 zł netto i 14.827.086,70 zł netto, czyli sumarycznie 180 051 365,82 zł netto, która to kwota w zakresie rzeczywiście wykonanych robót jest niższa niż wymagana w ramach warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. niższa od 200 mln euro netto, a ponadto wykonawca Mostostal potwierdził, że w ramach tego zamówienia wykonał bezpośrednio w ramach konsorcjum roboty o wartości co najmniej 200 mln zł netto na podstawie oświadczenia z dnia 13 lipca 2022 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 12 lipca 2022 r., co może wskazywać na świadome, zamierzone działanie w zakresie zatajenia faktu niepełnego i należytego wykonania przedmiotowych robót, o wartości nieodpowiadającej pierwotnej kwocie netto wynikającej z zawartej umowy o zamówienie publiczne oraz z wykazu robót, względnie przynajmniej rażące niedbalstwo, które miało wpływ na działanie Zamawiającego i wybór oferty wykonawcy Mostostal jako najkorzystniejszej oferty.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności Zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mostostal z dnia 26 lipca 2022 r.;

2) odrzucenia oferty wykonawcy Mostostal z uwagi na:

– nieskuteczne uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych w zakresie naturalnych plików elektronicznych sprawozdań finansowych za 2019, 2020 i 2021 r. i niedopuszczalność dwukrotnego uzupełnienia;

– nieprzedłożenie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej ;

– przedłożenie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a to wykonanie robót o wartości poniżej 200mln zł netto i wykonanie ich nienależycie; względnie nakazanie Zamawiającemu:

3) (...) jak w pkt 1

4) wezwania wykonawcy Mostostal do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej ; względnie nakazanie Zamawiającemu:

5) (...) jak w pkt 1

6) Wykluczenia wykonawcy Mostostal i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt 10) PZP, to jest wprowadzenia w błąd Zamawiającego.

Wniósł ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów: - pisma Zamawiającego z dnia 28 lipca 2022 r. wraz z zestawem skompresowanych plików w zakresie korespondencji z Mostostalem udostępnionych Odwołującemu przez Zamawiającego na okoliczność:

- dwukrotnego uzupełnienia przez Wykonawcę Mostostal podmiotowych środków dowodowych w zakresie naturalnych plików elektronicznych sprawozdań finansowych za lata 2019, 2020 i 2021, w tym pierwszego, nieskutecznego uzupełnienia wadliwych plików, co powinno skutkować odrzuceniem oferty z uwagi na nieprzedłożenie podmiotowych środków dowodowych w terminie.

Na podstawie art. 536 PZP wniósł również o zobowiązanie Zamawiającego GDDKiA do przedłożenia dokumentu istotnego dla sprawy w postaci:

- Umowy konsorcjum lub innej odpowiedniej umowy łączącej wykonawcę Mostostal i Acciona Construcción S.A. w ramach realizacji zamówienia „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej 519 na odcinku od węzła „ Nisko Południe ” (bez węzła) do węzła Sokołów Małopolski Północ (z węzłem z podziałem na trzy zadania w zakresie: Zadanie A od węzła, Nisko Południe ” (bez węzła) do węzła „ Podgórze (bez węzła) o długości około 11,5 km” oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z tego dokumentu na okoliczność, iż:

- wykonawca Mostostal nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej z uwagi na fakt, że nie brał udziału bezpośrednio w realizacji całości objętych ww. zamówieniem robót z uwagi na charakter rzeczowy umowy konsorcjum lub innej odpowiedniej umowy.

Wykonawca podał, że (...) Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, bowiem jego oferta nie została odrzucona i w ramach badania i oceny ofert została uznana zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 26 lipca 2022 r. za drugą w kolejności co do korzystności, zaraz po ofercie wykonawcy Mostostal. Z kolei wady czynności Zamawiającego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz jego zaniechania w zakresie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, jak i wady tych środków pozwalające uznać, że wykonawca Mostostal nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, pozwalają sądzić, że oferta Wykonawcy Mostostal winna zostać odrzucona, względnie wykonawca ten winien zostać wykluczony. W takim przypadku oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza i to Odwołującemu udzielono by zamówienia. (...).

(...)

III. Uzasadnienie zarzutów odwołania

Zarzut nr 1

Przedstawione na wezwanie Zamawiającego przez wykonawcę Mostostal podmiotowe środki dowodowe w zakresie robót nie potwierdzają, że wykonawca ten wykonał te roboty bezpośrednio, a tym samym nabył wymagane doświadczenie w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Z przedstawionych dokumentów odbiorowych w postaci Świadectwa Przejęcia części robót nr I z dnia 06.12.2021 r., Świadectwa Przejęcia Robót nr 2 z dnia 22.04.2022 r. (Robota nr 1) oraz z referencji z dnia 11 marca 2020 r. znak: PZDW/WZP/0613/42/2020 (Robota nr 2) wynika, że wykonawca Mostostal wykonał te roboty w ramach konsorcjum, nie jest jednak wiadome, jaką formę przybrało to konsorcjum. W szczególności nie wiadomo, czy było to konsorcjum rzeczowe, czy finansowe (np. spółka cywilna). Różnica ta ma kluczowe znaczenie, bowiem w konsorcjum rzeczowym konsorcjanci dzielą między sobą rzeczowy zakres zamówienia na części, tym samym nie nabywają doświadczenia w zakresie całości zamówienia. Np. w ramach kontraktu Zaprojektuj i wybuduj konsorcjant mniejszościowy projektant- wykonuje projekt robót, a konsorcjant większościowy — właściwy wykonawca robót - realizuje roboty, tym samym nie można uznać, że każdy z nich posiada doświadczenie zarówno w zakresie wykonywania projektów robót, jak i ich realizacji. Od powyższego modelu istotnie różni się model konsorcjum finansowego, którego szczególnym przypadkiem jest spółka cywilna, w ramach której prawa i obowiązki wspólników są niepodzielne i zazwyczaj niepodzielnie nabywają oni doświadczenie w ramach umowy konsorcjum. Zazwyczaj w takim przypadku określa się procentowy udział w spółce, odpowiadający procentowemu udziałowi w kosztach i zyskach spółki. Powyższe potwierdza wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 maja 2017 r., C-387/14 w sprawie Esaprojekt Sp. z o.o. vs Województwo Łódzkie, w którym wskazano, iż „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. W tym kontekście zdobyte przez wykonawcę doświadczenie stanowi szczególnie istotne kryterium kwalifikacji podmiotowej tego wykonawcy, gdyż umożliwia instytucji zamawiającej sprawdzenie, zgodnie z art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18, predyspozycji kandydatów lub oferentów do realizacji danego zamówienia. Tym samym, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego”.

Powyższe zasadniczo można potwierdzić wyłącznie poprzez przedłożenie umowy konsorcjum (względnie umowy spółki cywilnej) jako podmiotowego środka dowodowego i nie można tego zastąpić wyjaśnieniami wykonawcy w formie oświadczenia, jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie. Jak podkreślono w wyroku KIO 3018/21: „Rozwiązanie z art. 128 ust. 4 p.z.p. nie stanowi uniwersalnej regulacji prowadzącej do możliwości uzupełnienia każdego z dokumentów wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego. Gdyby w ten sposób chciano dokonywać wykładni tego przepisu, to w zasadzie każdy "dokument" zawierający oświadczenia wiedzy czy woli można byłoby uzupełniać na tej podstawie - natomiast to nie jest poprawna wykładnia tego przepisu prawa”.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia (...) w sprawie podmiotowych środków dowodowych (...): „W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca Z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty”. W przedmiotowym przypadku dokumenty odbiorowe, ani referencje nie zawierają informacji o charakterze konsorcjum, bowiem zamawiający nie ma prawa żądać od wykonawcy przyjmowania określonej formy prawnej współdziałania wykonawców, tym samym jedynym dokumentem potwierdzającym wykonanie robót w ramach konsorcjum bezpośrednio przez wykonawcę Mostostal jest przedłożenie umowy konsorcjum przedstawiającej sposób podziału obowiązków konsorcjantów — rzeczowy lub finansowy. Zamawiający winien wezwać wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w tym zakresie, zamiast tego wezwał go do złożenia oświadczenia pismem z 12 lipca 2022 r.: „Zgodnie z pkt 8.2.4.1 IDW Wykonawca musiał wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej:

- a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto.
- b) budowy lub przebudowy 3 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I,

c) budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu,

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

W złożonym wykazie robót budowlanych wskazano:

1. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła „Nisko Południe ” (bez węzła) do węzła „ Sokołów Małopolski Północ "(z węzłem) z podziałem na trzy zadania: Zadanie „A ” od węzła „ Nisko Południe ” (bez węzła) do węzła „ Podgórze (bez węzła) o długości około 11,5 km "; Budowa drogi dwujezdniowej klasy S na odcinku o długości ok. 11,5 km. Zadanie obejmowało budowę m.in. obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu: 21 WD.

W Świadectwie Przejęcia dla ww. wymienionego zadania wskazano, że Wykonawcą było konsorcjum Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Construcción S.A.

W związku z powyższym Zamawiający prosi o wyjaśnienie czy Wykonawca ubiegający się o zamówienie bezpośrednio uczestniczył na ww. zadaniu:

- w budowie drogi min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto,
- w budowie obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu.

2. Wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji środowiskowej i decyzji ZRID z rygiem natychmiastowej wykonalności oraz robót budowlanych w ramach zadania pn.: „Budowa obwodnicy m. Strzyżów w ciągu drogi wojewódzkiej nr 988”.

Zadanie obejmowało budowę m.in. następujących obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A: MG-2; MG-12; MG-5. Zadanie obejmowało budowę m.in. następujących obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 5() m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu: MG-14. Zadanie obejmowało budowę m.in. następującego obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m: MG-3.

W referencjach dla ww. wymienionego zadania wskazano, że Wykonawcą było konsorcjum Mostostal Warszawa S.A. i Mostostal Kielce S.A.

W związku z powyższym Zamawiający prosi o wyjaśnienie czy Wykonawca ubiegający się o zamówienie bezpośrednio uczestniczył na ww. zadaniu:

- w budowie obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I,
- w budowie obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy II i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu,

- w budowie obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m

W odpowiedzi z dnia 13 lipca 2022 r. wykonawca Mostostal udzielił wyjaśnień w formie oświadczenia:

„I. W zakresie II części wezwania, dotyczącej przedstawionego w wykazie robót i dołączonych do niego dowodach doświadczenia Wykonawcy, niniejszym potwierdzamy, że zgodnie z wykazanym w wykazie doświadczeniem Wykonawcy, Mostostal Warszawa S.A.:

I. na zadaniu pn. „ Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej SI 9 na odcinku od węzła „Nisko Południe ” (bez węzła) do węzła „Sokołów Małopolski Północ” (z węzłem) z podziałem na trzy zadania: Zadanie „A ” od węzła „ Nisko Południe ” (bez węzła) do węzła Podgórze ” (bez węzła) o długości około 11 km ”, jako generalny wykonawca (w ramach konsorcjum), przy współdziałaniu podwykonawców, bezpośrednio uczestniczył:

- w budowie drogi min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 mln PLN;
- w budowie obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 5() m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu.

2. na zadaniu pn. „ Wykonanie w systemie „ zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji środowiskowej i decyzji ZRID z rygiorem natychmiastowej wykonalności oraz robót budowlanych w ramach zadania pn.: „ Budowa obwodnicy m. Strzyżów w ciągu drogi wojewódzkiej nr 988 ” ”, jako generalny wykonawca (w ramach konsorcjum), przy współdziałaniu podwykonawców, bezpośrednio uczestniczył:

- w budowie obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I,
- w budowie obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 5() m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu,
- w budowie obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.

Mając powyższe na uwadze, obecnie Mostostal Warszawa S.A., jako Wykonawca samodzielnie ubiegający się o zamówienie może posługiwać się doświadczeniem zdobytym w ramach wyżej wymienionych zamówień

Udzielenie powyższych wyjaśnień w kontekście treści 9 ust. 1 pkt 1) Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków jest niewystarczające i nie może zastąpić uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie wezwania Zamawiającego do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 PZP.

Podkreślenia wymaga, iż o ile samo wskazanie w specyfikacji warunków zamówienia wymaganych podmiotowych środków dowodowych w zakresie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 124 pkt 2) PZP (w odróżnieniu od podstaw wykluczenia jest nieobowiązkowe, to już w razie ich wskazania w SWZ ich zażądanie na podstawie art. 126

ust. 1 PZP jest obligatoryjne. Podobnie obligatoryjne jest skorzystanie przez Zamawiającego z instytucji wezwania do uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 PZP. Jak podkreśla się w literaturze: W komentowanym przepisie, dotyczącym wyłącznie zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, przewidziano w pkt I, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia (tzn. obligatoryjnych, a jeżeli przewidział — także fakultatywnych). Stanowi to utrzymanie dotychczasowych rozwiązań. Natomiast novum jest możliwość żądania przez zamawiającego — a nie obowiązek, jak miało to miejsce na podstawie Prawa zamówień publicznych z 2004 r. — podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Oznacza to, że zamawiający, korzystając z takowego uprawnienia, może oprzeć weryfikację podmiotową wykonawcy w tym zakresie wyłącznie na oświadczeniu wstępnym składanym na formularzu JEDZ (zob. art. 125 ust. I i 2 p.z.p.). Użyte w pkt 2 komentowanego przepisu sformułowanie „może żądać” należy rozumieć w ten sposób, że żądanie wprowadzie test uzależnione od decyzji zamawiającego. ale decyzja ta powinna zostać przez niego podjęta przed wszczęciem postępowania. Musi być bowiem jasno określone, czy oraz jakich podmiotowych środków dowodowych zamawiający będzie żądał od wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Jeżeli zatem zamawiający opiszę wymagane podmiotowe środki dowodowe we wskazanym zakresie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia (np. SWZ), od ich żądania nie może potem odstąpić na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia (np. po upływie terminu składania ofert) (...).

Tym samym uznać należy, iż Zamawiający wadliwie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, bowiem zaniechał wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w przedmiotowym zakresie. Wykonawca wskazuje tym samym, że w jego opinii Mostostal nie brał bezpośredniego udziału w wykonaniu przedmiotowych zamówień i nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut nr 2

Wykonawca Mostostal złożył podmiotowe środki dowodowe na wezwanie Zamawiającego, jednakże były one nieprawidłowe. Zamawiający pismem z dnia 14 lipca 2022 r. wezwał wykonawcę Mostostal w trybie art. 128 ust. 1 PZP do uzupełnienia złożonych w trybie art. 126 ust. I PZP podmiotowych środków dowodowych w zakresie „części sprawozdania finansowego — rachunek zysków i strat, za rok 2019, 2020 i 2021 w postaci pierwotnej, przy zachowaniu ich integralności”. Zamawiający wyznaczył Wykonawcy nieprzekraczalny termin uzupełnienia do dnia 21 lipca 2022 r. Zamawiający wyjaśnił, że „W świetle art. 49 ust. 7 ustawy o rachunkowości, który stanowi, że w przypadku podmiotów wpisanych do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, sprawozdanie z działalności jednostki

sporządza się w postaci elektronicznej oraz opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym, sprawozdanie finansowe zakwalifikować należy jako naturalny dokument elektroniczny. Naturalny dokument elektroniczny to dokument będący od początku swojego istnienia zbiorem zapisanym w postaci elektronicznej, możliwym do odczytania wyłącznie za pośrednictwem odpowiednich urządzeń elektronicznych, nieposiadający pierwowzoru w postaci nieelektronicznej (zob. 7 pkt 5 Instrukcji kancelaryjnej, stanowiącej załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 18 stycznia 2011 r. w sprawie instrukcji kancelaryjnej, jednolitych rzeczowych wykazów akt oraz instrukcji w sprawie organizacji i zakresu działania archiwów zakładowych — Dz. U. z 2011, Nr 14, poz. 67). Przenosząc powyższe informacje, charakteryzujące e-sprawozdanie finansowe na grunt podmiotowych środków dowodowych z ustawy PZP wskazać należy, że podmiotowy środek dowodowy, w tym również sprawozdanie finansowe albo jego część, powinien mieć atrybuty dowodu, tj. powinien posiadać cechy niezmienności niesionej informacji w okresie, w którym powinien istnieć, w celu umożliwienia poznania i ustalania faktów z którymi jest związany, a także ustalenia pewnych danych, takich jak data i czas jego powstania oraz możliwości jednoznacznego ustalenia osób związanych z tym dokumentem, w szczególności osób go podpisujących. W odniesieniu do podmiotowych środków dowodowych mających postać naturalnych dokumentów elektronicznych oznacza to, że powinny być one przekazane w postaci pierwotnej, przy zachowaniu ich integralności. Reguła ta znajduje odzwierciedlenie w 6 ust. 1 oraz § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie. Zamawiający informuje, że z uwagi na powyższe, nie ma technicznej możliwości sporządzenia wyciągu elektronicznego/wyodrębnienia części z podpisanego dokumentu elektronicznego bez naruszenia integralności złożonych na nim podpisów. Niedopuszczalne jest np. przygotowanie elektronicznej kopii części sprawozdania finansowego poprzez wydrukowanie odpowiednich jego fragmentów (np. rachunku zysków i strat), zeskanowanie ich i opatrzenie podpisem kwalifikowanym upoważnionej osoby, która poświadczalaby zgodność treści takiego cyfrowego odwzorowania papierowej kopii dokumentu z odpowiednim fragmentem dokumentu sporządzonego oryginalnie w postaci elektronicznej. Takie działanie jest bowiem niezgodne w świetle przepisów § 6 ust. 2 oraz § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie. Przepisy te pozwalają na posłużenie się odwzorowaniem cyfrowym jedynie dokumentu sporządzonego pierwotnie w postaci papierowej Tym samym uznać należy, iż podmiotowe środki dowodowe w zakresie

sprawozdań finansowych przedłożone przez wykonawcę Mostostal na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej były wadliwe i podlegały jednokrotnemu uzupełnieniu. Wykonawca jednak niezgodnie z przepisami dokonał uzupełnienia dwukrotnie, jeden raz nieskutecznie, co winno prowadzić do odrzucenia jego oferty, a drugi raz skutecznie, ale w sposób niedopuszczalny, nieszanujący poprzedniego błędu. Powyższe potwierdza e-mail wykonawcy Mostostal z dnia 15 lipca 2022 r. o godz. 11:49, temat: Uzupełnienie dokumentów na wezwanie z dnia 14.07.2022 r. prawidłowe", w którym wykonawca wskazał, iż „w odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 14. (07).2022 r., w załączeniu przesyłam dokumenty objęte wezwaniem do uzupełnienia, tj. część sprawozdania finansowego rachunek zysków i strat za ostatnie 3 lata obrotowe. Uprzejmie proszę o zignorowanie mojej poprzedniej wiadomości przesłanej o godz. 11:18 z uwagi na błąd techniczny w odczycie załączników ". Odwołujący uzyskał przedmiotowy e-mail w ramach udostępnienia przez Zamawiającego, a dokumentacja zawierała dwa zestawy plików, wskazujących na dwukrotne uzupełnienie. Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 28 lipca 2022 r. wraz z zestawem skompresowanych plików w zakresie korespondencji udostępnionych Odwołującemu przez Zamawiającego

Powyższe oznacza, że poprzedni e-mail z godziny 11 : 18 dotarł do Zamawiającego, lecz ponownie zawierał wadliwe załączniki w postaci sprawozdań finansowych. Powyższe oznacza, że wykonawca nieskutecznie prawo do jednokrotnego uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Skoro nadal były one wadliwe, jego oferta podlega odrzuceniu na mocy art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) PZP. a nie wybraniu jako najkorzystniejsza. Podkreślić należy, że przepisy PZP nie przewidują instytucji samouzupełnienia, a przedłożenie ponownie wadliwych podmiotowych środków dowodowych generowałoby konieczność dwukrotnego wezwania wykonawcy przez zamawiającego do ich uzupełnienia, co jest niedopuszczalne na gruncie art. 128 ust. 1 PZP. Jak podkreślają komentatorzy: (...): „Ustawodawca użył w ust. 1 określając sytuację, gdy m. in. podmiotowe środki dowodowe dotknięte są wymienionymi w przepisie „ wadami' wyrazu „ wzywa”, co oznacza, że zamawiający ma obowiązek wezwać co do zasady wykonawcę do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia. Z obowiązku wezwania zwalnia zamawiającego jedynie sytuacja, w której oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Ustawodawca nie wymienił innych, poza dwoma wskazanymi przypadkami, sytuacji uzasadniających odstąpienia przez zamawiającego od wezwania wykonawcy M' trybie komentowanego ust. I, w szczególności nie wymienił wśród tych sytuacji okoliczności samouzupełnienia podmiotowych środków dowodowych przez wykonawcę. Tym samym samodzielne uzupełnienie np. podmiotowych środków dowodowych przez. wykonawcę, jeżeli są one dotknięte wadami, nie zwalnia zamawiającego z obowiązku skierowania wezwania w trybie ust. 1 komentowanego przepisu ". Tym samym uznać należy, że złożone przez

wykonawcę mailem z godz. 1 1:18 podmiotowe środki dowodowe nadal posiadały wady i wady te były już nieusuwalne, co powinno skutkować odrzuceniem oferty. Regulacje PZP nie przewidują dla Zamawiającego uprawnienia do „zignorowania e-maila” i uznania za prawidłowe samouzupełnienia. Tym samym uznać należy, że „bór najkorzystniejszej oferty nastąpił z naruszeniem prawa, a oferta powinna ulegać odrzuceniu. Podkreślenia wymaga, że Mostostal nie powoływał się na błąd transmisji wiadomości, ale wprost przyznał się do nieokreślonego „technicznego” błędu w „odczytanie”, a co za tym idzie, do błędu w wykonaniu wezwania Zamawiającego.

Zarzut nr 3

Wykonawca Mostostal, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 czerwca 2022 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 126 ust. 1 PZP, przedłożył podmiotowe środki dowodowe pismem z dnia 29 czerwca 2022 r. Jak jednak wynika z dokumentacji udostępnionej Odwołującemu przez Zamawiającego, pismo wykonawcy Mostostal nie zawierało w załączniku wskazanych w nim plików oznaczonych w tym piśmie jako Załącznik II a) 2_3_Mostostal Warszawa_M02835_Sprawozdanie_z_badania_JSJF 3112 2020.xhtml oraz Załącznik II a) (..._). Pliki te są istotne, bowiem pozwalają zweryfikować prawidłowość podpisu osób działających w imieniu firmy audytorskiej, badającej sprawozdania finansowe (KPMG). Zgodnie zaś z § 8 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy „W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać, w szczególności, następujących podmiotowych środków dowodowych: sprawozdania finansowego albo jego części, w przypadku gdy sporządzenie sprawozdania wymagane jest przepisami kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a jeżeli podlega ono badaniu przez firmę audytorską zgodnie z przepisami o rachunkowości, również odpowiednio ze sprawozdaniem z badania sprawozdania finansowego, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających w szczególności przychody oraz aktywa i zobowiązania - za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres”. W przedmiotowym przypadku Zamawiający żądał podmiotowego środka dowodowego w formie badania sprawozdania finansowego przez firmę audytorską na podstawie pkt 10.8 Tomu I SWZ — IDW. Oznacza to, że przedstawienie tego dokumentu, wraz z prawidłowymi plikami umożliwiającymi weryfikację prawidłowości złożonych na nich podpisach było obowiązkowe. Wykonawca miał świadomość niezbędności przedmiotowych plików, jednakże ich nie załączył, a Zamawiający go do tego nie wezwał, co stanowi niezgodne z art. 128 ust. 1 PZP zaniechanie. Jak podkreśla się w literaturze: „Na zamawiającym ciąży obowiązek wezwania

do uzupełnienia dokumentów w trzech sytuacjach: gdy dokumenty nie zostały złożone; gdy nie są one kompletne — a więc nie zawierają wszystkich wymaganych informacji; gdy zawierają błędy, a więc zostały przedłożone w niewłaściwej formie lub wystawione z niewłaściwą datą” (...). W przedmiotowym przypadku przedłożone dokumenty były niekompletne, co aktualizowało obowiązek ich uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 PZP. Zamawiający winien wezwać Wykonawcę do uzupełnienia w tym zakresie. Jednocześnie z uwagi na fakt, iż Zamawiający wezwał już jednokrotnie Wykonawcę pismem z dnia 14 lipca 2022 r. do przedłożenia naturalnych plików elektronicznych sprawozdania finansowego, przedmiotowe sprawozdania z badania sprawozdań finansowych są integralną częścią sprawozdania finansowego i nie podlegają już dwukrotnemu uzupełnieniu. W takim przypadku oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust, I pkt 2) lit. c) PZP.

Zarzut nr 4

Przedłożone przez wykonawcę Mostostal podmiotowe środki dowodowe w zakresie roboty w ramach zamówienia pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej 519 na odcinku od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła Sokołów Małopolski Północ (z węzłem z podziałem na trzy zadania w zakresie: Zadanie A od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła „Podgórze” (bez węzła) o długości około 11,5 km” w postaci Świadectwa przejęcia części Robót nr 1 z dnia 06.12.2021 r. oraz Świadectwa Przejęcia Robót nr 2 z dnia 22.04.2022 r. potwierdzają, że wykonawca Mostostal nie zrealizował roboty o wartości minimum 200 mln zł netto, zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu wskazanymi w pkt 8.2.4.1 Tomu I SWZ — IDW. Wręcz przeciwnie, ze zsumowania kwot wynikających z częściowego Świadectwa Przejęcia i końcowego Świadectwa Przejęcia wynika, że wykonawca Mostostal uczestniczył w realizacji roboty o wartości poniżej 200 mln zł netto, a odpowiednio o wartości 165.224.279,12 zł netto i 14.827.086,70 zł netto. czyli sumarycznie 180 051 365.82 zł netto. Powyższe jest sprzeczne z wykazem robót. zgodnie z którym robota opiewała na wartość 228 364 541,24 zł netto (stanowi to przedmiot odrębnego zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Mostostal, potwierdzonego oświadczeniem w ramach wyjaśnień co do realizacji robót bezpośrednio w ramach konsorcjum). Powyższa różnica może wynikać z faktu że roboty zostały wykonane w sposób niepełny i nienależyty (w Świadectwie Przejęcia Robót nr 2 wskazano, że zostały „zasadniczo ukończone”, a dokument zawierał załącznik w postaci wykazu wad i usterek, którego jednak Wykonawca nie przedstawił, a Zamawiający nie wezwał do uzupełnienia), względnie w stosunku do pierwotnego zakresu przedmiotu zamówienia dokonano zmiany, w szczególności w drodze Polecenia Zmiany w trybie Subklauzuli 13.1 lub w drodze aneksu, poprzez ograniczenie zakresu zamówienia. W zakresie powyższego Zamawiający nie wezwał do uzupełnienia, ani do wyjaśnień. W istocie przedmiotem wezwania do wyjaśnień z dnia 12 lipca 2022 r. była wyłącznie kwestia realizacji przedmiotowej roboty przez wykonawcę bezpośrednio, w

ramach konsorcjum. Potwierdza to treść wezwania: „W związku z powyższym Zamawiający prosi o wyjaśnienie czy Wykonawca ubiegający się o zamówienie bezpośrednio uczestniczył na ww. zadaniu:

- w budowie drogi min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto,
- w budowie obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 5() m mierzony pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu”.

Wskazania w tym kontekście wymaga, że analizowane podmiotowe środki dowodowe nie podlegają uzupełnieniu. bowiem wprost potwierdzają, że wykonawca Mostostal nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i tym samym oferta winna podlegać od razu odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP. bez wzywania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Decydujące znaczenie na gruncie pkt 8.2.4.1 Tomu I SWZ — IDW powinna mieć wartość robót, które wykonawca rzeczywiście wykonał, a nie na jaką pierwotnie opiewała umowa o zamówienie publiczne. co odpowiada zasadzie proporcjonalności. Wiążąca jest zatem kwota wynikająca ze Świadectw Przejęcia. a nie z wykazu robót (odpowiadająca zapewne pierwotnej wartości robót wynikających z umowy).

Zarzut nr 5

Przedłożone przez wykonawcę Mostostal podmiotowe środki dowodowe w zakresie roboty w ramach zamówienia pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej 519 na odcinku od węzła „ Nisko Południe” (bez węzła) do węzła Sokołów Małopolski Północ (z węzłem z podziałem na trzy zadania w zakresie: Zadanie A od węzła „ Nisko Południe” (bez węzła) do węzła „Podgórze” (bez węzła) o długości około 11,5 km” w postaci Świadectwa przejęcia części Robót nr 1 z dnia 06.12.2021 r. oraz Świadectwa Przejęcia Robót nr 2 z dnia 22.04.2022r. potwierdzają, że wykonawca Mostostal nie zrealizował tej roboty należycie. Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy „W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających. czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów inne odpowiednie dokumenty” Zatem warunkiem realizacji roboty jest to, by dokumenty

odbiorowe potwierdzały, czy robota została wykonana należycie. Wymóg ten został wskazany w pkt 10.8 lit. c) Tomu I SWZ — IDW. Dokument Świadczenia Przejęcia Robót nr 2 z dnia 22.04.2022 r. wprost potwierdza, że roboty zostały wykonane nienależycie, bowiem zgodnie z tym dokumentem roboty zostały „zasadniczo ukończone”, a dokument ten zawiera w załączniku Wykaz wad i usterek, którego to załącznika wykonawca nie przedłożył. Nawet jednak w braku jego przedłożenia przedmiotowe Świadczenie Przejęcia potwierdza nienależyte wykonanie roboty przez wykonawcę Mostostal. Wskazania w tym kontekście wymaga, że analizowane podmiotowe środki dowodowe nie podlegają uzupełnieniu, bowiem wprost potwierdzają, że wykonawca Mostostal nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i tym samym oferta winna podlegać od razu odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP, bez wzywania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Zarzut 6

Wskazania wymaga, iż wykonawca Mostostal winien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz 10) PZP, bowiem w wyniku zamierzonego działania, względnie rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Ponadto, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Suma wartości robót netto ze Świadczenia przejęcia części Robót nr 1 z dnia 06.12.2021 r. oraz Świadczenia Przejęcia Robót nr 2 z dnia 22.04.2022 r. w zakresie roboty w ramach zamówienia pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej 519 na odcinku od węzła Nisko Południe ” (bez węzła) do węzła Sokołów Małopolski Północ (z węzłem z podziałem na trzy zadania w zakresie: Zadanie A od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła Podgórze” (bez węzła) o długości około 11,5 km” jest sprzeczna ze wskazaną przez wykonawcę Mostostal w wykazie robót kwotą, ze zsumowania kwot wynikających z częściowego Świadczenia Przejęcia i końcowego Świadczenia Przejęcia wynika, że wykonawca Mostostal uczestniczył w realizacji roboty o wartości minimum 200 mln zł netto, a odpowiednio o wartości 165.224.279,12 zł netto i 14.827.086,70 zł netto. czyli sumarycznie 180 051 365,82 zł netto. Powyższe jest sprzeczne z wykazem robót, zgodnie z którym robota opiewała na wartość 228 364 541,24 zł netto. W tym zakresie ma miejsce co najmniej rażące niedbalstwo wykonawcy Mostostal. jeśli nie zamierzone działanie, polegające na ukryciu nienależytego wykonania roboty, która była jedynie „zasadniczo ukończona” i posiadała wady oraz usterki, co obniżało jej wartość poniżej progu wymaganego przez Zamawiającego. Podkreślenia w tym kontekście wymaga, że

okoliczności wprowadzenia w błąd Zamawiającego przez wykonawcę Mostostal świadczą o zamierzonym działaniu, bowiem wykonawca potwierdził, że wykonał bezpośrednio w ramach konsorcjum roboty o wartości co najmniej 200 mln złotych netto w piśmie z dnia 13 lipca 2022r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 lipca 2022 r. Wykonawca mógł chcieć zataić fakt, że roboty nie zostały wykonane w całości, względnie zostały wykonane nienależycie (skoro Świadcstwo Przejęcia nr 2 wskazuje, że zostały „zasadniczo ukończone” i załączono wykaz wad i usterek, a wartość całości wykonanych robót w ramach zamówienia jest niższa niż wynika z pierwotnej umowy, tj. kwoty wskazanej w wykazie robot). Niewątpliwie działanie wykonawcy mogło mieć wpływ na działanie Zamawiającego, który nie skorzystał z prawa wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) PZP i wybrał ofertę wykonawcy jako najkorzystniejszą. W istocie zaś wykonawca Mostostal nie spełnia najważniejszego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej w zakresie realizacji roboty o wartości co najmniej 200 mln zł netto. Zamawiający nie skorzystał z przedmiotowej możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) PZP, bowiem najpewniej nie "krył przedmiotowego błędu i zażądał jedynie wyjaśnienia, czy wykonawca Mostostal uczestniczył w realizacji roboty zgodnej z warunkami udziału w postępowaniu bezpośrednio, z uwagi na realizację w ramach konsorcjum. Skoro jednak wykonawca Mostostal nie został wykluczony na wcześniejszym etapie, Zamawiający winien zastosować art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) PZP i odrzucić ofertę tego wykonawcy z uwagi na fakt, że podlega on wykluczeniu. Podkreślić należy, iż zgodnie z pkt 9.2 pkt 8) Tomu I SWZ — IDW „Dodatkowo Zamawiający wykluczy Wykonawcę: który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że niepodlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych ". W świetle powyższego uznać należy, że przy zaistnieniu tej przesłanki Zamawiający jest zobowiązany do dokonania czynności wykluczenia (stanowcze sformułowanie „Zamawiający wykluczy Wykonawcę”). Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 czerwca 2021 r., KIO 1299/21, gdzie wskazano, iż: „Wyłącznie nieprzewidzenie przez Zamawiającego wykluczenia na podstawie przesłanki, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 p.z-p. (dotyczące wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu w szczególności informacji, że spełnia warunki udziału M' postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, lub wykonawcy, który zataił te informacje) czyni bezprzedmiotowym rozpatrywanie okoliczności przez pryzmat tej podstawy wykluczenia ". Regulacja art. 109 ust. 1 PZP (w odróżnieniu od art. 109 ust. 1 PZP) w zakresie możliwości wykluczenia wykonawcy

jest zatem zupełnie analogiczna w swym kształcie do regulacji art. 124 pkt 2) PZP w zakresie możliwości żądania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (w odróżnieniu od obowiązku ich żądania w przypadku podstaw wykluczenia na podstawie art. 124 pkt 1) PZP). Dobrowolność w tym zakresie dotyczy wyłącznie etapu formułowania przez Zamawiającego SWZ, a nie etapu jego stosowania. Skoro Zamawiający przewidział zastosowanie tej przesłanki wykluczenia, to jest zobowiązany ją zastosować w niniejszym przypadku zgodnie z SWZ. Tym samym dopuszczalne jest wniesienie odwołania w zakresie zaniechania Zamawiającego w przedmiocie wykluczenia wykonawcy Mostostal, względnie odrzucenia jego oferty z przyczyn wykluczenia, bowiem Zamawiający był zobowiązany do dokonania tych czynności. Powyższe wskazał potwierdza również orzecznictwo i literatura.

Odwołujący – mając na uwadze odpowiedź na odwołanie złożoną w piśmie z dnia 24 sierpnia 2022 r. o czym mowa poniżej - na posiedzeniu w dniu 25 sierpnia 2022 r. cofnął zarzut oznaczony nr 2 a zarzut oznaczony nr 3 – cofnął na rozprawie. Na posiedzeniu cofnął także wniosek o zobowiązanie Zamawiającego do wnioś o zobowiązanie Zamawiającego GDDKiA do przedłożenia (...) dokumentu istotnego dla sprawy w postaci: Umowy konsorcjum lub innej odpowiedniej umowy łączącej wykonawcę Mostostal i Acciona Construcción S.A. (...).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (wskazane powyżej pismo z dnia 24 sierpnia 2022 r.) wniósł o oddalenie odwołania i wskazał – w zakresie podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów - w szczególności:

(...)

Mając na uwadze, że oferta złożona w prowadzonym postępowaniu przez Mostostal, została najwyżej oceniona, Zamawiający pismem z dnia 27 czerwca 2022 r. wezwał wykonawcę Mostostal w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, do przedłożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi na wezwanie, Mostostal w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia złożył m.in:

(...) w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowania, Wykonawca złożył:

- 1) część sprawozdania finansowego – rachunek zysków i strat, wraz ze sprawozdaniem z badania sprawozdania finansowego – za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe;
- 2) informację z banku potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem;

- 3) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat wraz z podaniem ich daty, rodzaju, wartości i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane wraz z referencjami;
- 4) wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę lub kierowanie robotami budowlanymi wraz z wymaganymi informacjami.

Kolejno, w dniu 12 lipca 2022 r., Zamawiający, mając na uwadze treść złożonych w dniu 29 czerwca 2022 r. podmiotowych środków dowodowych, wezwał wykonawcę Mostostal do złożenia wyjaśnień czy uczestniczył w związku ze wskazaniem w wykazie robót Robot nr 1:

- 1) w budowie drogi nub, GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto;
- 2) w budowie obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu.

W ramach ww. wezwania, Zamawiający wniósł także o wyjaśnienie czy Wykonawca w uczestniczył w związku ze wskazaną w wykazie robót Robotą nr 2:

- 1) w budowie obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I;
- 2) w budowie obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu;
- 3) w budowie obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła o co najmniej 50 m.

Żądane przez Zamawiającego wyjaśnienia zostały złożone przez wykonawcę Mostostal w dniu 13 lipca 2022 r., w którym oświadczył, że jako generalny wykonawca (w ramach konsorcjum) uczestniczył w realizacji ww. robót w ramach Roboty nr 1 oraz Roboty nr 1. Nadto, Zamawiający pismem z dnia 14 lipca 2022 r. wezwał wykonawcę Mostostal uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, tj. części sprawozdania finansowego – rachunku zysków i strat za rok 2019, 2020 oraz 2021 r. w postaci pierwotnej, przy zachowaniu integralności, z uwagi na wykonawca w sposób nieprawidłowy przedstawił jedynie fragmenty ww. sprawozdań. Żądane sprawozdania finansowe zostały uzupełnione przez wykonawcę Mostostal w dniu 15 lipca 2022 r. Mając na uwadze, że Zamawiający, po zapoznaniu się z wyjaśnieniami wykonawcy Mostal oraz całokształtem podmiotowych środków dowodowych, nie zidentyfikował podstaw uzasadniających odrzucenie oferty bądź wykluczenie wykonawcy Mostostal z postępowania po zbadaniu zarówno oferty jak i złożonych podmiotowych środków dowodowych, jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w dniu 26 lipca 2022 r. Nie sposób się tym samym zgodzić z twierdzeniami Odwołującego, co zostanie szerzej omówione w dalszej części niniejszego stanowiska.

Zarzut nr 1

W pierwszej kolejności odnosząc się do zarzutu rzekomego braku potwierdzenia przez Zamawiającego doświadczenia nabytego w ramach Roboty nr 1 oraz Roboty nr 2 przez wykonawcę Mostostal w ramach konsorcjum, należy podkreślić, że Zamawiający nie podziela poglądu Odwołującego jakoby złożone przez wykonawcę Mostostal wykaz robót oraz oświadczenie z dnia 13 lipca 2022 r. potwierdzające bezpośredni udział wykonawcy Mostostal w realizacji Roboty nr 1 oraz Roboty nr 2 jawiły się jako niewystarczające dla potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę Mostostal warunków udziału w postępowaniu. Wolą ustawodawcy zgodnie z § 9 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie PŚD, wykaz robót zawierający informacje o ich rodzaju, wartości, dacie i miejscu wykonania oraz podmiotach, na rzecz których roboty te zostały wykonane, stanowi podstawowy środek dowodowy składany przez wykonawców celem wykazania przez nich spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej lub technicznej. Wraz z wykazem robót wykonawca winien złożyć także dokumenty potwierdzające wykonanie robót w sposób należyty, przy czym dowodami potwierdzającymi tę okoliczność są przede wszystkim referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty. Podobne stanowisko wynika m.in. z wyroku KIO 1498/22: *„Referencje stanowią potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, których rodzaj, przedmiot, wartość, daty i miejsce wykonania Wykonawca podaje w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych. (...) To nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz dostaw, usług lub robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia.”* Tym samym, wbrew pogładowi prezentowanemu przez Odwołującego, oświadczenie o podziale prac w ramach konsorcjum nie stanowi w żadnym stopniu podmiotowego środka dowodowego, którego zamawiający zobowiązany jest żądać od wykonawcy wykazującego nabyte doświadczenie w ramach konsorcjum, w szczególności w sytuacji przedłożenia przez wykonawcę wykazu robót oraz referencji potwierdzających realizację w sposób należyty przez niego robót, zgodnie z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego. Kolejno, wymaga podkreślenia, że okoliczność, iż Mostostal wykonywał prace w ramach Roboty nr 1 oraz Roboty nr 2 w ramach konsorcjum, a nie samodzielnie, nie uniemożliwia stwierdzenia, iż nabył doświadczenie wymagane przez Zamawiającego w związku ze wskazanymi warunkami udziału w postępowaniu dotyczącymi zdolności technicznej lub zawodowej. W ocenie Zamawiającego badanie doświadczenia nabytego w konsorcjum wymaga potwierdzenia przez podmiot prowadzący postępowanie bezpośredniego uczestnictwa w realizacji powoływanych robót, co również Zamawiający uczynił wzywając wykonawcę Mostostal do wyjaśnienia zgodnie z treścią pisma z dnia 12 lipca 2022 r. Jak natomiast wskazała KIO w

wyroku z dnia 22 marca 2021 r., sygn. akt KIO 392/21: „Istotne jest również w jaki sposób Wykonawca powołujący się na doświadczenie i wiedzę zdobyte w ramach zadania wykonywanego przez grupę wykonawców te okoliczności wykazuje, czy to przez złożenie wymaganych wykazów, referencji, dodatkowe wyjaśnienia, umowy konsorcjum, faktury za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia, ustalenia wewnętrzne między konsorcjantami, inne ustalenia.” Niemniej jednak, Odwołujący zdaje się całkowicie pomijać, że Robota nr 1 została wykonana na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, która również prowadzi postępowanie objęte niniejszą sprawą, a tym samym Zamawiający w chwili badania oferty wykonawcy Mostostal, dysponował oświadczeniem konsorcjantów dotyczącym podziału prac w Robocie nr 1, jak również porozumieniem zawartym przez konsorcjantów w Warszawie w dniu 30 października 2018 r. określającym warunki wzajemnej współpracy w związku z Robotą nr 1. Jak wynika z przedłożonego oświadczenia (Załącznik nr 2), wykonawca Mostostal wraz z konsorcjantem Acciona Construcccion S.A., nie dokonali podziału zadania na części i realizowali roboty wspólnie, przy jednoczesnym zaangażowaniu obu partnerów. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3748/21, KIO 3758/21, gdzie wskazano, że: „Potwierdzeniem wymaganego warunku miał być Wykaz robót, który na gruncie obowiązujących przepisów jest podmiotowym środkiem dowodowym, potwierdzającym okoliczność uczestnictwa wykonawcy w wykonaniu referencyjnych robót. Zatem okoliczność ta badana jest – z założenia ustawodawcy jak wskazywał Zamawiający - na podstawie oświadczenia wykonawcy. Zamawiający, w ocenie Izby szczególnie w przypadku tego zadania referencyjnego, którego był odbiorcą wykazał, że nie miał podstaw do kwestionowania oświadczenia wykonawcy PORR złożonego w Wykazie i wzywania go dodatkowo do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów zakresu jego udziału w wykonaniu zadania referencyjnego.”. dowód: 1) oświadczenie konsorcjantów Mostostal oraz Acciona Contstrucccion S.A. wraz z porozumieniem z dnia 30 października 2018 r. – Załącznik nr 2.

Nadto, Zamawiający jako podmiot zlecający Robotę nr 1, w chwili badania i oceny oferty wykonawcy Mostostal w postępowaniu objętym Odwołaniem posiadał także dostęp do list obecności z protokołów z rad budowy i rad technicznych (Załącznik nr 3 i 4). Na podstawie załączonych tytułem przykładu list obecności należy wywieść, że poniższe osoby, składając swój podpis na listach, oficjalnie należały do personelu wykonawcy Mostostal: (...) *(komentarz Izby: tu wskazał m.in. na dyrektora Kontraktu, kierowników robót różnych branż, ds. projektowania - łącznie 23 osoby)*. Powyższe oznacza tym samym, że pracownicy zatrudniani przez wykonawcę Mostostal brali udział w naradach, spotkaniach roboczych oraz technicznych, a także bezpośrednio współpracowali z zamawiającym oraz pozostałymi podmiotami zaangażowanymi w realizację Roboty nr 1. dowody: 1) Listy obecności z Rad

Budowy Roboty nr 1 – Załącznik nr 3; 2) Listy obecności z Rad Technicznych Roboty nr 1 – Załącznik nr 4.

Zamawiający badając ofertę wykonawcy Mostostal, dysponował także Schematami organizacyjnymi Wykonawcy (Załącznik nr 5), stanowiącymi załączniki do raportów miesięcznych wystawianych Zamawiającemu. Dla każdej z występujących na schemacie osób zostały podane dane kontaktowe w formie numeru telefonu oraz adresu e-mail, które wprost wskazują, że poszczególne osoby są pracownikami wykonawcy Mostostal. Z przedstawionego schematu wynika, że wykonawca nie tylko zapewniał kluczowy dla realizacji zamówienia personel (np. Inżynier Robót, Dyrektor Obszaru, Dyrektor Kontraktu), ale również koordynował roboty drogowe, roboty mostowe, a także roboty sanitarne i hydrotechniczne. Zgodnie natomiast z wyrokiem KIO z dnia 22 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2262/19: *„Dany wykonawca (konsorcjant - czy to lider, czy to partner), żeby wykazać się doświadczeniem, nie musiał wykonywać absolutnie wszystkiego w danym zamówieniu czy danej jego części, na którą się powołuje (byłoby to sprzeczne z zasadami działania konsorcjów), ale jego udział w tym zamówieniu (lub odpowiednio jego części - w zależności od brzmienia warunku), musi być na tyle istotny, by zarówno ten jego udział, jak i nabyte doświadczenie, były faktyczne i realne, a także w miarę kompleksowe, tj. dotyczyły jak najpełniejszej części tej realizacji.”*. dowód: □ Schematy organizacyjne Roboty nr 1 – Załącznik nr 5.

Przechodząc natomiast do oceny przez Zamawiającego doświadczenia wykonawcy w ramach Roboty nr 2, w pierwszej kolejności trzeba zauważyć, że wykonawca wraz z wykazem robót złożył w dniu 29 czerwca 2020 r. referencje wystawione przez Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie. Z treści ww. referencji wynika, iż spółka Mostostal Warszawa S.A. została wyznaczona jako Lider Konsorcjum utworzonego celem realizacji Roboty nr 2. Treść referencji w sposób szczegółowy wyjaśnia parametry drogi oraz obiektów mostowych, a także rodzaje robót oraz pozostałych prac wykonanych na ww. zadaniu. Jednocześnie, z oświadczenia zawartego w referencjach wynika, że roboty zostały wykonane należycie oraz prawidłowo ukończone. Nadto, okoliczność bezpośredniego nabycia doświadczenia w ramach Roboty nr 2 została potwierdzona przez wykonawcę Mostostal w związku ze złożonym w wyjaśnieniach z dnia 13 lipca 2022 r. oświadczeniem. Zamawiający tym samym nie powziął wątpliwości uzasadniających złożenie przez wykonawcę dodatkowych dokumentów w tym zakresie, uznając złożone oświadczenie za wystarczające. Co więcej, zgodnie z przywoływanym powyżej § 9 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie PŚD, Zamawiający celem potwierdzenia należytego wykonania robót wskazywanych celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu uprawniony jest do żądania innych dokumentów aniżeli referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane w momencie, w którym wykonawca z

przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów. Okoliczność taka nie miała natomiast miejsca w niniejszym postępowaniu, mając na uwadze treść referencji przedłożonych w związku z realizacją Roboty nr 2 przez wykonawcę Mostostal. Co więcej, wbrew twierdzeniom Odwołującego, złożone przez wykonawcę Mostostal oświadczenie dotyczące realizacji przez niego Roboty nr 1 i Roboty nr 2 w żaden sposób nie stanowiło – jak zdaje się forsować Odwołujący – o zastąpieniu przez wykonawcę Mostostal obowiązku złożenia wymaganych przez Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych, które to zostały przedłożone zgodnie z treścią SWZ (tj. wykaz robót oraz referencje). Nie jest więc tak, aby Zamawiający, wnosząc o wyjaśnienie pismem z dnia 13 lipca 2022 r. wykazywanego doświadczenia, odstąpił na etapie badania oferty wykonawcy Mostostal od żądania podmiotowych środków dowodowych wymaganych na gruncie treści udostępnionej w postępowaniu SWZ. Oczywiście jest bowiem, że celem złożonych wyjaśnień było jedynie potwierdzenie przez wykonawcę Mostostal okoliczności bezpośredniego udziału w Robocie nr 2 wskazanej w wykazie robót oraz referencji, co w sposób kompleksowy pozwoliło na ocenę przez Zamawiającego również w tym zakresie doświadczenia wykonawcy Mostostal jako spełniającego postawione w SWZ warunki udziału w postępowaniu.

(...)

Zarzut nr 4

W tym miejscu należy ponownie podkreślić, że Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie prowadziła postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia na realizację Roboty nr 1, wskazanej przez wykonawcę Mostostal w wykazie robót złożonym w dniu 29 czerwca 2022 r., celem wykazania spełnienia warunku polegającego na realizacji jednego zadania na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto. Tym samym Zamawiający w chwili oceny i badania ofert dysponował m.in. Wykazem Płatności powstałym w związku z realizacją ww. zadania, zgodnie z którym wartość robót netto wynosi: 199 116 342,76 zł netto (Roboty) + 12 338 106,88 zł netto (Koszty Ogólne) = 211 454 449,50 zł netto. dowód: □ Wykaz Płatności dla Roboty nr 1 – Załącznik nr 16.

Zamawiający wyjaśnia w tym miejscu, że wyodrębnienie w ramach Wykazu Płatności odrębnie „Kosztów Ogólnych Wykonawcy” służy do bieżących rozliczeń z Wykonawcą, jednakże nie oznacza to, iż ww. te nie stanowią również Kosztu Robót Budowlanych, co wynika z definicji przyjętych w Szczególnych Warunkach Kontraktu oraz Wymagań Ogólnych udostępnionych w ramach dokumentacji przetargowej dla Roboty nr 1. Zgodnie z definicją zawartą w pkt 1.1.4.3. Szczególnych Warunkach Kontraktu, „koszt” oznacza „wszelkie uzasadnione i udokumentowane wydatki, poniesione przez wykonawcę na Placu Budowy lub poza nim, lecz wyłącznie w związku z Kontraktem, włącznie z narzutami i innymi

obciążeniami, lecz z wyłączeniem zysku”. Jak natomiast wynika z pkt 9.1 D-M.00.00.00 Wymagania Ogólnie w cenie ryczałtowej należy również uwzględnić”: "koszty pośrednie, w skład których wchodzi koszty takie jak: płace personelu i kierownictwa budowy, pracowników nadzoru i laboratorium, wydatki dotyczące bhp; usługi obce na rzecz budowy; opłaty za dzierżawę placów i bocznic; ekspertyzy dotyczące wykonanych robót, ubezpieczenia oraz koszty zarządu przedsiębiorstwa Wykonawcy”. Prawidłowa interpretacja powyższych fragmentów dokumentacji przetargowej, prowadzi do wniosku, że Koszty Ogólne Wykonawcy (m. in. koszty przygotowania i utrzymania placu budowy, wykonania i utrzymania dróg dojazdowych) niezależnie od podziału wprowadzonego w Wykazie Płatności (system „Projektuj i Buduj”), stanowią składową Kosztu Wykonania Robót (są to koszty pośrednie wykonania robót budowlanych), dlatego należy je uwzględniać przy określaniu wartości/kosztu wykonywanych robót budowlanych. Celem potwierdzenia powyższego, Zamawiający przedkłada nadto w załączeniu fragment wyjaśnień wykonawcy Mostostal z etapu „Badania rażąco niskiej Ceny” dot. postępowania na realizację Roboty nr 1 (Załącznik nr 19). Z treści Załącznika nr 19 wynika, iż wykonawca Mostostal wyszczególnił w ramach Kosztów Ogólnych Wykonawcy następujące elementy:

- 1) zaplecze budowy wraz z kosztami utrzymania;
- 2) zatrudnienie głównej kadry kierowniczej;
- 3) koszty finansowe (ubezpieczenia, gwarancje należytego wykonania umowy;
- 4) obsługa geodezyjna;
- 5) obsługa laboratoryjna;
- 6) koszty BHP;
- 7) monitoring jakości wód podziemnych;
- 8) utrzymanie odcinków dróg kolidujących z inwestycją;
- 9) sprzęt laboratoryjny z D-M.00.00.01; 10) pozostałe wymagania ogólne.

Wszystkie powyższe elementy są konieczne i niezbędne do prawidłowego wykonania robót budowlanych tj. stanowią elementy składowe wartości realizacji robót, co potwierdza, że Koszty Ogólne Wykonawcy składają się również na wartość robót budowlanych w ramach Roboty nr 1. dowody: 1) fragment Szczególnych Warunków Kontraktu dla Roboty nr 1 – Załącznik nr 17; 2) fragment DM.00.00.00 Wymagania Ogólne dla Roboty nr 1 – Załącznik nr 18; 3) fragment wyjaśnień badania rażąco niskiej ceny wykonawcy Mostostal w ramach Roboty nr 1 – Załącznik nr 19.

Zgodnie natomiast z Przejściowym Świadectwem Płatności nr 45 z dnia 12.05.2022 r., dalej zwanym „PŚP nr 45”), wystawionym w ramach realizacji Roboty nr 1 przed dniem złożenia ofert (tj. przed dniem 01 czerwca 2022r), ostateczna wartość robót wykonanych i odebranych przez Wykonawcę wynosiła 228 364 541,24 zł netto, co potwierdza, że wartość robót wynikająca z PŚP nr 45 jest tożsama z wartością wskazaną tytułem Roboty nr 1 przez

Wykonawcę w wykazie robót. Na powyższą kwotę, zgodnie z PŚP nr 45, składają się następujące elementy:

- 1) Wartość robót zasadniczych - 211 416 806,13 zł netto;
- 2) Wartość robót wprowadzonych na podstawie Poleceń Zmian - 6 179 192,24 zł netto;
- 3) Wartość robót wprowadzonych na podstawie art. 19 ust. 3 pkt. 2a i 2b ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Pzp. – zamówienie dodatkowe 229 932,54 zł netto;
- 4) Płatność do realizacji na podstawie klauzuli 14.3.(b), tj. waloryzacja robót - 10 538 610,33 zł netto.

Łącznie : 228 364 541,24 zł netto dowód: □ Przejściowe Świadcstwo Płatności nr 45 – Załącznik nr 20.

Mając na uwadze tym samym Wykaz płatności (Załącznik nr 16) składany na etapie postępowania przetargowego, Przejściowe Świadcstwo Płatności nr 45 z dnia 12.05.2022 r. (Załącznik nr 20) oraz przekazane przez wykonawcę Mostostal Świadcstwa Przejęcia nr 1 (dalej zwane: „ŚP”) i Świadcstwo Przejęcia nr 2 (dalej zwane: „ŚP 2”), potwierdzające prawidłowe wykonanie robót budowlanych i przejęcie ich przez Zamawiającego, Zamawiający stoi na stanowisku, że wykonawca Mostostal uczestniczył w realizacji roboty o wartości minimum 200 mln zł netto (tj. Robota nr 1) i spełnił warunek udziału w postępowaniu polegający na realizacji jednego zadania na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto.

Zarzut nr 5

Przechodząc do podnoszonego przez Odwołującego zarzutu, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Mostostal w sytuacji, gdy z przedstawionych przez wykonawcę Mostostal ŚP 1 i ŚP 2 nie wynika, aby wykonawca Mostostal wykonał należycie roboty o wartości minimum 200 mln zł netto, Zamawiający w pierwszej kolejności zaznacza, że okoliczność podpisania przez strony umowy na realizację Robót nr 1 świadectw przejęcia oznacza, iż roboty te zostały zakończone i rozliczone i jako takie zostały wykonane należycie. Tym samym, Wykonawca przedstawiając ŚP 1 oraz ŚP 2 na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdził, że prace w ramach Roboty nr 1 na kwotę 221 509 997,87 zł netto zostały zasadniczo zakończone, tj. przejęte przez Zamawiającego. Wartości poświadczane ww. Świadcstwach Przejęcia opiewające bowiem na kwoty 165 224 279,12 zł netto (ŚP 1) oraz 14 827 086,70 zł netto (ŚP 2) są to kwoty rozliczone za roboty w ramach kontraktu na dzień wystawienia niniejszych Świadcstw Przejęcia. Mając jednak na uwadze wątpliwości Odwołującego dotyczące należytego wykonania Roboty nr 1 Zamawiający wystąpił do Kierownika Projektu o potwierdzenie w tym zakresie. dowód: □ korespondencja e-mailowa z dnia 19 sierpnia 2022 r. – Załącznik nr 21. Nie zaszła również opisywana przez Odwołującego okoliczność jakoby złożone w tym zakresie podmiotowe środki dowodowe miały charakter niekompletny z uwagi na

niezałączenie do ŚP nr 2 wykazu wad i usterek. Odwołujący bowiem, jako podmiot, na rzecz którego wykonawca Mostostal w ramach konsorcjum realizował Robotę nr 1, dysponował możliwością zbadania charakteru oraz wymiaru przedmiotowych wad i usterek. Z ustaleń dokonanych przez Zamawiającego tym samym wynika nie tylko, że miały one charakter nieznaczny w kontekście całości zamówienia, ale również, iż zostały w przeważającej części usunięte w kwietniu oraz w maju 2022 r. dowody: 1) lista usuniętych wad i usterek kwiecień 2022 r. – Załącznik nr 22; 2) lista usuniętych wad i usterek maj 2022 r. – Załącznik nr 23; 3) lista wykonanych prac zaległych kwiecień 2022 r. – Załącznik nr 24; 4) lista wykonanych prac zaległych maj 2022 r. – Załącznik nr 25.

Tym samym, nie istnieją podstawy uzasadniające stwierdzenie, że oferta wykonawcy Mostostal winna podlegać odrzuceniu z uwagi to, iż Robotą nr 1 wskazana na wykazanie udziału w warunku postępowaniu polegającego na wykonaniu 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto została wykonana nienależycie, gdyż nie tylko załączone PŚ 1 oraz PŚ 2 potwierdzają odbiór robót na kwotę powyżej 200 mln złotych netto, ale również Zamawiający w sposób rzetelny ustalił, że wady i usterki (których charakter nie uzasadniał odmowy odbioru robót) wykonawca Mostostal usunął w znacznym stopniu usunął przed upływem terminu składania ofert, tj. 01 czerwca 2022 r.

Zarzut nr 6

Oceniając bezzasadność zarzutu Odwołującego w zakresie w jakim podniósł on, że wykonawca Mostostal winien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 ustawy Pzp, bowiem w wyniku zamierzonego działania, względnie rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, iż spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, w pierwszej kolejności zaznaczyć trzeba, iż wartość Roboty nr 1 wskazana w wykazie robót przedstawionym przez wykonawcę Mostostal na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej jest zgodna z rzeczywistą wartością tych robót, ustaloną również przez Zamawiającego, co zostało szerzej opisane w ramach Zarzutu nr 4. Jak natomiast wskazała KIO w wyroku z dnia 24 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3284/21: „W przypadku podstaw wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 p.z.p. pierwszą konieczną przesłanką jest zaistnienie sytuacji przedstawienia zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia wprowadzających w błąd, czyli po prostu nieprawdziwych (według dawniejszej terminologii), bo niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy, informacji. Należy przyjąć, że obecnie obowiązujące przepisy, tak jak dawniej obowiązujący art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. z 2004 r., nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia "prawdy" lub "nieprawdy" w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Mając tym

samym na uwadze, że informacja dotycząca wartości robót wykonanych w ramach Roboty nr 1 jest zgodna z rzeczywistym stanem rzeczy, nie sposób w związku zidentyfikować po stronie wykonawcy Mostostal działania wprowadzającego w sposób zamierzony Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, jak również lekkomyślności czy niedbalstwa mających wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Powyższe oznacza, że w tym zakresie brak jest podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Mostostal, a następczo – wykluczenia wykonawcy Mostostal z postępowania”.

W podsumowaniu Zamawiający podał, że (...) *podmiotowe środki dowodowe złożone przez wykonawcę Mostostal zostały przezeń zbadane w sposób rzetelny oraz prawidłowy, z uwzględnieniem stawianych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. W zakresie w jakim Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie zbadał spełnienia przez wykonawcę Mostostal warunku zdolności sytuacji finansowej lub ekonomicznej, Zamawiający wykazał, że nie zachodzą podnoszone przez Odwołującego okoliczności dotyczące braku możliwości weryfikacji przez Zamawiającego podpisów złożonych pod przedłożonymi przez wykonawcę Mostostal sprawozdań z badania biegłego rewidenta, a także Odwołujący błędnie identyfikował jakoby wykonawca Mostostal dokonał „samouzupelnienia” sprawozdań finansowych za 2020 r. oraz 2021 r. W odniesieniu do niespełnienia przez wykonawcę Mostostal warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający prawidłowo zbadał, że wykonawca Mostostal w ramach Roboty nr 1 oraz Roboty nr 2 nabył w ramach konsorcjum doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia objętego niniejszą Umową, nie tylko biorąc pod uwagę złożony wykaz robót wraz dokumentami potwierdzającymi należytą realizację każdego z zadań, ale także potwierdzając bezpośrednio uczestnictwo w realizacji tychże zadań przez wykonawcę Mostostal jako lidera konsorcjum. Wartość Roboty nr 1 wskazana w wykazie robót jest zgodna z jej rzeczywistością wartością, a Zamawiający ustalił, że wskutek podpisania ŚP nr 1 oraz ŚP nr 1 oraz dalszego usunięcia wad i usterek przez wykonawcę Mostostal, Robota nr 1 została wykonana należyście (...).*

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił (w piśmie z dnia 8 sierpnia 2022 r.) wykonawca Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (Przystępujący) wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W piśmie procesowym z dnia 24 sierpnia 2022 r. wskazał (w zakresie podtrzymanych przez Odwołującego zarzutów) w szczególności:

(...)

Zarzut nr 1

1. Przedstawione przez Przystępującego podmiotowe środki dowodowe potwierdzają, że Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Domaradz (bez węzła) do węzła Iskrzynia (bez węzła) dł. ok. 12,5 km („ Postępowanie”).
2. Z przedłożonych przez Przystępującego podmiotowych środków dowodowych oraz wyjaśnień z dnia 13 lipca 2022 r. wynika bowiem, że Przystępujący w przypadku obu wskazanych w wykazie robót budowlanych inwestycji faktycznie i bezpośrednio (w siłach własnych lub przez swoich podwykonawców) realizował roboty budowlane w ramach inwestycji wskazanych w przedłożonych dokumentach, w szczególności roboty budowlane objęte doświadczeniem wymaganym na potrzeby wykazania warunków udziału w Postępowaniu, tzn. doświadczenie dotyczące obiektów mostowych jak i drogi.
3. Niezależnie od tego Przystępujący przy realizacji każdej ze wskazanych inwestycji pełnił funkcję Lidera Konsorcjum. Oznacza to, że Przystępujący pełnił funkcję zarządczą i koordynującą przy realizacji całego zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia. Przystępujący, jako Lider Konsorcjum, każdorazowo upoważniony był do dokonywania samodzielnie w imieniu każdego z partnerów wszelkich czynności związanych z realizacją inwestycji, w tym składania oświadczeń woli i wiedzy, wyjaśnień, zawiadomień, instrukcji, a także podejmowania decyzji potrzebnych do realizacji każdej z umów, uczestniczenia w odbiorach i podpisywania protokołów zaawansowania robót i protokołów odbioru, prowadzenia wszelkich rozliczeń finansowych z zamawiającymi, a także dokonywania innych czynności prawnych i faktycznych niezbędnych do wykonania umów, w szczególności koordynowania działań partnerów w ramach realizacji robót budowlanych.
4. Personel Przystępującego pełnił kluczowe funkcje kierownicze w trakcie realizacji umów, w tym także samodzielne funkcje techniczne w budownictwie poprzez pełnienie funkcji kierownika budowy oraz kierowników robót w branży mostowej oraz drogowej. W toku realizacji robót budowlanych personel Przystępującego uczestniczył w radach budowy czy też wszelkich innych spotkaniach dotyczących realizacji robót oraz dokonywał stosownych wpisów w dziennikach budowy.
5. W przypadku kwestionowanych w odwołaniu robót Mostostal Warszawa S.A. był zatem wykonawcą, który aktywnie uczestniczył w realizacji całego zakresu robót od początku (od momentu zawarcia umowy), aż do ich zakończenia (wydania Świadectwa Przejęcia/ podpisania protokołu odbioru robót budowlanych). Już zatem tylko z tego względu brak jest podstaw do twierdzenia, że Przystępujący nie nabył doświadczenia w ramach realizacji wskazywanych w odwołaniu inwestycji. Poza tym istnieją daleko idące argumenty przesądzające o posiadaniu przez Przystępującego omawianego doświadczenia.

6. Wskazać należy także, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”) w sprawie Esaprojekt zarówno w wersji angielskiej, jak i francuskiej, tylko potwierdza tezy wskazywane przez Przystępującego . TSUE wyraźnie wskazał, powołując się na stanowisko rządu RP, że bierni członkowie konsorcjum nie nabywają doświadczenia związanego z realizacją prac przez konsorcjum, ale pozostali wykonawcy, którzy brali "bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia" nabywają doświadczenie w zakresie realizacji prac całego konsorcjum.

7. Niewątpliwie, co potwierdza oświadczenie złożone w piśmie z dnia 13 lipca 2022 r., Mostostal Warszawa S.A. brał bezpośrednio udział w poszczególnych inwestycjach, w tym bezpośrednio brał czynny udział w budowie wskazanych w oświadczeniu obiektów mostowych oraz drogi o określonych parametrach.

8. Mając na względzie, że TSUE w wyroku Esaprojekt nie określił jak znaczną część zamówienia ma być przedmiotem bezpośredniego udziału danego członka konsorcjum, aby ten mógł powoływać się na doświadczenie zdobyte przez konsorcjum, należy uznać, że oceny takiej dokonuje się ad casum. W rozpatrywanych inwestycjach udział Mostostal Warszawa S.A. w organizowaniu, zarządzaniu, ale przede wszystkim realnym wykonywaniu robót było tak znaczne, że uprawnione jest stwierdzenie, że bez udziału Mostostal Warszawa S.A. prace na tych inwestycjach nie zostałyby wykonane. Stąd też niewątpliwie Przystępujący jest uprawniony do powoływania się na doświadczenie zdobyte przy realizacji tych inwestycji w zakresie wszystkich prac i robót wchodzących w zakres tych przedsięwzięć.

9. Stanowisko Odwołującego, co do skutków wyroku TSUE w sprawie Esaprojekt dla oceny stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszej sprawy opiera się wyłącznie na wyrwaniu z kontekstu orzeczniczego jednej z tez uzasadnienia. Zabieg ten ma służyć zbudowaniu przekonania, iż członek konsorcjum w odniesieniu do doświadczenia nabytego może powoływać się tylko na taki zakres rzeczowy jaki sam wykonał w ramach konsorcjum.

10. Tymczasem pogląd prawny wyrażony przez TSUE w odpowiedzi na zapytanie prejudycjalne KIO musi być postrzegany przede wszystkim właśnie w kontekście zapytania wystosowanego do TSUE przez sąd krajowy oraz odpowiedzi udzielonej przez Trybunał na to pytanie. W pytaniu piątym KIO zapytała TSUE Czy art. 44 [dyrektywy 2004/18] w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) [tej dyrektywy] oraz z deklarowaną w art. 2 [tej dyrektywy] zasadą równego traktowania wykonawców zezwala na takie powoływanie się na doświadczenie grupy wykonawców, że wykonawca, który realizował zamówienie jako jeden z grupy wykonawców, może się powoływać na realizację wykonaną przez tę grupę niezależnie od tego, jaki był jego udział w realizacji tego zamówienia, czy też może powoływać się jedynie na swoje własne, realnie uzyskane doświadczenie, które zdobył, realizując daną część zamówienia, która została mu przypisana w ramach grupy?

11. Udzielając odpowiedzi ma tak postawione pytanie sądu krajowego (KIO) TSUE nie wyraził przy tym poglądu prawnego, w którym nakazał ograniczenie nabywanego doświadczenia tylko do własnego udziału konsorcjanta w konsorcjum. Przeciwnie – TSUE wypowiedział się aprobowująco w przedmiocie możliwości nabycia doświadczenia z całego realizowanego wspólnie zamówienia określając zarazem warunki, na jakich może to nastąpić. Uzależnił bowiem nabycie takiego doświadczenia od faktycznego i realnego udziału konsorcjanta w realizacji zamówienia. W uzasadnieniu wyroku w sprawie Esaprojekt TSUE wskazał, Jak bowiem słusznie podniósł rząd polski w uwagach na piśmie, wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców.

12. Takie postrzeganie zaleceń dotyczących sposobu oceny doświadczenia zdobytego w ramach wspólnej realizacji zamówienia wynikających z wyroku TSUE w sprawie Esaprojekt znalazło odzwierciedlenie w orzecznictwie KIO. (tu: wskazał na orzeczenia)

13. (...)

14. (...)

15. (...)

16. (...)

17. (...)

18. (...)

19. (...)

20. (...)

21. Na istotne okoliczności dotyczące oceny realnego udziału wykonawcy w realizacji zamówienia wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 15 października 2019 r. (sygn. akt XXIII Ga 157/19), tj. doświadczenie bowiem zdobywa się nie tylko poprzez wykonywanie własnych działań ale także poprzez możliwość aktywnej współpracy z innymi podmiotami, wymienianie się doświadczeniami niezbędnymi do wykonania całej inwestycji oraz obserwowanie jak działają inni oraz czerpanie wiedzy i nabywanie nowych umiejętności dzięki współpracy.

22. W świetle powyższego wszelkie rozważania Odwołującego o formie konsorcjum – czy konsorcja, w których Przystępujący jako lider faktycznie realizował roboty objęte przedmiotem inwestycji, były konsorcjami rzeczowymi czy finansowymi (np. spółka cywilna) pozostają bez znaczenia dla oceny możliwości powoływania się przez Przystępującego na doświadczenie zdobyte przy realizacji tych inwestycji. Do kwestii tych powoływany w odwołaniu wyrok TSUE w ogóle się nie odnosi, a wywody w tym zakresie stanowią

nadinterpretację Odwołującego opartą na wybiórczej i stronniczej interpretacji wyroku TSUE w sprawie Esaprojekt.

23. Nie jest też tak, że jedynym dokumentem potwierdzającym wykonanie robót w ramach konsorcjum bezpośrednio przez Mostostal Warszawa S.A. jest przedłożenie umowy konsorcjum. W rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii (...) w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (...) brak jest w ogóle określenia podmiotowych środków dowodowych mających na celu wykazywanie uprawnienia wykonawcy do powoływania się na doświadczenie zdobyte w trakcie realizacji inwestycji wspólnie z innymi podmiotami w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej.

24. Zgodnie zatem z przepisami Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz wymaganiami Zamawiającego określonymi w pkt 10 Tomu I SWZ, Przystępujący w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej przedłożył wykaz robót budowlanych oraz załączył dowody określające, że roboty te zostały wykonane należycie, tj. Świadcstwo Przejęcia Robót nr 1 oraz Świadcstwo Przejęcia Robót nr 2 w odniesieniu do robót budowlanych wykonanych w ramach zamówienia pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej 519 na odcinku od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła Sokołów Małopolski Północ (z węzłem z podziałem na trzy zadania w zakresie: Zadanie A od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła „Podgórze” (bez węzła) o długości około 11,5 km”, a także potwierdzenie należytego wykonania zamówienia w odniesieniu do robót budowlanych wykonanych w ramach zamówienia pn. „Wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji środowiskowej i decyzji ZR1D z rygiorem natychmiastowej wykonalności oraz robót budowlanych w ramach zadania pn.: „Budowa obwodnicy m. Strzyżów w ciągu drogi wojewódzkiej nr 988”.

25. Skoro Zamawiający na podstawie przedłożonych przez Przystępującego powyższych podmiotowych środków dowodowych uznał za uzasadnione potwierdzenie okoliczności dotyczących realizacji tych zamówień prawidłowo zastosował przewidziany w art. 128 ust. 4 PZP tryb wyjaśnień.

26. Powołany przez Odwołującego wyrok KIO (...) (sygn. akt KIO 3018/21) nie odnosi się przy tym do procedury wyjaśnień przewidzianej w art. 128 ust. 4 PZP. Już sama treść przytoczonego fragmentu uzasadnienia wskazuje na omyłkowe wskazanie art. 128 ust. 4 PZP, w sytuacji, gdy Izba wyraźnie odnosi się do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 PZP. Lektura całego uzasadnienia ww. orzeczenia potwierdza powyższe. Izba stwierdziła bowiem, że Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy wyjaśniając, że załączniki do kosztorysu ofertowego zawierające wykaz kosztorysowych cen

najmu sprzętu budowlanego oraz kosztorysowych cen materiałów budowlanych uniemożliwia Zamawiający winien wezwać do uzupełnienia w oparciu o tą regulację prawną. Izba wskazuje w tym miejscu, że powyższa regulacja prawna została zawarta w Oddziale 4 Podmiotowe środki dowodowe w Rozdziale 2 Kwalifikacja podmiotowa wykonawców ustawy Prawo zamówień publicznych. Rozwiązanie z art. 128 ust. 4 ustawy nie stanowi uniwersalnej regulacji prowadzącej do możliwości uzupełnienia każdego z dokumentów wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego. Ponieważ gdyby w ten sposób chciano dokonywać wykładni tego przepisu w zasadzie każdy "dokument" zawierający oświadczenia wiedzy czy woli można byłoby uzupełniać na tej podstawie - natomiast to nie jest poprawna wykładnia tego przepisu prawa. Regulacja zawarta w art. 128 ust. 1 ustawy odnosi się do tych dokumentów, które były składane przez wykonawcę na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy oraz zgodnie z art. 266 ust. 1 ustawy do tych dokumentów składanych na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy. Tym samym wskazana regulacja prawna nie ma zastosowania do uzupełnienia niezłożonego oświadczenia co do samego świadczenia stanowiącego o wycenie przedmiotu zamówienia. Nie sposób zatem na tej podstawie zarzucać Zamawiającemu nieprawidłowości wobec wezwania Przystępującego do wyjaśnienia treści złożonych podmiotowych środków dowodowych.

27. Brak jest przy tym podstaw do uznania, że Zamawiający zobowiązany był do wezwania Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie przedłożenia umowy konsorcjum w odniesieniu do robót budowlanych wskazanych w wykazie robót, a realizowanych przez Przystępującego w ramach konsorcjum. Żadne bowiem przepisy Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, nie uprawniały Zamawiającego do żądania takich dokumentów. W szczególności zaś uprawnienie takie nie wynika z przywołanego w odwołaniu przepisu § 19 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych. Stąd też Zamawiający w pkt 10 Tomu I SWZ nie wskazał jako podmiotowego środka dowodowego takiego dokumentu jak umowa konsorcjum.

28. Skoro zaś Zamawiający nie żądał tego dokumentu w SWZ to nie było podstaw do wezwania Przystępującego do uzupełnienia takiego podmiotowego środka dowodowego. Jak bowiem sam Odwołujący trafnie zwrócił uwagę w odwołaniu, tylko w przypadku wskazania w SWZ wymaganych podmiotowych środków dowodowych obligatoryjne jest ich żądanie przez zamawiającego, jak i wezwanie do ich uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 PZP. W przypadku zaś, gdy Zamawiający nie zażąda określonego podmiotowego środka dowodowego w specyfikacji warunków zamówienia, to nie powstaje obowiązek żądania takiego podmiotowego środka dowodowego, jak i obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 PZP. W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia właśnie z tym drugim przypadkiem.

29. Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia Przystępującego zawarte w piśmie z dnia 13 lipca 2022 r., w treści których Przystępujący oświadczył, że bezpośrednio uczestniczył w realizacji obiektów mostowych oraz drogi o określonych parametrach. Przedmiotowe oświadczenie stanowi potwierdzenie informacji zawartych w wykazie robót budowlanych, a także w Świadectwie Przejęcia Robót nr 1 i Świadectwie Przejęcia Robót nr 2, a także w potwierdzeniu należytego wykonania robót na rzecz Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie.

30. Zwrócić należy przy tym uwagę, że inwestycja, którą Przystępujący wykonywał w ramach konsorcjum z Acciona Construcción S.A. była realizowana na rzecz tego samego Zamawiającego – Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad (Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie). Zamawiający posiadał zatem wiedzę co do sposobu realizacji robót budowlanych na tym zadaniu.

31. Wobec powyższego brak jest podstaw do uznania, że Zamawiający dokonał wadliwie wyboru oferty Przystępującego. Pomimo bowiem wyrażenia przez Odwołującego opinii co do tego, że Przystępujący nie brał bezpośredniego udziału w wykonywaniu przedmiotowych zamówień, Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na poparcie swoich twierdzeń.

(...)

Zarzut nr 4 oraz zarzut nr 5

48. Odwołujący formułuje zarzut w zakresie braku wykazania przez Przystępującego, że uczestniczył w realizacji roboty o wartości powyżej 200.000.000 zł netto w oparciu o dokumenty stanowiące podmiotowe środki dowodowe służące wykazaniu, że roboty budowlane wskazane w wykazie robót budowlanych zostały wykonane prawidłowo, tj. Świadectwa Przejęcia robót nr 1 z dnia 6 grudnia 2021 r. oraz Świadectwa przejęcia robót nr 2 z dnia 22 kwietnia 2022 r.

49. Odwołujący zsumował kwoty netto wskazane w ww. dokumentach, jednak pomija całkowicie okoliczność, że wskazane kwoty stanowią wyłącznie szacunkową wartość wykonanych Robót objętych tymi Świadectwami Przejęcia, a nie wartość końcową tych robót. Przy każdej z tych kwot wskazano na stosowne Przejściowe Świadectwo Płatności, na podstawie którego podaną w Świadectwie Przejęcia kwotę uiszczoną części wynagrodzenia (Ceny Kontraktowej). I tak, w Świadectwie Przejęcia nr 2 z dnia 22 kwietnia 2022 r. zamieszczono odesłanie do Przejściowego Świadectwa Płatności nr 44 za marzec 2022 r. W treści zaś Przejściowego Świadectwa Płatności nr 44 z dnia 13 kwietnia 2022 r., w poz. 7 łączna wartość potwierdzonej płatności netto narastająco na ten dzień obejmowała kwotę 226.891.282,59 zł. Łączną wartość wykonanych robót budowlanych stanowiła zatem kwota przekraczająca 200.000.000 zł netto. Dowód: Przejściowe Świadectwo Płatności nr 44 z dnia 13 kwietnia 2022 r. – (załącznik nr 2 do niniejszego pisma procesowego)

50. Powyższe nie oznacza, jednakże wartości robót wykazanych przez Przystępującego, a jedynie kwotę uiszczonej części wynagrodzenia za te roboty. Cechą charakterystyczną umów o roboty budowlane zawartych w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC jest sukcesywne dokonywanie płatności wynagrodzenia należnego wykonawcy Robót, przy czym postęp rzeczowy Robót wyprzedza zawsze postęp finansowy płatności dokonywanych na rzecz wykonawcy. W konsekwencji Roboty mogą być już w całości wykonane przez wykonawcę (co potwierdza Świadcstwo Przejęcia), ale nie muszą być jeszcze w całości rozliczone przez zamawiającego.

51. Z sytuacją opisaną powyżej mamy do czynienia w niniejszym stanie faktycznym. Wskazana w wykazie robót budowlanych wartość 228.364.541,24 zł netto została wskazana przez Przystępującego nie na podstawie Przejściowego Świadcstwa Płatności nr 44, lecz na podstawie Przejściowego Świadcstwa Przejęcia nr 45 z dnia 12 maja 2022 r., jako najbardziej aktualna na moment składania wykazu robót jako podmiotowego środka dowodowego. Z kolei Świadcstwo Przejęcia jako podmiotowy środek dowodowy zostało przedstawione celem wykazania faktu należytego wykonania robót wskazanych w wykazie robót. Dowód: Przejściowe Świadcstwo Płatności nr 45 z dnia 12 maja 2022 r. (załącznik nr 3 do niniejszego pisma procesowego);

52. Wbrew zaś twierdzeniu Odwołującego to kwota wskazana w wykazie robót budowlanych jest wiążąca, a nie suma kwot wynikających z przedłożonych świadectw przejęcia robót – Świadcstwa Przejęcia Robót nr 1 oraz Świadcstwa Przejęcia Robót nr 2, a w istocie z wystawionych w tym czasie Przejściowych Świadcstw Płatności. Na powyższe zwrócono uwagę w wyroku KIO z dnia 17 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1498/18, stwierdzając, że To nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz dostaw, usług lub robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia.

53. Nie można przy tym pomijać tego, że kwestionowana robota budowlana była realizowana na rzecz tej samej jednostki organizacyjnej Zamawiającego, która prowadzi Postępowanie. Zamawiający posiadał zatem bezpośrednio pełnię wiedzy co do faktycznej wartości zrealizowanych robót wskazywanych przez Przystępującego w wykazie robót budowlanych. Pozwalała ona na ustalenie bez najmniejszych wątpliwości, że Przystępujący spełnia warunek udziału w Postępowaniu. Brak zatem było podstaw do wezwania Przystępującego do wyjaśnienia powyższej kwoty wskazanej w wykazie robót budowlanych, ani tym bardziej do wezwania do poprawienia wykazu robot budowlanych w tym zakresie.

54. Gdyby nawet przyjąć, jak chciałby tego Odwołujący, że Zamawiający powinien wezwać Przystępującego do uzupełnienia bądź poprawienia wykazu robót budowlanych, to już wbrew twierdzeniu Odwołującego – brak jest podstaw do uznania, że Zamawiający był z tego obowiązku zwolniony z tego tylko względu, że przedłożone Świadcstwo Przejęcia Robót nr

1 oraz Świadcstwo Przejęcia Robót nr 2 nie potwierdzają wykonania przez Przystępującego robót budowlanych o wymaganej przez Zamawiającego wartości. Jak już bowiem wskazano powyżej to nie suma kwot wynikających z przedłożonych świadectw przejęcia robót – Świadcstwa Przejęcia Robót nr 1 oraz Świadcstwa Przejęcia Robót nr 2 stanowi postawę do ustalenia czy Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a treść wykazu robót budowlanych.

55. Ustalenie istnienia przesłanki odrzucenia oferty przewidzianej w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit.

b) PZP możliwe jest natomiast dopiero po wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia/poprawienia/złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 PZP lub po wezwaniu wykonawcy do wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 PZP, w zakresie wykazu robót budowlanych.

56. Z tego samego względu nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że wskazane powyżej świadectwa przejęcia robót nie potwierdzają, że Przystępujący zrealizował tej roboty należycie.

57. W treści obu Świadcstw Przejęcia robót wskazano terminy ukończenia robót będących przedmiotem przejęcia: w Świadcstwie Przejęcia Robót nr 1 – wystawionym na podstawie klauzuli 10.2 [Przejęcie części Robót] – termin ukończenia części robót określono na dzień 3 grudnia 2021 r., natomiast w Świadcstwie Przejęcia Robót nr 2 – wystawionym na podstawie klauzuli 10.1 [Przejęcie Robót] – termin ukończenia robót będących przedmiotem przejęcia określono na dzień 22 kwietnia 2022 r.

58. O braku należytego wykonania przedmiotowych robót nie może natomiast świadczyć wyłącznie użycie określenia „zasadniczo” czy też załączenie do świadectwa przejęcia robót wykazu wad i usterek. Skoro bowiem Zamawiający przejął wykonane roboty budowlane oznacza to, że stwierdzone wady miały charakter nieistotny, a więc nie uprawniający Zamawiającego do odmowy przejęcia wykonanych robót.

59. Ponadto należy zwrócić uwagę, że zostały wystawione Przejściowe Świadcstwa Płatności, a więc dokumenty stanowiące podstawę do wystawienia faktury oraz otrzymania zapłaty za wykonane roboty. (...).

60. Na marginesie zauważyć należy, iż „zasadnicze” ukończenie Robót, które jest przedmiotem poświadczenia w Świadcstwie Przejęcia oraz skorelowany z nim obowiązek usunięcia wad i usterek w tzw. Okresie Zgłaszania Wad stanowi na gruncie Warunków Kontraktowych FIDIC odpowiednik regulacji przyjętych w polskim KC. Zgodnie z art., 647 KC inwestor (zamawiający na gruncie PZP) obowiązany jest odebrać roboty pomimo występowania wad nieistotnych, a orzecznictwo sądowe jednolicie zakazuje uzależniania odbioru robót od braku jakichkolwiek wad.

61. (...)

62. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 31 sierpnia 2016 r. (sygn. akt I ACa 282/16) orzeczono: Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależniać odbioru tych robót od braku jakichkolwiek usterek, albowiem jedynie wady istotne uzasadniają taką odmowę. W świetle art. 647 k.c. odbiór robót należy do obowiązków inwestora (odpowiednio - zamawiającego) i nie może być uzależniony od braku wad bądź usterek tych robót. Powołany przepis stanowi bowiem o odbiorze robót, a nie o "bezusterkowym" odbiorze robót. Wskazywanie na konieczność odbioru "bezusterkowego" statuuje przesłankę, której w zapisie ustawowym nie ustanowiono. Przez wykonanie robót budowlanych rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadanie przez te roboty nieistotnych wad, usterek i niedoróbek. Przepis art. 647 k.c. nie stanowi o tym, że odbiór robót odnosi się tylko do robót wykonanych w całości i bez wad, a zatem nie znajduje żadnego uzasadnienia stanowisko, że odbiór następuje tylko wtedy, gdy roboty zostały wykonane w całości i nie mają żadnych wad, czyli nastąpił odbiór "skuteczny". Gdyby zaakceptować takie stanowisko, odbiory robót przeciągałyby się w czasie, a nierzadko nigdy nie dochodziłyby do skutku.

63. (...).

Zarzut nr 6

64. Ponieważ zarzut ten ma charakter wynikowy wobec zarzutów nr 4 i nr 5, zatem wobec ich bezzasadności, również on nie zasługuje na uwzględnienie.

65. Przystępujący oświadcza, że nie dokonał w Postępowaniu żadnej czynności w sposób mający na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd. (...)

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Izba uznała, że zarzuty w zakresie podtrzymanym przez Odwołującego (które nie zostały cofnięte) podlegają rozpoznaniu na rozprawie. Nie znalazła bowiem podstaw do odrzucenia odwołania, jak wnioskował Przystępujący na posiedzeniu (...) z uwagi na osobę p. S. G. udzielającego upoważnienia dla pełnomocnika do jego wniesienia". Przystępujący wskazał, że z załączonego krajowego rejestru sądowego (KRS) dla oddziału krajowego przedsiębiorcy wynika, że nie jest on członkiem organu. Powołał, się na wpis w rubryce 4 KRS, gdzie wskazano p. G. jako osobę reprezentującą zagranicznego przedsiębiorcę w oddziale oraz brak informacji o zakresie jego umocowania.

Izba stwierdziła, że ze złożonych dokumentów, w tym wskazywanego KRS przez wnioskodawcę, przede wszystkim nie wynikają żadne ograniczenia dla osoby reprezentującej zagranicznego przedsiębiorcę w Oddziale, a Przystępujący innych dokumentów (poza KRS) ograniczających umocowanie nie powołał. Izba, wskazując na

postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 kwietnia 2014 r. (ICZ 21/14) podnosi, że oddział przedsiębiorcy zagranicznego, jako nie posiadający osobowości prawnej i stanowiący część działalności gospodarczej przedsiębiorcy zagranicznego na terenie Polski, jest uprawniony do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego w przedmiotowym zakresie. Zgodnie z art. 85 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorcy korzystają na zasadach wzajemności z pełnej swobody działalności gospodarczej m.in. poprzez prowadzenie i tworzenie swoich oddziałów w Polsce. Na podstawie art. 87 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorca zagraniczny tworząc oddział jest zobowiązany ustanowić osobę upoważnioną w oddziale do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego. Istotą oddziału przedsiębiorcy zagranicznego jest to, że oddział działa w imieniu i na rzecz przedsiębiorcy zagranicznego w ramach prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Celem tworzenia oddziałów i ustanawiania osób upoważnionych do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego w oddziale jest umożliwienie podejmowania czynności przez oddział bez konieczności uzyskiwania dodatkowych pełnomocnictw. Zatem, osoba ujawniona w KRS, jako upoważniona do reprezentacji w oddziale, może na podstawie takiego upoważnienia podejmować wszelkie czynności związane z działalnością przedsiębiorcy zagranicznego na terenie Rzeczypospolitej Polskiej.

W zakresie zarzutów nr 2 i 3, które zostały cofnięte przez Odwołującego (odpowiednio na posiedzeniu i rozprawie) postępowanie odwoławcze zostało umorzone (pkt 1 zdanie pierwsze sentencji). W tym przypadku Izba miała na uwadze art. 520 ust.1 Pzp zgodnie z którym: „*Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*”. Uwzględniając odpowiednio art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy – w zakresie cofniętych zarzutów - Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego *w takim zakresie*.

W pozostałym zakresie Izba stwierdziła, że zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Rozpoznając zarzuty Izba miała na uwadze stan faktyczny tej sprawy oparty na dokumentach wskazanych przez strony i uczestnika, a także wymagania proceduralne przewidziane ustawą Pzp, w tym jej art. 534 pkt 1 zgodnie z którym: „1) *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne*”. W świetle tego przepisu ustawa Pzp wymaga - zgodnie z generalną zasadą dotyczącą ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym przed KIO – wskazania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których odwołujący wywodzi skutki prawne. Na marginesie Izba zauważyła, że tylko w odniesieniu do rażąco niskiej ceny ustawa Pzp - w art. 535 Pzp – zawiera szczególną regulację dotyczącą ciężaru dowodu w postępowaniu

odwoławczym przenosząc ciężar dowodu na przeciwnika skarżącego (odpowiednio zamawiającego lub uczestnika).

Podnoszone w odwołaniu zarzuty – pkt 1, 4, 5 i 6 – referują do Wykazu robót oraz dotyczących go dokumentów, także składanych wyjaśnień, które są związane z warunkiem dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy wskazanym w punkcie 8.2.4.1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ). Zgodnie z tym punktem:

(...)

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 dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto.*
- b) budowy lub przebudowy 3 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I,*
- c) budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu,*
- d) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.*

Uwagi:

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 2021 poz. 1376 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 Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).

Wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku w walutach innych niż wskazane przez Zamawiającego należy przeliczyć według średniego kursu NBP na dzień wystawienia Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 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 Świadectwa Przejęcia)”.

Natomiast zgodnie punktem 10.8. SWZ: „*W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu Wykonawca składa:*

(...)

c) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty. Okres 7 lat, o którym mowa powyżej liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert;

(...)

10.10. Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych wykonywanych wspólnie z innymi Wykonawcami, wykaz o którym mowa w pkt. 10.8. lit. c) IDW dotyczy robót budowlanych, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.

10.11. Jeżeli złożone przez Wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w pkt. 10.2. IDW lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości Zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

10.12. Zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli:

1) może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17.02.2005r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, o ile Wykonawca wskazał w jednolitym dokumencie dane umożliwiające dostęp do tych środków;

2) podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia, o którym mowa w pkt. 10.2. IDW.

10.13. Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które Zamawiający posiada, jeżeli Wykonawca wskaże te środki (poprzez podanie numeru referencyjnego postępowania lub nazwy postępowania oraz Oddziału GDDKiA prowadzącego postępowanie) oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.

10.14. Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać Wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, Zamawiający może w każdym czasie wezwać Wykonawcę lub Wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia”.

Na potwierdzenie tego warunku wykonawca Mostostal - w odpowiedzi na wezwanie z dnia 27 czerwca 2022 r. – złożył [pkt c) pisma z dnia 29 czerwca 2022 r.]:

(...)

c) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty. Okres 7 lat, o którym mowa powyżej liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert;

Załącznik II_c)_1_Wykaz robót_S19_Domaradz-Iskrzynia

Załącznik II_c)_2_SP_części Robót nr 1 z dnia 06.12.2021_S19_Nisko-Sokolow

Załącznik II_c)_3_SP nr 2 z dnia 22.04.2022_S19_Nisko-Sokolow

Załącznik II_c)_4_Referencje_Stryzow(...)

W Wykazie m.in. wskazał:

a) w punkcie 1.1. w zakresie warunku z lit. a) pkt 8.2.4.1 SWZ:

- kol. 2: Nazwa Wykonawcy (podmiotu) wykazującego spełnienie warunku - *Mostostal Warszawa S.A.*

- kol. 4: Charakterystyka zamówienia/Informacje potwierdzające spełnienie warunku opisanego w pkt 8.2.4.1.a) IDW:

„Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła „Sokołów Małopolski Północ” (z węzłem) z podziałem na trzy zadania: Zadanie „A” od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła „Podgórze” (bez węzła) o długości około 11,5 km”; Budowa drogi dwujezdniowej klasy S na odcinku o długości ok. 11,5 km.

- kol. 3: Podmiot (nazwa i adres), na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane: „Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad (...) - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie (...)

b) w punkcie 2.1 w zakresie warunku z lit. b) pkt 8.2.4.1 SWZ: zamówienie referencyjne jak w punkcie 1.1, z tym że w zakresie tego warunku zaznaczono: „Zadanie obejmowało budowę m.in. obiektu mostowego o obciążeniu dla **klasy A** i długości całkowitej obiektu co najmniej **50 m** mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu: **1) 21WD**”.

c) punkcie 2.2 w zakresie warunku z lit. b) pkt 8.2.4.1 SWZ: „Wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji środowiskowej i decyzji ZRID z rygiem natychmiastowej wykonalności oraz robót budowlanych w ramach zadania pn.: „Budowa obwodnicy m. Strzyżów w ciągu drogi wojewódzkiej nr 988”; Zadanie obejmowało budowę m.in. następujących obiektów mostowych o obciążeniu dla **klasy A: 2) MG-2; 3) MG-12; 4) MG-5;** Zadanie obejmowało budowę m.in. następujących obiektów mostowych o obciążeniu dla **klasy A** i długości całkowitej obiektu co najmniej **50 m** mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu: **5) MG-14;**”

Podmiot (nazwa i adres), na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane: „Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie, (...)”

W kolumnie 5, 6 i 7 oraz 8 wskazano odpowiednio dane dla zamówień referencyjnych, co do Klasy obciążenia (...), długości (...) rozpiętości teoretycznej (...) oraz wymaganych dat wystawienia (...) wskazywanych w opisie dokumentów.

Do tego Wykazu – jak wskazano – załączono jako dowody potwierdzające ich należyte wykonanie: Świadczenia Przejęcia nr 1 i nr 2 – dla pierwszego z referencyjnych zamówień, którego wystawcą był Inżynier Kontraktu dla tego projektu, a dla drugiego - dokument referencyjny z 11.03.2020 r., którego wystawcą był Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie.

Zamawiający - dokonując oceny tych dokumentów – jak podał w odpowiedzi na odwołanie w dniu 12 lipca 2022 r., (...) mając na uwadze treść złożonych w dniu 29 czerwca 2022 r. podmiotowych środków dowodowych, wezwał wykonawcę Mostostal do złożenia wyjaśnień czy uczestniczył w związku ze wskazaniem w wykazie robót Robotą nr 1:

- 1) w budowie drogi nub, GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto;
- 2) w budowie obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu.

W ramach ww. wezwania, Zamawiający wniósł także o wyjaśnienie czy Wykonawca w uczestniczył w związku ze wskazaną w wykazie robót Robotą nr 2:

- 4) w budowie obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I;
- 5) w budowie obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu;
- 6) w budowie obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła o co najmniej 50 m.

Żądane przez Zamawiającego wyjaśnienia (których dotyczą zarzuty) zostały złożone przez wykonawcę Mostostal w piśmie z dnia 13 lipca 2022 r. w którym oświadczył, że jako

generalny wykonawca (w ramach konsorcjum) uczestniczył w realizacji ww. robót w ramach Roboty nr 1 oraz Roboty nr 1. Zamawiający, po zapoznaniu się z wyjaśnieniami wykonawcy Mostal oraz całokształtem podmiotowych środków dowodowych, nie zidentyfikował podstaw uzasadniających odrzucenie oferty bądź wykluczenie wykonawcy Mostostal z postępowania po zbadaniu zarówno oferty jak i złożonych podmiotowych środków dowodowych, jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w dniu 26 lipca 2022 r.”.

Ustalenia Izby nie potwierdziły zarzutów w zakresie podnoszonym w odwołaniu, a mianowicie co do niewykazania przez wykonawcę Mostostal: (1) uczestnictwa bezpośredniego w ramach Konsorcjum w realizacji referencyjnych zamówień (zarzut 1); (2) wartości referencyjnego zamówienia z punktu 1 i 2.1 Wykazu na kwotę wymaganą 200 mln zł (zarzut 4); (3) należytego wykonania zamówienia referencyjnego z punktu 2.1 Wykazu (zarzut 5). W konsekwencji ustalenia nie potwierdziły także zarzutu nr 6 opartego na twierdzeniu zaniechania wykluczenia wykonawcy Mostostal, z uwagi na ustalenia co do zarzutu nr 4 i 5 - braku podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Co do pierwszego z zarzutów (zarzut nr 1) - braku potwierdzenia w ramach Konsorcjum przez wykonawcę Mostostal doświadczenia nabytego w ramach Roboty nr 1 (pozycja 1.1 i 2.1 Wykazu) oraz Roboty nr 2 (pozycja 2.2. Wykazu) - Izba wskazuje, że zgodnie z SWZ takie potwierdzenie następowało Wykazem robót referencyjnych. W tym przypadku zostało także złożone oświadczenie wykonawcy z dnia 13 lipca 2022 r. potwierdzające bezpośredni udział wykonawcy Mostostal w realizacji Roboty nr 1 oraz Roboty nr 2. Taki sposób potwierdzenia warunku referuje do regulacji zawartej w § 9 ust. 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych. Izba ponadto wskazuje, że Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego na potwierdzenie zarzutu. Z kolei Zamawiający badając doświadczenie wykonawcy Mostostal w ramach Konsorcjum, wymagając potwierdzenia bezpośredniego uczestnictwa w realizacji powoływanych robót, wezwał wykonawcę Mostostal - zgodnie z treścią pisma z dnia 12 lipca 2022 r. - do wyjaśnienia tej kwestii. W wyniku tego uzyskał powołane oświadczenie z dnia 13 lipca 2022 r. Izba także wskazuje, że Robota nr 1 została wykonana na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, która również prowadzi postępowanie w przedmiotowym zamówieniu. Tym samym Zamawiający - jak wskazywał - dysponował oświadczeniem konsorcjantów dotyczącym podziału prac w Robocie nr 1, jak również porozumieniem zawartym przez konsorcjantów w Warszawie w dniu 30 października 2018 r. określającym warunki wzajemnej współpracy w związku z Robotą nr 1. Takie dokumenty Zamawiający przedłożył do odpowiedzi na odwołanie. Z przedłożonego oświadczenia wynika, że wykonawca Mostostal wraz z konsorcjantem Acciona Construcción S.A., nie

dokonali podziału zadania na części i realizowali roboty wspólnie, przy jednoczesnym zaangażowaniu obu partnerów. Co do tego zamówienia Zamawiający jako podmiot zlecający (Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie) badając ofertę wykonawcy Mostostal niewątpliwie posiadał także dostęp do list obecności z protokołów z rad budowy i rad technicznych które to dokumenty potwierdzały, że uczestniczące w realizacji zadania kluczowe osoby (przykładowo: dyrektor Kontraktu, kierownicy robót różnych branż, ds. projektowania - łącznie 23 osoby) stanowiły personel lidera Konsorcjum wykonawcy Mostostal. Z kolei, co drugiego referencyjnego zamówienia (Robota nr 2), wykonawca wraz z wykazem robót złożył w dniu 29 czerwca 2020 r. referencje wystawione przez Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie. Z treści referencji wynika, iż spółka Mostostal Warszawa S.A. została wyznaczona jako Lider Konsorcjum utworzonego celem realizacji Roboty nr 2. Ponadto - jak wskazywał Zamawiający - treść referencji szczegółowo opisuje m.in. rodzaje robót i innych prac wykonanych na tym zadaniu. Z oświadczenia zawartego w referencjach wynika również, że roboty zostały wykonane należycie oraz prawidłowo ukończone, a okoliczność bezpośredniego nabycia doświadczenia w ramach Roboty nr 2 została potwierdzona przez wykonawcę Mostostal w związku ze złożonym w wyjaśnieniach z dnia 13 lipca 2022 r. oświadczeniem.

W nawiązaniu do wskazywanego przez Odwołującego, wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”) w sprawie Esaprojekt i zarzutu braku wykazania przez wykonawcę Mostostal bezpośredniego udziału w poszczególnych inwestycjach, w tym bezpośredniego czynnego udziału w budowie wskazanych w oświadczeniu obiektów mostowych oraz drogi o określonych parametrach, Izba zgodziła się ze stanowiskiem Przystępującego, że TSUE w tym wyroku nie określił jak znaczna część zamówienia ma być przedmiotem bezpośredniego udziału danego członka konsorcjum, aby ten mógł powoływać się na doświadczenie zdobyte przez konsorcjum. Jednocześnie w referencyjnych inwestycjach wykazano udział Mostostalu Warszawa S.A. w organizowaniu, zarządzaniu, a przede wszystkim realnym wykonywaniu robót i z tego względu ten wykonawca był uprawniony do powoływania się na doświadczenie zdobyte przy realizacji tych inwestycji w zakresie wszystkich prac i robót wchodzących w zakres tych przedsięwzięć w ramach Konsorcjum.

Rozpoznając zarzut nr 4 w ramach którego kwestionowana jest wartość referencyjnego zamówienia (Robota nr 1), Izba – w tym miejscu podkreśla - że Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie prowadziła postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia na realizację Roboty nr 1, wskazanej przez wykonawcę Mostostal w wykazie robót złożonym w dniu 29 czerwca 2022 r., celem wykazania spełnienia

warunku polegającego na realizacji jednego zadania na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto. Tym samym Zamawiający w chwili oceny i badania ofert – co podkreślał w pisemnym stanowisku - dysponował m.in. Wykazem Płatności powstałym w związku z realizacją ww. zadania, zgodnie z którym wartość robót netto wynosi: 199 116 342,76 zł netto (Roboty) + 12 338 106,88 zł netto (Koszty Ogólne) = 211 454 449,50 zł netto. Zamawiający wyjaśnił także, że wyodrębnienie w ramach Wykazu Płatności odrębnie „Kosztów Ogólnych Wykonawcy” służy do bieżących rozliczeń z wykonawcą, jednakże nie oznacza to, że nie stanowią one również Kosztu Robót Budowlanych, co wynika z definicji przyjętych w Szczególnych Warunkach Kontraktu oraz Wymagań Ogólnych udostępnionych w ramach dokumentacji przetargowej dla Roboty nr 1. Zgodnie z definicją zawartą w pkt 1.1.4.3. Szczególnych Warunkach Kontraktu, „koszt” oznacza „wszelkie uzasadnione i udokumentowane wydatki, poniesione przez wykonawcę na Placu Budowy lub poza nim, lecz wyłącznie w związku z Kontraktem, włącznie z narzutami i innymi obciążeniami, lecz z wyłączeniem zysku”. Jak natomiast wynika z pkt 9.1 D-M.00.00.00 Wymagania Ogólnie w cenie ryczałtowej należy również uwzględnić: *„koszty pośrednie, w skład których wchodzi koszty takie jak: płace personelu i kierownictwa budowy, pracowników nadzoru i laboratorium, wydatki dotyczące bhp; usługi obce na rzecz budowy; opłaty za dzierżawę placów i bocznic; ekspertyzy dotyczące wykonanych robót, ubezpieczenia oraz koszty zarządu przedsiębiorstwa Wykonawcy”*. Prawidłowa interpretacja powyższych fragmentów dokumentacji przetargowej, prowadzi do wniosku, że Koszty Ogólne Wykonawcy (m. in. koszty przygotowania i utrzymania placu budowy, wykonania i utrzymania dróg dojazdowych) niezależnie od podziału wprowadzonego w Wykazie Płatności (system „Projektuj i Buduj”), stanowią składową Kosztu Wykonania Robót (są to koszty pośrednie wykonania robót budowlanych), dlatego należy je uwzględniać przy określaniu wartości/kosztu wykonywanych robót budowlanych. Celem potwierdzenia powyższego, Zamawiający powołał się także na wyjaśnienia wykonawcy Mostostal z etapu „Badania rażąco niskiej Ceny” dotyczących postępowania na realizację Roboty nr 1 i z jego treści wynika, że wykonawca Mostostal wyszczególnił w ramach Kosztów Ogólnych Wykonawcy te elementy (m.in. zaplecze budowy wraz z kosztami utrzymania; 2) zatrudnienie głównej kadry kierowniczej; 3) koszty finansowe (ubezpieczenia, gwarancje należytego wykonania umowy; 4) obsługa geodezyjna; 5) obsługa laboratoryjna i inne pozostałe wymagania ogólne). Wszystkie powyższe elementy są konieczne i niezbędne do prawidłowego wykonania robót budowlanych tj. stanowią elementy składowe wartości realizacji robót, co potwierdza, że Koszty Ogólne Wykonawcy składają się również na wartość robót budowlanych w ramach Roboty nr 1. Wskazał także, że *„Zgodnie natomiast z Przejściowym Świadectwem Płatności nr 45 z dnia 12.05.2022 r., dalej zwanym „PŚP nr 45”), wystawionym*

w ramach realizacji Roboty nr 1 przed dniem złożenia ofert (tj. przed dniem 01 czerwca 2022r), ostateczna wartość robót wykonanych i odebranych przez Wykonawcę wynosiła 228 364 541,24 zł netto, co potwierdza, że wartość robót wynikająca z PŚP nr 45 jest tożsama z wartością wskazaną tytułem Roboty nr 1 przez Wykonawcę w wykazie robót”. Podając elementy składowe wskazał na łączną kwotę 228 364 541,24 zł netto, według Przejściowego Świadczenia Płatności nr 45. Zatem to Świadczenie Płatności jak i przedłożone przez wykonawcę Mostostal Świadczenia Przejęcia nr 1 i Świadczenie Przejęcia nr 2, potwierdzają prawidłowe wykonanie robót budowlanych i przejęcie ich przez Zamawiającego, a także, że wykonawca Mostostal uczestniczył w realizacji roboty o wartości minimum 200 mln zł netto (tj. Robota nr 1). Tym samym wykonawca ten potwierdził warunek udziału w postępowaniu polegający na realizacji jednego zadania na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto.

Odnośnie zarzutu nr 5 również skierowanego do powyższego zamówienia referencyjnego, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że okoliczność podpisania przez strony Świadczeń Przejęcia (ŚP 1 oraz ŚP 2) oznacza, że roboty te zostały zakończone i rozliczone i jako takie zostały wykonane należycie. Zatem wykonawca przedstawiając te Świadczenia w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdził, że prace w ramach Roboty nr 1 na kwotę 221 509 997,87 zł netto zostały zasadniczo zakończone, tj. przejęte przez Zamawiającego. Wartości poświadczane ww. Świadczeniach Przejęcia na kwoty 165 224 279,12 zł netto (ŚP 1) oraz 14 827 086,70 zł netto (ŚP 2) są to kwoty rozliczone za roboty w ramach kontraktu na dzień ich wystawienia. Powyższe zostało potwierdzone w dniu 19 sierpnia 2022 r. przez Kierownika Projektu, o co z uwagi na sformułowane zarzuty w odwołaniu wystąpił Zamawiający prosząc dodatkowo: „W nawiązaniu do rozmów i weryfikacji z dnia 06.07.2022 r. prowadzonych z Kierownik Projektu panią (...) w obecności pana (...), w sprawie należności wykonania robót budowlanych objętych zamówieniem pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła „Sokołów Małopolski Północ” (z węzłem) z podziałem na trzy zadania: Zadanie „A” od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła „Podgórze” (bez węzła) o długości około 11,5 km”, proszę o potwierdzenie, że roboty budowlane na przedmiotowym zadaniu na dzień złożenia ofert w postępowaniu nr: O.RZ.D-3.2410.2.2022 tj. 01.06.2022 r., zostały wykonane należycie”. Ten w odpowiedzi 19 sierpnia 2022 r. podał: (...) potwierdzam, że roboty budowlane objęte zamówieniem pn.: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła „Sokołów Małopolski Północ” (z węzłem) z podziałem na trzy zadania w

zakresie: Zadanie „A” od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła „Podgórze” (bez węzła) o długości około 11,5 km”, na dzień 01.06.2022r. zostały wykonane należycie”.

Izba zwraca ponownie uwagę na wskazywaną powyżej generalną zasadę dotyczącą ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym zawartą w art. 534 ust.1 Pzp. W tym przypadku wnoszący odwołanie nie wykazał, że istnieją podstawy uzasadniające stwierdzenie, że oferta wykonawcy Mostostal powinna podlegać odrzuceniu z uwagi to, iż Robota nr 1 wskazana na wykazanie udziału w warunku postępowaniu polegającego na wykonaniu 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto została wykonana nienależycie. Zarówno załączone PŚ 1 oraz PŚ 2 potwierdzają odbiór robót na kwotę powyżej 200 mln złotych netto, ale również Zamawiający wykazał, że charakter ustalonych wady i usterek nie uzasadniał odmowy odbioru robót.

Wobec powyższych ustaleń także zarzut 6 nie podlega uwzględnieniu. Zarzut ten oparto na twierdzeniu, że wykonawca Mostostal podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 ustawy Pzp, albowiem w wyniku zamierzonego działania, względnie rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji wskazywanych powyżej informacji. Zarzut ten – jak wskazywał Zamawiający i Przystępujący - ma charakter wynikowy wobec zarzutów nr 4 i nr 5, zatem wobec ich bezzasadności, również ten zarzut nie podlega uwzględnieniu.

W konkluzji Izba stwierdza, że w przedmiotowej sprawie Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mostostal naruszył zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o których stanowią wskazywane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp, w tym m.in. jej art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz art. 17 ust. 2 tej ustawy.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1) 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).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....

.....

.....