

Sygn. akt: KIO 1927/20

WYROK
z dnia 30 września 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Członkowie: Irmina Pawlik

Anna Packo

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 29 września 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2020 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Promost Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Będzinie (pełnomocnik) oraz ZBD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Nowym Sączu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie S. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S. B. „Vektor” z siedzibą w Golinie i D. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D. R. „Vektor” z siedzibą w Golinie działający jako Vektor spółka cywilna S. B., D. R. z siedzibą w Golinie (pełnomocnik) oraz K. B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Vektor K. B. z siedzibą w Golinie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1927/20 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 6 tj. naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przez uwzględnienie wyjaśnień złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie S. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S. B. „Vektor” z siedzibą w Golinie i D. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D. R. „Vektor” z siedzibą w Golinie

działający jako Vektor spółka cywilna S. B., D. R. z siedzibą w Golinie (pełnomocnik) oraz K. B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Vektor K. B. z siedzibą w Golinie po upływie terminu na ich złożenie z powodu wycofania zarzutu przez Odwołującego.

2. Oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Promost Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Będzinie (pełnomocnik) oraz ZBD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Nowym Sączu i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Promost Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Będzinie (pełnomocnik) oraz ZBD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Nowym Sączu tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą.: *Remont wiaduktu w ciągu DK nr 11 nad liniami PKP w m. Pleszew.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 maja 2020 roku pod numerem 541677-N-2020.

W dniu 11 sierpnia 2020 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 oraz 2 pkt 6 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy Konsorcjum firm Vektor s.c. S. B., D. R. oraz Vektor K. B. (dalej: Vektor Wykonawca) jako najkorzystniejszej podczas gdy to oferta Odwołującego pozostaje najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 91 ust. 1 ustawy przez uznanie oferty Vektor jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji jej wybór, podczas gdy oferta w/w podmiotu nie stanowi oferty najkorzystniejszej ze względu na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
2. Art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy przez ich pominięcie przejawiające się brakiem wykluczenia z postępowania Vektor, pomimo, że Wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona, jako że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez brak odrzucenia oferty podlegającej wykluczeniu.
4. Art. 84 ust. 1 w zw. z art. 87 ustawy przez uwzględnienie przez Zamawiającego wyjaśnień Vektor, w treści których doszło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty przez Vektor w związku ze zmianą doświadczenia własnego na doświadczenie podmiotu trzeciego.
5. Art. 7 ustawy przez nierówne traktowanie Wykonawców biorących udział w postępowaniu i brak zachowania zasad uczciwej konkurencji.
6. Art. 26 ust. 4 ustawy przez uwzględnienie wyjaśnień złożonych przez Vektor po upływie terminu na ich złożenie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości przez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Vektor jako najkorzystniejszej; powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenie Vektor i odrzucenie jego oferty; wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy ma istotny wpływ na wynik postępowania przetargowego, gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych powyżej przepisów ustawy oferta Odwołującego pozostawałaby najkorzystniejszą z ofert niepodlegających odrzuceniu, obecnie oferta Odwołującego znajduje się na drugiej pozycji biorąc pod uwagę ofertę złożoną przez Vektor. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że Odwołujący oferuje wykonanie zamówienia, a w przypadku uwzględnienia odwołania uzyska je. Z kolei naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy może wyrządzić Odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści - przychodów z niezyskanego zamówienia. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Odwołujący wskazał następujących stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, przepisów wykonawczych wydanych na jej podstawie oraz ogłoszonej specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Postępowanie dotyczy zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Ogłoszenie o zamówieniu Zamawiający zamieścił w dniu 19.05.2020 r.

Zgodnie z punktem 7.2 SIWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegali wykluczeniu oraz spełniali warunki dotyczące: (...)

3) Zdolności technicznej lub zawodowej:

a) Wykonawcy: Wykonawca musi posiadać doświadczenie polegające na wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3 zadań remontowych lub polegających na budowie lub przebudowie obiektów mostowych o długości całkowitej ustroju nośnego wynoszącej min. 12 m wykonanych na drogach klasy G lub wyższych za minimalną kwotę 800 000 PLN brutto każdy,

b) Osób:

Wykonawca musi wskazać osoby, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi, uprawnieniami i doświadczeniem i wykształceniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca wskaże osobę, która musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:

Kierownik Budowy- 1 (osoba posiadające uprawnienia do kierowania robotami mostowymi bez ograniczeń, z co najmniej 5- letnim doświadczeniem od uzyskania uprawnień, na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót, przy zadaniach obejmujących budowę, przebudowę lub remont obiektów inżynierskich).

Kierownik Robót Mostowych-1 (Osoba posiadająca uprawnienia do kierowania robotami mostowymi bez ograniczeń, z co najmniej 3- letnim doświadczeniem od uzyskania uprawnień, na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót przy zadaniach obejmujących budowę, przebudowę lub remont obiektów inżynierskich).

W postępowaniu oferty złożyło 7 wykonawców w tym firma Vektor. Po przeprowadzeniu procedury badania oceny ofert Zamawiający dokonał w dniu 06.07.2020 r. wyboru oferty Vektor jako najkorzystniejszej. W konsekwencji powyższego Odwołujący w dniu 11.07.2020 r. wniósł dowołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy przez wybór oferty podlegającej wykluczeniu. W dniu 16.07.2020 r. Zamawiający uznał część zarzutów Odwołującego i dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty Vektor oraz rozpoczął ponownie procedurę badania oraz oceny ofert. Odwołujący dokonał cofnięcia wniesionego odwołania. Przedmiotowemu postępowaniu odwoławczemu nadano sygnaturę KIO 1586/20.

Dowód:

1. Wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 06.07.2020 r.
2. Odwołanie od wyboru oferty Vektor z dnia 06.07.2020 r.
3. Odpowiedź Zamawiającego na Odwołanie.
4. Unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej.
5. Cofnięcie odwołania.

Zamawiający w związku z uznaniem części zarzutów odwołania w dniu 09.07.2020. r wezwał Vektor do uzupełnienia oświadczeń złożonych w postępowaniu przez przedłożenie przez każdego z konsorcjantów oraz wspólników spółki cywilnej formularzy 3.1 oraz 3.2 dotyczących przesłanek wykluczenia z postępowania i spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ponadto Zamawiający wezwał Vektor do złożenia wykazu robót budowlanych (formularz 3.7). Vektor przedłożył wymagane dokumenty w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie.

W treści wykazu robót budowlanych Vektor wskazał, iż w ramach wymienionych inwestycji

budowlanych wykonał on osobiście:

- Izolację z pap termozgrzewalnych wraz z przygotowaniem podłoża,
- Wykonanie zabezpieczenia antykorozyjnego powierzchni betonowych,
- Wykonanie nawierzchni żywicznych na kapach chodnikowych.

Zdaniem Odwołującego w/w zakres robót Vektor nie może być uznany za spełniający warunki udziału w postępowaniu co opisał w odwołaniu.

W dniu 21.07.2020 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy wezwał Vektor do złożenia do dnia 24.07.2020r. do godziny 12:00 wyjaśnień odnośnie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający uszczegółowił, że prosi o wyjaśnienie czy wykonawca złożył referencje jako potwierdzenie wykonania zadań remontowych, przebudowy czy budowy obiektu. Ponadto Zamawiający wskazał na konieczność dookreślenia przez Vektor długości całkowitej ustroju nośnego poszczególnych obiektów wskazanych w referencjach.

Vektor udzielił odpowiedzi na powyższe wezwanie, jednak z treści dokumentów udostępnionych Odwołującemu przez Zamawiającego wynika, że nastąpiło to po wyznaczonym terminie. Zgodnie bowiem z oznaczeniem zamieszczonym na piśmie Vektor z dnia 22.07.2020 r. wpłynęło ono do Zamawiającego w dniu 27.07.2020 r. tj. 3 dni po wyznaczonym terminie. Zamawiający powinien zatem uznać, że Wykonawca nie udzielił wyjaśnień, a co za tym idzie jego oferta podlega odrzuceniu. Ponadto co istotne Vektor w przywołanym piśmie dokonał niedopuszczalnej zmiany treści oferty przez powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego. Pomimo wyżej opisanych okoliczności Zamawiający w dniu 06.08.2020 r. dokonał ponownego wyboru oferty Vektro jak najkorzystniejszej.

Dowód:

6. Pismo Zamawiającego z dnia 09.07.2020 r.
7. Dokumenty, złożone przez Vektor w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 09.07.2020 r.
8. Pismo Zamawiającego z dnia 21.07.2020 r.
9. Pismo Vektor z dnia 22.07.2020 r. wraz z załącznikami.

W zakresie zarzutów odwołania Odwołujący wskazał:

Zgodnie z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej. By jednak dana oferta mogła zostać uznana za najkorzystniejszą, Wykonawca, który ją złożył powinien spełniać stawiane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlegać wykluczeniu.

W punkcie 7.2.3 a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) Zamawiający wskazał, że wykonawca musi posiadać doświadczenie polegające na wykonaniu

(zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie co najmniej 3 zadań remontowych lub polegających na budowie lub przebudowie obiektu mostowego o długości całkowitej ustroju nośnego wynoszącej min. 12 m wykonywanych na drogach klasy G lub wyższych za minimalną kwotę 800 000 PLN każdy.

Vektor w przedłożonym w dniu 10.07.2020 r. wykazie robót wskazał, że:

- 1) W przypadku realizacji dot. budowy drogi ekspresowej S-3 na odcinku Sulechów- Nowa Sól wykonał on izolację z papy termozgrzewalnej wraz z przygotowaniem podłoża oraz wykonał zabezpieczenia antykorozyjnego powierzchni betonowych;
- 2) W przypadku realizacji dot. budowy drogi ekspresowej S-3 na odcinku Nowa Sól- Legnica wykonał on izolację z pap termozgrzewalnych wraz z przygotowaniem podłoża;
- 3) W przypadku realizacji dot. autostrady A-1 wykonał on izolację z papy termozgrzewalnej wraz z przygotowaniem podłoża, zabezpieczenia antykorozyjnego powierzchni betonowych oraz nawierzchnie żywiczne na kapach chodnikowych.

Określony w treści przywołanego wyżej fragmentu SIWZ opis warunku udziału w postępowaniu jest jasny i nie rodzi trudności interpretacyjnych. Zamawiający wymagał bowiem doświadczenia w wykonaniu (zakończeniu) zadań remontowych lub polegających na budowie lub przebudowie, nie natomiast wykonania jakichkolwiek cząstkowych robót budowlanych podczas realizacji zadań remontowych lub polegających na budowie lub przebudowie. Odwołujący wskazał w tym miejscu wyrok krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 277/20. Odnosząc się do treści przytoczonego wyżej warunku udziału w postępowaniu zgodnie z art. 3 ustawy prawo budowlane przez:

- 1) Budowę rozumie się wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego
- 2) Przebudowę rozumie się wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego;
- 3) Remont rozumie się należy przez to rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym;
- 4) Obiekt budowlany rozumie się budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego

przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych.

Mając na uwadze wyżej przytoczone definicje Odwołujący podał, że bezsprzecznym staje się, że roboty budowlane, na których wykonanie powołuje się Vektor nie pozostają ani budową, ani przebudową ani też remontem. Nieodzownym elementem budowy pozostaje wykonanie obiektu budowlanego (czyli obiekt budowlany pierwotnie nie może istnieć) lub jego odbudowa, rozbudowa czy nadbudowa. Zgodnie z definicjami zamieszczonymi w słowniku języka polskiego PWN:

1) Odbudowa to:

- odrestaurowanie lub wzniesienie na nowo tego, co zostało zniszczone,
- przywracanie do uprzedniego stanu tego, czego funkcjonowanie zostało zaburzone,
- powrót do poprzedniej liczebności lub wielkości.

2) Rozbudowa to:

- powiększenie budowli lub obszaru już zabudowanego;
- zwiększenie liczby składników czegoś.

3) Nadbudowa to zbudowanie nowej części nad jakąś wykończoną budowlą.

Budowa nowego obiektu budowlanego jest procesem wieloetapowym oraz wieloskładnikowym, jej efektem końcowym jest powstanie nowego obiektu budowlanego, który pozostaje zdalny do użytku zgodnego z jego przeznaczeniem. Zatem o wykonaniu (zakończeniu) budowy obiektu mostowego możemy mówić w momencie uzyskania pozwolenia na użytkowanie przedmiotowego obiektu.

Prace wykonywane przez Vektor nie mogą zatem zostać uznane za budowę ze względu na fakt, iż stanowią one jedynie pewien element składowy całego procesu jakim jest budowa.

Odwołujący wyjaśnił, że wykonanie izolacji z pap termozgrzewalnych wraz z przygotowaniem podłoża, wykonanie zabezpieczenia antykorozyjnego powierzchni betonowych oraz wykonanie nawierzchni żywicznych na kapach chodnikowych stanowią jedynie tzw. roboty wykończeniowe na obiekcie. Wykonanie izolacji z pap termozgrzewalnych polega bowiem na układaniu warstwy hydroizolacyjnej w formie arkuszy z papy, dogrzewanych do oczyszczonej i zagruntowanej powierzchni płyty pomostu. Zabezpieczenie antykorozyjne powierzchni betonowych obejmuje jedynie pokrycie powierzchni powłokami malarskimi. Natomiast wykonanie nawierzchni chodników z żywicy polega na naniesieniu cienkiej warstwy żywicy wymieszanej z piaskiem kwarcowym na powierzchnie żelbetowych chodników. Zatem wszystkie te prace wykończeniowe zostały wykonane po zakończeniu etapu budowy konstrukcji mostu na wskazanych zadaniach przez Generalnych Wykonawców. Zdaniem Odwołującego nie sposób zatem nawet określić robót

zrealizowanych przez Vektor jako kluczowych dla wykonania budowy.

W odniesieniu do odbudowy, rozbudowy oraz nadbudowy to nieodzownym ich elementem pozostaje istnienie danego obiektu budowlanego. Obiekty inżynieryjne związane z wykonywanymi przez Vektor robotami dopiero powstawały zatem nie mogły być nadbudowywane, odbudowywane oraz rozbudowywane. To samo tyczy się remontu oraz przebudowy obiektu budowlanego. By można było wykonać roboty spełniające definicję wyżej przywołanych pojęć obiekt budowlany również musi istnieć. Nie ma zatem możliwości przyporządkowania prac Vektor jako remontu lub przebudowy. Odwołujący przywołał wnioski płynące z treści uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 1067/19, podając że jeżeli w opisie warunku zostało wskazane doświadczenie polegające na realizacji określonego zadania, to nie jest dopuszczalne uznanie za potwierdzające spełnianie tego warunku wykonanie prac stanowiących jedynie część takiego zadania.

Zatem żadna z realizacji własnych, na które powołuje się Vektor nie stanowi spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponadto podkreślić trzeba, że wymóg w zakresie zdolności technicznej i zawodowej został uszczegółowiony przez Zamawiającego przez określenie, że długość całkowita ustroju nośnego obiektu powinna wynosić min. 12 m., wartość danego zadania powinna wynosić min. 800.000,00 zł, a obiekt mostowy miał znajdować się w ciągu drogi klasy G.

Vektor na żadnym etapie postępowania nie wykazał by którykolwiek z wypisanych przez niego w piśmie z dnia 22.07.2020 r. obiektów mostowych pozostawał obiektem zrealizowanym w ciągu drogi klasy G. Istotnym bowiem pozostaje, że obiekty budowane na zadaniach:

- Budowa drugiej jezdni drogi ekspresowej S-3 na odcinku Sulechów- Nowa Sól- pierwszy odcinek od km 272+650 do om 286+043,
- Budowa autostrady A1 na odcinku Tuszyn- Pyrzowice, odcinek i węzeł Woźniki (bez węzła)
- węzeł Pyrzowice (bez węzła),
- Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól- Legnica (a-4) zadanie V od węzła Lublin Południe /bez węzła/ do węzła Legnica II (a-4) od km 58+974 do km 79+172,03 i węzeł Legnica II od km 0+000 do ok. km 2+420,

realizowane były nad drogami klasy A oraz S, zatem nie świadczy to o posadowieniu ich w ciągu dróg klasy G lub wyższych. Odwołujący wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z sygn. akt: KIO/KU 35/19.

Zamawiający pismem z dnia 21.07.2020 r. nakazał Wykonawcy wyjaśnienie m.in. czy Wykonawca złożył referencje jako potwierdzenie wykonania zadań remontowych, przebudowy czy budowy obiektu. W odpowiedzi na powyższe Vektor oświadczył, że: „Firma Vektor s.c, S. B., D. R. na powyższych zadaniach była podwykonawcą prac przy budowie

nowych obiektów mostowych realizowanych w ramach kontraktów. (...) a prace wykonywane były na nowo budowanych obiektach mostowych (...)”. Zatem Wykonawca sam przyznał, że zakres jego robót nie stanowił ani budowy, ani przebudowy ani też remontu.

Następnie Vektor w wyjaśnieniach złożonych za pośrednictwem pisma datowanego na dzień 22.07.2020 r. w celu jak to określił „zachowania ostrożności procesowej” powołał się na zasoby podmiotu trzeciego. Wraz z w/w pismem złożył on zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia złożone przez spółkę Mosty Poznań sp. z o.o. z/s w Poznaniu z dnia 20.07.2020 r.

Należy więc uznać w ocenie Odwołującego, że Vektor dopuścił się niedopuszczalnej zmiany treści złożonej oferty. Zamawiający nie złożył oświadczenia o braku uznania opisanej czynności. Powyższe narusza treść art. 84 ust. 1 ustawy, która stanowi, że do zmiany treści oferty może dojść jedynie przed upływem terminu jej złożenia. Dodatkowo w sprawie doszło do naruszenia art. 87 ustawy, gdyż w ocenie Odwołującego doszło do przekroczenia jego dyspozycji co do treści oferty podlegającej wyjaśnieniom czy zmianom jak i do negocjacji treści oferty pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.

Kwestia wprowadzenia do oferty Wykonawcy podmiotu udostępniającego zasoby na etapie składania wyjaśnień co do treści oferty rozstrzygnięta została m.in. przez wyrok TSUE sygn. C-387/14. W cytowanym orzeczeniu Trybunał wskazał, że artykuł 51 dyrektywy 2004/18/WE, w związku z art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia. W rozpoznawanej przez TSUE sprawie wykonawca, po upływie terminu składania ofert, powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego oraz dostarczył zobowiązanie tego podmiotu do oddania mu do dyspozycji zdolności i środków niezbędnych do realizacji zamówienia. W takiej sytuacji wyjaśnienia te nie mogą być uznane przez zamawiającego za wyjaśnienie szczegółów oferty czy nieistotną jej zmianę, albowiem w rzeczywistości stanowią istotną i znaczącą zmianę pierwotnie złożonej oferty. Tak złożone dokumenty właściwie warunkują samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie, bowiem mają wpływ na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy do zrealizowania danego zamówienia. W ocenie TSUE gdyby zamawiający dopuścił taką zmianę potraktowałby tego wykonawcę korzystniej niż innych kandydatów a tym samym naruszyłby zasadę równego i niedyskryminacyjnego traktowania wszystkich podmiotów

ubiegających się o udzielenie zamówienia. W konsekwencji, zdaniem TSUE wykonawca, który w momencie składania oferty opiera się jedynie na własnych zdolnościach, nie jest uprawniony na powoływanie się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Powyższą interpretacją potwierdza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia sygn. akt: KIO 1286/18.

Mając na uwadze brak jednoznacznej reakcji Zamawiającego na dokonaną przez Vektor niedozwoloną zmianę treści oferty, Odwołujący nie jest w stanie stwierdzić czy Zamawiający uznał spełnienie przez Vektor warunków udziału w postępowaniu na podstawie doświadczenia własnego Wykonawcy czy też na podstawie udostępnionego doświadczenia nabytego przez powołany podmiot trzeci.

Bez znaczenia dla sprawy pozostają również dodatkowe oświadczenia Wykonawcy w zakresie jego pozostałego doświadczenia bowiem przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy *in principio* nakazuje wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie wystarczy zatem, by wykonawca był ogólnie znany w branży, zadaniem wykonawcy jest wykazanie spełniania przez niego wymaganych warunków udziału przez stosowne tego udokumentowanie w odpowiednim dla postępowania trybie i czasie.

Odwołujący wskazał, że dokonując wyboru oferty wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający narusza art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy tj. dokonuje wyboru oferty wykonawcy niedającego gwarancji należytego wykonania zamówienia. Dodatkowo zamawiający narusza art. 7 ust. 3 ustawy przez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór jest niezgodny z przepisami ustawy tj. z art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy. Tym samym Zamawiający narusza nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i narusza jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień (wskazał sygn. akt: KIO/KD 36/19).

Odwołujący podał, że wyjaśnienia złożone przez Vektor pismem datowanym na dzień 22.07.2020 r. w ogóle nie powinny zostać przyjęte przez Zamawiającego. W konsekwencji Vektor winien zostać wykluczony z postępowania ze względu na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta powinna zostać odrzucona. Z dokumentów przekazanych Odwołującemu przez Zamawiającego wynika bowiem, iż Vektor nie zachował terminu wyznaczonego przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień. W piśmie z dnia 21.07.2020 r. Zamawiający wskazał, że Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień w nieprzekraczalnym terminie do dnia 24.07.2020 r. do godziny 12:00. Vektor udzielił wyjaśnień pismem datowanym na dzień 22.07.2020r., które jednak zostało zadekretowane przez Zamawiającego w dniu 27.07.2020 r., o czym stanowi pieczęć na piśmie, czyli 3 dni po wymaganym terminie. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowane zostało

stanowisko, że wyjaśnienia złożone po wyznaczonym terminie należy traktować jako niezłożone. Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt: KIO 1729/19, który wydany został w prawdzie w odmiennym stanie faktycznym (postępowanie dotyczyło wyjaśnień rażąco niskiej ceny) jednak zdaniem Odwołującego stwierdzenie, że „(...) przekroczenie wyznaczonego przez zamawiającego terminu na złożenie wyjaśnień należy traktować tak, jak sytuację zaniechania złożenia tychże wyjaśnień przez wykonawcę.” W stanowisku Odwołującego ww. wyrok należy odnosić do wszelkich wyjaśnień w zakresie, których przepisy przewidują konieczność wyznaczenia konkretnego terminu na ich udzielenie. Z taką sytuacją mamy do czynienia właśnie, jeśli chodzi o art. 26 ust. 4 ustawy. Bezsprzecznym pozostaje, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie wykazał czy przedłożone referencje potwierdzały wykonanie zadań remontowych, przebudowy czy budowy obiektu oraz nie wyjaśnił jakiej długości całkowitej był ustrój nośny poszczególnych obiektów wykazanych w referencjach.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 11 sierpnia 2020 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izba stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu

zaprzecza (...). Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: *Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).*

IV.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2020 r. poz. 1296) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniała stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 31 sierpnia 2020 roku „Odpowiedź na odwołanie” – Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w trakcie rozprawy:

- dowód nr 1 – wydruk ze strony internetowej Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Katowicach tj. wykaz podwykonawców i dalszych podwykonawców inwestycji Autostrada A1 na odcinku Tuszyn – Pyrzowice,

- dowód nr 2 – wydruk ze strony internetowej Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Katowicach tj. informacje / mapy dotyczące inwestycji Autostrada A1 na odcinku Tuszyn – Pyrzowice.

V.

Izba ustaliła:

Zamawiający dokonał w dniu 6 sierpnia 2020 roku wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie S. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S. B. „Vektor” z siedzibą w Golinie i D. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D. R. „Vektor” z siedzibą w Golinie działający jako Vektor spółka cywilna S. B., D. R. z siedzibą w Golinie (pełnomocnik) oraz K. B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Vektor K. B. z siedzibą w Golinie (dalej: „Vektor” lub uczestnik postępowania odwoławczego).

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) określił, że o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się Wykonawcy, którzy w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykażą się *doświadczeniem polegające na wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3 zadań remontowych lub polegających na budowie lub przebudowie obiektów mostowych o długości całkowitej ustroju nośnego wynoszącej min. 12 m wykonanych na drogach klasy G lub wyższych za minimalną kwotę 800 000 PLN brutto każdy.*

Wykonawca Vektor za pismem z dnia 9 lipca 2020 roku złożył na formularzu 3.7 do SWIZ Wykaz robót budowlanych wskazując następujące doświadczenie uzyskane w ramach realizacji inwestycji:

poz. 1 - budowy drugiej jezdni drogi ekspresowej S-3 na odcinku Sulechów - Nowa Sól - wykonanie izolacji z pap termozgrzewalnych wraz z przygotowaniem podłoża oraz wykonanie zabezpieczenia antykorozyjnego powierzchni betonowych,
poz. 2 - Autostrada A-1 na odcinku Tuszyn – Pyrzowice odcinek I węzeł Woźniki (bez węzła) – węzeł Pyrzowice (bez węzła) – wykonanie izolacji z pap termozgrzewalnych wraz z przygotowaniem podłoża oraz wykonanie zabezpieczenia antykorozyjnego powierzchni betonowych, wykonanie nawierzchni żywicznych na kapach chodnikowych,
poz. 3 – zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól – Legnica (A-4) zadanie V od węzła Lubin Południe /bez węzła/ do węzła Legnica II (A-4) – wykonanie izolacji z pap termozgrzewalnych wraz z przygotowaniem podłoża.

Wykonawca Vektor przedstawił referencje dla każdej z wykonywanych robót w ramach realizacji wymienionych inwestycji.

Pismem z dnia 21 lipca 2020 roku Zamawiający zwrócił się do Vektor o wyjaśnienie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy *czy wykonawca złożył referencje jako potwierdzenie wykonania zadań remontowych, przebudowy czy budowy obiektu. Jak również o wyjaśnienie jakiej długości całkowitej był ustrój nośny poszczególnych obiektów wskazanych w referencjach.*

Pismem z dnia 22 lipca 2020 roku, doręczonym w tym dniu Zamawiającemu, wykonawca Vektor złożył wyjaśnienia wskazując wykaz obiektów dla wskazanych inwestycji wraz z podaniem długości ustroju nośnego. Wyjaśnił również, że roboty budowlane prowadzone były przy budowie wskazanych obiektów dla każdej z inwestycji.

Wykonawca Vektor „z ostrożności procesowej” wskazał w wyjaśnieniach również, że przy realizacji zadania będzie korzystał z zasobów firmy Mosty Poznań spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i załączył zobowiązanie do oddania niezbędnych zasobów przez ten podmiot oraz wykaz robót budowlanych.

VI.

W zakresie zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy przez uwzględnienie wyjaśnień złożonych przez Vektor po upływie terminu na ich złożenie (zarzut nr 6) Izba postępowanie umorzyła z uwagi na wycofanie zarzutu przez Odwołującego w trakcie posiedzenia z udziałem stron postępowania odwoławczego i uczestnika postępowania odwoławczego.

W zakresie zarzutu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy przez ich pominięcie przejawiające się brakiem wykluczenia z postępowania Vektor, pomimo, że powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona, jako że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zamawiający wykonując ciężące na nim ustawowe obowiązki wskazuje warunki udziału w postępowaniu i choć przepisy ustawy w tym zakresie na przestrzeni lat ulegały zmianie (nowelizacja ustawy z lipca 2016 roku) nadal aktualne pozostaje w tym zakresie orzecznictwo Izby i sądów powszechnych. Tym samym aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie wykonawców, niezmiennie wskazuje się w orzecznictwie, że wymagania im stawiane muszą być skonkretyzowane. W ocenie Izby nadal aktualne pozostaje utrwalana

przez lata teza, że postanowienia SIWZ dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Regulacje odnoszące się do warunku udziału w postępowaniu czytane zatem muszą być tak jak zostały napisane, literalnie, tak aby nie pozostawiać marginesu na interpretacje i domysły. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego czy założeniach czynionych na potrzeby oceny.

Ukształtowany przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej należy i musi być odczytywany tak jak on brzmi. Zgodnie z treścią jaka została zawarta w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego warunek jest jednoznaczny i opisany został szczegółowo przez wskazanie konkretnych wartości jakie istotne były w ocenie Zamawiającego.

Zamawiający określił w warunku konieczność wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem polegającym na wykonaniu (zakończeniu) 3 zadań remontowych lub polegających na budowie lub przebudowie obiektów mostowych. Z przedstawionych przez Vektor wyjaśnień w piśmie z dnia 4 lipca 2020 roku jak również z ustaleń poczynionych w trakcie rozprawy wynika, że Vektor podane posiadane własne doświadczenie uzyskał przy budowie obiektów w ramach wskazanych w Wykazie robót budowlanych z dnia 9 lipca 2020 roku inwestycjach.

Izba zaznacza, że w zakresie warunku Zamawiający podał, że doświadczenie, którym ma się wykazać wykonawca zdobyte ma być przy realizacji zadań polegających na budowie jednocześnie nie zakreślił, że doświadczenie, którym będzie wykazywał się wykonawca uzyskane przy budowie obiektu mostowego dotyczyć ma budowy całego obiektu mostowego. Nie wynika również z treści warunku, że doświadczenie jakim miał się wykazać wykonawca dotyczyć ma realizacji robót budowlanych od rozpoczęcia do zakończenia inwestycji. Zamawiający odnoszą się w warunku do wykonania zadań polegających na budowie nie zdefiniował tego zadania przez odniesienie do definicji

„budowy”, natomiast Zamawiający uszczegółowił wymagania określone w warunku zakreślając, że realizowane roboty odnoszące się do budowy obiektu mostowego miały dotyczyć obiektu o długości całkowitej ustroju nośnego wynoszącego min. 12 m wykonanego na drogach klasy G lub wyższych na minimalną kwotę 800 tys. zł brutto. Izba zaznacza w tym miejscu, że skoro budowa nowego obiektu mostowego o minimalnej długości ustroju nośnego 12 m wynosi około 3,5 mln złotych brutto – co nie było kwestionowane w trakcie rozprawy przez Odwołującego – to tym samym określenie kwoty 800 tys. zł brutto jednoznacznie oznacza, że wykonanie części robót budowlanych na obiekcie mostowym o długości ustroju nośnego min. 12 m również potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie użył w warunku udziału w postępowaniu definitywnych określeń zakreślających zakres zadań/robót jakie miał w ramach budowy obiektu mostowego wykonać wykonawca. Zamawiający zaznaczył natomiast w ukształtowanym warunku udziału w postępowaniu, że miały być one zakończone.

W odniesieniu do przedstawionych na rozprawie dowodów (dowód nr 1 i 2), mając na uwadze treść pisma z dnia 22 lipca 2020 roku złożonego przez Vektor do Zamawiającego, a także treść złożonego odwołania Izba stwierdziła, że argumentacja Odwołującego odnosząca się do (-) braku w ramach inwestycji Autostrada A1 wszystkich obiektów podanych w ww. piśmie, (-) zawarcia dwóch umów w ramach realizacji zadań przez Vektor w ramach inwestycji Autostrada A1 oraz (-) niezgodności zakresu robót wykonanych przez Vektor w ramach robót podejmowanych w inwestycji Autostrada A1 na podstawie referencji wystawionej przez Strabag stanowi nową, niewskazaną w odwołaniu argumentację. Izba zaznacza, że argumentacja ta nie stanowi uzasadnienia dla podniesionych w odwołaniu zarzutów lecz w zasadzie stanowi nowe zarzuty, które na etapie odwołania nie zostały przez Odwołującego wskazane. Izba nie może rozpoznawać zarzutów, które nie były znane na etapie odwołania, bowiem termin na wniesienie odwołania tym samym na przedstawienie w nim zarzutów upłynął, a rozpoznanie zarzutów przedstawianych w trakcie rozprawy byłoby naruszeniem obowiązujących przepisów. Wymaga odnotowania również, że nie stała na przeszkodzie żadna okoliczność która uniemożliwiłaby wskazanie tych argumentów na etapie odwołania, bowiem pismo było Odwołującemu znane, a materiały ze stron internetowych powszechnie dostępne, co podał sam Odwołujący.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej elementu określonego w warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zadań „wykonanych na drogach klasy G lub wyższych” Izba zaznacza, że Zamawiający nie określił w warunku udziału w postępowaniu, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że roboty na obiekcie mostowym miały być

zrealizowane „w ciągu drogi klasy G”. Odwołujący, zarzucając że wykonawca Vektor nie podał na żadnym etapie postępowania, że obiekty mostowe były wykonane na drogach klasy G lub wyższych również nie podał w jaki sposób wykonawca miał wykazać Zamawiającemu, że obiekty te były wykonane na drogach klasy G lub wyższych. Nie wynika to z żadnego postanowienia SIWZ. Taka konstrukcja zarzutu nie może zostać uznana za zasadną. Jednocześnie, jeżeliby uznać że Odwołujący kwestionuje wykonanie obiektów mostowych na drogach klasy G lub wyższych to w ocenie Izby Odwołujący nie wskazał, że obiekty mostowe do których odwołał się w wykazanym doświadczeniu Vektor, a które zostały szczegółowo wymienione w piśmie z dnia 22 lipca 2020 roku nie były wykonane na drogach klasy G lub wyższych. W tym zakresie Odwołujący nie przedstawił w zasadzie żadnej argumentacji natomiast to właśnie po jego stronie pozostawało wykazanie, udowodnienie tego faktu.

Mając na uwadze całą powyższą argumentację Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo dokonał oceny przedstawionego przez wykonawcę Vektor doświadczenia własnego tego wykonawcy przedstawionego w Wykazie wykonanych robót z dnia 9 lipca 2020 roku. Jednocześnie wyjaśnienia jakie zostały złożone za pismem z dnia 22 lipca 2020 roku stanowiły realizację obowiązku wynikającego z wezwania Zamawiającego z dnia 21 lipca 2020 roku, które w sposób jednoznaczny wzywało w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 84 ust. 1 w zw. z art. 87 ustawy przez uwzględnienie przez Zamawiającego wyjaśnień Vektor, w treści których doszło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty przez Vektor w związku ze zmianą doświadczenia własnego na doświadczenie podmiotu trzeciego – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Wymaga odnotowania na wstępie, że zarzut ten – co wynika z uzasadnienia stanowiska Odwołującego zawartego w odwołaniu – podnoszony jest w zakresie sposobu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Vektor. Wymaga podkreślenia, że Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień o kreślonym zakresie (pismo z dnia 21 lipca 2020 roku) i w tym zakresie poddał je ocenie. Należy zaznaczyć, że nie istnieją regulacje, które ograniczają możliwość podania określonych informacji w składanych do Zamawiającego pismach. Zamawiający nie ma również obowiązku składania jakiegokolwiek oświadczenia co do dokumentów złożonych przez danego wykonawcę, których to Zamawiający nie żąda. Odwołujący podnosząc, że doszło do nieuprawnionej zmiany treści oferty nie wyjaśnił w jaki sposób Zamawiający miał podać, że oświadczenia przedstawionego przez Vektor „z ostrożności procesowej” nie brał pod uwagę przy ocenie

spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Oświadczenie złożone przez Vektor jest bezskuteczne w obliczu wezwania do złożenia wyjaśnień jak również przedstawionych na wcześniejszym etapie postępowania o udzielnie zamówienia publicznych dokumentów zawierających doświadczenie własne wykonawcy Vektor. Odwołujący nie wykazał, że doszło do nieuprawnionej zmiany treści oferty, jak również – co potwierdza powyżej rozpoznany zarzut odwołania – że Zamawiający dokonał oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w oparciu o inne niż własne doświadczenie wykonawcy Vektor.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy przez uznanie oferty Vektor jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji jej wybór, podczas gdy oferta w/w podmiotu nie stanowi oferty najkorzystniejszej ze względu na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez brak odrzucenia oferty podlegającej wykluczeniu – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, co oznacza, że nie ma w tym zakresie zastosowania regulacja art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, która została określona na potrzeby odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego lub ofert złożonych przez wykonawców niezaproponowanych do składania ofert. Wymaga odnotowania, że zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą, co oznacza, że oferta wykonawcy wykluczonego z mocy prawa zostaje uznana jako odrzucona.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ustawy przez nierówne traktowanie Wykonawców biorących udział w postępowaniu i brak zachowania zasad uczciwej konkurencji – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą

do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych.

Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SIWZ. W ocenie Izby w ramach czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie nie doszło do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych (art. 7 ust. 1 ustawy).

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz w pismach procesowych stwierdziła, że odwołanie jest niezasadne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018 poz. 972 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....