

WYROK
z dnia 18 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę

Z. U. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe U. Z. U. z siedzibą w Makowie Mazowieckim

w postępowaniu prowadzonym przez

Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie

przy udziale wykonawców:

A. COLAS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pałędziach,

B. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mińsku Mazowieckim oraz ALTOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mińsku Mazowieckim

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Z. U. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe U. Z. U. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Z. U.

prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe U. Z. U. tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Z. U. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Urbanowski Z. U. na rzecz Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przebudowę drogi wojewódzkiej nr 627 relacji Ostrów Mazowiecka – Orło na terenie Miasta i Gminy Ostrów Mazowiecka oraz Gminy Małkinia Górna, pow. ostrowski, woj. mazowieckie” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 15 maja 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 095-225976. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – Z. U. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe U. Z. U. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że przedstawiony przez Odwołującego „Wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania ofert” wraz z załącznikami nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz że wymaga uzupełnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania z 24 lipca 2020 r. w części dotyczącej wezwania do uzupełnienia „Wykazu robót” oraz o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów reprezentacji Odwołującego przez pełnomocnika.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych lub gdy złożone dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, do ich złożenia w wyznaczonym terminie.

Naczelne zasady postępowania o udzielenie zamówienia wymagają, aby wezwanie było jasne i precyzyjne, sformułowane w sposób dający wykonawcy wiedzę, co w złożonych przez wykonawcę dokumentach zamawiający kwestionuje i dlaczego. Nie są wystarczające

ogólnikowe stwierdzenia, że określony dokument (w przedmiotowej sprawie – załącznik do punktu 2. w wykazie dostaw, tj. „Protokół odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji obiektu” z 18 grudnia 2019 r.) nie potwierdza, że zadanie wykonano nienależycie, wykonawca nie może bowiem domyślać się, czego od niego oczekuje Zamawiający. Aby wykonawca mógł się prawidłowo do wezwania zastosować, musi wiedzieć, które elementy w złożonych wcześniej dokumentach Zamawiający uznał za nieprawidłowe i dlaczego.

Istotą sporu pomiędzy Stronami jest rozstrzygnięcie, czy Zamawiający prawidłowo ocenił złożony dokument dotyczący doświadczenia Odwołującego, tj. „Protokół odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji obiektu” z 18 grudnia 2019 r. dla robót „Remont drogi wojewódzkiej nr 627 Ostrołęka – Ostrów Mazowiecka od km 10+020 do km 20+700 (L=10+680 km)”, który, zdaniem Zamawiającego, nie stanowi potwierdzenia, że roboty budowlane wskazane w punkcie 2. „Wykazu robót” zostały wykonane należycie, przy czym ogólnikowość wezwania sporządzona przez Zamawiającego utrudnia przedstawienie przez Odwołującego argumentacji.

Na podstawie § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać wykazu robót budowlanych z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane.

Wykonawca w „Wykazie robót” w punkcie 2. wykazał roboty budowlane „Remont drogi wojewódzkiej nr 627 Ostrołęka – Ostrów Mazowiecka od km 10+020 do km 20+700 (L=10+680 km)”. Jako dowód wykonania jej w sposób należyty załączył „Protokół odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji obiektu” z 18 grudnia 2019 r. Nie ulega wątpliwości, że protokół odbioru robót budowlanych może stanowić dowód, o którym mowa w § 2 ust. 4 pkt 1 ww. rozporządzenia, który potwierdza wykonanie robót budowlanych w sposób należyty. Protokół jest dokumentem sporządzanym i podpisanym przez Zamawiającego, a więc spełnia wymóg zawarty w rozporządzeniu „pochodzenia od podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane” oraz zawiera informacje o tym, czy roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Dopuszczalność posługiwania się protokołem na potwierdzenie należytego wykonania robót budowlanych wielokrotnie potwierdzała Izba (np. w wyrokach KIO 2149/18, KIO 289/20, KIO 781/20).

Przedmiotowy protokół został podpisany przez Zamawiającego i Odwołującego jako potwierdzenie wykonania umowy o zamówienie publiczne, realizowanej po przeprowadzeniu

przez Zamawiającego innego postępowania. Zamawiający ma więc pełną wiedzę na temat tego, w jaki sposób była zrealizowana poprzednia łącząca strony umowa. Nie usprawiedliwia to jednak dyskrecjonalnego uznania, w oderwaniu od protokołu, że roboty te zostały wykonane w sposób nienależyty.

Sformułowanie zawarte w § 2 ust. 4 pkt 1 ww. rozporządzenia, dotyczące „należytego wykonania” robót, oznacza sytuację, w której interes wierzyciela określony umownie zostanie zaspokojony w sposób określony treścią zaciągniętego zobowiązania, a więc przy wykonaniu „zgodnie z umową”. Roboty budowlane, które zostały wykonane zgodnie z umową, terminowo, są wykonane należyście. Wykonawca, który wykonuje prace zgodnie z umową, terminowo, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i należytą starannością, to właśnie wykonawca, który daje gwarancję na prawidłowe zrealizowanie zamówienia (wyrok KIO 2654/19).

Zamawiający więc powinien ocenić należyte wykonanie umowy w odniesieniu do tak sformułowanego wzorca. W przedmiotowej sprawie Odwołujący przedstawił protokół, w którym w części II w punkcie 4. stwierdzono „Zgodność wykonanych robót z umową – zgodne”. W punkcie 1. potwierdzono terminowość wykonania zobowiązania; w punkcie 7. potwierdzono brak stwierdzonych usterek; w punkcie 3. zgodność ilości wykonanych robót dodatkowych; w punkcie 8. nie zapisano uwag. Komisja w części III punkt 1. lit. a postanowiła „odebrać obiekt i przekazać do eksploatacji”.

Zdaniem Odwołującego przytoczone zapisy o zgodności wykonanych robót z umową, terminowości wykonania umowy (brak zwłoki) i bezusterkowym odbiorze potwierdzają, że przedstawione w punkcie 2. „Wykazu robót” roboty zostały wykonane należyście i zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

Jeśli natomiast Zamawiający nie uznaje należytego wykonania tych robót, to prawdopodobnie z powodu odstępstw wymienionych w części II punkt 2. protokołu, dotyczących jakości materiałów i obiektu. Takie działanie Zamawiającego jest nieprawidłowe. W protokole, w części II punkt 5. i 6., Zamawiający uznał, że jakość materiałów podstawowych i ich zgodność ze specyfikacją i warunkami umownymi jest dostateczna oraz że jakość obiektu na podstawie pomiarów geometrycznych, badań laboratoryjnych i innych badań jakościowych jest dostateczna. Słownik języka polskiego PWN definiuje pojęcie „dostateczny” jako „wystarczający, zadowalający”. Nie ulega więc wątpliwości, że odstępstwa jakościowe wskazane w punkcie 2. części II były na tyle niewielkie w stosunku do specyfikacji technicznych, że Zamawiający uznał je za akceptowalne. Nie ma również wątpliwości, że interes wierzyciela (Zamawiającego) w tej umowie został w pełni zaspokojony w sposób określony treścią zobowiązania, gdyż te akceptowalne przez wierzyciela odstępstwa wiązały się jednocześnie z obniżeniem wynagrodzenia wykonawcy oraz przedłużeniem terminu rękojmi o 1 rok (część III punkt 3 protokołu). Wartość

poniższej wynagrodzenia wykonawcy (90.186,47 zł) stanowiła jedynie nieco ponad 1% wartości całej umowy (8.585.875,91 zł), a więc była relatywnie niewielka. Świadczy to również o nieistotności odstępstw określonych w części II punkt 2. protokołu.

Zastrzeżenia podane w protokołach odbioru, aczkolwiek występują, nie świadczą jeszcze o tym, iż całość zadania nie została wykonana należycie. W wyroku KIO 116/16 Izba stwierdziła, że w przypadku jednego z wykazanych zamówień wystąpiły przypadki naliczenia kar umownych, co jednak nie uprawnia do wniosku, że realizacji całego zamówienia nie można uznać za należyta. Izba stanęła na stanowisku, że jeżeli skala i stopień uchybienia obowiązkom wynikających z umowy w porównaniu do zakresu usług wykonanego bez uchybień jest nieistotna, realizacja całej umowy może być oceniona jako należyta. Tak jak w przypadku robót budowlanych przyjmuje się, że usterkowy odbiór robót nie stanowi przeszkody w powoływaniu się na takie roboty jako należycie wykonane, jeżeli stwierdzone uchybienia są drobne i nie zmieniają jakości całego przedmiotu robót, tak samo należy oceniać kwestię należytego wykonania zamówień obejmujących usługi. Umowa, która została wykonana tak, że jej cel został osiągnięty, a jakość co do zasady nie odbiegała od wymagań określonych w umowie, może być uznana za należycie wykonaną, nawet jeśli w toku realizacji pojawiły się uchybienia, które w praktyce niemal zawsze się pojawiają.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania, gdyż stwierdza w nim, że czynność wezwania może skutkować wykluczeniem z postępowania. Natomiast w odpowiedzi na wezwanie uzupełnił dokumenty i dopiero potem zostało wniesione odwołanie, zatem odwołanie nie ma racji bytu.

Oświadczył, że dokumenty uzupełnione jeszcze nie zostały ocenione przez Zamawiającego. Zamawiający odwołał się tylko do nienależytego wykonania, ale przystępujący Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. i ALTOR Sp. z o.o. ma rację co do tego, że był to remont, więc roboty i tak nie byłyby uznane. Zamawiający wie, że przedmiotem zamówienia był remont, gdyż był inwestorem.

Wyjaśnił, że do wykazu robót Odwołujący załączył nie protokół odbioru, tylko poświadczenie, z którego wynikało, że roboty nie zostały wykonane należycie, ponieważ wskazano w nim szereg uchybień. Zamawiający posiada też wiedzę jako inwestor, że Odwołujący nie wykonał umowy należycie. Dlatego wezwanie było konieczne.

Zwraca uwagę, że w dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, w przepisach dotyczących dokumentów wskazano na to,

że mają potwierdzać rzetelność wykonawcy, natomiast Zamawiający nie może uznać tej umowy za rzetelnie wykonaną.

Zamawiający stwierdził, iż w ww. poświadczeniu jest mowa, z jakim opóźnieniem wykonawca rozpoczął wykonanie robót, a w protokole o terminie wykonania. Zamawiający nie podnosi dopiero teraz, że roboty były wykonane nienależycie, tylko dał temu wyraz w wystawionym poświadczeniu.

III Stanowiska przystępujących

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca COLAS Polska Sp. z o.o. i wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. i ALTOR Sp. z o.o.

Przystępujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. i ALTOR Sp. z o.o. w przystąpieniu wniósł o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego, względnie z uwagi na brak interesu prawnego Odwołującego.

Zdaniem Przystępującego zarzuty sformułowane przez Odwołującego są niezasadne i nie mają oparcia w obowiązujących przepisach prawa, w szczególności art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i stanie faktycznym niniejszej sprawy. W istocie zarzut Odwołującego dotyczy próby uchylecia się od wykazania wymaganego w punkcie 6.1 Instrukcji dla wykonawców (specyfikacji istotnych warunków zamówienia), zgodnie z którym Zamawiający, w celu udowodnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w punkcie 4.1 zażądał od wykonawców wykazania, że wykonali w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwie roboty budowlane polegające na rozbudowie /przebudowie /budowie drogi publicznej o wartości nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł każda.

Zdaniem Przystępującego Odwołujący nie wykazał spełnienia tego warunku, gdyż w złożonym przez Odwołującego „wykazie robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwie roboty budowlane polegające na rozbudowie /przebudowie /budowie drogi publicznej o wartości nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł brutto każda” znalazły się: rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 616 relacji Rembielin – Ciechanów na odcinku od obszaru niezabudowanego w miejscowości Żaboklik do skrzyżowania z DW nr 544 w miejscowości Grudusk tj. od km 19+018,00 do km 27+020,00 na terenie gmin Dzierzgowo i Grudusk, powiatu mławskiego i ciechanowskiego, województwa mazowieckiego. Etap drugi i trzeci tj. od km 19+018 do km 24+767 z wyłączeniem kanalizacji deszczowej od km 24+250 do km 24+772; remont drogi

wojewódzkiej nr 627 Ostrołęka – Ostrów Mazowiecka od km 10+020 do km 20+700 (L=10+680 km); przebudowa drogi wojewódzkiej nr 784 na odcinku od km 26+630 do km 28+680 w miejscowości Dąbrowa Zielona; przebudowa drogi powiatowej nr 2043 S relacji Kłobuck – Kamyk. Odwołujący przemilczał przy tym, że zadanie „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 616 relacji Rembielin – Ciechanów” była realizowana przez konsorcjum firm w składzie P.H.U. U. Z. U., Abramss Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Inżynieryjnych Prdi S.A., zaś całkowita końcowa wartość umowy wynosiła 17.650 800.00 zł. Zgodnie z powszechnie przyjętą za wyrokiem TSUE z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt) interpretacją możliwość powoływania się członka konsorcjum na doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum w wyniku uprzedniej realizacji zamówienia jest weryfikowane wyłącznie przez pryzmat faktycznego udziału (realizacji) zamówienia w ramach tego konsorcjum. W tym zakresie Odwołujący nie dokonał rozróżnienia pomiędzy doświadczeniem swoim, a pozostałych członków konsorcjum. Tym samym zadanie to nie może być potraktowane jako odpowiadające wymaganiu Zamawiającego.

Ponadto przedmiotem zadania „Remont drogi wojewódzkiej nr 627 Ostrołęka – Ostrów Mazowiecka od km 10+020 do km 20+700 (L=10+680 km)” nie była wymagana przez Zamawiającego rozbudowa, przebudowa lub budowa drogi publicznej, ale jej remont, które to pojęcia zgodnie z definicjami legalnymi zawartymi jest w art. 3 ustawy Prawo budowlane są odmienne. Przedmiotowe roboty nie spełniają wymaganego przez Zamawiającego kryterium rozbudowa, przebudowa lub budowa drogi publicznej, a zatem ewentualne uwzględnienie, czy nieuwzględnienie odwołania w zakresie zaliczenia tego zadania do wykazanego przez Odwołującego doświadczenia pozostaje bez wpływu na wynik. Poza tym z załączonego przez Odwołującego protokołu odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji obiektu nie wynika fakt należytego, tj. zgodnego z umową i zasadami sztuki budowlanej wykonania tego zadania. W części II protokołu stwierdzono w punkcie 1. niedochowanie terminu realizacji umowy (67 dni opóźnienia), zaś w punkcie 2. bardzo liczne uchybienia w zgodności robót z wymaganiami wynikającymi ze specyfikacji technicznych. Tym samym trudno o podzielenie argumentacji Odwołującego zawartej w treści odwołania, jakoby z uwagi na formalne sporządzenie protokołu odbioru robót ww. nieprawidłowości miały zostać niejako „skasowane”, co uzasadniać ma przyjęcie fikcji wykonania robót budowlanych w sposób należyty. Przesądza to zarówno o bezzasadności argumentacji Odwołującego zawartej w odwołaniu oraz o braku interesu prawnego Odwołującego w złożonym odwołaniu, które tym samym winno zostać oddalone.

Jak wynika z ogólnodostępnych dokumentów, zamówienie „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 784 na odcinku od km 26+630 do km 28+680 w miejscowości Dąbrowa Zielona” zostało udzielone przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach konsorcjum, którego liderem był

Bitum Sp. z o.o., zaś jednym z podwykonawców, którym powierzona została część robót, był Przystępujący. Odwołujący się nie mógł być zatem wykonawcą całości przedmiotowego zadania.

Jak wynika z ogólnodostępnych dokumentów na zadanie „Przebudowa drogi powiatowej nr 2043 S relacji Kłobuck – Kamyk” organizowane przez Starostwo Powiatowe w Kłobucku Odwołujący nie składał oferty, zatem nie mógł występować jako wykonawca całości zadania. Zatem Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Próba konwalidowania w niniejszym postępowaniu odwoławczym zadania w zakresie remontu drogi wojewódzkiej nr 627 Ostrołęka – Ostrów Mazowiecka z całą pewnością nie może zostać uznana za skuteczną, a nadto nie jest wystarczająca do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący sam potwierdza w swoim odwołaniu twierdzenie, że Zamawiający nie powinien – w trybie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – usiłować pomóc mu w wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a także w uzupełnieniu dokumentacji, której wbrew wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie załączył. Odwołanie nie jest również skierowane przeciwko wymaganiom punktu 4.1 w zw. z punktem 6.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i trudno je za takie uznać, już choćby z uwagi na upływ terminów, wskazanych w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przystępujący COLAS Polska Sp. z o.o. podczas rozprawy poparł stanowisko Zamawiającego. Stwierdził, iż zamówienie nie mogło być wykonane należycie, skoro doszło do obniżenia wynagrodzenia. Bywa, że rentowność kontraktu to 3-4%, zatem 1% wynagrodzenia nie jest nieistotny. W praktyce obniżanie wynagrodzenia wykonawcy nie zdarza się często, lecz kiedy parametry jakościowe nie odpowiadają umowie, zatem umowy nie można uznać za należycie wykonaną.

Poparł również stanowisko przystępującego Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. i ALTOR Sp. z o.o., że nie była to budowa, przebudowa ani rozbudowa, zatem roboty nie spełniają wymogów warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym uważa, że oddalenie powinno zostać oddalone.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania, gdyż stwierdza w nim, że czynność wezwania może skutkować wykluczeniem z postępowania. Natomiast w odpowiedzi na wezwanie uzupełnił dokumenty i dopiero potem zostało wniesione odwołanie, zatem odwołanie nie ma racji bytu.

Przystępujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. i ALTOR Sp. z o.o. zakwestionował interes Odwołującego ze względu na bezzasadność jego argumentacji.

Art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że środki ochrony prawnej 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. Z kolei, zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie przysługuje od niezgodnej z przepisami ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych) czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Zamawiający dokonał w stosunku do Odwołującego czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jakkolwiek sama czynność wezwania nie jest jeszcze czynnością definitywną, tj. sama w sobie nie czyni szkody wykonawcy i nie wskazuje, czy w konsekwencji wykonawca zostanie wykluczony z postępowania, czy też, jeśli dokona uzupełnienia, jego oferta zostanie zaakceptowana jako prawidłowa. Jednak już w tym momencie wykonawca może uznać, że czynność Zamawiającego zagraża jego interesom, gdyż potencjalnie ryzyko wykluczenia istnieje w stopniu realnym – już w tym momencie uwidacznia się, że Zamawiający ma pewne zastrzeżenia do przedłożonej przez niego oferty (tu: dokumentów podmiotowych) i, jeśli nie dokona uzupełnienia dokumentów, które Zamawiający zaakceptuje, do takiego wykluczenia może dojść. Może też istnieć sytuacja, w której wykonawca nie posiada innych dokumentów do przedstawienia lub innych realizacji, na które mógłby się powołać, a uważa, że wskazane Zamawiającemu wymogi spełniają – w takim wypadku nie będzie w stanie dokonać uzupełnienia. Zamawiający sam przyznał, że nie dokonał jeszcze oceny uzupełnionych dokumentów, zatem sytuacja Odwołującego w tym zakresie nie została rozstrzygnięta przed wniesieniem odwołania czy też przed dniem rozprawy. Dodatkowo w wezwaniu Zamawiający wskazał konsekwencje prawne niedokonania uzupełnienia: wykluczenie wykonawcy z postępowania, odrzucenie jego oferty oraz utratę wadium. W związku z powyższym nie można Odwołującemu odmówić interesu we wniesieniu odwołania.

Również fakt, że odwołanie może okazać się bezzasadne, nie oznacza braku interesu w jego wniesieniu. Bezzasadność skutkuje bowiem oddaleniem odwołania – podobnie jak brak wpływu postawionych zarzutów na wynik postępowania.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia – przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, treść wezwania do uzupełnienia oraz dokumentów przedłożonych przez Odwołującego) nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że przedstawiony przez Odwołującego „Wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania ofert” wraz z załącznikami nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz że wymaga uzupełnienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

W punkcie 4.1. i 6.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy oraz wymagane na jego potwierdzenie dokumenty: „Zamawiający uzna za spełnione warunki, o których mowa

w punkcie 4.1, jeżeli wykonawcy wykażą, że wykonali w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwie roboty budowlane polegające na rozbudowie/przebudowie/budowie drogi publicznej* o wartości nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł brutto każda; Wykonawca składający ofertę musi wykazać się całym wymaganym doświadczeniem, a w przypadku oferty złożonej przez konsorcjum jeden z uczestników konsorcjum musi wykazać się całym wymaganym doświadczeniem (warunek nie będzie spełniony, jeżeli wszyscy uczestnicy konsorcjum w sumie wykażą się wymaganym doświadczeniem, ale żaden z nich indywidualnie nie wykaże się całym wymaganym doświadczeniem). Jeżeli Wykonawca w celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku udziału w postępowaniu polegać będzie na doświadczeniu innego podmiotu, musi on wykazać się całym wymaganym doświadczeniem. *) Pod pojęciem drogi publicznej, Zamawiający rozumie drogi określone w ustawie z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 2222, z późn. zm.) lub drogi będące ich odpowiednikami w państwach Unii Europejskiej, państwach będących stronami Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i państwach będącymi stronami umów międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska.”

Odwołujący, na wezwanie Zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedstawił dokument o treści (treść według wzoru ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia): „Wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwie roboty budowlane polegające na rozbudowie/przebudowie/budowie drogi publicznej* o wartości nie mniejszej niż 7 000 000,00 zł brutto każda. Wykonawca składający ofertę musi wykazać się całym wymaganym doświadczeniem, a w przypadku oferty złożonej przez konsorcjum jeden z uczestników konsorcjum musi wykazać się całym wymaganym doświadczeniem (warunek nie będzie spełniony, jeżeli wszyscy uczestnicy konsorcjum w sumie wykażą się wymaganym doświadczeniem, ale żaden z nich indywidualnie nie wykaże się całym wymaganym doświadczeniem). *) Pod pojęciem drogi publicznej, Zamawiający rozumie drogi określone w ustawie z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 2222, z późn. zm.) lub drogi będące ich odpowiednikami w państwach Unii Europejskiej, państwach będących stronami Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i państwach będącymi stronami umów międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska. (...) Załączamy dowody określające czy roboty te zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.”

W stanowiącej część dokumentu tabeli Odwołujący wskazał dwie realizacje: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 616 relacji Rembielin – Ciechanów, na odcinku od obszaru niezabudowanego w miejscowości Żaboklik do skrzyżowania z DW nr 544 w miejscowości Grudusk tj.: od km 19+018,00 do km 27+020,00 na terenie gmin Dzierzgowo i Grudusk, powiatu mławskiego i ciechanowskiego, województwa mazowieckiego. Etap drugi i trzeci tj. od km 19+018 do km 24+767 z wyłączeniem kanalizacji deszczowej od km 24+250 do km 24+772” oraz „Remont drogi wojewódzkiej nr 627 Ostrołęka – Ostrów Mazowiecka od km 10+020 do km 20+700 (L=10+680 km)”, obie realizowane dla Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie.

Do powyższego wykazu Odwołujący załączył dokument pod nazwą „Poświadczenie” z (prawdopodobnie) 26 czerwca 2020 r. (druga cyfra daty nieczytelna) o treści: „Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie poświadcza, że Firma P.H.U U., Z. U. (...) realizowała zadanie pn.: <<Remont drogi wojewódzkiej nr 627 Ostrołęka – Ostrów Mazowiecka od km 10+020 do km 20+700 (L=10,680 km.)>> na podstawie umowy 101/MZDW/03/2019/RZ z dnia 13.03.2019 r. W trakcie realizacji zobowiązań Wykonawca nie przestrzegał zapisów umowy w zakresie dostarczenia dokumentów pozwalających na przekazanie placu budowy. Mimo wielokrotnych wezwań rozpoczął realizację robót dopiero 3 miesiące po podpisaniu umowy mimo, iż czas realizacji zadania zgodnie z umową przewidywał okres 5,5 miesiąca na wykonanie robót. Wielokrotnie wykonywał roboty oznakowane niezgodnie z zatwierdzonym projektem czasowej organizacji ruchu co skutkowało koniecznością wstrzymywania prac przez inspektora nadzoru. Wykonawca nie przestrzegał zapisów umowy dotyczących akceptacji materiałów i prowadzenia dziennika budowy. W czasie realizacji prac na placu budowy nie było osób nadzorujących roboty ze strony wykonawcy. Badania kontrolne wykazały, że Wykonawca nieprawidłowo wykonał warstwy asfaltowe oraz stosował mieszanki mineralno-asfaltowe nie zatwierdzone przez Technologa MZDW. Roboty budowlane realizowano w okresie od dnia 5.04.2019 r. do dnia 5.11.2019 r. Wartość odebranych robót wyniosła 8.585.875,91 zł brutto. Opinia wydana na prośbę zainteresowanego.”

Zamawiający, pismem z 24 lipca 2020 r., skierował do Odwołującego wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazując – w części dotyczącej doświadczenia wykonawcy – iż wzywa wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień oraz uzupełnienia w zakresie, o którym mowa poniżej, tj. przywołał ww. postanowienie punktu 6.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Zamawiający uzna za spełnione warunki, o których mowa w pkt 4.1, jeżeli Wykonawcy wykażą, że: wykonali w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwie roboty

budowlane polegające na rozbudowie/przebudowie/budowie drogi publicznej* o wartości nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł brutto każda (...) W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (...) przedstawili Państwo „Wykaz robót...” wskazując w nim jako drugie zadanie: „Remont drogi wojewódzkiej nr 627 Ostrołęka-Ostrów Mazowiecka od km 10+020 do km 20+700 (L=10+680 km)”. Z załączonego poświadczenia nie wynika, że zadanie to wykonano należycie. W związku z powyższym prosimy o uzupełnienie „Wykazu robót” o inne zadanie spełniające warunki postawione przez Zamawiającego wraz z załączeniem stosownego poświadczenia. (...) Zamawiający wyznacza termin na dokonanie stosownych uzupełnień/wyjaśnień w nieprzekraczalnym terminie do dnia 30-07-2020 r.”.

Podczas rozprawy Zamawiający wyjaśnił i podkreślił, że Odwołujący przed wezwaniem z 24 lipca 2020 r. nie przedstawił „Protokół odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji obiektu” z 18 grudnia 2019 r., na który się powołuje w odwołaniu, lecz wyżej wskazane poświadczenie z 26 czerwca 2020 r. Protokół ten został załączony dopiero 30 lipca 2020 r., jako dokument uzupełniony na wezwanie Zamawiającego. Na dowód Zamawiający przedstawił dokumenty z akt postępowania. Odwołujący tym twierdzeniom nie zaprzeczył.

Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania oświadczenia pełnomocnika Zamawiającego i przedstawionych przez niego dokumentów z akt postępowania przetargowego, nie kwestionował ich również pełnomocnik Odwołującego. W związku z powyższym Izba uznała za ustalony i niesporny stan faktyczny wskazany przez Zamawiającego i potwierdzony przez niego dokumentami z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednak w konsekwencji istotą sporu pomiędzy Stronami jest nie rozstrzygnięcie, czy Zamawiający prawidłowo ocenił złożony dokument dotyczący doświadczenia Odwołującego w postaci „Protokołu odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji obiektu” z 18 grudnia 2019 r., lecz poświadczenie z 26 czerwca 2020 r.

Jak wynika z zarzutu odwołania, odwołanie dotyczy czynności z 24 lipca 2020 r. wezwania do uzupełnienia dokumentów, dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie prawidłowej realizacji robót wskazanych w pozycji 2. wykazu wykonanych robót budowlanych i dokumentu przedstawianego na potwierdzenie prawidłowego wykonania tych robót, przedstawionego przez Odwołującego w ramach wezwania z art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z treścią dokumentu „Poświadczenie” z 26 czerwca 2020 r., przedstawionego przez Odwołującego jako „dowód określający, czy roboty te zostały

wykonane należycie, w szczególności informacji o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone” Izba stwierdziła, że – w obliczu treści ww. dokumentu – dokonane przez Zamawiającego wezwanie było nie tylko zgodne z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale wręcz celowe i konieczne. W sposób oczywisty bowiem nie potwierdza okoliczności należytego wykonania robót, a nawet ewidentnie jej przeczy. I, w ocenie Izby, nawet gdyby Zamawiający, jako inwestor przedmiotowych robót, miał wiedzę i podzielał ocenę Odwołującego, że roboty zostały wykonane należycie, nie mógłby takiej sytuacji pozostawić bez jakiegokolwiek reakcji, gdyż przeczyłoby to co najmniej zasadzie przejrzystości postępowania wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem żadna osoba zapoznająca się z dokumentacją postępowania – czy to konkurujący wykonawca, kontroler, czy inna osoba zainteresowana – nie byłaby w stanie stwierdzić na podstawie takiego dokumentu, że pozytywna ocena doświadczenia Odwołującego została dokonana należycie.

Przy czym, jakkolwiek Izba uznaje, że samo wezwanie było prawidłowe i, choć, lakoniczne, wskazuje na dokonaną przez Zamawiającego ocenę robót, tj. iż nie zaakceptował on realizacji i żądał przedstawienia innej („przedstawili Państwo *Wykaz robót...* wskazując w nim jako drugie zadanie (...). Z załączonego poświadczenia nie wynika, że zadanie to wykonano należycie. W związku z powyższym prosimy o uzupełnienie *Wykazu robót ...* o inne zadanie spełniające warunki postawione przez Zamawiającego wraz z załączeniem stosownego poświadczenia), to jednak przyznaje rację Odwołującemu, że celowe byłoby rozwinięcie przez Zamawiającego stanowiska, co pomogłoby Odwołującemu (a także innym osobom czytającym przedmiotowe wezwanie) zorientować się, z jakich konkretnych powodów Zamawiający nie uznał przedmiotowego dokumentu, np. że omyłkowo załączył on poświadczenie z 26 czerwca 2020 r., a nie protokół z 18 grudnia 2019 r., przez co obie Strony mogłyby choćby uniknąć przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ze względu na to, że odwołanie dotyczyło wyłącznie czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów z 24 lipca 2020 r., Izba nie badała – jako nie wchodzących w zakres odwołania – prawidłowości czynności uzupełnienia dokumentów, w tym „Protokołu odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji obiektu” z 18 grudnia 2019 r., jak też innych okoliczności podniesionych w przystąpieniu wykonawców Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. i ALTOR Sp. z o.o. oraz podczas rozprawy, tj. czy wskazane roboty budowlane rzeczowo spełniały wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 20.000 złotych oraz 3.600 złotych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Przewodniczący: