

Sygn. akt: KIO 1293/17

WYROK
z dnia 7 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2017 r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2017 r. przez Wykonawcę **Z. Spółka Akcyjna** z siedzibą w K. przy (...) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miasto Gorzów Wielkopolski**, ul. Sikorskiego 3-4 (66-400 Gorzów Wielkopolski)

przy udziale

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **B.P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w W. przy (...), **C.P.B. S.A.** z siedzibą w B. (...), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu wezwać na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy konsorcjum w składzie B.P. Sp. z o.o., C.P.B. S.A. do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się wykonaniem co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie i/lub przebudowie obiektu mostowego lub wiaduktu o długości co najmniej 20,00 m. Oddala zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Ustawy.**

2.1 Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Miasto Gorzów Wielkopolski i:

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę Z. S.A., tytułem wpisu od odwołania;

2.3 zasądza od Zamawiającego - Miasta Gorzów Wielkopolski na rzecz Wykonawcy - Z. S.A. z siedzibą w K. kwotę 23.850 zł 20 gr. (słownie: dwadzieścia trzy tysiące osiemset pięćdziesiąt złotych dwadzieścia groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania, wynagrodzeniem pełnomocnika oraz kosztami dojazdu pełnomocników na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Gorzowie Wielkopolskim.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Gorzów Wielkopolski w trybie przetargu nieograniczonego na *przebudowę ulicy Kostrzyńskiej* (nr referencyjny WAD-VI.271.9.2017.AR), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 14.03.2017 r., 2017/S51 93359-2017-PL, Wykonawca Z. S.A. (dalej zwany Odwołującym), wniósł w dniu 23.06.2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1293/17). Odwołaniem objęto czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej (Konsorcjum B.) oraz zaniechanie dokonania czynności wykluczenia Konsorcjum B. z postępowania. Zamawiający informację o wyborze oferty najkorzystniejszej przekazał wykonawcom w dniu 13.06.2017 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Ustawy:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy Pzp przez brak wykluczenia Konsorcjum B. (w konsekwencji wybranie tej oferty) z postępowania mimo faktu, że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale V pkt 5 ppkt 3 lit. a) tieret pierwsze i trzecie, zgodnie z którymi o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali 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 - jedną robotę budowlaną polegającą na budowie i/lub przebudowie i/lub remoncie drogi min. Klasy G lub Z o długości min. 2 km i wartości robót co najmniej 20 000 000,00 PLN brutto.

Konsorcjum B. wykazało się robotami układu drogowego o wartości 15.534.195,85 zł netto, tj. 19.107.060,89 zł brutto, które nie spełniają warunku wartości robót (referencja Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. dla zadania „Budowa układu drogowego w ul. Powstańców Śląskich w W. wraz z budową trasy tramwajowej”).

- jedną robotę budowlaną polegającą na budowie i/lub przebudowie obiektu mostowego lub wiaduktu o długości co najmniej 20,00 m.

Konsorcjum B. realizowało prace dotyczące mostu o długości ok. 15 m. w odniesieniu do obiektu mostowego zlokalizowanego w B. w prowincji B. na zadaniu „Zagospodarowanie i uzbrojenie terenu UA1 – A.D.B.”, tym samym nie spełnia warunku minimalnej długości obiektu mostowego/wiaduktu wynoszącego 20,00 m.

2. art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy Pzp przez brak wykluczenia Konsorcjum B. z postępowania (w konsekwencji wybranie tej oferty) mimo faktu, iż Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego

niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym powyżej.

3. Art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy Pzp przez brak wykluczenia Konsorcjum B. z postępowania (w konsekwencji wybranie tej oferty) mimo faktu, iż Wykonawca ten lekkomyślnie lub niedbale przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, związane z wartością robót drogowych i długością 4,5 km wykonania prac dotyczących dróg klasy D i Z, podczas gdy układ drogowy o długości 4,5 km obejmował klasy dróg GP, G, Z, L i D (a więc także niższej klasy niż wymaganej), jak i związane z długością obiektu mostowego/wiaduktu przez podanie, iż obiekt mostowy miał długość 145 m, podczas gdy ma długość ok 15 m.

Jako zarzut ewentualny (w sytuacji nieuwzględnienia zarzutu związanego z brakiem wykluczenia wykonawcy z powodu wprowadzenia w błąd – zarzut nr 2, przedstawienia informacji wprowadzających w błąd – zarzut nr 3, czy też nieuwzględnienia zarzutu nr 1, prowadzących do wykluczenia Konsorcjum B.)

4. Art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum B. do wyjaśnienia/przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jak i poprzedzającej ją czynność oceny spełnienia warunków w postępowaniu (badania i oceny ofert), nakazanie przeprowadzenia ponownej czynności oceny i badania ofert, a w konsekwencji nakazanie wykluczenia Konsorcjum B. z postępowania i dokonanie wyboru oferty Odwołującego. W sytuacji uwzględnienia zarzutu ewentualnego – nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny i badania ofert, wezwanie Konsorcjum B. do wyjaśnienia/przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie opisanym.

W uzasadnieniu Odwołujący odniósł się do treści referencji dla prac związanych z wykonaniem na zlecenie T.W. Sp. z o.o. robót układu drogowego, które obejmowały odcinek 4,5 km o wartości nie większej niż 19.107.060,89 zł. brutto (15.534.195,85 zł. netto), co nie potwierdza spełnienia warunku w zakresie wymaganej wartości robót – 20.000.000 zł. brutto. Ponadto, w ramach robót wykonane były drogi nie tylko klasy G lub Z, ale również drogi klasy L oraz D, będące drogami lokalnymi bądź dojazdowymi, zatem o klasie niższej, niż wymagane przez Zamawiającego drogi min. klasy G lub Z. Tym samym wartość rzeczywista robót dla dróg klasy G/Z jest niższa od wskazanej w referencji (zarzut nr 1).

W zakresie zarzutu nr 3 – nieprawdziwych informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego związanych z wykonaniem robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej Odwołujący wskazał na oświadczenie Wykonawcy, w którym potwierdził, iż wykonał odcinek drogi klasy G i Z o długości 4,5 km i podanej wartości, co wprowadzało w błąd. Zamawiający został wprowadzony w błąd, gdyż nie miał informacji, że przebudowa dotyczyła układu drogowego dla kategorii dróg GP, G, Z, L i D, a zatem nie wezwał Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, tj. czy drogi klasy G i Z miały długość w ramach robót drogowych większą niż 2 km. Na podstawie nieprawdziwego oświadczenia Zamawiający uznał, iż Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu i dokonał wyboru tej oferty. Wskazał, iż w sytuacji gdy zaistnieje podstawa do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, nie powinien być on wzywany do uzupełnienia lub wyjaśnienia oferty. Wykonawca w wykazie miał wskazać roboty budowlane w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tymczasem podane informacje dotyczą całego zadania, a nie robót niezbędnych do wykazania spełnienia warunku.

Analogiczną argumentację prezentował w odniesieniu do zarzutu nr 2. W sytuacji, w której Konsorcjum B. było wykonawcą przedmiotowych prac nie sposób jest uznać, by nie wiedziało, jaka była wartość prac drogowych (poniżej 20.000.000 zł podczas gdy w tabelce odnoszącej się do spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazana została kwota ponad 80 mln zł), jak również, że długość robót drogowych (4,5 km) nie dotyczyła tylko tych o klasie min. G i Z (ale dotyczyła także L i D) – mając stosowne referencje.

Uwzględniając wyrok ETS z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, wezwanie Konsorcjum B., w opisanej sytuacji, do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy do zastąpienia „złych” referencji prawidłowymi, dotyczącymi innego zadania, naruszałoby reguły określone w art. 2 dyrektywy 2004/18 oraz zasadę równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp).

Odnosnie warunku dotyczącego budowy/przebudowy obiektu mostowego lub wiaduktu o długości co najmniej 20,00 m Odwołujący wskazał, iż referencyjna praca – zagospodarowanie i uzbrojenie terenu UA1 – A.D.B.. – obejmowała most o długości 15 km, a nie jak wskazało Konsorcjum B. – 145 m. Długość ta dotyczy sumy długości pali zastosowanych jako posadowienie pośrednie mostu (pali CPI-6). Natomiast most ma długość 15 metrów, co jest związane m.in. z jego rozpiętością wynikającą z referencji (13,6 metra). Wskazują na to także dane techniczne mostu podane w referencjach, które jednoznacznie wykluczają by most ten miał długość 145 metrów. Dodatkowo wskazuje na to cel jego budowy (ominięcie strumienia), dla którego mosty mają kilkanaście metrów długości.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w specjalności mostowej na okoliczność, iż wynikające z referencji dane, co do użycia materiałów, nie charakteryzują mostu o długości 145 metrów, ale o długości ok. 15 metrów, a długość 145 metrów jest związana z sumą długości pali zastosowanych, jako posadowienie pośrednie dla mostu (na marginesie – w referencjach brak jest liczby 145 jest natomiast liczba „145,5”). Z załączonego zdjęcia wynika, iż most jest położony nad małym strumykiem na dwóch przeciwstawnych skarpach, jest mostem jednoprzęsłowym (bez filarów pośrednich), a na świecie nie ma obecnie takiej technologii, która pozwoliła jednym przęsłem pokonać dystans 145 m w pokazanej konstrukcji.

W odniesieniu do informacji związanych z długością mostu Odwołujący analogicznie, jak przy robotach drogowych, wywiódł podstawę do postawienia zarzutu nr 2 i 3 z odwołania.

Z ostrożności procesowej, wskazał na zaniechanie wezwania Konsorcjum B. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp lub w trybie art. 24 ust. 4 Pzp, gdyż nie potwierdziło ono spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego zachodzą przesłanki do wykluczenia Konsorcjum B. z postępowania opisane w art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp, co w konsekwencji powinno prowadzić do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp. Opisane zaniechania wskazują na prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp).

Zamawiający przed terminem posiedzenia w sprawie złożył informację o tym, że unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i zapowiedział powtórzenie czynności w zakresie badania i oceny ofert, w tym dokonanie czynności zaniechanych, co oznacza, *iż nie tylko zarzucane w odniesieniu do tego wyboru naruszenia przepisów prawa, ale przede wszystkim sama czynność kwestionowania w odwołaniu, utraciły swój byt.*

Do postępowania odwoławczego przystąpiło po stronie Zamawiającego Konsorcjum B..

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody

w wyniku kwestionowanych czynności/zaniechań Zamawiającego. Odwołujący, jako Wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia, którego oferta została skalsyfikowana na drugim miejscu po zakończonej ocenie ofert posiadał, w momencie wnoszenia odwołania, interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, które doprowadziły do wyboru oferty konkurencyjnej. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym ogłoszenia i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie i złożonych dowodów, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Rozstrzygając o zarzutach Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony na dzień dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – Konsorcjum B.. Informacja przekazania przez Zamawiającego o tym, iż dokonał jej unieważnienia po wniesieniu odwołania oraz, że dokona zaniechanych wcześniej czynności związanych z badaniem i oceną złożonych oświadczeń i dokumentów, nie stanowiła dostatecznej podstawy do tego aby uznać, iż rozstrzygnięcie w przedmiocie podniesionych zarzutów straciło znaczenie. Zamawiający na posiedzeniu niejawnym, przed skierowaniem odwołania na rozprawę wskazał, że jego decyzje związane z potrzebą powtórzenia czynności w postępowaniu nie oznaczają uwzględnienia odwołania. Tym samym Izba była związana odwołaniem podtrzymanym w całości przez Odwołującego. Odnosząc się do wpływu podjętych nowych czynności na rozstrzygnięcie Izba uznała, iż nie ma podstaw do odmowy rozpoznania odwołania i oceny merytorycznej zarzutów oraz wydania wyroku nakazującego dokonanie czynności, których na moment wydania orzeczenia Zamawiający nie wykonał. Zamawiający podjął się próby przekonania, iż unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, której dotyczy odwołanie ma ten skutek, że traci ono substrat w postaci czynności wobec, której zostaje wniesione. Odnosząc się do tego argumentu należy zauważyć, iż odwołaniem objęto czynność wyboru oferty oraz zaniechanie dokonania czynności wykluczenia Konsorcjum B. z postępowania, a z ostrożności również zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wprawdzie Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, to jak sam przyznał nie może na ten moment określić, jaki będzie wynik powtórzonych czynności, które podejmie po uzyskaniu wyjaśnień od Konsorcjum B.. Tym samym także Izba nie mogła ustalić, jakiego rodzaju czynności zostaną przez Zamawiającego podjęte, w tym czy wykluczy Konsorcjum B. z postępowania lub wezwie je do uzupełnienia dokumentów, jak również w jaki sposób okoliczności podniesione w odwołaniu będą wpływały na przyszłe decyzje Zamawiającego. Nie można również pomijać skutków procesowych, jakie wiązałyby

się z uznaniem, że odwołanie powinno podlegać oddaleniu na tej podstawie, iż czynność stanowiąca podstawę zarzutów (wyboru oferty najkorzystniejszej) została przez Zamawiającego unieważniona, przy jednoczesnym stanowisku Zamawiającego, iż ten nie uwzględnia odwołania. Izba będąc związana oświadczeniem Zamawiającego, który pomimo unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie uwzględnił zarzutów, zobowiązana była do ich rozpoznania, w świetle okoliczności faktycznych w jakich czynność ta była podjęta. Izba nie mogła oceniać czynności Zamawiającego w kontekście decyzji o jej unieważnieniu inaczej, niż przez przyjęcie, że odwołanie miało swoje podstawy, chociażby w części podniesionych w nim zarzutów. Oznacza to zatem, iż rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie będzie wywierało ewentualne skutki prawne w obszarze możliwych do podniesienia w przyszłości zarzutów, jakie mogą pojawić się w związku z powtórzonymi czynnościami Zamawiającego. Nie można wykluczyć, iż po analizie wyjaśnień dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający ponownie, na podstawie tych samych złożonych już w postępowaniu dokumentów, uzna ofertę Konsorcjum B. za najkorzystniejszą (bez wzywania do ich uzupełnienia). Brak oświadczenia o uwzględnieniu w całości lub części zarzutów ma ten skutek, że Zamawiającego nie będąc związany żądaniem Odwołującego może dokonać ponownie wyboru tej samej oferty, pomimo okoliczności podniesionych obecnie w odwołaniu. Taka możliwość stanowi zagrożenie dla interesów Odwołującego, gdyż ponowne odwołanie oparte na tych samych okolicznościach, które obecnie powinny być przedmiotem rozpoznania Izby, podlegałoby na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 Ustawy odrzuceniu. Wniesione odwołanie nie mogło być uznane za przedwczesne tylko dlatego, że Zamawiający zdecydował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nie uznał jednocześnie zarzutów skierowanych wobec dokumentów, których ocena jest kwestionowana, a której wyniki Zamawiający przekazał wykonawcom, co zainicjowało wniesienie przedmiotowego odwołania.

W świetle powyższego, odwołanie w całości podlegało ocenie w zakresie okoliczności podniesionych przez Odwołującego i wynikających z ustaleń poczynionych w trakcie rozprawy opisanych poniżej.

Zamawiający wymagał w zakresie stanowiącym podstawę zarzutów, tj. związanych z oceną zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, aby ten wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale V pkt 5 ppkt 3 lit. a) tieret pierwsze i trzecie, zgodnie z którymi o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali 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

- jedną robotę budowlaną polegającą na budowie i/lub przebudowie i/lub remoncie drogi min. Klasy G lub Z o długości min. 2 km i wartości robót co najmniej 20 000 000,00 PLN brutto.

- jedną robotę budowlaną polegającą na budowie i/lub przebudowie obiektu mostowego lub wiaduktu o długości co najmniej 20,00 m.

Konsorcjum B. w wykazie zrealizowanych zamówień, złożonym na załączniku nr 2 do siwz przedstawiło pojedyncze roboty w zakresie obu warunków (poz. 1 i 3 wykazu). Na potwierdzenie pierwszego warunku powołał się na zrealizowane na rzecz spółki Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. zamówienie: *Budowa układu drogowego w ul. Powstańców Śląskich w W. wraz z budową trasy tramwajowej*, której zakres opisał, jako przebudowa drogi klasy G i Z o długości 4,5 km i wartości robót 81.380.517,08 zł. brutto. Dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia jest referencja z 29.09.2015 r. dotycząca wykonanych przez Konsorcjum B. robót z podaną ogólną wartością robót 81.380.517,08 zł oraz wartościami poszczególnych robót opisanych w podpunktach, w tym: *robót układu drogowego długości 4,5 km o wartości 15.534.195,85 zł.* (obejmujące m.in. remont oraz budowę dróg klasy GP, G, Z, L, D); *trasy tramwajowej dwutorowej długości 5230,2 mtp (2,6 km) – o wartości 33 961 108,08 zł. netto; przebudowy sieci wodociągowej – o wartości 2 275 246,31 zł netto; przebudowy sieci odwodnieniowej i kanalizacji deszczowej – o wartości 4 075 740,46 zł netto; przebudowy sieci gazowej - o wartości 604 780,28 zł. netto, robót sieci telekomunikacyjnych – o wartości 802 857,95 zł netto; sieci elektroenergetycznych – o wartości 2 521 914,96 zł netto; oświetlenia drogowego – o wartości 2 365 571,26 zł netto; nowej sygnalizacji świetlnej o wartości netto 4 021 606,87 zł netto.*

W pozycji trzeciej wykazu na potwierdzenie warunku dotyczącego wykonania obiektu mostowego Konsorcjum B. wskazało zamówienie zrealizowane na rzecz T.F.M. S.A.: *Zagospodarowanie i uzbrojenie terenu UA1-A.D.B.. zlokalizowanego w B., prowincja B.,* którego zakres obejmował budowę obiektu mostowego o długości 145 m i wartości robót 18.521.056,13 zł brutto. Na potwierdzenie należytej realizacji zamówienia Konsorcjum B. przedłożyło referencję zawierającą opis inwestycji, w tym mostu Ollerias: *145,40 m – pale CPI-6 600 mm, na przęsła; 12.208,50 kg – stal B500 S na płycie mostu (13,60 m rozpiętości teoretycznej, 8,00 m szerokości); 118,33 m² – powierzchnia deskowania sklejką fenolową; 147,09 m³ – beton HA-35/B/20/lib na płycie mostu.*

Zamawiający nie wzywał Konsorcjum B. do wyjaśnienia oraz uzupełnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków w spornym zakresie i dokonał wyboru tej oferty oceniając ją najwyżej według kryteriów opisanych w siwz.

Po wniesieniu odwołania Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i w dniu 5 lipca 2017 r. skierował do Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 4 Ustawy wezwanie do złożenia wyjaśnień wskazując w nim na okoliczności podnoszone w odwołaniu z terminem na ich złożenie do 10 lipca 2017 r. Zamawiający w oparciu o zarzuty jakie podnosi

Odwołujący zwrócił się z pytaniami o: długość przebudowanej drogi klasy GP, G i Z oraz wartości robót polegających na jej budowie/przebudowie (lit. a), a także o długość obiektu mostowego (lit. b). Do chwili otwarcia posiedzenia Konsorcjum B. nie odpowiedziało jeszcze Zamawiającemu na zadane pytania.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwołanie podlega uwzględnieniu w części w odniesieniu do zarzutu podniesionego z ostrożności, tj. naruszenia art. 26 ust. 3 Ustawy, gdyż przedłożone Zamawiającemu dokumenty dotyczące realizacji roboty budowlanej polegającej na budowie obiektu mostowego nie potwierdziły spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w którym Zamawiający wymagał wykonania obiektu mostowego lub wiaduktu o długości co najmniej 20,00 m. W pozostałym zakresie odwołanie zostało oddalone.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu uwzględnionego związanego z brakiem złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego obiektu mostowego Izba uwzględniła złożone w sprawie dowody, w tym oświadczenia i dokumenty przedłożone Zamawiającemu (referencja) oraz przedłożone przez Odwołującego dowody: wydruk ze strony internetowej spółki B. dotyczący budowy osiedla w B., Kraj Basków. Z opisu dotyczącego budowy wynika, iż *przewidywana jest (...) budowa mostu, który połączy parking na końcu osiedla z działką, na której znajdować się będzie fabryka (...)* Zbudowany zostanie także most o rozpiętości 16 metrów, łączący parking przewidziany dla OSIEDLA. Odwołujący przedstawił także informację publiczną o projekcie technicznym przedstawionym przez firmę T.F.M. S.A. dla zakładu produkcji śrutu stalowego w sektorze UA-1 Arla na terenie gminy B. (B.) – wraz z tłumaczeniem (fragment raportu środowiskowego wraz z rysunkami dotyczące obiektu mostowego). W referencji złożonej Zamawiającemu wskazano między innymi: *Ponadto, biorąc pod uwagę, że droga dojazdowa musiała ominąć strumień Kolutza (dopływ rzeki Kadagua), zbudowano most o posadowieniu pośrednim, na strzemionach na palach, o rozpiętości teoretycznej ponad 13 m.* W dalszych zapisach, przy opisie Mostu Ollerias wskazano na dokładną rozpiętość teoretyczną – 13,60 m.

Uwzględniając treść dokumentów (referencji i wskazanej w niej rozpiętości teoretycznej – 13,60 m), raportu środowiskowego (rysunków) oraz informacje ze strony internetowej spółki hiszpańskiej B. Izba uznała, iż dokument złożony na potwierdzenie oświadczenia Wykonawcy nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu z uwagi na długość obiektu mostowego mniejszą niż 20,00 m. Wprawdzie Odwołujący wnosił o powołanie biegłego celem ustalenia rzeczywistej długości mostu, wynikającej z opisu technicznego obiektu oraz rysunków stanowiących fragment raportu środowiskowego, to w ocenie Izby,

brak zaprzeczenia ze strony Przystępującego Konsorcjum B. logicznym i przekonującym twierdzeniem Odwołującego o rzeczywistej długości mostu – nie większej niż 16 m, nie wymagało udowodnienia, jako fakt przyznany. Ponadto, złożone dowody (dokumenty dotyczące inwestycji wraz z samą referencją), potwierdzają zgodność twierdzeń odwołującego ze stanem faktycznym tej inwestycji, tj. nie pozwalając przyjąć, aby most posiadał wymaganą w warunku długość 20 m. Prowadzenie czasochłonnej procedury powołania biegłego w sprawie, w ocenie Izby jedynie wydłużyłoby czas potrzebny do wydania wyroku w sprawie o kilka miesięcy, w sytuacji gdy okoliczność faktyczna wynikał już z samej referencji (długość teoretyczna) i pozostałych dowodów, wskazujących na wykonanie mostu 16-metrowego. W oparciu o samą referencję Zamawiający mógł mieć wątpliwość w jaki sposób ustalić długość mostu wykonanego przy podanej długości teoretycznej, ale przedłożone dowody w sprawie, w tym informacja jaką Spółka wskazała prezentując wykonaną inwestycję, pozwalały uznać, iż dokument złożony w postępowaniu nie jest dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Ponieważ Przystępujący nawet nie kwestionował ustaleń Odwołującego wywiedzionych w oparciu o dodatkowe dowody dotyczące robót prowadzonych w sektorze AU-1 Arla, a taką inicjatywę wykazał się w odniesieniu do drugiej podstawy faktycznej, Izba uznała, iż treść referencji przedstawiona Zamawiającemu wskazuje na długość mostu krótszą niż 20,00 m, co było warunkiem wymaganym do tego, aby wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W świetle tej okoliczności zachodzi podstawa do wezwania Konsorcjum B. do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy, które to wezwanie poprzedzać powinno decyzję o ewentualnym wykluczeniu Wykonawcy z postępowania, jeżeli nie będzie on w stanie wykazać, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu. W tym miejscu, w związku z argumentem Odwołującego wywiedzionym z orzeczenie ETS z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, o braku możliwości wezwania Konsorcjum B., w opisanej sytuacji, do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy i zastąpienia „złych” referencji prawidłowymi, dotyczącymi innego zadania, Izba wskazuje, że orzeczenie dotyczy stanu prawnego sprzed nowelizacji, a zatem nie może być odnoszone wprost do sytuacji zaistniałej w niniejszej sprawie. Przede wszystkim nie można pominąć zmiany brzmienia art. 22a ust. 6 Ustawy, w którym wskazano wprost na możliwość powołania się na potencjał (zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację ekonomiczną lub finansową) innego podmiotu, niż pierwotnie został wskazany w ofercie/wniosku lub zobowiązania się wykonawcy do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże własne zdolności techniczne. Cały ten artykuł dotyczy sytuacji, w której wykonawca zamierzał wykazać się potencjałem podmiotu trzeciego, ale co ma znaczenie dla niniejszej sprawy to fakt, iż

ustawodawca wprost dopuszcza w sytuacji, gdy ocena potencjału wykonawcy nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu, powołanie się na inny niż prezentowany wcześniej potencjał techniczny lub zawodowy (m.in. doświadczenie). W ocenie Izby, naruszającym zasady równego traktowania wykonawców, byłoby dopuszczenie takiej zmiany jedynie w odniesieniu do tych wykonawców, którzy zamierzali skorzystać z potencjału podmiotu trzeciego, a odmówić możliwości wykazania się własnym, innym niż pierwotnie wskazany zamawiającemu potencjałem przez samego wykonawcę.

Przenosząc powyższe na stan sprawy, należy wskazać, iż stosując art. 26 ust. 3 Ustawy Zamawiający musi mieć na uwadze możliwość jaką daje Ustawa - zstąpienia przez Wykonawcę błędnych, czy też nie potwierdzających spełnienie warunków udziału dokumentów i oświadczeń, innymi prawidłowymi, w tym znaczeniu że wykazującymi spełnienie warunku udziału dokumentami. Ponieważ Wykonawca nie był jeszcze wzywany do uzupełnienia dokumentów, to zarzut zaniechania wykluczenia na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 Ustawy, wywiedziony z okoliczności dotyczących budowy mostu Ollerias, był przedwczesny. Samo wezwanie Konsorcjum B. do wyjaśnień, jakie skierował Zamawiający już po wniesieniu odwołania, w ocenie Izby nie zmienia oceny stanu, jaki wynikał z dokumentu (referencji) oraz dowodów przedłożonych na rozprawie. Skoro Zamawiający nie uwzględnił, chociaż w części zarzutów, to musiał liczyć się z tym, że wynik postępowania dowodowego może być niekorzystny i potwierdzać negatywną ocenę dokumentu prezentowaną w odwołaniu. Taka sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie, co prowadziło do nakazania Zamawiającemu wezwania Konsorcjum B. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu.

Druga podstawa faktyczna zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy, w ocenie Izby nie prowadziła do oceny, iż złożone dokumenty nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu związanego z robotami drogowymi klasy G lub Z o długości co najmniej 2 km oraz wartości nie mniejszej niż 20 mln zł. brutto.

W świetle złożonego przez Przystępującego wyciągu z dokumentacji projektowej inwestycji dotyczącej budowy układu drogowego w ul. Powstańców Śląskich w W. wraz z budową trasy tramwajowej Izba uznała, iż inwestycja ta potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W szczególności wskazane w pkt 3.1.1. kategorie i klasa ulic: (...). Wskazane na str. 14 i 15 długości odcinków ulic, na których prowadzone były roboty również łącznie przekraczają długość 2 km i wynoszą 2230 m (1548m + 317,5 m + 259,5 m + 105 m). Natomiast wartość tych robót wynika z załączonej referencji, której opis zawiera się w poszczególnych podpunktach. Odwołujący poza odwołaniem się do wartości łącznej robót (81 mln zł.), wynikającej z referencji nie podjął inicjatywy w celu uzyskania potwierdzenia od wystawcy referencji, że wartość robót drogowych, które obejmowały rodzajowo różny zakres

prac (również wykonanie między innymi oświetlenia drogowego, sygnalizacji świetlnej, czy też położenia torowiska tramwajowego w drodze) wyniosła mniej niż 20 mln zł. Ponieważ to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania, iż referencyjna robota nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, brak inicjatywy dowodowej w tym kierunku prowadził do uznania, iż treść referencji potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Kwestie związane z rozumieniem warunku, w tym ustalenia ewentualnego zakresu prac w ramach budowy, przebudowy lub remontu drogi, powinny być wyjaśnione na etapie poprzedzającym złożenie oferty. Brak pytań w tym zakresie oznaczał konieczność nadania znaczenia użytym pojęciom według definicji ustawowej wynikającej z przepisów ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2016 r., poz. 1440), w tym art. 4 pkt 2, w którym droga oznacza *budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącą całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym*. Zgodnie natomiast z definicją torowiska tramwajowego, które stanowi część ulicy między skrajnymi szynami wraz z zewnętrznymi pasami bezpieczeństwa o szerokości 0,5 m każdy (pkt 4), stanowi ono element drogi. Prezentowana przez Odwołującego, zawężająca wykładnią warunku udziału w postępowaniu, przez ograniczenie robót drogowych do samej budowy drogi z pominięciem innych elementów prac, które mogły tym robotom towarzyszyć, a tym samym zwiększać wartość prac, stanowiłoby niedozwoloną na obecnym etapie postępowania modyfikację treści siwz.

W świetle powyższego Izba uznała, że referencja dotycząca roboty realizowanej na rzecz Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. potwierdziła spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu drugiego i trzeciego – odwołanie oddala.

Oba zarzuty zostały oparte na wspólnej podstawie faktycznej, tj. rzekomo błędnej informacji zamieszczonej w wykazie wykonanych zamówień, dotyczącej wartości robót drogowych dla dróg klasy min. G i Z oraz długości obiektu mostowego. Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba uznała, iż oświadczenie Wykonawcy Zamawiający powinien ocenić również w kontekście treści dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót, które były szczegółowe i pozwalały ustalić pełną informację o zakresie tych robót. Odwołujący w sposób wybiórczy odniósł się do treści oświadczeń i wywiódł z nich błędne wnioski, co do możliwości wprowadzenia w błąd, pomijając pełną informację do jakiej miał Zamawiający dostęp, a którą również sam uwzględnił w celu określenia rzeczywistego zakresu prac. Odwołujący opierał się bowiem na treści referencji w celu podważenia prawdziwości informacji złożonych w wykazie. Przy zarzucie celowego wprowadzenia w błąd, czy też braku staranności przy formułowaniu oświadczeń w wykazie, istotnym jest ustalenie również tego, czy pozostałe dokumenty bezpośrednio odnoszące się do zakresu prac nie pozwalały na

prawidłową ocenę doświadczenia Wykonawcy. W ocenie Izby szczegółowe informacje zamieszczone w referencjach zasadniczo uzupełniały treść oświadczenia wykonawcy składanego na formularzu nr 2 do siwz. Chociaż oba dokumenty mają odmienne znaczenie (oświadczenie oraz referencje), to nie można pomijać faktu, iż Zamawiający może uwzględnić dodatkowe informacje wynikające z załączonych dokumentów korespondujących z oświadczeniem własnym Wykonawcy. W kontekście pełnej treści dokumentów przedłożonych Zamawiającemu nie było podstaw do uznania, iż Wykonawca wprowadził w błąd co do rzeczywistego stanu robót, jakie realizował, aby podał nieprawdziwe informacje. Ewentualne nieścisłości w oświadczeniu Wykonawcy pozwalały wyjaśnić dokumenty źródłowe, których zakres był bardzo szczegółowy i nie ograniczał się wyłącznie do potwierdzenia należytego wykonania prac, gdyż dodatkowo zawierają one szczegółowy opis zakresu robót i ich wartości. Podobnie jak przy innych podstawach wykluczenia z postępowania, również te wskazane w pkt 16 i 17 art. 24 ust. 1 Ustawy, należy stosować tylko w tych przypadkach, kiedy Zamawiający może w sposób nie budzący wątpliwości wskazać nieprawdziwą informację (wprowadzającą w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu), pod wpływem której dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W sytuacji, gdy Zamawiający nie dochowa staranności przy ocenie oświadczeń i dokumentów, chociaż nieścisłość w oświadczeniu Wykonawcy była łatwa do zauważenia i mogła być wyjaśniona, uznanie iż zachodzi podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Aby zapewnić transparentność czynności Zamawiającego i ograniczyć ryzyko wywiedzenia nieprawidłowych ocen, wszelkie niejasności powinny być wyjaśnione przed podjęciem decyzji, na właściwym etapie postępowania. Dotyczyć to może dokumentów tak pochodzących od Zamawiającego (siwz), jak i wykonawców.

Zsumowując, Izba uznała, iż odwołanie w części zasługuje na uwzględnienie w związku z oceną dokumentów złożonych Zamawiającemu na potwierdzenie spełnienia warunku związanego z budową mostu/wiaduktu. Niezależnie od wszczętej procedury wyjaśnienia treści dokumentów, jaką Zamawiający uruchomił już po wniesieniu odwołania, wynik postępowania dowodowego wskazuje, iż dokument złożony (referencja) nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a zatem zachodzi podstawa do wezwania Konsorcjum B. do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy dokumentu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów

postępowania wpis. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika według norm przypisanych z uwagi na brak rachunku, który może stanowić podstawę tego rodzaju wniosku, zgodnie z przepisami rozporządzenia.

Przewodniczący: