

Sygn. akt: KIO 991/18
KIO 997/18
KIO 1000/18
KIO 1007/18
KIO 1016/18

WYROK
z dnia 15 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:	Bartosz Stankiewicz
Członkowie:	Renata Tubisz Anna Wojciechowska
Protokolant:	Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 5, 6, 11 i 14 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2018 r. przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A.** z siedzibą w Lubinie przy ul. Marii Skłodowskiej-Curie 76 (59-301 Lubin), **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A.** z siedzibą w Kobylarni pod nr 8 (86-061 Brzoza) oraz **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o.** z siedzibą w Mińsku Mazowieckim przy ul. Kolejowej 28 (05-300) – sygn. akt KIO 991/18;
- B. wykonawcę **Astaldi S.p.A.** z siedzibą w Rzymie przy via G.V. Bona 65 (00156 Rzym – Republika Włosa) – sygn. akt KIO 997/18;
- C. wykonawcę **Stecol Corporation** z siedzibą w Tiencinie przy ul. Rongyuan nr 2-4-2101, Obszar Przemysłowy Huayuan (Tiencin – Chińska Republika Ludowa) – sygn. akt KIO 1000/18;
- D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Salini Impregilo S.p.A** z siedzibą w Mediolanie przy via de Missaglia 97 (20142 Mediolan – Republika

Włoska) oraz **Salini Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Złotej 59 (00-120 Warszawa) – sygn. akt KIO 1007/18;

- E. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TOTO Costruzioni Generali S.p.A** z siedzibą w Chieti przy Viale Abruzzo 410 (66100 Chieti – Republika Włoska) oraz **Cooperativa Muratori & Cementisti CMC di Ravenna Societa Cooperativa** z siedzibą w Rawennie przy via Trieste 76 (48122 Rawenna – Republika Włoska) – sygn. akt KIO 1016/18.

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** z siedzibą przy ul. Wroniej 53 (00-874 Warszawa), prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu z siedzibą przy ul. Powstańców Śląskich 186 (53-139 Wrocław),

przy udziale:

- A. wykonawcy **Stecol Corporation** z siedzibą w Tiencinie przy ul. Rongyuan nr 2-4-2101, Obszar Przemysłowy Huayuan (Tiencin – Chińska Republika Ludowa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołujących w sprawach o sygn. akt KIO 991/18, KIO 997/18 i KIO 1007/18 oraz zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1016/18;
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PORR S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Hołubcowej 123 (02-854 Warszawa) oraz **PORR Bau GmbH** z siedzibą w Wiedniu przy ul. Absberggasse 47 (A-1100 Wiedeń – Republika Austrii), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 991/18, KIO 997/18, KIO 1000/18, KIO 1007/18 i KIO 1016/18;
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A.** z siedzibą w Lubinie przy ul. Marii Skłodowskiej-Curie 76 (59-301 Lubin), **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A.** z siedzibą w Kobylarni pod nr 8 (86-061 Brzoza) oraz **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o.** z siedzibą w Mińsku Mazowieckim przy ul. Kolejowej 28 (05-300), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1016/18

orzeka:

I. W sprawie o sygn. akt KIO 991/18:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A.** z siedzibą w Lubinie, **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobyłarnia S.A.** z siedzibą w Kobyłarni oraz **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o.** z siedzibą w Mińsku Mazowieckim i:
 - 1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 1.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

II. W sprawie o sygn. akt KIO 997/18:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego – wykonawcy **Astaldi S.p.A.** z siedzibą w Rzymie z postępowania oraz powtórzenie czynności badania ofert;
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

III. W sprawie o sygn. akt KIO 1000/18:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę **Stecol Corporation** z siedzibą w Tiencinie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

IV. W sprawie o sygn. akt KIO 1007/18:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Salini Impregilo S.p.A** z siedzibą w Mediolanie oraz **Salini Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

V. W sprawie o sygn. akt KIO 1016/18:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TOTO Costruzioni Generali S.p.A** z siedzibą w Chieti oraz **Cooperativa Muratori & Cementisti CMC di Ravenna Societa Cooperativa** z siedzibą w Rawennie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 2017 r., poz. 1579 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:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 991/18

KIO 997/18

KIO 1000/18

KIO 1007/18

KIO 1016/18

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, zwany dalej: „zamawiającym”, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu proceduje w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Zaprojektowanie i wybudowanie drogi S3 Legnica (A4) - Lubawka zadanie III od węzła Bolków (bez węzła) do Węzła Kamienna Góra Północ (bez węzła), o długości ok. 16,1 km* (nr O.WR.D-3.2410.85.2017), zwane dalej: „postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 maja 2017 r. pod nr 2017/S 103-204880. W dniu 11 maja 2018 r. zamawiający opublikował informacje o wykluczeniu części wykonawców z postępowania oraz odrzuceniu ofert wskazanych wykonawców.

Sygn. akt KIO 991/18

W dniu 21 maja 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A. z siedzibą w Lubinie, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A. z siedzibą w Kobylarni oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim (zwani dalej: „odwołującym” lub „Konsorcjum PeBeKa”) wnieśli odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Konsorcjum PeBeKa z postępowania z uwagi na podanie w stosunku do osoby pana M.N., dedykowanego do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy informacji nie potwierdzających w pełni spełniania wymagań punktowanych

w ramach podkryterium Personel Wykonawcy, podczas gdy jego zdaniem zgodnie z postanowieniami zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej zwanej: „SIWZ”) Tomie I Instrukcja dla Wykonawców (dalej zwanej: „IDW”), tj. postanowieniami zamieszczonymi w pkt 19.1.2.2.2).i. zamawiający postanowił, że za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań wykonawca otrzyma 0 punktów;

2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Konsorcjum PeBeKa z postępowania z uwagi na podanie w stosunku do osoby pana M.N., dedykowanego do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy informacji nie potwierdzających w pełni spełniania warunku udziału w postępowaniu postawionego w pkt 7.2.3.b) ppkt 1) IDW, podczas gdy jego zdaniem doświadczenie zawodowe pana M.N. potwierdza spełnienie postawionego warunku udziału w postępowaniu - niniejszy zarzut odwołujący zgłosił wyłącznie z ostrożności procesowej, bowiem jego zdaniem z treści informacji o wykluczeniu nie wynika, że został on wykluczony z postępowania w zakresie informacji odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu.

W związku z przedstawionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności polegającej na jego wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp;
- b) dokonanie ponownego badania i oceny ofert w zakresie podkryterium Personel Wykonawcy;
- c) przyznanie mu za zadania, które nie potwierdzają w pełni spełniania wymagań opisanych w podkryterium Personel Wykonawcy 0 pkt.

Wyjaśnił, że w IDW zamawiający wskazał w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w pkt. 7.2.3) lit. b) ppkt 1), że:

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

Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:

- 1) osoba proponowana do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy

Wymagana liczna osób:1

Doświadczenie zawodowe:

- A) 1. Minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań

obejmujących budowę, przebudowę lub remont lub nadzór nad budową, przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją przedstawioną w IDW) o wartości robót co najmniej 200 000 PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach: Dyrektora Kontraktu lub Przedstawiciela Wykonawcy lub Kierownika Budowy lub Zastępcy Dyrektora Kontraktu lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu/Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera.

2. Minimum 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku/stanowiskach samodzielnych lub kierowniczych przy realizacji zadań obejmujących roboty budowlane w ramach inwestycji polegających na budowie, przebudowie lub remoncie Obiektu Budowlanego (zgodnie z poniższą definicją), albo
- B) Minimum 60 miesięcy doświadczenia przy zarządzaniu, z ramienia Inwestora, realizacją 1 lub 2 lub 3 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 000 000 PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach: Dyrektora jednostki organizacyjnej Inwestora lub Dyrektora lub Zastępcy Dyrektora pionu do spraw realizacji inwestycji lub Naczelnika lub osoby kierującej Wydziałem/Zespołem do spraw realizacji inwestycji lub Kierownika Projektu.

Dalej wskazał, że pkt 19.1 IDW zamawiający sprecyzował, że przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, zamawiający stosować będzie następujące kryteria oceny ofert:

1. cena - 60 % = 60 pkt
2. kryteria pozacenowe - 40% = 40 pkt.

W ramach „Kryteriów pozacenowych” zamawiający przewidział m.in. podkryterium „Personel Wykonawcy” punktowane maksymalnie 15 punktami. W tym miejscu przypomniał, że w pkt 19.1.2.2. IDW zamawiający opisał podkryteria oceny ofert i sposób przyznawania punktów. W ppkt 2).i) ww. punktu zamawiający wskazał w jaki sposób będą przyznawane punkty w ramach podkryterium Personel Wykonawcy - Dyrektor Kontraktu - Przedstawiciel Wykonawcy. Stosownie do przywołanych zasad wynikających z IDW:

„2) Personel Wykonawcy - maksymalna liczba punktów - 15;

W ramach podkryterium Wykonawca wskaże osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania wyższe niż opisane w IDW:

i. Dyrektor Kontraktu - Przedstawiciel Wykonawcy - maksymalna liczba punktów - 3;

Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont lub nadzór nad budową, przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 7.2.3)b)1) IDW - Tom I SiWZ) o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach: Dyrektora Kontraktu lub Przedstawiciela Wykonawcy lub Kierownika Budowy lub Zastępcy Dyrektora Kontraktu lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu/Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera.

- Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania - Wykonawca otrzyma 1 punkt*
- Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania - Wykonawca otrzyma 3 punkty.*
- Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.*
- Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.*

Zwrócił przy tym uwagę, że wymagania dla Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu były odmienne od kryteriów oceny kandydata dla tego stanowiska (w zakresie punktowanych kryteriów pozacenowych) o zapis dotyczący pełnienia funkcji od „rozpoczęcia robót do wykonania zadania”. Według pkt 19.1.2.2. ppkt 2).i) IDW oceniane są zadania, które zrealizował kandydat, natomiast w pkt. 7.2.3).b.1) IDW ma być spełniony okres łącznie okres 24 miesięcy doświadczenia w 1 lub 2 zadaniach, bez znaczenia czy było to doświadczenie „od rozpoczęcia robót”.

W związku z powyższymi zasadami przyznawania punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert odnoszącego się do podkryterium Personel Wykonawcy, oczywistym było jego zdaniem, że zgodnie z zasadami opisanymi w pkt 19.1.2.2. ppkt 2).i) IDW, za zadania, które nie potwierdzają w pełni spełniania wymagań opisanych w ww. punkcie wykonawca otrzyma 0 pkt. W konsekwencji - zamawiający zgodnie z ustalonymi przez siebie zasadami w treści IDW - powinien był przyznać odwołującemu po 0 pkt w zakresie osoby pana M.N. (Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy).

Wskazuje, że zupełnie niezrozumiałe, niezasadne, automatyczne, bezrefleksyjne a także nieznajdujące uzasadnienia w treści IDW jest wykluczenie go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp.

W związku z tym postawił pytanie - w jakim celu zamawiający wprowadził do pkt 19.1.2.2. ppkt 2).i) IDW postanowienie stosownie, do którego „Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów”.

Kolejne pytanie jakie mu się nasuwa w zaistniałym stanie faktycznym i jednobrzmiących postanowieniach IDW to kiedy zamawiający - zgodnie z ustanowionymi przez siebie postanowieniami IDW - mógłby zastosować ww. regulację, w szczególności w sytuacji gdy zamawiający nie precyzuje żadnych dodatkowych, specyficznych wymogów, w których zacytowane powyżej postanowienie znajdzie zastosowanie. Innymi słowy jego zdaniem zamawiający wprowadził do IDW powyższy mechanizm przyznawania 0 pkt, nie opisując jednocześnie w sposób precyzyjny kiedy znajdzie on w takim razie zastosowanie. Uznał zatem, że zamawiający przygotowując dokumentację postępowania przewidywał możliwość taką, że zadanie wskazane przez wykonawców w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert odnoszących się do podkryterium organizacyjnego Personel Wykonawcy może nie potwierdzać spełniania wymagań opisanych w IDW, co będzie się wiązało z koniecznością przyznania w takiej sytuacji 0 pkt. W związku z tym, w treści IDW mogła zostać zamieszczona rozpoczęta a niedokończona myśl zamawiającego, której na obecnym etapie postępowania odwołujący nie może się domyślać.

Jednocześnie poniósł, że zamawiający nie jest również uprawniony do niestosowania na tym etapie postępowania wprowadzonego przez siebie mechanizmu przyznawania punktów czy też uznawania klauzuli zamieszczonej w treści IDW za niebyłą, nieobowiązującą. Skoro zamawiający w treści IDW przewidział możliwość przyznawania 0 pkt - za zadania, które nie potwierdzają w pełni spełniania wymagań, zobowiązany jest stosować się do wprowadzonych przez siebie rozwiązań. Nie może być w takim przypadku mowy o automatycznym, mechanicznym wręcz uznawaniu, że jeżeli wykonawca przekaze informacje w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert odnoszące się do podkryterium organizacyjnego - Personel Wykonawcy, w tym zadań zrealizowanych przez tenże personel, które to zadania nie będą potwierdzały spełniania wymagań zamawiającego w pełni, to wykonawca taki będzie podlegał automatycznemu wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp. Jeszcze raz podkreślił, że taki automatyczny mechanizm wykluczania wykonawców z udziału w postępowaniu pozostaje w sprzeczności z jednobrzmiącymi postanowieniami IDW.

Ponadto stwierdził, że kierując się logiką i sposobem postępowania zamawiającego należy dojść do wniosku, że każda informacja, która nie potwierdza spełniania wymagań opisanych przez zamawiającego w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert - podkryterium Personel Wykonawcy - może zostać uznana za informację wprowadzającą w błąd zamawiającego. Informacja podana w ramach omyłki pisarskiej również może zostać - zgodnie z przyjętym przez zamawiającego sposobem działania - uznana za informację wprowadzającą w błąd zamawiającego.

Jednocześnie stwierdził, że sankcja wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp nie może

mieć zastosowania jako zbyt automatyczna, daleko idąca, definitywna w stanie faktycznym jaki zaistniał w przedmiotowej sprawie, mając dodatkowo na uwadze okoliczność, w której zamawiający opisał w jaki sposób będzie przyznawał punkty w podkryterium organizacyjne - Personel Wykonawcy za zadania, które nie potwierdzają w pełni spełnienia wymagań opisanych w pkt 19.1.2.2. ppkt 2).i) IDW.

Wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu wskazał w ofercie doświadczenie pana M.N. zdobyte przy wykonaniu zamówień publicznych, w których zamawiającym był Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad. W związku z tym informacje o doświadczeniu zdobytym przez wymienione osoby były znane zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu (był to bowiem ten sam podmiot). Nie można zatem mówić o możliwości wprowadzenia w błąd zamawiającego, bowiem dysponował on informacjami podanymi przez odwołującego w postępowaniu.

Zwrócił również uwagę na kontekst przepisów unijnych odnoszących się do wykluczenia wykonawcy w przypadku podania w postępowaniu publicznym informacji które mogą wprowadzić zamawiającego w błąd.

Wskazał, że art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym wykluczenie następuje *Jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji (...)*. Konsekwencją treści przywołanego przepisu Dyrektywy 2014/24/UE jest wskazanie w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, iż aby możliwe było wykluczenie z tytułu wprowadzenia w błąd co do m. in. spełnienia warunków udziału w postępowaniu niezbędne jest działanie wykonawcy w stanie świadomym i umyślnym (zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo). Z kolei art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp transponuje przepis art. 57 ust. 4 lit. i Dyrektywy 2014/24/UE, który stanowi, iż wykluczenie następuje również *Jeżeli wykonawca podjął kroki (...) aby wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje (...)*. Zaistnienie takich okoliczności winno być skutkiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy (art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp). Jak wynika z zestawienia powyższych przepisów (zarówno wspólnotowych, jak i polskich) ustawodawca w jednym z nich (art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp) wspomina o wprowadzeniu zamawiającego w błąd w zakresie kryteriów. Skoro więc w dwóch normach prawnych o analogicznym brzmieniu (art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp) różnią właściwie jedynie formy strony podmiotowej oraz wpływ na określone decyzje zamawiającego, z analogicznym rozróżnieniem mamy do czynienia w treści Dyrektywy 2014/24/UE) ustawodawca w odmienny sposób określa katalog decyzji, które podejmowane są na skutek wprowadzenia zamawiającego w błąd, to przyjąć należy, że rozróżnienie to

stanowi świadome działanie.

Wyjaśnił, że jedynie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp wspomina o wprowadzeniu zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji w zakresie kryteriów. Faktem jest, że zbiór czynności zamawiającego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jest określony szeroko („*decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia*”). Jednak przyjęcie, że w zbiorze tym mieszczą się decyzje dotyczące kryteriów jest nielogiczne. Gdyby tak bowiem było zbędne i sprzeczne z zasadami techniki prawodawczej byłoby istnienie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Skoro bowiem ustawodawca zdecydował się wyodrębnić z obszernego zbioru ujętego w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp określone czynności (m. in. związane z oceną kryteriów) i umieścić je w odrębnym przepisie (art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp), to niezasadne jest twierdzenie, że czynności te nadal mieszczą się w katalogu określonym w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Na marginesie podkreślił, że odmienna interpretacja byłaby niezgodna z treścią unijnych dyrektyw i oznaczałaby, że polski ustawodawca nakłada wymogi sprzeczne z prawem unijnym.

Jego zdaniem zatem jedyną logiczną wykładnią jest więc ta, iż do decyzji zamawiającego w zakresie kryteriów zastosowanie znajdzie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, a więc przepis, który wykluczenie z udziału w postępowaniu uzależnia od zaistnienia po stronie wykonawcy zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Taka interpretacja pozostaje zresztą w zgodzie z orzecznictwem Izby oraz sądów powszechnych wypracowanym na gruncie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jakkolwiek bowiem przepis ten nie wskazywał na określoną formę strony podmiotowej jako przesłankę umożliwiającą jego zastosowanie, to zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie przyjęto, iż tak daleko idącą sankcją jak wykluczenie z udziału w postępowaniu nie może mieć miejsca w przypadku działania wykonawcy, któremu nie sposób przypisać umyślności.

Dalej odwołujący wskazał, że uzasadnieniem dla jego wykluczenia z Części 1 Postępowania było rzekome wprowadzenie zamawiającego w błąd w odniesieniu do doświadczenia pana M.N. zdobytego przy realizacji zadania Budowa A1 odc. Kotliska - Piątek. Na szczególną uwagę zasługuje w jego ocenie, że stanowisko zamawiającego opiera się na oświadczeniu złożonym w Wykazie dot. kryteriów, gdzie odwołujący oświadczył, iż funkcja Dyrektora Kontraktu sprawowana była od rozpoczęcia robót do wykonania zadania. Dla wykazania wadliwości stanowiska zamawiającego kluczowe jest ustalenie relacji pomiędzy:

- a) okresem rzeczywistej realizacji zadania i okresem rzeczywistego sprawowania funkcji Dyrektora Kontraktu przez Pana M.N.
- a,
- b) informacjami, które na temat tych okoliczności zawiera oferta i dokumenty wraz z nią

złożone.

Jedynie w przypadku stwierdzenia nie budzących wątpliwości rozbieżności pomiędzy danymi z lit. a) i b) powyżej możliwe byłoby stwierdzenie, że wprowadził zamawiającego w błąd.

Co do rzeczywistego okresu realizacji zadania wyjaśnił, że kwestia początkowej i końcowej daty realizacji zadania Budowa A1 odc. Kotliska - Piątek jest okolicznością bezsporną. Umowa rzeczywiście podpisana została dnia 9 lipca 2010 r., zakończenie robót natomiast nastąpiło dnia 23 lipca 2012 roku. W żadnym miejscu w ofercie odwołujący nie złożył odmiennego oświadczenia, słusznie więc kwestia ta nie posłużyła zamawiającemu jako podstawa wykluczenia odwołującego z postępowania.

W tym miejscu zauważył, że w opisie kryterium odnoszącego się do personelu (oraz w Wykazie dot. kryteriów) zamawiający nie wymagał, aby Dyrektor Kontraktu pełnił funkcję od początku do zakończenia zadania, lecz *„od rozpoczęcia robót do wykonania zadania”*. Jest to o tyle istotne, że „rozpoczęcia robót” nie sposób utożsamiać z „rozpoczęciem zadania”. O ile bowiem to drugie pojęcie może być rozumiane jako moment zawarcia umowy, to pierwsze jest zdarzeniem późniejszym (niezależnie bowiem od formuły realizacji kontraktu czy zadań wchodzących w jego zakres rozpoczęcie robót zawsze nastąpi w pewnym czasie po zawarciu umowy, co, jak się wydaje, należy utożsamiać z „rozpoczęciem zadania”). Kluczowe w okolicznościach niniejszej sprawy jest, że oba pojęcia mają charakter niezdefiniowany ani poprzez przepisy prawa powszechnie obowiązującego, ani w sposób narzucony przez zamawiającego. Odwołujący nie miał wątpliwości, że właśnie odmienna interpretacja w zakresie tych ocennych zagadnień stała się przyczyną niniejszego sporu (nie jest nią natomiast podanie przez niego nieprawdziwych informacji).

Przypomniał przy tym, że wypełniając JEDZ na potrzeby oferty składanej w postępowaniu, zobowiązany był, wobec braku wskazówek co do rozumienia użytych przez zamawiającego pojęć, do przyjęcia interpretacji najbardziej rozsądnej, w pełni odpowiadającej jego przekonaniu co do oczekiwań zamawiającego. Skoro więc wolą zamawiającego było, aby w przypadku Dyrektora Kontraktu punktować doświadczenie zdobyte od momentu „rozpoczęcia robót” (a nie „rozpoczęcia zadania”), to oczywiste było, że osoba ta nie musiała pełnić swojej funkcji od momentu zawarcia kontraktu. Za moment rozpoczęcia robót w przypadku zadania Budowa A1 odc. Kotliska - Piątek Odwołujący przyjął marzec 2011 roku.

Wskazał, że pismem z dnia 23 lutego 2018 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 oraz 26 ust. 4 Pzp do „złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie dokumentu wskazanego w pkt 14.5.2) oraz 14.6.1a) Instrukcji dla Wykonawców”. W treści pisma zamawiający wskazał, że zgodnie z wiedzą własną zamawiającego na zadaniu pn. „Budowa Autostrady A-1 Toruń-Stryków odc. Kotliska (bez węzła) - Piątek (bez węzła)”

funkcję Dyrektora Kontraktu w okresie od początku realizacji tj. od dnia 09.07.2010 r. (data zawarcia umowy z wykonawcą) do dnia 21.04.2011 r. pełnił pan A. P. . Od dnia 21.04.2011 r. do wystawienia Świadcstwa Przejęcia tj. 28.08.2012 r. funkcję Dyrektora Kontraktu pełnił pan M.N. W związku z powyższym zdaniem zamawiającego pan M.N. nie pełnił ww. funkcji od rozpoczęcia robót do wykonania zadania. Dopiero w tym momencie, wykonawca powziął wiadomość o możliwych rozbieżnościach w rozumieniu pojęcia „od rozpoczęcia robót”.

W związku z powyższym, w odpowiedzi na powyższe odwołujący pismem z dnia 28 lutego 2018 r. zwrócił uwagę, że wytknięta przez zamawiającego „rozbieżność nie była zamierzona i wynikała z odmiennego rozumienia postanowień SIWZ w zakresie zwrotu ‘od rozpoczęcia robót’”.

Oświadczył, że jak wskazano w Wykazie osób (jest to jedyny dokument, gdzie zawarte zostały daty rozpoczęcia i zakończenia pełnienia tej roli) pan M.N. zaczął sprawować funkcję Dyrektora Kontraktu przy zadaniu Budowa A1 odc. Kotliska - Piątek od marca 2011 roku. Z treści uzasadnienia nie sposób jego zdaniem wywieść czy okoliczność ta jest kwestionowana przez zamawiającego. Stwierdza on bowiem jedynie, że do 21 kwietnia 2011 r. funkcję tę sprawował p. A.P.. Tymczasem data ta określa jedynie moment, w którym odnośnie pełnienia przez pana M.N. funkcji Dyrektora Kontraktu wypowiedział się zamawiający.

Dalej wyjaśnił, że istocie pan M.N. sprawował funkcję Dyrektora Kontraktu przy zadaniu Budowa A-1 odc. Kotliska - Piątek od dnia 1 marca 2011 roku. Zmiany na stanowisku Dyrektora Kontraktu nastąpiły wcześniej, niż twierdzi to zamawiający. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym czynności wykluczenia odwołującego z postępowania (pismo z dnia 11 maja 2018 r.) wskazał, że w piśmie z dnia 28 lutego 2018 r. odwołujący przyznał, iż podane w ofercie informacje dotyczące okresu sprawowania funkcji Dyrektora Kontraktu na Budowie A1 były nieprawdziwe. Odwołujący z całą stanowczością nie zgadza się z takim stwierdzeniem i podnosi, że nawet pobieżna analiza treści jego pisma z dnia 28 lutego 2018 r. nie daje podstaw do wyciągnięcia tak daleko idącego wniosku. Wręcz przeciwnie, odwołujący w odpowiedzi do zamawiającego nie stwierdził, że podana pierwotnie informacja była nieprawdziwa, tylko że „rozbieżność” była niezamierzona a jej przyczyną było „odmienne rozumienie postanowień SIWZ w zakresie zwrotu ‘od rozpoczęcia robót’.” Modyfikacje w zakresie doświadczenia pana M.N. miały li tylko dostosować okres sprawowania funkcji Dyrektora Kontraktu Budowy A1, do tego prezentowanej przez zamawiającego wykładni zwrotu „od rozpoczęcia robót”.

Wskazał, że stanowisko zamawiającego o rzekomym wprowadzeniu go w błąd przez odwołującego oparte zostało o treść Wykazu dot. kryteriów, w którym widnieje oświadczenie o pełnieniu przez pana M.N. funkcji od rozpoczęcia robót do wykonania zadania. Odwołujący

wskazał, że oświadczenie to nie było i nie jest niezgodne z prawdą. Po pierwsze zamawiający świadomie rozróżnił termin „rozpoczęcie robót” od „rozpoczęcia zadania”. Pierwszym posługuje się w opisie kryteriów dla Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy, drugim w opisie kryteriów dla Kierownika Budowy. Odwołujący nie miał najmniejszych podstaw, aby przyjąć, że tym różnym pojęciom należy nadać tożsame znaczenie. Świadczyłoby to o braku logiki po stronie zamawiającego, czego Odwołujący nie zakładał. Działając w dobrej wierze przyjął więc, że „rozpoczęcie robót” jest terminem późniejszym, który odkodował zgodnie z najlepszą wiarą i działając w całkowicie transparentny sposób.

W tym miejscu zauważył, że wobec posłużenia się przez zamawiającego pojęciami niedookreślonymi interpretację przyjętą przez wykonawcę uznać należy za co najmniej równie prawidłową jak ta, którą prezentuje zamawiający. Co istotne, zamawiający sam w IDW napisał (pkt 14.6.1 a), że na etapie składania ofert Wykaz osób jest potrzebny jedynie po to, aby ocenić oferty w kontekście kryteriów oceny ofert. Tymczasem z niezrozumiałych dla odwołującego przyczyn zamawiający, formułując wybitnie krzywdzące dla niego wnioski skutkujące pozbawieniem go możliwości uzyskania zamówienia, pomija w toku oceny doświadczenia dodatkowego (służącego pozacenowym kryteriom) dokument, którego zażądał właśnie na tę okoliczność.

W jego ocenie gdyby zamawiający postąpił poprawnie, w sposób zgodny z wymaganym poziomem profesjonalizmu, doszedłby do wniosku, że odwołujący nie przedstawił nieprawdziwych informacji wskutek swojej lekkomyślności lub niedbalstwa.

Wreszcie wskazał, że wykluczając go z postępowania zamawiający uchybił narzuconym przez siebie postanowieniem regulującym przyznawanie punktów w zakresie kryterium odnoszącego się do potencjału wykonawcy w pkt 19.1.2.2. ppkt 2).i) IDW. Zamawiający przewidział tam bowiem cztery sytuacje. Dwie pierwsze odnoszą się do niekwestionowanego wykazania, że jedno lub dwa zadania potwierdzają wymagania zamawiającego. Przypadek trzeci określa konsekwencje wynikające z niewykazania zadań potwierdzających wymagania zamawiającego. Czwarty natomiast został opisany przez zamawiającego następująco: *„Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełnienia powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.*

Oczywistym dla niego było, że zamawiający miał w ostatnim przypadku na myśli właśnie takie sytuacje, gdy podane przez wykonawcę informacje nie odpowiadają wszystkim wymogom opisanym w postanowieniach dotyczących kryteriów. Skoro tak, to najdalej idącą konsekwencją zastosowaną wobec odwołującego powinna być odmowa przyznaniu mu dodatkowych punktów z tytułu realizacji zadania Budowa A-1 odc. Kotliska - Piątek.

Następnie wskazał, że aby możliwe było zastosowanie względem wykonawcy sankcji,

o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

- a) przedstawione przez wykonawcę informacje muszą być informacjami wprowadzającymi zamawiającego w błąd;
- b) są to informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego;
- c) przedstawienie informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

Dla ustaleń poczynionych w analizowanej sprawie kluczowa jest ocena zaistniałych okoliczności faktycznych w kontekście przesłanki z lit. a) powyżej (uznanie, że informacje pochodzące od Wykonawcy nie wprowadzająca w błąd niweczy zasadność oceny dalszych dwóch przesłanek).

Wskazując na orzecznictwo Izby wyjaśnia, że z wprowadzeniem w błąd nie będziemy nigdy mieli do czynienia, jeśli informacja podana przez wykonawcę jest prawdziwa (nawet jeśli nie odpowiada oczekiwaniom zamawiającego). Skoro bowiem wykonawca przedstawia zamawiającemu informację niezniekształconą i odpowiadającą rzeczywistości, to nie można mówić o zaistnieniu stanu wprowadzenia zamawiającego w błąd. Oczywiście jest przy tym, że taka informacja może podlegać ocenie pod kątem wymogów nakreślonych przez zamawiającego, nie sposób uznać jednak, że stanowi podstawę do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Ważne jest także, że pomiędzy błędem i podaniem informacji musi zachodzić związek pozwalający na uznanie, że określony stan (wprowadzenie zamawiającego w błąd) jest wynikiem zachowania wykonawcy (przedstawienie określonych informacji). Tymczasem w analizowanej sytuacji jest dokładnie odwrotnie - wątpliwości (bo trudno mówić tu o błędzie) zamawiającego są związane z odmienną interpretacją okresu referencyjnego zadania.

Ponadto wskazał, że odrębną kategorią przypadków (szczególnie istotną w kontekście analizowanej sprawy), w których niezasadne staje się wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianych przepisów są te związane z wykładnią postawionych przez zamawiającego wymogów. Jak pokazuje bowiem praktyka, niejednokrotnie dochodzi do sytuacji, w których sformułowany przez zamawiającego warunek lub kryterium rozumiane są różnorodnie (dotyczy to w szczególności skomplikowanych inwestycji infrastrukturalnych, gdzie warunki udziału w postępowaniu przybierają niejednokrotnie wielopłaszczyznowe konstrukcje). Nie ulega wątpliwości, że odmienne rozumienie postanowienia specyfikacji prezentowane przez wykonawcę (nawet jeśli obarczone błędem) nie może być interpretowane jako podstawa do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Sankcją z tytułu wadliwej wykładni postanowień specyfikacji są w takim przypadku procedury uzupełnień lub wyjaśnień (art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp), a, w przypadku niezuzupełnienia lub nie

wyjaśnienia, wykluczenie z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp) lub nieprzyznanie dodatkowych punktów w ramach kryterium. Ponownego podkreślenia wymaga, że sytuacji takich nie należy mylić z zawinionym wprowadzeniem zamawiającego w błąd na skutek podania nieprawdziwych informacji.

Zwrócił również uwagę, że podobna sprawa była poddana ocenie Izby (wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2018 r. w sprawie o sygn. KIO 550/18). Wyrok w tej sprawie jest według niego o tyle istotny, że dotyczy niemal identycznego stanu faktycznego albowiem:

- a. dotyczy tego samego zamawiającego;
- b. dotyczy czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp;
- c. dotyczy postępowania, w którym istotne z punktu widzenia rozstrzygnięcia sprawy postanowienia IDW były identyczne (tj. wymagania co do osoby proponowanej do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy);
- d. dotyczy tej samej osoby - Pana M.N.;
- e. dotyczy okresu sprawowania funkcji Dyrektora Kontraktu na tym samym zadaniu: Budowa Autostrady A1 Toruń - Stryków, odcinek Kotliska (bez węzła) - Piątek (bez węzła).

W rozpoznawanym stanie faktycznym Izba doszła do przekonania, że brak jest podstaw do wykluczenia odwołującego z prowadzonego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Natomiast w kontekście treści IDW, odwołujący w zakresie podkryterium Personel Wykonawcy - Dyrektor Kontraktu, powinien otrzymać 0 pkt. W związku z powyższym, czynność zamawiającego została unieważniona.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca Stecol Corporation z siedzibą w Tiencinie wnosząc o uwzględnienie odwołania, a po stronie zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie oraz PORR Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu (zwany dalej: „konsorcjum PORR”) wnosząc o oddalenie odwołania.

Sygn. akt KIO 997/18

W dniu 21 maja 2018 r. wykonawca Astaldi S.p.A. (zwany dalej: „odwołującym” lub „Astaldi”) wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i przejrzystości;
2. art. 12a Pzp poprzez dokonanie zmiany określonych w ogłoszeniu warunków

udziału w postępowaniu po złożeniu ofert;

3. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp - poprzez jego błędną wykładnię skutkującą wykluczeniem odwołującego z postępowania, mimo że odwołujący nie wprowadził w błąd zamawiającego w przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;
4. art. 24 ust 4 Pzp poprzez uznanie za odrzuconą oferty odwołującego, mimo braku podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania,
5. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących wszystkich budzących wątpliwości elementów oferty, skutkiem czego było wykluczenie z postępowania.
6. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez niezastosowanie określonych w SIWZ kryteriów oceny ofert i niedokonanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego.

W związku z przedstawionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i w konsekwencji unieważnienia czynności uznania jego oferty za odrzuconą;
- b) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wskazał, że zamawiający ustalił w pkt 7.2 Instrukcji dla wykonawców m.in. na stanowisko Kierownika Budowy: *Minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 200 000 000 PLN netto każde (np. - przyp. Odwołującego) na stanowisku: „Kierownika Robót Mostowych dla co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz długości co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu.* Doświadczenie m.in. kandydata na stanowisko Kierownika Budowy zostało również wskazane w pkt 19.1.2.2. ppkt ii IDW jako jedno z kryteriów oceny ofert. Zamawiający sformułował to kryterium w następujący sposób: *Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 000 000 PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 4 km lub Kierownika Robót Mostowych dla co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz długości co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu (...).* W zakresie punktacji za stopień spełnienia ustalonego kryterium punkty miały zostać przydzielone na następujących zasadach:

- za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania – wykonawca otrzyma 1 punkt,

- za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania – wykonawca otrzyma 3 punkty,
- za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania – wykonawca otrzyma 0 punktów.
- za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań – wykonawca otrzyma 0 punktów.

Podniósł, że użyty przez zamawiającego termin: *zadanie* należy utożsamić z uprzednio wykonaną umową, nazywaną także niekiedy kontraktem. Na takie rozumienie tego terminu wskazuje wykładnia literalna tego pojęcia użyta przez zamawiającego zarówno w sformułowanym warunku, jak i podkryterium. Na takie właśnie rozumienie terminu *zadanie* wskazuje sam tytuł niniejszego postępowania. Należy przy tym wskazać, że osoba kandydująca na stanowisko kierownika budowy musiała być zatrudniona na tym zadaniu od rozpoczęcia robót. W odniesieniu do terminu *obiekt mostowy* odwołujący wskazał, że zamawiający charakteryzuje ten obiekt poprzez podanie jego wymaganych parametrów.

Jego zdaniem analiza powyższych terminów wskazuje, że premiowane doświadczenie kandydata na stanowisko Kierownika Budowy obejmować musiało pracę kandydata od początku rozpoczęcia robót do końca trwania umowy (kontraktu) zadania na stanowisku kierownika robót mostowych, lecz niekoniecznie pracę od początku do końca polegającą na budowie lub nadzorze nad wykonaniem danego obiektu mostowego. Taka wykładnia podkryterium jest zgodna z jego literalnym brzmieniem, a nadto proporcjonalna do przedmiotu zamówienia i zasadna z punktu widzenia praktyki kontraktowej. W trakcie trwania zadania (umowy, kontraktu) realizowanych jest wiele obiektów mostowych, nadzór nad których wykonaniem prowadzi zwykle grupa inżynierów mostowców.

Podniósł, że zadeklarowany w jego ofercie kandydat do pełnienia funkcji kierownika budowy pan M.N. posiada wymagane przez zamawiającego 24-miesięczne doświadczenie w pracy opisane w formularzu wykaz osób oraz wymagane dla podkryterium doświadczenie opisane w formularzu kryteria pozacenowe zdobyte na zadaniach: Budowa Autostrady A1 Kowal-Sójki oraz Kontynuacja Budowy Autostrady A1 Brzezie- Kowal, gdzie pełnił funkcję kierownika robót mostowych od początku realizacji robót do zakończenia zadań (kontraktów). Oba kontrakty obejmowały budowę każdy ponad 20 obiektów mostowych spełniających wymagania Zamawiającego ustalone dla tych obiektów. Dla obu kontraktów Zamawiającym jest GDDKiA, która posiada szczegółowe informacje m.in. dotyczące wielkości i ilości realizowanych obiektów, w tym obiektów mostowych, a także wszelkie inne informacje dotyczące trybu realizacji przedmiotowych kontraktów.

Wskazał, że został zobowiązany przez zamawiającego do wyjaśnienia wątpliwości, jakie powziął w związku ze złożonym w ofercie oświadczeniem dotyczącym zadania Budowa Autostrady A1 Kowal-Sójki. Zamawiający powołał się na okoliczność, że najwcześniejszy wpis pana M.N. do dziennika budowy jest późniejszy od daty rozpoczęcia robót na tym zadaniu. Odwołujący w piśmie z 27 lutego 2018 r. wyjaśnił, że kandydat na stanowisko kierownika budowy rozpoczął pracę na tym kontrakcie w sierpniu 2010 r. Do wyjaśnień dołączył stosowane świadectwo pracy wydane przez firmę SRB, z którego jednoznacznie wynika, że kandydatowi powierzono wykonywanie funkcji kierownika robót mostowych począwszy od 02.08.2010 r. do 31.12.2012 r. Świadectwo pracy zostało wydane przez lidera konsorcjum, z którym została zawarta umowa na budowę tego odcinka autostrady, z czego zamawiający doskonale zdaje sobie sprawę, gdyż to z nim właśnie został zawarty przedmiotowy kontrakt. Tym samym wyjaśnił w sposób niebudzący wątpliwości w jakim terminie i w związku z jakim kontraktem rozpoczął pracę. Kolejne świadectwo pracy wydane przez John Sisk & Son, firmy należącej do konsorcjum budowy tego odcinka autostrady, również potwierdza ciągłość pracy do 31.01.2013 r., a zatem do całkowitego zakończenia kontraktu polegającego na budowie przedmiotowego odcinka autostrady. Na dowód tego odwołujący przedłożył wyciąg z Raportu końcowego sporządzonego w październiku 2012 r. z Budowy Autostrady A1 na odcinku od Węzła Kowal do Węzła Sójki. Odwołujący w ww. piśmie wyjaśnił także kwestię dotyczącą braku możliwości dokonywania wcześniejszych oficjalnych wpisów do dziennika budowy, wskazując, że sytuacja ta spowodowana była zaniechaniem samego zamawiającego, który wraz z zawarciem umowy 9 lipca 2010 r. na budowę tego odcinka autostrady nie wprowadził równocześnie na budowę Inżyniera Kontraktu – inwestora zastępczego, co spowodowało brak możliwości wprowadzenia inspektorów nadzoru inwestorskiego. Tym samym w początkowym okresie obowiązywania umowy korespondencja była prowadzona przez Kierownika Budowy (ze strony wykonawcy) oraz Kierownika Projektu (ze strony zamawiającego), który od 06.08.2010 r. do 18.10.2010 r. sam pełnił funkcję inspektora nadzoru robót mostowych. Odwołujący podniósł, że wykonawca zadania Budowa Autostrady A1 Kowal-Sójki po wprowadzeniu na kontrakt Inżyniera Kontraktu wielokrotnie zgłaszał zamawiającemu kandydatów do pełnienia funkcji kierowników robót mostowych, jednakże opieszałość zamawiającego spowodowała znaczne opóźnienia w ich zatwierdzeniu i formalnym wpisaniu do dzienników budów. Również i z tych faktów zamawiający doskonale zdaje sobie sprawę bowiem był inwestorem przedmiotowego kontraktu.

Jego zdaniem, wskazane w piśmie zamawiającego z 11 maja 2018 r. rzekome uchybienia w podaniu informacji na temat doświadczenia kandydata są oparte na błędnej wykładni sformułowanego przez samego zamawiającego warunku i podkryterium.

Zamawiający w sposób niedopuszczalny dokonał zmiany postawionego warunku i podkryterium, utożsamiając zadanie z obiektem mostowym i stwierdził, że dla spełnienia podkryterium kandydat winien udowodnić nadzór nad realizowanym obiektem mostowym od początku do końca budowy. Rozumowanie zamawiającego w tym względzie wykazuje duże niespójności, bowiem niekiedy mówi o konieczności wykonywania prac od początku kontraktu, niezależnie od faktu kiedy rozpoczęła się realizacja robót czy obiektów mostowych, innym razem wskazuje na konieczność realizacji nadzoru nad konkretnym obiektem mostowym do samego końca wybudowania tego obiektu. Zamawiający utożsamia tym samym rozpoczęcie zadania z koniecznością rozpoczęcia nadzoru nad wykonywaniem konkretnego obiektu mostowego, co jest niezgodne, zarówno z literalną wykładnią podkryterium, jak i harmonogramem prac na tym zadaniu.

Podkreślił, że stanowisko zamawiającego zawarte w informacji o wykluczeniu i we wcześniejszym piśmie z dnia 23 lutego 2018 r. wzywającym do wyjaśnień są wewnętrznie sprzeczne. Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień zwrócił się o usunięcie rozbieżności w zakresie początku wykonywania robót mostowych na obiekcie WD 200 na zadaniu Budowa Autostrady A1 Kowal-Sójki wskazując, że najwcześniejszy wpis do dziennika budowy pana M.N. dla tego obiektu to 21 lutego 2011 r. Podana data jest niespójna z twierdzeniem zamawiającego zawartym w piśmie o wykluczeniu, gdzie podaje, że najwcześniejszy wpis na tym obiekcie jest z dnia 1 marca 2011 r. Ponadto zamawiający podał w wezwaniu z 23 lutego br., że początek robót datuje się na 6 sierpnia 2010 r., natomiast w informacji o wykluczeniu widnieje data 19 listopada 2010 r. jako wpis inspektora nadzoru zezwalający na rozpoczęcie robót.

Odnosząc się do stwierdzenia zamawiającego zawartego w informacji o wykluczeniu, że pan M.N. nie pełnił funkcji kierownika robót mostowych na obiekcie WD 200 od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, odwołujący oświadczył, że na tym obiekcie funkcję kierownika robót mostowych pełniło kilka osób, tak jak funkcję inspektora nadzoru robót mostowych ze strony zamawiającego także pełniło kilka osób. Fakt niepełnienia przez pana M.N. funkcji kierownika robót mostowych na obiekcie WD 200 od rozpoczęcia robót do wykonania zadania nie ma żadnego znaczenia w kontekście wymagań zamawiającego. Ponadto odwołujący w żadnym dokumencie nie twierdził, że pan Niziołek pełnił tę funkcję w odniesieniu do tego obiektu od początku do końca. Na marginesie odwołujący stwierdził, że ww. osoba pełniła nadzór np. nad obiektem mostowym WD 201, spełniającym wymagania postawione przez zamawiającego, od początku wykonywania robót do zakończenia zadania. Fakt ten jednak, w świetle postawionych przez zamawiającego warunków i ustalonych podkryteriów oceny ofert, nie ma żadnego znaczenia, stąd odwołujący wskazuje go niejako dla celów poznawczych.

Wskazał, że w odniesieniu do podanych w ofercie i wyjaśnieniach informacji dotyczących budowy Autostrady A1 Kowal-Sójki nie był przez zamawiającego wzywany do dalszych wyjaśnień. W szczególności nie był wzywany do udzielenia wyjaśnień odnośnie nadzorowanych przez kandydata na stanowisko kierownika budowy obiektów mostowych. Zamawiający nie wzywał zatem odwołującego do wyjaśnienia, czy i który z obiektów realizowanych w ramach zadania był od początku do końca nadzorowany przez kandydata na stanowisko kierownika budowy, co odwołujący uznał za naturalne wobec niepostawienia takiego wymagania przez zamawiającego.

W ocenie odwołującego, zarzut zamawiającego mający być podstawą do sformułowania wniosku o wprowadzeniu go w błąd co do rozpoczęcia i zakończenia zadania, nie znajduje oparcia w ustalonych przez zamawiającego warunkach i podkryteriach, gdzie zadaniem jest umowa (kontrakt), a nie budowa obiektu mostowego. Tym samym podstawa wykluczenia z postępowania oparta jest na błędnych przesłankach. Wykonawca podał zarówno w ofercie, jak i w wszystkich późniejszych pismach informacje całkowicie prawdziwe, z których jednak zamawiający wyprowadził niesłuszne wnioski.

W odniesieniu do doświadczenia kandydata na stanowisko kierownika budowy przy zadaniu Budowa Autostrady A1 Brzezie-Kowal, wskazał, że zamawiający zobowiązał go do wyjaśnień podając, że pan M.N. nie pełnił funkcji kierownika robót mostowych na tym zadaniu. Odwołujący wyjaśnił w piśmie z 3 kwietnia 2018 r., że zadanie, do którego odnosił się w formularzach kryteria pozacenowe oraz wykaz osób stanowiło kontynuację wcześniej rozwiązanej przez GDDKiA umowy i stąd we wcześniejszej umowie nie znajduje się wzmianka o panu M.N. Osoba ta była kierownikiem robót mostowych na tym kontrakcie od początku realizacji robót do zakończenia zadania. Odwołujący wyjaśnił także zaangażowanie pana N. na etapie poprzedzającym zawarcie umowy, tj. od lutego 2013 r. Kontrakt na kontynuację budowy Autostrady A1 Brzezie-Kowal został zawarty 3 kwietnia 2013 r. i trwał do końca grudnia 2014 r. Wyjaśnienia odwołującego odnosiły się wyłącznie do zakresu wątpliwości zamawiającego zawartych w piśmie z dnia 30 marca 2018 r.

Wskazał, że z informacji o wykluczeniu go z postępowania wynika, że podstawą tej decyzji było wprowadzenie zamawiającego w błąd co do uczestniczenia pana M.N. od początku do końca w nadzorze nad obiektami mostowymi WD 175, WD 180 oraz WD 186. Odnosząc się do tej okoliczności odwołujący podniósł, że w żadnym ze złożonych dokumentów nie złożył oświadczenia w tym zakresie, oświadczenie to nie było bowiem wymagane ani na potwierdzenie ustalonych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, ani kryteriów oceny ofert. Nie mógł zatem wprowadzić zamawiającego w błąd w tym zakresie. Ponadto fakty, na które powołuje się zamawiający, nie stanowią podstawy oceny ofert ani w zakresie ustalonych przez zamawiającego warunków, ani kryteriów oceny

ofert. Tym samym ustalenia zamawiającego w przedmiocie zakresu nadzorowanych przez pana M.N. prac nie mają żadnej doniosłości prawnej.

Ponadto zakwestionował ustalenie zamawiającego, jakoby pan M.N. rozpoczął pracę na tym kontrakcie w kwietniu 2014 r. Pan N., zgodnie z oświadczeniem zawartym w obu formularzach i złożonych wyjaśnieniach, rozpoczął pracę na tym kontrakcie jeszcze przed oficjalnym podpisaniem umowy. Na stanowisko kierownika robót mostowych został powołany w dniu zawarcia umowy, czyli od 04.03.2013 r. i wykonywał tę funkcję do końca zadania czyli do końca grudnia 2014 r. Nadzorował wykonywanie obiektów mostowych od początku robót na tym zadaniu do końca zadania w odniesieniu do następujących obiektów: WD 188, WA 189, WD 190, WA191. Odwołujący wskazał, że wykonawca zadania Budowy Autostrady A1 Brzezie-Kowal w dniu 22.04.2013 r. zgłosił zamawiającemu kandydatów do pełnienia funkcji kierowników robót, w tym pana M.N. jako kierownika robót mostowych, jednakże opieszałość zamawiającego spowodowała znaczne opóźnienia w ich zatwierdzeniu i formalnym wpisaniu do dzienników budów. Zamawiający doskonale zdaje sobie sprawę z tych faktów, gdyż był inwestorem przedmiotowego kontraktu.

Zdaniem odwołującego, w odniesieniu do niego nie zaistniała przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp. Odwołujący podniósł, że dla zastosowania tej przesłanki orzecznictwo KIO uznaje za celowe odwołanie się do linii orzeczniczej wypracowanej na tle poprzednio obowiązującego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, według którego z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Z tego przepisu wynikało zatem, że wykluczenie na tej podstawie wykonawcy z postępowania możliwe jest w razie łącznego zaistnienia dwóch przesłanek: po pierwsze – wykonawca złożył nieprawdziwe, czyli nieodpowiadające rzeczywistości informacje, po drugie – informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, czyli na wybór oferty najkorzystniejszej. Art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, podobnie jak aktualnie obowiązujący art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, nie ustala jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w przypadku informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego również na gruncie wskazanego przepisu Pzp adekwatny jest pogląd Sądu Najwyższego (sygn. akt II CKN 1095/99), zgodnie z którym pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznymi) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”).

Podniósł, że możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji, musi być dokonywana zgodnie z art. 355 § 1 kc, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest

do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (wyrok Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (wyrok Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02).

Podniósł także, że w niniejszej sprawie nie podał żadnych nieprawdziwych informacji dotyczących pana M.N. jako kierownika robót mostowych w kontraktach: Budowa Autostrady A1 Kowal-Sójki i Kontynuacja Budowy Autostrady A1 Brzezcie-Kowal. W obu kontraktach osoba ta pełniła tę funkcję od początku wykonywania robót lub nawet wcześniej aż do zakończenia zadania. Oba kontrakty obejmowały wykonanie wymaganej wielkości obiektów mostowych i nadzór nad ich wykonaniem. Wreszcie doświadczenie pana M.N. w pełnieniu funkcji kierownika robót mostowych jest dłuższe niż wymagane przez zamawiającego.

Jego zdaniem zamawiający dokonując oceny ofert zastosował inne niż przewidziane w ogłoszeniu i SIWZ warunki i kryteria oceny ofert, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 12a Pzp oraz art. 91 ust. 7 Pzp. Zamawiający, zamiast badać, czy deklarowany na stanowisko Kierownika Budowy kandydat pełnił wcześniej jedną z możliwych funkcji np. kierownika robót mostowych od rozpoczęcia robót danego zadania do zakończenia tego zadania, badaniu poddał kwestię, czy kierownik robót mostowych rozpoczął pracę nad nadzorem konkretnego obiektu mostowego poprzez wpis do dziennika budowy w tym samym dniu, w którym nastąpiło rozpoczęcie robót kontraktowych. Takie podejście jest niezgodne z ustalonym wymaganiem, a ponadto nielogiczne, gdyż niezgodne z harmonogramem robót kontraktowych. Zamawiający nie badał, czy kandydat pełnił swą funkcję do zakończenia kontraktu, lecz czy nadzorował wykonanie konkretnego obiektu mostowego do końca prac dotyczących tego obiektu, po raz drugi dokonując zmiany ustalonego wcześniej wymagania. W konsekwencji dokonanej przez siebie zmiany warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert wyprowadził błędne wnioski ze złożonych przez odwołującego oświadczeń, a na koniec konsekwencjami swych czynów obarczył odwołującego.

Powołał się na przepis art. 87 ust. 1 Pzp i wskazał, że zamawiający obowiązany jest do wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty w pełnym zakresie, jeśli zatem zamawiający miał jakiegokolwiek dalsze wątpliwości odnośnie oświadczeń złożonych wraz z ofertą lub wcześniejszych wyjaśnień złożonych na wezwanie zamawiającego, obowiązany

był do skierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do wyjaśnień, a nie interpretowania lub pomijania informacji złożonych we wcześniejszych pismach wykonawcy. Nieuprawnione było zaniechanie pozyskania przez zamawiającego informacji koniecznej do oceny oferty i dokonanie oceny oferty wyłącznie w oparciu o ustalenia samego zamawiającego, które okazały się niepełne i całkowicie błędne.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca Stecol Corporation z siedzibą w Tiencinie wnosząc o uwzględnienie odwołania, a po stronie zamawiającego Konsorcjum PORR wnosząc o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu w dniu 5 czerwca 2018 r. zamawiający przedłożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Sygn. akt KIO 1000/18

W dniu 21 maja 2018 r. wykonawca Stecol Corporation z siedzibą w Tiencinie (zwany dalej: „odwołującym” lub „Stecol”) wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 24 ust. 4 Pzp poprzez ich błędne zastosowanie i wykluczenie odwołującego oraz odrzucenie oferty z powodu podania informacji wprowadzających w błąd zamawiającego w zakresie osób wskazanych w Personelu odwołującego, tj. pana M.D. w zakresie pełnienia funkcji od rozpoczęcia robót oraz pana J.G. w zakresie pełnienia funkcji do zakończenia zadania, podczas gdy podane w formularzu informacje potwierdzają i są zgodne ze stanem faktycznym tj., że pan M.D. pełnił wskazaną funkcję od rozpoczęcia robót a pan J.G. pełnił wymaganą funkcję do zakończenia zadania w związku z czym brak było podstaw do wykluczenia odwołującego z przyczyn opisanych w treści uzasadnienia o wykluczeniu, a dodatkowo informacje te nie mogły w żaden sposób wprowadzić w błąd zamawiającego, z uwagi na fakt, że zamawiający był stroną umów wykazanych na potwierdzenie doświadczenia w kryterium pozacenowym i posiadał wiedzę w tym zakresie a dodatkowo informacje podane przez odwołującego w tym wykazie nie miały żadnego wpływu na podejmowane decyzje oraz na wynik postępowania;
2. art. 24 ust. 8 Pzp poprzez jego nie zastosowanie i uniemożliwienie odwołującemu przekazanie wyjaśnień i dowodów potwierdzających, że podjęte przez odwołującego środki są wystarczające do wykazania rzetelności oraz że podjęte środki techniczne, organizacyjne i kadrowe są odpowiednie dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy – zarzut podnoszony z ostrożności procesowej.

W związku z przedstawionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienie wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty i uwzględnienie jej przy wyborze oferty najkorzystniejszej;
- b) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wskazał, że zamawiający bezpodstawnie uznał, że w zaistniałym stanie faktycznym ziściły się przesłanki do wykluczenia odwołującego z powodu przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego.

Dodatkowo wyjaśnił, że informacje podane w formularzu dot. oceny w pozacenowym kryterium w zakresie pełnienia funkcji na stanowisku Inżyniera Rezydenta przez pana M.D. w odniesieniu do podstawy wykluczenia tj. od rozpoczęcia robót, odpowiadają faktycznemu stanowi rzeczy i są zgodne z postawionym przez zamawiającego warunkiem, w związku z czym brak jest podstaw do wykluczenia go z przyczyn opisanych w treści uzasadnienia decyzji.

Podniósł, że zamawiający nie określił w treści SIWZ, co należy rozumieć pod pojęciem rozpoczęcia robót, w związku z czym można mówić co najmniej o kilku zdarzeniach, które w świetle postawionego warunku mogą być równoważne pojęciu „rozpoczęcia robót” tj.:

- 1) podpisanie Umowy na roboty budowlane;
- 2) wykonanie prac przygotowawczych w rozumieniu Prawa budowlanego;
- 3) przejęcie Placu budowy; czy też
- 4) faktyczne rozpoczęcie Robót,

W związku z brakiem wskazania legalnej definicji przez zamawiającego w odniesieniu do „rozpoczęcia robót” uznał, że każdy z wykonawców mógł przyjąć każde z wyżej wymienionych zdarzeń, jako „rozpoczęcie robót”. Kwestią poza odwołaniem jest ocena, czy warunek postanowiony przez zamawiającego można w związku z tym uznać za jasny i umożliwiający porównanie ofert.

Wyjaśnił, że wbrew twierdzeniom zamawiającego, zgodnie z najlepszą wiedzą odwołującego, faktyczne rozpoczęcie robót na zadaniu wskazanym w opisie doświadczenia pana M.D. nie nastąpiło w terminie, który podaje zamawiający w swojej decyzji o wykluczeniu. Z uwagi na specyfikę realizacji wskazanego zadania, które było realizowane w formie zaprojektuj i wybuduj i w pierwszej fazie trwały jeszcze prace projektowe, a nie roboty budowlane. Natomiast rozbieżność w podanej dacie wynika z faktu, że w pierwszym miesiącu rozpoczęcia usługi przez Inżyniera był okres mobilizacji Inżyniera Kontraktu, w ramach którego następowały oficjalne zgłoszenia i akceptacje przez GDDKiA personelu, co

pozostaje bez znaczenia w kontekście daty rozpoczęcia robót, która nastąpiła znacznie później.

W związku z powyższym, a w szczególności z uwagi na fakt braku definicji terminu „rozpoczęcia robót” uznał, że miał prawo przyjąć, iż pan M.D. spełnia wymagania zamawiającego, gdyż faktyczne rozpoczęcie robót nastąpiło już po podjęciu obowiązków przez wskazaną osobę. Co najwyżej można czynić odwołującemu zarzut, że źle zrozumiał treść SIWZ, ale z całą pewnością nie uzasadnia to tezy, że odwołujący podał jakieś informacje, które mogły wprowadzić w błąd zamawiającego.

Dodatkowo wskazał, że usługa opisana w formularzu pozacenowym była usługą wykonywana na rzecz tego samego zamawiającego. Brak jest więc podstaw do uznania, że odwołujący mógł w jakikolwiek sposób wprowadzić w błąd zamawiającego. Co więcej, odwołujący wskazał na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie osoby pana M.D., gdzie sam zamawiający stwierdza, że ma co najwyżej wątpliwości w zakresie doświadczenia tej osoby.

Natomiast odnośnie doświadczenia pana J.G. wyjaśnił, że nie ma mowy o jakimkolwiek wprowadzeniu w błąd, a wniosek zamawiającego oparty jest o odmienną ocenę w zakresie momentu zakończenia zadania. Odwołujący wskazuje, że w części SIWZ dot. kryterium pozacenowego, zamawiający nie zamieścił definicji „zakończenia zadania”, w związku z czym fakt odstąpienia od umowy, kończył dane zadanie i mógł zostać uznany przez odwołującego za odpowiadający wymaganiom zamawiającego.

Ponadto, jak wynika z samego uzasadnienia zamawiającego wskazane informacje nie mogły wprowadzić w błąd zamawiającego, gdyż zamawiający posiadał informacje w tym zakresie, a więc informacje te nie miały wpływu na decyzje zamawiającego. Jak już wskazano powyżej, zamawiający mógł co najwyżej powziąć wątpliwości, które jednak były przez wykonawcę wyjaśnione zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy.

Z ostrożności procesowej wskazał, że o podjęciu decyzji przez zamawiającego, o tym, że jednak uznaje on iż doszło do wypełnienia przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, dowiedział się z decyzji o wykluczeniu.

Zgodnie natomiast z dyspozycją art. 24 ust. 8 Pzp, zamawiający przed wykluczeniem jest zobowiązany umożliwić wykonawcy przeprowadzenie procedury tzw. self-cleaning. W jego ocenie prawidłowe postępowanie zamawiającego winno wyglądać w ten sposób, że przed ostateczną decyzją winien on poinformować odwołującego, że stwierdził przesłanki do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, dając szansę na przeprowadzenie procedury self-cleaningu, do czego jest zobowiązany. Zamawiający nie uniemożliwił takiego działania.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił

wykonawca Konsorcjum PORR wnosząc o oddalenie odwołania.

Sygn. akt KIO 1007/18

W dniu 21 maja 2018 r. wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Salini Impregilo S.p.A z siedzibą w Mediolanie oraz Salini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym” lub „Konsorcjum Salini”) wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez nieuwzględnienie doświadczenia Kierownika Budowy pana J.M. w ramach oceny ofert na podstawie kryteriów pozacenowych, w sytuacji gdy zawarte w treści oferty odwołującego informacje na ten temat są zgodne z rzeczywistością, a przy tym spełniają określone przez zamawiającego w IDW wymagania, od których spełnienia zamawiający zobowiązał się przyznać dodatkowe punkty;
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 i ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez uznanie, że odwołujący przekazał zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd w zakresie doświadczenia Kierownika Budowy pana J.M. (w sytuacji, gdy podane przez niego informacje są zgodne z rzeczywistością i nie wprowadzają zamawiającego w błąd), a w konsekwencji poprzez niezasadne wykluczenie odwołującego z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 17;
3. art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie należytego uzasadnienia podstaw faktycznych i prawnych decyzji o wykluczeniu, w szczególności polegające na braku uzasadnienia i wykazania, iż:
 - rzekome wprowadzenie zamawiającego w błąd mogło mieć *„istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”* oraz
 - można przypisać odwołującemu winę, tj. wykazać jego lekkomyślność lub niedbalstwo, co znacząco ograniczyło odwołującemu jego ustawowe uprawnienie do korzystania ze środków ochrony prawnej w sposób gwarantowany w Pzp i skutkowało naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z przedstawionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- a) nieważnienia czynności wykluczenia odwołującego oraz odrzucenia jego oferty;
- b) przywrócenia odwołującego do postępowania, przy uwzględnieniu, że nie

zaistniały przesłanki do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP;

- c) przeprowadzenia ponownego badania i oceny oferty odwołującego z uwzględnieniem zgodnych z prawdą informacji wskazanych w ofercie w odniesieniu do Kierownika Budowy pana J.M. i przyznanie odwołującemu należnej liczby punktów w ramach wynikających z określonego w IWD sposobu stosowania kryteriów oceny ofert, na zasadach opisanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Odwołujący wyjaśnił, że jego oferta zawierała prawdziwe informacje dotyczące doświadczenia pana J.M. przy realizacji budowy Autostrady A1 na odcinku granica województwa kujawsko-pomorskiego/lódzkiego do węzła Stryków, które zamawiający powinien uznać za odpowiadające zarówno warunkowi udziału w postępowaniu (pkt 7.2.3 lit. b ppkt 2 IDW), jak i podkryterium Personel Wykonawcy – Kierownik Budowy (pkt 19.1.2.2.2) ppkt ii IDW). Podane informacje nie wprowadziły i nie mogły wprowadzić zamawiającego w błąd, gdyż odwołujący konsekwentnie, zarówno w złożonej ofercie jak i w wyjaśnieniach z 5 kwietnia 2018 r. podtrzymywał pierwotną treść tych informacji, zgodnych z rzeczywistością oraz odpowiadających wymaganiom zamawiającego. W świetle postanowień IDW, odwołujący w sposób całkowicie uzasadniony i prawidłowy podał takie doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, które jest wystarczające zarówno dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, jak i przyznania ofercie dodatkowych punktów.

Wskazał, że wśród postanowień IDW do doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy odnosiły się zarówno postanowienia regulujące spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jak i postanowienia określające sposób stosowania kryteriów oceny ofert. Wyrażenie *do wykonania zadania*, na które zamawiający powołuje się w informacji o wykluczeniu, w odniesieniu do Kierownika Budowy zostało zastosowane wyłącznie w pkt 19.1.2.2.2) ppkt ii. IDW, przy czym punkt ten dotyczy Podkryterium oceny ofert o nazwie „personel Wykonawcy - Kierownik Budowy” i odwołuje się w swej treści zbiorczo do doświadczenia Kierownika Budowy, Kierownika Robót Drogowych i Kierownika Robót Mostowych oraz Inżyniera Kontraktu, które mogą podlegać punktacji w ramach tego podkryterium.

Pomiędzy zamawiającym a odwołującym istnieje spór co do tego, w jaki sposób należy interpretować wyrażenie *do wykonania zadania* w odniesieniu do Kierownika Budowy, przy czym istnienie rozbieżności interpretacyjnych zostało jednoznacznie potwierdzone przez zamawiającego dopiero na etapie przekazania informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania. Obecnie można jedynie przypuszczać (gdyż zamawiający nie przekazał

jasnego stanowiska w zakresie przyjętej wykładni pojęcia *do wykonania zadania*), że rozbieżności interpretacyjne wynikają z faktu, iż przywołane wyrażenie:

- zostało użyte kilkakrotnie w postanowieniach IDW, lecz Zamawiający nie posługuje się nim konsekwentnie;
- w odniesieniu do Kierownika Budowy występuje wyłącznie w postanowieniach dotyczących kryteriów oceny ofert;
- w odniesieniu do Kierownika Budowy wyrażenie to nie występuje w ogóle w postanowieniach dotyczących warunków udziału w postępowaniu, choć to właśnie w tych postanowieniach zamawiający używa go najczęściej - w pkt 7.2.3. lit. b) pojęcie to odnosi wyłącznie do wybranych kategorii osób wskazywanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału (np. Kierownika Robót Mostowych), lecz nie pojawia się w odniesieniu do Kierownika Budowy.

Odwołujący wskazał, że zarówno w postanowieniach IDW (pkt 19.1.2.2.2)), jak i w treści udzielonych przez zamawiającego wyjaśnień jednoznacznie podkreślano, że *Podkryterium personel Wykonawcy dotyczy doświadczenia personelu Wykonawcy, wyższego niż wskazanego w pkt 7.2.3.b pkt 1, 2, 4 i 7*, tj. dotyczącego m.in. Kierownika Budowy, na poziomie wyższym niż wskazany w opisie warunku udziału w postępowaniu. W ten sposób zamawiający przesądził, że postanowienia dotyczące kryteriów oceny należy interpretować przez pryzmat postanowień opisujących odpowiednie warunki udziału w postępowaniu. Kluczowe znaczenie ma przy tym fakt, że w pkt 19.1.2.2.2) lit. ii. IDW zamawiający jednoznacznie wyjaśnił, że *doświadczenie personelu wyższe niż wskazane w opisie warunku udziału w postępowaniu rozumiane jest w ten sposób, że dodatkowe punkty zostaną przyznane wykonawcy za wskazanie 1, 2 lub więcej zadań, w ramach których każdorazowo Kierownik Budowy zdobył wymagane (warunkiem udziału w postępowaniu) 24-miesięczne doświadczenie na odpowiednim stanowisku*. Powyższa interpretacja jest jedyną możliwą logicznie do przyjęcia, co odwołujący zobrazował w następujący sposób:

JEŻELI	W odniesieniu do Kierownika Budowy warunek udziału w postępowaniu brzmi: „minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budową lub przebudową lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic kasy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 200 000 000 PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 4km lub Kierownika Robót Mostowych dla co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz długości co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu lub Inżyniera Kontraktu”
ORAZ	Zamawiający wyjaśnia, że doświadczenie oceniane w ramach kryteriów oceny ofert należy interpretować przez pryzmat treści warunku, zaś dodatkowe punkty będą przyznawane za wielokrotne wykonanie zadań, przy realizacji których wykonawca zdobył doświadczenie wymagane w treści warunku.
TO	w świetle zasad logicznego rozumowania interpretacja spornych postanowień powinna być

	<p>następująca: Zamawiający przyzna punkty za wykazanie 1, 2 lub więcej zadań spełniających cechy określone w treści warunku, tj. jeżeli wykonawca wykaże, że przy realizacji każdego z takich zadań wskazana osoba zdobyła minimum 24 miesiące doświadczenia na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 4kr> lub Kierownika Robót Mostowych dla co najmniej jednego obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz długości co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu lub Inżyniera Kontraktu</p>
--	---

Odwołujący podkreślił, że jedną z wynikających z art. 7 Pzp dyrektyw wiążących każdego zamawiającego, jest obowiązek kształtowania postanowień SIWZ z poszanowaniem zasad językowej racjonalności. Zakłada się mianowicie, że zawarte w SIWZ wyrażenia są używane świadomie i konsekwentnie, a wszelkie definicje czy „doprecyzowania” określają specyficzny (szczególny) sposób interpretacji poszczególnych zwrotów. Jednocześnie wszelkie definicje/doprecyzowania należy konsekwentnie stosować wyłącznie do tych jednostek redakcyjnych, dla których definicje te zostały skonstruowane, nie rozszerzając ich na pojęcia użyte poza zakresem ich zastosowania wynikającym z przyjętej systematyki. W ocenie odwołującego logicznie da się uzasadnić wyłącznie wniosek, że zawarte w pkt 19.1.2.2.2) lit ii. IDW wyrażenie *do wykonania zadania* użyte w odniesieniu do Kierownika Budowy:

- nie może być interpretowane jako *do zakończenia pełnienia funkcji Kierownika Budowy*, gdyż w świetle systematyki IDW odniesienie do funkcji zostało przyjęte wyłącznie dla Kierownika Robót Drogowych (por. pkt 7.2.3. lit. b ppkt 3 IDW),
- nie może być interpretowane jako *od rozpoczęcia robót do wystawienia Świadectwa Przejęcia, Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu*, gdyż w świetle systematyki IDW takie rozumienie zostało zarezerwowane wyłącznie dla Kierownika Robót Mostowych budowy tunelu TS-26 oraz Kierownika Robót Mostowych (dla pozostałych obiektów inżynierskich) (pkt 7.2.3. lit. b ppkt 4 i 5 IDW),
- powinno być interpretowanie w sposób autonomiczny, odmienny od wskazanych powyżej.

Odnosząc się do samego zwrotu *od rozpoczęcia robót do zakończenia zadania* użytego w pkt 19.1.2.2.2) ppkt ii. IDW, odwołujący stwierdził, że z samej jego treści nie wynika, że wymagane w treści warunku doświadczenie miało być zdobyte w okresie *od rozpoczęcia robót do wykonania zadania*. Wyrażenie to zostało bowiem użyte w tej części pkt 19.1.2.2.2) ppkt ii. IDW, która opisuje zadanie, przy którym zdobyte zostało doświadczenie, a nie odnosi się do samego doświadczenia, gdyż to zostało już opisane w treści warunku udziału w postępowaniu. Innymi słowy dla spełnienia tego wymogu wystarczające jest, że osoba wskazana przez wykonawcę, *w okresie od rozpoczęcia robót*

do zakończenia danego zadania przez co najmniej 24 miesiące zdobywała doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy.

Zdaniem odwołującego, przywołane postanowienia IDW skłaniają do przyjęcia, że podstawą zarówno do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, jak i przyznania dodatkowych punktów w ramach podkryterium *Personel Wykonawcy – Kierownik Budowy*, jest wykazanie 1, 2 lub więcej zadań spełniających cechy określone w treści warunku, tj. jeżeli wykonawca wykaże, że przy realizacji każdego z takich zadań wskazana osoba zdobyła minimum 24 miesiące doświadczenia na stanowisku/stanowiskach Kierownika Budowy. Odwołujący stwierdził, że dokładnie takie zadanie i związane z nim doświadczenie wskazał w odniesieniu do pana J.M.. Doświadczenie to wykazuje bowiem następujące cechy:

- od rozpoczęcia robót do wykonania zadania polegającego na kierowaniu budową wskazanego odcinka Autostrady A1,
- pan J.M. zdobywał doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy przy realizacji tego zadania,
- przez okres co najmniej 24 miesięcy, tj. od dnia 8.07.2010 r. do dnia 10.07.2012 r.

Przedstawione powyżej ich rozumienie utrzymywało także w sytuacji, gdy w treści wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 30 marca 2018 r. zamawiający po raz kolejny niekonsekwentnie posłużył się wyrażeniem *od rozpoczęcia robót do wykonania zadania*, stwierdzając: *Zgodnie z wiedzą Zamawiającego na zadaniu pn. Budowa (...) Pan J.M. pełnił funkcję Kierownika Budowy w okresie od 06.2010 (od rozpoczęcia robót) do 10.07.2012 r. W związku z tym odwołujący podtrzymał swoje stanowisko i skorygował informacje zamawiającego stwierdzając w wyjaśnieniach, że to umowa została podpisana w dniu 18 czerwca 2010 r, natomiast samo rozpoczęcie robót nastąpiło później i w konsekwencji J.M. pełnił funkcję Kierownika Robót od 10 lipca 2010 r., co zresztą zostało potwierdzone przez upoważnionego pracownika GDDKiA Oddział w Łodzi.*

Niezależnie od powyższego odwołujący podniósł, że w przedmiotowym kryterium oceny ofert zamawiający nie sprecyzował jak należy rozumieć sformułowanie *do wykonania zadania*, wokół którego zaistniał spór, to nie można całkowicie wykluczyć przyjęcia również innej interpretacji, niż przedstawiona powyżej przez odwołującego, odbiegającej od rozumienia przyjmowanego przez samego zamawiającego. Jak bowiem wynika z treści różnych postanowień IDW, zamawiający nie dość, że nie zdefiniował we właściwym miejscu ww. pojęcia, to w całej IDW w sposób niekonsekwentny i w różnym układzie (połączeniu) używa słów *roboty/zadanie/stanowisko/funkcja*, a nawet kluczowych słów *wykonanie/zakończenie* i to zarówno w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy jaki i jego

personelu. Brak precyzji po stronie zamawiającego w sytuacji, gdy używane przez niego pojęcie *zadania* nie posiada definicji, mógł wywołać uzasadnione rozbieżności interpretacyjne, co z kolei mogło powodować przekazywanie przez wykonawców informacji, które nie do końca okazywały się zgodne z oczekiwaniami zamawiającego, co jednak nie powinno kwalifikować takich działań jako przekazywanie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego. Jest to o tyle ważne, że w praktyce każde z przywołanych powyżej pojęć może mieć inne znaczenie, zależnie od tego, czy używane jest w odniesieniu do doświadczenia samego wykonawcy, czy poszczególnych osób i pełnionych przez nich specjalistycznych funkcji, jak również zważywszy na odmienny tryb czy etapowość realizacji poszczególnych inwestycji, a co czasami wynika z czynników niezależnych od wykonawców i ich specjalistów. Przykładowo, jak to miało miejsce w przypadku odwołującego, pan J.M. pełnił funkcję Kierownika Budowy na wskazanym w Formularzu *Kryteria pozacenowe Zadaniu nr 2* od początku realizacji robót budowlanych do wykonania zadania na stanowisku Kierownika Budowy, które to zadanie dla Pana M. zakończyło się na pełnionej przez niego funkcji Kierownika Budowy wraz z upadłością podmiotu, który tą funkcję mu powierzał.

Stwierdził, że dana inwestycja może składać się z wielu zadań realizowanych w różnym trybie i przy udziale różnych specjalistów, zaś każdy z nich może w ten sposób zdobyć doświadczenie pozwalające mu na udział w niniejszym postępowaniu, przy czym wykonanie przez nich przypisanego im dla danej funkcji zadania nie musi oznaczać zakończenia realizacji całej inwestycji, w ramach której zadanie to realizowali. Postanowienia IDW sformułowane przez zamawiającego okazały się zaś tak dalece nieprecyzyjnie, że wykonawcy mieli problem nie tylko z ustaleniem znaczenia zwrotu *do wykonania zadania*, lecz nawet ze zdefiniowaniem pojęcia *od rozpoczęcia robót*.

Jego zdaniem, zarzucając podanie informacji rzekomo nieprawdziwych i nieodpowiadających wymaganiom, zamawiający naruszył art 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp. Informacje dotyczące doświadczenia pana J.M. są zgodne z rzeczywistością, a przy tym spełniają wymogi określone w IDW. Wykazany powyżej brak precyzji i konsekwencji po stronie zamawiającego przy formułowaniu postanowień IDW nie może obciążać odwołującego, zaś zamawiający nie może stawiać tak daleko idących zarzutów w oparciu o treść IDW, która jest niejasna, przez co jest interpretowana w sposób odmienny przez zamawiającego i przez wykonawców. Świadczy o tym przede wszystkim liczba wykonawców wykluczonych z postępowania pod zarzutem podania informacji wprowadzających w błąd. W zaistniałej sytuacji można co najwyżej mówić o ewentualnych niezgodnościach informacji z oferty z wyobrażeniem zamawiającego co do znaczenia spornych postanowień IDW, których jednak zamawiający nie sformułował w sposób konsekwentny i jasny. W konsekwencji nie

można mówić o podaniu informacji wprowadzającej zamawiającego w błąd, można zastanawiać się jedynie czy są podstawy do przyznania dodatkowych punktów.

Odwołujący podniósł z daleko posuniętej ostrożności, że nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że doświadczenie pana J.M. zdobyte przy realizacji zadania obejmującego budowę Autostrady A1 na odcinku granica województwa kujawsko-pomorskiego/łódzkiego do węzła Stryków nie spełniało wymagań określonych przez zamawiającego w postanowieniach dotyczących kryteriów oceny ofert – co jednak nie jest prawdą – to i tak wykluczenie odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp byłoby oczywiście bezzasadne. Uznając bowiem, że odwołujący nie wykazał punktowanego doświadczenia personelu zamawiający powinien był przyznać wykonawcy 0 pkt w ramach tego kryterium, zamiast podejmować decyzję o wykluczeniu. W przypadku przyjęcia przeciwnej interpretacji, zamawiający musiałby wykluczyć każdego wykonawcę, który z jakichkolwiek powodów nie wykazałby, że deklarowane doświadczenie w ramach ww. kryterium odpowiada wymogom zamawiającego. Tymczasem w treści IDW zamawiający jednoznacznie zapewnił, że za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania oraz za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełnienia powyższych wymagań wykonawca otrzyma 0 punktów. Wynika z tego, że wykluczając odwołującego zamawiający postępuje wbrew swojej jednoznacznej deklaracji zawartej w SIWZ.

Wskazał, że dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nie wystarczy wykazanie, że wykonawca podał zamawiającemu nieprawdziwe informacje. Aby możliwe było wykluczenie w oparciu o ten przepis, zamawiający musiałby wykazać, że:

- odwołującemu można przypisać winę co najmniej w formie lekkomyślności lub niedbalstwa;
- w wyniku działań odwołującego nastąpił skutek w postaci wprowadzenia zamawiającego w błąd;
- przekazanie nieprawdziwych informacji miało potencjalnie istotny – a nie jakikolwiek – wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu przez zamawiającego.

Tymczasem, nawet przyjmując założenie, że zadeklarowane przez odwołującego doświadczenie Kierownika Budowy pana J.M. nie spełniało wymagań określonych przez zamawiającego, należy dojść do wniosku, że żadna z wyżej wskazanych przesłanek zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nie została spełniona.

W świetle okoliczności niniejszego postępowania nie można odwołującemu postawić zarzutu choćby nieumyślnego wprowadzenia zamawiającego w błąd, odwołujący przekazał bowiem zamawiającemu informacje zgodne z przyjętą – i w ocenie odwołującego prawidłową – interpretacją postanowień SIWZ, a przy tym oczywiście zgodne z prawdą podając, że na

przedmiotowym zadaniu pan J.M. pełnił funkcje Kierownika Budowy w okresie 8 lipca 2010 - 10 lipca 2012. Podkreślił również, że na gruncie przepisów polskiego prawa cywilnego domniemywa się, że uczestnicy stosunku cywilnoprawnego postępują w dobrej wierze. Ciężar dowodzenia w zakresie wzruszenia tego domniemania spoczywa na podmiocie kwestionującym dobrą wiarę. W niniejszym postępowaniu zamawiający nie przedstawił jakichkolwiek argumentów, które podważałyby fakt, że odwołujący działając w dobrej wierze podał informacje zgodnie z prawdą i w zaufaniu do przyjętej interpretacji postanowień SIWZ.

Kluczowe jest przy tym, że pomiędzy zamawiającym i odwołującym istnieją istotne rozbieżności w zakresie interpretacji postanowień IDW, co jednak wskutek zaniechań zamawiającego ujawniło się dopiero na etapie postępowania odwoławczego. W tym kontekście można by najwyżej hipotetycznie stwierdzić, że Odwołujący być może nie wskazał doświadczenia wymaganego przez GDDKiA, lecz z pewnością działał w zaufaniu do przedstawionej powyżej interpretacji postanowień IDW, która jest jedyną możliwą logicznie do zastosowania. Tymczasem w orzecznictwie KIO jednoznacznie wskazuje się, że pozostawanie stron w sporze co do wykładni postanowień SIWZ wyklucza możliwość postawienia odwołującemu zarzutu wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Ponadto odwołujący podniósł, że przekazane przez niego informacje nie wywołały i nie mogły wywołać skutku w postaci wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co należy rozumieć jako stan rozbieżności pomiędzy rzeczywistością, a wyobrażeniem zamawiającego o niej lub jej odbiciu. W konsekwencji z treści art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wywodzi się, że informacje, które nie powodują rozbieżności pomiędzy wyobrażeniem zamawiającego a rzeczywistością nie wywołują błędu po stronie zamawiającego. Zatem należy stwierdzić, że odwołujący nie wprowadził zamawiającego w błąd, od momentu złożenia oferty, poprzez złożenie wyjaśnień, aż do momentu wniesienia odwołania odwołujący konsekwentnie podawał prawdziwe informacje na temat doświadczenia Kierownika Budowy pana J.M. Zarazem również zamawiający posiadał wszelkie niezbędne informacje na temat sposobu interpretacji przez odwołującego spornych postanowień SIWZ, doświadczenia Kierownika Budowy (Zamawiający posiadał pełną wiedzę na temat doświadczenia wskazanego przez odwołującego, gdyż zadanie inwestycyjne, przy którym J.M. zdobył wymagane, 24-miesięczne doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy realizowane było na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z oddziałem w Łodzi).

Odwołujący powołał się na orzeczenia Izby, z których wynika, że nie może być mowy o wprowadzeniu zamawiającego w błąd w sytuacji, gdy zamawiający posiada informacje dotyczące rzeczywistego stanu rzeczy.

Następnie wskazał, że dla dopuszczalności wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp konieczne jest również wykazanie wpływu rzekomo

błędnych informacji przekazywanych przez wykonawcę na decyzje zamawiającego i to wpływu istotnego. W orzecznictwie przyjmuje się, że przekazanie błędnej informacji przez wykonawcę może wyłącznie wtedy wywrzeć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdy potencjalnie informacje te mogą rzutować na wynik postępowania. W niniejszej sprawie informacje dotyczące doświadczenia Kierownika Budowy przekazane przez odwołującego nie wywarły i nie mogły wywrzeć wpływu na wynik postępowania. Informacje przekazane przez odwołującego są w pełni znane zamawiającemu i miał on możliwość ich zweryfikowania w toku postępowania w oparciu o posiadane przez siebie dane. Zamawiający w żadnym stopniu nie wykazał zaistnienia tej wpływu tych informacji na wynik postępowania. Ponadto, niezależnie od tego czy odwołującemu przysługują dodatkowe punkty w związku ze wskazaniem doświadczenia pana J.M., wykazując to doświadczenie odwołujący spełnił warunek udziału w postępowaniu, czego zamawiający nie kwestionuje.

Ponadto odwołujący podniósł, że zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wskazał, że w orzecznictwie KIO podkreśla się, że zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco wyjaśniać, jakie przyczyny legły u podstaw konkretnej decyzji zamawiającego. Obowiązek ten wiąże się z koniecznością zapewnienia, aby wykonawca, który nie zgadza się z decyzją zamawiającego mógł podjąć środki niezbędne dla zabezpieczenia swoich interesów w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jest to szczególnie istotne w przypadkach stawiania wykonawcy daleko idących zarzutów wprowadzania zamawiającego w błąd w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, jako podlegających wąskiej interpretacji może być stosowany wyłącznie w przypadkach wyjątkowych, w których zaistnienie przesłanek wskazanych w ww. przepisie nie budzi wątpliwości. Wobec tego uzasadnienie decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania nie może być lakoniczne i w sposób ogólnikowy odnosić się do przesłanek wykluczenia, co miało niestety miejsce w odniesieniu do odwołującego. Tymczasem w decyzji o wykluczeniu przekazanej przez odwołującemu nie wykazano i nie wyjaśniono, na jakich podstawach zamawiający stwierdził, że spełnione zostały przesłanki do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. W szczególności zamawiający nie wykazał w jaki sposób informacje na temat doświadczenia Kierownika Budowy J.M. miałyby:

- wprowadzić zamawiającego w błąd, tj. wywołać rozbieżność pomiędzy rzeczywistością a wyobrażeniem GDDKiA;

- wyrzeć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i na czym ten istotny wpływ miałby polegać;
- świadczyć o możliwości przypisania odwołującemu winy w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa.

W jego ocenie zamawiający jedynie lakonicznie wskazał w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu, że *informacje przedstawione przez Wykonawców w powyższych dokumentach tj. w Formularzu „Kryteria pozacenowe” mogą w sposób istotny wpłynąć na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w zakresie przyznawania dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert*. Nie wiadomo jednak, na czym ten istotny wpływ polega oraz jak będzie on rzutował na wynik postępowania, zważywszy na to, że Zamawiający posiadał jako inwestor spornego zadania szczególną wiedzę pozwalającą zweryfikować otrzymane informacje, a ponadto że dotyczyło ono wyłącznie doświadczenia dodatkowo punktowanego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca Stecol wnosząc o uwzględnienie odwołania, a po stronie zamawiającego Konsorcjum PORR wnosząc o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu w dniu 5 czerwca 2018 r. zamawiający przedłożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Sygn. akt KIO 1016/18

W dniu 21 maja 2018 r. wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: TOTO Costruzioni Generali S.p.A z siedzibą w Chieti oraz Cooperativa Muratori & Cementisti CMC di Ravenna Societa Cooperativa z siedzibą w Rawennie (zwany dalej: „odwołującym” lub „Konsorcjum TOTO”) wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu dokonanie poniższych czynności niezgodnych z Pzp oraz naruszenie następujących przepisów:

1. dokonanie niezgodnej z przepisami Pzp czynności odrzucenia oferty odwołującego jako oferty nieodpowiadającej treści SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
2. dokonanie niezgodnej z przepisami Pzp czynności odrzucenia oferty odwołującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp;
3. dokonanie niezgodnej z przepisami Pzp czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp;
4. art. 7 w zw. z art. 92 ust.1 pkt 3) Pzp poprzez nieprzedstawianie odwołującemu w sposób wyczerpujący powodów decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego skutkującej brakiem zapewnienia odwołującemu realnej możliwości odniesienia się do nich w przypadku

wniesienia odwołania, a więc skorzystania z uprawnienia przysługującego mu na podstawie art. 182 Pzp;

5. art. 87 ust 2 pkt 1) Pzp poprzez niepoprawienie w wyjaśnieniach odwołującego z dnia 15 lutego 2018 r. oczywistej omyłki pisarskiej;
6. art. 8 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez naruszenie zasady jawności postępowania oraz obowiązku informowania wykonawcy o podstawach podjętych przez siebie czynności;
7. art. 8 ust. 3 Pzp poprzez uznanie, że treść wyjaśnień złożonych przez odwołującego nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo złożonych przez odwołującego wyjaśnień w tym zakresie;
8. art. 8 ust 3 w zw. z art. 8 ust. 1, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji w związku z brakiem przekazania odwołującemu jakichkolwiek informacji uzasadniających decyzję o odtajnieniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, co wprost uniemożliwia odwołującemu ustosunkowanie się merytoryczne do podjętej decyzji zamawiającego w tym zakresie, podczas, gdy odwołujący składał szczegółowe i wyczerpujące wyjaśnienia w zakresie prowadzonej przez niego polityki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, a zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez odwołującego było skuteczne;
9. pozostałe czynności lub zaniechania w zakresie wskazanym w części wstępnej i w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

W związku z przedstawionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty;
- b) dokonania ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu;
- c) nieważnienie decyzji zamawiającego o odtajnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołującego;
- d) wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Po pierwsze wskazał, że informacja o odrzuceniu jego oferty z dnia 11 maja 2018 r. jest - w zdecydowanej większości - informacją o charakterze bardzo ogólnikowym oraz lakonicznym. Takie działanie należy uznać za sprzeczne z treścią art 92 ust,1 pkt 3) Pzp, który nakłada na zamawiającego obowiązek każdorazowego przedstawiania wykonawcom szczegółowych i weryfikowalnych powodów podjętej decyzji. Uzasadnienie dokonanych przez zamawiającego czynności powinno zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne, i wyczerpująco oraz jednoznacznie opisywać przyczyny stanowiące podstawę ich podjęcia tak, aby zapewnić wykonawcy realną możliwość odniesienia się do nich w przypadku

wniesienia odwołania, a więc skorzystania z uprawnienia przysługującego mu na podstawie art. 182 Pzp. Wykonawca, wnosząc środek odwoławczy ma bowiem wyłącznie możliwość odniesienia się do określonych przez zamawiającego podstaw odrzucenia oferty. W konsekwencji, zbyt ogólnikowe wskazanie przez zamawiającego okoliczności faktycznych i prawnych podjętej czynności, w praktyce pozbawia wykonawcę jednego z podstawowych uprawnień - a więc możliwości realnej obrony swoich praw i kontestowania - w jego opinii - bezpodstawnych decyzji zamawiającego. Zamawiający ograniczając się w uzasadnieniu podjętych decyzji - zwłaszcza tych, które mają wpływ na sytuację wykonawców w przetargu - wyłącznie do lakonicznych stwierdzeń, narusza m.in. fundamentalną dla przebiegu postępowania zasadę jawności, określoną w art. 7 Pzp. Zamawiający nie przekazuje bowiem wykonawcy wszystkich podstaw podejmowanych czynności, do czego jest zobligowany. Na potwierdzenie tego odwołujący przytacza orzecznictwo Izby oraz TSUE.

Odnosząc powyższe kwestie do niniejszej sprawy odwołujący podkreślił, że zamawiający, dokonując odrzucenia jego oferty nie dokonał wystarczającego uzasadnienia podjętej czynności. Co najistotniejsze, zamawiający w wielu aspektach ograniczył się wyłącznie do wskazania, iż np. oferta odwołującego pozostaje niezgodna z SIWZ i przepisami prawa lub że Konsorcjum TOTO nie udowodniło, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Takie działania podmiotu zamawiającego jednoznacznie wskazują na uchybienia i sprzeczność z przepisami Pzp, chociażby w zakresie zasady jawności postępowania czy obowiązku wyczerpującego informowania wykonawców o podstawach podejmowanych czynności.

W ocenie odwołującego, zamawiający pominął okoliczność, iż przedmiotowe zamówienie realizowane ma być w ramach formuły „zaprojektuj i wybuduj”. Formuła „zaprojektuj i wybuduj” - zgodnie ze swoimi założeniami - oznacza, że zamawiający nie dysponuje szczegółowymi opracowaniami planowanej inwestycji. W tej formule zamawiający przygotowuje opis swoich wymagań - inwestycji (Program Funkcjonalno-Użytkowy zwany dalej: „PFU”) i na jego podstawie opracowywana są oferty wykonawców - w tym planowane koszty prac projektowych oraz planowane koszty robót budowlanych. W wyniku rozstrzygnięcia przetargu wyłaniany jest generalny wykonawca zamówienia, który w ramach zawartej umowy sporządza projekt budowlany oraz wykonawczy, uzyskuje pozwolenie na budowę, a później realizuje roboty według zatwierdzonego, własnego projektu. Jak przyjęto w orzecznictwie i doktrynie, zamówienie, które obejmujące zaprojektowanie i wykonawstwo specjalistycznych, skomplikowanych robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj” skutkuje po stronie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia szczególnymi trudnościami związanymi z opracowaniem oferty na wykonanie zamówienia. Oferta ta bowiem nie jest sporządzana na podstawie kompletnej dokumentacji projektowej

dostarczonej przez zamawiającego, ale wyłącznie na podstawie ogólnej koncepcji zawartej w PFU.

Jednocześnie odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż wynagrodzenie przewidziane w ramach niniejszego postępowania ma charakter ryczałtowy. Zgodnie bowiem treścią Tomu IV „Opis sposobu obliczenia Ceny oferty”: *Cena Oferty jest ceną ryczałtową i zostanie wyliczona przez Wykonawcę na podstawie jego własnej kalkulacji wartości poszczególnych elementów zryczałtowanych, zawartych w niniejszym Wykazie Płatności* a „*Kwoty (wartości) za wykonane, kompletne elementy zryczałtowane składające się na Cenę Oferty, Wykonawca również wylicza samodzielnie na podstawie własnych kalkulacji*. Zamawiający, w treści SIWZ, wymagał od wykonawców jedynie przedstawienia Wykazu Płatności zawierającego wyszczególnienie poszczególnych elementów zryczałtowanych, takich jak: koszty ogólne wykonawcy, projekt budowlany, projekt wykonawczy czy raport oddziaływania na środowisko oraz zryczałtowanych kosztów robót. Biorąc pod uwagę ryczałtowy charakter wynagrodzenia oraz fakt, że na etapie składania ofert zamawiający nie wymagał przedstawienia kosztorysów, a co za tym idzie nie określił żadnych wytycznych co do sposobu kalkulacji zawartych w nich poszczególnych cen jednostkowych należy stwierdzić, że wykonawca miał jedynie, na podstawie przygotowanej przez siebie własnej kalkulacji, wyliczyć wartość zawartych w Wykazie Płatności poszczególnych elementów zryczałtowanych.

Mając na uwadze dodatkowo, iż przedmiotowy kontrakt prowadzony ma być formule „projektuj i buduj” za bezzasadne uznał wymagania zamawiającego w zakresie przedstawiania wielu, bardzo szczegółowych informacji, wykazów czy wyliczeń już na etapie składania oferty. Wykonawca nie ma bowiem realnej możliwości odniesienia się do wszystkich wniosków zamawiającego, dopóki nie powstanie właściwy projekt budowlany. Niemniej jednak wycena przygotowana przez odwołującego spełnia wymogi SIWZ i nie zawiera ceny rażąco niskiej. Przeciwny wniosek zamawiającego w powyższym zakresie jest bezzasadny.

W ramach niniejszego postępowania zamawiający podjął również nieuprawnioną czynność w postaci odtajnienia treści wyjaśnień nr 1 i 2, których treść została zastrzeżona przez odwołującego jak tajemnica przedsiębiorstwa. Dodatkowo zamawiający nie poinformował odwołującego o zamierzonym działaniu, a także nie wskazał nawet z jakich powodów nie uznał, iż zastrzeżone przez niego informacje, będące bezsprzecznie tajemnicą przedsiębiorstwa, nie podlegają ochronie przewidzianej w przepisach prawa. Nadmieniał przy tym, że - zgodnie z wypracowaną linią orzeczniczą KIO - na zamawiającym spoczywa wyraźny obowiązek badania i oceny zasadności zastrzeżenia przez wykonawców tajemnicy przedsiębiorstwa. Decyzję w tym zakresie zamawiający winien każdorazowo podejmować w

oparciu o rzetelnie przeprowadzoną procedurę wyjaśniającą.

W jego ocenie zastrzeżone przez niego informacje spełniają wszystkie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Oświadczył przy tym, że wszelkie informacje przedstawione w wyjaśnieniach nr 1 i 2, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, posiadały wartość gospodarczą, nie były ujawnione do wiadomości publicznej, a odwołujący podjął szereg środków w celu zachowania ich poufności. Wskazał przy tym chociażby na oświadczenia pracowników czy przechowywanie tych informacji na zabezpieczonych serwerach odwołującego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp podniósł, iż zamawiający nie informując go o fakcie odtajnienia przekazanych przez niego wyjaśnień, pozbawił go realnej możliwości złożenia odwołania od tej czynności. Podstaw odtajnienia Zamawiający nie wskazał również w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego. Doszło zatem do wyraźnego naruszenia podstawowych obowiązków zamawiającego w ramach toczącego się postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. Czynność faktycznego odtajnienia jest bowiem nieodwracalna, a możliwość zapoznania się przez konkurencyjne podmioty z zastrzeżonymi przez wykonawcę informacjami, może powodować powstanie szkody po jego stronie.

Wyjaśnił, że odnosząc się do kalkulacji podanych w wyjaśnieniach nr 1 i 2, zamawiający - w informacji o odrzuceniu oferty Konsorcjum TOTO - wskazał, że nie oszacował on w pozycji „roboty ziemne” wzmocnienia podłoża gruntowego. Powyższe - zdaniem zamawiającego - było ujęte w wymaganiach SIWZ, więc w konsekwencji oferta odwołującego jest sprzeczna z zapisami Specyfikacji podlega odrzuceniu. Odnosząc się do powyższego stanowiska zamawiającego, przedstawił okoliczności wskazujące w jego ocenie na jego niezasadność. Wskazał, że zamawiający w wezwaniu nr 1 wyraźnie zwrócił się do niego o przedstawienie *„wartości wybranych elementów skalkulowanych w Wykazie Płatności dział III, zgodnie ze wskazanym przez siebie zestawieniem.*

Taka treść pytania według niego wskazuje, że zamawiający wnosil o podanie wyłącznie wartości konkretnych elementów, które wskazał w zestawieniu. Nie odnosił się zatem do całości, a wyłącznie do wyznaczonego przez siebie zakresu. Takie wnioskowanie zostało przeprowadzone w oparciu o literalne brzmienie treści wezwania.

Stwierdził, że zamawiający sformułował swoje pytania jednoznacznie. W odpowiedzi zastosował się w pełni do wniosków zamawiającego, najpierw wskazując wartości pozycji 1.2 - roboty ziemne, a następnie przedstawiając jej szczegółową kalkulację. Podkreślił, że zamawiający w treści SIWZ nie przedstawił wzoru wg. którego wykonawca miałby wypełnić tabelę, np. w formie kosztorysu ofertowego, który jasno wskazywałby czy wzmocnienie

podłoża powinno znaleźć się w pozycji „Roboty ziemne”. Zamawiający w wezwaniu nr 1 nie dokonał rozbicia pozycji „Roboty ziemne” na konkretne asortymenty prac, dzięki czemu wskazałby wyraźnie, których konkretnie prac powinny dotyczyć wyjaśnienia i ceny przedstawiane przez odwołującego. Zamawiający w Tomie IV SIWZ - „Wypełniony Wykaz Płatności” pozostawił niewypełniony dział III „Roboty”, dając tym samym swobodę wykonawcom w zakresie kształtowania jego treści. Potwierdzenie takiego stanu rzeczy znajduje się także w innym zapisie Tomu IV SIWZ, zgodnie z którym *„Cena Oferty zostaje wyliczona przez wykonawcę na podstawie jego własnych kalkulacji wartości poszczególnych elementów.”* Zapis ten w jego ocenie potwierdza, iż sposób wyceny leży to w gestii wykonawcy.

W nawiązaniu do powyższego oraz treści składanych wyjaśnień podtrzymał, iż przygotowana przez niego kalkulacja zawiera wszystkie elementy wskazane w SIWZ oraz przepisach prawa. Odwołujący podkreślił także, iż roboty związane ze wzmocnieniem gruntu uwzględnił w cenie Oferty. Wykonawca nie wykazywał wartości robót związanych z wzmocnieniem podłoża gruntowego, gdyż wezwanie do złożenia nie obejmowało tego zakresu robót. W konsekwencji uznał, że w tym zakresie jego oferta jest zgodna z SIWZ. Zgodnie z najnowszym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wątpliwości dot. postanowień SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy składającego ofertę i nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty takiego wykonawcy (wyrok KIO z dnia 27 lutego 2018 r. KIO 212/2018).

Następnie wyjaśnił, że jako uczestnik postępowania nie może ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnej bądź niejasnej treści wezwania do wyjaśnień zamawiającego. Jeśli bowiem zamawiający wymagał od wykonawcy podania wartości robót związanych ze wzmocnieniem podłoża - mając na uwadze swobodę wykonawców przy kształtowaniu ceny - powinien on to jednoznacznie wskazać, nie zaś ograniczać się wyłącznie do odniesienia do robót ziemnych.

Odnosząc się do pkt II informacji o odrzuceniu jego oferty wskazał, iż zamawiający m.in. w tym zakresie dopuścił się wyraźnego naruszenia przepisów Pzp, odnośnie przestrzegania zasady jawności postępowania oraz obowiązku informacyjnego ujętego w art. 92 ust. 1 pkt 3) Pzp. Według norm Pzp oraz jednolitej linii orzeczniczej KIO, nie można uznać uzasadnienia zamawiającego zawartego w pkt II pisma z dnia 11 maja 2018 r., jako wyczerpujące i zapewniające odwołującemu możliwość realnego odniesienia się do stanowiska zamawiającego w tym zakresie. W jego ocenie zamawiający ograniczył swoje twierdzenia, odnoszące się do analizy kalkulacji w pozycji roboty ziemne do:

- przytoczenia nazwy Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania

planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (zwane dalej „Rozporządzeniem”), a także

- do twierdzenia, iż przedstawione w załączniku nr 1 do wyjaśnień nr 2 kalkulacje stoją w sprzeczności z wymaganiami ww. Rozporządzenia.

Wskazał, że brak jest w uzasadnieniu decyzji zamawiającego jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego, a już samo uzasadnienie prawne jest znacznie ograniczone. W jego ocenie lakonicznie sporządzone uzasadnienie odrzucenia oferty wykonawcy stoi w sprzeczności z normami Pzp, co pozostaje przedmiotem odrębnego zarzutu.

Przez to został pozbawiony możliwości pełnego i wyczerpującego odniesienia się do stanowiska zamawiającego, skoro ograniczają się one wyłącznie właściwie do ogólnikowego twierdzenia, iż wyjaśnienia odwołującego stoją w sprzeczności z wymaganiami rozporządzenia. Powyższe sprawia, że posiada ograniczoną możliwość skutecznego podjęcia środków ochrony prawnej, a tym samym naruszone zostaje uprawnienie określone w art. 182 Pzp.

Użycie przez odwołującego sformułowania, iż przedstawiona przez niego kalkulacja przedstawia szacunkowe ilości i ceny robót ziemnych nie oznacza, wbrew twierdzeniom zamawiającego, że nie spełnia ona wymogów Rozporządzenia. Takie twierdzenia zamawiającego pozostają w sprzeczności ze sposobem przygotowania wyceny przez odwołującego, która była szczegółowa i spełniała wymogi SIWZ w tym zakresie. Użycie przez odwołującego sformułowania „szacunkowa” miało na celu tylko i wyłącznie podkreślenie, że zamówienie będzie realizowane w formule „projektuj i buduj”, czyli przy założeniu, że ostateczne ilości prac będą znane dopiero po wykonaniu wszystkich wymaganych projektów. Odwołujący zatem ponownie podkreślił, że stwierdzenie przez zamawiającego, iż sporządzona przez odwołującego kalkulacja nie spełnia wymogów Rozporządzenia tylko dlatego, że użył słowa „szacunkowa”, jest zbyt daleko idące.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego zawartego w pkt III informacji o odrzuceniu oferty podkreślił, iż podtrzymuje swoją argumentację wyrażoną w odpowiedzi na pytanie 13 wezwania nr 1. Odwołujący w pierwszej kolejności zwraca uwagę na treść samego pytania nr 13, w którym zamawiający zwrócił się o „*wyszczególnienie wszystkich odbiorników przewidzianych do podłączenia w ramach zasilania podstawowego, rezerwowego i awaryjnego*”. Zamawiający nie sprecyzował o jakie dokładnie odbiorniki chodzi, przez co odwołujący miał prawo rozumieć to pojęcie bardzo szeroko, jako wszelkie odbiorniki energii elektrycznej. Podkreślił przy tym, że analogicznie do wykształconej na bazie orzecznictwa KIO zasady, że wszelkie wątpliwości w zakresie SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawcy, również w przypadku braku precyzyjności

zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień, nie można wywodzić wobec wykonawcy negatywnych skutków takiego stanu rzeczy.

Mając zatem na uwadze fakt, iż jest to inwestycja w formule „projektuj i buduj”, w której odwołujący - na etapie ofertowania - dysponuje jedynie wymaganiami zawartymi w SIWZ, które prawie w całości przedstawione są w formie opisowej, żądanie wyszczególnienia wszystkich odbiorników było w jego ocenie bezpodstawne. Dopiero po opracowaniu projektu budowlanego i uzgodnienia jego treści, odwołujący będzie miał faktyczną możliwość wykazania wszystkich odbiorników, które były przedmiotem pytania nr 13 w wezwaniu nr 1. Ostateczna lista wszystkich odbiorników w obu tunelach będzie również zatwierdzona przez samego zamawiającego. Zatem z uwagi na brak zatwierdzonego projektu, z dokumentacji przetargowej na dzień składania ofert nie wynikała kompletna liczba wszystkich odbiorników.

Stwierdził, że brak przedstawienia takiego wykazu w wyjaśnieniach nr 1 nie może być w konsekwencji podstawą do odrzucenia jego oferty. Odpowiadając na przedmiotowe pytanie zamawiającego, dochowując należytej staranności, przedstawił szacunkowe wartości zasilania podstawowego, rezerwowego oraz awaryjnego dla tuneli TS-26 i TS-32.

Niezależnie od powyższego wskazał, że zamawiający po raz kolejny wykazał się brakiem należytej staranności w analizie wyjaśnień złożonych w niniejszym postępowaniu. Wykonawca bowiem, w odpowiedzi na pytanie 17 wezwania nr 1, przedstawił szacunkowe wartości systemów wyposażenia tuneli, w ramach których mieszczą się również szacunkowe koszty związane z odbiornikami. Na uwzględnienie nie zasługuje również argument zamawiającego, że ze względu na zapisy PFU, WWiORB i przepisy prawa dotyczące wyposażenia tuneli drogowych znane były odwołującemu minimalne wymagania co do ilości i rodzaju koniecznych odbiorników, w związku z czym miał on możliwość wykazania ich wszystkich w odpowiedzi na pytanie nr 13. W uzasadnieniu odrzucenia oferty dokumenty, takie jak PFU, WWiORB czy przepisy prawa, zawierają wymagania co do liczby i rodzaju odbiorników. Jak wskazał jednak zamawiający, są to jedynie wymagania minimalne, zaś zamawiający wnosil o wykazanie przez odwołującego wszystkich odbiorników. Tym samym, nawet na podstawie ww. dokumentów nie mógł skutecznie odnieść się do wezwania zamawiającego. Wskazał dodatkowo, że jedynie minimalne uregulowanie kwestii odbiorników w opisie przedmiotu zamówienia - PFU potwierdza, że ich ilość na etapie składania ofert nie jest jednoznacznie określona. Ilość ta wynikać będzie z zatwierdzonego w przyszłości projektu. Na etapie ofertowania zamawiający nie mógł zatem wymagać podawania od odwołującego informacji w zakresie ilości wszystkich odbiorników, ponieważ taka informacja będzie wynikała dopiero po stworzeniu projektu uzgodnionego z zamawiającym i przez niego zatwierdzonym.

W konsekwencji powyższego, za bezzasadne uznał stwierdzenie zamawiającego, iż nie wyjaśnił w tym zakresie wątpliwości zamawiającego co do rażąco niskiej ceny. Dodatkowo wskazał, iż zamawiający nie uzasadnił w żaden sposób swojego stanowiska w tym zakresie.

Podkreślił, iż cena złożonej przez niego oferty uwzględnia wszystkie wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym zawiera wszelkie elementy wskazane w SIWZ oraz w Umowie. Zaznaczenia wymaga fakt, że cena wskazana w ofercie przedstawia wartość w pełni realną i nie została w żaden sposób zaniżona, lecz wynika m.in. z wieloletniego doświadczenia w realizacji zamówień publicznych dotyczących inwestycji drogowych. Wskazał, że powyższe kwestie były przez odwołującego wyraźnie podkreślane zarówno w ramach wyjaśnień nr 1 oraz wyjaśnień nr 2. Wszelkie działania podjęte przez zamawiającego, w tym uznanie, że cena zaoferowana przez odwołującego jest ceną rażąco niską, nie znajdują w jego ocenie uzasadnienia w zaistniałym stanie faktycznym.

Odnosząc się do pkt IV informacji o odrzuceniu oferty stwierdził, że również w tym przypadku zamawiający posłużył się lakonicznym oraz ogólnikowym uzasadnieniem. Podobnie jak w przypadku punktu II, również zamawiający nie wskazał w żaden sposób podstaw faktycznych ani prawnych. Zazaczył, że zamawiający który zauważył rozbieżności w wartościach elementów wyposażenia tunelu TS-32 w pkt 1 oraz 17 wyjaśnień nr 1 nie określił jak przedmiotowe okoliczności wpływają na sytuację odwołującego w postępowaniu. W przedmiotowym zakresie zamawiający dopuścił się w jego ocenie także kolejnych naruszeń norm prawa zamówień publicznych.

Po pierwsze wskazał, że zaistniała oczywista omyłka pisarska. Wyjaśnił dalej, że w Pzp ustawodawca obciążył zamawiającego najpierw obligatoryjną oceną dokumentów składanych przez wykonawców, której rezultat - w przypadku wystąpienia oczywistej omyłki pisarskiej - generuje obowiązek poprawienia jej przez zamawiającego i niezwłocznego zawiadomienia o tym wykonawcy. Tak ukształtowany zakres obowiązków zamawiającego ma na celu zapewnienie możliwości dokonania prawidłowej oceny merytorycznej, z zachowaniem wynikającej z art. 7 Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (przez co w jego ocenie zamawiający naruszył postanowienia cytowanego przepisu).

Wynika to z faktu, iż omyłkowe wskazanie przez odwołującego wartości wyposażenia tunelu TS-32 w wysokości 6 010 880,51 zł netto w tabeli w pkt 1 wyjaśnień nr 1, było oczywiste i bardzo łatwe do zweryfikowania przez zamawiającego. W pkt 17 wyjaśnień nr 1 odwołujący dokonał bowiem szczegółowego rozbitcia szacunkowej ceny składającej się na wartość robót z tytułu wyposażenia tunelu TS-32.

Zwrócił także uwagę, że doświadczony zamawiający - jakim jest GDDKiA Oddział

Wrocław - powinien zwrócić uwagę, iż w przypadku rozbieżności pomiędzy kwotą wskazaną w pkt 1 oraz pkt 17 wyjaśnień nr 1, za właściwą należy uznać tę, która wynika z zestawienia, w którym każdy element jest osobno wyceniony, a więc tę z pkt 17.

Niezależnie od powyższego wyjaśnił, że nawet gdyby zamawiający powziął w tym przypadku wątpliwości co do istnienia oczywistej omyłki pisarskiej, miał obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnień w tym zakresie. Niezrozumiałym dla niego pozostaje brak zwrócenia się o wyjaśnienia w zakresie tych dwóch wartości (mimo wystosowania drugiego wezwania) a poprzestanie wyłącznie na oświadczeniu odwołującego z wyjaśnień nr 1, co doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego. Takie działanie zamawiającego stanowi w jego ocenie wyraźne naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 1) Pzp, a także zasady uczciwej konkurencji z art. 7 Pzp.

Odwołujący wskazał równocześnie, że pod pojęciem „omyłki”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, należy rozumieć niezamierzony błąd wykonawcy, skutkujący niezgodnością z treścią SIWZ, którego poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Jak wynika z porównania treści ww. przepisu oraz art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp, omyłka uregulowana w art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp nie musi być oczywista - przyjmuje się, iż może ona być ustalana na podstawie treści samej oferty lub treści SIWZ. Co więcej, sposób jej poprawienia może zostać ustalony po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Poprawienie omyłki nie może jednak powodować istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący wskazał, iż wszelkie wskazane wyżej przesłanki zostały spełnione zatem przeciwne działania zamawiającego pozostają sprzeczne z przepisami Pzp.

Zwrócił uwagę, że zamawiający, sposób bardzo lakoniczny odniósł się do wyjaśnień złożonych przez niego w odpowiedzi na pyt 23 wezwania nr 1: *„Zważając na obowiązek ustawowy sporządzania dokumentacji bezpieczeństwa, czy wykonawca przewidział i uwzględnił w cenie ofertowej wykonanie analizy techniczno - ruchowej oraz zrealizowanie przyjętych rozwiązań z niej wynikających, uwzględniającej m.in. schemat tras zastępczych objazdu tunelu na wypadek zamknięcia przejazdu drogą S3 przez tunele drogowe TS 26 oraz TS32. Jeśli tak; to prosimy o wskazanie wartości [PLN netto] przyjętej do Ceny Ofertowej dla realizacji wskazanej trasy zastępczej”.*

W swojej ocenie wyraźnie określił, iż uwzględnił w cenie ofertowej wykonanie analizy techniczno - ruchowej oraz zrealizowanie przyjętych rozwiązań z niej wynikających. jednocześnie podkreślił, że określenie dokładnej kwoty - w zakresie wszystkich elementów składowych tej analizy - już na etapie składania ofert nie jest obiektywnie możliwe. Wynika to z faktu, że w opracowywaniu przedmiotowej dokumentacji udział brać będzie personel wykonawcy oraz projektanta, zależnie od potrzeb, które na moment ofertowania nie mogą być odwołującemu znane w zakresie rzeczywistego nakładu pracy. Dotyczy się to również

wykonania części prac związanych z wykonaniem zaakceptowanej *dokumentacji bezpieczeństwa*. Zamawiający znów zatem zdaje się zapominać o specyfice prowadzenia kontraktów w systemie „projektuj i buduj”, w której ofercie bazują wyłącznie na opisie wymagań zamawiającego dotyczących inwestycji (PFU) i na jego podstawie przygotowują kalkulację ceny oferty. dopiero na etapie realizacji zamówienia tworzony jest właściwy projekt budowlany. Odwołujący jeszcze raz oświadczył, że sporządził wycenę w sposób szczegółowy, uwzględniający wszystkie wymogi SIWZ.

Stwierdził, że w wyjaśnieniach nr 2 wskazał, że dokładniejsze oszacowanie elementu, o który zamawiający pytał w pyt nr 23 możliwe będzie po sporządzeniu programu, zgodnie z Subklauzulą 8.3 warunków kontraktu (Tom II SIWZ). To właśnie w programie, odwołujący będzie obowiązany określić precyzyjnie zasoby ludzkie, jakie będą brać udział m.in. w pracach projektowych, a tym samym ich wartość.

W jego ocenie przedstawione przez niego okoliczności są okolicznościami obiektywnymi, niezależnymi od wykonawcy. Brak jest zatem zrozumienia dla stanowiska zamawiającego, który jednocześnie - w toku całych wyjaśnień - wymaga możliwie szczegółowych i dokładnych wyliczeń, a w przypadku, gdy odwołujący wykazuje, że nie jest to obiektywnie możliwe na tym etapie postępowania, zamawiający uznaje to za naruszenie wymogów SIWZ.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawca Stecol, Konsorcjum PORR oraz Konsorcjum PeBeKa wnosząc o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu w dniu 5 czerwca 2018 r. zamawiający przedłożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Ponadto przystępujący Konsorcjum PORR także złożyło pismo procesowe w przedmiotowej sprawie wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełniają określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie

została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem pismem z dnia 23 maja 2018 r. uzupełnionej podczas rozprawy o PFU wraz z niektórymi WWIORB oraz protokół z postępowania, treści pism procesowych wraz załącznikami oraz złożonych na rozprawie:

- przez Konsorcjum PeBeKa tj.: świadectw pracy pana M.N., korespondencji pomiędzy wykonawcą a inwestorem zastępczym dotyczącej wskazanej w formularzu inwestycji, oświadczenia pana D.P. pełniącego funkcję Dyrektora Generalnego u wykonawcy kwestionowanej inwestycji, wyciąg z raportu końcowego budowy autostrady A1 na odcinku Kotliska-Piątek (str. 1 i 14) oraz kopii pisma zamawiającego dotyczącego innej inwestycji niż wskazana na potrzeby spełnienia kryterium;
- przez Stecol tj. dwóch pism zamawiającego z innego postępowania, w których w ramach jednego z podkryteriów przyznał 0 punktów za jego niewykazanie oraz informację ze strony internetowej zamawiającego dotyczącą prac w ramach etapu I i II na odcinku Opacz-Paszków;
- przez Konsorcjum Salini tj. zestawienia dokumentów złożonych przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu z ofertą w zakresie osób skierowanych do realizacji zadania, zestawienia różnych wariantów uwzględniających jego sytuację w ramach kryterium objętego zarzutem w kontekście pozostałych ofert, wydruku ze strony internetowej lokalnej gazety z informacją o upadłości POLDiM, wydruku ze strony internetowej zamawiającego z dnia 10 czerwca 2018r. zawierającego informację o odstąpieniu od kontraktu przez POLDiM, wydruku ze strony internetowej zamawiającego z dnia 11 czerwca 2018r. dotyczącego zakończenia inwestycji przez konsorcjum bez udziału firmy POLDiM oraz pisma zamawiającego z dnia 9 marca 2018r. dotyczącego innego postępowania skierowanego do wszystkich wykonawców, które dot. rozumienia określonych w dokumentacji pojęć;
- przez zamawiającego tj.: wydruku korespondencji mailowej prowadzonej z innym Odziałem GDDKiA wraz z raportem miesięcznym za miesiąc kwiecień 2011 wskazanej przez odwołującego inwestycji oraz zdjęciami dokumentującymi stan prac na miesiąc kwiecień 2011 roku na tej inwestycji (w sprawie KIO 991/18), wydruku korespondencji mailowej prowadzonej z innym Odziałem GDDKiA w związku ze spełnieniem kryterium przez odwołującego (w sprawie KIO 1000/18);

Izba ustaliła, że w pkt 7.2.3 lit. b ppkt 1 IDW zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobą przeznaczoną do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciel Wykonawcy, określając następujące wymagania:

wymagana liczba osób: 1

doświadczenie zawodowe:

A)

1. Minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę, przebudowę lub remont lub nadzór nad budową, przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z poniższą definicją) o wartości robót co najmniej 200 000 000 PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach:

Dyrektora Kontraktu

lub

Przedstawiciela Wykonawcy

lub

Kierownika Budowy

lub

Zastępcy Dyrektora Kontraktu

lub

Inżyniera Kontraktu

lub

Inżyniera Rezydenta

lub

Zastępcy Inżyniera Kontraktu/ Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera.

2. Minimum 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku/ stanowiskach samodzielnych lub kierowniczych przy realizacji zadań obejmujących roboty budowlane w ramach inwestycji polegających na budowie, przebudowie lub remoncie Obiektu Budowlanego (zgodnie z poniższą definicją).

B)

1. Minimum 60 miesięcy doświadczenia przy zarządzaniu, z ramienia Inwestora, realizacją 1 lub 2 lub 3 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 000 000 PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach:

Dyrektora jednostki organizacyjnej Inwestora

lub

Dyrektora lub Zastępcy Dyrektora pionu do spraw realizacji inwestycji,

lub

Naczelnika lub osoby kierującej Wydziałem/Zespołem do spraw realizacji inwestycji,

lub

Kierownika Projektu

Obiekt Budowlany należy przez to rozumieć budynek, budowlę, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych:

- przy czym przez budynek należy przez to rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach;*
- budowlę należy przez to rozumieć każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem jak: obiekty liniowe, lotniska, mosty, wiadukty, estakady, tunele, sieci techniczne, budowle ziemne, obronne, ochronne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów, stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, budowle sportowe, elektrownie; obiekt liniowy - należy przez to rozumieć obiekt budowlany, którego charakterystycznym parametrem jest długość, w szczególności droga wraz ze zjazdami, linia kolejowa, wodociąg, kanał, gazociąg, ciepłociąg, rurociąg, linia i trakcja elektroenergetyczna, linia kablowa nadziemna i umieszczona bezpośrednio w ziemi, podziemna, wał przeciwpowodziowy oraz kanalizacja kablowa.*

W punkcie 19.1.2.2.2) ppkt i IDW zamawiający określił kryterium oceny ofert dotyczące doświadczenia Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy:

Maksymalna liczba punktów – 3

Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont lub nadzór nad budową, przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 7.2.3)b)1) IDW - Tom I SIWZ) o wartości robót co najmniej 200 000 000 PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach: Dyrektora Kontraktu lub Przedstawiciela Wykonawcy lub Kierownika Budowy lub Zastępcy Dyrektora Kontraktu lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu/ Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera.

- za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania – wykonawca otrzyma 1 punkt,*
- za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania – wykonawca otrzyma 3 punkty,*

- *za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania – wykonawca otrzyma 0 punktów.*
- *za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań – wykonawca otrzyma 0 punktów.*

Natomiast w pkt 7.2.3 lit. b ppkt 2 IDW zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobą przeznaczoną do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, określając następujące wymagania:

wymagana liczba osób: 1

doświadczenie zawodowe:

Minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 200 000 000 PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach:

Kierownika Budowy

lub

Kierownika Robót Drogowych dla odcinka od długości min. 4 km

lub

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

lub

Inżyniera Kontraktu.

W punkcie 19.1.2.2.2) ppkt ii IDW zamawiający określił kryterium oceny ofert dotyczące doświadczenia Kierownika Budowy:

Maksymalna liczba punktów – 3

Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 000 000 PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 4 km lub Kierownika Robót Mostowych dla co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz długości co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu lub Inżyniera Kontraktu.

- *za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania – wykonawca otrzyma 1 punkt,*
- *za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania – wykonawca otrzyma 3 punkty,*

- *za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania – wykonawca otrzyma 0 punktów.*
- *za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań – wykonawca otrzyma 0 punktów.*

Podstawą wykluczenia z postępowania odwołujących w sprawach KIO 991/18, KIO 997/18, KIO 1000/18 i KIO 1007/18 był przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Okolicznością faktyczną mającą uzasadniać wykluczenie było podanie nieprawdziwego oświadczenia w zakresie podlegającego punktacji doświadczenia osoby mającej pełnić funkcję Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy (w sprawach KIO 991/18 i KIO 1000/18) lub Kierownika Budowy (w sprawach KIO 997/18, KIO 1000/18 i KIO 1007/18).

W przypadku ww. odwołań istotą sporu była interpretacja wymogu dotyczącego określenia *od rozpoczęcia robót do wykonania zadania*. Wykładnia tego właśnie sformułowania, użytego w punkcie 19.1.2.2.2) ppkt i, ii IDW była źródłem odmiennych twierdzeń zamawiającego i odwołujących co do spełniania lub niespełniania wymagań opisanych w ww. postanowieniu SIWZ, a w konsekwencji – co do kwestii prawdziwości oświadczenia złożonego przez odwołujących w formularzu 2.2 *Kryteria pozacenowe*.

Natomiast w sprawie o sygn. akt KIO 1016/18 zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum TOTO a ustalenie stanu faktycznego tej sprawy zostanie zaprezentowane przy uzasadnieniu jej rozstrzygnięcia.

Sygn. akt KIO 991/18

Izba uznała, że przedmiotowe odwołanie podlega oddaleniu.

Izba ustaliła, że Konsorcjum PeBeKa podało jako osobę przeznaczoną do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy pana M.N. W Formularzu „Kryteria pozacenowe” przedmiotowy odwołujący przedstawił następujące doświadczenie tej osoby w ramach zadania nr 1: Budowa Autostrady A1 Toruń – Stryków, odcinek Kotliska (bez węzła) – Piątek (bez węzła), na którym pełnił funkcję Dyrektora Kontraktu.

Jak wynika z informacji o wykluczeniu zamawiający skonfrontował oświadczenia Konsorcjum PeBeKa zawarte w Formularzu „Kryteria pozacenowe” i „Wykazie osób” z ustalonym przez siebie stanem faktycznym. Zgodnie z ustaleniami zamawiającego, które znalazły odzwierciedlenie w informacji o wykluczeniu odwołującego, plac budowy na wskazanym przez konsorcjum PeBeKa zadaniu nr 1 został przekazany w dniu 29 lipca 2010

r., a roboty rozpoczęły się 6 sierpnia 2010 r. Natomiast na ww. zadaniu funkcję Dyrektora Kontraktu w okresie od początku realizacji tj. od dnia 9 lipca 2010 r. (od podpisania umowy) do dnia 21 kwietnia 2011 r. pełnił pan A.P., a pan M.N. na przedmiotowym zadaniu pełnił funkcję Dyrektora Kontraktu od 21 kwietnia 2011 r. do wystawienia świadectwa przejścia tj. do 28 sierpnia 2012 r. W związku z poczynionymi ustaleniami zamawiający pismem z dnia 23 lutego 2018 r. wezwał odwołującego do wyjaśnień w związku ze stwierdzonymi rozbieżnościami. W odpowiedzi na to wezwanie odwołujący pismem z dnia 28 lutego 2018 r. wyjaśnił, że (...) stwierdzona przez Zamawiającego rozbieżność nie była zamierzona i wynikała z odmiennego rozumienia postanowień SIWZ w zakresie zwrotu „od rozpoczęcia robót”. (...) doświadczenie Pana M.N. wskazane w pozycji pierwszej wiersz pierwszy Wykazu osób prezentuje się następująco

OPIS ZADAŃ	PEŁNIONA FUNKCJA	OKRES PEŁNIENIA FUNKCJI od mm-rrrr do mm-rrrr	PODSTAWA DYSPONOWANIA NA CZAS REALIZACJI ZAMÓWIENIA
1	2	3	4
<i>Budowa Autostrady A-1 Toruń-Stryków odc. Kotliska (bez węzła) - Piątek (bez węzła)</i> <i>Zakres zadania: Budowa</i> <i>Klasa drogi: A</i> <i>Wartość zadania: powyżej 200 000 000 PLN netto</i>	<i>Dyrektor Kontraktu</i>	<i>od 04-2011 do 08-2012</i>	

W dniu 11 maja 2018 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu Konsorcjum PeBeKa z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Zamawiający przedstawił swoje ustalenia dotyczące okresu pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu przez pana M.N. Zamawiający wskazał m.in., że na zadaniu pn. „Budowa Autostrady A-1 Toruń-Stryków odc. Kotliska (bez węzła) Piątek (bez węzła)” pan M.N. nie pełnił funkcji Dyrektora Kontraktu od rozpoczęcia robót oraz że w swoich wyjaśnieniach przyznał, iż podane w ofercie informacje dotyczące okresu sprawowania przez Pana M.N. na zadaniu pn.: „Budowa Autostrady A-1 Toruń-Stryków odc. Kotliska (bez węzła) - Piątek (bez węzła)” funkcji Dyrektora Kontraktu były nieprawdziwe. Tym samym zamawiający wskazał, że odwołujący, „poprzez złożenie w Formularzu „Kryteria pozacenowe” oświadczenia o treści „*Na potwierdzenie posiadania przez p. M.N. (imię i nazwisko) doświadczenia zgodnie z opisem podkryterium zawartym w pkt 19 IDW — Tom I SIWZ przedstawiam informacje i oświadczam, że osoba posiada*”

doświadczenie przy realizacji wskazanego zadania/zadań od rozpoczęcia robót do wykonania zadania: Zadanie 1: C...)” w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu wobec czego zasadnym jest wykluczenie Wykonawcy na podstawie ww. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp”.

W ocenie Izby działanie Konsorcjum PeBeKa naruszało reguły należytej staranności. Odwołujący twierdził, że wobec braku wskazówek co do rozumienia użytych przez zamawiającego pojęć przyjął, że wolą zamawiającego było, aby w przypadku Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy punktować faktyczne doświadczenie zdobyte od momentu rozpoczęcia robót. Zdaniem odwołującego rozpoczęcie robót na wskazanym zadaniu miało miejsce w dniu 1 marca 2011 r. (mimo tego iż w wyjaśnieniach z dnia 28 lutego 2018 r. podał datę zgodną z ustaleniami zamawiającego tj. kwiecień 2011 r.). Odwołujący twierdził, że wszelkie wcześniejsze prace wykonane przed datą 1 marca 2011 r. należy zakwalifikować do katalogu prac przygotowawczych, które jedynie poprzedzają faktyczne rozpoczęcie robót.

Izba nie podzieliła przedmiotowego stanowiska odwołującego. Zamawiający skutecznie wykazał poprzez złożone na rozprawie dowody, że przed formalnym objęciem funkcji Dyrektora Kontraktu przez pana N. jak i przed datą wskazaną przez odwołującego na podanym zadaniu prowadzono szereg prac budowlanych o różnym stopniu zaawansowania (np. prace mostowe, niektóre roboty branżowe itp.), których nie można uznać za prace przygotowawcze.

W ocenie Izby wykonawca działający z należytą starannością musiał mieć świadomość, że doświadczenie Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy wymagane w ramach podkryterium musi zostać zdobyte od rozpoczęcia robót. Jeśli zatem doświadczenie w ramach zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont lub nadzór nad budową, przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją wskazaną w pkt. 7.2.3)b)1) IDW), nie zostało potwierdzone w ramach postawionej w kryterium funkcji od rozpoczęcia robót, to nie został spełniony wymóg w tym zakresie opisany w SIWZ. Tym samym oświadczając w formularzu *Kryteria pozacenowe*, że pan M.N. posiada doświadczenie zgodne z opisem podkryterium, zdobyte w ramach zadania przy budowie Autostrady A1 Toruń – Stryków, odcinek Kotliska (bez węzła) – Piątek (bez węzła), odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd.

Norma zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp stanowi o wykluczeniu wykonawcy, gdy informacje wprowadzające zamawiającego w błąd przedstawione zostaną w sposób zawiniony, przy czym wystarczające jest wykazanie winy nieumyślnej w postaci lekkomyślności – rozumianej jako brak zamiaru co do bezprawnego działania, jednak przy

świadomości, że działanie może naruszać prawo, lub niedbalstwa – kiedy wykonawca wprost nie przewiduje skutku, jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, podczas gdy skutek ten mógł i powinien być przewidzieć. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

W odniesieniu natomiast do lekkomyślności lub niedbalstwa, kwestia ta pozostaje w sferze ocen zamawiającego, który nie dysponuje środkami pozwalającymi przedstawić dowody na stopień winy wykonawcy. Jeżeli jednak z zestawienia informacji przedstawionych przez wykonawcę z oczekiwaniami zamawiającego wynika, że działający z należyłą starannością wykonawca powinien mieć świadomość, że przedstawione informacje tym oczekiwaniom nie odpowiadają, a mimo to potwierdził okoliczność przeciwną, to bez wątplenia stanowi to podstawę przypisania wykonawcy lekkomyślności lub niedbalstwa. Ocena zamawiającego w tym zakresie była więc uzasadniona.

Stwierdzić także należy, że stanowiska odwołującego nie usprawiedliwia fakt niezdefiniowania przez zamawiającego określenia *rozpoczęcie robót* w odniesieniu do doświadczenia Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy. Niezależnie od tego, jaki moment (podpisanie umowy, wykonanie prac przygotowawczych, przejęcie placu budowy, faktyczne czy formalne rozpoczęcie robót) należy uznać za rozpoczęcie robót, to z całą pewnością nie można uznać, że w przedmiotowym przypadku doszło do spełnienia przez odwołującego wymogu opisanego w kryterium w sytuacji gdy wcześniej na danym zadaniu wskazaną funkcję realizował inny Dyrektor Kontraktu niż ten wskazany w formularzu, a w tym czasie były prowadzone roboty, których nie można określić jako prace przygotowawcze, co skutkowało tym, że na podanym zadaniu funkcji Dyrektora Kontraktu od rozpoczęcia robót nie pełnił pan M.N.

Nie zasługuje na uwzględnienie również argumentacja odwołującego, że przedstawione przez niego informacje nie mogły wprowadzić zamawiającego w błąd, gdyż odwołujący podawał prawdziwe informacje na temat doświadczenia pana M.N. Należy zauważyć, że wypełniając formularz dotyczący kryteriów pozacenowych, Konsorcjum PeBeKa złożyło oświadczenie, że wskazana przez niego osoba posiada doświadczenie zgodne z opisem podkryterium. Nie jest też tak, że możliwość wprowadzenia w błąd jest wykluczona z tego powodu, że informacje dotyczą umowy wykonywanej na rzecz innego oddziału GDDKiA i że mogły być zweryfikowane przez Zamawiającego. Pomijając w tym miejscu ocenę twierdzeń zamawiającego, że różne oddziały GDDKiA nie są tym samym zamawiającym, stwierdzić należy, że nawet w odniesieniu do informacji dotyczących umów realizowanych na rzecz tego samego zamawiającego może potencjalnie dojść do

wprowadzenia w błąd, nie można bowiem wykluczyć błędnego przyjęcia przez zamawiającego informacji za prawdziwe.

Nie można także zgodzić się z odwołującym, że przekazane przez niego informacje nie mogły mieć istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Informacje te mają bezpośredni wpływ na przyznawaną wykonawcom punktację, a w konsekwencji na ranking ofert, mogą więc istotnie wpłynąć na wynik postępowania, trudno zatem twierdzić, że nie jest to istotny wpływ na decyzje zamawiającego.

W związku z powyższym Izba uznała, że czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu Konsorcjum PeBeKa z postępowania była prawidłowa. Nie zasługuje przez to na uwzględnienie argumentacja odwołującego opierająca się na twierdzeniu, że zamawiający zgodnie z ustalonymi przez siebie zasadami w treści IDW – powinien był przyznać mu po 0 pkt w zakresie osoby pana M.N. (Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy). Skoro ziściły się przesłanki do wykluczenia odwołującego na podstawie w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, który ma charakter obligatoryjnej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania to zamawiający nie mógł tej okoliczności zlekceważyć i w konsekwencji był zobligowany wykluczyć odwołującego.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Konsorcjum PeBeKa z postępowania z uwagi na podanie w stosunku do osoby pana M.N., dedykowanego do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy informacji nie potwierdzających w pełni spełniania warunku udziału w postępowaniu postawionego w pkt 7.2.3.b) ppkt 1) IDW, podczas gdy jego zdaniem doświadczenie zawodowe pana M.N. potwierdza spełnienie postawionego warunku udziału w postępowaniu - zgłoszonego wyłącznie z ostrożności procesowej, bowiem zdaniem odwołującego z treści informacji o wykluczeniu nie wynika, że został on wykluczony z postępowania w zakresie informacji odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu, Izba uznała go za niezasadny. Izba w tym zakresie przyjęła wyjaśnienie zamawiającego wyrażone na rozprawie, że odwołujący nie został wykluczony z postępowania w zakresie informacji odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 991/18 nie zasługuje na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 997/18

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wyjaśnia, że we właściwie tożsamym stanie faktycznym i prawnym jak w przedmiotowej sprawie Izba orzekła w wyroku z dnia 7 czerwca 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 998/18 i w przedmiotowej sprawie oparła się w znacznej mierze na

uzasadnieniu zapadłym w tamtej sprawie uwzględniając stan faktyczny przedmiotowej sprawy oraz argumentację zawartą w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz stanowiskach stron oraz uczestników postępowania wyrażonych na rozprawie.

Izba ustaliła, że odwołujący podał jako osobę wyznaczoną do pełnienia funkcji Kierownika Budowy pana M.N. W Formularzu „Kryteria pozacenowe” odwołujący przedstawił następujące doświadczenie tej osoby:

- 1) Budowa Autostrady A-1 Brzezie-Kowal (dł. odcinka drogi 29,55 km): Kierownik Robót Mostowych. Zadanie obejmowało budowę m.in.: wiadukt drogowy WD175 klasa obciążenia A, rozpiętość przęsła 60m; wiadukt drogowy WD180, klasa obciążenia A, rozpiętość przęsła 60m; wiadukt drogowy WD186, klasa obciążenia A, rozpiętość przęsła 80m;
- 2) Budowa Autostrady A-1, Kowal-Sójki (dł. odcinka drogi 29,95 km), Kierownik Robót Mostowych, wiadukt drogowy WD200.

Pismem z 23 lutego 2018 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zadania Budowa Autostrady A1 Kowal-Sójki, wskazując, że najwcześniejszy wpis pana M.N. do dziennika budowy jest późniejszy od daty rozpoczęcia robót na tym zadaniu. Odwołujący pismem z 27 lutego 2018 r. wyjaśnił: *Pan M.N. prace na kontrakcie: Budowa Autostrady A1 Toruń-Stryków, Węzeł Kowal-Węzeł Sójki, rozpoczął w sierpniu 2010 r.. (...) Wykonywanie robót mostowych rozpoczęto na przełomie września i października 2010 roku, przedtem wpisów dokonywał Kierownik Budowy. (...) Po wprowadzeniu na budowę Inżyniera Kontraktu (firma ZBM) i powołaniu Inspektora Nadzoru Pan N. został oficjalnie zgłoszony do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych i zaakceptowany na to stanowisko.*

Pismem z 30 marca 2018 r. zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących zadania Budowa Autostrady A1 Brzezie-Kowal, wskazując, że zgodnie z jego wiedzą dla zadania pn. „Budowa Autostrady A-1 Brzezie-Kowal (dł. odcinka drogi 29,55 km)” umowa podpisana została 17 czerwca 2010 r., natomiast w dniu 6 września 2012r. odstąpiono od umowy z wykonawcą. Na ww. zadaniu pan M.N. nie był zgłoszony na stanowisko Kierownika Robót Mostowych. Odwołujący w odpowiedzi w piśmie z dnia 3 kwietnia 2018 r. wyjaśnił, że informując o doświadczeniu pana M.N.: *(...) miał na myśli jego udział w realizacji zadania pn. „Kontynuacja budowy Autostrady A1 Toruń-Stryków. Odcinek III: Brzezie - Kowal od km 186+348 do km 215+850” (...), podczas realizacji którego pan M.N. pełnił funkcję Kierownika Robót Mostowych od początku do końca trwania tego Kontraktu. Wcześniej Kontrakt o nazwie „Budowa Autostrady A1 Toruń-Stryków (...) realizowało inne Konsorcjum, które nie wykonało robót i w związku z tym w dniu 06.09.2012 r. od umowy odstąpiono. Mimo, że*

umowa z Konsorcjum SALINI została podpisana dnia 3 kwietnia 2013 r., to jednak pan Niziołek rozpoczął prace przygotowawcze już w lutym 2013 r.

W dniu 11 maja 2018 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

W odniesieniu do zadania Kontynuacja Budowy Autostrady A1 na odcinku Brzezie-Kowal zamawiający przedstawił swoje ustalenia dotyczące poszczególnych wiaduktów (WD175, WD180 i WD186), podając informacje dotyczące dat rozpoczęcia robót na tych obiektach i zakres wykonanych prac. Zamawiający wskazał, że umowa dotycząca zadania Kontynuacja Budowy Autostrady A1 na odcinku Brzezie-Kowal została podpisana 3 kwietnia 2013 r., natomiast:

- do 10 kwietnia 2014 r. funkcję Kierownika Robót Mostowych na obiekcie WD175 pełnił pan M.W. i pan S.K.. Pan M.N. przejął obowiązki Kierownika Robót Mostowych 10 kwietnia 2014 r. Zakres prac nadzorowanych przez pana M.N. to między innymi: roboty antykorozyjne i malarskie, montaż osłon dylatacji;
- do 10 kwietnia 2014 r. funkcję Kierownika Robót Mostowych na obiekcie WD180 pełnił pan S.K. Pan M.N. przejął obowiązki Kierownika Robót Mostowych 10 kwietnia 2014 r. Zakres prac nadzorowanych przez pana M.N. to między innymi: roboty antykorozyjne i malarskie, ułożenie ścieków, montaż osłon dylatacji,
- do 10 kwietnia 2014 r. funkcję Kierownika Robót Mostowych na obiekcie WD186 pełnił kolejno pan P.W. i pan S.K. Pan M.N. przejął obowiązki Kierownika Robót Mostowych 10 kwietnia 2014 r. Zakres prac nadzorowanych przez pana M.N. to między innymi: próbne obciążenie obiektu, montaż barier, schodów, umocnienie stożków i montaż kolektora odwodnienia obiektu, powłoki malarskie, ułożenie ścieków, montaż osłon dylatacji.

Podsumowując powyższe ustalenia zamawiający stwierdził, że *pan M.N. na zadaniu pn. „Kontynuacja budowy Autostrady A1 Toruń-Stryków. Odcinek III: Brzezie - Kowal od km 186+348 do km 215+850” wiadukt drogowy WD175, WD 180 i WD 186 nie pełnił funkcji Kierownika Robót Mostowych od rozpoczęcia robót.*

W odniesieniu do zadania Budowa Autostrady A1 na odcinku Kowal-Sójki zamawiający, odnosząc się do złożonych przez odwołującego wyjaśnień wskazał: *Do cytowanego pisma Wykonawca załączył dwa Świadcstwa Pracy potwierdzające, iż Pan M.N. był zatrudniony w firmie SRB Polska Sp. z o.o. ul. Świętokrzyska 5/7, 00-236 Warszawa w okresie od 02-08-2010 do 31-12-2012 na stanowisku Kierownika Budowy Mostów oraz w firmie JOHN SISK&SON POLSKA Sp. z o.o. ul. Świętojańska 5/7, 00-236 Warszawa w okresie od 01-01-2013 do 31-01-2013 na stanowisku Kierownika Budowy Mostów (Autostrady). Przedłożone dokumenty nie potwierdzają jednak w sposób jednoznaczny, że*

Pan M.N. faktycznie pełnił funkcję Kierownika Robót Mostowych na obiekcie WD200 od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.

Izba ustaliła, że co prawda w informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania próżno szukać takiej wykładni, to z podanych przez zamawiającego podstaw faktycznych wykluczenia wynika, że w zakresie doświadczenia dla Kierownika Robót Mostowych rozpoczęcie robót i wykonania zadania wiązało z robotami na danym obiekcie mostowym wykonywanym w ramach określonego zadania. Taką wykładnię potwierdza też stanowisko zamawiającego przedstawione w postępowaniu odwoławczym.

W ocenie Izby brak jest podstaw do takiego rozumienia wymagań, jak to przedstawił zamawiający na etapie oceny ofert i w postępowaniu odwoławczym gdyż taka interpretacja nie ma oparcia w postanowieniach SIWZ.

Zamawiający, w odniesieniu do wymaganego w punkcie 19.1.2.2.2) ppkt ii IDW doświadczenia osoby mającej pełnić funkcję Kierownika Budowy, nie zdefiniował, co rozumie przez rozpoczęcie robót i wykonanie zadania i nie wskazał, z jakim konkretnie momentem należy wiązać rozpoczęcie robót czy z jaką czynnością faktyczną lub zdarzeniem prawnym należy wiązać wykonanie zadania. Skoro zamawiający wymagał doświadczenia przy realizacji określonego zadania, od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, m.in. na stanowisku Kierownika Robót Mostowych dla obiektu o określonych parametrach, to nie ma podstaw, aby utożsamiać wymagany okres doświadczenia z konkretnym obiektem mostowym. Określenie *od rozpoczęcia robót do wykonania zadania* – w świetle brzmienia punktu 19.1.2.2.2) ppkt ii IDW i przy braku odmiennych definicji – należy odnieść do zadania, nie zaś obiektu wykonanego w jego ramach. Jak bowiem wynika z treści SIWZ, zadanie miało obejmować budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic określonej klasy i określonej wartości. Nie może być zatem wątpliwości, że tak rozumiane zadanie obejmuje wykonanie różnych obiektów różnego rodzaju, w tym może obejmować wiele obiektów mostowych. Dla spełnienia tak określonych wymagań w ocenie Izby wystarczające jest, że określona osoba pełniła od początku do końca konkretnego przedsięwzięcia budowlanego (rozumianego jako wykonanie określonego odcinka autostrady) funkcję Kierownika Robót Mostowych. Okolicznością obojętną jest natomiast, czy pełniła tę funkcję w odniesieniu do konkretnego obiektu przez cały okres robót na tym obiekcie. Tym samym twierdzenie odwołującego, że okres *od rozpoczęcia robót do wykonania zadania* należy powiązać z umową/kontraktem, jest w świetle postanowień SIWZ dopuszczalne, natomiast podane przez zamawiającego dopiero w odpowiedzi na odwołanie interpretacje, nie mogą zostać uwzględnione na etapie badania ofert.

Ponadto w odniesieniu do innych funkcji zamawiający zdefiniował pojęcie *wykonania zadania* jako wystawienie świadectwa przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z

warunkami FIDIC) lub na dzień podpisania protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się świadectwa przejęcia) – pkt 7.2.3 lit. a w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, czy pkt. 7.2.3 lit. b ppkt 4 w odniesieniu do kierownika robót mostowych budowy tunelu TS-26. Oznacza to, że w tych przypadkach zamawiający wprost wiązał to określenie z wykonaniem kontraktu. Mimo braku analogicznej definicji w opisie doświadczenia osoby mającej pełnić funkcję Kierownika Budowy, również w tym przypadku uzasadniony jest pogląd, że zamawiający powinien dopuścić – niezdefiniowane co do konkretnego momentu ale jednak – wykonanie zadania jako całości. Skoro zatem jako wykonanie zadania można uznać wykonanie kontraktu, to trudno obronić tezę, że rozpoczęciem robót jest początek budowy jednego z obiektów, nie zaś rozpoczęcie robót w ramach całego zadania.

Izba podzieliła także stwierdzenie zawarte w wyroku o sygn. akt KIO 998/18, że jeżeli oczekiwaniem zamawiającego było, aby doświadczenie osoby mającej pełnić funkcję Kierownika Budowy w pracy na stanowisku kierownika robót mostowych obejmowało pełnienie funkcji od początku do końca w odniesieniu do konkretnego obiektu budowlanego, to nic nie stało na przeszkodzie, żeby opisać to w SIWZ.

Norma zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp stanowi o wykluczeniu wykonawcy, gdy informacje wprowadzające zamawiającego w błąd przedstawione zostaną w sposób zawiniony, przy czym wystarczające jest wykazanie winy nieumyślnej w postaci lekkomyślności – rozumianej jako brak zamiaru co do bezprawnego działania, jednak przy świadomości, że działanie może naruszać prawo, lub niedbalstwa – kiedy wykonawca wprost nie przewiduje skutku, jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, podczas gdy skutek ten mógł i powinien być przewidzieć. Odwołujący nie podał w ofercie informacji, że pan M.N. na wskazanych obiektach mostowych pełnił funkcję kierownika robót mostowych od rozpoczęcia robót na tych obiektach do zakończenia zadania, działał bowiem w usprawiedliwionym – zdaniem Izby – przekonaniu, że nie ma to znaczenia dla spełnienia wymagań opisanych w SIWZ. Tym samym niezasadne jest twierdzenie, że odwołujący składając oświadczenie o tym, że osoba ta posiada doświadczenie zgodne z opisem podkryterium, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd. Nawet jeśli informacje te różniły się z rozumieniem opisu podkryterium przyjętym przez zamawiającego na etapie badania ofert, to brak jest podstaw do przypisania wykonawcy lekkomyślności lub niedbalstwa, jego interpretacja wymagań była bowiem usprawiedliwiona. Wobec tego Izba uznała, że odnosząc sposób działania odwołującego do obiektywnego wzorca należytej staranności profesjonalnego wykonawcy, nie można zarzucić mu naruszenia reguł działania, a tym samym nie można

twierdzić, że przedstawiając informacje, że pan M.N. ma doświadczenie zgodne z opisem podkryterium, dopuścił się lekkomyślności lub niedbalstwa.

W związku z powyższym Izba uznała, że zamawiający dokonując czynności wykluczenia odwołującego z postępowania naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, przez jego bezpodstawne zastosowanie. Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a ponieważ stwierdzone naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie w przedmiotowej sprawie podlegało uwzględnieniu.

Sygn. akt KIO 1000/18

Izba uznała, że przedmiotowe odwołanie podlega oddaleniu.

Izba ustaliła, że odwołujący podał w swojej ofercie jako osobę wyznaczoną do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy pana M.D., natomiast do pełnienia funkcji Kierownika Budowy – pana J.G.

W zakresie Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy odwołujący w Formularzu „Kryteria pozacenowe” przedstawił następujące doświadczenie pana M.D. w ramach zadania nr 2: Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 od rejonu węzła „Opacz” na terenie gminy Michałowice (z wyłączeniem tego węzła) do węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem „Paszków” i ww. skrzyżowaniem; Etap I cz. 1 – odc. Węzeł „Opacz” – węzeł „Paszków”; Etap II – odc. Węzeł „Janki Małe” – skrzyżowanie z DW 721, na którym pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu.

Natomiast co do Kierownika Budowy odwołujący w Formularzu „Kryteria pozacenowe” przedstawił następujące doświadczenie tej pana J.G.:

- 1) Budowa Autostrady A-4 odc. Rzeszów-Jarosław w tym 5 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A i długości co najmniej 50m mierzonej między dylatacjami, Kierownik Robót Mostowych;
- 2) Budowa Autostrady A-1 wraz z trzema obiektami mostowymi o obciążeniu klasy A i dł. Powyżej 50m pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu na odc. Węzeł Świerklany – granica Państwa, Kierownik Robót Mostowych.

Jak wynika z informacji o wykluczeniu zamawiający skonfrontował oświadczenia odwołującego zawarte w Formularzu „Kryteria pozacenowe” i „Wykazie osób” z ustalonym przez siebie stanem faktycznym. Zgodnie z ustaleniami zamawiającego, które znalazły odzwierciedlenie w informacji o wykluczeniu odwołującego w zakresie zadania wskazanego jako doświadczenie pana M.D. na podanej inwestycji pełnił on funkcję Inżyniera Rezydenta

ds. Robót Branżowych od 3 czerwca 2013 r. do 23 września 2014 r. oraz Inżyniera Kontraktu od 24 września 2014 r. do 28 kwietnia 2015 r. Natomiast rozpoczęcie robót nastąpiło 1 maja 2013 r., a świadectwo przejęcia zostało wystawione 11 grudnia 2015 r. Co doświadczenia pana J.G. ustalił, że na obu wskazanych dla niego zadaniach doszło do odstąpienia od umowy odpowiednio 14 stycznia 2014 (w zadaniu wskazanym w pkt 1 powyżej) oraz w grudniu 2009 r. (w zadaniu wskazanym w pkt 2 powyżej). W związku z poczynionymi ustaleniami zamawiający pismem z dnia 9 marca 2018 r. wezwał odwołującego do wyjaśnień w związku ze stwierdzonymi rozbieżnościami. W odpowiedzi na to wezwanie odwołujący pismem z dnia 15 marca 2018 r. oświadczył, że (...) *Zgodnie z najlepszą wiedzą Wykonawcy, uzyskaną od Pana M.D. faktyczne rozpoczęcie robót budowlanych na wskazanym zadaniu nastąpiło jeszcze w późniejszej dacie niż wskazana przez Zamawiającego. Wskazać należy, że zadanie było realizowane w formie zaprojektuj i wybuduj i w pierwszej fazie trwały jeszcze prace projektowe, a nie roboty budowlane (...). Dodatkowo rozbieżność w dacie wynika z faktu, że w pierwszym miesiącu rozpoczęcia usługi przez Inżyniera był okres mobilizacji Inżyniera Kontraktu, w ramach którego następowały oficjalne zgłoszenia i akceptacje przez GDDKiA personelu. Odnosnie natomiast zakończenia pełnienia funkcji przez Pana M.D., to wskazać należy, że zgodnie z najlepszą wiedzą Wykonawcy, Pan M.D. pełnił przez cały okres wykonywania robót budowlanych związanych z kontraktem podstawowym wykonywanym przez Strabag (...). Zamawiający (...) posiada wiedzę, że w zakresie całego projektu dot. budowy były zlecane zamówienia dodatkowe i wystawienie Świadectwa Przejęcia nastąpiło dopiero z chwilą wykonania tych zamówień.*

oraz, że:

(...) w ocenie Wykonawcy (...) Pan J.G. spełnia warunki przyznania mu punktów, gdyż faktycznie zadanie Inżyniera zakończyło się w tych konkretnych przypadkach z chwilą zakończenia zadania przez Wykonawcę robót budowlanych w związku z odstąpieniem od umowy przez Zamawiającego.

W dniu 11 maja 2018 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Zamawiający przedstawił swoje ustalenia dotyczące okresu pełnienia funkcji przez pana M.D. oraz J.G.

Zamawiający wskazał, że pan M.D. na zadaniu pn. „Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 od rejonu węzła "Opacz" na terenie gminy Michałowice (z wyłączeniem tego węzła) do węzła "Paszków" i powiązania z drogą krajową nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem „Paszków” i ww. skrzyżowaniem). Etap I cz. 1 - odc. Węzeł „Opacz” - węzeł „Paszków”; Etap

II - odc. Węzeł „Janki Małe” - skrzyżowanie z DW 721” nie pełnił funkcję Inżyniera Rezydenta ds. Robót Branżowych od rozpoczęcia robót. Natomiast pan M.G. na zadaniu:

- „ Budowa autostrady A-4, odc. Rzeszów-Jarosław” nie pełnił funkcji Kierownika Robót Mostowych do zakończenia robót;

- „Budowa autostrady A1 wraz z trzema obiektami mostowymi o obciążeniu klasy A i dł. powyżej 50m pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu na odc. Węzeł Świerklany - granica Państwa nie pełnił funkcji Kierownika Robót Mostowych do zakończenia robót.

Tym samym zamawiający wskazał, że odwołujący, „poprzez złożenie w Formularzu „Kryteria pozacenowe” oświadczenia o treści *„Na potwierdzenie posiadania przez p. M.D. (imię i nazwisko) doświadczenia zgodnie z opisem podkryterium zawartym w pkt 19 IDW - Tom I SIWZ przedstawiam informacje i oświadczam że osoba posiada doświadczenie przy realizacji wskazanego zadania/zadań od rozpoczęcia robót do wykonania zadania: (...) Zadanie 2: (...)”* oraz oświadczenia o treści *„Na potwierdzenie posiadania przez p. J.G. (imię i nazwisko) doświadczenia zgodnie z opisem podkryterium zawartym w pkt 19 IDW - Tom I SIWZ przedstawiam informacje i oświadczam, że osoba posiada doświadczenie przy realizacji wskazanego zadania/zadań od rozpoczęcia robót do wykonania zadania: Zadanie 1 (...)”* w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu wobec czego zasadnym jest wykluczenie Wykonawcy na podstawie ww. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp”.

W ocenie Izby wykonawca działający z należytą starannością musiał mieć świadomość, że doświadczenie Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy wymagane w ramach podkryterium musi zostać zdobyte od rozpoczęcia robót na stanowisku m. in. Inżyniera Kontraktu. Natomiast jak ustalił zamawiający pan M.D. pierwotnie na wskazanym zadaniu pełnił funkcję Inżyniera Rezydenta ds. Robót Branżowych, która nie mieści się w opisanych w kryterium stanowiskach. W kryterium wskazane jest stanowisko Inżyniera Rezydenta, natomiast odwołujący w Formularzu „Kryteria pozacenowe” wymienił pana M.D. jako pełniącego funkcję Inżyniera Kontraktu na podanym zadaniu oświadczając, że to zadanie realizował od rozpoczęcia robót do wykonania zadania. Pan M.D. tymczasem pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu na wskazanym zadaniu dopiero po upływie ponad 14 miesięcy swojej pracy na tym zadaniu jako Inżynier Rezydent ds. Robót Branżowych. Nie ma przy tym znaczenia, że zamawiający w piśmie o wykluczeniu odwołującego podał, że nie pełnił on funkcji Inżyniera Rezydenta ds. Robót Branżowych od rozpoczęcia robót ponieważ użytą w tym piśmie nazwę funkcji należy potraktować jako omyłkę zamawiającego, a kontekst sprawy wskazuje, że zamawiającemu chodziło w tym wypadku o niepełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu od rozpoczęcia robót.

Natomiast w przypadku doświadczenia pana J.G. sprawa wydaje się dużo bardziej oczywista. W ocenie Izby działanie odwołującego w tym zakresie także naruszało reguły należytej staranności. Odwołujący wiedząc, że umowy dotyczące zadań nr 1 i 2, w ramach których pan J.G. pełnił funkcję Kierownika Robót Mostowych nie zostały wykonane z powodu odstąpienia od nich przez zamawiającego (co oznacza, że zadania także nie zostały wykonane) oświadczył, że osoba ta spełnia określone przez zamawiającego wymaganie doświadczenia obejmującego pełnienie funkcji Kierownika Budowy od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.

W ocenie Izby wykonawca działający z należytą starannością musiał mieć świadomość, że doświadczenie Kierownika Budowy wymagane w ramach podkryterium musi zostać zdobyte od rozpoczęcia robót do wykonania zadania. Jeśli zatem zadanie, rozumiane jako wybudowanie określonego odcinka autostrady, nie zostało przez wykonawcę wykonane, to nie został spełniony wymóg opisany w SIWZ. Tym samym odwołujący oświadczając w formularzu „Kryteria pozacenowe”, że pan J.G. posiada doświadczenie zgodne z opisem podkryterium, zdobyte w ramach podanych zadań przedstawił informacje wprowadzające w błąd.

Stwierdzić także należy, że stanowiska odwołującego nie usprawiedliwia fakt niezdefiniowania przez zamawiającego określenia *wykonania zadania* w odniesieniu do doświadczenia Kierownika Budowy. Niezależnie od tego, jaką czynność faktyczną lub okoliczność prawną (zakończenie robót, wystawienie świadectwa przejęcia czy uzyskanie pozwolenia na użytkowanie) należy uznać za wykonanie zadania, to z całą pewnością nie można uznać zadania za wykonane, jeżeli umowa nie została przez wykonawcę zrealizowana z powodu odstąpienia od niej przez zamawiającego. Nie może być rozstrzygająca podana w wyjaśnieniach okoliczność, że pan J.G. spełnił warunki przyznania mu punktów, gdyż faktycznie zadanie Inżyniera zakończyło się w tych konkretnych przypadkach z chwilą zakończenia zadania przez wykonawcę robót budowlanych w związku z odstąpieniem od umowy przez zamawiającego, ponieważ bezsporne jest, że umowy te nie zostały wykonane.

Norma zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp stanowi o wykluczeniu wykonawcy, gdy informacje wprowadzające zamawiającego w błąd przedstawione zostaną w sposób zawiniony, przy czym wystarczające jest wykazanie winy nieumyślnej w postaci lekkomyślności – rozumianej jako brak zamiaru co do bezprawnego działania, jednak przy świadomości, że działanie może naruszać prawo, lub niedbalstwa – kiedy wykonawca wprost nie przewiduje skutku, jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, podczas gdy skutek ten mógł i powinien być przewidzieć. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na

wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

W odniesieniu natomiast do lekkomyślności lub niedbalstwa, kwestia ta pozostaje w sferze ocen zamawiającego, który nie dysponuje środkami pozwalającymi przedstawić dowody na stopień winy wykonawcy. Jeżeli jednak z zestawienia informacji przedstawionych przez wykonawcę z oczekiwaniami zamawiającego wynika, że działający z należytą starannością wykonawca powinien mieć świadomość, że przedstawione informacje tym oczekiwaniom nie odpowiadają, a mimo to potwierdził okoliczność przeciwną, to bez wątplenia stanowi to podstawę przypisania wykonawcy lekkomyślności lub niedbalstwa. Ocena zamawiającego w tym zakresie była więc uzasadniona.

Nie zasługuje na uwzględnienie również argumentacja odwołującego, że przedstawione przez niego informacje nie mogły wprowadzić zamawiającego w błąd, gdyż zamawiający posiadał informacje w tym zakresie. Należy zauważyć, że wypełniając formularz dotyczący kryteriów pozacenowych, odwołujący złożył oświadczenie, że wskazana przez niego osoba posiada doświadczenie zgodne z opisem podkryterium. Nie jest też tak, że możliwość wprowadzenia w błąd jest wykluczona z tego powodu, że informacje dotyczą umowy wykonywanej na rzecz innego oddziału GDDKiA i że mogły być zweryfikowane przez zamawiającego. Pomijając w tym miejscu ocenę twierdzeń zamawiającego, że różne oddziały GDDKiA nie są tym samym zamawiającym, stwierdzić należy, że nawet w odniesieniu do informacji dotyczących umów realizowanych na rzecz tego samego zamawiającego może potencjalnie dojść do wprowadzenia w błąd, nie można bowiem wykluczyć błędnego przyjęcia przez zamawiającego informacji za prawdziwe.

Nie można także zgodzić się z odwołującym, że przekazane przez niego informacje nie mogły mieć istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Informacje te mają bezpośredni wpływ na przyznawaną wykonawcom punktację, a w konsekwencji na ranking ofert, mogą więc istotnie wpłynąć na wynik postępowania, trudno zatem twierdzić, że nie jest to istotny wpływ na decyzje zamawiającego.

W związku z powyższym Izba uznała, że czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu odwołującego z postępowania była prawidłowa.

Odnosząc się do podniesionego z ostrożności proceduralnej zarzutu naruszenia art. 24 ust. 8 Pzp na skutek niezastosowania instytucji tzw. samooczyszczenia i tym samym uniemożliwienia odwołującemu przekazania wyjaśnień i dowodów potwierdzających, że podjęte przez odwołującego środki są wystarczające do wykazania rzetelności oraz że podjęte środki techniczne, organizacyjne i kadrowe są odpowiednie dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy Izba uznała, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Zgodzić się bowiem należy z prezentowanym w tej materii w orzecznictwie stanowiskiem, że zastosowanie tej instytucji jest możliwe jedynie w przypadku braku kwestionowania przez wykonawcę podstaw wykluczenia, z którymi związana jest ta instytucja. Tylko bowiem w wypadku uznania wykonawcy za podlegającego wykluczeniu w oparciu o przesłanki wskazane w treści art. 24 ust. 8 Pzp istnieje możliwość tzw. samooczyszczenia. Powyższe wynika nie tylko z literalnej treści przepisu art. 24 ust. 8 Pzp, który stanowi, że z tej instytucji może skorzystać tylko wykonawca, który podlega wykluczeniu, ale również z wykładni celowościowej tego przepisu. Brak jest zatem możliwości zastosowania tej instytucji niejako „z ostrożności” przy jednoczesnym kwestionowaniu w drodze środków ochrony prawnej zasadności samego wykluczenia.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1000/18 nie zasługuje na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 1007/18

Izba uznała, że przedmiotowe odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie Izba wyjaśnia, że we właściwie tożsamym stanie faktycznym i prawnym jak w przedmiotowej sprawie Izba orzekła w wyroku z dnia 7 czerwca 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1008/18 i w przedmiotowej sprawie oparła się w znacznej mierze na uzasadnieniu zapadłym w tamtej sprawie uwzględniając stan faktyczny przedmiotowej sprawy oraz argumentację zawartą w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz stanowiskach stron oraz uczestników postępowania wyrażonych na rozprawie.

Izba ustaliła, że odwołujący podał jako osobę wyznaczoną do funkcji Kierownika Budowy pana J.M. W Formularzu Kryteria pozacenowe odwołujący przedstawił następujące doświadczenie tej osoby w ramach zadania nr 2: Budowa Autostrady A1, na odcinku granica województwa kujawsko-pomorskiego/łódzkiego do węzła Stryków od km 230+817 do km 295+850 Zadanie II. Odcinek 2 Sekcja 1 od km 245+800 do km 261+000 węzeł Sójki-węzeł Kotlisko, na którym pełnił funkcję Kierownika Budowy.

Jak wynika z informacji o wykluczeniu zamawiający skonfrontował oświadczenia Konsorcjum Salini zawarte w Formularzu „Kryteria pozacenowe” i „Wykazie osób” z ustalonym przez siebie stanem faktycznym. Zgodnie z ustaleniami zamawiającego, które znalazły odzwierciedlenie w informacji o wykluczeniu odwołującego umowa z wykonawcą wskazanego zadania została podpisana 18 czerwca 2010 r. Na ww. zadaniu pan J.M. pełnił funkcję Kierownika Budowy od 8 lipca 2010 r. do 10 lipca 2012 r. W dniu 10 lipca 2010 r. obowiązki Kierownika Budowy przejął pan Ł.M. na ww. zadaniu, które w dalszym ciągu realizowane było przez konsorcjum, w którym już nie uczestniczył dotychczasowy jego Lider tj. POLDiM w związku z jego upadłością. W związku z poczynionymi ustaleniami

zamawiający pismem z dnia 30 marca 2018 r. wezwał odwołującego do wyjaśnień w związku ze stwierdzonymi rozbieżnościami. W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, odwołujący pismem z 5 kwietnia 2018 r. oświadczył, że (...) *Pan J.M. pełnił funkcję Kierownika Budowy do zakończenia umowy z wykonawcą, na rzecz którego pracował do zakończenia robót zasadniczych na tym zadaniu. Ponadto stwierdzenie, że Pan J.M. pracował do zakończenia zadania wzięło się również stąd, że termin zakończenia umowy przewidziany był na dzień 30-04-2012 r. oraz (...) Wykonawca potwierdza zatem, że pan J.M. pełnił funkcję Kierownika Budowy od rozpoczęcia budowy do zakończenia zasadniczych robót budowlanych na zadaniu, które z powodu upadłości firmy dla której pracował, zostało zakończone przez innego wykonawcę 4 miesiące później w zakresie robót wykończeniowych i pozyskania pozwoleń niezbędnych do uzyskania Świadectwa Przejęcia (...).*

W dniu 11 maja 2018 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Zamawiający przedstawił swoje ustalenia dotyczące okresu pełnienia funkcji Kierownika Budowy przez pana J.M. (8 lipca 2010 r. - 10 lipca 2012 r.) oraz datę wystawienia Świadectwa Przejęcia (12 listopada 2012 r.). Zamawiający wskazał m.in., że pan J.M. nie pełnił funkcji Kierownika Budowy do wykonania zadania, co powoduje, że oświadczając w Formularzu „Kryteria pozacenowe”, że osoba ta legitymuje się wymaganym doświadczeniem, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu wobec czego zasadnym jest wykluczenie wykonawcy na podstawie ww. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

W ocenie Izby działanie odwołującego naruszało reguły należytej staranności. Odwołujący, wiedząc, że umowa, w ramach której pan J.M. pełnił funkcję Kierownika Budowy nie została wykonana z powodu upadłości firmy, dla której pracował tj. POLDiM (czyli zadanie nie zostało wykonane) oświadczył, że osoba ta spełnia określone przez zamawiającego wymaganie doświadczenia obejmującego pełnienie funkcji Kierownika Budowy od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.

Izba w całej rozciągłości przyjęła argumentację zawartą w wyroku o sygn. akt KIO 1008/18, w której Izba wskazała, że odwołujący przedstawił w odwołaniu taką interpretację wymagań w tym zakresie, z którą nie sposób się zgodzić. Powołał się on na treść warunku udziału w postępowaniu, który w odniesieniu do doświadczenia Kierownika Budowy nie zawierał sformułowania *od rozpoczęcia robót do wykonania zadania* i stwierdził, że skoro punkty w ramach podkryterium są przyznawane za doświadczenie wyższe niż określone w ramach warunku, to wymagania dotyczące podkryterium są spełnione, jeśli wykonawca wykaże, że przy realizacji każdego z takich zadań wskazana osoba zdobyła minimum 24

miesiące doświadczenia na stanowisku m.in. Kierownika Budowy. Innymi słowy, ze stanowiska odwołującego zdaje się wynikać, że skoro warunek udziału w postępowaniu nie wymagał doświadczenia zdobytego *od rozpoczęcia robót do wykonania zadania*, to w ramach podkryterium punktowania podlegało doświadczenie odpowiadające brzmieniu warunku (tj. bez względu na fakt *wykonania zadania*), nie zaś brzmieniu opisu podkryterium. W ocenie Izby taka interpretacja jest całkowicie nieuzasadniona i stoi w sprzeczności z postanowieniami SIWZ. Okoliczność, że w ramach warunku udziału w postępowaniu nie było sformułowania *od rozpoczęcia robót do wykonania zadania* nie może prowadzić do pominięcia treści wprost wyrażonej w opisie podkryterium, gdzie takie sformułowanie się znalazło. Zamawiający w opisie podkryterium dodał dodatkowy element oceny doświadczenia, do czego był uprawniony. Punkty przysługiwały za doświadczenie przekraczające minimum wymagane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, ale takie, które spełnia wymagania określone w opisie podkryterium. W znacznej części były one tożsame, zamawiający dodał jednak element dotyczący rozpoczęcia robót oraz wykonania zadania i elementu tego nie można pominąć. Przyznawanie punktów za doświadczenie wyższe niż opisane w warunku oznacza bowiem tyle, że za wymagane minimum punkty nie będą przyznane. Nie sposób jednak wywodzić z tego, że treść warunku anuluje wymagania wprost zawarte w opisie podkryterium.

W ocenie Izby wykonawca działający z należytą starannością musiał mieć świadomość, że doświadczenie Kierownika Budowy wymagane w ramach podkryterium musi zostać zdobyte od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, jeśli zatem zadanie, rozumiane jako wybudowanie określonego odcinka autostrady, nie zostało przez wykonawcę wykonane, to nie został spełniony wymóg opisany w SIWZ. Tym samym oświadczając w formularzu *Kryteria pozacenowe*, że pan J.M. posiada doświadczenie zgodne z opisem podkryterium, zdobyte w ramach zadania przy budowie Autostrady A1 na odcinku węzeł Sójki-węzeł Kotliska, odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd. Nawet jeżeli działał on w przekonaniu, że wystarczające jest 24-miesięczne doświadczenie i nie stoi na przeszkodzie spełnieniu wymagań fakt, że umowa nie została wykonana, to przekonanie to w żadnej mierze nie było usprawiedliwione.

Stwierdzić także należy, że stanowiska Odwołującego nie usprawiedliwia fakt niezdefiniowania przez zamawiającego określenia *wykonania zadania* w odniesieniu do doświadczenia Kierownika Budowy. Niezależnie od tego, jaką czynność faktyczną lub okoliczność prawną (zakończenie robót, wystawienie świadectwa przejęcia czy uzyskanie pozwolenia na użytkowanie) należy uznać za wykonanie zadania, to z całą pewnością nie można uznać zadania za wykonane, jeżeli umowa nie została przez wykonawcę zrealizowana z powodu jego upadłości. Nie może być rozstrzygająca podana w

wyjaśnieniach okoliczność, że pan J.M. pełnił funkcję Kierownika Budowy do zakończenia umowy z wykonawcą, gdyż bezsporne jest, że umowa ta nie została wykonana. Nie jest też wystarczające, że – jak podał Odwołujący w wyjaśnieniach – pan J.M. pełnił tę funkcję do zakończenia robót zasadniczych, co również trudno utożsamiać z wykonaniem zadania. Prawdliwość powyższego rozumowania potwierdza także fakt, że pan J.M. na rozprawie wyjaśnił, że przed upadłością POLDiM zaawansowanie prac na wskazanym zadaniu było na poziomie ok. 80% na trasie głównej (str. 6 protokołu z rozprawy z dnia 11 czerwca 2018 r.), w związku z tym poziom zaawansowania prac ok. 80% czy ponad 80% na trasie głównej nie stanowi potwierdzenia doświadczenia w wykonaniu zadania.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja odwołującego, że przedstawione przez niego informacje nie mogły wprowadzić zamawiającego w błąd, gdyż od momentu złożenia oferty, poprzez złożenie wyjaśnień, aż do momentu wniesienia odwołania odwołujący konsekwentnie podawał prawdziwe informacje na temat doświadczenia Kierownika Budowy pana J.M. Należy zauważyć, że wypełniając formularz dotyczący kryteriów pozacenowych, odwołujący złożył oświadczenie, że wskazana przez niego osoba posiada doświadczenie zgodne z opisem podkryterium. Nie jest też tak, że możliwość wprowadzenia w błąd jest wykluczona z tego powodu, że informacje dotyczą umowy wykonywanej na rzecz innego oddziału GDDKiA i że mogły być zweryfikowane przez zamawiającego. Pomijając w tym miejscu ocenę twierdzeń zamawiającego, że różne oddziały GDDKiA nie są tym samym zamawiającym, stwierdzić należy, że nawet w odniesieniu do informacji dotyczących umów realizowanych na rzecz tego samego zamawiającego może potencjalnie dojść do wprowadzenia w błąd, nie można bowiem wykluczyć błędnego przyjęcia przez zamawiającego informacji za prawdziwe.

Nie można również zgodzić się z odwołującym, że przekazane przez niego informacje nie mogły mieć istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Informacje te mają bezpośredni wpływ na przyznawaną wykonawcom punktację, a w konsekwencji na ranking ofert, mogą więc istotnie wpłynąć na wynik postępowania, trudno zatem twierdzić, że nie jest to istotny wpływ na decyzje zamawiającego.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, stanowiącego, że zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W ocenie Izby zamawiający przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, podając wszystkie okoliczności, które legły u podstaw tej decyzji. Stopień szczegółowości uzasadnienia był wystarczający, aby wykonawca mógł wnieść odwołanie, formułując zarzuty i przedstawiając polemikę ze stanowiskiem zamawiającego. Wbrew twierdzeniom odwołującego z uzasadnienia wynika, na czym

polegała rozbieżność między oświadczeniem wykonawcy a rzeczywistością. Potencjalny wpływ na wynik w przypadku informacji determinujących punktację oferty jest na tyle oczywisty, że nie wymaga szczególnego wywodu w uzasadnieniu odrzucenia, wystarczające było wskazanie przez Zamawiającego, że mógł to być wpływ na decyzje w zakresie przyznawania dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert. Wobec tego trudno podzielić tezę odwołującego, że nie wiadomo, na czym ten wpływ polega. Zauważenia wymaga również, że w świetle art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wystarczająca jest możliwość wystąpienia takiego wpływu. Zamawiający nie miał zatem obowiązku wykazywać, że ten wpływ rzeczywiście nastąpi. Ponieważ ocena ofert nie została jeszcze dokonana, wpływ ten na obecnym etapie jest potencjalny, co jest wystarczające do stwierdzenia, że przesłanka określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp została spełniona. W odniesieniu natomiast do lekkomyślności lub niedbalstwa, kwestia ta pozostaje z oczywistych powodów w sferze ocen zamawiającego, który nie dysponuje środkami pozwalającymi przedstawić dowody na stopień winy wykonawcy. Jeżeli jednak z zestawienia informacji przedstawionych przez wykonawcę z oczekiwaniami zamawiającego wynika, że działający z należytą starannością wykonawca powinien mieć świadomość, że przedstawione informacje tym oczekiwaniom nie odpowiadają, a mimo to potwierdził okoliczność przeciwną, to bez wątplenia stanowi to podstawę przypisania wykonawcy lekkomyślności lub niedbalstwa. Ocena zamawiającego w tym zakresie była więc uzasadniona.

W konsekwencji niepotwierdzenia się powyższych zarzutów na uwzględnienie nie zasługuje także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, szczególnie, że zamawiający w postępowaniu nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1007/18 nie zasługuje na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 1016/18

Izba uznała, że przedmiotowe odwołanie podlega oddaleniu.

Konsorcjum TOTO na etapie składania ofert, za wykonanie przedmiotu zamówienia, działając zgodnie z Wykazem Płatności TOM IV SIWZ, złożyło cenę ofertową w rozbiciu na trzy główne działy wraz z kwotami składowymi, tj.:

- | | | |
|----------|----------------------|--|
| I. | Wymagania ogólne: | 55 441 094,82 PLN (netto); |
| II. | Dokumenty Wykonawcy: | 23 359 053,43 PLN (netto); |
| III. | Roboty: | 860 879 424,90 PLN (netto); |
| Łącznie: | | 939 679 573,15 PLN (netto), 1 155 805 874,97 PLN (brutto). |

Pismem z dnia 24 stycznia 2018 r. (zwanym dalej „wezwaniami nr 1”) zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 Pzp, zwrócił się do Konsorcjum TOTO

z wezwaniem o udzielenie odpowiedzi na pytania dotyczące elementów oferty mogących mieć wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak również wyjaśnień dotyczących treści oferty. W odpowiedzi na to wezwanie odwołujący złożył pismo z dnia 15 lutego 2018r. wraz z załącznikami (zwane dalej: „wyjaśnieniami nr 1”).

Po otrzymaniu powyższego pisma, zamawiający pismem z dnia 19 marca 2018 r. (zwanym dalej: „wezwaniami nr 2”), wystąpił do odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonych wyjaśnień nr 1. W odpowiedzi na ww. pismo Konsorcjum TOTO, pismem z dnia 26 marca 2018 r. złożyło kolejne wyjaśnienia (zwane dalej: „wyjaśnieniami nr 2”).

Dnia 11 maja 2018 r. zamawiający poinformował odwołującego o dokonaniu czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) i 4) Pzp, a więc w związku z faktem, iż oferta odwołującego nie odpowiada treści SIWZ oraz zawiera rażąco niską cenę. Dodatkowo, zamawiający jako podstawę prawną odrzucenia oferty Konsorcjum TOTO wskazał również art. 90 ust. 3 Pzp stwierdzając, że wyjaśnienia nr 1 i 2, złożone przez odwołującego w niniejszym postępowaniu, nie są wystarczające i nie dowodzą, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zamawiający powołał się przy tym na postanowienia pkt 15 pn. Opis sposobu obliczenia ceny oferty o treści:

15.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Wykaz Płatności (tabele elementów zryczałtowanych) sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część SIWZ Tom IV.

15.2. Wykonawca obliczając Cenę Oferty musi uwzględnić Opis Sposobu Obliczenia Ceny zawarty w Tomie IV SIWZ - Wykaz Płatności.

W związku z tym wyjaśnił, że obowiązkiem każdego wykonawcy ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie, było sporządzenie Wykazu Płatności, stanowiącego podstawę wyliczenia ceny ofertowej. Przedmiotowy Wykaz został załączony w formie formularza, w Tomie IV SIWZ. Wykaz sporządzono w podziale na trzy działy tj. I. Wymagania ogólne, II, Dokumenty wykonawcy (w podziale na Specyfikacje Projektowe) oraz III. Roboty. Odwołujący przedstawił w ofercie cenę w rozbiciu na te trzy działy zgodnie z informacją podaną na wstępie uzasadnienia w przedmiotowej sprawie.

Jednocześnie w ramach TOMu IV SIWZ Zamawiający wskazał, iż *przyjmuje się, że Wykonawca jest w pełni świadom wszystkich wymagań i zobowiązań, wyrażonych bezpośrednio, czy też sugerowanych, objętych każdą częścią niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Tom I-V i że stosownie do nich wycenił wszystkie pozycje.*

Kwoty (wartości) za wykonane, kompletne elementy zryczałtowane składające się na Cenę Oferty, Wykonawca wylicza samodzielnie na podstawie jego własnej kalkulacji i wpisuje w odpowiednim wierszu w Wykazie Płatności w kolumnie z nagłówkiem "Wartość".

Wartości tych elementów będą wartościami globalnymi dla Dokumentów Wykonawcy, Robót, dostaw i usług opisanych w tych pozycjach, uwzględniającymi wszystkie koszty, opłaty i wydatki określone w trzecim akapicie niniejszych zasad obliczenia ceny oferty (...)"

Następnie w informacji o odrzuceniu oferty Konsorcjum TOTO zamawiający podał, że skupiając się na doszczegółowieniu wartości wskazanych dla poszczególnych działów Wykazu Płatności, zadał Wykonawcy m.in. następujące pytania w ramach wezwania nr 1:

1. Prosimy o przedstawienie wartości wybranych elementów skalkulowanych w Wykazie Płatności dział III zgodnie z poniższym zestawieniem.

Lp.	Wyszczególnienie wybranych elementów	Wartość elementu [PLN] netto
I	ROBOTY DROGOWE	
I.1	ROBOTY PRZYGOTOWAWCZE	
I.2	ROBOTY ZIEMNE	
I.3	ODWODNIENIE KORPUSU DROGOWEGO	
I.4	PODBUDOWY	
I.5	NA WIERZCHNIE	
II	ROBOTY MOSTOWE	
II.1	TUNEL DROGOWY TS26	
II.2	TUNEL DROGOWY TS32	
II.3	OBIEKTY INŻYNIERSKIE W CIĄGU DROGI S3	
II.4	OBIEKTY INŻYNIERSKIE NAD DROGĄ S3	
III	PRZEBUDOWY ISTNIEJĄCYCH SIECI	
IV	BUDOWA NOWYCH PRZYŁĄCZY (SIECI)	
V	WYPOSAŻENIE TUNELU DROGOWEGO TS26	
VI	WYPOSAŻENIE TUNELU DROGOWEGO TS32	
VII	BUDOWA URZADZEN SZR WYNIKAJĄCYCH Z KSZR	

13. Prosimy o podanie wartości realizacji [PLN netto] zasilania podstawowego, rezerwowego i awaryjnego dla tuneli drogowych TS26 i TS32 uwzględnionych w Cenie Ofertowej. Prosimy o wyszczególnienie wszystkich odbiorników przewidzianych do podłączenia w ramach zasilania podstawowego, rezerwowego i awaryjnego.

17. W odniesieniu do poz. V i VI zestawienia, o którym mowa w pytaniu 1, prosimy o wskazanie składowych wartości [PLN netto] z tytułu wyposażenia tuneli drogowych TS26 i

TS32, w rozbiści na poszczególne Systemy, odpowiadające wyposażeniu tunelu. Prosimy o przedłożenie szczegółowej kalkulacji.

23. Zważając na obowiązek ustawowy sporządzania dokumentacji bezpieczeństwa, czy Wykonawca przewidział i uwzględnił w Cenie Ofertowej wykonanie analizy techniczno - ruchowej oraz zrealizowanie przyjętych rozwiązań z niej wynikających, uwzględniającej m.in. schemat tras zastępczych objazdu tunelu na wypadek zamknięcia przejazdu drogą S3 przez tunele drogowe TS 26 oraz TS32. Jeśli tak, to prosimy o wskazanie wartości [PLN netto] przyjętej do Ceny Ofertowej dla realizacji wskazanej trasy zastępczej.

Po przeanalizowaniu wyjaśnień na pytania nr 1, 13, 17, 23 oraz Załączników nr 1, 2.1, 2.2, 3.1. - 3.8. oraz 4.1. - 4.5. zamawiający stwierdził, iż:

Po pierwsze zgodnie z zapisami PFU (Tom III SIWZ) w treści:

„1.1.1 Charakterystyczne parametry określające zakres Robót

Nie ograniczając się do niżej wymienionych Robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami określonymi w PFU i wynikającymi z obowiązującego prawa, w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy zaprojektować i wykonać w szczególności następujące Roboty:

(...)

17) wzmocnienie podłoża gruntowego dla uzyskania właściwych warunków posadowienia dróg i obiektów inżynierskich oraz korpusu wysokich nasypów wraz z powierzchniowym umocnieniem skarp (...)

„1,2. Aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia

Wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia na podstawie poniższych dokumentów, przekazanych przez Zamawiającego:

(...)

4) „Dokumentację geologiczno-inżynierską dla potrzeb określenia warunków geologiczno-inżynierskich posadowienia obiektów budowlanych drogi ekspresowej S3 Legnica (A4) – Lubawka”, 2011r., Zakład Usług Geologicznych”

oraz treścią WWiORB D-02.04.01 Wzmocnienie skarp i nasypów, WWiORB 02.04.02. Kolumny betonowe z głowica żwirową; jak również rozwiązaniami projektowymi przedstawionymi w materiale informacyjnym tj. Projekcie budowlanym dla drogi S3, obowiązkiem Wykonawcy było skalkulowanie w Cenie ofertowej konieczności wykonania wzmocnienia podłoża gruntowego.

Zważając na wiedzę, z ww. materiałów, o konieczności wykonania wskazanego zakresu prac np. w następujących pikietażach (pikietaż wzdłuż jezdni lewej): 41+400 - 41+600, 41+900 - 42+000, 42+170 - 42+350, 44+790- 44+880, 45+120 - 45+330, 45+500 - 46+135, 52+760 - 52+910, 53+160 - 53+460, 54+240 — 54+400 oraz kwotę jaką przewidziano w Kosztorysie

Inwestorskim tytułem wskazanych prac tj. ok. 44,064 mln PLN (netto), zamawiający w wezwaniu nr 2 do wykonawcy, zadał pytanie następującej treści *W nawiązaniu do odpowiedzi na pytanie nr 1 Tabela poz. 1.2 ROBOTY ZIEMNE Wartość elementu 48 129 399,16 1PLN1 netto - prosimy o podanie szczegółowej kalkulacji wskazanej wartości z wyszczególnieniem asortymentu robót oraz cen jednostkowych.*

Wykonawca w drodze wyjaśnień nr 2 w Załączniku nr 1 „Szacunkowe ilości i ceny robót ziemnych (Tajemnica przedsiębiorstwa)” przedstawił kalkulację w treści, która nie obejmowała wzmocnienia podłoża gruntowego. Jednocześnie w wyjaśnieniu nr 2 pytań stwierdził „*Wykonawca podkreśla, iż przygotowana przez Wykonawcę kalkulacja uwzględnia wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym zawiera wszelkie elementy wskazane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz w Umowie*”

Zamawiający wskazał, że po zweryfikowaniu przedłożonych wszystkich wyjaśnień, treści oferty oraz ww. zapisów obligujących wykonawcę do uwzględnienia w swojej „kalkulacji” wzmocnienia podłoża gruntowego stwierdził, iż odwołujący, mimo zapewnień, nie oszacował przedmiotowego zakresu prac w pełni.

Po drugie zamawiający wskazał, że mając „na uwadze konieczności sporządzania wszelkich kalkulacji, zgodnie z wymaganiami *Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym Dz.U.2004.130.1389, wskazanego w pkt. 3. Dokumenty potwierdzające zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów, 3.1. Przepisy prawa, 31.1. Wykaz aktów prawnych poz.23; Zamawiający w drugiej turze pytań do Wykonawcy, zadał pytanie treści „*W nawiązaniu do odpowiedzi na pytanie nr 1 Tabela poz. 1.2 ROBOTY ZIEMNE Wartość elementu 48 129 399,16 TPLN1 netto - prosimy o podanie szczegółowej kalkulacji wskazanej wartości z wyszczególnieniem asortymentu robót oraz cen jednostkowych*”.*

Wobec powyższego Wykonawca w ramach wyjaśnienia przedstawił w Załączniku nr 1 „*Szacunkowe ilości i ceny robót ziemnych (Tajemnica przedsiębiorstwa)*” w formie i treści jak powyżej. Zamawiający po zweryfikowaniu udzielonego wyjaśnienia stwierdził, iż przekazany materiał stoi w sprzeczności z wymaganiami dla kalkulacji szczegółowej, zgodnymi z ww. rozporządzeniem”.

Po trzecie zamawiający stwierdził, że w pytaniu nr 13 z wyjaśnień nr 1 „poprosił o „*podanie wartości realizacji [PLN netto] zasilania podstawowego, rezerwowego i awaryjnego dla tuneli drogowych TS26 i TS32 uwzględnionych w Cenie Ofertowej. Prosimy o wyszczególnienie wszystkich odbiorników przewidzianych do podłączenia w ramach*

zasilania podstawowego, rezerwowego i awaryjnego." Wykonawca w odpowiedzi wskazał oszacowane wartości zasileń. Nie mniej wyszczególnienie odbiorników koniecznych do wskazanych zasileń uznał za „niemożliwe” z uwagi na brak „projektu budowlanego oraz uzgodnienia jego z Zamawiającym”. Zważając na zapisy PFU, w tym też WWiORB i zapisy prawa dotyczące wyposażenia tuneli drogowych, Wykonawcy znane były minimalne wymagania co do ilości i rodzaju odbiorników koniecznych do uwzględnienia w ramach poszczególnych zasileń. Tym samym ponownie Zamawiający uznał, iż Wykonawca nie wyjaśnił wątpliwości Zamawiającego co do rażąco niskiej ceny”.

Po czwarte zamawiaczy wyjaśnił, że odwołujący „w drodze wyjaśnienia nr 1 na pytanie nr 1 poz. VI z I tury pytań miał wskazać skalkulowaną wartość realizacji wyposażenia tunelu drogowego TS32. Wykonawca wyjaśnił, iż wskazaną pozycję założył zrealizować za kwotę 6 010 880,51 (netto) PLN.

Zważając na zapis Programu funkcjonalno-użytkowego, w treści:

2.1.17.4. Systemy i urządzenia bezpieczeństwa oraz oznakowanie

W ramach wyposażenia tunelu Wykonawca zaprojektuje i wykona w szczególności następujące systemy bezpieczeństwa i sterowania tunelami:

- *System zasilania*
- *System oświetlenia*
- *System oświetlenia awaryjnego*
- *System wentylacji*
- *System wykrywania i sygnalizacji pożaru*
- *System monitoringu*
- *System ratunkowy powiadamiania w punktach alarmowych*
- *System detekcji, nadzoru i sterowania ruchem*
- *System komunikacji radiowej służb ratowniczych i porządkowych*
- *System nagłośnienia tunelu*
- *System hydrantów przeciwpożarowych*
- *System kanalizacji przeciwpożarowej*
- *System telefonii dla obsługi*
- *System automatycznego sterowania i zarządzania tunelami*
- *Fotoradar lub odcinkowy pomiar ruchu w tunelu (przy uzgodnieniu z ITD.)*

oraz znaczącą dla przedmiotu zamówienia specyfikę realizacji obiektu, jakim jest tunel drogowy i jego wyposażenie, Zamawiający zadał Wykonawcy w ramach I tury pytanie nr 17, w treści przytoczonej powyżej. Zgodnie z wyjaśnieniem nr 17 (z pierwszej tury pytań), stanowiącym o Systemach wraz z ich wartościami będącymi składowymi kwoty podanej w poz. VI tabeli do wyjaśnienia nr 1, wartość wskazanych elementów wyposażenia tunelu -rs32

łącznie wynosi 10 405 904,99 (netto) PLN, co daje różnicę w wysokości 4 395 024,48 PLN. Wobec powyższego Zamawiający stwierdził, że Wykonawca przedłożył wzajemnie rozbieżne wyjaśnienia dotyczące wartości przewidzianych na realizację tego samego asortymentu prac”.

Po piąte zamawiający podał, że w „wyjaśnieniu nr 23 z pierwszej tury pytań Wykonawca wskazał, że *„przewidział i uwzględnił w Cenie Ofertowej wykonanie analizy techniczno - ruchowej oraz zrealizowanie przyjętych rozwiązań z niej wynikających”*. Jednocześnie na wniosek Zamawiającego o *„wskazanie wartości [PLN netto] przyjętej do Ceny Ofertowej dla realizacji wskazanej trasy zastępczej”* poinformował, iż nie jest możliwe wskazanie wartości jaką przewidział na realizację tras zastępczych. Informując przy tym jedynie, iż zakres m.in. wytycznie i wykonanie tras zastępczych będzie wykonywał zespół Projektantów oraz personel Wykonawcy. Z uwagi na nieuzasadniony brak informacji co do kosztów realizacji tras zastępczych Zamawiający uznał, iż Wykonawca nie udzielił stosownych wyjaśnień co do postawionego pytania”.

W konsekwencji zamawiający stwierdził, że zwrócił się do odwołującego „w dwóch turach pytań o złożenie wyjaśnień co do wątpliwości w zakresie kalkulacji ceny ofertowej dla poszczególnych pozycji. Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę nie dowodzą, że Jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Udzielone wyjaśnienia uniemożliwiają ocenę realności kosztów, które Wykonawca poniesie. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, konkretne, przekonujące i ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze oraz potwierdzone dowodami. Wielokrotne zapewnienia Wykonawcy, że wykona przedmiot zamówienia za wskazaną przez siebie cenę jest dla Zamawiającego niewystarczające, w szczególności z uwagi na stwierdzenia Wykonawcy o późniejszym dokładniejszym oszacowaniu zakresu i kosztu przedmiotu zamówienia poprzez wykonanie projektu budowlanego i jego zatwierdzenie przez Zamawiającego.

Wykonawca w swoich wyjaśnieniach permanentnie podkreślał brak szczegółowości przyjętych wartości wobec braku posiadania rozwiązań budujących żądane wartości, które jednocześnie winny budować składowe i samą Cenę Ofertową. Argumentował to systemem realizacji zamówienia tj. Projektuj i Buduj, pomijając przy tym udostępniony przez Zamawiającego materiał informacyjny tj. projekt budowlany, umożliwiający na etapie składania ofert założenie pewnej szczegółowości rozwiązań”.

W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 7 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez nieprzedstawienie odwołującemu w sposób wyczerpujący powodów decyzji o odrzuceniu jego oferty skutkującej brakiem zapewnienia odwołującemu realnej możliwości odniesienia się do nich w przypadku wniesienia odwołania, a więc skorzystania z uprawnienia przysługującego mu na podstawie art. 182 Pzp. Z art. 92 ust. 1

pkt 3 Pzp wynika, że zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Izba uznała, że zamawiający przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania, podając wszystkie okoliczności, które legły u podstaw tej decyzji. Stopień szczegółowości uzasadnienia był wystarczający, aby wykonawca mógł wnieść odwołanie, formułując zarzuty i przedstawiając polemikę ze stanowiskiem zamawiającego. Odwołujący, na co wskazuje treść stawianych zarzutów oraz zaprezentowanej w odwołaniu argumentacji, nie miał problemów z identyfikacją czy to prawnych czy też faktycznych podstaw odrzucenia jego oferty. Tym samym twierdzenie jakoby informacja o odrzuceniu oferty odwołującego była niewyczerpująca oraz stanowiła jakąkolwiek przeszkodę dla skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej jest nieuzasadnione.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jak wynika z treści uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego wniosek dotyczący niezgodności z SIWZ zamawiający wywiódł z treści wyjaśnień składanych przez odwołującego, w tym w szczególności rozbicia wyceny poszczególnych elementów robót (wyjaśnienia nr 1) oraz uszczegółowienia wyjaśnień w ramach wyjaśnień nr 2. W toku wyjaśnień oferty odwołującego zamawiający wymagał podania całkowitych kosztów wykonania m.in. pozycji „Roboty ziemne” (poz. 1.2), które zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami odwołujący oszacował na kwotę 48 129 399,16 zł. Ponadto w wezwaniu nr 2 zamawiający zwrócił się do odwołującego o podanie szczegółowej kalkulacji wskazanej wartości z wyszczególnieniem asortymentu robót oraz cen jednostkowych. W udzielonych wyjaśnieniach (Załącznik nr 1 „Szacunkowe ilości i ceny robót ziemnych (Tajemnica przedsiębiorstwa)”) odwołujący przedstawił kalkulacje robót, które składały się na roboty ziemne z podziałem wyłącznie na wykopy i nasypy. Jednocześnie z przedstawionej w ramach wyjaśnień tabeli nie wynikało w żaden sposób, aby odwołujący wycenił prace związane ze wzmocnieniem podłoża gruntowego.

Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający wymagał podania przez odwołującego szczegółowej kalkulacji z wyszczególnieniem asortymentu robót oraz cen jednostkowych Robót ziemnych. W przedstawionej kalkulacji wyceniono koszt wykonania wykopów i nasypów, ale nie wykazano kosztów robót dotyczących wzmocnienia podłoża gruntowego, co prowadzi do wniosku, że odwołujący takich robót nie wycenił w ofercie, a tym samym jego oferta jest we wskazanym zakresie niezgodna z treścią SIWZ. Izba przyjęła przy tym stanowisko przystępującego Konsorcjum PORR, że zestawienie które w ramach wyjaśnień ceny oferty miał przedstawić odwołujący, sporządzone według wzoru wymaganego przez zamawiającego, obejmowało wszystkie kategorie robót związanych z realizacją zamówienia.

Jednocześnie nie powinno podlegać żadnej wątpliwości, iż roboty związane ze wzmocnieniem podłoża gruntowego wykonawcy klasyfikują i wyceniają w pozycji „Roboty ziemne”. Powyższe wynika z faktu, iż wzmocnienia podłoża nie sposób przypisać do jakiegokolwiek innej pozycji zestawienia robót, które zaprezentował odwołujący w ramach wyjaśnień ceny oferty. Po drugie, zaś o okoliczności, iż w pozycji „Roboty ziemne” wykonawca winien był wycenić wzmocnienie podłoża przesądza dokumentacja postępowania, w tym WWiORBy stanowiące załącznik do PFU, zgodnie z którymi specyfikacje o oznaczeniu D.02 obejmują zarówno roboty ziemne (D.02.01.01 Wykonanie wykopów w gruntach nieskalistych, D.02.03.01 — Wykonanie nasypów) jak również wzmocnienia podłoża (D.02.04.01 Wzmocnienia skarp i nasypów, D.02.04.02 Kolumny betonowe z głowicą żwirową).

W tym kontekście nie ma znaczenia, że zamawiający nie wezwał odwołującego do wyjaśnień wskazując dokładnie pozycje dotyczącą wzmocnienia podłoża gruntowego. Po pierwsze pozycja ta powinna zawierać się w kalkulacji dotyczącej robót ziemnych. Po drugie argumentacja odwołującego odnosząca się do dowodu nr 8 do odwołania polegająca na tym, że zamawiający w innych postępowaniach prowadzących przez inne Oddziały wzywał dokładnie do wyjaśnień w zakresie wzmocnienia podłoża gruntowego także nie może zasługiwać na uwzględnienie, ponieważ w przedmiotowym dowodzie wzmocnienie podłoża gruntowego zostało zawarte *expressis verbis* w ramach robót ziemnych. Po trzecie odwołujący w odwołaniu jak i na rozprawie jedynie w sposób bardzo ogólnikowy wskazał, że wzmocnienie podłoża gruntowego zawiera się w cenie oferty, co w ocenie Izby także powinno skutkować nieuwzględnieniem takiej argumentacji.

Powyższe świadczy zatem o tym, że wzmocnienie podłoża gruntowego powinno zostać wycenione w ramach Robót ziemnych, a jeżeli odwołujący w ramach tej pozycji wycenił wyłącznie wykopy i nasypy — co wynika z treści jego wyjaśnień, to jego oferta nie obejmuje robót związanych ze wzmocnieniem podłoża gruntowego, a tym samym jest niegodna z treścią SIWZ. W związku z tym zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp w ocenie Izby nie potwierdził się.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp dotyczących niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego w związku z rażąco niską ceną jego oferty Izba uznała, że także nie zasługują one na uwzględnienie.

W orzecznictwie Izby prezentowany jest jednolity pogląd, zgodnie z którym wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny kreuje domniemanie, iż cena jest rażąco niska. Jednocześnie to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu wykazania, że oferta została wyceniona rzetelnie i pozwala na realizację zamówienia. Konsekwencją przedstawienia wyjaśnień ogólnych, lakonicznych lub niewyczerpujących jest stwierdzenie, że wykonawca

nie wykazał, że jego cena nie jest rażąco niska, co w efekcie skutkuje odrzuceniem jego oferty. W orzecznictwie Izby podkreśla się także, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołujący w wyniku złożonych wyjaśnień nie obalił powstałego domniemania, a jego wyjaśnienia pozostawiły wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty.

Uzasadnieniem odrzucenia oferty odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny ze strony zamawiającego skupiało się na trzech aspektach dotyczących niedostatecznych wyjaśnień w zakresie:

- wzmocnienia podłoża gruntowego;
- wyszczególnienia odbiorników koniecznych do zasilenia podstawowego, rezerwowego i awaryjnego dla tuneli drogowych TS-26 i TS-32;
- wskazania trasy zastępczej objazdu tunelu na wypadek zamknięcia przejazdu drogą S3 przez tunele drogowe TS-26 i TS-32.

Co do wzmocnienia podłoża gruntowego Izba podtrzymuje argumentację zawartą powyżej. Skoro Izba ustaliła, że wzmocnienie podłoża gruntowego powinno zostać wycenione w ramach Robót ziemnych, a jeżeli odwołujący w ramach tej pozycji wycenił wyłącznie wykopy i nasypy — co wynika z treści jego wyjaśnień, to jego oferta nie obejmuje robót związanych ze wzmocnieniem podłoża gruntowego, a tym samym spełnia także przesłanki do uznania jej za ofertę o rażąco niskiej cenie.

Natomiast odnosząc się do argumentacji odwołującego w zakresie „wyszczególnienia wszystkich odbiorników przewidzianych do podłączenia w ramach zasilania podstawowego, rezerwowego i awaryjnego” należy wskazać, że odwołujący w odwołaniu oraz na rozprawie podtrzymał w zasadzie odpowiedź udzieloną w ramach wyjaśnień, zgodnie z którą niemożliwe jest wskazanie wszystkich odbiorników z uwagi na brak projektu budowlanego.

Izba w przedmiotowym zakresie zgodziła się z zamawiającym oraz przystępującym po jego stronie Konsorcjum PORR, iż wymagania co do ilości i rodzajów odbiorników wykonawca mógł i winien był ustalić na podstawie wymagań określonych w PFU. Odwołujący wskazał, iż dokumentacja postępowania oraz powszechnie obowiązujące przepisy prawa pozwalają na ustalenie i uszczegółowienie jedynie wymagań minimalnych co do ilości i rodzaju odbiorników, co jednak istotne, odwołujący nie wykazał jakie odbiorniki prądu zostały w jego ofercie wycenione i uwzględnione.

Dodatkowo wskazanie dwóch rozbieżnych wartości, a biorąc także pod uwagę odwołanie - trzech wartości, w ramach wyceny tego samego obiektu podważa wiarygodność

złożonych przez odwołującego wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oferty. Co więcej, przedstawienie w różnych wyjaśnieniach różnych kosztów wykonania tego samego elementu robót dowodzi w ocenie Izby o braku rzetelności wyjaśnień i kalkulacji ceny co potwierdza tezę o niewiarygodności zaoferowanej ceny.

W odniesieniu do wyceny tras zastępczych odwołujący także poprzestał na ogólnikowych wyjaśnieniach oraz wskazał, że podobnie jak w przypadku odbiorników na moment sporządzenia oferty nie można było podać dokładnej ich wyceny. W odwołaniu podniósł, iż złożył oświadczenie co do uwzględnienia w Cenie Ofertowej analizy techniczno-ruchowej oraz wynikających z niej rozwiązań. Jednocześnie podkreślił charakter zamówienia, który realizowany będzie w formule „projektuj i buduj”, co w jego ocenie powoduje, że nie jest możliwa wycena lub określenie wszystkich elementów robót.

Celem złożenia przez wykonawcę wyjaśnień było wykazanie poprawności założeń dotyczących kalkulacji ceny jak również ujęcie w ofercie wszelkich wymagań zamawiającego. Izba przyjęła w tym zakresie stanowisko przystępującego PORR, że argument, którego używa odwołujący jakoby model „projektuj i buduj” uniemożliwiał lub utrudniał wskazanie konkretnej wyceny na etapie składania ofert musi budzić istotne wątpliwości co do racjonalności i rzetelności dokonanej wyceny, które powziął również zamawiający. W istocie argument użyty przez odwołującego jakoby formuła „projektuj i buduj” uniemożliwiała wskazanie wyceny danego elementu robót prowadzi do sytuacji, w której wykonawca może zakwestionować dowolne pytanie zamawiającego dotyczące wyceny określonego elementu. Powyższe z kolei uniemożliwiłoby dokonanie zamawiającemu jakiegokolwiek weryfikacji ceny ofertowej oraz jej poprawności. O ile bowiem w formule „projektuj i buduj” mogą wystąpić trudności z wyceną bardzo szczegółowych elementów robót, to niewątpliwie wykonawca jest zobligowany do wskazania czym kierował się wyceniając wartość danego zakresu robót oraz może wskazać założoną na wykonanie danego elementu kwotę. Sytuacja w której wykonawca zupełnie odmawia udzielenia odpowiedzi na pytanie zamawiającego i nie wskazuje nawet przybliżonych szacunków stanowi przypadek uchylenia się od udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, a tym samym prowadzi do konkluzji, iż wykonawca stosownych wyjaśnień nie złożył i nie wykazał, że cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską.

W związku z powyższym zarzuty naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp oraz 90 ust. 3 Pzp w ocenie Izby nie potwierdziły się.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp dotyczącego zaniechania poprawienia „oczywistej omyłki pisarskiej” w treści złożonych wyjaśnień Izba uznała go za bezpodstawny. Wobec takich rozbieżności we wskazywanych w wyjaśnieniach nr 1 kwotach nie sposób zdaniem Izby przyjąć, iż w tym zakresie zamawiający winien sam

próbować domyśleć się która z tych kwot jest właściwa, a wątpliwości w tym zakresie usuwać w trybie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej.

Rozbieżności powstałe w wyjaśnieniach nr 1 nie są jednak jedynymi, które powodują, iż zamawiający mógł mieć uzasadnione wątpliwości co do braku rzetelnych wyliczeń zaoferowanej przez odwołującego ceny. Mianowicie, odwołujący na str. 12 odwołania zamieścił tabelę, która według jego twierdzeń została przedłożona zamawiającemu w ramach wyjaśnienia nr 1. W tabeli tej w poz. II.1 TUNEL DROGOWY TS26 wskazana jest kwota 241 649 886,37 (netto) PLN, zaś w poz. II.2 TUNEL DROGOWY TS32 wskazana jest kwota 49 024 171,93 (netto) PLN. Tymczasem w wyjaśnieniach nr 1 wskazane wyżej pozycje tabeli II.1 i II.2 wynoszą odpowiednio: 241 019 816,81 (netto) PLN i 49 654 241,49 (netto) PLN. Stanowi to kolejny dowód na to, iż odwołujący nie dołożył należytej staranności w szacowaniu wartości ceny, skoro te różnią się od siebie i to kilka razy.

Natomiast o oczywistej omyłce pisarskiej można mówić, gdy jest ona jednoznaczna dla każdego i każdy taką omyłkę powinien jednakowo poprawić. Jeżeli dochodzi do różnic w traktowaniu czegoś jako omyłki, to trudno mówić, że mamy do czynienia z oczywistą omyłką pisarską. Dodatkowo przepisy art. 87 ust. 2 Pzp, do którego odnosi się odwołujący stanowią o możliwości poprawienia omyłek w treści oferty, nie zaś w treści wyjaśnień, a w przedmiotowym przypadku wskazana omyłka dotyczy złożonych przez odwołującego wyjaśnień. W związku z tym zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp także nie zasługuje na uwzględnienie.

Na uwzględnienie nie zasługują także zarzuty dotyczące naruszenia zasady jawności w kontekście nieprzekazania odwołującemu jakichkolwiek informacji uzasadniających decyzję o odtajnieniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego.

Izba uznała, że stwierdzenia odwołującego w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie odnoszą się wprost do jednoznacznie wskazanych informacji i przyczyn dla których właśnie te, a nie inne informacje, odwołujący uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa. Złożone wyjaśnienia stanowią w szczególności informacje dotyczące wyboru kierunku postępowania, zgodnie z możliwościami wskazanymi w SIWZ. W większości zawierają globalne wartości za realizację poszczególnych, zgodnych z SIWZ, elementów. Zadaniem Izby obowiązkiem odwołującego było wykazanie zastrzeżenia tajemnicy dla poszczególnych informacji, w tym cen globalnych. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach winien odnieść się do każdego z dokumentów osobno i dla każdego z dokumentów wykazać zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Tożsamy działań odwołujący zaniechał w przypadku wskazywania kalkulacji dla realizacji poszczególnych elementów. Izba przyjęła także wyjaśnienia zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, że dane jakie wykonawcy przyjmują do kalkulacji, służą skalkulowaniu ceny w

niniejszym zamówieniu - a zatem objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa jest bezpodstawne. Cena w postępowaniu jest bowiem jawna, a tym samym jej składowe nie korzystają z zastrzeżenia jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Bezpodstawne jest zatem stwierdzenie odwołującego zawarte w treści wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że odtajnienie modelu kalkulacji ceny zawartego w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, spowoduje poznanie know-how wykonawcy, czy też może wpłynąć na osłabienie pozycji wykonawcy na rynku. Należy mieć również na uwadze, iż poszczególne ceny wskazane w wyjaśnieniach, stanowią elementy kalkulacji, na podstawie których odwołujący wskazał swoją cenę ofertową, która w postępowaniu jest jawna.

Ponadto zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W niniejszym postępowaniu czynność zamawiającego odtajnienia treści wyjaśnień nie ma i nie będzie miała żadnego wpływu na wynik postępowania. Oferta odwołującego została przez zamawiającego odrzucona, a także nie znalazł potwierdzenia żaden z postawionych powyżej zarzutów. Odwołujący nie bierze zatem udziału w dalszym postępowaniu, co oznacza, że sam fakt odtajnienia dokumentów pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Stosownie zatem do treści art. 192 ust. 2 Pzp odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1016/18 nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 z późn. zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....