

WYROK
z dnia 19 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska
Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **AECOM Polska Sp. z o.o., R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DIM Pracownia Projektowa Dróg i Mostów R. K. z siedzibą lidera w Warszawie;**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach;**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Drogowa Trasa Średnicowa S.A., Inko Consulting Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Katowicach** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **AECOM Polska Sp. z o.o., R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DIM Pracownia Projektowa Dróg i Mostów R. K. z siedzibą lidera w Warszawie, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście

tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **AECOM Polska Sp. z o.o., R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DIM Pracownia Projektowa Dróg i Mostów R. K. z siedzibą lidera w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **AECOM Polska Sp. z o.o., R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DIM Pracownia Projektowa Dróg i Mostów R. K. z siedzibą lidera w Warszawie** na rzecz zamawiającego: **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach** 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 (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) 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:

.....

UZASADNIENIE

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach - dalej „zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa drogi ekspresowej S1 (dawniej S69) Bielsko - Biała - Żywiec - Zwardoń, odcinek Przybędza - Milówka (obejście Węgierskiej Górki)”, numer referencyjny nadany przez zamawiającego: O.KA.D-3.2410.67.2018 - dalej „postępowanie” lub „zamówienie”.

W dniu 4 sierpnia 2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 155-356213.

W dniu 4 listopada 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **AECOM Polska Sp. z o.o., R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DIM Pracownia Projektowa Dróg i Mostów R. K. z siedzibą lidera w Warszawie** (dalej „odwołujący”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”, wniósł odwołanie wobec dokonania badania i oceny jego oferty i w konsekwencji wezwania go do złożenia wyjaśnień, w zakresie przekraczającym uprawnienia zamawiającego wynikające z ustawy Pzp oraz w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności, jak również wbrew postanowieniom wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19 w dniu 26 września 2019 r. oraz podjęcie czynności związanych z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania przez osoby niezapewniające bezstronności i obiektywizmu.

Na skutek ww. zachowania zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów:

1. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wykraczającym poza wyjaśnienia dotyczące oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w tym do złożenia wyjaśnień dotyczących okoliczności przygotowywania oferty oraz interpretacji postanowień SIWZ przez wykonawcę oraz pomimo, że KIO w wyroku z dnia 26 września 2019 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19 ustaliła, iż brak było podstaw do wykluczenia odwołującego

- z postępowania oraz zobowiązała zamawiającego do ponownej oceny oferty odwołującego w oparciu o posiadaną wiedzę, a nie poprzez ponowne wzywanie wykonawcy do wyjaśnień, co skutkowało podjęciem przez zamawiającego czynności niezgodnej z ustawą Pzp oraz nieuprawnionym zobowiązaniem wykonawcy do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp;
2. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 198a § 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawnioną próbę podważenia wyroku KIO z dnia 26 września 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19, mimo, że zamawiający nie skorzystał z jedyne go dopuszczalnego w tym celu środka w postaci złożenia skargi na ww. wyrok KIO, w sytuacji kwestionowania przez zamawiającego ustaleń KIO w tym orzeczeniu, co skutkowało nieuprawnionym wezwaniem odwołującego do wyjaśnień, wbrew ustaleniom i nakazom zawartym w ww. wyroku KIO;
 3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia, uzupełnienia dokumentów, potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy zamawiający miał co do tej okoliczności wątpliwości, co skutkowało podjęciem przez zamawiającego czynności niezgodnej z ustawą Pzp, polegającej na kolejnym wezwaniu odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie przekraczającym treść dokumentu, którego dotyczy wezwanie;
 4. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego nieuzasadnione zastosowanie i w konsekwencji wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wykraczającym poza treść złożonej w postępowaniu oferty, a dodatkowo przy uwzględnieniu nieprecyzyjnego charakteru wezwania i braku wskazania elementów, w odniesieniu do których zamawiający oczekiwał szczegółowych wyjaśnień, co skutkowało podjęciem przez zamawiającego czynności niezgodnej z ustawą Pzp oraz zobowiązaniem udzielenia przez odwołującego wyjaśnień w zakresie wykraczającym poza treść złożonej oferty;
 5. art. 7 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez podejmowanie czynności związanych z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania przez osoby niezapewniające bezstronności i obiektywizmu, co skutkowało podjęciem wobec odwołującego czynności niezgodnej z ustawą Pzp, polegającej na wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wykraczającym poza treść oferty oraz załączonych do niej dokumentów oraz przedstawienie przez zamawiającego w przedmiotowym wezwaniu stanowiska innego

wykonawcy biorącego udział w postępowaniu i bezpodstawne zobowiązanie odwołującego do ustosunkowania się do tego stanowiska.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności polegającej na wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i powtórzenia czynności podjętych przez osoby, które podlegały wyłączeniu na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Ponadto wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu; wyłączenie jawności rozprawy, na podstawie art. 189 ust. 6 Pzp, z uwagi na fakt, iż na rozprawie mogą zostać ujawnione informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, poniesionych przez odwołującego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego według norm przepisanych, zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Uzasadniając zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 4 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, odwołujący wskazywał na treść tych przepisów. W ocenie odwołującego z literalnego ich brzmienia, jednoznacznie wynika, iż wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp może dotyczyć jedynie oświadczeń i dokumentów enumeratywnie wymienionych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, sprecyzowanych w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) lub zaproszeniu do składania ofert. Powyższe stanowisko potwierdza ugruntowana linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej. Tym samym wezwanie, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko Głównego weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej może dotyczyć jedynie treści Wykazu osób - dokumentu złożonego przez wykonawcę, wraz z pismem z dnia 6 maja 2019 r., na skutek wezwania wykonawcy przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz odpowiednio w SIWZ TOM I - IDW pkt 7 i 8. W ww. Wykazie osób wykonawca wskazał, iż na stanowisko Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej proponuje Pana M. P. . W kolumnie 5 wykazu osób, zatytułowanej „Opis doświadczenia (odpowiednio zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ Tom I - IDW pkt 7.2 ppkt 3b)", wskazano: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo) Wschodnia Obwodnica miasta Poznania. Trasa główna o długości 20,14 km. Doświadczenie na stanowisku Projektanta drogowego obejmowało opracowanie dokumentacji

projektowej: Droga klasy S (dwujezdniowa), Stanowisko: projektant drogowy, Czas trwania: 06.2008 - 11.2009". Zamawiający był uprawniony do żądania wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp jedynie co do treści ww. dokumentu, z czego już skorzystał, wzywając wykonawcę, pismem z dnia 7 czerwca 2019 r. do wyjaśnienia rozbieżności w zakresie doświadczenia Pana M. P. . Natomiast wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp z dnia 25 października 2019 r., będące przedmiotem niniejszego odwołania, w rzeczywistości zmierza do sprawdzenia lub wykazania, iż wykonawca przygotował ofertę w sposób lekkomyślny lub niedbały, a więc na wykazanie jednej z przesłanek stanowiącej podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W tym miejscu odwołujący podkreślił, że w ramach niniejszego postępowania KIO w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19 wydała już wyrok co do braku podstaw do wykluczenia wykonawcy, gdyż w pkt 1 wyroku wskazała, iż w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Ponadto, KIO nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą oraz nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Zamawiający, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp jest związany wyrokiem wydanym przez KIO w niniejszej sprawie. W związku z powyższym, zamawiający powinien ponownie zbadać i dokonać oceny oferty wykonawcy w oparciu o posiadaną wiedzę, a nie poprzez ponowne wzywanie wykonawcy do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący odniósł się w dalszej części odwołania szczegółowo do informacji, których wyjaśnienia oczekiwał zamawiający w piśmie z dnia 25 października 2019 r.

Odnosnie wymogu podania daty uzyskania przez Pana M. P. wpisu na listę właściwej Izby samorządu zawodowego, potwierdzonego zaświadczeniem wydanym przez tą Izbę oraz daty, od której w/w posiadał ubezpieczenie OC jako projektant, odwołujący zwrócił uwagę, iż zamawiający na etapie wezwania do złożenia wykazu osób nie wymagał podania informacji o wpisie Pana M. P. na listę właściwej Izby samorządu zawodowego. Taki warunek nie wynikał ani z treści SIWZ, ani z wzoru Formularza „Wykaz osób”, załączonego do wezwania w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, skierowanego przez zamawiającego do wykonawcy w dniu 19 kwietnia 2019 r. Zgodnie z treścią pkt 7.2. ppkt 3 b) SIWZ, wykonawca był zobowiązany do wskazania osoby posiadającej doświadczenie na stanowisku: głównego projektanta, projektanta drogowego lub kierownika zespołu projektowego. Także we wzorze Formularza „Wykaz osób” wskazano jedynie, iż należy podać „opis doświadczenia (odpowiednio z wymogami określonymi w SIWZ Tom I - IDW pkt 7.2 ppkt 3 b)". Z treści ww. dokumentów nie wynika, jak przyjmuje zamawiający, iż miała być to osoba wpisana na listę właściwej Izby samorządu zawodowego, ani tym bardziej osoba sprawująca samodzielną funkcję techniczną w budownictwie. Taką interpretację warunków SIWZ zamawiający przyjął dopiero na rozprawie przed KIO w dniu 24 września 2019 r. w sprawie odwołania wykonawcy od czynności

wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Wskazał także, iż zgodnie z treścią pkt 9.7 pkt 1) ppkt d) Tomu I SIWZ, na wezwanie zamawiającego, wykonawca zobowiązany jest do złożenia wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami. Skoro zamawiający oczekiwał, aby w wykazie osób wskazać okres wpisu osoby proponowanej na stanowisko Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej na listę właściwej Izby samorządu zawodowego, potwierdzonego zaświadczeniem wydanym przez tą Izbę oraz datę, od której osoba ta posiadała ubezpieczenie OC jako projektant, to wzywając wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, takie informacje powinien przekazać. Przywoływał wyroki KIO z dnia 6 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1031/14 oraz z dnia 4 lipca 2014 roku, sygn. akt KIO 1288/14, z których wynikało, że zamawiający, wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień powinien podać jakich informacji od wykonawcy oczekuje, zwłaszcza w kontekście wymagań postawionych w SIWZ. Ponadto zamawiający może badać tylko takie dokumenty, które otrzymał w trybie przewidzianym ustawą. W związku z powyższym, oczekiwanie zamawiającego do podania daty, w której Pan M. P. został wpisany na listę właściwej Izby samorządu zawodowego i od kiedy posiadał ubezpieczenie OC jako projektant, na obecnym etapie postępowania, jest nieuzasadnione. W ocenie odwołującego, działania zamawiającego nakierowane są tylko i wyłącznie na wykluczenie wykonawcy z niniejszego postępowania. Zamawiający, wzywając wykonawcę po raz pierwszy do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp uważał, iż warunek „posiadania doświadczenia na stanowisku: głównego projektanta lub projektanta drogowego lub kierownika zespołu projektowego” należy rozumieć jako oficjalne zgłoszenie takiej osoby do wykonywania zamówienia. Natomiast z wezwania do wyjaśnień z dnia 25 października 2019 r., będącego przedmiotem niniejszego odwołania wynika, iż zamawiający zmienił interpretację tego warunku i obecnie oczekuje, aby osoba proponowana na stanowisko Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej we wskazanym w wykazie osób okresie doświadczenia, posiadała wpis na listę właściwej Izby samorządu zawodowego i posiadała ubezpieczenie OC jako projektant. Z treści pisma zamawiającego z dnia 25 października 2019 r. wynika, iż wyjaśnienia, które powinien złożyć wykonawca miałyby służyć do wykazania, iż Pan M. P. w okresie doświadczenia, wskazanym w wykazie osób, nie był wpisany na listę właściwej Izby samorządu zawodowego, a tym samym nie mógł pełnić samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie. Warunek taki nie wynikał jednak ani z treści SIWZ, ani ze wzoru Formularza „Wykaz osób”, ani z wezwania do złożenia wykazu osób w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Na marginesie odwołujący wskazał również, iż zamawiający

nieprawidłowo ustalił, że Pan M. P. w okresie od 06.2008 do 11.2009 (tj. okresie objętym wskazanym przez wykonawcę doświadczeniem) w ogóle nie był członkiem właściwej Izby samorządu zawodowego. Pan M. P. został wpisany na listę Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa dnia 1 grudnia 2008 r.

Niezgodne z przepisami ustawy Pzp, w ocenie odwołującego, jest również wezwanie go do wyjaśnień dotyczących tego na jakiej podstawie, uwzględniając treść regulacji art. 12 ust. 1 w związku z art. 12 ust. 7 ustawy Prawo budowlane, wykonawca uznał, że M. P. w okresie od czerwca 2008 roku do listopada 2009 roku posiadał uprawnienia budowlane, umożliwiające sprawowanie samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie jako projektant drogowy przy opracowaniu dokumentacji projektowej dla zadania: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania”, a w konsekwencji mógł wykazać się doświadczeniem na tym stanowisku. Odwołujący zwrócił uwagę, iż w wykazie osób brak jest informacji, iż wykonawca przyjął, że Pan M. P. w okresie od czerwca 2008 roku do listopada 2009 roku posiadał uprawnienia budowlane, umożliwiające sprawowanie samodzielnej funkcji technicznej. W związku z tym informacje, które miałyby być przedmiotem wyjaśnień, nie dotyczą treści dokumentów złożonych przez wykonawcę w postępowaniu. Ponownie podkreślił, że wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, może dotyczyć jedynie oświadczeń i dokumentów enumeratywnie wymienionych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, czyli w tym przypadku wykazu osób. Wyjaśnienia te służyć mają rozwianiu wątpliwości, które wynikają z niejasności oświadczeń lub dokumentów, a nie podawania nowych, dodatkowych okoliczności (tak KIO w wyroku z dnia 30 sierpnia 2017 roku, sygn. akt KIO 1664/17). Ponadto, z treści wezwania do wyjaśnień wynika, iż zamawiający nie ma wątpliwości co do samego dokumentu - Wykazu osób, lecz że oczekuje, aby wykonawca przedstawił okoliczności związane z przygotowaniem tego dokumentu i złożeniem go w postępowaniu. Takie oczekiwania zamawiającego również wykraczają poza zakres wezwania do wyjaśnień, o którym mowa w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Co więcej, informacje dotyczące okresu, w którym Pan M. P. był wpisany na listę Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa zostały ustalone przez zamawiającego również błędnie. Informacji tych nie przedstawił wykonawca. Jak natomiast wynika z wyroku KIO z dnia 15 września 2011 roku, sygn. akt KIO 1881/11: „Zamawiający w toku postępowania może opierać się jedynie na oświadczeniach i dokumentach przedkładanych przez wykonawców, w szczególności w przedmiocie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nieistotna jest w tym wypadku wiedza zamawiającego lub powszechna znajomość faktów”. W związku z powyższym, odwołujący wskazał, iż zamawiający nie jest uprawniony do wzywania do wyjaśnień dokumentów, bądź informacji, których nie przedstawił wykonawca oraz które nie znajdują się w wykazie osób oraz co do okoliczności związanych z przygotowaniem wykazu osób. Zamawiający powinien w wezwaniu do wyjaśnień wskazać wprost, która część wykazu

osób jest dla niego niejasna oraz w jakim celu wykonawca ma przedstawić wyjaśnienia. Wezwanie do wyjaśnień z dnia 25 października 2019 r. powyższych wymogów nie spełnia.

W zakresie, w jakim zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień, co rozumie pod sformułowaniem „czynny udział w projektowaniu lako projektant drogowy” odnoszący się do doświadczenia M. P. przy opracowaniu w okresie od czerwca 2008 r. do listopada 2009 r. dokumentacji projektowej dla zadania : „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania" oraz wyjaśnienia na jakiej podstawie faktycznej i prawnej (ze wskazaniem konkretnej podstawy prawnej w obowiązujących przepisach wykonawca uważa, że wskazany „czynny udział w projektowaniu” spełnia wymogi określone przez zamawiającego w SIWZ - TOM I pkt 7.2.3. lit, b ppkt 13 odwołujący argumentował, iż wezwanie do ww. wyjaśnień nie dotyczy dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lecz interpretacji przez wykonawcę cytowanego sformułowania i wskazania podstaw prawnych i faktycznych twierdzeń wykonawcy. Powyższe wyjaśnienia wykraczają poza zakres wyjaśnień, o którym mowa w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Jak wynika z wyroku KIO, która rozpatrywała odwołanie wykonawcy w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19 od wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp: „w toku ponownego badania i oceny ofert zamawiający powinien powtórnie zweryfikować prawidłowość swojej czynności i jeśli uzna, że jest ona aktualna - wykluczyć odwołującego (...). W takiej sytuacji zamawiający powinien przedstawić całe spectrum wiedzy będącej w posiadaniu zamawiającego" - a nie wzywać wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień, niewynikających ze złożonych dokumentów. Odwołujący podkreślił, iż przeprowadzone postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19 wykazało, iż wykonawca i zamawiający interpretują w niniejszym postępowaniu w inny sposób warunek doświadczenia na stanowisku projektanta drogowego. Jednakże zamawiający nie jest uprawniony z tej przyczyny do żądania od wykonawcy wyjaśnienia, dlaczego w taki sposób zrozumiał ten warunek, a tym bardziej do wskazania podstaw faktycznych i prawnych takiej interpretacji.

Z kolei ostatnie dwa punkty wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w piśmie z dnia 25 października 2019 r. dotyczą wskazania, jakie działania podjął wykonawca w celu weryfikacji doświadczenia Pana M. P., a więc również wykraczają poza zakres wyjaśnień, do których uprawniony jest zamawiający na podstawie cytowanego przepisu. Ponadto, z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wynika, iż zamawiający jest uprawniony do wezwania do wyjaśnień wykonawcy w sytuacji, gdy powźmie wątpliwości co do treści dokumentów. Tymczasem, wezwanie do ww. wyjaśnień nie jest ukierunkowane na usunięcie ewentualnych wątpliwości zamawiającego co do treści dokumentów i oświadczeń wykonawcy, lecz raczej na próbę sprawdzenia lub wykazania, iż wykonawca przygotował ofertę w sposób lekkomyślny lub niedbały, a więc na wykazanie jednej z przesłanek stanowiącej podstawę do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17

ustawy Pzp. Co więcej, jak wynika z wyroku KIO w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19 w przedmiocie odwołania wykonawcy na czynność wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, „przeświadczenie odwołującego oparte na dotychczasowym uznawaniu doświadczenia wykazanej osoby mogło wykluczać lekkomyślność lub niedbalstwo z jego strony (...). Wykonawca był bowiem pewny co do wykazu doświadczenia, stąd jego przedstawienie w aktualnym postępowaniu”. Tymczasem z treści pisma zamawiającego z dnia 25 października 2019 r. wynika nie tylko, iż przedmiot powyższych wyjaśnień wykracza poza zakres art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, ale również dąży do ustaleń sprzecznych z wyrokiem KIO wydanym w niniejszym postępowaniu, który potwierdza, iż wykonawca nie działał w sposób lekkomyślny czy niedbały.

W dalszej części odwołania, uzasadniając zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, odwołujący wskazał, że zamawiający po raz kolejny wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie tej samej okoliczności, tj. doświadczenia Pana M. P. . Powyższa okoliczność w sposób jednoznaczny potwierdza, że zamawiający ma w tym względzie pewne wątpliwości. W związku z tym, odwołujący stoi na stanowisku, iż zupełnie niezrozumiały jest brak wezwania wykonawcy do uzupełnienia tego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tymczasem, jeżeli przedstawione dotychczas wyjaśnienia nie są dla zamawiającego wystarczające dla potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, powinien zastosować procedurę przewidzianą w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, podkreślał, iż zamawiający posiada wiedzę, iż wykonawca spełnia te warunki. Wykonawca bowiem w piśmie złożonym w dniu 2 lipca 2019 r. przedstawił dodatkowe doświadczenie Pana M. P., spełniające wymogi uregulowane w pkt 7.2. ppkt 3 b) IDW. Przywoływał stanowisko KIO oraz doktryny wywodząc, że jeżeli zamawiający w toku badania i oceny ofert stwierdzi, że wykonawca nie złożył dokumentów lub oświadczeń objętych treścią analizowanego przepisu, bądź też złożone dokumenty lub oświadczenia są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości zamawiającego, nie może on pominąć czynności wezwania wykonawcy do uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazywał również, że ustawa Pzp nie zakazuje samodzielnego uzupełniania dokumentów lub oświadczeń przez wykonawcę, a w takim przypadku zamawiający nie ma podstaw do odmowy dokonania oceny złożonych przez wykonawcę dokumentów (tak np. w wyroku KIO z dnia 15 czerwca 2011 roku, w sprawie o sygn. akt KIO 1169/11). Zatem należy stwierdzić, że działanie odwołującego, polegające na przekazaniu pismem z dnia 2 lipca 2019 r. uzupełnionego Wykazu osób, bez uprzedniego wezwania przez zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia na stanowiskach Głównego

Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej oraz Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej mostowej, nie jest sprzeczne z przepisami ustawy Pzp. Co więcej jest w pełni uzasadnione, mając na uwadze ekonomikę postępowania przetargowego i usprawnienie jego przebiegu. Pominięcie tego dokumentu przez zamawiającego jest zatem bezpodstawne. Ponadto, z przedłożonego pismem z dnia 2 lipca 2019 r. Wykazu osób jednoznacznie wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, czego zamawiający zdaje się nie zauważać.

Uzasadniając zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący wskazywał, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 1a i 2 ustawy Pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przywoływał orzecznictwo KIO zwracając uwagę na to, że wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp mogą służyć wyłącznie rozwianiu wątpliwości co do tego, co już w ofercie zostało przedstawione. Przepis ten natomiast wprost zabrania dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty (tak w wyroku KIO z dnia 20 października 2017 roku, sygn. akt: KIO 2082/17). Instytucja ta ma na celu wyjaśnianie treści ofert, w tym poprzez eliminowanie ich wewnętrznych sprzeczności. Wyjaśnienia te służą również ustaleniu jednoznacznej treści oświadczeń woli składanych przez wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Tak więc w przypadku powzięcia przez zamawiającego uzasadnionych wątpliwości co do poprawności zaoferowania przedmiotu zamówienia zamawiający ma prawo, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonej przez niego oferty (tak: wyrok KIO z dnia 17 marca 2014 roku, sygn. akt: KIO 439/14). Odnosząc powyższe do stanu faktycznego niniejszej sprawy, odwołujący zwracał uwagę, że wezwanie zamawiającego z dnia 25 października 2019 r. dotyczy dodatkowych informacji w zakresie doświadczenia osoby mającej realizować zamówienie, tj. Głównego Inspektora Nadzoru budowy tuneli Pana J. O. . Tymczasem wyjaśnienia składane na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, służą sprecyzowaniu lub wytłumaczeniu informacji, które są już w ofercie zawarte, nie mogą one natomiast skutkować uzupełnieniem oferty o nowe treści. Co do zasady jest to niedopuszczalne, ponieważ może prowadzić to do zmiany treści oferty, co zostało przez ustawodawcę zakazane w treści przepisu (tak: wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2018 roku, sygn. akt KIO 1156/18).

Zamawiający - posiłkując się treścią pisma innego wykonawcy - wymagał od odwołującego wskazania informacji, do których podania pierwotnie nie był on zobligowany. Taka sytuacja z pewnością narusza zasadę równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem inni wykonawcy nie

mają obowiązku udzielania informacji, które wynikają z wezwania zamawiającego. Ponadto, odwołujący podnosił, że udzielenie odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w kształcie, w jakim zostały one sformułowane przez zamawiającego, bezsprzecznie prowadziłyby do uzupełnienia informacji pierwotnie zawartych w złożonej przez odwołującego ofercie. Okoliczność ta w sposób oczywisty narusza zasady udzielania zamówień publicznych określone w ustawie Pzp, a w szczególności dyspozycję art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto w niniejszym postępowaniu, zgodnie z pkt 19.1. SIWZ, jednym z kryterium oceny ofert jest doświadczenie personelu wykonawcy. Odwołujący stoi na stanowisku, że zamawiający w niniejszej sprawie wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wykraczającym poza treść złożonej przez odwołującego oferty. W ocenie wykonawcy powyżej opisane czynności zamawiającego zmierzają de facto do zmodyfikowania warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ, będącego jednocześnie pozacenowym kryterium oceny ofert. Co istotne, powyższe dotyczy jedynie odwołującego i nie ma zastosowania do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. W tym miejscu odwołujący podnosił również, że wezwanie do złożenia wyjaśnień powinno być konkretne, precyzyjne, szczegółowe tak, aby z jednej strony umożliwić wykonawcy wyjaśnienie wątpliwości zamawiającego, a z drugiej pozwolić zamawiającemu na ocenę udzielonych wyjaśnień. Zasady jawności, pisemności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymagają, aby ocena wyjaśnień wykonawców była związana z jasnymi i jednoznacznymi wymaganiami w tym zakresie. Forma i zakres wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp niewątpliwie nie spełnia powyższych wymogów. Zamawiający w treści wezwania ograniczył się bowiem jedynie do zacytowania treści pisma, które otrzymał od przystępującego. Wyjaśnienia odwołującego, zgodnie z treścią pisma zamawiającego miałyby więc dotyczyć jedynie odniesienia się do kwestii przedstawionych w tym piśmie. Zamawiający nie wskazał przy tym, do których konkretnie tez tego pisma odwołujący powinien się ustosunkować. Zamawiający jedynie wniósł o „potwierdzenie czy i na jakiej podstawie faktycznej i prawnej (prosząc o wskazanie konkretnej regulacji normatywnej stanowiącej podstawę dla takiego stanowiska wykonawcy) uznał, że Pan J. O. posiada doświadczenie zgodnie z wymogami określonymi przez zamawiającego w SIWZ w ramach kryteriów oceny ofert. W pozostałym zakresie zamawiający nie sprecyzował zakresu wezwania do wyjaśnień oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, przystępujący w cytowanym przez zamawiającego piśmie, odwołuje się do informacji znajdujących się w sieci Internet. Zdaniem odwołującego informacje z Internetu nie mogą stanowić podstaw do uznania oferty za niezgodną z SIWZ ani tego, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu (tak KIO w wyroku z dnia 19 grudnia 2011 roku w sprawie o sygn. akt KIO 2584/11). Zamawiający nie może więc uzasadniać swoich decyzji informacjami

pochodzącymi tylko z Internetu, choćby miał uzasadnione wątpliwości co do zgodności oferty z SIWZ.

Uzasadniając zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący podnosił, że zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania ulg i przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców lub złożonych przez nich ofert (tak postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 17 marca 2008 roku, VIII Ga 22/08). Również w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej „TSUE”) wskazuje się, że zasada równego traktowania oraz powiązany z nią obowiązek przejrzystości i niedyskryminacji wymagają jednakowego traktowania przez instytucję zamawiającą oferentów pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań oraz stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania. Oznacza to, że zamawiający mają obowiązek zapewnienia wykonawcom takich samych szans, zarówno na etapie formułowania wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny (tak wyroki TSUE z dnia 7 kwietnia 2016 roku, Partner A. D. v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, C- 324/14, z dnia 24 maja 2016 roku, MT Hpjgaard A/S i Ziiblin A/S v. Banedanmark, C- 396/14, oraz 16 grudnia 2008 roku, Michaniki, C-213/07).

Zasada przejrzystości postępowania wyraża się w obowiązku zapewnienia jawności postępowania na każdym jego etapie, a także określania jednoznacznych i możliwie jasnych wymagań związanych z ubieganiem się o zamówienie publiczne. Przestrzeganie tej zasady ma służyć zapewnieniu powiązanej z nią zasady równego traktowania wykonawców. Jak wskazuje się w orzecznictwie TSUE, zasada przejrzystości postępowania oznacza, że wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który po pierwsze, pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, umożliwi instytucji zamawiającej faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg. Obowiązek zapewnienia przejrzystości postępowania ma na celu zagwarantowanie braku faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej, co oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sadownictwo występujących w tej dokumentacji luk (tak: postanowienie TSUE z dnia 13 lipca 2017 roku, Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o. v. Generalna

Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu, C-35/17; wyroki TSUE z dnia 2 czerwca 2016 roku Pizzo v. CRGT Srl, C-27/15, z dnia 7 kwietnia 2016 roku, Partner A. D. v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, C-324/14, oraz z dnia 10 maja 2012 roku, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów, 0368/10).

Dalej odwołujący wskazywał, że zamawiający, wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości i proporcjonalności. Ponownie stwierdził, że treść wezwania zamawiającego zmierza do uzyskania informacji wykraczających poza treść dokumentów, których dotyczy wezwanie. Ponadto, formułując zakres wymaganych wyjaśnień, odnosi się do kwestii związanej z przygotowaniem samej oferty przez wykonawcę, interpretacji dokumentacji postępowania przez odwołującego, a także weryfikacji przez odwołującego danych przedstawionych w treści złożonej oferty oraz załączonych do niej dokumentów. Taki kształt wezwania do złożenia wyjaśnień implikuje sytuację, w której odwołujący jest zobligowany do przedłożenia zamawiającemu większego zakresu informacji niż pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu. Zupełnie niezrozumiałe dla odwołującego jest także postępowanie zamawiającego odnośnie braku wezwania do uzupełnienia dokumentu, tj. Wykazu osób na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie dość, że z nieuzasadnionych powodów nie korzysta z tej instytucji, to również konsekwentnie nie wziął pod uwagę dokumentu samodzielnie uzupełnionego przez odwołującego w dniu 2 lipca 2019 r., który to dokument wskazuje dodatkowe doświadczenie Pana M. P. . Co równie istotne, zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wprost zacytował treść pisma innego wykonawcy, tj. przystępującego z dnia 15 października 2019 r. Powyższe jednoznacznie potwierdza, że zamawiający wprost przyjął stanowisko innego wykonawcy, nie analizując go i nie weryfikując treści tego pisma. W ocenie odwołującego powyższa okoliczność w sposób jednoznaczny potwierdza, że zamawiający z nieznanymi wykonawcami przyczyn faworyzuje w postępowaniu przystępującego, co narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto, odwołujący zwracał też uwagę na fakt, że w cytowanym przez zamawiającego piśmie z dnia 25 października 2019 r. przystępujący wskazał, że: „Konsorcjum AECOM na stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru budowy tuneli wskazało p. J. O., który - zgodnie z oświadczeniem wykonawcy - legitymuje się wykształceniem średnim technicznym (uczęszczał do technikum górniczego w Ostrawie w latach 1965 - 1968) i posiada doświadczenie zawodowe, które nie tylko potwierdza spełnienie przez Konsorcjum AECOM warunku udziału w postępowaniu, ale również pozwoliło Konsorcjum uzyskać aż 3 dodatkowe punkty w kryterium „Doświadczenie personelu”. W kontekście powyższego odwołujący podnosi, że niedopuszczalna jest sytuacja, w której inny wykonawca posiada informacje

odnośnie oceny przyznanej w kryterium i uzyskanych punktach, gdy informacja ta nie została jeszcze opublikowana przez zamawiającego, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższa okoliczność, zdaniem odwołującego, świadczy bezsprzecznie o braku bezstronności i obiektywizmu ze strony zamawiającego. W opinii odwołującego, udzielenie informacji o punktacji przyznanej innym wykonawcom, jeszcze przed jej oficjalną publikacją, narusza przepisy ustawy Pzp i wskazuje na fakt niedozwolonej współpracy zamawiającego z innym wykonawcą w tym postępowaniu. Powyższa okoliczność potwierdza, iż zamawiający naruszył art. 7 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm poprzez wykonywanie czynności w postępowaniu. Natomiast osoby, które pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może budzić to uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób, powinny zostać wyłączone z udziału w postępowaniu na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyżej wskazane okoliczności, nie ulegało w jego ocenie wątpliwości, iż odwołujący uprawdopodobnił naruszenie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości a tym samym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający, w dniu 5 listopada 2019 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W dniu 8 listopada 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Drogowa Trasa Średnicowa S.A., Inko Consulting Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Katowicach** (dalej „przystępujący”) zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając w oparciu o przepis art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 18 listopada 2019 r., złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości, jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ oraz zmianami do niej, treścią oferty odwołującego złożonej w postępowaniu, treścią pism kierowanych do odwołującego w toku prowadzonego postępowania, w tym wezwania do wyjaśnień skierowanych w trybie art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z 25 października 2019 r., po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na odwołanie, jak też po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron

i uczestników postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oddaliła wniosek zamawiającego i przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, nie dzieląc prezentowanego przez nich stanowiska, że przedmiotowe odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 26 września 2019 r., sygn. akt KIO 1754/19. Izba, w sentencji wyroku, uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu bezzasadnego uznania, że odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd zamawiającego, mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania, podczas gdy w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych oraz zarzutu sporządzenia uzasadnienia czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu wykonawcy z postępowania w sposób lakoniczny i ogólny, nie odnoszący się do poszczególnych przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania z 29 sierpnia 2019 r. i uznania jego oferty za odrzuconą oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Z treści uzasadnienia wyroku wynika, że Izba uznała podnoszone przez odwołującego zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego bezzasadne zastosowanie i uznanie, że wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd zamawiającego w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie uzasadnienia czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu wykonawcy z postępowania w sposób lakoniczny i ogólny nie odnoszący się do poszczególnych przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, za wzajemnie powiązane i z powyższych powodów rozpoznała je łącznie. Uzasadniając swoje stanowisko stwierdziła, że skoro zamawiający w sposób niewystarczający uzasadnił podstawy faktyczne wykluczenia - Izba nie może orzec o zasadności wykluczenia wykonawcy z postępowania. Dalej Izba stwierdziła, że w toku ponownego badania i oceny ofert przez zamawiającego konieczne będzie bardziej szczegółowe, i odnoszące się do wszystkich przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, uzasadnienie dokonanej czynności. Nie jest jednak tak, jak twierdzi zamawiający i przystępujący, że czynności, które podjął zamawiający w toku postępowania, po wyroku KIO z 26 września 2019 r. o sygn. akt 1754/19 wynikały z treści wydanego orzeczenia. Izba w wyroku nie przesądziła bowiem, że zamawiający ma obowiązek, w ramach powtórzonych czynności, wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień

w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, co zdaje się wywodzić zamawiający na podstawie uzasadnienia. Izba stwierdziła bowiem, że: „uznając, że ewentualne nakazywanie wezwania byłoby na obecnym etapie przedwczesne, zamawiający w toku ponownego badania i oceny ofert winien ocenić, na ile wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp jest konieczne, czyli przydatne w przedmiotowej sprawie i dopuszczalne przez przepisy Pzp”. To zatem do decyzji zamawiającego pozostawiono, czy w ramach powtórzonych czynności skieruje stosowne wezwania do odwołującego, i w jakim trybie. Z powyższych powodów, skład orzekający w niniejszej sprawie, doszedł do przekonania, że czynność wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie została nakazana wyrokiem w sprawie sygn. akt 1754/19 z 26 września 2019 r. Ponadto zauważenia wymaga, że odwołujący kwestionował również fakt wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru budowy tuneli - Pana J. O., którego doświadczenie nie było wcześniej przedmiotem badania zamawiającego i odwołania w poprzednio rozpoznawanej sprawie. Jest to czynność nowa, kwestie te nie były przedmiotem badania przez skład orzekający w sprawie o sygn. akt 1754/19. Z powyższych powodów, żądanie odrzucenia odwołania z przyczyn opisanych w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, jest niezasadne.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołujący w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i ubiega się o zamówienie. Pierwotnie oferta odwołującego, pod względem ceny, zajmowała drugie miejsce w rankingu ofert. Jednakże, w związku z odrzuceniem oferty TPF Sp. z o.o., którego cena była najniższa, obecnie odwołujący jest na pierwszym miejscu pod kątem kryterium cenowego. Ma zatem możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Zamawiający, w ocenie odwołującego, wezwał go do złożenia wyjaśnień w zakresie wykraczającym poza treść dokumentów załączonych do oferty, poza treść samej oferty, jak i poza treść dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił również zamawiającemu, że ten prowadzi postępowanie wbrew zasadom opisanym w przepisach ustawy Pzp. W wyniku działań zamawiającego może on zostać pozbawiony możliwości dalszego uczestniczenia w postępowaniu, albowiem w jego ocenie z treści wezwania do wyjaśnień z dnia 25 października 2019 r. wynika, iż zamawiający raczej nie ma wątpliwości co do treści samych dokumentów złożonych przez wykonawcę w postępowaniu, lecz w rzeczywistości zmierza ponownie do wykluczenia odwołującego z postępowania bądź odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Izba, działając na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp, oddaliła opozycję odwołującego przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Drogowa

Trasa Średnicowa S.A., Inko Consulting Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Katowicach. W ocenie Izby przystępujący, w sposób dostateczny, wykazał swój interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Odwołanie dotyczy czynności zamawiającego, która to zmierza do uzyskania od odwołującego wyjaśnień, które pozwolą zamawiającemu podjąć decyzję o ewentualnym wykluczeniu odwołującego z postępowania lub odrzuceniu jego oferty. Tym samym należy uznać, że w interesie przystępującego jest uznanie tych czynności przez Izbę, jako dokonanych zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej na płycie CD, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ wraz ze zmianami do niej, treści oferty odwołującego, treści pism kierowanych do odwołującego w toku prowadzonego postępowania, w tym wezwania do wyjaśnień skierowanych w trybie art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z 25 października 2019 r.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego, przywołane w treści złożonego odwołania, na okoliczności tam wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z Rozdziałem V pkt 1 SIWZ, jest Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa drogi ekspresowej SI (dawniej S69) Bielsko - Biała - Żywiec - Zwardoń, odcinek Przybędza - Milówka (obejście Węgierskiej Górki)“.

Zamawiający, zgodnie z Rozdziałem VII SIWZ wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia spełniał warunki, w tym dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Jednym z warunków, opisanych w pkt 7.2. ppkt 3 b) SIWZ było m. in. dysponowanie osobą, proponowaną do pełnienia funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej. SIWZ precyzowała jakie doświadczenie musi posiadać wskazana na to stanowisko osoba. Kolejnym wymogiem w niniejszym postępowaniu opisanym w pkt 7.2. ppkt 4 SIWZ było dysponowanie osobą proponowaną do pełnienia funkcji Głównego Inspektora Nadzoru budowy tuneli. W odniesieniu do tej osoby również sprecyzowane zostały warunki, jakie musi ona spełniać, aby zamawiający uznał spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła ponadto, że doświadczenie osoby wskazanej w ofercie na stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru budowy tuneli stanowiło również Kryterium oceny ofert, za które wykonawca, na podstawie pkt 19.1.3.2 ppkt 2) SIWZ mógł uzyskać 4,5 pkt. (SIWZ po zmianach dokonanych pismem z 20 września 2018 r.).

Izba ustaliła, że w dniu 18 października 2018 r. odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. W złożonej ofercie wykonawca na stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru

budowy tuneli wskazał Pana J. O. który, zgodnie z przedłożonym wraz z ofertą Wykazem osób, posiada doświadczenie w następującym zakresie: (a) 01.1994 - 12.1999 od rozpoczęcia robót tunelowych potwierdzonych wpisem do Dziennika Budowy, do zakończenia wszystkich robót tunelowych, potwierdzonych wpisem do Dziennika Budowy, na stanowisku Kierownika budowy tunelu - BRNO, Obwodnica miasta Brno, tunel Kohutovicky; (b) 05.2005 - 11.2012 od rozpoczęcia robót tunelowych potwierdzonych wpisem do Dziennika Budowy, do zakończenia wszystkich robót tunelowych, potwierdzonych wpisem do Dziennika Budowy, na stanowisku Inspektora nadzoru budowy tuneli przy realizacji tunelu kolejowego na Słowacji - kontrakt: Modernizacja Unii kolejowej Nove Mesto nad Vahom - Zlatovce; (c) 01.06.2009 - 30.04.2014 od rozpoczęcia robót tunelowych potwierdzonych wpisem do Dziennika Budowy, do zakończenia wszystkich robót tunelowych, potwierdzonych wpisem do Dziennika Budowy, na stanowisku Inspektora nadzoru budowy tuneli z ramienia Wykonawcy, Obwodnica miasta Brno, Republika Czeska, tunel Dobrovolskeho; (d) 01.04.2015 - 31.12.2016 od rozpoczęcia robót tunelowych potwierdzonych wpisem do Dziennika Budowy, do zakończenia wszystkich robót tunelowych, potwierdzonych wpisem do Dziennika Budowy, na stanowisku Inspektora nadzoru budowy tuneli w zespole IK -Kontrakt: Autostrada D1 Hricovske Podhradie - Lietavska Lucka, Słowacja”.

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający pismem z 19 kwietnia 2019 r. wezwał wykonawcę, działając w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz odpowiednio w SIWZ TOM I - IDW pkt 7 i 8, w tym m. in. do złożenia wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności. Zamawiający załączył do tego pisma m.in. wzór formularza wykazu osób. W dniu 6 maja 2019 r. odwołujący złożył ww. dokumenty i oświadczenia. W wykazie osób, na stanowisko Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej, wskazał Pana M. P. . W kolumnie 5 zatytułowanej „Opis doświadczenia” wskazał: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo) wschodnia Obwodnica miasta Poznania. Trasa główna o dł. 20,14 km. Doświadczenie na stanowisku Projektanta drogowego obejmowało opracowanie dokumentacji projektowej. Droga klasy S (dwujezdniowa). Stanowisko: projektant drogowy. Czas trwania: 06.2008 - 11.2009”.

Następnie, pismem z 7 czerwca 2019 r. zamawiający wezwał odwołującego, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do wyjaśnienia rozbieżności w zakresie doświadczenia Pana M. P.. W uzasadnieniu wezwania zamawiający wskazał, że „z informacji jakie uzyskał z Oddziału GDDKiA w Poznaniu wynika, że Pan M. P. na przedmiotowym zadaniu nie widniał jako projektant drogowy przy opracowywaniu dokumentacji projektowej”. W odpowiedzi na ww.

wezwanie wykonawca, pismem z 18 czerwca 2019 r., przekazał zamawiającemu stosowne wyjaśnienia, wskazując, iż Pan M. P. pełnił funkcję projektanta drogowego w ramach zadania pn. „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno- Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia Obwodnica miasta Poznania”. Formalnie powyższa funkcja nie została zgłoszona do zatwierdzenia przez zamawiającego, niemniej jednak Pan M. P. brał czynny udział w projektowaniu jako projektant drogowy.

Ponadto odwołujący, w dniu 2 lipca 2019 r., przekazał zamawiającemu także dodatkowe wyjaśnienia i uzupełnienia dotyczące doświadczenia Pana M. P. . Wskazał, że posiada on również doświadczenie w pełnieniu funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej w ramach realizacji zamówienia pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy - Bydgoszcz - granica województwa kujawsko - pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 3 części”, w zakresie Części 2 polegającej na „Pełnieniu nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Dworzysko” (bez węzła) do węzła „Aleksandrowo” (z węzłem) o długości około 22,4 km”. Odwołujący oświadczył, że Pan M. P. pełni funkcję Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej na ww. projekcie od dnia 27 listopada 2015 r. do dnia dzisiejszego.

Izba ustaliła także, że w dniu 29 sierpnia 2019 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W ocenie zamawiającego, odwołujący 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 publicznego. Zdaniem zamawiającego, rzekome informacje wprowadzające zamawiającego w błąd dotyczyły doświadczenia Pana M. P. . W związku z powyższym, w dniu 9 września 2019 r. odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z prawem czynności zamawiającego, polegającej na wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przedmiotowym odwołaniu podniósł zarzuty naruszenia: (i) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego bezzasadne zastosowanie i uznanie, że wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania; (ii) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub udzielenia dodatkowych wyjaśnień lub dokumentów, potwierdzających spełnianie przez Pana M. P. warunków udziału w postępowaniu; (iii) art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie uzasadnienia czynności

zamawiającego polegającej na wykluczeniu wykonawcy z postępowania w sposób lakoniczny i ogólny nie odnoszący się do poszczególnych przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Wyrokiem z dnia 26 września 2019 r. KIO uwzględniła odwołanie złożone przez odwołującego w zakresie zarzutu bezzasadnego uznania, że odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd zamawiającego, mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania, podczas gdy w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych oraz zarzutu sporządzenia uzasadnienia czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu wykonawcy z postępowania w sposób lakoniczny i ogólny, nie odnoszący się do poszczególnych przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji, Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, podjętej dnia 29 sierpnia 2018 r., oraz nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Izba ustaliła również, że w dniu 25 października 2019 r. zamawiający, działając w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko Głównego weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej - Pana M. P. w zakresie następujących kwestii:

1. podania daty uzyskania przez M. P. wpisu na listę właściwej Izby samorządu zawodowego, potwierdzonego zaświadczeniem wydanym przez tą Izbę oraz daty, od której Pan M. P. posiadał ubezpieczenie OC jako projektant;
2. wyjaśnienia na jakiej podstawie, uwzględniając treść regulacji art. 12 ust. 1 w związku z art. 12 ust. 7 ustawy Prawo budowlane, wykonawca uznał, że M. P. w okresie od czerwca 2008 roku do listopada 2009 roku posiadał uprawnienia budowlane, umożliwiające sprawowanie samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie jako projektant drogowy przy opracowaniu dokumentacji projektowej dla zadania: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania”, a w konsekwencji mógł wykazać się doświadczeniem na tym stanowisku;
3. wyjaśnienia sformułowania „czynny udział w projektowaniu jako projektant drogowy”, odnoszącego się do doświadczenia M. P. przy opracowaniu w okresie od czerwca 2008 r. do listopada 2009 r., dokumentacji projektowej dla zadania: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania”;
4. wyjaśnienia na jakiej podstawie faktycznej i prawnej (ze wskazaniem konkretnej podstawy prawnej) wykonawca uważa, że wskazany „czynny udział w projektowaniu” spełnia

- wymogi określone przez zamawiającego w SIWZ TOM I pkt 7.2.3. lit. b ppkt 13.;
5. wskazania czy i jakie działania zostały podjęte przez wykonawcę w celu dokonania należytej weryfikacji wskazanego w ofercie doświadczenia Pana M. P.;
 6. wyjaśnienia czy wykonawca przed złożeniem oświadczeń zawartych w ofercie dot. doświadczenia Pana M. P. żądał od niego przedstawienia dokumentów potwierdzających posiadanie doświadczenia przy opracowaniu dokumentacji projektowej dla zadania: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi SS Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania” oraz czy weryfikował posiadanie uprawnień do wykonywania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie Pana M. P. w okresie od czerwca 2008 roku do listopada 2009 r.

Zamawiający w tym samym piśmie, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał również odwołującego do wyjaśnień w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru budowy tuneli - Pana J. O. . Zamawiający wskazał przy tym, że jego wezwanie jest spowodowane otrzymaniem w dniu 15 października 2019 r. pisma od innego wykonawcy - Konsorcjum firm: Drogowa Trasa Średnicowa S.A i INKO Consulting Sp. z o.o. Zamawiający został poinformowany o podaniu rzekomo nieprawdziwych informacji w zakresie osoby wskazanej przez odwołującego do zajmowania stanowiska Głównego Inspektora Nadzoru budowy tuneli, w związku z czym wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień poprzez: „odniesienie się do kwestii przedstawionych przez Konsorcjum: Drogowa Trasa Średnicowa S.A. i INKO CONSULTING Sp. z o. o. i potwierdzenie czy i na jakiej podstawie faktycznej i prawnej (proszę o wskazanie konkretnej regulacji normatywnej stanowiącej podstawę do takiego stanowiska wykonawcy) wykonawca uznał, że Pan J. O. posiada doświadczenie zgodne z wymogami określonymi przez zamawiającego w SIWZ w ramach kryteriów oceny ofert”.

Na powyższe czynności odwołujący złożył odwołanie w dniu 4 listopada 2019 r. zarzucając, że zamawiający wykonując powtórnie czynności badania i oceny oferty odwołującego wezwał go do złożenia wyjaśnień, w zakresie przekraczającym uprawnienia zamawiającego wynikające z ustawy Pzp oraz w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności, jak również wbrew postanowieniom wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wydanego w dniu 26 września 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19 oraz podjęcie czynności związanych z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania przez osoby niezapewniające bezstronności i obiektywizmu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz

uczestnika postępowania odwoławczego, złożone ustnie do protokołu podczas rozprawy, Izba stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, Izba zwraca uwagę, że przepis ten zobowiązuje zamawiającego (zgodnie z przepisem zamawiający „wzywa”) do wyjaśnienia składanych przez wykonawcę w ofercie oświadczeń i dokumentów. Żądanie wyjaśnień może dotyczyć wszystkich oświadczeń i dokumentów wymienionych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a więc zarówno tych dotyczących potwierdzenia spełniania warunków podmiotowych i braku podstaw do wykluczenia, jak i tych, które są składane na potwierdzenie spełnienia wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Ponadto, inaczej niż ma to miejsce w przypadku procedury uzupełniania oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp, wezwanie o wyjaśnienie może być kierowane w danym postępowaniu kilkakrotnie i to w stosunku do tego samego oświadczenia lub dokumentu. Powodem może być zarówno fakt, iż pierwotne wyjaśnienia są niewystarczające ale też okoliczność, że w stosunku do tego samego dokumentu pojawiły się, w toku postępowania, inne jeszcze wątpliwości. Stanowisko takie potwierdzono zarówno w doktrynie, jak też w orzecznictwie KIO. Izba nie podziela zatem stanowiska odwołującego, że zamawiający był ograniczony co do możliwości wezwania w zakresie tych kwestii, które w jego ocenie miały na celu wyjaśnienie niejasnych czy sprzecznych informacji, zawartych w przedłożonych przez odwołującego dokumentach i oświadczeniach.

W niniejszej sprawie równie istotna, dla oceny zasadności przedmiotowego zarzutu jest okoliczność, że Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 26 września 2019 r. o sygn. akt 1754/19, uwzględniając odwołanie wniesione przez odwołującego i nakazując zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w uzasadnieniu wskazała, że zamawiający niezasadnie wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Z treści uzasadnienia wynika, że wykluczenie uznano za niezgodne z przepisami ustawy Pzp w związku z tym, że zamawiający w sposób niewystarczający uzasadnił tę czynność, do czego był zobligowany podejmując decyzję w tym zakresie. Z dalszej części uzasadnienia wyroku wynika, że zamawiający winien wyczerpująco odnieść się do wszystkich przesłanek wynikających z treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i dopiero wówczas wykluczenie takie może być skuteczne.

Nie sposób uznać, jak chce tego odwołujący, że Izba przesądziła w treści wyroku, że wobec niego nie zaistniały podstawy do wykluczenia z postępowania. Stwierdziła jedynie, że zamawiający w uzasadnieniu decyzji w sposób niewystarczający uzasadnił podstawy faktyczne wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp, co w ocenie składu orzekającego w sprawie KIO 1754/19 skutkowało jednocześnie uznaniem, że także nie wykazał trafności swojego stanowiska, co do samej konieczności czynności

wykluczenia odwołującego na podstawie tego przepisu. Izba wskazała również, że „w konsekwencji od ewentualnych ustaleń zamawiającego w toku ponownego badania i oceny ofert, jak i ewentualnego wykazania i wyczerpującego uzasadnienia wszystkich trzech przesłanek, a więc także drugiej z nich będzie zależało czy była podstawa prawna do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17”. Skład orzekający w sprawie KIO 1754/19 jednoznacznie zatem stwierdził, że nie wszystkie okoliczności zostały przez zamawiającego wskazane w uzasadnieniu. Nie przesądził przy tym, czy zamawiający jedynie w sposób niedostateczny sporządził swoje uzasadnienie, czy też winien dodatkowo zbadać okoliczności, które budzą jego uzasadnione wątpliwości, a dotyczą złożonych przez wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu. Izba stwierdziła jedynie, że w toku ponownego badania ofert zamawiający „winien ocenić, na ile wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 lub ust. 4 jest konieczne, czyli przydatne w przedmiotowej sprawie i dopuszczalne przez przepisy Pzp”. Nie zawarto więc wprost dyspozycji dla zamawiającego, jakie czynności winien wykonać w ramach powtórzonych czynności badania i oceny ofert, jednakże w świetle oceny dokonanej przez Izbę w cytowanym wyroku co do tego, że uzasadnienie wykluczenia jest niewystarczające i w przypadku, gdyby istniały okoliczności skutkujące koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający winien w sposób szczegółowy przedstawić uzasadnienie faktyczne podjętej decyzji - działanie zamawiającego należy uznać za uzasadnione. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający powziął wątpliwości co do treści złożonych przez odwołującego oświadczeń i dokumentów, a wątpliwości te były tej natury, że dotyczyły okoliczności czy odwołujący przedstawiając określone informacje przedstawił je zgodnie z prawdą. Zamawiający miał zatem prawo te okoliczności wyjaśnić.

Tym samym, powołując się na powyższy przepis, zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie tych kwestii, które dotycząc dokumentów i oświadczeń składanych w toku postępowania, jednocześnie miały rozwiać wątpliwości zamawiającego. Niesporne jest, że wszystkie kwestie, będące przedmiotem wezwania do wyjaśnień, dotyczyły osoby Pana M. P., wskazanego w „Wykazie osób” jako Główny weryfikator dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej. Zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie odnoszącym się do tej osoby, w kwestiach dotyczących złożonych w wykazie oświadczeń. Wezwanie dotyczyło tych oświadczeń, które wzbudziły wątpliwości zamawiającego czy też czyniły niemożliwym, w jego ocenie, dokonanie prawidłowej weryfikacji czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do poszczególnych pytań, zadanych przez zamawiającego w piśmie z 25 października 2019 r. Izba zauważa co następuje.

Kwestia będąca przedmiotem pierwszego pytania tj. kiedy Pan M. P. uzyskał wpis na listę właściwej Izby samorządu zawodowego ma, w ocenie zamawiającego, kluczowe

znaczenie dla oceny spełnienia warunku. Zamawiający wyjaśnił to przedstawiając swoją argumentację, uzasadniając zakres przedmiotowego wezwania. Odwołujący brak możliwości wezwania do złożenia wyjaśnień w tym zakresie wywodził nie z samego brzmienia przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, ale raczej polemizując z twierdzeniami zamawiającego, że z treści SIWZ nie wynikało, że miała być to osoba wpisana na listę właściwej Izby samorządu zawodowego, ani tym bardziej osoba sprawująca samodzielną funkcję techniczną w budownictwie. Jeśli odwołujący nie zgadzał się z taką interpretacją zamawiającego miał możliwość, w piśmie które skierowałby do niego w odpowiedzi na zadane pytanie, odnieść się do tej okoliczności.

Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku drugiego pytania, dotyczącego okoliczności na jakiej podstawie, uwzględniając treść regulacji art. 12 ust. 1 w związku z art. 12 ust. 7 ustawy Prawo budowlane, wykonawca uznał, że M. P. w okresie od czerwca 2008 roku do listopada 2009 roku posiadał uprawnienia budowlane, umożliwiające sprawowanie samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie jako projektant drogowy przy opracowaniu dokumentacji projektowej dla zadania: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania”, a w konsekwencji mógł wykazać się doświadczeniem na tym stanowisku. Również ta informacja, jak wyjaśnił zamawiający, miała na celu dokonanie oceny, w kontekście sformułowanych warunków udziału w postępowaniu, czy odwołujący warunki te spełnia. Okoliczność, że odwołujący w sposób odmienny interpretuje treść warunku nie odbiera zamawiającemu prawa do żądania takich wyjaśnień. Nie ulega wątpliwości, że kwestie, które są przedmiotem dociekań zamawiającego związane są z tym, czy wskazana na stanowisko projektanta drogowego osoba, posiadała stosowne uprawnienia, umożliwiające sprawowanie samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie.

Nie ulega również, w ocenie składu orzekającego wątpliwości, że zamawiający w toku badania i oceny oferty miał prawo zwrócić się do odwołującego, aby ten wyjaśnił jak rozumie sformułowanie „czynny udział w projektowaniu jako projektant drogowy”, odnoszącego się do doświadczenia M. P. przy opracowaniu w okresie od czerwca 2008 r. do listopada 2009 r., dokumentacji projektowej dla zadania: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania”. Sam odwołujący, odpowiadając wcześniej na pytania zamawiającego takiego sformułowania użył, nie precyzując jednocześnie jakie czynności były przez tę osobę wykonywane. Zamawiający miał zatem uprawnienie do żądania dalszych wyjaśnień w tym zakresie, celem stwierdzenia, czy spełniony został warunek posiadania przez wskazaną osobę doświadczenia na stanowisku projektanta drogowego.

Kolejne pytanie dotyczyło wyjaśnienia przez odwołującego kwestii na jakiej podstawie faktycznej i prawnej (ze wskazaniem konkretnej podstawy prawnej) uważa on, że wskazany

„czynny udział w projektowaniu” spełnia wymogi określone przez zamawiającego w SIWZ TOM I pkt 7.2.3. lit. b ppkt 13. Niewątpliwie pytanie to jest wynikiem rozbieżności, które wyniknęły w zakresie sposobu rozumienia warunku udziału w postępowaniu, podczas rozprawy toczącej się w wyniku wniesienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19. Zamawiający dokonując odmiennej interpretacji co do brzmienia warunku uznał, że odwołujący wprowadził w błąd zamawiającego przedstawiając mu określone informacje i w rezultacie wykluczył go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba, orzekając w tym przedmiocie zwróciła uwagę zamawiającego, że przedstawiając informacje w Wykazie osób wykonawca był pewny, co do informacji zawartych w wykazie doświadczenia, stąd ich przedstawienie w aktualnym postępowaniu. Wywodziła to z faktu, że analogiczne informacje odwołujący przedstawiał w innych postępowaniach, organizowanych przez inne oddziały GDDKiA, a zatem miał podstawy uznać te informacje za odpowiadające treści warunku. Izba zwróciła również uwagę, że „Zamawiający nie wykazał żadnego zainteresowania okolicznościami, jakie były podstawy przedstawienia doświadczenia wskazanej osoby na danym zadaniu, co czyniło, że odwołujący był ich pewny, skoro miała ona inne adekwatne doświadczenie na innych zadaniach, co wynikało z pisma odwołującego z 02.07.2019 r. i dokonanej weryfikacji w tym zakresie przez zamawiającego. Nadto, zamawiający również nie był zainteresowany dlaczego odwołujący uważa, co pośrednio wynika z wyjaśnień z 18.06.2019 r., że czynny udział w projektowaniu spełnia wymogi z pkt 7.2.3 lit. b ppkt 13 SIWZ, czy wiąże się to z odmiennym odczytywaniem wymogu”. W kontekście przedmiotowych zastrzeżeń, sformułowanych przez skład orzekający w sprawie KIO 1754/19 nie sposób uznać, że zamawiający nie miał podstaw, aby o takie wyjaśnienia zwrócić się do wykonawcy. Należy podkreślić, że treść żądania nie wykraczała poza dyspozycję przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, dodatkowo Izba w swoim wyroku w sprawie KIO 1754/19 poczyniła w tym zakresie pewne sugestie, formułując uwagi dotyczące sposobu prowadzenia postępowania wyjaśniającego i zakresu jaki powinien leżeć w sferze zainteresowania zamawiającego.

Odnosząc się z kolei do kwestii żądania wyjaśnień w zakresie: wskazania czy i jakie działania zostały podjęte przez wykonawcę w celu dokonania należytej weryfikacji wskazanego w ofercie doświadczenia Pana M. P. oraz czy wykonawca przed złożeniem oświadczeń zawartych w ofercie dot. doświadczenia Pana M. P. żądał od niego przedstawienia dokumentów potwierdzających posiadanie doświadczenia przy opracowaniu dokumentacji projektowej dla zadania: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi SS Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania” oraz czy weryfikował posiadanie uprawnień do wykonywania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie Pana M. P. w okresie od czerwca 2008 roku do listopada 2009 r. okoliczności te również wynikają z treści orzeczenia w sprawie KIO 1754/19. Sam odwołujący, cytując stosowne fragmenty

uzasadnienia wydanego orzeczenia wskazuje, że istotne znaczenie w sprawie, w ocenie Izby, miała okoliczność czy odwołujący przygotowując ofertę zweryfikował informacje, które znalazły się w treści Wykazu osób. Przy czym nie sposób się zgodzić z odwołującym, że pytania zamawiającego zmierzają do poszukiwania zarzutów, które mogłyby uzasadniać ponowne wykluczenie odwołującego z postępowania. Zamawiający takiej decyzji nie podjął. Dał odwołującemu niejako możliwość „wytlumaczenia” niektórych kwestii i przedstawienia swojej argumentacji w tym zakresie.

Nie można również pominąć okoliczności, że z przywoływanego już wielokrotnie uzasadnienia wyroku Izby w sprawie KIO 1754/19 wynikają pewne kwestie, których wyjaśnienia zamawiający zaniechał. Izba wprost wskazała jakie ma zastrzeżenia do prowadzonego przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego, stąd wezwanie zamawiającego, skierowane do odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, należy uznać za oparte w treści przepisu i zgodne z uzasadnieniem wyroku KIO.

Przechodząc z kolei do zarzutu odwołującego, naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Izba uznała, że nieuprawnione są twierdzenia odwołującego, że w przypadku gdy zamawiający uzna, że dotychczas składane wyjaśnienia są niewystarczające dla potwierdzenia, że dany wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, winien on wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący pomija okoliczność, że wezwanie takie może być skierowane do wykonawcy jedynie wówczas, gdy złożone dokumenty zawierają informacje zgodne z prawdą. W innym przypadku najpierw materializuje się przesłanka wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W takim przypadku zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania, albowiem nie może wezwać go do zastąpienia informacji niezgodnej z rzeczywistością informacją prawdziwą. Tym samym również w tym kontekście nietrafiony jest zarzut, że wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp kierowane do odwołującego, ma na celu jedynie potwierdzenie, że zaistniała wobec niego podstawa do wykluczenia go z postępowania. W świetle powyższych wątpliwości, na wcześniejszym etapie postępowania, także co do prawdziwości i rzetelności oświadczeń składanych przez odwołującego wyjaśnienie wszystkich wątpliwych kwestii było zatem konieczne, aby zamawiający mógł stwierdzić, czy wszystkie informacje przekazane przez niego były zgodne z rzeczywistością. Dopiero w przypadku uznania, że nie zaistniała przesłanka do wykluczenia odwołującego z postępowania, mógłby wezwać go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba uznała również za niezasadny zarzut odwołującego naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten, w odróżnieniu od regulacji opisanej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp służy do tego aby w przypadku, gdy zamawiający poweźmie jakiegokolwiek wątpliwości co do treści złożonej przez wykonawcę oferty, mógł żądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień. Wyjaśnienia mogą dotyczyć wszystkich elementów

oferty zarówno jej zawartości merytorycznej, jak i warunków wykonania zamówienia. Jedynym ograniczeniem w tym zakresie jest to, że zakres żądanych wyjaśnień nie może prowadzić do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą co do treści oferty i dokonywanie w niej jakichkolwiek zmian czy uzupełnień, poza czynnościami określonymi w art. 87 ust. 1a i ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający wzywając go do wyjaśnień pismem z 25 października 2019 r. naruszył cytowaną normę, gdyż treść pytań wykracza poza zakres złożonej oferty, gdyż zamawiający oczekuje podania informacji w zakresie doświadczenia osoby mającej realizować zamówienie - wskazanego na stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru budowy tuneli Pana J. O. . Odwołujący pomija jednak okoliczność, że doświadczenie tej osoby miało nie tylko wpływ na ocenę spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu, opisanych w pkt. 7.2 ppkt 3 lit. b SIWZ, ale było także podstawą do przyznania punktów w ramach kryteriów oceny ofert (kryterium „Doświadczenie personelu”). Tym samym zamawiający, w przypadku gdy powziął wątpliwości co do posiadanych przez tą osobę kwalifikacji zawodowych, odpowiednich jego zdaniem do funkcji, jaka zostanie tej osobie powierzona, miał prawo wezwać do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie. Bez znaczenia w tym przypadku jest z jakiego źródła zamawiający powziął informacje, które stanowiły następnie podstawę wezwania. Źródłem takim może być również pismo innego wykonawcy, w tym przypadku przystępującego. Skład orzekający nie podziela również stanowiska odwołującego, że wątpliwości zamawiającego nie mogą zrodzić się w wyniku informacji pozyskiwanych z sieci Internet. Przecież nie sama informacja w takim przypadku decyduje o uznaniu danej oferty za niezgodną z SIWZ, czy o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, ale jest podstawą do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy informacjami powszechnie dostępnymi w sieci Internet a oświadczeniami składanymi przez wykonawcę w ofercie. Procedura, jaką zastosował zamawiający, była zatem zgodna z przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Fakt, że zamawiający zacytował treść pisma przystępującego w treści wezwania nie zmienia faktu, że zadane przez zamawiającego pytanie zmierza do wyjaśnienia wątpliwości, które ma w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru budowy tuneli. Zamawiający zwrócił też uwagę, że odpowiadając na pytania wykonawców, pismem z 1 października 2018 r., udzielił między innymi wyjaśnień w odniesieniu do osoby proponowanej na to stanowisko. Zamawiający, odpowiadając na pytanie nr 36, sprecyzował sposób rozumienia warunku udziału w postępowaniu, wskazując również jakie doświadczenie musi posiadać osoba pełniąca tę funkcję. Odwołujący nie może zatem, na obecnym etapie postępowania, twierdzić, że żądanie wyjaśnień w zakresie dotyczącym tego czy osoba wskazana przez niego tj. Pan J. O. spełnia te warunki (w rozumieniu takim, jaki opisał to zamawiający w SIWZ), wykracza poza treść przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Z kolei w zakresie w jakim odwołujący podnosił, że doszło do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez podejmowanie czynności związanych z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania przez osoby niezapewniające bezstronności i obiektywizmu, co skutkowało podjęciem wobec odwołującego czynności niezgodnej z ustawą Pzp, polegającej na wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wykraczającym poza treść oferty oraz załączonych do niej dokumentów oraz przedstawienie przez zamawiającego w przedmiotowym wezwaniu stanowiska innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu i bezpodstawne zobowiązanie odwołującego do ustosunkowania się do tego stanowiska, Izba uznała, że zarzut ten nie znajduje oparcia w dokumentacji prowadzonego postępowania.

Jak już wcześniej wskazano fakt, że zamawiający sformułował swoje wątpliwości co do złożonej przez odwołującego oferty, na podstawie informacji przekazanych przez przystępującego nie dowodzi, że zamawiający prowadzi postępowanie z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych. Nie potwierdziła się również okoliczność, że zamawiający przekazał przystępującemu jakiekolwiek informacje na temat przyznanej odwołującemu ilości punktów w kryterium „Doświadczenie personelu”. Jak wskazywał zamawiający w dniu 20 września 2018 r. dokonana została zmiana SIWZ, w tym w zakresie punktacji przyznawanej w kryterium oceny ofert „Doświadczenie personelu”. Odwołujący nie mógł zatem uzyskać 3 pkt w tym kryterium, bowiem zamawiający, po zmianie SIWZ mógł przyznać albo 2 pkt albo też 4,5 pkt.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....