

Sygn. akt: KIO 2385/11

Sygn. akt: KIO 2389/11

WYROK

z dnia 17.11.2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: **Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17.11.2011 r.** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **04.11.2011 r.** przez wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** (sygn. akt: KIO 2385/11)
- B. w dniu **04.11.2011 r.** przez wykonawcę **Eurovia Polska SA., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce, adres do korespondencji: Oddział Mysłowice/Region Południe, ul. Sosnowiecka 11, 41-400 Mysłowice** (sygn. akt: KIO 2389/11)

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Częstochowa - Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie, ul. Popiełuszki 4/6, 42-217 Częstochowa**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Eurovia Polska SA., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce, adres do korespondencji: Oddział Mysłowice/Region Południe, ul. Sosnowiecka 11, 41-400 Mysłowice** oraz **Bilfinger Berger Budownictwo S.A., ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2385/11** po stronie zamawiającego

B. wykonawcy **Bilfinger Berger Budownictwo S.A., ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2389/11** po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** i **Eurovia Polska SA., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce**, adres do korespondencji: **Oddział Mysłowice/Region Południe, ul. Sosnowiecka 11, 41-400 Mysłowice** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** i **Eurovia Polska SA., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce**, adres do korespondencji: **Oddział Mysłowice/Region Południe, ul. Sosnowiecka 11, 41-400 Mysłowice** tytułem wpisów od odwołań,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 2385/11

Sygn. akt: KIO 2389/11

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla projektu: „Przebudowa DK-1 w Częstochowie, budowa wiaduktu na skrzyżowaniu z DK-46; połączenie z ul. Srebrną”*, zostało wszczęte przez Gminę Miasto Częstochowa - Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie, ul. Popiełuszki 4/6, 42-217 Częstochowa zwany dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 123-203829 z 30.06.2011 r.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2385/11:

W dniu 26.10.2011 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze ofert najkorzystniejszej Bilfinger Berger Budownictwo S.A., ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa zwanej dalej: *„Bilfinger Berger Budownictwo S.A.”* albo *„Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 2385/11 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 2389/11”*. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła Eurovia Polska SA., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce, adres do korespondencji: Oddział Mysłowice/Region Południe, ul. Sosnowiecka 11, 41-400 Mysłowice zwany dalej: *„Eurovia Polska SA.”* albo *„Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 2385/11”* albo *„Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 2389/11”*, zaś trzecią pozycję Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa zwana dalej: *„Mostostal Warszawa S.A.”* albo *„Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 2385/11”*.

W dniu 04.11.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp”*, Mostostal Warszawa S.A. wniósł odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 04.11.2011 r. (faxem i e-mailem). Na wybór najkorzystniejszej oferty oraz zaniechanie wykluczenia i w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez Bilfinger Berger Budownictwo SA, a także zaniechanie odrzucenia oferty Eurovia Polska SA, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez niewykluczenie z postępowania Bilfinger Berger Budownictwo S.A. z uwagi na niewykazanie się spełnieniem

przez tego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia złożonej przezeń oferty;

2) art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Eurovia Polska SA z uwagi na niezłożenie wyjaśnień co do elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty i niedostarczenie dowodów potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia pomimo wezwania Zamawiającego w tym zakresie;

3) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

4) oraz innych przepisów wskazanych w treści odwołania. Wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2) powtórne badanie i ocenę ofert w postępowaniu oraz wykluczenie z postępowania i w konsekwencji odrzucenie oferty złożonej przez Bilfinger Berger Budownictwo S.A. z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz odrzucenie oferty Eurovia Polska SA z uwagi na niezłożenie wyjaśnień, co do elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty i niedostarczenie dowodów potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia pomimo wezwania Zamawiającego w tym zakresie.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia, a następnie odrzucenia oferty złożonej przez Bilfinger Berger Budownictwo S.A. z uwagi na niepotwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, Odwołujący wskazał na opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, określonym przez Zamawiającego w cz. III pkt 2.3 ppkt 2 lit. a) Ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący podnosił, iż w/w Wykonawca nie potwierdził spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący podnosił, że ze złożonego wraz z Wykazem dokumentu referencyjnego do poz. 1, jednoznacznie wynika, że Biuro Projektów A-Propol s.c, którego potencjał wykorzystał Bilfinger Berger Budownictwo S.A., w okresie od 21.07.2008 r. do 15.12.2008 r. opracowało jedynie: „aktualizację dokumentacji projektowej” dla rzeczonyj inwestycji, w odróżnieniu od opisu w poz. 1 Wykazu. Powyższe określenie znalazło swe odzwierciedlenie w rzeczonym dokumencie dwukrotnie, przez co należy przypuszczać, że użyta przez wystawcę referencji nomenklatura nie była przypadkowa i bezspornie wskazuje, że użyte tu określenia nie odpowiadają w rozumieniu Prawa budowlanego kompleksowemu wykonaniu opracowania dokumentacji projektowej od początku. Zwracamy tu uwagę, że

pojęcie: „wykonać” według definicji Słownika Języka Polskiego PWN to inaczej: „zrobić coś”, czyli „odpowiednimi działaniami spowodować powstanie czegoś”. Nie ulega więc wątpliwości, że pojęcie: „aktualizacji” odnosi się do stanu już istniejącego (odtworzonego i modyfikowanego), a nie tworzonego od początku.

Dla Odwołującego bezsporne jest, że Zamawiający żądając od Wykonawców wykazania się doświadczeniem: „w zakresie wykonania co najmniej jednej dokumentacji projektowej” oczekiwał wykazania się kompleksowym wykonaniem dokumentacji od podstaw, dlatego też wykazane w poz. 1 Wykazu zadanie nie może być uznane jako równoznaczne z wykonaniem dokumentacji projektowej od początku. Celem tak sformułowanego warunku wiedzy i doświadczenia potencjalnego Wykonawcy jest osiągnięcie przez Zamawiającego pewności, że Wykonawca ten należycie zrealizuje dane zamówienie. Istotna jest zatem m.in. złożoność prac, których wykonaniem Wykonawca wykazuje się w swojej ofercie. Referencje dołączane do Wykazu nie mogą więc budzić jakichkolwiek wątpliwości i bezspornie uprawdopodobniać okoliczności ujęte w Wykazie. Odwołujący przywołał wyrok KIO o sygn. akt: KIO/UZP 669/10 oraz o sygn. akt: KIO 96/11. Odwołujący przypomniał, że Zamawiający przy ocenie i badaniu ofert musi kierować się przede wszystkim literalnym brzmieniem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, i nie może na tym etapie dokonywać ich zmian. Co więcej - ma obowiązek zweryfikować, czy Wykonawcy spełniają postawione przez siebie warunki udziału i nie ma prawa dopiero w tym stadium postępowania zdecydować, że warunki są nadmierne bądź zbyt rygorystyczne, przez co zrezygnować z ich weryfikacji.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż pomimo ewidentnej niespójności pomiędzy informacjami zawartymi w Wykazie, a dokumentem referencyjnym Zamawiający nie podjął żadnych czynności wyjaśniających w tym zakresie. Odwołujący podkreślił, że wskazane rozbieżności pomiędzy dokumentem referencyjnym podmiotu udostępniającego swój potencjał a informacjami zawartymi w Wykazie złożonym w ofercie Bilfinger Berger Budownictwo S.A. powinny wzbudzić zasadnicze wątpliwości Zamawiającego, co do potwierdzenia spełnienia warunku i skłonić go do wezwania tego Wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, bądź przeprowadzenia odrębnych czynności wyjaśniających.

Nie ulega wątpliwości, że dołączony do oferty *Wykaz wykonanych prac projektowych*, którego wzór określił przecież sam Zamawiający w oparciu o sformułowany przez siebie warunek wyraźnie odnosi się do wykonania prac od początku. Wskazane w Wykazie daty, które odpowiadają podanym w referencji datom aktualizacji opracowania, jak też informacje zawarte w opisie wykonanych prac pozwalają sądzić, że sporządzający Wykaz mógł chcieć świadomie wprowadzić w błąd Zamawiającego, co do oceny spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Odwołujący zwraca uwagę, że w przypadku potwierdzenia się

wątpliwości Odwołującego, że podmiot udostępniający swój potencjał w istocie nie wykonał kompleksowej dokumentacji projektowej zgodnie z wymogiem Zamawiającego - w świetle podanych w Wykazie informacji winno to skutkować uznaniem, że dopuszczono się podania nieprawdziwych informacji i wykluczeniem wybranego Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp - bez możliwości zastosowania uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, jako w tej sytuacji niedopuszczalnego. W konsekwencji winno dojść więc również do odrzucenia oferty Bilfinger Berger Budownictwo S.A. na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Eurovii Polska SA na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 12.10.2011 r. wezwał Eurovę Polska SA do złożenia wyjaśnień/uzupełnień oferty złożonej w postępowaniu, w tym w pkt 3 powołanego pisma jednoznacznie jako podstawę wezwania przywołał art. 90 ust. 1 Pzp. W żądaniu tym Zamawiający określił: *„Na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zwraca się z prośbą o potwierdzenie należytego wykonania zamówienia w zakresie ujętym w siwz (obliczenie ceny zgodnie z zapisami określonymi w pkt 18 siwz, załączniku 8/1 siwz, cz. II siwz - Kontrakt) za oferowaną kwotę tj. 73.436.056,60 złotych brutto i we wskazanych w ofercie terminach - ostateczny termin do 15.11.2013 r.”* Odwołujący wskazał, że w świetle takiego sformułowania wezwania przez Zamawiającego, nie powinno być wątpliwości, iż intencją Zamawiającego było żądanie wyjaśnień w zakresie elementów cenotwórczych oferty.

Na marginesie wskazał, iż analogiczna treść wezwań w zakresie art. 90 ust. 1 Pzp sformułowana została także wobec Odwołującego i Bilfinger Berger Budownictwo S.A., co przez wskazaną konkurencję zostało zrozumiane jako konieczność złożenia szczegółowych wyjaśnień w kontekście obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość ceny.

Niezależnie od powyższego, Eurovia Polska SA w dniu 14.10.2011 r. w odniesieniu do tej części wezwania wystąpiła do Zamawiającego z zapytaniem o następującej treści: *„W nawiązaniu do otrzymanego pisma z dn. 12.10.2011 r., znak MZDiT.ZP.3411-210/2011, wnosimy o wyjaśnienie, dlaczego w pkt 3 Zamawiający powołuje się na art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do terminu wykonania. Wskazany przepis dotyczy jedynie kwestii wyjaśnień czy cena jest rażąco niska. W związku z powyższym wnosimy o potwierdzenie, że Zamawiający wymaga potwierdzenia należytego wykonania zamówienia za oferowaną kwotę, tj. 73.436.056,60 zł. Jednocześnie informujemy, że niniejsze pismo nie stanowi odpowiedzi na wezwanie z dn. 12.10.2011, znak MZDiT.ZP.3411-210/2011; stosownej odpowiedzi udzielimy w żądanym terminie. Prosimy o udzielenie odpowiedzi w czasie umożliwiającym udzielenie odpowiedzi w narzuconym przez Zamawiającego terminie.”*

W odpowiedzi jeszcze tego samego dnia Zamawiający poinformował Eurovę Polska SA, że *„wymaga potwierdzenia należytego wykonania zamówienia za oferowaną cenę”*

wskazując jednocześnie, że „(...) *Potwierdzenie ostatecznego terminu wykonania zamówienia wpływa w znacznym stopniu na należyte wykonanie zamówienia i niejednokrotnie ma wpływ na wysokość proponowanej ceny przez Wykonawcę. W związku z powyższym prosimy również o potwierdzenie, iż zamówienie zostanie wykonane w wymaganym terminie.*”

Odwołujący podnosił, że z przytoczonej treści pisma Zamawiającego bezspornie wynika, że Zamawiający nie zrezygnował z wszczętej wobec Eurovii Polska SA procedury wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, Treść odpowiedzi potwierdza, że Zamawiający był zainteresowany poznaniem czynników cenotwórczych oferty, podając w odpowiedzi, iż potwierdzenie ostatecznego terminu ma wpływ właśnie na wysokość proponowanej ceny. Nie bez znaczenia jest tu użycie przez Zamawiającego w dalszej części wypowiedzi spójnika „*również*”, co zdaniem Odwołującego należy odczytywać jako niezależne od konieczności wyjaśnienia pozostałych czynników cenotwórczych, w szczególności tych, o których mowa w art. 90 ust. 2 Pzp.

Pomimo dość jasno przedstawionego stanowiska Zamawiającego, Eurovia Polska SA pismem doręczonym mu 19.10.2011 r. w zakresie żądania zawartego w pkt 3 wezwania udzieliła wyjaśnień, które absolutnie nie powinny zostać uznane za wystarczające, ponieważ uniemożliwiały one Zamawiającemu obiektywną ocenę co do znamion rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca udzielił następującej odpowiedzi: *„Potwierdzamy, że wykonamy należycie zamówienie w zakresie ujętym w siwz (obliczenie ceny zgodnie z zapisami określonymi w pkt 18 siwz, załączniku 8/1 siwz, cz. II siwz - Kontrakt z uwzględnieniem wyjaśnień zamawiającego), za oferowaną kwotę, tj. 73 436 056,60 złotych brutto i we wskazanych w ofercie terminach - ostateczny termin do 15.11.2013 r.”*

Odwołujący zwrócił uwagę, że tak sformułowane wyjaśnienia choć dokonane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nie odnoszą się do żadnych obiektywnych czynników, o których mowa w art. 90 ust. 2 Pzp i nie pozwalają Zamawiającemu na ocenę, czy zaoferowana cena jest rażąco niska. W konsekwencji oferta Eurovii Polska SA powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp nie ze względu na to, że cena jest rażąco niska, lecz w oparciu o domniemanie prawne wynikające ze złożenia niedostatecznych wyjaśnień. W kontekście powyższego przywołał wyrok KIO z 13.08.2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP 752/08, KIO/UZP 788/08, KIO/UZP 789/08.

Podkreślił, że zarówno Bilfinger Berger Budownictwo S.A., jak i Odwołujący nie mieli wątpliwości, jak traktować wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i dokonali odpowiednich wyjaśnień. Błędne przekonanie Zamawiającego co do oceny uzyskanych wyjaśnień jako dostatecznych i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Eurovii Polska SA nie może tu stanowić usprawiedliwienia dla działań naruszających równe traktowanie i uczciwą

konkurencję w postępowaniu, a tym samym - naruszania naczelných zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w dniu 04.11.2011 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 07.11.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Eurovia Polska SA., zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Odwołujący prawie wiernie (pomijając kilka znaków interpunkcyjnych, co nie ma żadnego znaczenia) cytuje treść korespondencji między Zamawiającym, a Przystępującym. Odwołujący podkreśla w sposób niedopuszczalny niektóre fragmenty tekstu, których to podkreśleń w oryginalnym tekście nie ma. Rzecz jasna podkreślenia takie są dopuszczalne, jeżeli mają zwrócić uwagę na istotne fragmenty tekstu. Tyle tylko, że w tym przypadku podkreślenia mają służyć niedopuszczalnej próbie manipulacji ze strony Odwołującego. Przesłanie Odwołującego jest następujące: Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp zwrócił się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz Przystępujący nie złożył wyjaśnień, w związku z czym złożona przez niego oferta powinna być odrzucona. Odwołujący wprost bowiem pisze: *„Zamawiający pismem z dnia 12.10.2011 r. wezwał Eurovię do złożenia wyjaśnień/uzupełnień oferty złożonej w postępowaniu, w tym w pkt 3 powołanego pisma jednoznacznie jako podstawę wezwania przywołał art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W żądaniu tym Zamawiający określił:”* i dalej następuje cytata z pisma Zamawiającego z dnia 12.10.2011 r., a po nim wniosek: *„Odwołujący wskazuje, że w świetle takiego sformułowania wezwania przez Zamawiającego, nie powinno być wątpliwości, iż intencją Zamawiającego było żądanie wyjaśnień w zakresie elementów cenotwórczych oferty”*. Po kolejnych dwóch cytatach z pisma Przystępującego z dnia 14.10.2011 r. i odpowiedzi Zamawiającego z tegoż dnia, Odwołujący podnosi: *„(...) z przytoczonej treści pisma Zamawiającego bezspornie wynika, że Zamawiający nie zrezygnował z wszczętej wobec Eurovii procedury wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Treść odpowiedzi potwierdza, że Zamawiający był zainteresowany poznaniem czynników cenotwórczych oferty, podając w odpowiedzi, iż potwierdzenie ostatecznego terminu ma wpływ właśnie na wysokość proponowanej ceny. Nie bez znaczenia jest tu użycie przez Zamawiającego w dalszej części wypowiedzi spójnika „również”, co zdaniem Odwołującego należy odczytywać jako niezależne od konieczności wyjaśnienia pozostałych czynników cenotwórczych, w szczególności tych, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp”*. W dalszym ciągu Odwołujący stwierdza: *„Pomimo dość jasno*

przedstawionego stanowiska Zamawiającego, Eurovia pismem doręczonym mu 19.10.2011 r. (kopia pisma - w załączeniu) w zakresie żądania zawartego w pkt 3 wezwania udzieliła wyjaśnień, które absolutnie nie powinny zostać uznane za wystarczające (...)", po czym Odwołujący przytacza fragment wskazanego pisma, a po nim wniosek końcowy: „Odwołujący zwraca tu uwagę, że tak sformułowane wyjaśnienia choć dokonane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie odnoszą się do żadnych obiektywnych czynników, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp i nie pozwalają Zamawiającemu na ocenę czy zaoferowana cena jest rażąco niska. W konsekwencji oferta Eurovii powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie ze względu na to, że cena jest rażąco niska, lecz w oparciu o domniemanie prawne wynikające ze złożenia niedostatecznych wyjaśnień”. W tym kontekście Odwołujący przytacza fragment wyroku KIO, by następnie stwierdzić naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp: „Błędne przekonanie Zamawiającego co do oceny uzyskanych wyjaśnień jako dostatecznych i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Eurovii nie może tu stanowić usprawiedliwienia dla działań naruszających równe traktowanie i uczciwą konkurencję w postępowaniu, a tym samym - naruszenie naczelnych zasad udzielania zamówień wyrażonych w art. 7 ustawy Pzp”.

Zauważył, że Zamawiający w pkt 3 pisma z dnia 12.10.2011 r. nie wzywał Przystępującego do złożenia (udzielenia) jakichkolwiek wyjaśnień, w tym dotyczących ceny. O jakimkolwiek wezwaniu do złożenia (udzielenia) wyjaśnień nie ma mowy w piśmie Zamawiającego z dnia 14.10. 2011 r., Przystępujący pismem doręczonym Zamawiającemu w dniu 19.10.2011 r. żadnych wyjaśnień nie składał.

Pismo z dnia 12.10.2011 r. zostało oznaczone przez Zamawiającego jako „Wezwanie do złożenia wyjaśnień/uzupełnień”. Po tytule pisma i zwrocie grzecznościowym („Szanowni Państwo”), Zamawiający, przywołując jako podstawę art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, wezwał Przystępującego (wszystkie wytłuszczenia i podkreślenia pochodzą od Przystępującego) „do złożenia wyjaśnień/uzupełnień dotyczących oświadczeń i dokumentów”, co wprost jest objęte normą przywołanego przepisu art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Następnie Zamawiający napisał „Wyjaśnienie/uzupełnienie dotyczące treści złożonej oferty w zakresie jak niżej:”, rozumiejąc ofertę jako ofertę sensu largo, czyli jako właściwą ofertę (sensu stricto) ze złożonymi wraz z nią oświadczeniami i dokumentami (art. 44 Pzp), po czym wskazał zakres wyjaśnień/uzupełnień dotyczący wykazu osób i dwóch referencji, który to zakres ujął w pkt 1 lit. a („W zakresie (...) prosimy o wyjaśnienie i uzupełnienie powyższego”), pkt 1 lit. b („W zakresie (...) prosimy o wyjaśnienie lub uzupełnienie powyższego”) oraz z w pkt 2 („W zakresie (...) prosimy o wyjaśnienie powyższych nieścisłości?”).

Zamawiający, bezpośrednio po wskazanych wyżej pkt 1 i 2, zawarł pkt 3 zaczynający się od wyrazów „na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp”, co jednoznacznie wskazuje, że pkt 3 sta- nowi samodzielną jednostkę redakcyjną, nie mającą żadnego związku z jednostkami

wcześniejszymi, jako że uprzednio (pkt 1 i 2) jako podstawa wyjaśnień/uzupełnień wskazany został przepis art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, a w pkt 3 jest wskazany przepis art. 90 ust. 1 ustawy - niemożliwe jest połączenie równych podstaw w jedną: „*Na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 na podstawie art. 90 ust. 3*”. Co więcej, o ile w pkt 1 i 2 Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień/uzupełnień, to w pkt 3 o jakichkolwiek wyjaśnieniach czy uzupełnieniach nie ma mowy. W punkcie tym jest natomiast prośba Zamawiającego o potwierdzenie należytego wykonania zamówienia w zakresie ujętym w SIWZ, za zaoferowaną cenę i w narzuconym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ terminie: „*Na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zwraca się z prośbą o potwierdzenie należytego wykonania zamówienia w zakresie ujętym w siwz (obliczenie ceny zgodnie z zapisami określonymi w pkt 18 siwz, załączniku 8/1, części II- Kontrakt), za oferowaną kwotę tj. 73.436.056,60 złotych brutto i we wskazanych w ofercie terminach - ostateczny termin do 15.11.2013 r.*”.

W ocenie Przystępującego prośbą zawartą w pkt 3 dotyczyła potwierdzenie należytego wykonania zamówienia (w zakresie, za cenę i w terminach). „*Tylko po co? Czy Zamawiający podejrzewał, że Przystępujący nie potwierdzi zakresu zamówienia, ceny albo terminu?*” Przecież zakres zamówienia określił sam Zamawiający, termin wykonania zamówienia do dnia 15.11.2013 r. także określił Zamawiający w SIWZ (IDW część 8: „*od dnia zawarcia umowy do dnia 15.11.2013 r.*”) oraz w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja II pkt II.3: „*Rozpoczęcie 1.9.2011. Zakończenie 15.11.2013*”), zaś cenę oferty (*essentialia negotii*) zaoferował Przystępujący. „*Czy Przystępujący mógł nie potwierdzić zakresu, ceny lub terminu wykonania zamówienia?*” Nie, gdyż był (i jest nadal) związany ofertą przez 90 dni od upływu terminu składania ofert (ogłoszenie o zamówieniu, sekcja IV pkt IV.3.7; SIWZ IDW część 15 pkt 15.1), który upłynął w dniu 31.08.2011 r. Gdyby jednak Przystępujący nie potwierdził wykonania zamówienia w określonym zakresie, za cenę i w terminach, gdyby ograniczył zakres zamówienia lub zwiększył cenę lub wydłużył ostateczny termin wykonania, to oświadczenie o wprowadzeniu do oferty takich zmian nie wywołałoby żadnych skutków prawnych. Należy więc ponownie zapytać: w jakim celu zamawiający zwrócił się o potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, lub - by użyć języka Odwołującego - jaka była „*intencja Zamawiającego*”? Wskazał na terminy. Ogłoszenie o zamówieniu w dniu 30.06.2011 r. Zamawiający ustalił termin składania ofert na dzień 09.08.2011 r. (sekcja IV pkt IV.3.4 ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ IDW część 17 pkt 17.1) oraz termin rozpoczęcia wykonywania zamówienia na dzień 01.09.2011 r. (w ogłoszeniu) i zakończenia na dzień 15.11.2013 r. (w ogłoszeniu i w SIWZ). Ostatecznie, po kilkakrotnym przedłużaniu terminu składania ofert, termin ten upłynął w dniu 31.08.2011 r., podczas gdy termin rozpoczęcia, a w szczególności zakończenia robót, nie uległ zmianie. Tak więc już w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, jasne było że ulegnie skróceniu przewidywany początkowo okres na wykonanie zamówienia. Zamawiający dość długo dokonywał oceny spełniania

przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz badania ofert, by ostatecznie zdać sobie sprawę, że okres przewidywany na wykonanie zamówienia z każdym dniem ulega skróceniu. W związku z tym istniało niebezpieczeństwo, że Wykonawcy nie będą w stanie należycie wykonać zamówienia w nieprzekraczalnym terminie do 15.11.2013 r., w szczególności, gdy termin zawarcia umowy będzie się przedłużał. To i wyłącznie to - zdaniem Przystępującego - skłoniło Zamawiającego do zwrócenia się do kilku wykonawców, którzy zaoferowali najkorzystniejsze warunki (najniższą cenę), do potwierdzenia należytego wykonania zamówienia w zakresie ujętym w SIWZ i za zaoferowaną cenę w (ostatecznym) terminie do dnia 15.11.2013 r. (najpewniej dlatego, by wybrany Wykonawca nie żądał przesunięcia terminu zakończenia wykonania zamówienia, co dla Zamawiającego byłoby poważnym problemem w sytuacji, gdy zamówienie jest współfinansowane ze środków unijnych, a rozliczenie niewątpliwie musi nastąpić do końca 2013 r.). Ponieważ żaden przepis ustawy nie uprawnia Zamawiającego do zwracania się do Wykonawców o potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, Zamawiający musiał jakąś podstawę prawną takiego wystąpienia przyjąć. Wybrał przepis art. 90 ust. 1 Pzp, który służy zupełnie innemu celowi, tj. wszczęciu procedury udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji, gdy Zamawiający podejrzewa (przypuszcza, domniemywa), że zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zwrócenie się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nie może nastąpić jedynie przez wskazanie przepisu, lecz Zamawiający musi faktycznie zwrócić się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień. Tym bardziej Zamawiający, jeżeli chce uzyskać wyjaśnienie dotyczące elementów oferty, nie może ukrywać swego zamiaru i wskazując sam przepis zwracać się o potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, co z wyjaśnieniem dotyczącym elementów oferty nie ma nic wspólnego.

Mając powyższe na uwadze, Przystępujący pismem z dnia 14.10.2011 r. zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie, dlaczego w pkt 3 pisma z dnia 12.10.2011 r. powołuje się na art. 90 ust. 1 ustawy w odniesieniu do terminu wykonania, przypominając, że przepis ten dotyczy jedynie kwestii wyjaśnień, czy cena jest rażąco niska. Przystępujący napisał: *„W związku z powyższym wnosimy o potwierdzenie, że Zamawiający wymaga potwierdzenia należytego wykonania zamówienia za oferowaną kwotę (...)”*. Jeszcze tego samego dnia Zamawiający udzielił odpowiedzi: *„W odpowiedzi na faks z dnia 2011-10-14 informujemy, iż Zamawiający wymaga potwierdzenia należytego wykonania zamówienia za oferowaną cenę”*. Zamawiający prosił jednocześnie o potwierdzenie, iż zamówienie zostanie wykonane w wymaganym terminie. Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego powołał się na art. 90 ust. 1 Pzp w odniesieniu do terminu wykonania zamówienia. Co więcej, Zamawiający tym razem nie powołał się na przepis art. 90 ust. 1 Pzp, oraz, podobnie jak w piśmie z dnia 12.10.2011

r., w ogóle nie poruszył kwestii ceny rażąco niskiej. Zamawiający w swej odpowiedzi zawarł stwierdzenie: „Potwierdzenie ostatecznego terminu wykonania zamówienia wpływa w znacznym stopniu na należyte wykonanie zamówienia i niejednokrotnie ma wpływ na wysokość proponowanej ceny przez Wykonawcę”, z czym trudno się zgodzić, gdyż wpływ na należyte wykonanie zamówienia i na wysokość proponowanej ceny ma termin wykonania, a nie jego potwierdzenie, nadto należy przypomnieć, że termin wykonania zamówienia określił Zamawiający, a Wykonawca nie miał na niego żadnego wpływu. Udzielona odpowiedź utwierdziła Przystępującego w przekonaniu, że jedynym celem wezwania z dnia 12.10. 2011 r. było potwierdzenie wykonania zamówienia w terminie do 15.11.2013 r.

Przystępujący miał dwa wyjścia: zignorować prośbę Zamawiającego zawartą w pkt 3 pisma z dnia 12.10. 2011 r., potwierdzoną prośbę zawartą w piśmie z dnia 14.10.2011 r., lub udzielić odpowiedzi potwierdzającej, że należycie wykona zamówienie. Zignorowanie prośby Zamawiającego nie groziło Przystępującemu żadnymi negatywnymi konsekwencjami, gdyż Zamawiający nie mógł w takiej sytuacji odrzucić jego oferty, gdyż nie ma stosownej przesłanki w art. 89 ust. 1 Pzp (ani tym bardziej wykluczyć Przystępującego z postępowania). Rzecz jasna Przystępujący wybrał drugie rozwiązanie rozumiejąc problem, przed którym stał Zamawiający (opóźnienie w zawarciu umowy) i nie chcąc robić Zamawiającemu dodatkowych trudności, tym bardziej, że jest w stanie wykonać zamówienie (rzecz jasna należycie) za zaoferowaną cenę w terminie do dnia 15.11.2011 r. Nie było zatem żadnych powodów, by na de facto grzecznościowe pismo Zamawiającego nie odpowiedzieć równie grzecznym, potwierdzającym termin pismem. W dniu 19.10.2011 r. Przystępujący przekazał Zamawiającemu pismo, w którym napisał „Potwierdzamy, że wykonamy należycie zamówienie [i tu tekst przepisany z pkt 3 pisma Zamawiającego z dnia 12.10.2011r.]”.

Ani w pkt 3 pisma Zamawiającego z dnia 12.10. 2011 r., ani w piśmie Zamawiającego z dnia 14.10. 2011 r. nie było jakiegokolwiek wezwania, tym bardziej wezwania do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień, w szczególności wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przystępujący w piśmie z dnia 19.10.2011 r. żadnych wyjaśnień nie składał. Dwukrotnie (raz na marginesie) Odwołujący wspomina o konkurentach Przystępującego: „(...) analogiczna treść wezwań w zakresie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp sformułowana została także wobec oferty Odwołującego i oferty Biffingera, co przez wskazaną konkurencję zostało zrozumiane jako konieczność złożenia szczegółowych wyjaśnień obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość ceny” oraz „Pragniemy podkreślić, że zarówno Biffinger jak i Odwołujący nie mieli wątpliwości jak traktować wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i dokonali odpowiednich wyjaśnień”. To, że Odwołujący (i drugi konkurent, jak twierdzi Odwołujący) niewłaściwie zrozumieli treść pkt 3 pisma Zamawiającego z dnia 12.10.2011 r. twierdząc, że było to wezwanie w trybie art. 90

ust. 1 Pzp („nie mieli wątpliwości jak traktować wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy”) nie ma żadnego znaczenia jako argument, że w pkt 3 tego pisma Zamawiający wzywał do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Sam Odwołujący napisał w odwołaniu, że „nie powinno być wątpliwości, iż intencją Zamawiającego było żądanie wyjaśnień w zakresie elementów cenotwórczych oferty”. Zauważył, że gdyby nawet Odwołujący miał rację co do intencji Zamawiającego, to zadaniem Wykonawcy nie jest odczytywanie intencji Zamawiającego, a obowiązkiem Zamawiającego jest jednoznaczne określenie swych żądań tak, by ani Odwołujący ani Przystępujący ani żaden inny Wykonawca nie musiał doszukiwać się intencji Zamawiającego. Gdyby analizować treść pism Zamawiającego pod kątem intencji Zamawiającego, to tym bardziej Wykonawca nie mógłby ponieść negatywnych konsekwencji w wyniku niewłaściwego odczytania intencji Zamawiającego, w wyniku braku precyzji sformułowanych żądań czy wymagań Zamawiającego.

Odwołujący przytacza fragment wyroku KIO z dnia 13 sierpnia 2008 r. (KIO/UZP 752/08, KIO/UZP 788/08, KIO/UZP 789/08), jednak pomija jedno istotne, wcześniejsze ustalenie Izby (wyłączenie pochodzi od Przystępującego „Cena w ofercie EXATEL może być, lecz nie musi, ceną rażąco niską, i Zamawiający słusznie powziął wątpliwość w tej mierze i zwrócił się do wykonawcy EXATEL w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych”, co (zwrócenie się do Przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 z uwagi na wątpliwości Zamawiającego dotyczące ceny) w niniejszym postępowaniu, w stosunku do Przystępującego, nie miało miejsca.

W dniu 07.11.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Bilfinger Berger Budownictwo S.A. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2389/11:

W dniu 04.11.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp, Eurovia Polska SA. wniosła odwołanie na w/w czynność z 26.10.2011 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 04.11.2011 r. (faxem). Odwołujący stwierdził, że Bilfinger Berger Budownictwo S.A. winien zostać wykluczony z postępowania, ponieważ nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, a ponadto złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, zarzucając

Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz art. 91 ust. 1 Pzp. Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) wykluczenia z postępowania Bilfinger Berger Budownictwo S.A.,
- 3) dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert, tj. oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najtańszej. Z ostrożności procesowej Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i ewentualnie nakazanie Zamawiającemu:
 - 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - 2) powtórzenie czynności oceny spełniania przez Bilfinger Berger Budownictwo S.A. warunków udziału w postępowaniu z zastosowaniem procedury przewidzianej art. 26 ust. 3 Pzp.

Po zapoznaniu się z treścią oferty oraz złożonymi wraz z nią dokumentami Bilfinger Berger Budownictwo S.A., Odwołujący stwierdził, że złożone dokumenty nie tylko nie potwierdzają spełniania jednego z warunków udziału w postępowaniu, lecz co istotniejsze, że Wykonawca złożył nieprawdziwe informacje. Wskazał na postanowienia SIWZ (IDW część 9 pkt 9.1.2 lit. a ppkt (iii) oraz IDW część 10 pkt 10.1 lit. i). Ponadto, przywołał treść Załączniku nr 5, w tym tabeli. Przywołał opis w tabeli zawartej w Załączniku nr 5 (str. 31 oferty), w poz. 1. Wskazał na: „Zaświadczenie referencyjne” (str. 33-34 oferty) do niniejszej pozycji wykazu. Nadto, wskazał na: „Zobowiązanie do udostępnienia zasobów na okres realizacji inwestycji” (str. 35 oferty).

Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu wymagał, aby Wykonawca wykonał co najmniej jedną dokumentację projektową obejmującą budowę lub przebudowę drogi klasy minimum GP. Zamawiający posłużył się pojęciem: „dokumentacja projektowa”, którego z oczywistych powodów nie definiował. Dokumentacja projektowa jest bowiem pojęciem znanym i używanym wyłącznie w przepisach o zamówieniach publicznych, a zatem nie wymagała zdefiniowania. Zgodnie z przepisem art. 31 ust. 1 Pzp: „Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych”, przy czym szczegółowy zakres i forma dokumentacji projektowej, zgodnie z delegacją ustawową (art. 31 ust. 4 pkt 1) została określona w rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.). Na mocy § 4 ust. 1 rozporządzenia, jeżeli dla robót budowlanych jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, dokumentacja projektowa składa się w szczególności z: projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych (pkt 1), projektów wykonawczych (pkt 2), przedmiaru robót (pkt 3) oraz informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (pkt

4). Jeżeli dla robót budowlanych nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, dokumentacja projektowa, zgodnie z § 4 ust. 2 rozporządzenia, składa się w szczególności z: planów, rysunków lub innych dokumentów umożliwiających jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót budowlanych podstawowych oraz uwarunkowań i dokładnej lokalizacji ich wykonywania (pkt 1), przedmiaru robót (pkt 2) oraz projektów, pozwoleń, uzgodnień i opinii wymaganych odrębnymi przepisami (pkt 3).

Przedmiotowe zamówienie dotyczy zaprojektowania i wykonania robót budowlanych polegających w szczególności na przebudowie drogi krajowej, czyli drogi publicznej. Zgodnie z przepisem art. 11 a ust. 1 ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. z 2008 r. Nr 193, poz. 1194 z późn. zm.) *„Wojewoda w odniesieniu do dróg krajowych i wojewódzkich albo starosta w odniesieniu do dróg powiatowych i gminnych wydają decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej na wniosek właściwego zarządcy drogi”*. Wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej następuje na wniosek zarządcy drogi. Wniosek zawiera w szczególności cztery egzemplarze projektu budowlanego (art. 11 d ust. 1 pkt 6). Powyższe przepisy obowiązują od dnia 10 września 2008 r. na mocy ustawy z dnia 25 lipca 2008 r. o zmianie ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 154, poz. 958). A zatem, zgodnie z § 4 ust. 2 pkt 3 wskazanego wyżej rozporządzenia (projekt wymagany odrębnymi przepisami), dokumentacja projektowa dotycząca robót budowlanych na budowę lub przebudowę drogi publicznej drogi musi zawierać projekt budowlany. Przed nowelizacją ustawy, dla robót budowlanych związanych z budową lub przebudową drogi publicznej, miały zastosowanie ogólne przepisy Prawa budowlanego, a więc wydawana była decyzja o pozwoleniu na budowę. Tak więc, niezależnie od okresu obowiązywania przepisów, od wejścia w życie rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r., dokumentacja projektowa na budowę lub przebudowę drogi publicznej zawierała (i zawiera nadal) co najmniej projekt budowlany i przedmiar robót, a może także zawierać projekty wykonawcze. Szczegółowy zakres i forma projektu budowlanego określone są w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. (Dz. U. Nr 120, poz. 1133 z późn. zm.).

Określając warunek udziału w postępowaniu i wymagając, by Wykonawca wykazał się wykonaniem (zakończeniem) dokumentacji projektowej obejmującej budowę lub przebudowę drogi klasy minimum GP, Zamawiający wymagał tym samym, by Wykonawca wykazał, że wykonał co najmniej projekt budowlany (oraz przedmiar robót).

Bilfinger Berger Budownictwo S.A., w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu oświadczył (poz. 1 tabeli w Załącznik nr 5), że dla przedsięwzięcia *„Przebudowa DK 46 na odc. Ozimek - Grodziec od km 119+380 do km 121+800”* w okresie

od dnia 21.07.2008 r. do dnia 15.12.2008 r. został wykonany projekt budowlany i wykonawczy. Projekty te zostały wykonane przez podmiot trzeci, Biuro Projektów A-Propol s.c., na zasobach którego Bilfinger Berger Budownictwo S.A. polegał. Składając takie oświadczenie Bilfinger Berger Budownictwo S.A. złożył informację nieprawdziwą.

Oto bowiem w zamieszczonym w dniu 04.08.2008 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia (numer ogłoszenia: 180118 - 2008) Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, ul. Niedziałkowskiego, 45-085 Opole, poinformowała, że w dniu 21.07.2008 r. udzieliła zamówienia z wolnej ręki, któremu nadała nazwę „Aktualizacja projektu budowlanego i wykonawczego przebudowy dk 46 na odcinku Ozimek - Grodziec od km 119+380 do km 121+800”. Zamówienie zostało udzielone Wykonawcy Biuro Projektów A-PROPOL s.c., ul. Gomułki 2, 44-121 Gliwice.

Nie ulega zatem żadnej wątpliwości, że Biuro Projektów A-PROPOL s.c. nie wykonało projektu budowlanego i wykonawczego dla przebudowy DK 46 na odcinku Ozimek - Grodziec od km 119+380 do km 121+800, lecz wykonało jego aktualizację. Potwierdza to zresztą samo Biuro Projektów A-PROPOL s.c. Na stronie internetowej Biura (www.apropol.pl) w zakładce „zrealizowane” znajduje się archiwum wykonanych projektów zawierające wyszczególnienie projektów wykonanych przez B.P A-Propol s.c. W poz. 242 wskazano „Aktualizacja projektu budowlanego i wykonawczego DK 46 na odcinku Ozimek - Grodziec od km i 97+380 do km 121+800”. Co jednak istotne, we wcześniejszej pozycji (poz. 168) zawarty jest wpis: „Opracowanie projektu budowlano-wykonawczego „Przebudowy DK-46 Kłodzko - Nysa - Opole-Częstochowa - Szczekociny, odc. Ozimek - Grodziec, km 119+380 + 121-800”. Tak więc jest oczywiste, że Biuro Projektów A-PROPOL s.c. wykonało projekt budowlano- wykonawczy, a następnie go zaktualizowało. Aktualizacja, to tyle co „czynienie aktualnym, uwspółcześnienie” (Słownik języka polskiego, t. T. PWN, W-wa 1988, str. 25). Nie jest jednak istotna nazwa nadana zamówieniu przez ówczesnego Zamawiającego GDDKiA („aktualizacja projektu”), lecz istotny jest zakres aktualizacji. Jest on wskazany w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia (część II. 1.3):

„Aktualizacja projektu budowlanego i wykonawczego przebudowy dk 46 na odcinku Ozimek -Grodziec od km 119+380 do km 121 +800, w tym między innymi:

- aktualizacja uzgodnień i opinii,
- aktualizacja stanu prawnego działek,
- dostosowanie przekroju poprzecznego do aktualnych wymagań (wraz z odcinkami na obiektach inżynierskich),
- aktualizacja projektu docelowej organizacji ruchu,
- aktualizacja kosztorysu inwestorskiego,
- aktualizacja części opisowej wraz z wersją elektroniczną dokumentacji”

Zakres ten jednoznacznie wskazuje na wykonanie jedynie aktualizacji projektu budowlanego, a nie na wykonanie projektu budowlanego, jak wskazał Bilfinger Berger Budownictwo S.A. w wykazie projektów (tabela w Załączniku nr 5, poz. 1).

Przywołał wyrok KIO z dnia 19.08.2011 r., sygn. akt: KIO 1691/11, wyrok KIO z dnia 30.09.2011 r., sygn. akt: KIO 2031/11, wyrok KIO z dnia 29.09.2011 r., sygn. akt: KIO 1999/11, wyrok KIO z dnia 12.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2079/11, wyroku KIO z dnia 15.09.2011 r., sygn. akt: KIO 1881/11, jak i wyrok KIO z dnia 19.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1004/09. Informacje podane przez Bilfinger Berger Budownictwo S.A. w pełni spełniają wskazane wyżej w niniejszych orzeczeniach kryteria „nieprawdziwości” informacji.

Zamawiający miał możliwość zweryfikować informacje podane przez Bilfinger Berger Budownictwo S.A., w załączonym bowiem: „Zaświadczeniu referencyjnym” (str. 33 oferty) GDDKiA jednoznacznie stwierdza, że Biuro Projektów A-PROPOL s.c.: „opracowało w okresie od 21.07.2008 r. do 15.12.2008 r. aktualizację dokumentacji projektowej inwestycji (...)”. To, że w dalszym ciągu GDDKiA używa zwrotu: „Dokumentacja projektowa zawierała” oznaczać może tylko tyle, że: „dokumentacja projektowa po dokonaniu aktualizacji zawierała (...)”, co swoją drogą jest oczywiste, a nie że Biuro Projektów A-PROPOL s.c. wykonało dokumentację projektową, która zawierała (...). O wykonaniu dokumentacji projektowej w zaświadczeniu nie ma ani słowa. Potwierdza to, czwarte od końca zdanie w zaświadczeniu: „W ramach aktualizacji dokumentacji projektowej uzyskano wymagane uzgodnienia i decyzje w tym pozwolenie wodnoprawne”.

Podkreślił, że dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu jest wykaz usług, będący oświadczeniem złożonym przez Wykonawcę (Zamawiający w Załączniku nr 5 wprost użył zwrotu: „oświadczam”), a nie referencje. Referencje są przedkładane wyłącznie na potwierdzenie należytego wykonania usług. Tym niemniej, jeżeli Zamawiający stwierdzi rozbieżność między informacjami zawartymi w wykazie i w referencjach, to co najmniej powinien rozbieżności te wyjaśnić, a następnie podjąć stosowne czynności. Nieprawdziwe informacje złożone przez Bilfinger Berger Budownictwo S.A. mają wpływ na wynik postępowania. To one przesądziły, że Zamawiający uznał, iż Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, a w konsekwencji wybrał ofertę złożoną przez Bilfinger Berger Budownictwo S.A. (jako ofertę najtańszą).

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nakazuje Zamawiającemu wykluczyć z postępowania wykonawcę, który w prowadzonym postępowaniu:

- złożył nieprawdziwe informacji i
- informacje te mają (mogą mieć) wpływ na wynik postępowania.

Obie przesłanki Wykluczenia Bilfinger Berger Budownictwo S.A. zostały spełnione. Skoro Zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy, to tym samym naruszył art. 24 ust. 2

pkt 3 Pzp, zaś dokonując wyboru oferty Bilfinger Berger Budownictwo S.A. naruszył także art. 91 ust. 1 Pzp. Przywołał wyrok KIO z dnia 28.02.2011 r., sygn. akt KIO/304/11.

Zamawiający żądał, aby Wykonawca wykazał się wykonaniem dokumentacji projektowej, a nie wykonaniem aktualizacji dokumentacji projektowej. Skoro Bilfinger Berger Budownictwo S.A. nie wykonał dokumentacji projektowej, lecz wyłącznie aktualizację dokumentacji, to tym samym nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu. Podlega więc wykluczeniu z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, chyba że na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp złoży dokumenty (wykaz projektów wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie) potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający zaniechał wezwania Bilfinger Berger Budownictwo S.A. do złożenia dokumentów. Odwołujący wskazuje w tym miejscu, iż zarzut ewentualnego zaniechania przez Zamawiającego wezwania Bilfinger Berger Budownictwo S.A. do złożenia dokumentów jest podniesiony z ostrożności procesowej na okoliczność, gdyby Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Bilfinger Berger Budownictwo S.A. z postępowania z uwagi na złożenie przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający w dniu 04.11.2011 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 07.11.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Bilfinger Berger Budownictwo S.A., ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa zwany dalej: „*Bilfinger Berger Budownictwo S.A.*” albo „*Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 2385/11 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 2389/11*” zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 08.11.2011 r. sprawy o sygn. akt: KIO 2385/11 oraz sygn. akt: KIO 2389/11 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, ofertą Bilfinger Berger Budownictwo S.A. oraz Eurovia S.A.,

pismem Zamawiającego z dnia 12.10.2011 r., pismem Eurovia S.A. do Zamawiającego z dnia 14.10.2011 r., odpowiedzią Zamawiającego na przedmiotowe pismo także z dnia 14.10.2011 r., jak i odpowiedzią Eurovia S.A. przesłaną 19.10.2011 r. na pismo Zamawiającego z dnia 12.10.2011 r., odwołaniem w sprawie o sygn. akt: KIO 2385/11 oraz w sprawie o sygn. akt: 2389/11, przystąpieniami w sprawie o sygn. akt: KIO 2385/11 oraz przystąpieniem w sprawie o sygn. akt: 2389/11, pismem procesowym Przystępującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2385/11 oraz w sprawie o sygn. akt: 2389/11 złożonym przed otwarciem posiedzenia wraz z dowodami (umową Nr 2/07/2004 r. z dnia 23.07.2004 r., protokołem zdawczo-odbiorczym z dnia 13.12.2005 r., pismem GDDKiA-O/OP-P-2ml-411/135/2011 z dnia 10.11.2011 r., umową Nr 411/4113/46/O-G/3/2008 z dnia 21.07.2008 r. i protokołem zdawczo-odbiorczym z dnia 05.12.2008 r.), pismem GDDKiA-O/OP-P-2ml-411/128/2011 z dnia 08.11.2011 r. złożonym przez Mostostal Warszawa S.A. na rozprawie, wydrukiem ze strony internetowej „A-PROPOL” Biuro Projektowe S.C. oraz wyciągiem z przedmiotowego wydruku poświadczonymi za zgodność z oryginałem przedłożonymi przez Eurovia Polska SA na rozprawie, pismem z dnia 02.11.2011 r. Eurovia Polska SA do GDDKiA Oddział w Opolu, odpowiedzią GDDKiA Oddział w Opolu - pismo GDDKiA-O/OP-P-2ml-411/127/2011 z dnia 07.11.2011 r. wraz umową Nr 2/07/2004 r. z dnia 23.07.2004 r. oraz umową Nr 411/4113/46/O-G/3/2008 z dnia 21.07.2008 r. przedłożonymi przez Eurovia Polska SA na rozprawie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących w sprawie o sygn. akt: KIO 2385/11 oraz w sprawie o sygn. akt: 2389/11 złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustaliła, że Wykonawcy wnoszący oba odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający ich do złożenia odwołań.

Mostostal Warszawa S.A. oraz Eurovia S.A., których oferta była cenowo odpowiednio na trzecim oraz drugim miejscu w rankingu złożonych ofert, w pierwszym wypadku po dwóch ofertach korzystniejszych cenowo, zaś w drugim wypadku zaraz po ofercie najkorzystniejszej cenowo, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, odpowiednio wobec obu ofert korzystniejszych cenowo oraz oferty najkorzystniejszej cenowo, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Naturalnie odnosząc się do niniejszej kwestii, w obu odwołaniach niezależnie, gdyż zarzuty Mostostal Warszawa S.A. dotyczą także Eurovia S.A.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt:

KIO 2385/11, sygn. akt: KIO 2389/11 (dokumentacja udostępniona przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w związku przeprowadzaną kontrolą uprzednią – KU/230/11) , postanowień ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, oferty Bilfinger Berger Budownictwo S.A. oraz Eurovia S.A., pisma Zamawiającego z dnia 12.10.2011 r., pisma Eurovia S.A. do Zamawiającego z dnia 14.10.2011 r., odpowiedzi Zamawiającego na przedmiotowe pismo także z dnia 14.10.2011 r., jak i odpowiedzi Eurovia S.A. przesłanej 19.10.2011 r. na pismo Zamawiającego z dnia 12.10.2011 r., odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 2385/11 oraz w sprawie o sygn. akt: 2389/11, przystąpienia w sprawie o sygn. akt: KIO 2385/11 oraz przystąpienia w sprawie o sygn. akt: 2389/11. Ponadto, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z pisma procesowego Przystępującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2385/11 oraz w sprawie o sygn. akt: 2389/11 złożonego przed otwarciem posiedzenia wraz z dowodami (umową Nr 2/07/2004 r. z dnia 23.07.2004 r., protokołem zdawczo-odbiorczym z dnia 13.12.2005 r., pismem GDDKiA-O/OP-P-2ml-411/135/2011 z dnia 10.11.2011 r., umową Nr 411/4113/46/ O-G/3/2008 z dnia 21.07.2008 r. i protokołem zdawczo-odbiorczym z dnia 05.12.2008 r.), pisma GDDKiA-O/OP-P-2ml-411/128/2011 z dnia 08.11.2011 r. złożonego przez Mostostal Warszawa S.A. na rozprawie, wydruku ze strony internetowej „A-PROPOL” Biuro Projektowe S.C. oraz wyciągu z przedmiotowego wydruku poświadczonymi za zgodność z oryginałem przedłożonymi przez Eurovia Polska SA na rozprawie, pisma z dnia 02.11.2011 r. Eurovia Polska SA do GDDKiA Oddział w Opolu, odpowiedzi GDDKiA Oddział w Opolu - pismo GDDKiA-O/OP-P-2ml-411/127/2011 z dnia 07.11.2011 r. wraz umową Nr 2/07/2004 r. z dnia 23.07.2004 r. oraz umową Nr 411/4113/46/O-G/3/2008 z dnia 21.07.2008 r. przedłożonymi przez Eurovia Polska SA na rozprawie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących w sprawie o sygn. akt: KIO 2385/11 oraz w sprawie o sygn. akt: 2389/11 złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że oba odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2385/11:

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 (powyższa podstawa znajduje się na str. 5 odwołania) i 4 i ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez niewykluczenie z postępowania Bilfinger Berger Budownictwo S.A. z uwagi na niewykazanie się spełnianiem przez tego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia złożonej przezeń oferty, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zgodnie z opisem sposobu dokonywania oceny spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, określonym przez Zamawiającego w cz. III pkt 2.3 ppkt 2 lit. a) Ogłoszenia o zamówieniu, ubiegający się o zamówienie Wykonawcy winni m. in. wykazać, że w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali (zakończyli) m. in.: *„co najmniej jedną dokumentację projektową obejmującą budowę lub przebudowę drogi klasy minimum GP o długości jezdni co najmniej 1,5 km (oznaczenie klasy drogi zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 02.03.1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (...))”.*

W SIWZ (Część I - IDW Pkt 9: *„WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA TYCH WARUNKÓW.”*, ppkt 9.1.2 lit. a (iii)) Zamawiający postanowił, że: *„O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy spełnią wymogi zawarte w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności: posiadają wiedzę i doświadczenie oraz dysponują odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj.: W zakresie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali (zakończyli) dokumentacje projektowe w zakresie: co najmniej jedną dokumentację projektową obejmującą budowę lub przebudowę drogi klasy minimum GP o długości jezdni co najmniej 1,5 km (oznaczenie klasy drogi zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie - Dz. U. 1999.43.430)”*

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu Wykonawca zobowiązany był dołączyć do oferty wykaz wykonanych prac projektowych (na formularzu stanowiącym Załącznik nr 5 do IDW) z załączeniem dokumentów potwierdzających, że prace te zostały wykonane należycie (SIWZ - Część I - IDW Pkt 10: *„WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY”*, ppkt 10.1 lit. i). W Załączniku nr 5 Zamawiający żądał złożenia oświadczenia o wykonaniu prac projektowych (*„oświadczam(y), że: wykonałem (wykonaliśmy) prace projektowe:”*). W tabeli zamieszczonej poniżej wskazanego wyżej tekstu Wykonawca obowiązany był podać następujące informacje: nazwa przedsięwzięcia, opis wykonanych prac, data wykonania (początek, zakończenie), obiekt, odbiorca (nazwa, adres, nr telefonu do kontaktu), nazwa wykonawcy (nazwa podmiotu, który wykonał dane prace projektowe). Ostatnią informację powinni podać Wykonawcy, jeżeli wspólnie ubiegali się o udzielenie zamówienia oraz Wykonawcy polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp.

Zgodnie z ppkt 10.9 Część I - IDW Pkt 10: „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

a. pisemne zobowiązanie tych podmiotów do zrealizowania części zamówienia, zawierające zakres czynności, które te podmioty zobowiązują się wykonać – w przypadku gdy Wykonawca wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów; (.....) Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do podmiotów, na których zasobach polega Wykonawca, dokumentów wymienionych w pkt 10.1. ppkt c, d, e, f i g, z uwzględnieniem treści pkt 10.3 – 10.6.”

W tabeli wykazu – „Wykaz Wykonanych prac Projektowych” („Oświadczamy, że wykonałem (wykonaliśmy) prace projektowe”) zawartej w Załączniku nr 5 (str. 31 oferty), w poz. 1 podał:

” - nazwa przedsięwzięcia: *Przebudowa DK 46 na odc. Ozimek - Grodziec od km 119+380 do km 121+800*

- opis wykonanych prac: *Projekt budowlany i wykonawczy, materiały przetargowe*

- data wykonania (początek, zakończenie): *21.07.2008 - 15.12.2008*

- obiekt: *droga klasy GP o długości jezdni 2,42 km*

- odbiorca: *Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu ul. Niedziałkowskiego 6 45-085 Opole Tel. (+48) 77 401 63 00*

- nazwa wykonawcy: *Biuro Projektów A-Propol s.c.”*

Do tej pozycji Wykonawca załączył „Zaświadczenie referencyjne” (str. 33-34 oferty) z dnia 17.05.2010 r. wystawione przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad w Opolu dla Biura Projektów „A-PROPOL” s.c. A. Biegański, D. Biegańska, 44-121 Gliwice, ul. Gomułki 2. Załączył – w ramach potencjału podmiotu trzeciego: „Zobowiązanie do udostępnienia zasobów na okres realizacji inwestycji” (str. 35 oferty) z dnia 18 lipca 2011 r., w którym A. Biegański i D. Biegańska „reprezentujący firmę: *Biuro Projektów A-Propol s.c. ul. Gomułki 2 44-121 Gliwice*” zobowiązują się do „udostępnienia firmie *Bilfinger Berger Budownictwo S.A., ul. Domaniewska 50A, 02-676 Warszawa lub konsorcjum, którego stroną będzie Bilfinger Berger Budownictwo S.A. wiedzy i doświadczenia, na okres realizacji inwestycji (...)*”.

W „Zaświadczeniu referencyjnym” (str. 33 oferty) GDDKiA wskazuje się, że Biuro Projektów „A-PROPOL” s.c.: „*opracowało w okresie od 21.07.2008 r. do 15.12.2008 r. aktualizację dokumentacji projektowej inwestycji (...)*”. W dalszej części referencji stwierdza

się, że: „*Dokumentacja projektowa zawierała*”. W czwartym od końca zdaniu w zaświadczeniu stwierdza się z kolei, że: „*W ramach aktualizacji dokumentacji projektowej uzyskano wymagane uzgodnienia i decyzje w tym pozwolenie wodnoprawne*”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba nie przeczy, że istnieją różnice między wykonaniem dokumentacji projektowej od podstaw od aktualizacji dokumentacji projektowej już istniejącej. Jednakże, tak w pierwszym, jak i w drugim wypadku mamy do czynienia *de facto* z wykonaniem dokumentacji projektowej. Warunek postawiony w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia nie rozróżniał, że wykonanie dokumentacji należy odnieść do wykonania dokumentacji projektowej od podstaw, a nie wykonanie dokumentacji projektowej na bazie dokumentacji już istniejącej. Zamawiający nie dokonał w SIWZ żadnego rozróżnienia, w konsekwencji Izba w przedmiotowym stanie faktycznym nie może uwzględnić zarzutu tylko dlatego, że co do istoty są różnicę w wykonaniu dokumentacji projektowej poprzez jej aktualizację. Izba podkreśla, że niniejsze orzeczenie dotyczy tylko i wyłącznie przedmiotowego stanu faktycznego. Ponadto stwierdza, że wobec braku jednoznaczności, czy też wyraźnego rozróżnienia, musiała zaistniałe wątpliwości rozstrzygnąć na korzyść Bilfinger Berger Budownictwo S.A. W konsekwencji dowód przedłożony przez Odwołującego na rozprawie nie ma żadnego wpływu na przedmiot sporu, tym bardziej, że Bilfinger Berger Budownictwo S.A. nie zaprzeczał, że przedmiotem wykazywanego zamówienia była aktualizacja, tyle tylko, że wywodził z tego faktu odmienne skutki prawne niż Odwołujący.

Po drugie, Izba nie ocenia, sformułowanych przez Zamawiającego takich, jak wskazano w ramach ustaleń faktycznych postanowień SIWZ, ale także ich nie popiera. Pragnie, zwrócić uwagę, że Wykonawcy zawsze mogą wnosić o wyjaśnienie takich, czy też innych kwestii, w szczególności postanowień SIWZ.

Po trzecie, Izba wzięła także po uwagę, brak wyraźnego zdefiniowania pojęcia aktualizacji dokumentacji projektowej oraz fakt, że z dokumentów przedłożonych przez Bilfinger Berger Budownictwo S.A. wynika, że miała miejsce pełna aktualizacja (w szczególności - pismo GDDKiA-O/OP-P-2ml-411/135/2011 z dnia 10.11.2011 r.), a powyższe także potwierdza protokół zdawczo-odbiorczym z dnia 05.12.2008 r. (w efekcie wykonano dokumentację projektową – m.in. projekt budowlany oraz wykonawczy) Zamawiającego na rzecz którego została ona przeprowadzona. Nadto, mamy do czynienia z takimi samymi obowiązkami ciążącymi na Wykonawcy aktualizującym dokumentację projektową, co na Wykonawcy wykonującym ją od podstaw (umową Nr 411/4113/46/O-G/3/2008 z dnia 21.07.2008 r. - § 1 pkt 1, § 4, 6 pkt 1 i 2, § 8 pkt 4, § 10 pkt 1c, czy też § 13 pkt 1, 2 i 6). Kwestia, że wykazywane zamówienie było przeprowadzone z Wolnej Ręki

i wartościowo niższe niż wcześniejsze na bazie, którego dokonano pełnej aktualizacji w efekcie której, wykonano dokumentację projektową – m.in. projekt budowlany oraz wykonawczy, w żaden sposób, z uwagi na takie, a nie inne postanowienia SIWZ, nie może mieć wpływu na rozpatrywany zarzut.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Eurovia Polska SA z uwagi na niezłożenie wyjaśnień co do elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty i niedostarczenie dowodów potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia pomimo wezwania Zamawiającego w tym zakresie, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W SIWZ (Część I - IDW Pkt 18) Zamawiający postanowił, że:

„18. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY

- 18.1. Ceną oferty jest wynagrodzenie ryczałtowe wymienione w Formularzu Oferty, stanowiącym Załącznik nr 1 do IDW. Zgodnie z art. 632 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93. z późn. zm.): „§ 1. Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć ,rozmiaru lub kosztów prac. § 2. Jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.”*
- 18.2 Cena oferty musi być wyrażona w PLN cyfrowo i słownie, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.*
- 18.3 Cena oferty musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytego oraz zgodnego z obowiązującymi przepisami wykonania przedmiotu zamówienia.*
- 18.4 Kwota netto musi wynikać z sumy zestawienia kwot zawartych w wypełnionej przez Wykonawcę Tabeli elementów rozliczeniowych i zostać podana wg wzoru zawartego w Tabeli elementów rozliczeniowych.*
- 18.5 Dla potrzeby oceny i porównania ofert Wykonawcy winni naliczyć podatek VAT według stawki obowiązującej na dzień otwarcia ofert w Formularzu oferta.*
- 18.6 Sposób zapłaty i rozliczenia za wykonanie niniejszego zamówienia, określone zostały w Części II niniejszej SIWZ.*

18.7 Jeżeli złożona zostanie oferta, której wybór prowadzić będzie do powstania obowiązku podatkowego Zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzspółnotowego nabycia towarów, Zamawiający w celu oceny takiej oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

18.8 Wyszczególniony w programie funkcjonalno-użytkowym punkt ważenia pojazdów nie będzie realizowany w ramach tej inwestycji. W związku z powyższym nie należy ujmować punktu ważenia pojazdów w ryczałtowej cenie realizacji przedmiotu zamówienia.

W SIWZ (Część I - IDW PPkt 16.6) Zamawiający postanowił także, że: „16.16 Kompletna oferta musi zawierać:” (m.in.) „j. wypełniona Tabela elementów rozliczeniowych stanowiąca Załącznik nr 8;”. W ramach niniejszej tabelki Zamawiający wyróżnił Załącznik nr 8/1 – „Tabela elementów rozliczeniowych” – „Preamałbuła” zawierającą szczegółowe regulacje-instrukcje odnośnie wypełnienia pozostałych załączników dotyczących tabeli elementów rozliczeniowych – Załącznik nr 8/2, 8/3 i 8/4.

Ponadto, zgodnie z Pkt. 23.1 (SIWZ: Część I - IDW) - Istotne postanowienia umowy zawiera Wzór umowy stanowiący Część II SIWZ (Kontrakt). Zaś, termin wykonania zamówienia (SIWZ: pkt 8 - Część I – IDW): od dnia zawarcia umowy do dnia 15.11.2013 r.

Bilfinger Berger Budownictwo S.A. zaoferowała realizację zamówienia za cenę 65.067.343, 670 PLN brutto, Eurovia S.A. za 73.436.056,60 PLN brutto, zaś Mostostal Warszawa S.A. za 83.647.343,70 PLN brutto. Wartość szacunkowa: 142.576.215, 54 PLN netto, kwota przeznaczona na sfinansowanie: 173.927.419,00 PLN brutto.

Zamawiający w ramach pisma z dnia 12.10.2011 r.: „Wezwanie do złożenia wyjaśnień/uzupełnień” wezwał firmę Eurowę Polska SA - na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp do złożenia wyjaśnień/uzupełnień dotyczących oświadczeń i dokumentów. „Wyjaśnienie/uzupełnienie dotyczące treści złożonej oferty w zakresie jak niżej:”. W ramach pkt 1 i 2 w zakresie wyjaśnień/uzupełnień dotyczący wykazu osób i dwóch referencji. W pkt 3 powołanego pisma na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający wskazał, że: „Na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zwraca się z prośbą o potwierdzenie należytego wykonania zamówienia w zakresie ujętym w siwz (obliczenie ceny zgodnie z zapisami określonymi w pkt 18 siwz, załączniku 8/1 siwz, cz. II siwz - Kontrakt) za oferowaną kwotę tj. 73.436.056,60 złotych brutto i we wskazanych w ofercie terminach - ostateczny termin do 15.11.2013 r.”.

Eurovia Polska SA w dniu 14.10.2011 r. w odniesieniu do niniejszej części wezwania (pkt 3) wystąpiła do Zamawiającego z zapytaniem o następującej treści: „W nawiązaniu do otrzymanego pisma z dn. 12.10.2011 r., znak MZDiT.ZP.3411-210/2011, wnosimy

o wyjaśnienie, dlaczego w pkt 3 Zamawiający powołuje się na art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do terminu wykonania. Wskazany przepis dotyczy jedynie kwestii wyjaśnień czy cena jest rażąco niska. W związku z powyższym wnosimy o potwierdzenie, że Zamawiający wymaga potwierdzenia należytego wykonania zamówienia za oferowaną kwotę, tj. 73.436.056,60 zł. Jednocześnie informujemy, że niniejsze pismo nie stanowi odpowiedzi na wezwanie z dn. 12.10.2011, znak MZDiT.ZP.3411-210/2011; stosownej odpowiedzi udzielimy w żądanym terminie. Prosimy o udzielenie odpowiedzi w czasie umożliwiającym udzielenie odpowiedzi w narzuconym przez Zamawiającego terminie. Prosimy o udzielenie odpowiedzi w czasie umożliwiającym udzielenie odpowiedzi w narzucanym przez Zamawiającego terminie ".

W odpowiedzi z dnia 14.10.2011 r. Zamawiający poinformował Eurovę Polska SA, że: „ (...) Zamawiający wymaga potwierdzenia należytego wykonania zamówienia za oferowaną cenę. Potwierdzenie ostatecznego terminu wykonania zamówienia wpływa w znacznym stopniu na należyte wykonanie zamówienia i niejednokrotnie ma wpływ na wysokość proponowanej ceny przez Wykonawcę. W związku z powyższym prosimy również o potwierdzenie, iż zamówienie zostanie wykonane w wymaganym terminie."

Eurovia Polska SA wpływ do Zamawiającego 19.10.2011 r. w zakresie żądania zawartego w pkt 3 udzieliła następującej odpowiedzi: „Potwierdzamy, że wykonamy należycie zamówienie w zakresie ujętym w siwz (obliczenie ceny zgodnie z zapisami określonymi w pkt 18 siwz, załączniku 8/1 siwz, cz. II siwz - Kontrakt z uwzględnieniem wyjaśnień zamawiającego), za oferowaną kwotę, tj. 73 436 056,60 złotych brutto i we wskazanych w ofercie terminach - ostateczny termin do 15.11.2013 r."

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba uznała że wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 14.10.2011 r. *de facto* rezygnowały z podstawy prawnej zawartej w piśmie z dnia 12.10.2011 r. Eurovia Polska SA wyraźnie prosiła o wyjaśnienie, czy kontekstem pytania jest kwestia ceny rażąco niskiej. Zamawiający odpowiedział, że chodzi o potwierdzenie należytego wykonania zamówienia za zaofertowaną cenę oraz w wymaganym terminie. Eurovia Polska SA odpowiadając pismem, które wpłynęło do Zamawiającego 19.10.2011 r. wyraźnie wskazała, że odpowiada: „z uwzględnieniem wyjaśnień zamawiającego”.

Po drugie, Izba nie ocenia celowości pisma z dnia 12.10.2011 r. wskazując, że dysponując odpowiedzią Zamawiającego z dnia 14.10.2011 r. Eurovia Polska SA miała prawo udzielić takich odpowiedzi w zakresie pkt 3 jakie udzieliła. W przeciwnym razie możnaby uznać, że Zamawiający wprowadził w błąd Wykonawcę.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec nie uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 i ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp, Izba w konsekwencji nie uznała zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba nie stwierdziła wskazania przez Odwołującego w treści odwołania naruszenia żadnych innych przepisów niż przywołane powyżej, w związku z powyższym uznaje sformułowany w ten sposób zarzut: „*oraz innych przepisów wskazanych w treści odwołania*” za „*gołosłowny*” i pozbawiony uzasadnienia. Na rozprawie Odwołujący wyraźnie wskazał także, że nie sformułował w odwołaniu zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 Pzp.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2389/11:

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Bilfinger Berger Budownictwo S.A., z uwagi na nie wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, a ponadto złożenie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W przedmiotowym zakresie Izba odwołuje się do ustaleń dokonanych w ramach pierwszego zarzutu w odwołaniu w sprawie o sygn. akt: KIO 2385/11. Dodatkowo wskazując, że dowody przedłożone przez Odwołującego na rozprawie nie mają żadnego wpływu na przedmiot sporu, tym bardziej, że Bilfinger Berger Budownictwo S.A. nie zaprzeczał, że przedmiotem wykazywanego zamówienia była aktualizacja, tyle tylko, że wywodził z tego faktu odmienne skutki prawne niż Odwołujący.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Izba przywołuje argumentację wskazaną w ramach oddalenia zarzutu pierwszego w odwołaniu w sprawie o sygn. akt: KIO 2385/11 uznając ją za analogiczną.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp, tj. zaniechania wezwania Bilfinger Berger Budownictwo S.A. do złożenia dokumentów (wykaz projektów wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie) potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu sformułowany z ostrożności procesowej jest niezasadny, tak bowiem w wypadku nie potwierdzenia zarzutu złożenia informacji nieprawdziwych, jak i jego ewentualnego potwierdzenia jest on bezprzedmiotowy. W obu bowiem wypadkach nie

będzie miał on zastosowania, w pierwszym wypadku z oczywistych względów , zaś w drugim gdyż jak wynika to orzecznictwa KIO nie można zastąpić informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2385/11 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 2389/11 podlega oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 2385/11, sygn. akt: KIO 2389/11 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....