

**WYROK**

**z dnia 26 listopada 2018 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Justyna Tomkowska

**Członkowie:** Agnieszka Trojanowska

Renata Tubisz

**Protokolant:** Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 listopada 2018 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **5 listopada 2018 roku** przez **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: (1) Trakcja PRKil S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz (2) AKCINE BENDROVE „KAUNO TILTAI” z siedzibą w Kownie, Litwa (Partner konsorcjum),**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Gminę Niepołomice z siedzibą w Niepołomicach**

**orzeka:**

1. **Umarza postępowanie odwoławcze z uwagi na wycofanie** przez Odwołującego zarzutów w zakresie naruszenia:
  - a) art. 89 ust. 1 pkt 7b w związku z art. 45 ust. 3 i ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 14 ust. 1 ustawy Pzp i art. 95 do 109 Kodeksu cywilnego co do zabezpieczenia oferty wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej;

- b) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez uznanie, że „kontynuacja” projektowania odnosiła się do wykonania kompletnej dokumentacji projektowej;
- c) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykazanie zakresu podziału prac wykonywanych w ramach zadania referencyjnego przez poszczególnych członków konsorcjum
2. **Uwzględnia odwołanie w zakresie** zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp - potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonania wielobranżowej budowlanej dokumentacji projektowej budowy/rozbudowy/przebudowy/odbudowy drogi klasy G o długości co najmniej 1 km **i nakazuje** unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie konsorcjum Eurovia w trybie art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów lub złożenia dodatkowych wyjaśnień odnośnie do złożonego wykazu i referencji;
3. **W pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznaje za nieudowodnione.**
4. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego: Gminę Niepołomice z siedzibą w Niepołomicach i:**
5. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: (1) Trakcja PRKil S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz (2) AKCINE BENDROVE „KAUNO TILTAI” z siedzibą w Kownie, Litwa (Partner konsorcjum),** tytułem wpisu od odwołania,
6. zasądza od **Zamawiającego - Gminy Niepołomice z siedzibą w Niepołomicach** na rzecz **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: (1) Trakcja PRKil S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz (2) AKCINE BENDROVE „KAUNO TILTAI” z siedzibą w Kownie, Litwa (Partner konsorcjum),** kwotę w wysokości **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 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 Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## UZASADNIENIE

W dniu 5 listopada 2018 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „p.z.p”), odwołanie złożyli **wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: (1) Trakcja PRKil S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz (2) AKCINE BENDROVE „KAUNO TILTAI” z siedzibą w Kownie, Litwa (Partner konsorcjum)** dalej jako „Odwołujący”.

Postępowanie, którego przedmiotem jest. *„Budowa obwodnic Podłęża i Niepołomic w nowym przebiegu drogi wojewódzkiej 964 wraz z połączeniem Niepołomiczkiej Strefy Inwestycyjnej z siecią dróg międzynarodowych - etap I (obwodnica Podłęża)”* prowadzi przez **Gminę Niepołomice z siedzibą w Niepołomicach** (dalej jako „Zamawiający”).

Odwołanie złożono wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego:

- I. dokonania wyboru oferty złożonej przez konsorcjum w składzie: (1) Eurovia Polska SA. (Lider) oraz (2) Nowak - Mosty Sp. z o.o. (Partner) (dalej jako „Konsorcjum Eurovia”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- II. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Eurovia pomimo niewniesienia przez tego wykonawcę wadium, względnie wniesienia wadliwego wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej przez podmiot (Maxima Trade Sp. z o.o. Sp. k.) niebędący zakładem ubezpieczeń;
- III. zaniechania badania i oceny dokumentów złożonych przez Konsorcjum Eurovia w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- IV. zaniechania wykluczenia Konsorcjum Eurovia Polska z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych zdolności technicznych tj. wykonania w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wielobranżowej budowlanej dokumentacji projektowej budowy/rozbudowy/przebudowy/odbudowy drogi (klasy G lub wyższej) o długości co najmniej 1 km i obiektów mostowych (o klasie obciążenia A oraz zrealizowania w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie/rozbudowie/przebudowie/odbudowie drogi (klasy G lub wyższej) o długości co najmniej 1 km i obiektów mostowych (o klasie obciążenia A);

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

- I. art. 89 ust. 1 pkt 7b p.z.p. w zw. z art. 45 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 45 ust. 6 p.z.p. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p. oraz art. 95-109 k.c. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Eurovia pomimo wniesienia przez tego wykonawcę wadliwego wadium

obejmującej połowę kwoty wadium w postaci gwarancji sporządzonej na papierze firmowym Ergo Hestia, ale wystawionej przez Maxima Trade Sp. z o.o. Sp. k. we własnym imieniu, która to spółka nie jest zakładem ubezpieczeń a w konsekwencji wystawiona gwarancja nie jest gwarancją ubezpieczeniową.

II. art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. poprzez niewykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. przez uznanie, że Konsorcjum Eurovia wykazało spełnienie warunków określonych w:

i. pkt 6.2 tabela pkt 2 ppkt 1a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”), zgodnie z którym wykonawca miał wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonał wielobranżową budowlaną dokumentację projektową budowy/rozbudowy/ przebudowy/odbudowy drogi (klasy G lub wyższej) o długości co najmniej 1 km i obiektów mostowych (o klasie obciążenia A), w ramach którego to wymogu konsorcjum Eurovia wskazało na zadanie pn.: „Kontynuacja projektowania i budowa drogi ekspresowej S-19, odcinek Węzeł Świlcza (DK4) bez węzła - węzeł Rzeszów Południe (Kielanówka) z węzłem”:

(a) tymczasem zadanie to obejmowało jedynie „kontynuację” projektowania i budowy (a zatem nie obejmowało całej, kompletnej wielobranżowej budowlanej dokumentacji projektowej) oraz dokumentacja ta została wykonana w okresie wcześniejszym niż 3 lata od daty upływu terminu składania ofert, to jest przed 3.10.2015 r., gdyż dla tego projektu decyzja ZRID (decyzja o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej) została uzyskana w dniu 15.05.2015 r., a realizacje projektów wykonawczych zakończono w czerwcu 2015 r., a co za tym idzie, to wówczas zakończono proces projektowania i rozpoczęto proces realizacji robót (pierwsze wpisy z dziennika budowy dot. realizacji robót pochodzą z czerwca 2015 r.);

(b) a jednocześnie Konsorcjum Eurovia nie wykazała jaki zakres prac był przypisany spółce Eurovia Polska S.A. w ramach konsorcjum składającego się ze spółek Eurovia Polska S.A. oraz Warbud S.A., które realizowało to zadanie, a tym samym czy posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego;

ii. pkt 6.2 tabela pkt 2 ppkt 1b) SIWZ, zgodnie z którym wykonawca miał wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert zrealizował co najmniej jedno roboty budowlane polegające na budowie/rozbudowie/przebudowie/odbudowie drogi (klasy G lub wyższej) o długości co najmniej 1 km i obiektów mostowych (o klasie obciążenia A), gdy tymczasem załączone do oferty dokumenty dotyczące realizacji zadania pn.: „Przebudowa drogi wojewódzkiej DW 783 na odcinku Olkusz - Wolbrom” nie potwierdzają realizacji obiektów mostowych o klasie obciążenia A.

III. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy postępowania, gdy tymczasem Konsorcjum Eurovia przedstawiło Zamawiającemu

nieprawdziwe, wprowadzające w błąd informacje odnośnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia;

IV. art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wnosił o:

- i. uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
  - (a) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Eurovia;
  - (b) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert;
  - (c) odrzucenia oferty Konsorcjum Eurovia z postępowania względnie wykluczenie wykonawcy Konsorcjum Eurovia;
  - (d) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- ii. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania lub przedstawionych na rozprawie na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym,
- iii. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Gdyby Zamawiający przeprowadził czynności zgodnie z wymogami określonymi w p.z.p., odrzuciłby ofertę Konsorcjum Eurovia w konsekwencji, oferta Odwołującego, powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została przekazana Odwołującemu w dniu 26 października 2018 r., co oznacza, że odwołanie zostało złożone w ustawowym terminie. Do odwołania dołączono dowód uiszczenia wpisu w wymaganej wysokości oraz dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podkreślił, że przedmiotem postępowania jest budowa obwodnic Podłęża w ramach zadania budowy obwodnicy Niepołomic i Podłęża w nowym przebiegu drogi wojewódzkiej 964 wraz z połączeniem Niepołomickiej Strefy Inwestycyjnej z siecią dróg międzynarodowych - etap I (obwodnica Podłęża). Postępowanie prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego, w oparciu o przepisy ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 lipca 2018 r. pod numerem 2018/S 145-333155.

Wśród warunków udziału w postępowaniu (pkt 6.2 SIWZ) Zamawiający postawił wymogi odnoszące się do doświadczenia wykonawcy (pkt 6.2 tabela pkt 2 ppkt 1 a) i 1 b) SIWZ):

„6.2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki:

(...) 2 Zdolność techniczna lub zawodowa

o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający uzna warunek za spełniony poprzez wykazanie, iż:

1) Wykonawca, w okresie ostatnich:

a) trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie wykonał co najmniej 1 (jedną) wielobranżową budowlaną dokumentację projektową budowy rozbudowy przebudowy odbudowy drogi (klasy G lub wyższej) o długości co najmniej 1 km i obiektów mostowych (o klasie obciążenia A).

b) pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie zrealizował, co najmniej

1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie rozbudowie przebudowie odbudowie drogi (klasy G lub wyższej) o długości co najmniej 1 km i obiektów mostowych (o klasie obciążenia A)”.  
Warunkiem udziału w postępowaniu było również wniesienie przez wykonawców wadium, zgodnie z pkt 13 SIWZ.

W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie wpłynęły trzy oferty:

- (a) Konsorcjum Eurovia - 53 447 722,59 zł brutto;
- (b) Konsorcjum Trakcja - 69 600 000,00 zł brutto;
- (c) Konsorcjum Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego ENERGOPOL sp. z o.o. i INTOP Tarnobrzeg sp. z o.o. - 85 291 077,00 zł brutto.

W dniu 26 października 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, w formie wiadomości e-mail, o wyborze oferty Konsorcjum Eurovia jako najkorzystniejszej.

#### ZANIECHANIE ODRZUCENIA OFERTY KONSORCJUM EUROVIA W OPARCIU O ART. 89 UST. 1 PKT 7B P.Z.P.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum Eurovia przedstawiło wadliwie sporządzony dokument gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącej połowę wymaganego wadium, a co za tym idzie oferta wykonawcy nie została prawidłowo zabezpieczona i winna zostać odrzucona.

Zamawiający w pkt 13 SIWZ wskazał, iż oferta wykonawcy musi być zabezpieczona wadium w wysokości 600.000,00 zł oraz określił dopuszczalne formy wnoszenia wadium - gwarancja ubezpieczeniowa, gwarancja bankowa, poręczenie bankowe, poręczenie spółdzielczej kasy oszczędnościowo kredytowej, w pieniądzu lub w poręczeniach

udzielanych przez podmioty o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

Do oferty Konsorcjum Eurovia załączono dwa dokumenty gwarancji mające stanowić wadium, były to 1) gwarancja ubezpieczeniowa nr 903012784861 z dnia 27 września 2018 r. (dalej jako „Gwarancja”) oraz 2) gwarancja wadialną nr 871/2018/FIN udzieloną przez Societe Generale S.A. Oddział w Polsce, obie na kwotę po 300.000 PLN.

Zdaniem Odwołującego, pierwsza ze wskazanych gwarancji została sporządzona wadliwie, a w konsekwencji nie stanowi ona skutecznie udzielonej gwarancji ubezpieczeniowej, o której mowa w pkt. 13 SIWZ.

Zgodnie z art. 4 ust. 2 pkt. 7 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i asekuracyjnej do czynności ubezpieczeniowych zastrzeżonych wyłącznie dla zakładów ubezpieczeń należy m.in. zawieranie umów gwarancji ubezpieczeniowych. Innymi słowy gwarancji ubezpieczeniowej może udzielić jedynie podmiot będący zakładem ubezpieczeń. W przypadku, gdy jakikolwiek podmiot prawa cywilnego działa w imieniu i na rzecz (jako pełnomocnik) zakładu ubezpieczeń, to dla skuteczności składanego oświadczenia woli konieczne jest ujawnienie pełnomocnictwa, czyli wyraźne wskazanie, iż działa on w imieniu i na rzecz oznaczonego zakładu ubezpieczeń. W przypadku, gdy dany podmiot nie ujawni działania jako pełnomocnik mamy do czynienia z tzw. pełnomocnictwem tajnym, które nie wywołuje skutku prawnego dla mocodawcy (tu zakładu ubezpieczeń). Rozstrzygająca jest tu okoliczność, czy dany broker dopełnił obowiązku ujawnienia, iż działa jako pełnomocnik, nie zaś to, czy w chwili składania oświadczenia posiadał stosowne umocowanie.

Kwestionowana przez Odwołującego gwarancja ubezpieczeniowa nr 903012784861 z dnia 27 września 2018 r. została sporządzona na papierze firmowym opatrzonym logo oraz danymi rejestrowymi Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń Ergo Hestia Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie (dalej jako „Hestia”). Pod treścią gwarancji jako pieczęć gwaranta odcisnięto pieczęć Maxima Trade Sp. z o.o. Sp. k. i podpis złożył Prezes Zarządu Maxima Trade Sp. z o.o. G.N.. Należy zaakcentować, iż w treści gwarancji nr 903012784861 z nie wskazano, iż podpisując ten dokument G.N. lub Maxima Trade Sp. z o.o. Sp. k. działają w imieniu i na rzecz Ergo Hestia Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie. Oznacza to, iż Maxima Trade Sp. z o.o. Sp. k. wystawiając gwarancję działała we własnym imieniu lub jako tzw. pełnomocnik tajny (wówczas także złożone oświadczenie o udzieleniu gwarancji nie mają skutku wobec Hestia S.A.).

Ten błąd formalny zbiega się z niejasną treścią gwarancji, bowiem podpisujący nie tylko nie ujawnił, iż działa w imieniu i na rzecz Hestia S.A., lecz niektóre fragmenty wskazują, iż to podpisujący zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do wypłacenia Zmawiającemu kwoty gwarancji. Pod treścią Gwarancji w miejscu oznaczonym jako „pieczęć Gwaranta” odcisnięto nie pieczęć Hestia lecz pieczęć Maxima Trade sp. z o.o. sp. k.



i złożono podpis Prezesa Zarządu Grzegorza Nachmana. Nad tym podpisem widnieje stwierdzenie: „*Podajemy się bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty [...]*” oraz „*Niniejsza gwarancja jest ważna od [...]*” i wskazanie daty wystawienia gwarancji. Skoro podpisujący składa oświadczenie w pierwszej osobie i nie wskazuje na działanie w imieniu i na rzecz jakiegokolwiek podmiotu, to tym bardziej brak podstaw do uznania, iż ich złożone oświadczenie wywołało skutek wobec Hestii S.A.

Jak wskazuje się w doktrynie „*Pełnomocnictwo tajne to pełnomocnictwo nieujawnione wobec osoby, której pełnomocnik składa oświadczenie woli. Chodzi tu więc o przypadek, gdy pełnomocnik zataja przed osobą trzecią fakt działania w cudzym mieniu (i osobę mocodawcy). Takie działanie pełnomocnika nie wywołuje skutków prawnych dla mocodawcy (tak też A. Szpunar, Stanowisko, s. 21; J. Fabian, Pełnomocnictwo, s. 85; A. Piekarski, w: Komentarz KC, t. I, 1972, s. 238; A. Szpunar, Udzielenie pełnomocnictwa, s. 29; S. Rudnicki, w: Komentarz do KC, Ks. I, 2006, s. 400). W jego wyniku skutki prawne nastąpią po stronie osoby działającej. Wystąpi ona wówczas w roli zastępcy pośredniego*” (tak też . Fabian, Pełnomocnictwo, s. 88; M. Piekarski, w: Komentarz KC, t. I, 1972, s. 239; S. Grzybowski, w: System prawa cywilnego, t. I, wyd. I, s. 618; M. Bączyk, Skutki, s. 103 i 105; B. Gawlik, w: System, t. I, wyd. II, s. 760)”

Zgodnie z zasadą jawności przedstawicielstwa, przedstawiciel powinien ujawnić w czyim imieniu działa, aby czynność prawna przez niego dokonana wywołała skutki dla reprezentowanego. Skuteczność działania pełnomocnika uzależniona jest zatem od poinformowania osoby, której pełnomocnik składa oświadczenie woli, że czyni to w imieniu określonego mocodawcy.

Powyższe stanowisko jest również w pełni podzielane w judykaturze (tak wyrok SN z dnia 8 maja 2001 roku, IV CKN 359/00; wyroki: Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13.06.2014 r., I ACa 1554/13 oraz Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 14.06.2017 r., I ACa 205/17).

Tym samym konieczną przesłanką skuteczności działania przedstawiciela dla jego mocodawcy jest wyraźne ujawnienie, że działa on w imieniu reprezentowanego. Skoro Maxima Trade sp. z o.o. sp. k nie ujawnił, że działa jako pełnomocnik Hestia, to tym samym należy przyjąć, że skutki prawne gwarancji dotyczyć mogą tylko Maxima Trade sp. z o.o. sp. k. Innymi słowy, fakt nieujawnienia działania w cudzym imieniu powoduje, że Gwarancja została wystawiona nie w imieniu Hestia, lecz w imieniu Maxima Trade sp. z o.o. sp. k.

O wadliwości gwarancji wystawionej przez Maxima Trade Sp. z o.o. Sp. k. świadczy ponadto już proste porównanie z treścią gwarancji wystawionej przez Societe Generale.

Reasumując, Odwołujący podkreślił, że w świetle treści gwarancji oraz poglądów doktryny i orzecznictwa należy przyjąć, że gwarancja została wystawiona w imieniu Maxima Trade Sp. z o.o. Sp. k., a taki dokument w istocie nie jest gwarancją ubezpieczeniową.

Zgodnie z art. 4 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i asekuracyjnej, do czynności ubezpieczeniowych należy między innymi zawieranie umów gwarancji ubezpieczeniowych. Tego typu czynności (tzw. czynności ubezpieczeniowe sensu stricto) mogą być wykonywane jedynie bezpośrednio przez zakłady ubezpieczeń lub zakłady reasekuracji. Z kolei stosownie do art. 6 tej ustawy zakład ubezpieczeń może wykonywać działalność ubezpieczeniową wyłącznie w formie spółki akcyjnej, towarzystwa ubezpieczeń wzajemnych albo spółki europejskiej.

Uwzględniając powyższe, Maxima Trade sp. z o.o. sp. k. nie jest podmiotem uprawnionym do wystawiania gwarancji ubezpieczeniowych (nie jest to gwarancja ubezpieczeniowa, a wystawca gwarancji nie gwarantuje, że będzie ona miała taką samą płynność jak gwarancja ubezpieczeniowa), a co za tym idzie przedstawiona przez Konsorcjum Eurovia gwarancja w istocie nie jest gwarancją ubezpieczeniową i nie może stanowić wadium. W konsekwencji należy przyjąć, że oferta Konsorcjum Eurovia nie została zabezpieczona zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b p.z.p.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b przewiduje bowiem, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Co warte podkreślenia, przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznacza, że zaistnienie określonych w nim przesłanek obliuguje zamawiającego do odrzucenia oferty (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 grudnia 2016 roku, KIO 2370/16).

Na marginesie Odwołujący zwrócił uwagę, że w odróżnieniu od dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, dokument wadium nie podlega uzupełnianiu. Jego niezłożenie (bądź złożenie dokumentu obarczonego błędem) definitywnie skutkuje odrzuceniem oferty wykonawcy w postępowaniu (tak wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2017 r., KIO 2593/17, wyrok KIO z dnia 5 lutego 2015 roku, KIO 144/15, wyrok KIO z dnia 21 lipca 2016 r., KIO 1211/16).

#### NIESPEŁNIENIE PRZEZ KONSORCJUM EUROVIA WARUNKÓW POSTĘPOWANIA OKREŚLONYCH W PKT 6.2 TABELA PKT 2 PPKT 1 A) SIWZ - DOŚWIADCZENIE WYKONAWCY

Odwołujący wskazał, że w sprawie zaistniały również przesłanki uzasadniające wykluczenie Konsorcjum Eurovia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. wobec niespełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum Eurovia nie spełnia powyższego warunku opisanego w petitum odwołania, wobec czego Zamawiający winien wykluczyć tego wykonawcę z postępowania.

W złożonej ofercie Konsorcjum Eurovia oraz uzupełnieniu oferty (na skutek wezwania Zamawiającego do uzupełnienia braków oferty) wskazano, że w ciągu ostatnich trzech lat wykonawca wykonał wielobranżową budowlaną dokumentację projektową budowy drogi klasy S o długości ponad 1 km i obiektów mostowych o klasie obciążenia A w ramach zamówienia „*Kontynuacja projektowania i budowa drogi ekspresowej S-19, odcinek Węzeł Świlcza (DK4) bez węzła - węzeł Rzeszów Południe (Kielanówka) z węzłem*”, którego termin realizacji przypadał w okresie 9 kwietnia 2014 roku - 9 sierpnia 2017 roku.

W pierwszej kolejności Odwołujący zauważył, że powyższy projekt obejmuje kontynuację projektowania i budowy, a co za tym idzie Eurovia kończyła prace projektowe po innym podmiocie (wcześniejszym wykonawcy projektu). Jak wynika ze strony internetowej GDDKiA, proces projektowania dla przedmiotowej inwestycji rozpoczął się już przed 2008 r., a w 2010 r. inny wykonawca (Krakowskie Biuro Projektowe Dróg i Mostów „Transprojekt” Sp. z o.o.) przygotowało Projekt Budowlany, Projekt Wykonawczy oraz Dokumentację Przetargową. Biorąc pod uwagę fakt, że umowę z Eurovia Polska podpisano w dniu 9 kwietnia 2014 r., oczywistym jest, że Eurovia nie wykonała w ciągu: „trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej 1 (jedną) wielobranżową budowlaną dokumentację projektową budowy/rozbudowy/przebudowy/odbudowy drogi (klasy G lub wyższej) o długości co najmniej 1 km i obiektów mostowych (o klasie obciążenia A)” (jak wymaga SIWZ) lecz jedynie ewentualnie część tej dokumentacji. Powyższe potwierdza treść ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym UE, z którego wynika, że przedmiot zamówienia obejmował nie sporządzenie nowej dokumentacji, lecz kontynuację projektowania i optymalizację istniejącej dokumentacji projektowej.

Należy zauważyć również, że Konsorcjum Eurovia Polska S.A. i Nowak - Mosty sp. z o.o. ten wskazał cały okres realizacji inwestycji 2014 - 2017. Tymczasem z treści decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID) oraz dziennika budowy przedmiotowej inwestycji wprost wynika, że decyzja ZRID została wydana w dniu 15.05.2015 r., a zatem dokumentacja projektowa musiała zostać wykonana przed tą datą.

Co istotne, zgodnie z art. 11d ust. 1 pkt 5) Ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych, do wniosku o wydanie decyzji ZRID dołącza się cztery egzemplarze projektu budowlanego, co prowadzi do oczywistego wniosku, że etap projektowania został zakończony dużo wcześniej przed 15 maja 2015 r., kiedy to wydano decyzję ZRID.

Z treści dziennika budowy wynika ponadto, że w czerwcu 2015 r. przejęto teren budowy i rozpoczęto prace budowlane, co oznacza, że najpóźniej wówczas wszystkie prace związane z przygotowaniem dokumentacji projektowej musiały być zakończone.

Jak wynika z kalendarium inwestycji (<http://www.s19swilcza-rzeszow-pld.pl/> w zakładce Kalendarium), złożenie Inżynierowi projektów wykonawczych, szczegółowych specyfikacji technicznych i przedmiarów robót, a co za tym idzie zakończenie okresu projektowania, nastąpiło w dniu 09.06.2015 r., a więc ponad trzy lata wcześniej niż termin składania ofert w tym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę, że zgodnie z SIWZ dokumentacja projektowa miała być wykonana w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a termin ten upływał 3 października 2018 roku, to wykonanie przez wykonawcę dokumentacji projektowej przed 15.05.2015 r., a najpóźniej do czerwca 2015 r. nastąpiło wcześniej niż maksymalnie 3 lata przed 3 października 2018 r. W konsekwencji, bezspornym jest zdaniem Odwołującego, że Konsorcjum Eurovia nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Jak wynika z art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W nauce prawa podkreśla się, iż przepis ten stanowi obowiązkową przesłankę wykluczenia. Innymi słowy, jej zaistnienie powoduje, że wykonawca musi zostać wyeliminowany z postępowania. Co warto podkreślić, ciężar udowodnienia spełnienia wymogów udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy.

Ponadto, jak wynika z dokumentacji, zadanie wskazane przez Konsorcjum Eurovia realizowane było ramach konsorcjum, w którego skład wchodziły spółki Eurovia Polska S.A. oraz WARBUD S.A.

Z dokumentów przedstawionych przez Konsorcjum Eurovia nie wynika, jaki zakres prac przypadał na rzecz spółki Eurovia Polska S.A. w ramach realizacji wspomnianego zadania, a tym samym czy spełnia warunki w zakresie doświadczenia polegającego na projektowaniu zarówno:

- (a) budowy/rozbudowy/przebudowy/odbudowy drogi (klasy G lub wyższej) o długości co najmniej 1 km jak i
- (b) obiektów mostowych (o klasie obciążenia A).

W kontekście powyższej części zarzutu istotny jest bowiem wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. (sygn. C-387/14). W tej sprawie, TSUE stanęło przed oceną, czy wykonawca, który bierze samodzielnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, może polegać na doświadczeniu grupy wykonawców (konsorcjum), której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, niezależnie od tego, jaki był jego udział w realizacji tego zamówienia. TSUE w pkt 62 i 63 wyroku stwierdziło, że „[...] gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Jak bowiem słusznie

*podniósł rząd polski w uwagach na piśmie, wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców".* Ostatecznie TSUE stanęło na stanowisko, że „[...] art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji”.

Powyższe stanowisko TSUE znalazło odzwierciedlenie w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej (tak KIO w: wyroku z dnia 22 grudnia 2017 r., sygn. KIO 2571/17; wyroku KIO z dnia 24 stycznia 2018 r., sygn. KIO 82/18, wyroku z dnia 11 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 568/18)

Podsumowując Odwołujący jednoznacznie stwierdził, że Konsorcjum Eurovia nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 6.2 tabela pkt 2 ppkt 1 a) SIWZ. Obiektywnie świadczą o tym moment zakończenia projektowania robót budowlanych na 3 lata przed terminem składania ofert w postępowaniu, jak i zakres prac obejmujący tylko część, a nie całość dokumentacji oraz nie wskazał jaki zakres prac został mu przypisany w ramach konsorcjum realizującego to zadanie, a tym samym jakie nabył realne doświadczenie dot. projektowania.

Dodatkowo zaznaczono, że z informacji widniejących na stronie GDDKiA dot. zadania referencyjnego wynika, że prace projektowe wykonywały firmy takie jak: Pracownia Inżynierska Klotoida sp. z o.o. sp. k., Wolmost sp. z o.o. oraz Mosty Gdańsk sp. z o.o. Powyższe potwierdza informacja wynikająca z decyzji ZRID, zgodnie z którą projekt budowlany został opracowany przez mgr. inż. H.P., który jest pracownikiem Pracowni Inżynierskiej Klotoida sp. z o.o. sp. k.

#### NIESPEŁNIENIE PRZEZ KONSORCJUM EUROVIA WARUNKÓW POSTĘPOWANIA OKREŚLONYCH W PKT 6.2 TABELA PKT 2 PPKT 1 B) SIWZ - DOŚWIADCZENIE WYKONAWCY

Z kolei zgodnie z 6.2 tabela pkt 2 ppkt 1b) SIWZ ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca winien wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem składania ofert zrealizował co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie/rozbudowie/przebudowie/odbudowie drogi (klasy G lub wyższej) o długości co najmniej 1 km i obiektów mostowych (o klasie obciążenia A).

Również w tym przypadku zdaniem Odwołującego, Konsorcjum Eurovia nie spełnia powyższego warunku udziału w postępowaniu.

W złożonej ofercie Konsorcjum Eurovia oraz uzupełnieniu oferty (na skutek wezwania Zamawiającego do uzupełnienia braków oferty) wskazano, że w ciągu ostatnich pięciu lat wykonawca, wykonał w ramach zamówienia pn. „Przebudowa drogi wojewódzkiej DW 783 na odcinku Olkusz – Wolbrom” przebudowę drogi klasy G o długości ponad 1 km i obiektu mostowego o klasie obciążenia A.

Wykonawca przedstawił również poświadczenie wydane przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie z dnia 4 lutego 2015 roku, rzekomo potwierdzające zakres realizowanych przez Eurovia Polska S.A. robót na przedmiotowej inwestycji.

Podkreślić należy, iż z żadnego z powyższych dokumentów nie wynika, aby Eurovia Polska S.A. zrealizowała roboty związane z obiektem mostowym o klasie obciążenia A. Przedstawione dokumenty wskazują, że przedmiotowe zamówienie dotyczyło w dużej mierze robót drogowych, natomiast roboty mostowe miały charakter raczej poboczny, dotyczyły one mostu na cieku Biała Przemsza (o rozpiętości L=12,0m) i polegały one na wymianie jego pomostu.

Jak wynika z dokumentacji projektowej załączonej do dokumentacji przetargowej dla niniejszego zamówienia mamy do czynienia z obiektem mostowym o rozpiętości L=143.68 m, czyli ponad dziesięciokrotnie dłuższym niż referencyjny obiekt na doświadczenie w wykonaniu, którego powołało się Konsorcjum.

Nadmienić należy również, że w ofercie nie przedstawiono doświadczenia konsorcjanta - Nowak - Mosty sp. z o.o. w zakresie przedmiotowej inwestycji.

Uwzględniając powyższe, nie sposób przyjąć, że Konsorcjum Eurovia wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia w realizacji obiektów mostowych.

Reasumując, Konsorcjum Eurovia nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia technicznego, a co za tym idzie powinno zostać wykluczone przez Zamawiającego z udziału w postępowaniu.

#### ZANIECHANIE WYKLUCZENIA KONSORCJUM EUROVIA POLSKA Z UWAGI NA WPROWADZENIE ZAMAWIAJĄCEGO W BŁĄD

Nie ulega zdaniem Odwołującego wątpliwości, że przedstawiając Zamawiającemu informacje nieprawdziwe, mające znaczenie z punktu widzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Konsorcjum Eurovia doprowadziło do ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. i tym samym, co najmniej w sposób niedbały lub lekkomyślny, przekazało Zamawiającemu informacje wprowadzającą w błąd. Zachowanie to

wypełniło przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 Pzp i stanowiło podstawę do wykluczenia Konsorcjum Eurovia.

Aby możliwe było zastosowanie względem wykonawcy sankcji, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

- (a) przedstawione przez wykonawcę informacje muszą być informacjami wprowadzającymi zamawiającego w błąd;
- (b) są to informacje, które dotyczą oceny podstaw do wykluczenia, spełnienia warunków (art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp) lub mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego (art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp);
- (c) przedstawienie informacji nastąpiło w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp), względnie lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy (art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp).

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że poza sferą jakichkolwiek wątpliwości pozostaje ziszczenie się przesłanki, o której mowa w lit. b powyżej (informacje, o których mowa dot. spełnienia warunku udziału w postępowaniu).

Zarówno w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i pkt 17 Pzp ustawodawca wskazał na „wprowadzenie zamawiającego w błąd” jako skutek działania wykonawcy. Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej *„przez błąd należy rozumieć rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości gospodarza postępowania”*. Oznacza to, że sformułowanie użyte w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp wymaga, aby *„wykonawca poprzez przedstawienie informacji wywołał w świadomości zamawiającego fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości”*. Istotą „błędu”, jest więc wykreowanie u zamawiającego przekonania, iż dana okoliczność/ zdarzenie miały miejsce, podczas, gdy w rzeczywistości tak nie było. Do takiego stanu doprowadzić musi swoim działaniem wykonawca poprzez przedstawienie nieprawdziwej informacji, która stała się źródłem błędnego przekonania zamawiającego o danej okoliczności/ zdarzeniu.

Podkreślenia wymaga, że z taką właśnie klasyczną konstrukcją błędu mamy do czynienia w tej sprawie. Konsorcjum Eurovia oświadczyło w treści JEDZ, że posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie i tym samym spełnia warunki udziału w postępowaniu. Informacja ta, w ocenie Odwołującego, okazała się nieprawdziwa.

Ostatnia z przesłanek omawianych przepisów odnosi się do strony podmiotowej wykonawcy. W art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp ustawodawca wskazał na lekkomyślność lub niedbalstwo, z kolei w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp na zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo, będące formami kwalifikowanymi wprowadzenia w błąd, wskazujące na wyższy stopień nieprawidłowości działań wykonawcy. Wykazanie, że Konsorcjum Eurovia działało w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa czyni zbędnym odnoszenie się do pojęć z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp (jako pojęć zawierających się w lekkomyślności i niedbalstwie): *„Analiza*

*norm prawnych uregulowanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. pozwala na przyjęcie, iż przesłanka wykluczenia ujęta w art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. jest bardziej pojemna i zawiera w sobie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., które można uznać za kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd uregulowany w pkt 17”.*

Jak wynika z orzecznictwa, zarówno Izby, jak i sądów powszechnych, obowiązek starannego działania dotyczy zarówno zamawiających, jak i wykonawców. Jednym z przejawów staranności jest obowiązek przedstawiania zamawiającemu informacji opartych na prawdzie, rzetelnych i znajdujących odzwierciedlenie w faktach. Tylko w takim przypadku możliwe jest bowiem zadośćuczynienie podstawowemu celowi, jaki przyświeca regulacjom Pzp, jakim jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych. Jak wskazuje Izba: „*Nie może jednak umknąć, że przepis art. 24 ustawy Pzp ma stanowić przede wszystkim zabezpieczenie dla zamawiającego, że ma do czynienia z wykonawcą rzetelnym, który prawidłowo zrealizuje jego zamówienie. Niewątpliwie wykonawca rzetelny to wykonawca przedstawiający zamawiającemu prawdziwe, zgodne ze stanem faktycznym informacje. Naganność podania zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd jest oczywista i nie może podlegać dyskusji*”.

W wyroku z dnia 12 maja 2017 r. Izba stwierdza: „*Ponieważ do czynności zamawiającego i wykonawców podjętych w postępowaniu stosuje się z mocy art. 14 p.z.p. przepisy kodeksu cywilnego, zachowanie wykonawcy polegające na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego i mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego należy oceniać cywilistycznie, czyli pod kątem dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia*”.

Jak wskazuje Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 października 2003 r.16: „*Wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny. Jego zastosowanie w praktyce polega najpierw na dokonaniu wyboru modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania się dłużnika z takim wzorcem postępowania. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można osobie zobowiązanej postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje nie tylko niezgodność jego postępowania z modelem, lecz także uwarunkowana doświadczeniem życiowym możliwość i powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Miernik postępowania dłużnika, którego istota tkwi w zaniechaniu dołożenia staranności, nie może być formułowany na poziomie obowiązków nie dających się wyegzekwować, oderwanych od doświadczeń i konkretnych okoliczności*”.



Na gruncie przepisów ustawy Pzp jednym z fundamentalnych obowiązków wykonawcy jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. To właśnie na tej podstawie zamawiający podejmuje decyzję o możliwości dopuszczenia wykonawcy do realizacji zamówienia. Nie ulega więc wątpliwości, że wywiązanie się przez wykonawcę z obowiązków w tym zakresie musi być rozpatrywane przez pryzmat przywołanej powyżej należytej staranności. Do analogicznych wniosków doszła w swoich orzeczeniach Izba: w wyrok z dnia 13 lutego 2018 r., sygn. KIO 185/18, Sygn. KIO 782/17, wyrok z dnia 4 maja 2017 r., sygn. KIO 734/17).

Powyższe pozwala jednoznacznie stwierdzić, że Konsorcjum Eurovia nie wywiązało się z obowiązku działania z należytą starannością na etapie przygotowywania oferty. W opinii Odwołującego, działania Konsorcjum Eurovia zdają się nosić znamiona nie tylko lekkomyślności czy niedbalstwa, ale i kwalifikowanych form wprowadzenia zamawiającego w błąd, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Tytułem przykładu, trudno przypuszczać, że Konsorcjum Eurovia nie miało wiedzy, iż etap projektowania w zakresie zadania *„Kontynuacja projektowania i budowa drogi ekspresowej S-19, odcinek Węzeł Świlcza (DK4) bez węzła - węzeł Rzeszów Południe (Kielanówka) z węzłem”* został zakończony wcześniej niż 3 lata liczone wstecz od terminu składania ofert w postępowaniu, skoro projekt budowlany stanowi element konieczny wniosku składanego w celu uzyskania decyzji ZRID. Niemniej, dla ustalenia obowiązku w postaci wykluczenia Konsorcjum Eurovia z postępowania wystarczające jest zmaterializowanie się przesłanek w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil jak na wstępie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonym materiale dowodowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania

i oceny ofert, w tym zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Eurovia i uznanie jej za najkorzystniejszą, oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego (który zajmuje kolejne miejsce w rankingu) możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie podziela argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego, że Odwołujący nie posiada interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej i nie jest w stanie uzyskać przedmiotowego zamówienia, ponieważ Zamawiający na realizację przedmiotu zamówienia przeznaczył kwotę 53 447 722,59 zł podczas, gdy oferta Odwołującego opiewa na kwotę 69 600 000,00 zł. Zamawiający oświadczył także, że podana na sfinansowanie kwota ma wartość maksymalną i nie może ulec zwiększeniu.

Po pierwsze Izba wskazuje, że interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia w odniesieniu do korzystania ze środków ochrony prawnej jest badany z uwzględnieniem terminu złożenia odwołania. Wszelkie inne okoliczności podnoszone przez Zamawiającego dotyczą natomiast przesłanek unieważnienia postępowania w przyszłości, pozostają bez wpływu na ziszczenie się przesłanek w zakresie badania interesu wykonawcy do skorzystania ze środka ochrony prawnej. Ponadto twierdzenia Zamawiającego, że nie będzie on zwiększał kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia są jedynie jego oświadczeniem, które może podlegać weryfikacji, z uwagi chociażby na zmianę okoliczności, związanych z możliwością uzyskania dodatkowych środków. Tym samym na obecnym etapie nie można kategorycznie wykluczyć, że niemożliwym jest rozstrzygnięcie postępowania na korzyść Odwołującego, a następnie zawarcia z nim ważnej umowy.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca **Eurovia Polska SA z siedzibą w Bielaniach Wrocławskich**.

Izba nie potwierdziła skuteczności przystąpienia i nie dopuściła wykonawcy jako Przystępującego po stronie Zamawiającego, uwzględniając w tym zakresie opozycję zgłoszoną przez Odwołującego. Powodem niedopuszczenia wykonawcy do postępowania odwoławczego był brak zgodności podmiotowej między wykonawcą, który składał ofertę w postępowaniu – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: (1) Eurovia Polska SA. (Lider) oraz (2) Nowak - Mosty Sp. z o.o. (Partner) (dalej jako „Konsorcjum Eurovia”) siedzibą dla Lidera w Bielaniach Wrocławskich, a wykonawcą, który złożył przystąpienie – Eurovia Polska SA jako podmiot działający we własnym imieniu. .

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości, jako bezzasadnego. W pierwszej kolejności Zamawiający podnosił brak interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Jak podkreślał Zamawiający cena oferty Odwołującego znacząco przekracza kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i kwota ta nie zostanie podwyższona, o czym Odwołujący był kilkakrotnie informowany. Co do pozostałych zarzutów wskazywał, że są one bezpodstawne.

Na rozprawie Odwołujący wycofał część zarzutów związanych z kwestionowaniem zabezpieczenia oferty konsorcjum Eurovia wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej. Wycofano również zarzut związany z potwierdzeniem spełniania warunku wykonania dokumentacji projektowej w tym zakresie, że zadanie referencyjne miało jedynie charakter kontynuacji projektowania dokumentacji, podczas gdy warunek dotyczył wykonania w całości wielobranżowej dokumentacji budowlanej. Odwołujący uznał, iż wyjaśniono że dokumentacja w ramach tego zadania mogła być wykonywana od początku. Wycofano także zarzut, że z treści złożonych dokumentów dla zadania referencyjnego nie wynikał podział zadań pomiędzy członków konsorcjum firmy Eurovia i Warbud. W tym zakresie Izba nie orzekała co do zarzutów i postępowanie umorzyła.

Izba ustaliła, że Odwołujący w treści odwołania prawidłowo przywołał zapisy SIWZ odnoszące się do ustalonych warunków udziału w postępowaniu, a także okoliczności wynikające z treści oferty konsorcjum Eurovia, mające znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu.

**Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie.**

Izba uznała zasadność zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w części, gdzie wskazywano na brak potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu posiadania doświadczenia zawodowego przez konsorcjum Eurovia w zakresie projektowania dokumentacji.

Zamawiający ustalił, że wykonawca musiał posiadać doświadczenie zawodowe w postaci wykonania co najmniej jednej wielobranżowej budowlanej dokumentacji projektowej budowy/rozbudowy/przebudowy/odbudowy drogi klasy G o długości 1 km i obiektów mostowych o klasie obciążenia A.

Konsorcjum Eurovia posiadanie niezbędnego doświadczenia wykazywało przez powołanie się na zadanie „*Kontynuacja projektowania i budowa drogi ekspresowej S-19,*

*odcinek Węzeł Świlcza (DK4) bez węzła - węzeł Rzeszów Południe (Kielanówka) z węzłem*”, którego termin realizacji w Wykazie prac określono na 9 kwietnia 2014 roku - 9 sierpnia 2017 roku.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, iż żadna ze Stron postępowania odwoławczego nie kwestionowała, że zadanie referencyjne realizowane było w trybie „zaprojektuj i wybuduj”. Taka formuła ma to do siebie, że wyróżnić można z łatwością dwa etapy: pierwszy odnoszący się do zaprojektowania danej inwestycji (czyli stworzenia dokumentacji) i etap drugi, w którym następuje realizacja prac budowlanych. Ze złożonych przez konsorcjum Eurovia dokumentów w postaci poświadczeń należytego wykonania zadania nie wynika w jakim okresie realizowany był etap projektowania. Referencje odnoszą się do całokształtu prac na zadaniu. Także daty wskazane w referencjach odnoszą się do wszystkich etapów inwestycji, a więc etapu projektowania i etapu robót budowlanych, bez szczegółowego ich rozróżnienia. Zamawiający nie uzyskał od wykonawcy – konsorcjum Eurovia – żadnych dokumentów, które potwierdzałyby czasookres wykonywania prac projektowania. Odwołujący poprzez przedstawiony materiał dowodowy związany z realizacją zadania referencyjnego uprawdopodobnił, że prace projektowe wykonywane były w innych niż wskazane w Wykazie prac datach, a Zamawiający nie ustalił rzeczywistego czasu wykonywania dokumentacji projektowej, co potwierdzać miało spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie zbadał, czy prace projektowe w rozumieniu ustalonego warunku udziału zakończyły się w przeciągu trzech lat przed upływem terminu składania ofert.

Jednocześnie Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że formuła „zaprojektuj i wybuduj” oznacza, że prac projektowych nie zakończył moment wydania decyzji ZRID, bowiem projektant w dalszym ciągu uczestniczy w realizacji zadania oraz podejmuje szereg czynności związanych z projektowaniem i sprawuje nadzór autorski. Warunkiem Zamawiający wymagał doświadczenia w realizacji co najmniej jednej wielobranżowej budowlanej dokumentacji projektowej budowy/rozbudowy/przebudowy/odbudowy drogi o określonej długości i klasie. Pojęcie „wielobranżowa budowlana dokumentacja projektowa” jest pojęciem zakresowo zrozumiałym dla profesjonalisty. Istnieją przepisy prawa, które szczegółowo zakreślają formę i zakres projektu budowlanego. Jako przykład można wskazać art. 34 ust. 6 ustawy Prawo budowlane (Dz.U. 2010, Nr 243, poz. 1623 ze zmianami), gdzie zaznaczono, że szczegółowy zakres i formę projektu budowlanego określa w drodze rozporządzenia wykonawczego do ustawy minister właściwy do spraw budownictwa, gospodarki przestrzennej i mieszkaniowej.

Rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (t.j. Dz.U. z 2018, poz. 1935), określa szczegółowy zakres i formę projektu budowlanego,

stanowiącego podstawę do wydania decyzji o pozwoleniu na budowę, nie ograniczając zakresu opracowań projektowych w stadiach poprzedzających opracowanie projektu budowlanego, wykonywanych równocześnie, w szczególności projektu technologicznego oraz na potrzeby związane z wykonywaniem robót budowlanych.

Projekt budowlany powinien zawierać:

1) projekt zagospodarowania działki lub terenu, sporządzony na aktualnej mapie, obejmujący; określenie granic działki lub terenu, usytuowanie, obrys i układy istniejących i projektowanych obiektów budowlanych, sieci uzbrojenia terenu, sposób odprowadzania lub oczyszczania ścieków, układ komunikacyjny i układ zieleni, ze wskazaniem charakterystycznych elementów, wymiarów, rzędnych i wzajemnych odległości obiektów, w nawiązaniu do istniejącej i projektowanej zabudowy terenów sąsiednich;

2) projekt architektoniczno – budowlany, określający funkcję, formę i konstrukcję obiektu budowlanego, jego charakterystykę energetyczną i ekologiczną oraz proponowane niezbędne rozwiązania techniczne, a także materiałowe, ukazujące zasady nawiązania do otoczenia, a w stosunku do określonych ustawą obiektów budowlanych opis dostępności dla osób niepełnosprawnych;

3) stosownie do potrzeb: oświadczenia właściwych jednostek organizacyjnych o zapewnieniu dostaw energii, wody, ciepła i gazu, odbioru ścieków oraz o warunkach przyłączenia obiektu do sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, elektroenergetycznych, telekomunikacyjnych oraz dróg lądowych oraz stosownie do potrzeb oświadczenie właściwego zarządcy drogi o możliwości połączenia działki z drogą publiczną zgodnie z przepisami o drogach publicznych,

4) w zależności od potrzeb, wyniki badań geologiczno – inżynierskich oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów budowlanych.

Jak wskazywał Odwołujący na zadaniu referencyjnym kamień milowy nr 2 odnosił się do dostarczenia kompletnej dokumentacji budowlanej, projektów wykonawczych, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, przedmiarów dla całego odcinka drogi. A więc wszelkie inne czynności projektowe, wykonywane w trakcie robót budowlanych, czy po uzyskaniu decyzji zezwalających na podjęcie robót budowlanych nie mieszczą się w definicji wykonania „dokumentacji projektowej” przyjętej w SIWZ przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Podobnie jak sprawowanie nadzoru autorskiego, są to nowe, odrębne czynności w zakresie projektowania. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie określił warunku jako udział w procesie projektowania, ale jako dostarczenie wielobranżowej budowlanej dokumentacji projektowej. Sam więc Zamawiający niejako zawęził zakres przedmiotowy, który potwierdzał będzie posiadanie odpowiedniego doświadczenia zawodowego. Konsorcjum Eurovia z kolei powoływało się na wykonanie dokumentacji projektowej na zlecenie ówczesnego zamawiającego na nowo, choć nazwa

zadania wskazywała na kontynuację zamówienia. Jednakże z dokumentów złożonych zamawiającemu taka okoliczność w żaden sposób nie wynika. Tym samym, Izba uznała zarzut za potwierdzony, co skutkowało uwzględnieniem odwołania w części. Zauważyć jednak należy, że sam fakt częściowego potwierdzenia się zarzutu nie oznacza, że zaistniały przesłanki do wykluczenia Konsorcjum Eurovia z postępowania. Złożone dotychczas dokumenty, ani nie zaprzeczają możliwości wykonania kompletnej dokumentacji projektowej w wymaganym przez Zamawiającego okresie, ani tej tezy nie potwierdzają. Sam Odwołujący uprawdopodobnił jedynie okoliczność, że zaprojektowanie dokumentacji nie odbywało się w okresie wskazanym w Wykazie, nie udowodnił jednak ponad wszelką wątpliwość, że miało miejsce w okresie, na który wskazywały złożone pod odwołaniem dokumenty. Tym samym zaniechanie Zamawiającego polega na tym, że pomimo tego, że powinien powziąć wątpliwości, co do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, zaniechał wezwania Konsorcjum Eurovia do złożenia wyjaśnień odnośnie przedłożonych dokumentów lub też zaniechał wyjaśnienia tych okoliczności samodzielnie u ówczesnego zamawiającego. W konsekwencji Zamawiający dopuścił do oceny ofert wykonawcę niezweryfikowanego pod kątem spełniania warunków udziału. Zamawiający miał też możliwość skonfrontować dokumenty konsorcjum Eurovia z informacjami posiadanymi przez inwestora zadania referencyjnego, z której to możliwości Zamawiający również nie skorzystał. Na obecny etapie postępowania nie można jednoznacznie ustalić czy wybrany wykonawca podlega wykluczeniu i ocenić czy złożył nieprawdziwe informację. Z tego względu nie można w pełni zadość uczynić żądaniu Odwołującego i konieczne jest nakazanie Zamawiającemu zbadania rzeczywistego stanu faktycznego, który wystąpił w toku realizacji zadania referencyjnego.

Następnie, Odwołujący zarzucał brak wykazania spełnienia warunku udziału co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie/rozbudowie/przebudowie/odbudowie drogi klasy G lub wyższej o długości co najmniej 1 km i obiektów mostowych o klasie obciążenia A.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, iż odwołanie nie zawierało zarzutu, że pracą referencyjną miało być zadanie, na którym realizowano więcej niż jeden obiekt mostowy. Argumentacja taka ze strony Odwołującego pojawiła się dopiero na rozprawie, co w ocenie składu orzekającego Izby stanowi niedozwolone rozszerzenie zarzutu, a tym samym pozostaje poza kognicją Izby związaną zakresem odwołania. Ale nawet gdyby przyjąć, że z odwołania można wyczytać takie stanowisko Strony Odwołującej, to w ocenie Izby użycie liczby mnogiej w sformułowaniu „obiekty mostowe” związane jest jedynie ze składnią zdania. Innymi słowy, zdaniem Izby, wystarczającym do potwierdzenia spełnienia warunku wystarczające było wskazanie zadania, na którym wykonany został przynajmniej jeden obiekt mostowy o klasie obciążenia A.

Przechodząc do rozważenia, czy zadaniem referencyjnym „Przebudowa drogi wojewódzkiej DW 783 na odcinku Olkusz – Wolbrom” konsorcjum Eurovia potwierdziło spełnienie warunku, należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Konsorcjum Eurovia w JEDZ oraz przez złożenie Wykazu prac potwierdziło, że prace o zakresie zakwalifikowanym jako przebudowa obiektu mostowego na cieku Biała Przemsza wykonywane były na obiekcie o klasie obciążenia A. Dodatkowo informację tę Zamawiający potwierdził u zarządcy drogi – Zarządu Dróg w Krakowie. Złożone potwierdzenie należytego wykonania zadania określało zakres wykonanych prac. Jak powszechnie wiadomym, zarówno na podstawie opinii doktryny i orzecznictwa, referencje służą jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia. Ich rolą nie jest potwierdzanie zakresu rodzajowego prac, czy też klasy obiektu. Dane wymagane warunkiem potwierdzone zostały przez złożenie dodatkowych oświadczeń. Natomiast nie jest rolą Odwołującego kwestionowanie na podstawie wyszczególnionego zakresu wykonanych prac w referencjach, charakteru i rodzaju elementów składających się na zadanie inwestycyjne. To sam zarządca drogi określił, że prace przyjęły zakres odpowiadający przebudowie obiektu mostowego i tak je zakwalifikował. Bez znaczenia dla wykazania spełnienia warunku pozostaje, czy wykonywane na obiekcie roboty miały marginalny zakres przedmiotowy, chociażby z tego powodu, że Zamawiający minimalnego zakresu nie wskazał.

Za chybione Izba uznała zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Eurovia, które przedstawiło Zamawiającemu nieprawdziwe, wprowadzające w błąd informacje odnośnie spełniania warunków udziału.

W tym zakresie Odwołujący przedstawionymi w odwołaniu dowodami nie wykazał odmienność rzeczywistego stanu rzeczy od zaprezentowanego w oświadczeniu złożonym w ofercie konsorcjum Eurovia, dlatego też trudno w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym dopatrywać się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp.

Nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że konsorcjum Eurovia, działając co najmniej nieumyślnie, próbowało wprowadzić Zamawiającego w błąd i doprowadzić do uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Nawet jeżeli ze złożonych dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunków udziału nie wynikała klasa obiektu mostowego, czy też nie określono wprost dat wykonywania usługi projektowania dokumentacji budowlanej, to przed ostatecznym wykluczeniem danego wykonawcy Zamawiający winien umożliwić mu wytłumaczenie się z zaistniałej sytuacji, wyjaśnienie wątpliwości, przedstawienie dodatkowych dokumentów. Zamawiający może także samodzielnie dokonać weryfikacji złożonych dokumentów, zwracając się wystawcy referencji o potwierdzenie zawartych w dokumentach informacji. W postępowaniu będącym przedmiotem kontroli ze strony Izby Zamawiający skorzystał z takiej możliwości po

wniesieniu odwołania. Choć czynność ta ma charakter następczy, po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie można pominąć uzyskanych informacji i poczynionych w toku tej czynności ustaleń. Z danych przedstawionych Zamawiającemu jasno i niezbicie wynika potwierdzenie klasy obciążenia obiektu mostowego. Natomiast w przypadku usługi wykonania dokumentacji projektowej, w ofercie i złożonych dokumentach nie przedstawiono informacji, których stan obiegałby od rzeczywistości. Daty wykonywania zadania referencyjnego w poświadczeniu należytego wykonania zamówienia pokrywają się z datami wskazanymi przez konsorcjum Eurovia w *Wykazie*. Przy czym wyjaśnienia wymaga, w jakich datach dla zadania z *Wykazu* miał miejsce etap projektowania dokumentacji budowlanej. Natomiast zaakceptowanie przez Zamawiającego informacji przedstawionych przez konsorcjum Eurovia wynikało z przyjętej interpretacji zapisów SIWZ, gdzie zaakceptowano szerokie spojrzenie na proces projektowania dokumentacji budowlanej. Z takim ujęciem i rozumieniem warunku nie sposób się jednak zgodzić, co wywodzono w niniejszym orzeczeniu, bowiem zapisy SIWZ zakładały rozumienie tego pojęcia *sensu stricto*.

Reasumując, Izba uznała, że Zamawiający powinien unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowić czynność badania i oceny ofert, w ramach której należy wezwać Wykonawcę konsorcjum Eurovia do uzupełnienia dokumentów lub złożenia dodatkowych wyjaśnień przy zastosowaniu art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp co do jednoznacznego potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 1, 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972 ze zmianami) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożyły się koszty wpisu oraz zastępstwa procesowego na podstawie rachunków przedstawionych do zamknięcia rozprawy.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....