

Sygn. akt: KIO 2709/17

WYROK

z dnia 11 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Chudzik**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku,**

przy udziale wykonawcy **Impresa Pizzarotti & C.S.p.A. z siedzibą w Parmie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego doświadczenia personelu wykonawcy i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności oceny ofert, w tym zwrócić się – na podstawie § 2 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia – do podmiotu, na rzecz którego były wykonywane roboty wskazane przez Przystępującego jako Zadanie 2 na str. 4-5 Formularza 2.2 „Kryteria pozacenowe”, o dodatkowe informacje lub dokumenty w zakresie funkcji pełnionej przez pana C. F.;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddać;
3. Kosztami postępowania obciążyć Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Ostrów Mazowiecka – Szczuczyn, odcinek” węzeł Łomża Zachód (z węzłem) – węzeł Kolno (bez węzła), na długości około 12,922 km [S61] + DK64 [GP] 6,963 km.*

W dniu 22 grudnia 2017 r. Konsorcjum: PORR S.A. oraz UNIBEP S.A. wniosło odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy Impresa Pizzarotti & C.S.p.A., zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz wobec dokonania wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 22d ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ewentualnie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w dniu 12 grudnia 2017 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznana została ta złożona przez Pizzarotti. W treści tej oferty wykonawca wskazał m. in. następujące osoby wchodzące w skład Personelu kluczowego:

- pan C. F. – na stanowisko Kierownika Budowy;
- pan F. B. – na stanowisko Kierownika Robót Drogowych;
- pan M. M. – na stanowisko Kierownika Robót Mostowych;
- pan P. M. – na stanowisko Głównego Projektanta Drogowego.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Pizzarotti posługuje się tym samym potencjałem osobowym w przypadku ubiegania się bądź realizacji innych realizowanych w tym samym czasie zamówień, podczas gdy w pkt 7.3 SIWZ Zamawiający przewidział uprawnienie do uznania, że dany wykonawca nie posiada wymaganych zdolności z uwagi na zaangażowanie w inne przedsięwzięcia gospodarcze, co stanowi powielenie treści art. 22d ust. 2 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Przepis ten został wprowadzony do Pzp nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. i stanowi implementację art. 58 ust. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zgodnie z którym instytucja zamawiająca

może uznać, że dany wykonawca nie ma wymaganych zdolności zawodowych, jeżeli ustaliła, że wykonawca ma sprzeczne interesy, które mogą mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Zdaniem Odwołującego, wskazane w tym przepisie „sprzeczne interesy” nie powinny być utożsamiane z konfliktem interesów, jaki może wystąpić pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, do nich bowiem odwołuje się art. 57 ust. 4 lit. e dyrektywy. Pojęcie to zostało przez polskiego ustawodawcę zinterpretowane jako sprzeczność o charakterze nie wertykalnym (na linii zamawiający – wykonawca), lecz horyzontalnym, kiedy to przedsięwzięcia realizowane przez danego wykonawcę powodują zaistnienie pomiędzy nimi swoistego konfliktu rozumianego jako potencjalne trudności związane z wywiązaniem się z ich realizacji. Odwołujący wskazał, że celem takiej regulacji jest przyznanie instytucjom zamawiającym możliwości reagowania w przypadkach, gdy wykonawcy nadają wykazywanemu w ofercie potencjałowi technicznemu czy personalnemu charakter, który nie pozwala na ich przypisanie do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z takim przypadkiem będziemy mieli do czynienia właśnie w sytuacji, gdy wykonawca posługuje się tym samym potencjałem w różnych, zbieżnych terminem realizacji, postępowaniach, czyniąc niemożliwym jednoczesne jego wykorzystanie. W taki sposób instytucja zamawiająca zostaje pozbawiona możliwości rzeczywistej weryfikacji zdolności wykonawcy poprzez ograniczenie tej weryfikacji jedynie do badania o charakterze pozornym.

Odwołujący podkreślił, że choć art. 22d ust. 2 ustawy Pzp jest przepisem stosunkowo nowym, to zagadnienie fikcyjności wykazywanego potencjału znane było również przed jego wejściem w życie. W stanie prawnym sprzed nowelizacji z czerwca 2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza wywodziła je z art. 22 ust. 5 Pzp, stwierdzając, że celem weryfikacji wykonawcy nie jest uzyskanie przez zamawiającego jedynie formalnego potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale uzyskanie wiedzy o realnej kondycji wykonawcy, jego wiarygodności jako strony umowy o udzielenie zamówienia publicznego i zdolności do realizacji tej umowy.

Odnosząc się do treści art. 22d ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący stwierdził, że rozważenia wymaga, czy wobec użytego sformułowania „może” norma ta wyznacza dla zamawiającego jedynie uprawnienie, z którego może ona skorzystać według własnego uznania, czy może istnieją okoliczności, w których uprawnienie to przeradza się w obowiązek. Zdaniem Odwołującego należy sięgnąć do sformułowanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasad, w oparciu o które prowadzone powinno być postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zarówno bowiem z reguły nakazującej równo traktować wykonawców, jak i z zasady przejrzystości można wywieść wymóg w postaci obligatoryjnego podejmowania obiektywnie uzasadnionych, weryfikowalnych i tożsamyh w odniesieniu do

różnych wykonawców czynności. W ocenie Odwołującego, w sytuacjach, w których w dostateczny sposób uprawdopodobnione zostanie wystąpienie przesłanek uzasadniających zastosowanie przedmiotowego przepisu, pomimo użycia przez ustawodawcę sformułowania „może” art. 22d ust. 2 ustawy Pzp będzie kreował po stronie zamawiającego obowiązek podjęcia czynności w przypadku wyczerpania się zasobów wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że drugie spośród niedostatecznie dookreślonych przez ustawodawcę pojęć użytych w analizowanym przepisie odnosi się do konsekwencji, jakie wywołuje zaangażowanie wykonawcy w liczne przedsięwzięcia. Zdaniem Odwołującego, wystarczające jest, aby negatywny wpływ został uprawdopodobniony, a nie wykazany, umożliwienie zamawiającemu podjęcie określonych czynności dopiero w momencie, w którym zmaterializują się skutki niepożądanych i bezprawnych działań wykonawcy byłoby bowiem sprzeczne z interesem publicznym, na straży którego stoją zamawiający.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby, w którym podkreśla się, że dla skorzystania przez zamawiającego z omawianego przepisu nie jest wystarczające stwierdzenie, że zasoby danego wykonawcy mogą być angażowane w różne przedsięwzięcia, kluczowe bowiem jest, aby sytuacja ta mogła, choćby potencjalnie, wpływać na dane zamówienie. Zdaniem Odwołującego oznacza to, że nie jest wystarczające dla uznania ziszczenia się przesłanek z art. 22d ust. 2 stwierdzenie, że wykonawca, który ubiega się o zamówienia w różnych postępowaniach i posługuje się tym samym potencjałem zasługuje automatycznie na wykluczenie z postępowania. Jednak jeśli przemawiają za tym okoliczności faktyczne polegające np. na znacznej liczbie takich postępowań, to wniosek taki może być uzasadniony.

Odwołujący podniósł, że już w momencie składania oferty w niniejszym postępowaniu wykonawca Pizzarotti złożył nieprawdziwe oświadczenie na temat dysponowania na etapie realizacji zamówienia następującymi osobami, które podane zostały jako członkowie Personelu kluczowego: F. B., M. M., P. M., osoby te zostały bowiem wskazane jako członkowie analogicznego zespołu w innym prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem był „Projekt i budowa drogi S-61 Obwodnica Augustowa – granica państwa, odcinek: koniec obw. Suwałk – Budzisko z obw. Szypliszek”. Umowa w zakresie tego postępowania podpisana została dnia 6 czerwca 2017 r. Odwołujący wskazał jako dowody: wyciąg z wniosku o dopuszczenie do udziału w ww. postępowaniu oraz informację prasowa na temat podpisania umowy.

Odwołujący stwierdził, że w przywołanym postępowaniu Zamawiający dostrzegł ryzyka generowane przez posługiwanie się przez wykonawcę tym samym potencjałem

osobowym w toku niezależnych od siebie postępowań przetargowych. Dnia 2 listopada 2016 r. skierował do Pizzarotti (który ubiegał się o to zamówienie wspólnie z Pizzarotti S.A.) pismo, w którym stwierdza, w nawiązaniu do złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, że:

- a) celem regulacji przewidzianych w Pzp jest zapewnienie skutecznej realizacji przedmiotu zamówienia, między innymi poprzez podmiotową weryfikację wykonawców;
- b) weryfikacja spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie służy jedynie zadośćuczynieniu wymogom formalnym, są one bowiem nierozzerwalnie związane ze sferą realizacji zamówienia;
- c) wykonawca, który nie wykazuje rzeczywistych możliwości wykonania zamówienia nie może być uznany za będącego w stanie spełnić świadczenie wynikające z umowy, przez co nie może on uzyskać zamówienia;
- d) powyższe znajduje potwierdzenie w stanowisku Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych;
- e) reguły wymienione w lit. a) - c) dotyczą również zasobów podmiotów trzecich, co potwierdza orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej;
- f) osoby wskazane we wniosku Pizzarotti w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu widnieją również we wnioskach złożonych w innych, równolegle się toczących postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad;
- g) aspekt ten powinien zostać uwzględniony przez Pizzarotti - istnieje bowiem ryzyko, że realna dostępność danych osób będzie ograniczona z uwagi na skierowanie jej do innego postępowania, w którym oferta Pizzarotti zostanie uznana za najkorzystniejszą;
- h) zaangażowanie potencjału kadrowego w realizację jednego zamówienia uniemożliwia bądź istotnie utrudnia rzeczywiste i realne zaangażowanie w tym samym czasie tego potencjału do realizacji innego zadania;
- i) wykonawca wykazując więc w wykazie osoby, które zaangażowane są innym postępowaniu „nie będzie zatem faktycznie dysponował realnymi i rzeczywistymi możliwościami do wykonania danego przedmiotu przy wykorzystaniu tego konkretnego zasobu.

Co więcej, już po wyborze oferty konsorcjum złożonego ze spółek z grupy Pizzarotti Zamawiający zwrócił się do wykonawcy z kolejnym pismem, w którym sformułowana została prośba o potwierdzenie, że osoby wskazane na wcześniejszym etapie postępowania będą faktycznie uczestniczyć w realizacji zamówienia. W odpowiedzi wykonawca potwierdził, że wszystkie osoby wskazane we wniosku będą uczestniczyć w realizacji zamówienia.

Odwołujący podniósł, że pomiędzy sytuacją omówioną powyżej a zaistniałą w obecnie prowadzonym postępowaniu zachodzi istotna różnica, gdyż pisząc powyższe

pisma Zamawiający nie miał wiedzy na temat faktycznego zaangażowania potencjału osobowego Pizzarotti w inne przedsięwzięcia, a jedynie dostrzegał ryzyka, które zmaterializowałyby się dopiero w momencie, w którym Pizzarotti zawarłby umowę w wyniku wybrania jego oferty (w której potencjał kadrowy pokrywałby się z tym, który wykorzystywany był na potrzeby zamówienia). Nie może tym samym dziwić zachowanie konsorcjum Pizzarotti, które potwierdziło, że kwestionowany personel będzie zaangażowany w realizację właśnie tego przedsięwzięcia.

Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, że w momencie, w którym Pizzarotti formalnie powziął wiedzę o zaangażowaniu określonych osób w realizację kontraktu, którego przedmiotem było zaprojektowanie i budowa trasy S-61 odc. Suwałki-Budzisko, nie miał podstaw do posługiwania się nimi w innych postępowaniach, których realizacja następować miała w pokrywających się terminach. Tymczasem Pizzarotti półtora miesiąca po zawarciu umowy z Zamawiającym (S-61 odc. Suwałki-Budzisko) złożył ofertę, w której na kluczowe stanowiska wskazane zostały osoby zaangażowane w tamto postępowanie. Na uwagę zasługuje, że oba przedsięwzięcia mają za przedmiot zaprojektowanie oraz prace budowlane, które w dominującej części muszą być wykonywane w tym samym czasie. Pierwsze z analizowanych postępowań przetargowych (odc. Suwałki-Budzisko) musi zostać zrealizowane w terminie 31 miesięcy od podpisania umowy, podobnie jak drugie (Łomża Zachód-Kolno). Wyłączając więc trwający średnio 15 miesięcy okres projektowania i uzyskiwania dokumentacji niezbędnej do podjęcia prac, ok. 21 miesięcy to czas, w którym realizowane będą prace budowlane (biorąc pod uwagę okresy zimowe, których nie wlicza się do czasu realizacji prac). Nie jest więc możliwe, aby prace budowlane w obu postępowaniach nie były wykonywane w tym samym czasie.

W ocenie Odwołującego powyższe oznacza, że przedkładając dokument JEDZ oraz Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego Pizzarotti położył nacisk na formalne zadośćuczynienie wymagań, podczas gdy niemożliwe jest, aby osoby te w sposób realny i faktyczny zaangażowane zostały w wykonywanie prac na dwóch różnych odcinkach budowy drogi S-61. O ile w momencie, w którym Zamawiający kierował do konsorcjum Pizzarotti pisma z dnia 2 listopada 2016 r. oraz 18 kwietnia 2017 r. ani Zamawiający ani ten wykonawca nie mieli wiedzy o realnym wykorzystaniu potencjału, tak po zawarciu umowy z dnia 6 czerwca 2017 r. okoliczność ta stała się faktem. Brak jakiegokolwiek reakcji ze strony Zamawiającego jest więc zupełnie niezrozumiałą, tym bardziej, że ten sam Zamawiający wykazywał się troską w momencie istnienia jedynie potencjalnego ryzyka, kiedy natomiast stało się ono ryzykiem realnym nie podjął żadnych czynności. Jest to niezrozumiałe tym bardziej, że w pkt. 7.2 ppkt 3 b SIWZ Zamawiający stwierdził: *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące*

osób: Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby stanowiące Personel kluczowy, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia. Znaczenie, jakie tym osobom przypisał Zamawiający wynika również jednoznacznie z adnotacji zamieszczonej poniżej wymagań odnoszących się do konkretnych osób, zgodnie z którą Zamawiający nie dopuszcza przedstawienia jednej osoby do pełnienia więcej niż jednej funkcji wymienionych powyżej. Gdyby celem Zamawiającego było jedynie formalne wykazanie, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia dysponuje osobami o określonych kwalifikacjach i doświadczeniu, to takiego obostrzenia by nie wprowadzał. Ma ono bowiem sens tylko na etapie realizacji robót, kiedy to istotne znaczenie będzie miało czy za dane, kluczowe, fragmenty prac odpowiada jedna osoba czy są one jednak przydzielone do kilku specjalistów zgodnie z ich kompetencjami i kwalifikacjami.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Subklauzulą 4.1 Warunków Ogólnych obowiązkiem Wykonawcy jest dostarczenie Zamawiającemu Personelu Wykonawcy. W Subklauzuli 6.8 Zamawiający stwierdził, że *Wykonawca jest zobowiązany skierować do realizacji zamówienia osoby wskazane na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, a w przypadku konieczności zastąpienia którejkolwiek ze wskazanych osób, zobowiązany jest do wskazania osoby posiadającej kwalifikacje i doświadczenie nie niższe od określonych w ogłoszeniu o zamówieniu. Niezapewnienie przez Wykonawcę Kierownictwa Wykonawcy daje prawo Inżynierowi lub Zamawiającemu do wstrzymania Robót w całości (w przypadku braku projektanta lub kierownika budowy) lub w części (w przypadku braku kierownika robót branżowych), lub prawo do powiadomienia o roszczeniu Zamawiającego zgodnie z Subklauzulą 2.5 [Roszczenia Zamawiającego] (...) Zmiana w trakcie realizacji przedmiotu niniejszej Umowy którejkolwiek z osób umocowanych lub uprawnionych do wykonywania projektów, kierowania budową i do kierowania robotami, co do których określono wymagania w ogłoszeniu o zamówieniu, musi być uzasadniona przez Wykonawcę na piśmie i wymaga pisemnego zaakceptowania przez Inżyniera w porozumieniu z Zamawiającym.* Z treści przywołanej normy jednoznacznie wynika, że podstawowym obowiązkiem wykonawcy jest posługiwanie się potencjałem, który został oceniony i zweryfikowany przez Zamawiającego na etapie procedury przetargowej. Tylko w takim bowiem przypadku weryfikacja warunków udziału nie ma charakteru pozornego. Odwołujący podkreślił, że ma świadomość uprawnień wykonawcy do wprowadzania zmian również w zakresie personelu, istotne jest jednak, że chodzi tu o sytuacje, w których wykonawca spełnia warunki na etapie oceny dokonywanej przez zamawiającego, a na etapie późniejszym, zasadne stało się dokonanie zmiany. Nie należy jednak takiej sytuacji utożsamiać z przypadkiem, w którym wykonawca już na etapie

składania oferty wiedział, że nie będzie mógł korzystać z osób wykonujących kluczowe funkcje w danej inwestycji. Jeśli Pizzarotti wskaże, że nie będzie miał problemu z zapewnieniem członków personelu o analogicznych kwalifikacjach i doświadczeniu, to rodzi się pytanie dlaczego nie wskazał tych osób już na etapie kompletowania dokumentacji, okoliczność, która to uzasadniała (zawarcie umowy na realizację odcinka Suwałki-Budziska) powstała bowiem przed złożeniem oferty. Oczywiście jest przy tym, że biorąc pod uwagę wartość postępowań (kontrakt na odcinek Suwałki-Budzisko opiewa na kwotę 606 mln zł), nie jest możliwe sprawowanie kluczowych dla poprawnego przebiegu zamówienia funkcji budowlanych jednocześnie (łącznie wartość obu kontraktów przekracza 1 miliard zł). Taka sytuacja sprowadzałaby się jedynie do pełnienia stosownych funkcji „na papierze”, tj. z pominięciem faktycznego kierownictwa i nadzoru, co prowadzić może nie tylko do utrudnień w faktycznej realizacji prac, ale i zagrożenia dla bezpieczeństwa budowy. Wobec powyższego wykonawca Pizzarotti nie dysponował w momencie składania ofert potencjałem osobowym, który spełniałby warunki i który faktycznie realizowałby ów kontrakt, powinien on zatem zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w prowadzonym aktualnie przez krakowski oddział Generalnej Dyrekcji dróg Krajowych i Autostrad przetarg, którego przedmiotem jest „Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 Warszawa-Kraków, odcinek granica województwa świętokrzyskiego-Kraków: Część nr 1: odc. realizacyjny granica województwa świętokrzyskiego - węzeł Szczepanowice (bez węzła), długości ok. 23,3 km. Część nr 2: ode. realizacyjny węzeł Szczepanowice (z węzłem) - węzeł Widoma (z węzłem), długości ok. 14 km. Część nr 3: ode. węzeł Widoma (bez węzła) - Kraków (z włączeniem do węzła Igołomska), długości ok. 18,3 km”, Pizzarotti w częściach 1 i 2, o które się ubiega, posługuje się osobami panów F. B. oraz P. M.

Odwołujący podniósł, że działanie wykonawcy Pizzarotti obliczone było na przekonanie Zamawiającego, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, podczas gdy konstatacja taka obarczona była błędem. Tym samym wypełnione zostały dyspozycje norm art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, które nakazują wykluczenie wykonawcy winnego wprowadzenia zamawiającego w błąd. Przywołane przepisy różnią się od siebie stroną podmiotową, tj. określeniem warunków świadomości w jakiej działa wykonawca wprowadzający w błąd. Pojęcie zamierzone działania to świadomie zachowanie się podmiotu, zmierzające do wywołania określonych skutków. Natomiast pojęcie rażącego niedbalstwa odnosi się do naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Z kolei lekkomyślność i niedbalstwo to zachowania, które również odbiegają od właściwego w danych okolicznościach miernika należytej staranności, jednak o mniejszym stopniu

naganności. Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, że zachowanie Pizzarotti wypełnia przesłanki zarówno zachowań, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i pkt 17 Pzp. Działania Pizzarotti nakierowane były właśnie na ominięcie wymogów sprecyzowanych przez Zamawiającego w treści warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca ten, wiedząc, że osoby, którymi dysponuje nie będą faktycznie mogły być wykorzystane na etapie realizacji zamówienia, posłużył się nimi w celu przekonania Zamawiającego, że będzie w stanie podolać wymogom przedmiotowego przedsięwzięcia. Tym samym wprowadził Zamawiającego w błąd co do możliwości zrealizowania zamówienia w sposób oczekiwany przez Zamawiającego oraz uczynił badanie warunków udziału w postępowaniu działaniem o charakterze jedynie pozornym.

Na wypadek, gdyby Izba nie podzieliła stanowiska o konieczności wykluczenia Pizzarotti z postępowania, Odwołujący podniósł, że okoliczność nakreślona powyżej powinna zostać wyjaśniona w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp (przy ewentualnym uwzględnieniu możliwości uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp). Jedynie bowiem w takiej sytuacji Zamawiający mógłby upewnić się, że zamówienie zostanie zrealizowane przez wykonawcę dającego rękojmię poprawności jego wykonania.

Dalej Odwołujący podniósł, że wykonawca Pizzarotti podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp z uwagi na podanie nieprawdziwej informacji odnośnie pana C. F., który ma pełnić funkcję Kierownika Budowy.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. 7.2 ppkt 3 lit. b 2 SIWZ osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy powinna wykazać się określonym doświadczeniem zdobytym przy realizacji jednego lub dwóch zadań o określonych parametrach (rozumianych jako klasa ulicy oraz wartość inwestycji). Ponadto doświadczenie Kierownika Budowy było, zgodnie z pkt. 19.1.2.2 c ii dodatkowo punktowane: jedno zadanie – 1 pkt, dwa lub więcej zadań – 3 pkt. Wykonawcy zobligowani byli do przedłożenia wraz z ofertą wypełnionego Formularza 2.2 „Kryteria pozacenowe”. W pkt. II odnoszącym się do Kierownika Budowy wykonawca Pizzarotti wskazał na dwa zadania, które miały pozwolić mu na uzyskanie maksymalnej liczby punktów. Drugim spośród tych zadań była inwestycja pn. „Budowa autostrady na odcinku Catania-Syrakuzy, łącznie z wykonaniem projektu pomiędzy miejscowościami Passo Martino, wzdłuż osi usługowej miasta Catania oraz km 130+400 drogi krajowej nr 114 „Orientale Sicula”. Jak wynika z informacji przekazanej przez Pizzarotti pan F. miał pełnić w tej inwestycji funkcję Kierownika Budowy. Zamawiający nie żądał dokumentów, w oparciu o które ta informacja mogłaby zostać zweryfikowana, bazował więc jedynie na oświadczeniu wykonawcy. Jak pokazują jednak materiały źródłowe odnoszące się do wskazanej inwestycji pan F. nie pełnił przy okazji jej realizacji funkcji Kierownika Budowy. Wynika to z referencji, które załączone zostały przez konsorcjum Pizzarotti w postępowaniu,

którego przedmiotem jest „Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 Warszawa-Kraków, odcinek granica województwa świętokrzyskiego - Kraków: Część nr 1: ode. realizacyjny granica województwa świętokrzyskiego - węzeł Szczepanowice (bez węzła), długości ok. 23,3 km. Część nr 2: ode. realizacyjny węzeł Szczepanowice (z węzłem) - węzeł Widoma (z węzłem), długości ok. 14 km. Część nr 3: ode. węzeł Widoma (bez węzła) - Kraków (z włączeniem do węzła Igołomska), długości ok. 18,3 km". W inwestycji tej rolę Kierownika Budowy pełnił pan G. P., na dowód czego Odwołujący załączył wyciąg z referencji.

Zdaniem Odwołującego, wykonawca Pizzarotti, licząc na uzyskanie dodatkowych punktów w ramach kryteriów pozacenowych, przedstawił informację niezgodną z prawdą, co wypełnia dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Następnie Odwołujący podniósł zarzut niezgodności oferty Pizzarotti z treścią SIWZ. Wskazał, że w PFU (pkt 1.1.3.3 tabela 1.1) Zamawiający przedstawił wykaz przewidywanych obiektów inżynierskich. Pismem z 5 lipca 2017 r. (zmiana SIWZ nr 6.II.9) wprowadził w tym zakresie zmianę, która odnosiła się do większości spośród planowanych obiektów. Pismem z 31 sierpnia 2017 r. Zamawiający wezwał Pizzarotti do udzielenia wyjaśnień w zakresie rozwiązań projektowych dla branży mostowej (pytanie nr 29): *Jakie rozwiązania projektowe dla branży mostowej (oddzielnie dla każdego obiektu) zostały przyjęte przez Państwa (...).* Zamawiający zażądał jednocześnie przedstawienia szczegółowych informacji w formie tabelarycznej (zgodnie z przedstawionym przez siebie wzorem). Pizzarotti udzielił odpowiedzi pismem z dnia 14 września 2017 r., potwierdzając wykonanie obiektów zgodnie z dokumentacją przetargową oraz przedstawiając stosowną tabelę, która została utajniona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Pismem z 18 października 2017 r. Zamawiający zwrócił się do Pizzarotti z dodatkowym pytaniem odnoszącym się do obiektów mostowych (pytanie nr 2): *Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie czy przy wycenie obiektów Wykonawca uwzględnił zmianę SIWZ nr 6.11.9.*

Odwołujący podniósł, że niezależnie od braku wglądu w tabelaryczne zestawienie przedstawione w ramach pierwotnych wyjaśnień nie ulega wątpliwości, że przyczyną uszczegóławiającego pytania było przewidzenie w ofercie przez Pizzarotti obiektów według danych sprzed zmiany PFU z dnia 5 lipca 2017 r., a więc niezgodnych z oczekiwaniami Zamawiającego. Dowodzi tego odpowiedź Pizzarotti, który w piśmie z 24 października 2017 r. stwierdza: (...) *W tym miejscu Wykonawca chciałby sprostować niespójność, która zaistniała w jego odpowiedzi na pytanie nr 29. Powyższa niespójność wynikała z faktu, że pracownik sporządzający tabelę nr 29 bazował na tabeli finansowej, która zawierała tylko dwie pozycje tj. numer obiektu mostowego i jego cenę i w związku z tym wymagała uzupełnienia o dane wskazane w tabeli zawartej w pytaniu Zamawiającego. Dokonując powyższego uzupełnienia tabeli finansowej, pracownik załączył przez pomyłkę starą wersję*

tabeli z wymiarami konstrukcji (wersję sprzed zmiany SIWZ nr 6.11.9) zamiast nowej, uaktualnionej zgodnie ze zmianą. Niemniej jednak Wykonawca niniejszym potwierdza, że wyceny dla obiektów branży mostowej zostały wykonane dla zmienionych parametrów konstrukcji, zgodnie ze zmianą SIWZ nr 6.11.9. W załączeniu prawidłowa tabela, stanowiąca Załącznik nr 1 do niniejszego pisma.

Odwołujący wskazał, że Pizzarotti nie był jedynym wykonawcą, który popełnił analogiczny błąd, drugim było bowiem konsorcjum Eurovia Polska S.A., Warbud S.A. Oferta tego konsorcjum została odrzucona przez Zamawiającego (jako niezgodna z SIWZ). W piśmie z dnia 8 listopada 2017 r. Zamawiający stwierdził: *Z otrzymanych wyjaśnień wynika, że Wykonawca zaproponował niedozwolone zapisami Programu Funkcjonalno-Użytkowego rozwiązania konstrukcyjne i technologiczne, tj.: a) zmiana głównych parametrów obiektów inżynierskich podanych w tabeli 1.1 PFU. Zmiana sposobu pokonania przeszkody, ilości i parametrów obiektów inżynierskich, podanych w tabeli nr 1.1:*

- są dopuszczalne wyłącznie na podstawie Procedury Zmiany zgodnie z Warunkami Kontraktu,*
- wymagają uzasadnienia w raporcie wykonanym w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko – w stosunku do decyzji środowiskowej.*

Wykonawca w swojej ofercie założył inne parametry obiektów inżynierskich niż wskazane w PFU w tabeli 1.1. która to stanowi dokument wiążący i jest składową opisu przedmiotu zamówienia.

Decyzja Zamawiającego została zaskarżona w drodze odwołania wniesionego przez konsorcjum Eurovia Polska S.A., Warbud S.A. pismem z 20 listopada 2017 r. Podobnie jak Pizzarotti w piśmie z dnia 24 października 2017 r., tak i konsorcjum Eurovia Polska S.A., Warbud S.A. w odwołaniu wskazywało, że zmiana do PFU w zakresie obiektów mostowych została uwzględniona w ofercie, niemniej jednak omyłkowo nie znalazło to odzwierciedlenia w odpowiedziach udzielonych na pytania Zamawiającego. Odwołanie zostało oddalone przez Izbę wyrokiem z dnia 4 grudnia 2017 r. (sygn. KIO 2425/17). Jak wynika z treści odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie dał wiary twierdzeniom na temat omyłkowego wskazania błędnych parametrów. Stanowisko Zamawiającego, w opinii Odwołującego, zasługuje na akceptację. Zupełnie niezrozumiałe jest natomiast dlaczego w odmienny sposób potraktowany został Pizzarotti. W obu przypadkach mamy do czynienia z obarczeniem przez wykonawcę odpowiedzialnością za wystąpienie błędu bliżej nieokreślonego pracownika, w obu również wykonawcy potwierdzają, że błędy te nie miały żadnego wpływu na treść (w tym cenę) oferty, gdyż na etapie jej opracowywania wzięto pod uwagę zaktualizowaną wersję PFU. Odmienne potraktowanie wykonawców znajdujących się w analogicznej sytuacji

stanowi o ich nierównym traktowaniu, co uznać należy za naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego nie istnieją racjonalne podstawy pozwalające stwierdzić, że oferta jest zgodna z SIWZ, pomimo złożenia w udzielonych wyjaśnieniach odmiennego oświadczenia. Co więcej, akceptując stanowisko Pizzarotti Zamawiający zgodził się w istocie na dokonanie zmiany w treści oferty tego wykonawcy, co stanowi o naruszeniu art., 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Dalej Odwołujący podniósł, że oferta Pizzarotti jest niezgodna z SIWZ w zakresie kruszyw. Wskazał, że zgodnie z dokumentem WWiORB D050304 pkt 2.3: *Do betonu nawierzchniowego należy stosować kruszywa naturalne pochodzenia mineralnego, które poza obróbką mechaniczną nie zostały poddane żadnej innej obróbce, których właściwości spełniają wymagania podstawowe określone w PN-EN 12620 i określone poniżej. Do betonu nawierzchniowego nie dopuszcza się stosowania:*

- *kruszyw z przekruszenia surowca skalnego ze złoża polodowcowego,*
- *kruszyw ze skał węglanowych,*
- *kruszyw: z recyklingu, z odzysku.*

Zamawiający zażądał od wykonawców przedłożenia opinii petrograficznej wydanej przez jednostkę naukowo-badawczą wykluczającej możliwość wystąpienia szkodliwych reakcji w betonie. Ponadto Zamawiający określił m. in. wymiary kruszywa oraz szereg innych, szczegółowo sprecyzowanych wymagań. Dowodzi to dobitnie jak istotnym elementem dla przedmiotowego zamówienia jest dobór właściwego kruszywa. W trakcie postępowania przetargowego jeden z wykonawców zwrócił się do Zamawiającego z następującym pytaniem (nr 127): *Czy Warunki Wykonania i Odbioru Robót (WWiORB) są wiążące?* Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *Zamawiający informuje, że wymagania podane w WWiORB są to wymagania minimalne, które są obowiązujące podczas opracowywania STWiORB. Zamawiający nie dopuszcza obniżenia wymagań podanych w WWiORB.*

Odwołujący wskazał, że pismem z 31 sierpnia 2017 r. Zamawiający skierował do Pizzarotti szereg pytań, z których pytanie nr 12 dotyczyło właśnie kruszyw: *Jak daleko od Placu Budowy Wykonawca będzie posiadał kopalnie materiałów przeznaczonych na nasypy, do betonów konstrukcyjnych oraz betonów nawierzchniowych? Zwracamy się o złożenie wyjaśnień o charakterze obiektywnym i sprawdzalnym (podpisane umowy przedwstępne/ramowe). Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie ryzyka związane z możliwym brakiem w bliskim sąsiedztwie budowy materiałów spełniających wymagania SIWZ.* Odpowiadając na powyższe pytanie (pismo z 14 września 2017 r.) Pizzarotti w sposób ogólny potwierdził, że zagwarantuje spełnienie oczekiwań Zamawiającego. W końcowej części odpowiedzi

stwierdził: *Materiał do betonów konstrukcyjnych oraz nawierzchniowych będzie dowożony do placu budowy z odległości od 140 do 196 km.* Zdaniem Odwołującego świadczy to o niezgodności oferty z SIWZ - we wskazanej przez Pizzarotti odległości od placu budowy nie istnieje bowiem możliwość pozyskania kruszyw zgodnych z oczekiwaniami Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że wykonał do dnia dzisiejszego ponad 650 tys. m² nawierzchni z betonu cementowego na trzech kontraktach realizowanych na zlecenie GDDKiA. Od roku 2010 ma bardzo szczegółowo rozpoznany runek kruszyw spełniających rygorystyczne wymagania standardowo stosowane przez GDDKiA. W postępowaniu nie dopuszczono do stosowania skał z przekruszenia surowca skalnego ze złoża polodowcowego, kruszyw ze skał węglanowych, kruszyw z recyklingu i z odzysku. Takie wymagania spełniają jedynie kruszywa z takich skał jak gabbro, amfibolit i granit. Wszystkie kopalnie tych kruszyw znajdują się na Dolnym Śląsku w odległości ok. 550 km od placu budowy, a więc w odległości prawie trzykrotnie większej niż maksymalny dystans (196 km) wskazany przez Pizzarotti. Odwołujący podkreślił, że za niemożliwe (głównie z przyczyn ekonomicznych) uznać należy ewentualne czerpanie kruszyw z kopalni zagranicznych. Według wiedzy Odwołującego najbliższe kopalnie zagraniczne oferujące wymagany materiał zlokalizowane są w odległości znacznie przekraczającej wskazany przez Pizzarotti dystans: kopalnia w Szwecji (sam transport z portu w Gdańsku – ok. 320 km), kopalnia na Białorusi (ok. 450 km). Ponadto taki wariant w istotny sposób wpłynąłby na zwiększenie kosztów. Odwołujący wskazał, że obecnie na zlecenie Zamawiającego (GDDKiA Oddział Białystok) układa nawierzchnię z betonu cementowego w ramach zadania pn. Rozbudowa drogi krajowej nr 8 Warszawa - Białystok do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Wyszaków - granica województwa podlaskiego, odcinek Ib - węzeł „Poręba” (bez węzła) - obwodnica Ostrowi Mazowieckiej, ok. 45km od zadania S61 Łomża Zachód - Kolno. Cała nawierzchnia z betonu cementowego, zarówno warstwa górna, jak i dolna, jest wykonywana na zatwierdzonym przez Zamawiającego kruszywie gabbro. Według posiadanych informacji wykonawcy innych odcinków dróg z nawierzchniami z betonu cementowego nadzorowanych przez GDDKiA w Białymstoku wykorzystują kruszywa wymienione powyżej jako jedyne spełniające wymagania. Zdaniem Odwołującego powyższe dowodzi, że Pizzarotti przewidział w swojej ofercie korzystanie z kruszyw pochodzących ze złoża polodowcowego (tylko takie można uzyskać we wskazanym w odpowiedzi na pytanie 12 pisma z dnia 14 września 2017 r. terenie), co świadczy o niezgodności oferty z SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: powtórzenia czynności badania i oceny ofert z pominięciem oferty Pizzarotti, unieważnienia czynności badania i oceny ofert, wykluczenie wykonawcy Pizzarotti i odrzucenia jego oferty oraz dokonania wyboru oferty

Odwołującego jako najkorzystniejszej. Ewentualnie, na wypadek gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie uznała za zasadne wykluczenie wykonawcy Pizzarotti z postępowania z uwagi na posługiwanie się tym samym potencjałem w przypadku różnych przedsięwzięć, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wezwania Pizzarotti do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp lub uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Impresa Pizzarotti & C.S.p.A., wnosząc o oddalenie odwołania.

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

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego doświadczenia pana C. F. przedstawionego do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, którego doświadczenie podlegało ocenie w ramach kryteriów jakościowych.

W zakresie tego zarzutu Izba ustaliła, że zgodnie z pkt. 7.2.3 lit. b 2 SIWZ osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy powinna wykazać się minimum 24-miesięcznym doświadczeniem zdobytym przy realizacji jednego lub dwóch zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200.000.000,00 PLN netto każde, na stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości minimum 4 km lub Kierownika Robót Mostowych dla co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m lub Inżyniera Kontraktu. Ponadto doświadczenie Kierownika Budowy było, zgodnie z pkt. 19.1.2.2 c ii dodatkowo punktowane: jedno zadanie – 1 pkt, dwa lub więcej zadań – 3 pkt. Zamawiający nie żądał złożenia dokumentów potwierdzających to doświadczenie.

Przystępujący złożył wraz z ofertą wypełniony Formularz 2.2 „Kryteria pozacenowe”, w pkt. II odnoszącym się do Kierownika Budowy wskazując dwa zadania. Drugim spośród tych zadań była inwestycja pn. „Budowa autostrady na odcinku Katania-Syrakuzy, łącznie

z wykonaniem projektu pomiędzy miejscowościami Passo Martino, wzdłuż osi usługowej miasta Catania oraz km 130+400 drogi krajowej nr 114 „Orientale Sicula”.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

- wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (pkt 16),
- wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt 17).

Odwołujący podniósł, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd, gdyż pan C. F. w rzeczywistości nie pełnił funkcji Kierownika Budowy w ramach zadania dotyczącego budowy autostrady na odcinku Katania-Syrakuzy, na dowód czego Odwołujący przedłożył wyciąg z referencji złożonych w innym postępowaniu, w których jako Kierownika Budowy wskazano pana G. P.. Przystępujący natomiast wyjaśnił, że przedmiotowy kontrakt został podzielony na 3 sekcje, ze specjalnym systemem zarządzania tym projektem, w którym funkcję Kierownika Budowy w każdej sekcji pełniła inna osoba. Przystępujący wskazał, że pan G. P. łączył funkcję Dyrektora koordynatora całości robót oraz Kierownika Budowy w sekcji III, natomiast pan C. F. był Kierownikiem Budowy w sekcji II. Dodatkowo Przystępujący powołał się na nieprecyzyjne tłumaczenie referencji na język polski, wskazując, że występują pewne różnice pomiędzy nazwami oraz zakresem praw i obowiązków uczestników procesu budowlanego w Polsce i we Włoszech. Przystępujący przedstawił również tabelę obrazującą podział inwestycji na sekcje, a także oświadczenie pana A. B., pełniącego funkcję inżyniera rezydenta w ramach zadania dotyczącego budowy autostrady na odcinku Katania-Syrakuzy. Oświadczenie zawiera informację, że pan C. F. pełnił funkcję Kierownika Budowy od lutego 2005 r. do stycznia 2010 r.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń i dowodów stwierdzić należy, że dowód złożony przez Odwołującego w postaci wyciągu z referencji dotyczących budowy autostrady na odcinku Katania-Syrakuzy uzasadnia daleko idące wątpliwości co do doświadczenia pana C. F. jako kierownika budowy. Złożone przez Przystępującego oświadczenie inżyniera rezydenta nie mogło być uznane za wystarczający dowód przeciwny wobec treści wyciągu z referencji, której autentyczności Przystępujący nie zakwestionował. Wartość dowodową tego oświadczenia umniejsza fakt, że nie pochodzi ono bezpośrednio od podmiotu, na rzecz

którego zadanie zostało wykonane. Nie sposób natomiast uznać za dowód złożonego przez Przystępującego zestawienia obrazującego podział zadania na trzy sekcje, co miało potwierdzać wyjaśnienia przedstawione w piśmie procesowym, że funkcja kierownika budowy była pełniona odrębnie w ramach każdej z sekcji. Zestawienie to może być uznane wyłącznie za stanowisko uczestnika postępowania. Z kolei wnioskowany przez Przystępującego dowód z zeznań świadka (pana C. F.) miałby znikomą wartość dowodową, biorąc pod uwagę, że świadek miałby zeznawać na okoliczność własnego doświadczenia zawodowego, które jest przedmiotem sporu w niniejszej sprawie, a dowód miałby służyć obaleniu dowodu z referencji.

Izba nie uwzględniła sformułowanego w odwołaniu wniosku o nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Przystępującego z postępowania z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd. W ocenie Izby w świetle zgromadzonego materiału dowodowego jest to żądanie przedwczesne i zbyt daleko idące. Złożenie wyciągu z referencji, w którym wskazany jest inny Kierownik Budowy nie stanowi wystarczającej podstawy do tak daleko idącej czynności, jaką jest wykluczenie wykonawcy z postępowania, nie można bowiem z całą pewnością wykluczyć, że realizacja zadania była tak zorganizowana, że występował tam więcej niż jeden kierownik budowy. Tymczasem wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy wymaga wykazania, że przedstawione zamawiającemu informacje były niezgodne ze stanem faktycznym. Tym niemniej Izba uznała dokument przedstawiony przez Odwołującego za uzasadniający daleko idące wątpliwości, co powoduje, że nie mogła uznać podniesionego zarzutu za niezasadny. Stwierdzić należy, że Zamawiający zaniechał rzetelnego zbadania tej okoliczności, wobec czego konieczne jest podjęcie czynności zmierzających do upewnienia się przez Zamawiającego co do doświadczenia zawodowego pana C. F., a stosownym narzędziem służącym do tego celu będzie zwrócenie się o informacje do podmiotu, na rzecz którego zadanie było realizowane, na podstawie § 2 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Pozostałe zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego posługiwania się na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu personelem zaangażowanym w realizację innego zamówienia, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W pkt. pkt. 7.2.3 lit. b SIWZ Zamawiający podał, że wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na każdą wskazaną przez Zamawiającego funkcję, wskaże osoby stanowiące Personal kluczowy, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia. W podpunktach 3-5 Zamawiający określił wymagane kwalifikacje i doświadczenie na stanowiska: Kierownika Robót Drogowych, Kierownika Robót Mostowych oraz Głównego Projektanta Drogowego.

W pkt 7.3 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Przystępujący wskazał w ofercie m.in. następujące osoby mające pełnić funkcje w ramach personelu kluczowego:

- pan F. B. – na stanowisko Kierownika Robót Drogowych,
- pan M. M. – na stanowisko Kierownika Robót Mostowych,
- pan P. M. – na stanowisko Głównego Projektanta Drogowego.

W dniu 12 grudnia 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Następnie, w dniu 14 grudnia 2017 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego wskazując, że z wiedzy jaką posiada wynika, że ww. osoby zostały wskazane jako skierowane do realizacji innego zamówienia prowadzonego przez GDDKiA. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, jak Przystępujący zamierza zapewnić dostępność tych osób w niniejszym postępowaniu.

W wyjaśnieniach z 21 grudnia 2017 r. Przystępujący podał, że zapewni dostępność tych osób na podstawie umów o pracę. Wskazał, że pan P. M. pełnił funkcję Głównego Projektanta Drogowego w postępowaniu „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Obwodnica Augustowa – granica państwa, odcinek: koniec obw. Suwałk – Budzisko z obw. Szypliszek”, jednakże został zastąpiony na tym stanowisku przez pana M. S., na dowód czego Przystępujący przedłożył pisma dokumentujące dokonanie tej zmiany. Zgodnie z przedłożonym pismem Zamawiającego z 17 lipca 2017 r. zmiana miała wejść w życie od 18 lipca 2017 r., tj. przed upływem terminu składania ofert, który przypadał na 21 lipca 2017 r. W odniesieniu do pana F. B. i pana M. M. Przystępujący wskazał, że osoby te są obecnie zaangażowane w przywołanym wyżej zadaniu (odpowiednio jako Kierownik Robót Drogowych i Kierownik Robót Elektrycznych), jednakże w dniu 20 grudnia 2017 r. wykonawca zgodnie z subklauzulą 6.8 Warunków Szczególnych Kontraktu zwrócił się do

Zamawiającego z prośbą o zaakceptowanie propozycji zmiany (na panów W. M. i D. C.), na dowód czego załączył pismo z wnioskiem skierowanym do Zamawiającego. Izba ustaliła, że pismem z 3 stycznia 2018 r. Zamawiający wyraził zgodę na wnioskowane zmiany.

Zgodnie z art. 22.d ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Art. 24 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

- pkt 12: wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia,
- pkt 16: wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;
- pkt 17: wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki wykluczenia Przystępującego z postępowania z powodu okoliczności podniesionych przez Odwołującego.

Oceniając przedmiotowy zarzut Izba wzięła pod uwagę cel normy określonej art. 22d ust. 2 ustawy Pzp, którym jest zapewnienie realnej dostępności potencjału wykonawcy przy realizacji zamówienia. Aby wskazany cel został osiągnięty, stosowanie tej normy nie może opierać się na przesłankach formalnych i powodować jakiegokolwiek automatyzmu prowadzącego z jednej strony do bezrefleksyjnego uznawania warunków udziału w postępowaniu za spełnione, ale z drugiej strony – do wykluczania wykonawców w każdym przypadku ustalenia, że posłużył się on takim samym potencjałem w innym postępowaniu, bez względu na rzeczywisty wpływ takiej sytuacji na dostępność tego potencjału przy realizacji umowy. Tak jak nie można uznać, że wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu poprzez samo złożenie wymaganych dokumentów, bez względu na okoliczności, które dostępną określonego potencjału negują i bez względu na rzeczywistą możliwość korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia, tak nie sposób twierdzić, że wykonawca warunków nie spełnił, automatycznie wyciągając wniosek o negatywnym wpływie zaangażowania zasobów w inne zamówienie na podstawie informacji, że takie

zaangażowanie na dzień składania ofert ma miejsce. Takie podejście również prowadziłyby do wypaczenia istoty regulacji ustawowej.

Ocena realnej dostępności zdolności wykonawcy wymaganych w ramach warunków udziału w postępowaniu powinna być każdorazowo dokonywana z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy i zależna od rodzaju potencjału oraz sposobu i zakresu jego zaangażowania w inne przedsięwzięcie, a także możliwości zmian w tym zakresie. Nie bez powodu norma art. 22d ust. 2 ustawy Pzp daje zamawiającym możliwość wykluczenia wykonawcy na każdym etapie postępowania, dotyczy ona bowiem okoliczności, które mogą być zmienne w czasie, co do których nie zawsze możliwe jest ustalenie przesłanek jej zastosowania już w momencie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tak jak możliwe jest, że pomiędzy terminem składania ofert lub wniosków a zawarciem umowy nastąpi zaangażowanie zasobów wykonawcy do realizacji innego zadania, tak nie można wykluczyć zmiany odwrotnej, polegającej na przesunięciu tych zasobów do realizacji nowo uzyskanego zamówienia. Może się oczywiście zdarzyć, że z uwagi na rodzaj potencjału oraz szczegóły dotyczące jego zaangażowania w realizację innych zadań, już w dacie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu możliwe jest ustalenie, że określony zasób nie będzie mógł być dostępny, nie można jednak takiego wniosku wyciągać automatycznie. Należy też mieć na uwadze, że trudno bezwzględnie wymagać od wykonawców biorących udział w licznych postępowaniach przetargowych lub realizujących zadania w innym trybie, aby przystępując do składania ofert musieli już wtedy angażować personel dla każdego postępowania, wyłączając go z udziału w wykonywaniu innych zadań czy z innych postępowań przetargowych, nie mając jednocześnie wiedzy, czy w rzeczywistości będą określone zamówienie realizować oraz pewności co do terminu rozpoczęcia robót. Istotne jest, czy w przypadku uzyskania zamówienia personel wskazany w toku postępowania będzie dostępny na potrzeby realizacji danego zadania i czy wykonawca jest to w stanie wykazać w toku postępowania. O ile istnieje realna możliwość zapewnienia, że ten personel będzie mógł wykonywać zamówienie, o które wykonawca się ubiega, zamawiający powinien to uwzględnić oceniając potencjał wykonawcy.

W niniejszej sprawie na dzień składania ofert członkowie personelu kluczowego: pan F. B. – wskazany do funkcji Kierownik Robót Drogowych i pan M. M. – wskazany do funkcji Kierownika Robót Mostowych, mieli przypisane funkcje w innym zadaniu. Nie można jednak pomijać okoliczności, że zadanie to, realizowane w formule „projektuj i buduj”, na dzień składania ofert w obecnie prowadzonym postępowaniu nie weszło jeszcze w fazę robót budowlanych, jak również tego, że na podstawie subklauzuli 6.8 Warunków Szczególnych Kontraktu dopuszczone były zmiany osób pełniących funkcje w tym zadaniu. Dodatkowo

Odwołujący nie wykazał, aby w ramach tego zadania zastrzeżona była konieczność pracy przy tym kontrakcie na zasadzie wyłączności.

Biorąc powyższe pod uwagę nie można stwierdzić, że stan istniejący na dzień składania ofert dawał Zamawiającemu pewność co do wystąpienia negatywnego wpływu zaangażowania zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze na realizację niniejszego zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający miał prawo wziąć pod uwagę zdarzenia, które nastąpiły na późniejszych etapach postępowania, a które spowodowały, że osoby przewidziane do pełnienia funkcji w niniejszym zadaniu nie są już zaangażowane w inne przedsięwzięcia, a w konsekwencji stanowią realnie dostępny potencjał wykonawcy. Nadmienić należy, że fakt zwolnienia tych osób z udziału w realizacji zadania „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Obwodnica Augustowa – granica państwa, odcinek: koniec obw. Suwałk – Budzisko z obw. Szypliszek” nie został przez Odwołującego zakwestionowany.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że Zamawiający nie naruszył art. 22d ust. 2 Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, jak również art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu jej niezgodności z SIWZ.

W odniesieniu do zarzucanej niezgodności oferty z SIWZ w zakresie zmiany głównych parametrów obiektów inżynierskich podanych w tabeli 1.1 PFU Izba ustaliła, że w pkt. 1.1.3.3 tabela 1.1 PFU Zamawiający przedstawił wykaz przewidywanych obiektów inżynierskich. Pismem z dnia 5 lipca 2017 r. (zmiana SIWZ nr 6.II.9) wprowadził w ww. tabeli.

Pismem z 31 sierpnia 2017 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnienia (pytanie nr 29), jakie rozwiązania projektowe zostały przyjęte dla branży mostowej (oddzielnie dla każdego obiektu). Zamawiający zażądał jednocześnie przedstawienia szczegółowych informacji w formie tabelarycznej. W wyjaśnieniach z 14 września 2017 r. Przystępujący potwierdził wykonanie obiektów zgodnie z dokumentacją przetargową oraz przedstawił tabelę (tajemnica przedsiębiorstwa). Pismem z 18 października 2017 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego z dodatkowym pytaniem odnoszącym się do obiektów mostowych (pytanie nr 2): *Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie czy przy wycenie obiektów Wykonawca uwzględnił zmianę SIWZ nr 6.11.9? W wyjaśnieniach z 24 października 2017 r. Przystępujący poinformował: (...) W tym miejscu Wykonawca chciałby*

sprostować niespójność, która zaistniała w jego odpowiedzi na pytanie nr 29. Powyższa niespójność wynikała z faktu, że pracownik sporządzający tabelę nr 29 bazował na tabeli finansowej, która zawierała tylko dwie pozycje tj. numer obiektu mostowego i jego cenę i w związku z tym wymagała uzupełnienia o dane wskazane w tabeli zawartej w pytaniu Zamawiającego. Dokonując powyższego uzupełnienia tabeli finansowej, pracownik załączył przez pomyłkę starą wersję tabeli z wymiarami konstrukcji (wersję sprzed zmiany SIWZ nr 6.11.9) zamiast nowej, uaktualnionej zgodnie ze zmianą. Niemniej jednak Wykonawca niniejszym potwierdza, że wyceny dla obiektów branży mostowej zostały wykonane dla zmienionych parametrów konstrukcji, zgodnie ze zmianą SIWZ nr 6.11.9. W załączeniu prawidłowa tabela, stanowiąca Załącznik nr 1 do niniejszego pisma.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, który stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W świetle przywołanych przepisów obowiązek odrzucenia oferty aktualizuje się tylko w sytuacji, gdy jej niezgodność z SIWZ nie może być poprawiona.

W ocenie Izby nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego, że Przystępujący dokonał w ofercie niedozwolonych zmian głównych parametrów obiektów inżynierskich podanych w tabeli 1.1 PFU, co stanowi niezgodność oferty z treścią SIWZ, powodującą konieczność jej odrzucenia. Okolicznością bezsporną jest, że do wyjaśnień z 14 września 2017 r. Przystępujący załączył tabelę nieuwzględniającą dokonanych przez Zamawiającego zmian, brak jest jednak jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że Przystępujący wycenił i zamierzał wykonać obiekty branży mostowej o innych parametrach niż wymagane przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę dokonaną przez Zamawiającego zmianę SIWZ oraz fakt, że tabela przedstawiona przy wyjaśnieniach z 14 września 2017 r. odpowiadała tabeli 1.1 PFU sprzed zmian, działanie Przystępującego należy uznać za omyłkę, polegającą jedynie na załączeniu nieaktualnej tabeli, natomiast złożone wyjaśnienia potwierdzają uwzględnienie w cenie oferty zmienionych parametrów obiektów inżynierskich. Jednocześnie biorąc pod uwagę skalę tych zmian i odnosząc ją do całego przedmiotu zamówienia, nie sposób uznać, że stanowiło to istotną zmianę treści oferty. Zauważyć należy, że kalkulacja przedstawiona na rozprawie przez Odwołującego, z której ma wynikać, że niezgodność parametrów dotyczy obiektów o wartości ok. 4 mln zł, bazuje na wartości szacunkowej, znacznie przewyższającej ceny zaoferowane, a ponadto nawet takiej kwoty nie można uznać za istotną, biorąc pod uwagę, że oszacowana przez Zamawiającego wartość zamówienia (bez przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 oraz w art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp) to 783.377.421,73 zł, a oferta Przystępującego opiewała na kwotę 442.875.399,00 zł. Tym

samym Zamawiający prawidłowo potraktował zaistniałą sytuację jako omyłkę i uwzględnił skorygowaną tabelę załączoną do dodatkowych wyjaśnień.

Nie jest zgodne ze stanem faktycznym twierdzenie Odwołującego, jakoby oferta innego wykonawcy (konsorcjum Eurovia Polska S.A., Warbud S.A.) została odrzucona ze względu na taką samą niezgodność ze zmienioną tabelą 1.1 PFU. Zauważyć należy, że zakres niezgodności w przypadku oferty ww. wykonawcy był inny niż w przypadku oferty Przystępującego, nie polegała ona bowiem – jak to miało miejsce w przypadku oferty Przystępującego – na załączeniu tabeli sprzed zmiany z 5 lipca 2017 r., co spowodowało u Zamawiającego wątpliwości co do omyłkowego charakteru tej niezgodności. Dodatkowo podkreślenia wymaga, że w odniesieniu do tego wykonawcy Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 4 grudnia 2017 r. (sygn. KIO 2425/17) potwierdziła, że zaistniałe niezgodności z tabelą 1.1 PFU nie powinny stanowić podstawy odrzucenia oferty, gdyż podlegały poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut dotyczący niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ, polegającej na zamiarze użycia do realizacji przedmiotowego zamówienia kruszyw, które nie spełniają wymagań postawionych przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że zgodnie z WWiORB D050304 pkt 2.3, do betonu nawierzchniowego należy stosować kruszywa naturalne pochodzenia mineralnego, które poza obróbką mechaniczną nie zostały poddane żadnej innej obróbce, których właściwości spełniają wymagania podstawowe określone w PN-EN 12620 i określone poniżej. Do betonu nawierzchniowego nie dopuszcza się stosowania: kruszyw z przekruszenia surowca skalnego ze złoża polodowcowego, kruszyw ze skał węglanowych, kruszyw: z recyklingu, z odzysku. Udzielając wyjaśnień do SIWZ Zamawiający potwierdził, że wymagania podane w WWiORB są to wymagania minimalne, które są obowiązujące podczas opracowywania STWiORB i nie jest dopuszczalne obniżenie wymagań podanych w WWiORB. Zamawiający nie określił wymagań dotyczących lokalizacji kopalń, a jedynie dotyczące jakości kruszywa. Nie wymagał też dostarczania kruszyw bezpośrednio z kopalni.

W dniu 31 sierpnia 2017 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W pytaniu 12 Zamawiający żądał wyjaśnienia: *Jak daleko od Placu Budowy Wykonawca będzie posiadał kopalnie materiałów przeznaczonych na nasypy, do betonów konstrukcyjnych oraz betonów nawierzchniowych? Zwracamy się o złożenie wyjaśnień o charakterze obiektywnym i sprawdzalnym (podpisane umowy przedwstępne/ramowe). Czy Wykonawca uwzględnił*

w ofercie ryzyka związane z możliwym brakiem w bliskim sąsiedztwie budowy materiałów spełniających wymagania SIWZ. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący wyjaśnił, że będzie posiadał kopalnię materiałów przeznaczonych na nasypy, do betonów konstrukcyjnych oraz betonów nawierzchniowych w niedalekiej odległości od placu budowy oraz że przeprowadził szczegółowe rozpoznanie lokalnego rynku i rozpoznał dostępne, w bliskim sąsiedztwie budowy, materiały spełniające wymagania SIWZ, a także że nie wyklucza otwarcia własnej kopalni. Wykonawca wskazał na propozycje współpracy z trzema podmiotami (załączniki do wyjaśnień – tajemnica przedsiębiorstwa). W odniesieniu do betonów konstrukcyjnych oraz nawierzchniowych Przystępujący podał, że materiał będzie dowożony do placu budowy z odległości od ok. 140 km do ok. 196 km.

Zdaniem Odwołującego stwierdzenie, że materiał będzie dowożony do placu budowy z odległości od ok. 140 km do ok. 196 km, świadczy o niezgodności oferty z treścią SIWZ, z uwagi na to, że we wskazanej odległości 140-196 km nie istnieje możliwość pozyskania kruszyw zgodnych z oczekiwaniami Zamawiającego. W ocenie Izby powyższy wniosek jest nieuprawniony. Przyjmując nawet, że we wskazanej odległości nie ma kopalni kruszyw spełniających wymagania określone w SIWZ, nie oznacza to, że nie ma możliwości pozyskania takich kruszyw ze źródeł innych niż kopalnia, np. od pośredników, czego SIWZ nie zabraniała. Na taki właśnie sposób pozyskania materiału wskazał Przystępujący, wyjaśniając, że zamierza sprowadzać kruszywa z krajów ościennych i odbierać je na granicy. Przystępujący złożył na rozprawie oświadczenia swojego kontrahenta o możliwości dostarczenia kruszywa spełniającego wymagania SIWZ, a także oświadczenie potwierdzające możliwość dostawy z granicy Polski do Łomży (Małaszewicze-Łomża 194 km, Siemianówka-Łomża 170 km) kruszyw spełniających wymagania WWiORB.

Uwzględnienie możliwości pozyskania kruszyw od pośredników mogłoby wywołać pytanie o skalkulowanie w cenie oferty podwyższonych kosztów takiego sposobu pozyskania tych materiałów, na co zwrócił uwagę Odwołujący podczas rozprawy, stwierdzając, że Zamawiający miał obowiązek dopytać wykonawcę o szczegóły dotyczące lokalizacji kopalni i uwzględnienia kosztów transportu, jednak nie sformułował w odwołaniu zarzutu dotyczącego nieujęcia w cenie oferty kosztów dostawy kruszyw i w konsekwencji rażąco niskiej ceny oferty lub jej istotnych elementów składowych. Wobec powyższego kwestia ta – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – nie mogła być przedmiotem oceny Izby.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: