

WYROK
z dnia 20 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Packo**
Protokolant: **Marcin**
Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz
Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie (Hiszpania)

w postępowaniu prowadzonym przez

Gminę Wałbrzych z siedzibą w Wałbrzychu oraz

Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu
z siedzibą we Wrocławiu

przy udziale wykonawców:

- A. **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie,**
- B. **Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich,**
- C. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** oraz **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. oraz Aldesa Construcciones S.A. i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. oraz Aldesa Construcciones S.A. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. oraz Aldesa Construcciones S.A. na rzecz Gminy Wałbrzych oraz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu solidarnie kwotę 3 878 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Świdnicy.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Wałbrzych – Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu oraz Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad oddział we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę obwodnicy Wałbrzycha w ciągu drogi krajowej nr 35” w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 13 czerwca 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 111-252120. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. oraz Aldesa Construcciones S.A. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo faktu, że Odwołujący nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, a tym samym nie ziszcili się wymagane przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż nie zaistniała podstawa do uznania oferty Odwołującego za odrzuconą,

2. art. 92 ust. 2 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zamieszenie informacji o wykluczeniu i powodach wykluczenia Odwołującego na stronie internetowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia oferty Odwołującego, usunięcia ze strony internetowej informacji o wykluczeniu i powodach wykluczenia Odwołującego z postępowania, a także obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że Zamawiający w informacji o wykluczeniu go z postępowania wskazał, że na stanowisko Dyrektora Kontaktu – Przedstawiciela Wykonawcy został desygnowany pan J. G. . Jako jego doświadczenie potwierdzające

spełnienie wymogów kryterium pozacenowego wskazano m. in. zadanie nr 1 – budowa autostrady A-63 Oviedo – La Espina, odcinek Trubia – Llera o wartości 64.000.000 euro. Zamawiający powziął jednak informację, że ww. zadanie w istocie było wykonywane w ramach dwóch oddzielnych kontraktów (zadań/umów cywilnoprawnych). Odwołujący, wezwany do wyjaśnień potwierdził, że zadanie to realizowane było na podstawie dwóch umów zaznaczając, że uznał zadanie za jedno, bowiem posiadały one jeden plac budowy, realizowane były w tym samym czasie i przez ten sam zespół. Wykonawca wskazał też, że budowa pierwszej jezdni w ramach tego zadania miała wartość 35.059.655,98 euro netto (140.249.181,81 zł), a zatem spełnia wymogi Zamawiającego jako samodzielne zadanie. Wskutek kolejnego wezwania Odwołujący wskazał jednak, że ww. kwota nie stanowi kwoty netto, lecz brutto, a dodatkowo, że w pierwotnie złożonym formularzu „Kryteria pozacenowe” także wskazał nieprawidłową wartość zamówienia (na dwie jezdnie). Jako prawidłową wskazał ostatecznie kwotę 62.866.636,50 euro brutto.

Zamawiający nie uznał ww. inwestycji za jedno zadanie w rozumieniu punktu 19.1.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jego zdaniem, nawet gdyby przyjąć za dopuszczalne połączenie umów, to kontrakty te powinny być ze sobą ściśle powiązane w wymiarze osobowym, czasowym i terytorialnym; powinny być też ze sobą powiązane funkcjonalnie w sposób tak ścisły, by ich realizacja stanowiła w istocie realizację jednego zadania, a sytuacja taka – w ocenie Zamawiającego – nie miała miejsca przy ww. inwestycji. Dwie jezdnie autostrady były bowiem realizowane w innym przedziale czasowym (choć częściowo pokrywającym się), co zostało potwierdzone w protokołach odbioru robót przesłanych wraz z wyjaśnieniami. Brakowało także powiązania funkcjonalnego pomiędzy nimi. Dowodem na to, że nie stanowiły one jednego zadania, był fakt, że inwestor zamówienia zorganizował dwa odrębne i niepowiązane ze sobą postępowania. Realizacja obu zadań przez ten sam podmiot wynikała więc wyłącznie z tytułu złożenia najkorzystniejszej oferty na oba zadania, a nie ze względu na przyjęte wcześniej założenie. Kontrakty na poszczególne jezdnie składające się na pierwotnie wskazane zadanie nr 1 nie spełniają wymogów umożliwiających przyznanie punktów za doświadczenie, bowiem żadne z nich w pojedynkę nie spełnia kryterium wartościowego określonego dla podkryterium Personel Wykonawcy / Dyrektor Kontraktu – Przedstawiciel Wykonawcy. Także w tym zakresie Odwołujący podał nieprawdziwe informacje wskazując najpierw, że wartość jednej nitki spełnia kryterium wartościowe, bowiem wynosi 35.059.665,98 euro netto (140.249.181,81 zł), po czym w toku dalszych wyjaśnień okazało się, że jest to kwota brutto, a więc niespełniająca kryterium wartościowego. Odwołujący zatem przedstawił Zamawiającemu w formularzu „Kryteria pozacenowe” nieprawdziwe informacje, że zadanie nr 1 było jednym zadaniem, choć w rzeczywistości było dwoma zadaniami, a ponadto

podawał nieprawdziwe informacje dotyczące wartości tych zadań w szczególności w zakresie wartości netto/brutto.

Odwołujący wskazał, że dla spełnienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych musi dojść do kumulatywnego spełnienia dwóch warunków: przedstawienie przez wykonawcę w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających zamawiającego w błąd oraz informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W okolicznościach niniejszej sprawy nie doszło do spełnienia któregokolwiek z warunków określonych powyżej, co powoduje, że Zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia go z postępowania. Przede wszystkim złożone w ofercie informacje nie wprowadzały w błąd Zamawiającego.

Zamawiający wywodzi podstawę do wykluczenia Odwołującego przede wszystkim z faktu, iż nie uznaje, by umowy obejmujące realizację autostrady A-63 Oviedo – La Espina odcinek Trubia – Llera były jednym zadaniem, w związku z czym podanie takiej informacji przez wykonawcę było informacją wprowadzającą Zamawiającego w błąd. Zamawiający jednak wywodzi skutek w postaci wprowadzenia go w błąd z własnej interpretacji informacji zawartych w ofercie Odwołującego i z własnej interpretacji okoliczności dotyczących realizacji budowy ww. odcinka autostrady, a nie z faktów. Tymczasem, aby można było mówić o informacjach wprowadzających w błąd, muszą one być niezgodne ze stanem faktycznym.

Zamawiający subiektywnie wskazuje jako niedopuszczalne w przedmiotowym stanie faktycznym uznanie dwóch kontraktów za jedno zadanie, nie podaje jednak żadnego wyjaśnienia na podstawie czego, tj. jakich faktów dotyczących owych realizacji, tak kwestię tę rozstrzyga, przez co Odwołujący ma ograniczone możliwości podnoszenia argumentów przeciwnych. Dalej wskazana ocena Zamawiającego sprowadza się wyłącznie do interpretacji okoliczności związanych z budową, która jednak nie odpowiada faktom.

Faktem bowiem jest to, że Aldesa Construcciones S.A. zrealizowała w latach 2003-2006, w konsorcjum z dwoma innymi wykonawcami, zadanie polegające na budowie odcinka autostrady Trubia – Llera. Na budowę tego odcinka zawarto dwie umowy – każdą dla jednej nitki jezdni autostrady prowadzących w odwrotnych kierunkach. Pomimo formalnego ujęcia budowy odcinka autostrady w dwie umowy, faktycznie realizowana była jedna budowa: czas robót dla obu jezdni w ponad 85% był wspólny; miejsce realizacji było takie samo, tj. ten sam odcinek autostrady, dwa kierunki jazdy); roboty były identycznej natury, bowiem polegały na wykonywaniu takich samych robót; wspólny był plac budowy, zespół realizujący i data oddania obu jezdni do użytkowania – 30 grudnia 2005 r.; prace zlecał ten sam inwestor, a realizował ten sam wykonawca; budową obu nitek kierowały ze strony wykonawcy te same osoby (m. in. na stanowiskach dyrektora kontraktu, zastępcy dyrektora kontraktu, kierownika

budowy). Gdyby prace miały rozłączny charakter, inwestor nie dopuściłby możliwości wykonywania ich przez ten sam zespół ludzi, a w szczególności nie dopuściłby możliwości kierowania pracami na obu jezdniach przez te same osoby na tych samych stanowiskach. Faktyczna funkcjonalna rozłączność prac oznaczałby bowiem, że nie do pogodzenia jest kierowanie budową obu jedni w tym samym czasie przez tę samą osobę/osoby.

Ponadto ocena Zamawiającego co do cech, jakim powinny odpowiadać dwa kontrakty, by mogły być uznane za jedno zadanie, czyli powiązanie w wymiarze czasowym, terytorialnym i osobowym, stoi w sprzeczności z własnym poglądem Zamawiającego zaprezentowanym w uzasadnieniu wykluczenia. Budowa wskazanego odcinka autostrady Trubia – Llera charakteryzuje się właśnie wskazanymi cechami, niezrozumiałym jest więc stanowisko Zamawiającego odmawiające uznania robót na obu jezdniach przedmiotowego odcinka autostrady za jedno zadanie. W konsekwencji jedynym argumentem, jaki przytacza Zamawiający, jest przeprowadzenie przez inwestora dwóch odrębnych postępowań. Ocena, czy wykonanie obu jezdni stanowiło jedno zadanie, powinna być bowiem dokonana przede wszystkim przy uwzględnieniu faktycznych okoliczności wykonania tej budowy, a więc przy uwzględnieniu, że prace na obu jezdniach były realizowane – za zgodą inwestora – jako jedna budowa. Fakty dotyczące budowy obu jezdni autostrady A-63 na odcinku Trubia – Llera są zatem takie, jak zostało to przedstawione w ofercie (formularzu „Kryteria pozacenowe”), a mianowicie, iż budowa ta stanowiła faktycznie jedno zadanie. Nie doszło zatem w tym zakresie do żadnego wprowadzenia w błąd Zamawiającego.

Fakt, że powyższy sposób przedstawienia informacji przez Odwołującego jest poprawny potwierdza orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt), w którym TSUE wskazał, że należy dopuścić, by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, chyba że instytucja zamawiająca wyraźnie wykluczyła taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie wymogów związanych z przedmiotem i celami danego zamówienia publicznego oraz proporcjonalnych względem nich. Takiego zastrzeżenia jednak Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wyraził ani w sposób dorozumiany, ani tym bardziej w sposób wyraźny. Stanowisko Zamawiającego, iż umowy na budowę obu jezdni nie mogą być uznane za jedno zadanie z uwagi na zorganizowanie przez inwestora dwóch odrębnych postępowań, nie wynika ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W punkcie 19.1.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia ustalono jedynie, że doświadczenie osoby dedykowanej do funkcji Dyrektora Kontraktu ma polegać na realizacji „zadania”, bez wskazania, co należy rozumieć pod pojęciem zadania, a w szczególności bez wskazania, że przez „zadanie” należy rozumieć jedną umowę.

Tym samym Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd co do faktu, iż budowa dwóch jezdni tego samego odcinka autostrady stanowiła jedno zadanie, o jakim mowa była w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w wymaganiach na stanowisko Dyrektora Kontraktu, a stanowisko Zamawiającego wynika wyłącznie z jego własnej interpretacji okoliczności związanych z tą budową, nie mającej ani potwierdzenia w faktach, ani w orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych. Dalsze zarzuty Zamawiającego odnoszące się do wprowadzenia w błąd przez Odwołującego, a dotyczące wartości zadania oraz dat jego wykonania, są już wyłącznie pochodną powyższej interpretacji Zamawiającego, a przede wszystkim są bez znaczenia, bowiem nie mogły mieć wpływu na decyzje Zamawiającego w postępowaniu.

Także w tym zakresie nie doszło do podania informacji wprowadzających w błąd, a jedynie do omyłkowego podania wartości i dat z uwagi na odległość czasową kontraktu (15 lat od początku realizacji), a także różną wartość stawek podatku VAT obowiązujących w Hiszpanii od 2003 do 2018 oraz różne daty wyznaczające – w zależności od tego, kiedy należy uznać, że nastąpiło dane zdarzenie – rozpoczęcie i zakończenie realizacji. W samym protokole odbioru znajdują się trzy daty, które mogą oznaczać zakończenie prac, a w piśmie z Ministerstwa Rozwoju Hiszpanii wskazuje się datę zakończenia pełnienia funkcji kierownika budowy na tej inwestycji jako czerwiec i lipiec 2009 r. Powyższe omyłki jednak, a tym bardziej wielokrotność wzywania Odwołującego do wyjaśnień przez Zamawiającego, nie mają znaczenia dla oceny, czy wykonawcy „należą się” punkty w kryterium zawartym w punkcie 19.1.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem oceny, czy zaistniała w stosunku do Odwołującego podstawa wykluczenia za art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych (niezależnie nawet od tego, że te punkty nie zmieniają pozycji oferty Odwołującego w rankingu ofert).

Nawet bowiem gdyby uznać, że podanie ww. informacji w sposób omyłkowy, nieściśły, wypełniałoby przesłankę wprowadzenia w błąd Zamawiającego, to nadal nie jest spełniona druga przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, mianowicie istotny wpływ tych informacji na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Wskazywane przez Zamawiającego w uzasadnieniu wykluczenia omyłki w oświadczeniach Odwołującego są irrelewantne z punktu widzenia oceny spełniania wymagania w kryterium pozacenowym dla Dyrektora Kontraktu, a tym samym dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu.

Wymaganie dla osoby dedykowanej do funkcji Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy zawarte w punkcie 19.1.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia brzmiało następująco: w ramach podkryterium wykonawca wskaże osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na

każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania wyższe niż opisane w IDW: Dyrektor Kontraktu – Przedstawiciel Wykonawcy – maksymalna liczba punktów – 5; doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont lub nadzór nad budową, przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 7.2.3b 1) IDW – Tom I SIWZ) o wartości robót co najmniej 135.000.000 PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach: Dyrektora Kontraktu lub Przedstawiciela Wykonawcy lub Kierownika Budowy lub Zastępcy Dyrektora Kontraktu lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu/Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera. Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania wykonawca otrzyma 2 punkty, za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania wykonawca otrzyma 5 punktów, za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania wykonawca otrzyma 0 punktów, za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań wykonawca otrzyma 0 punktów. Jako rozpoczęcie robót należy rozumieć datę rozpoczęcia prac przygotowawczych na terenie budowy, przebudowy lub remontu Obiektu Budowlanego, a jako wykonanie zadania należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia wg Klauzuli 10.1 WK FIDIC (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia). Formularz „Kryteria pozacenowe” w zakresie podkryterium „personel wykonawcy” nie stanowi dokumentu składanego w celu potwierdzenia spełniania warunków, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć zastosowanie jedynie w zakresie wyjaśnienia treści złożonych ofert. W następstwie czynności złożenia wyjaśnień wykonawca nie może uzupełniać formularza „Kryteria pozacenowe” w zakresie podkryterium „personel wykonawcy” o dodatkowe zadania nieujęte w formularzu lub dokonywać ich zmiany. Jeśli w wyniku zastosowania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie okoliczności, o których mowa w 25 ust. 1, wykonawca dokona zmiany osoby wskazanej na stanowisko, które podlega ocenie i punktacji w ramach kryterium „personel wykonawcy” – podkryterium opisane w pkt 19.1.2.2 ppkt 2 i-ii, Zamawiający w ramach tego podkryterium nie przyzna punktów. W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający powołuje się wyłącznie na wprowadzające w błąd informacje co do dat i wartości. Tymczasem to nie konkretne daty pełnienia przez osobę wskazaną w ofercie wymaganych funkcji miały znaczenie dla uznania, że osoba dedykowana do stanowiska Dyrektora Kontraktu posiada opisane wyżej doświadczenie, ale

czy dana osoba pełniła taką funkcję od rozpoczęcia robót do wykonania zadania w rozumieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W tym zakresie Odwołujący złożył w formularzu „Kryteria pozacenowe” oświadczenie, iż p. Garcia posiada wymagane doświadczenie od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, którego to oświadczenia Zamawiający nie kwestionuje. Ten zakres wymagania zatem jest spełniony i wynikał już z pierwotnego brzmienia oferty Odwołującego. Dla spełnienia wymagania wystarczającym było, by wartość robót w ramach zadania, w którym dana osoba pełniła wymagana funkcję, wynosiła minimum 135.000.000 zł netto. W tym zakresie Odwołujący wskazał omyłkowo w formularzu „Kryteria pozacenowe”, iż wartość robót wynosiła 64 mln euro netto, co następnie sprostował w drodze wyjaśnień na kwotę 62.866.636,50 euro brutto. Jednak zarówno kwota podana pierwotnie w oświadczeniu, jak i kwota podana w wyniku sprostowania ww. omyłki, stanowią kwoty wyższe niż wymagane 135 mln zł netto. Także zatem ten zakres wymagania był od początku spełniony, a omyłkowe wskazanie kwoty 64 mln euro netto zamiast 62.866.636,50 euro brutto w żaden sposób nie wpływa na ocenę spełniania tego wymagania. Przywoływane przez Zamawiającego omyłki w ofercie Odwołującego dotyczące dat i wartości, które zakwalifikował jako informacje wprowadzające w błąd, nie miały i nie mogły więc mieć żadnego znaczenia dla oceny spełniania wymagań względem p. G. .

Aby można było mówić o istotnym wpływie informacji wprowadzających w błąd na decyzje Zamawiającego w postępowaniu, konieczne jest wykazanie, że zamawiający podjąłby na podstawie informacji niewprowadzających w błąd inną decyzję niż na podstawie informacji wprowadzających w błąd. Jeżeli taka zależność nie istnieje, nie istnieje też przesłanka „istotnego wpływu”. Skoro zaś bez względu na to, które informacje dotyczące dat i wartości zadania nr 1 Zamawiający wzięłyby pod uwagę, ocena byłaby zawsze taka sama i sprowadzałyby się do uznania, że wymaganie jest spełnione, to tym samym nawet ewentualne uznanie, że podając omyłkowo niewłaściwe daty i wartości Odwołujący wprowadził w błąd Zamawiającego, nie mogłoby skutkować zmianą tej decyzji (decyzja nie mogłaby być inna niż przy informacjach precyzyjnie poprawnych).

Tym samym brak jest jednej z dwóch, łącznie niezbędnych, przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. istotnego wpływu informacji podanych przez wykonawcę na decyzje Zamawiającego w postępowaniu.

Wprawdzie Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego nie wskazuje wprost, iż informacje zawarte w wykazie osób wprowadziły go w błąd, jednak odnosi się do dat wskazanych w wykazie osób uzasadniając swoją ocenę, iż działanie Odwołującego cechowało rażące niedbalstwo. Jednakże również omyłkowe wskazanie niepoprawnych dat w wykazie osób nie wypełnia przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień

publicznych. Także bowiem w tym przypadku informacje dotyczące dat, wynikające z pierwotnej treści wykazu osób, nie miały i nie mogły mieć żadnego znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału względem p. G. .

Warunek udziału w postępowaniu, opisany w punkcie 7.2. ppkt 3 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia brzmiał następująco: 1) osoba proponowana do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy, wymagana liczba osób: Doświadczenie zawodowe: A) 1. minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę, przebudowę lub remont lub nadzór nad budową, przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego o wartości robót co najmniej 135.000.000 PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach: Dyrektora Kontraktu lub Przedstawiciela Wykonawcy lub Kierownika Budowy lub Zastępcy Dyrektora Kontraktu lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu/Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera; 2. minimum 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku/stanowiskach samodzielnych lub kierowniczych przy realizacji zadań obejmujących roboty budowlane w ramach inwestycji polegających na budowie, przebudowie lub remoncie Obiektu Budowlanego lub B) 1. minimum 60 miesięcy doświadczenia przy zarządzaniu z ramienia Inwestora realizacją 1 lub 2 lub 3 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont dróg lub ulic klasy min. G dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 135.000.000 PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach: Dyrektora jednostki organizacyjnej Inwestora lub Dyrektora lub Zastępcy Dyrektora pionu do spraw realizacji inwestycji, lub Naczelnika lub osoby kierującej Wydziałem/Zespołem do spraw realizacji inwestycji, lub Kierownika Projektu.

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

Jak wynika z powyższego, aby spełnić warunek udziału w postępowaniu, wystarczającym było wykazanie min. 24 miesięcy doświadczenia na stanowisku np. Zastępcy Dyrektora Kontraktu inwestycji o określonych parametrach oraz min. 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku/stanowiskach samodzielnych lub kierowniczych przy realizacji zadań obejmujących roboty budowlane. Zatem spełnienie powyższych wymagań wynikało już z pierwotnego brzmienia wykazu osób złożonego w ofercie (nawet bez uwzględnienia oczywistej omyłki polegającej na podaniu dat realizacji zadania nr 1 w latach 2013-2016 zamiast 2003-2006. Nawet gdyby przyjąć do oceny warunku udziału wyłącznie bezsprzecznie nieobjęte omyłkowymi informacjami miesiące tej budowy przypadające w roku 2004 i 2005, to łącznie dają one już wymagane 24-miesięczne doświadczenie p. G. na stanowisku Zastępcy Dyrektora Kontraktu. Jednocześnie doświadczenie to liczone łącznie z drugim, niekwestionowanym, zadaniem wykazanym w wykazie osób dla p. G., dotyczącym pełnienia funkcji kierownika budowy autostrady Durango – Mazaltan w okresie od 1 sierpnia 2008 do 1 czerwca 2012 r. daje łącznie ponad 5 lat doświadczenia wymaganego w punkcie A.2 (24 + 41 m-cy = 65 m-cy). Zatem także w przypadku wykazu osób, przy zastosowaniu analogicznej argumentacji, jaką zaprezentowano wyżej dla danych z formularza „Kryteria pozacenowe”, nie można uznać, by zachodziła przesłanka istotnego wpływu informacji podanych przez Odwołującego na decyzje Zamawiającego w postępowaniu. Tym samym brak także w tym wypadku jest co najmniej jednej z dwóch przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z orzecznictwa sądów i KIO na tle art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika jednoznacznie, że podanie nieprawdziwych informacji musi się odnosić do sfery faktów, nie zaś do sfery ocen. Jednocześnie stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi nastąpić na podstawie jednoznacznych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż tylko w takim wypadku można mówić o wynikającym z lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadzeniu w błąd zamawiającego. Wykluczenie nie może się zatem opierać na jednej z możliwych wykładni treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym bardziej na wykładni, którą należałoby uznać za niedopuszczalną jako sprzeczną z orzecznictwem.

Błędne było zatem uznanie, że wskazane w formularzu „Kryteria pozacenowe” zadanie nr 1 nie spełnia wymagań z uwagi na to, że wykonane zostało na podstawie dwóch, a nie jednej umowy, podczas gdy zgodnie z orzeczeniem TSUE jest to dopuszczalne, a Zamawiający nie wykluczył wyraźnie takiej możliwości w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ta błędna ocena Zamawiającego stanowi przyczynę decyzji o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Decyzja oparta na błędnej ocenie nie może być zaś uznana za poprawną i zgodną z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Natomiast uznanie, że dwie umowy dotyczące budowy autostrady A-63 na odcinku Trubia – Llera, mogą (w okolicznościach faktycznych ich dotyczących opisanych w odwołaniu) być wykazane jako jedno zadanie, o którym mowa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia powoduje, że odpada podstawa do wykluczenia Odwołującego. Tym samym, gdyby od początku Zamawiający w sposób poprawny ocenił zadanie nr 1, nie można byłoby mówić o istnieniu podstawy do wykluczenia Odwołującego z powodów określonych w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Punkty, jakie powinien w świetle powyższego uzyskać Odwołujący w kryterium pozacenowym dotyczącym doświadczenia osoby dedykowanej na stanowisko Dyrektora Kontraktu, pozostają bez wpływu na miejsce Odwołującego w rankingu ofert. Nawet bowiem bez przyznania tych punktów oferta Odwołującego pozostaje najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert.

Co do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 2 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący wskazał, że zgodnie z tymi przepisami na stronie internetowej nie zamieszcza się informacji o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni oraz podstawie faktycznej i prawnej ich wykluczenia. Tymczasem Zamawiający zamieścił na stronie internetowej taką informację o Odwołującym, co stanowi naruszenie wskazanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko dotyczące wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał, że w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert przyznawał dodatkowe punkty m. in. za doświadczenie osoby wskazanej przez wykonawcę do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy (pkt 19.1.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Dodatkowe punkty otrzymywali wykonawcy, których personel mógł wykazać się doświadczeniem przy realizacji zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont lub nadzór nad budową, przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją wskazaną w punkcie 7.2.3b 1) IDW – Tom I SIWZ) o wartości robót co najmniej 135.000.000 PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach: Dyrektora Kontraktu lub Przedstawiciela Wykonawcy lub Kierownika Budowy lub Zastępcy Dyrektora Kontraktu lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu/Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera.

Odwołujący załączył do oferty dokument pn. formularz „Kryteria pozacenowe” wskazując na stanowisko Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy pana J. G. . Jako jego doświadczenie dodatkowe wskazano m.in. zadanie nr 1: budowa autostrady A-63 Oviedo – La Espina, odcinek Trubia – Llera o wartości 64.000.000 euro, tj. 256.019.200,00 zł oraz zadanie nr 2: budowa autostrady A-63 Oviedo – La Espina, odcinek Latores – Trubia o wartości 38.500.000 euro, tj. 158.951.100,00 zł. Dla obu tych zadań Odwołujący wskazał, że p. G. pełnił funkcję Zastępcy Dyrektora Kontraktu.

Jednocześnie w załączonym do oferty wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego także wskazano p. G. oraz zadanie nr 1 określając, że osoba ta pełniła funkcję Zastępcy Dyrektora Kontraktu od 1 czerwca 2013 r. do 30 czerwca 2016 r. W konsekwencji ten właśnie okres czasu należy uznać za okres realizacji zadania nr 1 (od rozpoczęcia robót do wykonania zadania).

Zamawiający powziął wątpliwości co do prawdziwości podanych przez Odwołującego w formularzu informacji. W szczególności wątpliwości Zamawiającego wynikały z faktu, że wskazane zadanie nr 1 tj. budowa autostrady A-63 odcinek Trubia – Llera był realizowane w ramach dwóch osobnych zamówień, o innych czasach realizacji (choć częściowo się pokrywających). Wątpliwości Zamawiającego dotyczyły też pełnionej funkcji i okresu jej pełnienia przez p. G. . W związku z powyższymi wątpliwościami Zamawiający, pismem z 24 października 2018 r., wezwał Odwołującego do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących powyższych kwestii.

W odpowiedzi, pismem z 5 listopada 2018 r., Odwołujący potwierdził, że zadanie nr 1 faktycznie było realizowane w ramach dwóch osobnych kontraktów, a wykonawca w formularzu „Kryteria pozacenowe” rzeczywiście potraktował dwie jezdnie odcinka Trubia – Llera jako jedno zadanie inwestycyjne. Jak oświadczył Odwołujący, za takim potraktowaniem tej kwestii przemawia fakt, iż przedmiotowe zamówienia dotyczyły tego samego odcinka drogi (jeden plac budowy), realizowane były w tym samym czasie i przez tego samego wykonawcę (a tym samym przez ten sam zespół), a ich realizacja wymagała koordynacji prac. Ponadto Odwołujący wskazał, że dla pierwszej jezdni przyszłej autostrady całkowita wartość prac wynosiła 35.059.665,98 euro (140.249.181,81 zł), co oznacza, że w pełni spełnia wymagania Zamawiającego, o których mowa w punkcie 19.1.2.2 pkt 2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W związku z powyższym Odwołujący przedłożył zmieniony formularz „Kryteria pozacenowe”, zamieniając dotychczasowe zadanie nr 1 w ten sposób, że podał jedynie budowę jednej jezdni autostrady A-63 zamiast dwóch, jak to miało miejsce pierwotnie. W ten sposób Odwołujący *de facto* wycofał się ze swego pierwotnego oświadczenia złożonego wraz z ofertą, a dotyczącego zadania nr 1.

W zmienionym formularzu Odwołujący jednoznacznie wskazał, że podana wartość zmodyfikowanego zadania nr 1, tj. 35.059.665,98 euro (140.249.181,81 zł) to kwota netto.

Zaznaczył też, że omyłkowo wskazał jako daty rozpoczęcia i zakończenia realizacji zadania nr 1 rok 2013 i 2016 zamiast roku 2003 oraz 2006, precyzując jednocześnie, że odbiór pierwszej jezdni autostrady nastąpił 22 listopada 2006 r. (pierwotnie Odwołujący jako datę wykonywania tej inwestycji podał 1 czerwca 2013 r. – 30 czerwca 2016 r., czyli uwzględniając jego omyłkę 1 czerwca 2013 r. – 30 czerwca 2006 r., a w wyjaśnieniach i zmodyfikowanym wykazie zmienił te daty na 26 kwietnia 2003 r. – 22 listopada 2006 r.).

Następnie pismem z 9 listopada 2018 r. Zamawiający ponownie skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień, wskazując, że pierwotna wartość zadania nr 1 w ofercie została określona na kwotę 64.000.000,00 euro, natomiast zgodnie z załączonymi do wyjaśnień dokumentami ich sumaryczna wartość wynosiła 57.875.594,92 euro. Zamawiający zażądał od Odwołującego wyjaśnienia tej rozbieżności oraz wyjaśnienia, czy wskazana przez wykonawcę kwota jest kwotą netto czy brutto.

W odpowiedzi, pismem z 14 listopada 2018 r., Odwołujący wskazał, że rozbieżność ta wynika z przyjęcia innych wartości dotyczących inwestycji, tj. Zamawiający przyjął kwoty, po jakich udzielono zamówienia, zaś Odwołujący – wartość faktycznie zrealizowanych robót z uwzględnieniem robót zamiennych, która łącznie daje kwotę 62.866.636,50 euro. Jednocześnie Odwołujący przyznał, że pierwotnie podana przez niego kwota 64 mln euro była błędna. Odwołujący wyjaśnił też, że omyłkowo wskazał podane wcześniej kwoty jako netto, podczas gdy są one brutto – w protokołach odbioru ani w ogłoszeniach o udzieleniu zamówienia nie podano, czy te kwoty są kwotami netto czy brutto, więc przez analogię do polskiej praktyki (gdzie zamawiający posługują się kwotami netto) uznano, że podane kwoty są kwotami netto. Dopiero po wnikliwej analizie treści kontraktu oraz aneksu można dojść do wniosku, że podane kwoty są faktycznie kwotami brutto.

Zamawiający, pismem z 16 listopada 2018 r., ponownie wezwał Odwołującego, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do dalszych wyjaśnień w zakresie pełnionej funkcji i okresu jej pełnienia przez p. G. przy poszczególnych kontraktach.

Pismem z 22 listopada 2018 r. Odwołujący wyjaśnił, że funkcja kierownika budowy była pełniona niezależnie od funkcji zastępcy dyrektora kontraktu, a zatem dokumenty, którymi dysponuje zleceniodawca, nie stoją w sprzeczności z informacjami przedstawionymi przez Odwołującego.

Następnie Zamawiający, pismem z 26 listopada 2018 r., wezwał Odwołującego do złożenia szczegółowych wyjaśnień w zakresie dat i funkcji pełnionych przez pana G. na poszczególnych kontraktach. Odwołujący złożył wyjaśnienia 28 listopada 2018 r., a w międzyczasie złożył wniosek o wydłużenie terminu udzielenia odpowiedzi motywując to koniecznością przeanalizowania dużej liczby dokumentów sporządzonych w języku hiszpańskim oraz koniecznością ich przetłumaczenia celem udzielenia wyczerpującej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

Odwołujący był więc wzywany do złożenia wyjaśnień co do zadania nr 1 czterokrotnie. W udzielanych wyjaśnieniach wskazywał różne zakresy zadania nr 1 (tj. pierwotnie jako budowa dwóch jezdni, a następnie już tylko jednej z nich, różne kwoty stanowiące rzekomo wartość zadania nr 1, odnosząc się w części wyjaśnień wyłącznie do jednej jezdni, a w części wyjaśnień do obu jezdni tej drogi, wskazując raz, że podane kwoty są kwotami netto, a później zmieniając to na kwoty brutto, zmieniając także wartości wykonanych prac, podając inne daty realizacji zadania nr 1).

Nie jest sporne pomiędzy Stronami to, że pierwotnie wskazane zadanie nr 1 obejmowało dwa odrębnie udzielone kontrakty, z kilkoma istotnymi różnicami, tj. „Przebudowa. Nowy przebieg drogi krajowej CN-634 z San Sebastian do Santiago de Compostella. Odcinek: Trubia – Llera. Pierwsza jezdnia przyszłej autostrady” (dalej jako „budowa pierwszej jezdni”), oraz „Przebudowa. Nowy przebieg drogi krajowej CN-634 z San Sebastian do Santiago de Compostella. Odcinek: Trubia – Llera. Druga jezdnia przyszłej autostrady” (dalej jako „budowa drugiej jezdni”). Zamówienia na budowę pierwszej jezdni udzielono konsorcjum: Tableros y Puentes Sociedad Anonima, Aldesa Construcciones Sociedad Anonima, Dicaminos Sociedad Limitata, Construcciones y Pavimentaciones, tymczasem zamówienia na budowę drugiej jezdni udzielono konsorcjum: Tableros y Puentes Sociedad Anonima, Aldesa Construcciones Sociedad Anonima, Dicaminos Sociedad Limitata, Construcciones y Pavimentaciones (ta ostatnia spółka nie wchodziła w skład konsorcjum, któremu udzielono zamówienia na budowę pierwszej jezdni). Zamówienia na budowę pierwszej jezdni udzielono 26 grudnia 2002 r., a na budowę drugiej jezdni udzielono 26 maja 2003 r. Jak wynika z protokołów odbioru budowę pierwszej jezdni realizowano w okresie od 26 kwietnia 2003 r. do 28 października 2006 r., a budowę drugiej jezdni w okresie od 16 grudnia 2003 r. do 30 listopada 2006 r., a więc rozpoczęcie drugiego zadania nastąpiło blisko 8 miesięcy później.

Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Podstawą faktyczną tej decyzji były w istocie trzy aspekty. Po pierwsze, przedstawienie w ofercie wprowadzającej Zamawiającego w błąd informacji dotyczącej zadania nr 1 poprzez wskazanie, że było to jedno zadanie o wartości 64 mln euro, tj. 256.019.200,00 zł, podczas gdy w istocie były to dwa odrębne zadania o wartościach jednostkowych mniejszych niż wymagana dla otrzymania dodatkowej punktacji. Po drugie, przedstawianie w składanych wyjaśnieniach nieprawdziwych wartości poszczególnych robót, tj. wskazanie, że podane kwoty są kwotami netto, podczas gdy okazało się, że są to kwoty brutto, co miało znaczenia

dla możliwości punktowania tego doświadczenia. Po trzecie, powyższe spowodowane było co najmniej rażącym niedbalstwem Odwołującego.

Do uznania, że decyzja Zamawiającego była zasadna, a Odwołujący powinien zostać wykluczony, niezbędne jest łączne wystąpienie następujących przesłanek: 1) wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, 2) informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, 3) wykonawca działał lekkomyślnie lub niedbale. W ocenie Zamawiającego w niniejszej sprawie wystąpiły wszystkie powyższe przesłanki.

Choć w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie było postanowień definiujących pojęcie „zadania” czy też ograniczających „zadanie” do prac/robót wykonanych tylko w ramach jednej umowy, nie oznacza to, że wykonawcy mogli łączyć dowolnie i na podstawie subiektywnych kryteriów roboty wykonywane na podstawie różnych umów w jedno zadanie i w ten sposób sztucznie zawyżać jego wartość.

W ocenie Zamawiającego przeciwko uznaniu budowy pierwszej jezdni i budowy drugiej jezdni za jedno zadanie przemawia szereg argumentów: budowa dwóch jezdni była realizowana na podstawie dwóch odrębnie udzielanych zamówień i dwóch odrębnie zawartych umów; co istotne oba te zamówienia były udzielane w procedurze otwartej przetargowej, a więc pozyskać te dwa zamówienia mogły całkowicie różne podmioty; to musi prowadzić do oczywistego wniosku, że ówczesny zamawiający uznał, iż są to odrębne zadania, nie powiązane ze sobą tak ściśle, aby musiały być realizowane przez ten sam podmiot, w tym samym okresie czasu; w konsekwencji obie te budowy mogły być realizowane całkowicie rozdzielnie; terminy udzielenia tych dwóch zamówień nie pokrywają się i różni je 5 miesięcy; terminy rozpoczęcia wykonywania obu budów nie pokrywają się, albowiem różnią się o blisko 8 miesięcy; terminy zakończenia wykonywania obu budów nie pokrywają się, albowiem różnią się o nieco ponad 1 miesiąc; umowy zostały podpisane z różnymi podmiotami, bowiem składy obu konsorcjów, którym udzielono zamówienia, nie pokrywają się w 100% (w jednym konsorcjum jest spółka Construcciones y Pavimentaciones, a w drugim tej spółki nie ma); jak wynika z przedłożonych przez Odwołującego protokołów odbioru budowy pierwszej jezdni oraz budowy drugiej jezdni, podlegały odrębnym odbiorom przez zamawiającego (co także świadczy o tym, że są to odrębne zadania i tak je traktował zamawiający).

Tak dalece idące odrębności nie pozwalały na zakwalifikowanie budowy obu jezdni jako jednego zadania. Przy czym najistotniejsze jest to, że te dwie budowy nie stanowiły funkcjonalnie powiązanej całości, np. w taki sposób, aby wykonanie jednej umowy zależało od drugiej, czy też w taki sposób, aby ich realizacja musiała być wykonywana przez tego samego wykonawcę, ewentualnie efekt końcowy tych prac tworzył pewną jedną całość (np. jeden budynek). Istotne znaczenie dla oceny tej kwestii miały także spore różnice czasowe

dotyczące realizacji obu tych jezdni. Jako przykład robót funkcjonalnie ze sobą powiązanych wskazać można roboty dodatkowe lub zamiennie, które są tak ściśle powiązane z kontraktem podstawowym, że ich realizacja przez podmiot inny od wykonawcy kontraktu podstawowego byłaby bezcelowa. Powiązanie funkcjonalne oznacza zorientowanie się na jednym, wspólnym celu, gdzie rozdział realizacji dwóch elementów między dwóch wykonawców utrudniałby osiągnięcie danego celu w sposób istotny. Taka sytuacja pozwoliłaby na potraktowanie wszystkich tych prac jako jednego zadania.

W swej istocie Odwołujący wywodzi dopuszczalność połączenia budów obu jezdni w jedno zadanie wskutek okoliczności o charakterze nie obiektywnym, a subiektywnym, tj. przysługujących tylko temu konkretnemu wykonawcy, w związku z tym, że obie jezdnie były realizowane przez częściowo tych samych wykonawców, podobnym personelem, w częściowo pokrywającym się czasie. Niemniej te okoliczności nie mogą mieć przesądzającego znaczenia. Znaczenia nie ma także kwestia geograficznej tożsamości obu zadań.

Nie stanowi też argumentu przemawiającego za zasadnością uznania budowy obu jezdni za jedno zadanie inwestycyjne fakt, że zamawiający hiszpański dopuścił, by oba zadania realizował ten sam zespół. Standardem i stałą praktyką w branży budowlanej jest bowiem, że osoby o określonych kompetencjach nadzorują jednocześnie więcej niż jedną inwestycję. Jedynym wyjątkiem od tej reguły jest sytuacja, gdy zamawiający wprost tego zakazuje.

Podstawą wykluczenia Odwołującego nie był fakt, że kwestionował on realizację zadań inwestycyjnych przez pana G. przez cały okres trwania kontraktów. Jednakże ta rozbieżność czasowa jest w ocenie Zamawiającego jedną z kluczowych okoliczności oceny. Gdyby przyjąć koncepcję Odwołującego o łączeniu obu budów w jedno zadanie, to przez znaczną część czasu (9 miesięcy), gdy obie budowy się nie pokrywały czasowo, nie byłby spełniony warunek dotyczący wymaganej wartości dla tej inwestycji. W tym bowiem okresie wartość tej inwestycji równa byłaby wartości jednej budowy (tj. przez 8 pierwszych miesięcy dla budowy pierwszej jezdni, a dla ostatniego miesiąca wartość budowy drugiej jezdni), a wartość jednej budowy nie jest wystarczająca.

Także wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-387/14 nie ma przełożenia na niniejszą sprawę. Faktycznie TSUE uznał, że nie można z góry wykluczyć łączenia przez wykonawców doświadczenia zdobytego w ramach dwóch kontraktów jako jednego zadania. Orzeczenie to zostało jednak wydane na gruncie odmiennego stanu faktycznego niż stan niniejszej sprawy. W niniejszej sprawie Zamawiający w ustanowionym kryterium wymagał, by inwestycja podawana w wykazie miała określoną wartość. Odwołujący sam argumentuje, że budowa obu nitek polegała na realizacji tych samych prac. Nie jest więc tak, jak w orzeczeniu Esaprojekt, gdzie przedmiot pierwszej umowy był inny niż drugiej umowy. Przede wszystkim jednak w niniejszej sprawie Zamawiający wprost określił,

że wymaga doświadczenia pozyskanego w ramach zadania, nie dopuszczając ich sumowania czy łączenia. Działanie Odwołującego, tj. połączenie dwóch umów w jedno zadanie miało więc na celu wyłącznie spełnienie wymogu co do określonej wartości zadania. Gdyby dopuścić takie rozumowanie, wykonawcy mogliby wskazywać kilka inwestycji, które realizowali, a które łącznie posiadały określoną wartość, nie taki zaś jest cel ustalania określonych kryteriów przez zamawiających. Wyższa wartość kontraktu pociąga za sobą większą jego złożoność, wyższą liczbę obowiązków wykonawców. Zamawiającemu zależało więc na posiadaniu przez wykonawców tak unikatowego doświadczenia, które miałyby przełożenie na realia jego inwestycji, a wykonanie kilku pomniejszych inwestycji tego celu nie spełnia.

Przedstawienie informacji o zadaniu nr 1 w taki sposób, że nie wynikało z niej realizowanie zadania w ramach dwóch kontraktów, stanowiło nieprawdziwą informację. Dostrzegł to nawet sam Odwołujący, który już w pierwszych złożonych wyjaśnieniach przedłożył nowy formularz „Kryteria pozacenowe” ze wskazaną wyłącznie budową jednej jezdni.

Zamawiający powziął też wątpliwości co do wartości zadania nr 1. W ofercie (w formularzu) wskazano łączną wartość robót na kwotę 64.000.000,00 euro. W wyjaśnieniach z 5 listopada 2018 r. Odwołujący wskazał, że wartość prac netto co do pierwszej jezdni wyniosła 35.059.665,98 euro, a drugiej 27.806.970,59 euro, co miało potwierdzać spełnianie przez budowę pierwszej jezdni samodzielnie wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla przyznania dodatkowej punktacji. Po zgłoszonych przez Zamawiającego wątpliwościach Odwołujący, w piśmie z 14 listopada 2018 r., przyznał, że podane wcześniej kwoty netto są kwotami brutto. Oznaczało to, że budowa pierwszej jezdni nie spełnia samodzielnie wymogów dodatkowo punktowanych ze względu na zbyt niską wartość. W toku składanych wyjaśnień Odwołujący podał więc trzy różne kwoty odnoszące się do realizacji tego samego zadania inwestycyjnego. Podanie nieprawdziwych informacji co do wysokości wynagrodzenia, a także wartości netto i brutto kontraktu, kiedy są to okoliczności determinujące o przyznaniu dodatkowych punktów, stanowią okoliczności istotne. Jako istotne należy bowiem uznać wszelkie informacje podawane przez wykonawcę, które mają wpływ na decyzję o udzieleniu zamówienia. W szczególności istotne są informacje dotyczące wymogów stawianych wykonawcom oraz kryteriów kwalifikacji. Wskazanie w formularzu „Kryteria pozacenowe” oświadczenia o należnej wykonawcy kwocie, które są kwotami brutto, podczas gdy pkt 19.1.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób jednoznaczny odnosił się do wartości netto, stanowi przedstawienie nieprawdziwych informacji. Trzykrotna zmiana informacji o wartości realizowanych prac, kiedy prace te były realizowane przez jednego z konsorcjantów, należy uznać za działanie co najmniej rażąco niedbałe.

Powyższe argumenty przemawiają za faktem, że Odwołujący przedstawił nieprawdziwe informacje, a zatem spełniona została pierwsza przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedłożenie powyższych informacji z pewnością jest działaniem mogącym mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Decydowało to bowiem o przyznaniu określonej liczby punktów w pozacenowych kryteriach oceny ofert, a zatem miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Wykonawcy konkurują nie tylko ceną, ale i pozacenowymi kryteriami. Liczba uzyskanych w ten sposób punktów ma istotny wpływ na ranking ofert. Potwierdza to, że spełniona została także druga przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przypadku przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma potrzeby wykazywania zamiaru wykonawcy. Wystarczające jest wykazanie winy nieumyślnej przyjmującej postać niedbalstwa lub lekkomyślności. W konsekwencji nawet nieświadome podanie nieprawdziwej informacji może skutkować wykluczeniem na ww. podstawie. Odwołujący jako profesjonalista powinien wykazywać podwyższony stopień należytej staranności (art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego). Profesjonalizm dłużnika powinien przejawiać się w dwóch podstawowych cechach jego zachowania, tj. postępowaniu zgodnym z regułami fachowej wiedzy oraz sumienności. Wzorzec należytej staranności musi uwzględnić zwiększone oczekiwania co do zawodowych kwalifikacji dłużnika-specjalisty, co do jego wiedzy i praktycznych umiejętności skorzystania z niej (por. wyrok SN z 22 września 2005 r., sygn. IV CK 100/05). Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (por. wyrok SA w Poznaniu z 8 marca 2006 r., sygn. I ACa 1018/05). Ponadto wzorzec należytej staranności ujęty w art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego oznacza, że staranność wymagana w stosunkach danego rodzaju będzie musiała być uwzględniana w odniesieniu do wiedzy, doświadczenia i umiejętności praktycznych, jakie wymagane są od przedsiębiorcy podejmującego się określonej działalności. Wysoki stopień staranności wymaganej od dłużnika wynika bezpośrednio z faktu, że oczekiwania osoby zawierającej z nim umowę zazwyczaj są wyższe niż w stosunku do osoby, która nie prowadzi danej działalności zawodowo. Ustawodawca zakłada więc, że osoba ta nie tylko ma większą wiedzę i doświadczenie niż osoba nieprowadząca takiej działalności, ale jest od niej rzetelniejsza i ma większą zdolność przewidywania (por. wyrok SA w Łodzi z 6 października 2016 r., sygn. I ACa 246/16).

Odwołujący jest podmiotem, który działa na rynku zamówień publicznych i tym samym doskonale zna, a przynajmniej znać powinien, jego reguły. Nie bez znaczenia jest także to, że Odwołujący jest przedsiębiorstwem znacznych rozmiarów, podejmującym się realizacji wielkich inwestycji, a tym samym ten standard jego należytej staranności musi być wyższy niż dla zwykłego przedsiębiorcy. Każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, szczególnie tak istotnego i wartościowego, musi przed złożeniem oferty dokładnie zweryfikować informacje, które podaje. Nie jest dopuszczalne podawanie tego rodzaju informacji na podstawie jedynie tylko przybliżonej czy też ogólnej wiedzy. To wykonawca odpowiada za weryfikację tego, czy podaje prawdziwe informacje, czy też nie. Obowiązek ten doznaje wzmocnienia, gdy wykonawca taki podaje informacje, którymi sam dysponuje i może bez trudu je zweryfikować. Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie, albowiem to Aldesa Construcciones S.A., czyli członek konsorcjum Odwołującego realizował zadanie nr 1, a pan J. G. był i jest pracownikiem tej spółki. Zatem Odwołujący dysponował stosunkowo łatwą możliwością weryfikacji wszystkich niezbędnych informacji. Tymczasem, jak wynika ze składanych przez Odwołującego wyjaśnień, owa weryfikacja odbywała się nie tyle na etapie przed złożeniem oferty, a w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego (Odwołujący w piśmie z 26 listopada 2018 r. motywował wniosek o wydłużenie terminu udzielenia wyjaśnień koniecznością przeanalizowania dużej liczby dokumentów sporządzonych w języku hiszpańskim oraz koniecznością ich przetłumaczenia, celem udzielenia wyczerpującej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Z kolei w swych wyjaśnieniach z 14 listopada 2018 r. Odwołujący wskazał, że sprawdzał wartość netto/brutto przez analogię do polskiej praktyki, a dopiero po wnikliwej analizie kontraktu i aneksu można dojść do wniosku, że podane kwoty są faktycznie kwotami brutto). Odwołujący zatem działał wysoce nieprofesjonalnie i nierzetelnie, co uzasadnia ocenę jego działań jako nie tylko niedbałych, ale wręcz rażąco niedbałych. Nie można bowiem mówić o jakiegokolwiek należytej staranności wykonawcy, który dopiero po złożeniu ofert wnikliwie analizuje podane przez siebie wcześniej informacje. Istotne też jest natężenie i liczba nieprawdziwych informacji, jakie były podawane przez wykonawcę. Dotyczyły one nie tylko tego, co składa się na zadanie nr 1, ale też wartości nominalnej (która była zmieniana), zmiany określenia, czy jest to kwota brutto czy netto oraz czasu realizacji robót (i nie chodzi tu o kwestię omyłki co do podania w dacie cyfry 1 zamiast 0). Choć każde kolejne wyjaśnienia powinny usuwać wątpliwości Zamawiającego co do podanych informacji, to stawało się wręcz przeciwnie, albowiem generowały one kolejne.

Tak doświadczony wykonawca powinien mieć pewność co do tego, czy wskazywane przez niego kwoty stanowią stawki brutto czy netto. Wykonawca nie powinien też przedstawiać informacji w sposób, który ukrywał, że dwie jezdnie były realizowane w ramach odrębnych umów. Jeśli Odwołujący faktycznie był przekonany o tym, że inwestycje są tak ściśle ze sobą

powiązane, że można je traktować jak jedno zadanie, to nie powinien informacji o tych odrębnych kontraktach ukrywać.

Działanie Odwołującego wydaje się być działaniem co najmniej lekkomyślnym także z uwagi na fakt, że w wyjaśnieniach z 5 listopada 2018 r. sam odniósł się do wartości jednej jezdni i zmienił swój formularz oraz wykaz. Dopiero gdy okazało się, że wartość tych prac jest wartością brutto a nie netto i nie spełnia wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zmienił swoje stanowisko wracając do pierwotnego oświadczenia. Pokazuje to, że wykonawca ten rozumiał jako jedno zadanie jeden kontrakt, a dwie jezdnie w ramach zadania nr 1 zostały w sposób sztuczny połączone przez niego w jedno zadanie wyłącznie w celu uzyskania dodatkowej punktacji.

Tym samym zostały spełnione wszystkie przesłanki do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamieszczenie na stronach internetowych wszystkich informacji łącznie tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykonawcach wykluczonych, ofertach odrzuconych, a także terminie do zawarcia mowy jest powszechną praktyką. Art. 92 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych powinien być interpretowany w ten sposób, że zamawiający ma obowiązek publikacji określonych informacji na swojej stronie internetowej. Nie jest jednak tak, że ma zakaz publikowania na stronie informacji innych niż zawarte w art. 92 ust. 1 pkt 1 i 5-7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest z zachowaniem zasad równości i uczciwej konkurencji, transparentności i pisemności. Tym samym zamieszczanie w Internecie i w siedzibie wszystkich informacji, o których mowa w art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych powoduje, że zamawiający udostępnia więcej informacji, niż jest to wymagane. Tym działaniem zamawiający nie narusza jednak żadnych zasad postępowania. Wszystkie dane, o których mowa, są bowiem powszechnie dostępne (podlegają udostępnieniu w trybie dostępu do informacji publicznej), co dodatkowo przemawia za prawidłowością takiego procedowania.

Poza tym powyższe działanie nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania i jako takie nie może być przyczyną dla uwzględnienia odwołania.

III Stanowisko przystępującego Eurovia Polska S.A.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zarzuty odwołania uznał za niesłuszne i nie zasługujące na uwzględnienie.

Wskazał, że warunkiem zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych jest przedstawienie zamawiającemu informacji wprowadzającej w błąd, a co za tym idzie – to kontekście tego zwrotu ustawowego należy oceniać zachowanie Odwołującego i prawidłowość zastosowania do niego poszczególnych norm prawnych.

Nie ulega wątpliwości, iż Odwołujący jako doświadczenie pana J. G. przedstawił zadanie nr 1: budowa autostrady A-63 odcinek Trubia – Llera. Wobec powyższego Odwołujący w żaden sposób nie wskazał, iż na poczet „zadania”, które uznawał za spełniające wymóg Zamawiającego, składają się dwie odrębne umowy, zawarte w odrębnych okresach i podlegające realizacji (co najmniej w 15% czasokresu) w różnych terminach. Odwołujący pozostawił tę informację bez żadnego dodatkowego wskazania na powyższy rozdział, pomimo iż przygotowane na potrzeby postępowania formularze pozwalały na taki zabieg. Pomijając kwestie wzajemnych powiązań pomiędzy kontraktami Odwołujący przedłożył Zamawiającemu informację, jakoby obie realizacje były w całości tożsame, a tymczasem „przenikanie się” zadań inwestycyjnych odbywało się wyłącznie na pewnych płaszczyznach i to nie w całym zakresie realizacyjnym.

Przedłożenie informacji w formie, jaką otrzymał Zamawiający, pozwoliło mu dojść do przekonania, że Odwołujący zrealizował jedno zamówienie publiczne o zakresie odpowiadającym wymogom specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec powyższego Odwołujący w formularzu ofertowym przedstawił Zamawiającemu informację dotyczącą kontraktu, który faktycznie nie istniał, albowiem był wypadkową dwóch innych zamówień.

Dodatkowo, informacje przedstawione w formie wyliczenia na str. 6 odwołania nie zostały poparte żadnymi środkami dowodowymi. Zarówno Izba, jak i pozostali uczestnicy postępowania nie wiedzą, czy inwestycje na pewno posiadały wspólny plac budowy, wspólny zespół realizacyjny, jak też nie budzi przekonania stwierdzenie, iż „roboty były identycznej natury, bowiem polegały na wykonywaniu takich samych robót”. Brak w tym miejscu dokumentacji, zestawień porównawczych, czy też informacji od samego zamawiającego (hiszpańskiego). Potwierdzenie tożsamości obu zadań należałoby oprzeć wyłącznie o wątpliwe twierdzenia Odwołującego.

Przystępującego nie przekonało również stwierdzenie, iż obsadzenie obu zamówień tymi samymi osobami na stanowiskach kierowniczych świadczy o jednolitości dwóch zamówień. Nieznane są uwarunkowania kontraktowe hiszpańskiego zamawiającego w zakresie kierowania osób zajmujących tożsame stanowiska na różnych inwestycjach, a także uregulowania hiszpańskiego prawa budowlanego regulujące formalności związane z piastowaniem funkcji przez kierowników budowy, jak też w zakresie możliwości piastowania poszczególnych funkcji na różnych realizacjach w tym samym czasie. Poza tym również w polskim porządku prawnym zdarza się, iż jedna osoba jest kierownikiem budowy na różnych inwestycjach, co jednak nie pozwala na wysuwanie wniosków, że poszczególne budowy są ze sobą w jakikolwiek sposób powiązane.

Jak wskazał Odwołujący, ramy czasowe co najmniej w 15 % są odrębne. Co za tym idzie, daty wskazane w formularzach są nieprawdziwe, albowiem wskazują również na okres,

w którym w realizacji była wyłącznie jedna z inwestycji. Odwołujący nie może w sposób dowolny interpretować poszczególnych terminów, tj. w zakresie wartości przyjmując daty od najwcześniejszej do końcowej, natomiast w zakresie piastowania funkcji przez pana G. wybierając wyłącznie daty jednej z umów.

Powiązanie terytorialne i funkcjonalne na obecną chwilę w żaden sposób nie zostały przez Odwołującego udowodnione, zatem Przystępujący nie ma możliwości precyzyjnego odniesienia się do tych okoliczności. Odwołujący powinien przede wszystkim wykazać tożsamość poszczególnych elementów składających się na zamówienie oraz wykazać „odgórne” i formalne założenie wspólnej realizacji obu inwestycji.

Powiązanie osobowe nie może ograniczać się wyłącznie do jednej osoby realizującej obie inwestycje. Odwołujący powinien wykazać, iż te same brygady robocze i te same grupy zarządzające realizacjami działały równocześnie (w tym samym okresie) na obu inwestycjach. W innym wypadku, pomimo bliskiej odległości pomiędzy dwiema budowami, należałoby je traktować jako odrębne kontrakty, których położenie geograficzne nie ma znaczenia i jest dziełem przypadku.

W zakresie możliwości prostowania oczywistych omyłek Przystępujący wskazał, że Izba stanowczo zakazuje prostowania omyłek mających istotny wpływ na treść oferty. Wprowadzenie do oferty nowych parametrów, które nie wynikają z żadnej jej części stanowiłoby istotną zmianę treści oferty, niedopuszczalną w świetle przepisów.

Określenie dat piastowania funkcji przez pracownika Odwołującego niewątpliwie stanowi wprowadzenie nowych informacji, bowiem Zamawiający w żaden sposób nie mógł wywnioskować, że zgłoszona osoba mogła realizować zamówienie publiczne w okresie odmiennym niż przedstawiony w przedłożonym formularzu. Czasookresy niewątpliwie wprowadziły Zamawiającego w błąd w sposób, który mógł mieć wpływ na przebieg postępowania, ponieważ uznanie informacji w tym zakresie za zgodną z rzeczywistym stanem rzeczy decydowało o potencjalnym wyborze Odwołującego.

Podobna sytuacja dotyczy podania kwoty „zadania” jako wartości netto, która w rzeczywistości była wyłącznie zbliżona do rzeczywistej wartości brutto.

Odwołujący, jak przyznał na str. 10 odwołania, podał początkowo jako wartość inwestycji kwotę 64 mln euro netto, żeby następnie skorygować ją na 62.866.636,50 euro brutto. Kwota podana pierwotnie nie mogła zostać wskazana przypadkowo – na skutek błędu obliczeniowego lub niewłaściwego ujęcia wartości przy uwzględnieniu podatku. Niemożliwym wydaje się dokonanie omyłki w aż 9 z 10 cyfr składających się na ostateczną wartość kontraktu, wobec czego przedstawiona kwota jest po prostu wartością nieprawdziwą i z tego tytułu wymaga zastosowania sankcji z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazana informacja nie może zostać skorygowana w oparciu o pozostałe

informacje występujące w ofercie, co kwalifikuje ją jako wprowadzającą zmianę istotną, której sprzeciwia się orzecznictwo.

Przystępujący zakwestionował możliwość uznania dwóch umów wskazanych przez Odwołującego za jedno zadanie.

Odwołujący w sposób nieuprawniony dokonał sumowania doświadczenie nabytego na dwóch odrębnych realizacjach budowlanych. Odwołujący wskazał Zamawiającemu „zadanie”, które faktycznie nie miało miejsca, a było efektem wyłącznie jego korzystnej dla siebie interpretacji poszczególnych parametrów inwestycji. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał tożsamości przytaczanych inwestycji.

Omyłki popełnione przez Odwołującego nie nadają się do poprawienia w myśl art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, co kwalifikuje je jako informacje nieprawdziwe – nie mające odzwierciedlenia w rzeczywistym stanie rzeczy.

Każda z przedstawionych informacji miała wpływ na przyznanie punktów ofercie Odwołującego i jego klasyfikacji w ostatecznym zestawieniu wykonawców, czym wypełniła przesłankę potencjalnego, istotnego wpływu na decyzje w postępowaniu, tj. decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jest ściśle skorelowany z powyższą argumentacją i jest jej pochodną, nie wymaga więc osobnego omówienia.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 2 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezprzedmiotowy. Jakikolwiek rozstrzygnięcie w jego zakresie, w przypadku uznania bezpodstawności naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem nie wpłynie na kwestie związane z udzieleniem zamówienia publicznego na rzecz Odwołującego, a co za tym idzie, nie może on ponieść w tym zakresie szkody.

IV Stanowisko przystępującego Budimex S.A.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego.

Nie zgodził się ze stwierdzeniem Odwołującego, że Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „zadanie”, bowiem w punkcie 19.1.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że przez wykonanie zadania rozumie wystawienie świadectwa przejęcia, protokołu odbioru lub podobnego dokumentu, co oznacza, że jedno zadanie równa się jednemu świadectwu przejęcia. Wskazał na wyrok KIO sygn. KIO 1407/18, w którym stwierdzono, że samodzielne zadanie to roboty zakończone jednym świadectwem przejęcia.

Odwołujący nie był uprawniony do takiego połączenia kontraktu i jest to próba dowolnej interpretacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wątpliwości w tym zakresie powinien był wyjaśniać na wcześniejszym etapie postępowania.

Również zdaniem Przystępującego nie były to zadania, które można było uznać za jedno zadanie, a Odwołujący w wykazie doświadczenia w żadnym miejscu nie zaznaczył, że były to dwie umowy, nie dał więc Zamawiającemu możliwości interpretacji i oceny zaistniałej sytuacji i gdyby nie informacje od Przystępującego, Zamawiający nigdy by się nie zorientował, że zawarto dwie odrębne umowy. Również wyjaśnienia Odwołującego próbowały wykreować mylne wyobrażenie Zamawiającego o rzeczywistości i tylko dociekliwość Zamawiającego spowodowała, że stało się inaczej. Podkreślił rodzaj działań Odwołującego, który najpierw wskazał umowy jako jedną inwestycję/zadanie, kiedy zaś zorientował się, że Zamawiający się dowiedział, że tak nie było, zmienił informacje. Następnie, gdy Zamawiający znów się zorientował o rozbieżności wartości umów, znów zmienił swoje informacje i stwierdził, że potrzebuje więcej czasu na udzielenie odpowiedzi, podczas gdy wszystkie informacje powinien był zdobyć przed złożeniem oferty. Świadczy to co najmniej o niedbalstwie wykonawcy. Zatem wszystkie informacje były informacjami wprowadzającymi Zamawiającego w błąd.

V Stanowisko przystępującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. i Strabag Sp. z o.o.

Wykonawca poparł stanowisko Zamawiającego, nie przedstawił szczegółowego stanowiska własnego.

VI Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania oraz nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła również, że stan faktyczny sprawy (w szczególności przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty Odwołującego oraz treść wezwań do wyjaśnień i udzielonych wyjaśnień) nie jest sporny pomiędzy Stronami. Został on szczegółowo opisany w stanowiskach Stron, więc nie będzie ponownie powtarzany.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo faktu, że Odwołujący nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, a tym samym nie ziszczyły się wymagane przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień

publicznych, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż nie zaistniała podstawa do uznania oferty Odwołującego za odrzuconą,

2. art. 92 ust. 2 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zamieszczenie informacji o wykluczeniu i powodach wykluczenia Odwołującego na stronie internetowej.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący powołał się także na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt). Zgodnie z odpowiedzią udzieloną przez Trybunał w punkcie 5. tego orzeczenia artykuł 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 dopuszcza on, by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, chyba że instytucja zamawiająca wykluczyła taką możliwość na podstawie wymogów związanych z przedmiotem i celami danego zamówienia publicznego oraz proporcjonalnych względem nich.

W odpowiedzi 4. orzeczenia Trybunał wskazał także, że artykuł 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18, umożliwiający wykluczenie z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy „winnego poważnego” wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania żądanych przez instytucję zamawiającą informacji, należy interpretować w ten sposób, że przepis ten można zastosować, jeżeli dany wykonawca dopuścił się pewnego stopnia niedbalstwa, a mianowicie niedbalstwa mogącego mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego, bez względu na to, czy stwierdzone zostanie umyślne naruszenie przepisów przez tego wykonawcę.

Pomimo że Trybunał odniósł się do stanu prawnego nieobowiązującej już dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 132), to same powyższe zagadnienia mają zastosowanie również w obecnym stanie prawnym, a wskazane tam rozwiązanie może odnosić się nie tylko do doświadczenia badanego w ramach postawionych warunków udziału w postępowaniu, ale także w ramach kryteriów oceny ofert.

Podobnie jeśli chodzi o kwestię wprowadzenia zamawiającego w błąd (przedstawienia nieprawdziwych informacji) – założenia Trybunału oraz zawarte w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych są w swojej istocie zbieżne.

Izba podziela stanowisko Trybunału, iż powoływanie się przez wykonawcę dla wykazania swojego doświadczenia (lub jak w tym wypadku – doświadczenia członka personelu) łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie (zadanie), gdy zamawiający nie wskazał wprost w treści warunku/wymogu możliwości takiego łączenia, nie jest co do zasady wykluczone. Nie jest jednak także automatyczne i każdorazowo oceniane jest indywidualnie, w szczególności pod kątem trzech głównych okoliczności.

Po pierwsze – brzmienia warunku udziału w postępowaniu lub – jak w niniejszym stanie faktycznym – wymogu warunkującego przyznanie punktów w kryterium oceny oferty, sformułowanego przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wraz z wyjaśnieniami), ogłoszeniu o zamówieniu lub innym tego typu dokumencie.

Przy czym wskazania Trybunału, że „instytucja zamawiająca wykluczyła taką możliwość” nie należy interpretować wyłącznie jako bezpośredniego zakazu typu „zamawiający nie zezwala na łączenie umów”. Zakaz ten bowiem może wynikać z samego sformułowania treści warunku lub wymogu odnoszącego się do danych okoliczności, a kilku umów/zamówień/zadań/zleceń (zgodnie z zastosowaną nomenklaturą) nie można łączyć wbrew brzmieniu warunku/wymogu, przeczyłoby to bowiem zarówno zasadzie uczciwej konkurencji i wymogowi równego traktowania wykonawców, jak i zasadzie przejrzystości postępowania.

Po drugie – przebiegu realizacji danych umów/zamówień/zadań/zleceń. Doświadczenie jest bowiem kwestią faktyczną (realną), zatem można je nabyć w takim samym zakresie realizując jedną lub więcej umów, jeśli ich zakres jest taki sam i są realizowane w taki sam sposób, jak byłaby lub mogłaby być realizowana jedna umowa. Zatem – na gruncie uzyskanego w konsekwencji doświadczenia – nie ma znaczenia, że z formalnego punktu widzenia dany podmiot realizował jedną lub więcej umów, jeśli nabył takie samo doświadczenie. Zawieranie kilku umów wynika bowiem najczęściej z przyczyn finansowych lub „domawiania” pewnych prac, a także przedłużania okresu obowiązywania umowy i raczej nie ma wpływu na uzyskiwane umiejętności. Jednak, jak już wskazano powyżej, nie można automatycznie przyjąć, że każdorazowo będzie to takie samo doświadczenie jak wymagane przez zamawiającego, lecz „równoważność” owego doświadczenia należy ocenić pod kątem warunku/wymogu. Dlatego też wykonawca każdorazowo musi te okoliczności poddać ocenie zamawiającego.

Po trzecie – spełnienia wymogu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jako że całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego musi

przebiegać z zachowaniem tej zasady i nie może być od niej odstępstwa także – czy też zwłaszcza – w takiej sytuacji, w której wykonawca wykracza poza bezpośrednie zamierzenie wymagań zamawiającego, mogłoby to bowiem w sposób nieuzasadniony postawić go w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do innych wykonawców.

W rozpatrywanej sprawie istotne są dwie kwestie – po pierwsze, czy doświadczenie zadeklarowane przez Odwołującego w zadaniu nr 1 można uznać za spełniające wymóg zawarty w opisie kryterium oceny ofert i po drugie, czy Zamawiający prawidłowo zastosował art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przy czym w stanie faktycznym niniejszej sprawy, w ocenie Izby, istotna jest przede wszystkim okoliczność druga, a sama możliwość uznania obu umów za jedno zadanie ma, wobec zdarzeń, które miały miejsce w postępowaniu, znaczenie drugorzędne.

Zamawiający wykluczył bowiem wykonawcę z postępowania za przedstawienie mu (więcej niż jednokrotne) informacji wprowadzających go w błąd przy podejmowaniu istotnych dla postępowania decyzji.

Na wstępie należy wskazać, że według art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych podstawą wykluczenia jest przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, a mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przy czym w orzecznictwie, piśmiennictwie czy doktrynie uważa się jednogłośnie, że informacje dotyczące tak kluczowych kwestii jak: spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub wykluczenie z postępowania, odrzucenie oferty oraz ocena oferty w kryteriach oceny ofert już z samego założenia są informacjami mającymi wpływ na kluczowe decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a więc mają istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego (o wykluczeniu wykonawcy, odrzuceniu jego oferty, oceny oferty). Prowadzą bowiem bezpośrednio do ustalenia rankingu ofert i udzielenia zamówienia danemu wykonawcy. Przy czym przy kryteriach oceny ofert nie ma znaczenia, czy wprowadzenie zamawiającego w błąd w konsekwencji rzeczywiście poprawiło sytuację wykonawcy w stosunku do innych ofert (czy punkty uzyskane/możliwe do uzyskania w wyniku złożenia nieprawdziwych informacji zmieniły/zmieniłyby pozycję danej oferty w rankingu), wystarczy, że taka możliwość potencjalnie istniała.

Wskazał to także sam TSUE w zacytowanej powyżej odpowiedzi: „mogącego mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego”.

Jak słusznie zauważył Odwołujący, aby można było mówić o istotnym wpływie informacji wprowadzających w błąd na decyzje zamawiającego w postępowaniu, konieczne jest

wykazanie, że zamawiający podjąłby na podstawie informacji niewprowadzających w błąd inną decyzję niż na podstawie informacji wprowadzających w błąd. W tym przypadku tak było, a informacje okazały się istotne dla decyzji Zamawiającego – Zamawiający uznałby doświadczenie przedstawione w sposób zawarty w formularzu „Kryteria pozacenowe”, być może uznałby, gdyby wartość jednej jezdni przekraczała wymagane 135.000.000 złotych netto, lecz odmówił uznania dwóch umów za jedno zadanie. I nieszczęśliwie istotne jest tu, czy jego stanowisko w konsekwencji było prawidłowe – chodzi w tym miejscu o informacje przekazane przez Odwołującego, będące podstawą decyzji.

W stosunku do podstaw wykluczenia zawartych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma też przesądzającego znaczenia, czy zamawiający w konsekwencji przedstawienia danych informacji rzeczywiście dał się wprowadzić w błąd, przez co doprowadzony został do podjęcia danych decyzji. Z logicznego punktu widzenia zastosowanie tych przepisów zachodzi bowiem wtedy, kiedy zostanie ujawnione, że dane informacje są nieprawdziwe/wprowadzające w błąd – może to mieć miejsce zarówno po podjęciu przez zamawiającego danej decyzji, jak i przed, i – jak pokazuje praktyka – w głównej mierze zależy od tego, kiedy zamawiający zostanie poinformowany o niezetelności przedstawionych mu danych, najczęściej przez konkurującego wykonawcę. W przekonaniu Izby ma tu zastosowanie ta sama reguła, co w prawie karnym, tj. wyrażona w art. 14 § 1 Kodeksu karnego: sąd wymierza karę za usiłowanie w granicach zagrożenia przewidzianego dla danego przestępstwa.

Należy tu też zauważyć, że w obecnym stanie prawnym ustawodawca nie posługuje się już pojęciem „nieprawdziwych informacji”, jak w dawnym art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz „informacji wprowadzających w błąd”, co jest słusznym zabiegiem. W błąd może wprowadzić bowiem również informacja, która zasadniczo nie jest nieprawdziwa, lecz została przedstawiona w taki sposób, by wywołać określone wrażenie i skutek, których by nie wywołała, gdyby była dokładniejsza.

Przy czym podstawa wykluczenia opisana w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych nie odnosi się jedynie do informacji przedstawianych w ramach wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu czy oferty, ale w trakcie całego postępowania, w tym także wyjaśnień.

W ramach podkryterium „personel wykonawcy” punkt I Dyrektor Kontraktu – Przedstawiciel Wykonawcy Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie posiadania przez p. J. G. doświadczenia zgodnie z opisem podkryterium zawartym w pkt 19 IDW – Tom I SIWZ przedstawia informacje i oświadcza, że osoba posiada doświadczenie przy realizacji

wskazanego zadania/zadań od rozpoczęcia robót do wykonania zadania: Zadanie 1: nazwa zadania: budowa autostrady A-63 Oviedo – La Espina, odcinek Trubia – Llera, rodzaj zadania: budowa, wartość robót netto PLN: 64.000.000 € (tj. 256.019.200 PLN wg średniego kursu NBP na dzień 27.12.2002 r.), stanowisko: Zastępca Dyrektora Kontraktu; Zadanie 2: budowa autostrady A-63 Oviedo – La Espina, odcinek Latores – Trubia, rodzaj zadania: budowa, wartość robót netto PLN: 38.500.000 € (tj. 158.951.100 PLN wg średniego kursu NBP na dzień 31.03.2003 r.), stanowisko: Zastępca Dyrektora Kontraktu.

Informacje dla zadania nr 2 nie były kwestionowane, natomiast w stosunku do zadania nr 1 Zamawiający uzyskał (od konkurującego wykonawcy) informacje, że na odcinek Trubia – Llera w istocie zostały zawarte dwie umowy. Nie odpowiadało to jego założeniom co do wymogu, więc wystąpił do Odwołującego o wyjaśnienia, o których mowa powyżej.

Co do zasady sama informacja, że pan J. G. był zastępcą dyrektora kontraktu przy budowie autostrady A-63 Oviedo – La Espina na odcinku Trubia – Llera, nie jest więc nieprawdziwa. Jednak dla dokonania oceny przez Zamawiającego, czy dana osoba spełnia wymóg, znaczenie miały łącznie wszystkie elementy postawionego przez niego wymogu.

Wymóg ten został określony w punkcie 19. podpunkt 19.1.2.2. i brzmiał następująco: personel wykonawcy – maksymalna liczba punktów – 11; w ramach podkryterium wykonawca wskaże osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania wyższe niż opisane w IDW: Dyrektor Kontraktu – Przedstawiciel Wykonawcy – maksymalna liczba punktów – 5; doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont lub nadzór nad budową, przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 7.2.3b 1) IDW – Tom I SIWZ) o wartości robót co najmniej 135.000.000 PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach: Dyrektora Kontraktu lub Przedstawiciela Wykonawcy lub Kierownika Budowy lub Zastępcy Dyrektora Kontraktu lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu/Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera. Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania wykonawca otrzyma 2 punkty, za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania wykonawca otrzyma 5 punktów, za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania wykonawca otrzyma 0 punktów, za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań wykonawca otrzyma 0 punktów. Jako rozpoczęcie robót należy rozumieć datę rozpoczęcia prac przygotowawczych na terenie budowy, przebudowy lub

remontu Obiektu Budowlanego, a jako wykonanie zadania należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Świadczenia Przejęcia wg Klauzuli 10.1 WK FIDIC (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadczenia Przejęcia).

Elementami wymogu są tu więc: 1) realizacja zadania, 2) budowa (przebudowa, remont itd.) obiektu budowlanego, 3) wartość robót min. 135.000.000 PLN netto, 4) termin od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, 5) stanowisko, 6) zgłoszenie do zamawiającego i pełnomocnictwa.

Zamawiający zakładał, że „zadaniem referencyjnym” jest jedna umowa o wartości 135.000.000 złotych netto. Jak wskazano powyżej, nie jest jednak wykluczone przedstawienie jako jednego zadania większej liczby umów, jeśli można je uznać łącznie za realizację jednego zadania. Musi to jednak podlegać ocenie Zamawiającego, czy łącznie spełniają one jego wymogi. Pozbawienie Zamawiającego możliwości dokonania tej oceny stanowi wprowadzenie go w błąd.

Jednak to nawet nie sam sposób przedstawienia informacji przez Odwołującego w formularzu „Kryteria pozacenowe” był znaczący, lecz jego późniejsze działanie związane z udzielaniem Zamawiającemu wyjaśnień.

Nie powinno się tak zdarzać i nie jest to usprawiedliwieniem dla wykonawcy, ale bywa, że składając ofertę nie pomyśli on od razu o wszystkich kwestiach prawnych czy faktycznych, które powinien zawrzeć w opisie zadania – zwłaszcza wobec przygotowanych przez zamawiającego formularzy. Jest to sytuacja „do uratowania” (przed wykluczeniem z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych) poprzez udzielenie rzetelnych i wyczerpujących późniejszych wyjaśnień, ewentualnie poprzez zastosowanie *self-cleaningu*, o którym mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Natomiast Odwołujący zaczął udzielać Zamawiającemu informacji co najmniej nierzetelnych, zwłaszcza w piśmie datowanym na 5 listopada 2018 r., w którym wskazał, że już sama jedna jezdnia autostrady spełnia wymogi Zamawiającego co do wartości – choć ich nie spełniała – co niewątpliwie miało na celu wywołanie u Zamawiającego wrażenia, że wymóg i tak został spełniony.

W ocenie Izby Odwołujący nie mógł się tłumaczyć, że nie zrozumiał intencji Zamawiającego, gdyż już w piśmie z 24 października 2018 r., opisując uzyskane przez siebie informacje, Zamawiający wskazał, że „budowa tego odcinka autostrady była podzielona na dwa oddzielne kontrakty, każdy o wartości mniejszej niż 135 mln PLN netto. Każda jezdnia to oddzielne zadanie” oraz, że „żadne z dwóch zadań, które były realizowane na tym odcinku autostrady nie miało wartości wymaganej na spełnienie warunku” (chodziło o przedmiotowy wymóg dotyczący kryterium oceny ofert).

Nie jest także wytłumaczeniem to, że umowy zostały zawarte kilkanaście lat wcześniej – jeśli Odwołujący nie miał w tym zakresie dostatecznej wiedzy, nie powinien być powoływać się na to zadanie/zadania.

Z prawnego punktu widzenia nie jest istotne, czy Odwołujący działał w zamiarze wprowadzenia Zamawiającego w błąd (choć w ocenie Izby informacji takich nie składa się przypadkowo), ważne jest, że taka mogła być konsekwencja jego działań (co wynika bezpośrednio z brzmienia przepisu). Przy tym działanie Odwołującego należy ocenić jako co najmniej niedbalstwo – informacje były, jeśli nie celowo nieprawdziwe, to na pewno rażąco nierzetelne. Po drugie mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, tj. spowodować podwyższoną ocenę oferty Odwołującego, a nawet jeśli Zamawiający w konsekwencji z przyczyn formalnych nie przyznałby punktów (niemożność uzupełnienia dokumentu formularza „Kryterium pozacenowe”), mógłby uznać, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu, a tym samym (jak wskazał sam Odwołujący) zająłby on pierwszą pozycję w rankingu ofert.

Należy tu szczególnie podkreślić, że takie zachowania wykonawców nie mogą być traktowane z pobłażliwością, a wszelkie przejawy i próby wprowadzania zamawiających w błąd należy zwalczać z pełną stanowczością. W przeciwnym wypadku uczciwa konkurencja pomiędzy wykonawcami nie będzie miała racji bytu – zwłaszcza wobec regulacji ustawowych, w których kolejno odstępuje się od przedstawiania dokumentów urzędowych na rzecz oświadczeń własnych czy oryginalnych na rzecz kopii i skanów. Z tego powodu od wykonawców należy tym bardziej wymagać szczególnej dbałości i rzetelności w tym zakresie.

Co do tego zaś, czy wskazane przez Odwołującego zadanie spełnia wymóg dla Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy, jest to kwestia otwarta i zależy od interpretacji warunku, które mogą być dwie (w zakresie, który był sporny).

Po pierwsze, czy rzeczywiście wartość zadania musiała wynosić 135.000.000 PLN netto od początku do końca jego trwania, jak wskazywał Zamawiający. W warunku bowiem Zamawiający użył sformułowania „doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę (...) o wartości robót co najmniej 135.000.000 PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku...”. Przy czym ze względu na brak jakichkolwiek przecinków określenie „od rozpoczęcia robót do wykonania zadania” można odnosić zarówno do wartości zadania (jak zrobił to Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie), jak i okresu pełnienia stanowiska (co jest częstsze przy wymogach i miałoby potwierdzenie w treści formularza „Kryteria pozacenowe”: „osoba posiada doświadczenie przy realizacji

wskazanego zadania/zadań od rozpoczęcia robót do wykonania zadania”) – albo też do obu tych elementów.

Po drugie, co podkreślał przystępujący Budimex S.A., Zamawiający co prawda nie zdefiniował pojęcia samego „zadania”, lecz wskazał na wykonanie zadania jako doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia, protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu, czyli w konsekwencji jedno Świadectwo Przejęcia to jedno zadanie.

W ocenie Izby wskazane przez Odwołującego roboty można uznać za jedno zadanie. Występuje tu bowiem wymagana „jedność miejsca, akcji i czasu”, czyli były one prowadzone tak, jak standardowo mogłyby być prowadzone roboty w ramach jednego kontraktu (przy czym istotne jest, że standardowo tak mogłyby być prowadzone). Częste jest bowiem, że nie wszystkie elementy robót rozpoczynają się (lub kończą) dokładnie w tym samym czasie. A doświadczenie pana G. nie różniłoby się niczym szczególnym w zależności od tego, czy roboty byłyby realizowane w ramach jednego czy dwóch kontraktów.

Z wymogu nie wynika też, że to wartość miałaby być niezmienna „od rozpoczęcia robót do wykonania zadania” – bardziej logiczna jest interpretacja druga, tj. że w wymogu tym chodzi o okres pełnienia stanowiska. Z kolei przy robotach budowlanych standardowe jest wykonywanie robót zamiennych, dodatkowych czy uzupełniających (w rozumieniu dawnego art. 67 ust. 1 pkt 5-7 ustawy Prawo zamówień publicznych). Poza tym już samo istnienie możliwości drugiej interpretacji oznacza, że pierwsza nie może być jedyną właściwą.

Po trzecie odniesienie się do wystawienia Świadectwa Przejęcia i protokołu odbioru robót (lub uzyskania pozwolenia na użytkowanie) następuje w specyfikacjach istotnych warunków zamówienia standardowo właśnie dla określenia momentu zakończenia wykonywania prac czy pełnienia stanowiska, a nie definiowania pojęcia zdania (jeśli nie uregulowano obu tych kwestii). Stanowisko Zamawiającego potwierdza też, że jego celem nie było zdefiniowanie w ten sposób zadania.

Nie ma też znaczenia, czy oba kontrakty realizowało to samo konsorcjum, ponieważ oceniane jest doświadczenie pana G., a nie wykonawcy (w tym wypadku przypisanie doświadczenia byłoby zupełnie inne – zgodnie z odpowiedzią 3. z orzeczenia C-387/14).

Jednak, jak już wskazano powyżej, stwierdzenie przez Izbę, że wymóg ewentualnie byłby spełniony, nie ma znaczenia wobec przedstawienia przez Odwołującego w trakcie postępowania informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd.

Art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Jest to przepis mający zastosowanie

niesamodzielne oraz niezależne od jakichkolwiek czynności zamawiającego w tym zakresie – jako konsekwencja prawna pewnego istniejącego stanu prawnego w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania – formalnie, dla porządku, regulujący los oferty. Tym samym zaistnienie podstaw do wykluczenia wykonawcy powoduje, że zastosowanie znajduje również regulacja art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z dyspozycją art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, 2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, 3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, 4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu, 5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów, 6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów, 7) unieważnieniu postępowania – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Kolejne ustępy tego artykułu wskazują, że w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, informacja, o której mowa w ust. 1 pkt 2, zawiera wyjaśnienie powodów, dla których dowody przedstawione przez wykonawcę, zamawiający uznał za niewystarczające (ust. 1a) oraz że zamawiający udostępnia informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1 i 5-7, na stronie internetowej (ust. 2), z tym, iż może nie ujawniać informacji, o których mowa w ust. 1, jeżeli ich ujawnienie byłoby sprzeczne z ważnym interesem publicznym (ust. 3).

Regulacje te w swoim założeniu są jednym z narzędzi realizacji zasady przejrzystości i jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), a także – w dalszej kolejności – zachowania przejrzystości finansów publicznych i życia publicznego. Ich celem jest więc informowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz innych zainteresowanych osób i podmiotów. Przy czym obowiązek informacyjny istniejący w stosunku do wykonawców biorących udział w postępowaniu jest z natury rzeczy szerszy.

Jak wskazuje się jednak jednomyślnie w orzecznictwie i piśmiennictwie – art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego pewien obowiązek. Nie oznacza to jednak, że jednocześnie zakazuje działania wykraczającego poza ów obowiązkowy zakres,

tj. zawarcia w przekazywanych lub publikowanych dokumentach dodatkowych informacji, które zamawiający uzna za istotne, a dodatkowo jest to zgodne z ww. zasadami jawności i przejrzystości postępowania. Tym samym takiego działania nie można uznać za niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak podniósł też Zamawiający, fakt zamieszczenia dodatkowych informacji nie ma również wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym samym już z przyczyn formalnych nie mógłby być podstawą uwzględnienia odwołania – zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 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).

Przewodniczący: