

Sygn. akt: KIO 859/17  
KIO 867/17  
KIO 894/17

**WYROK**  
**z dnia 19 maja 2017 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Justyna Tomkowska

**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2017 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 28 kwietnia 2017 roku przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO 859/17)**

B. w dniu 28 kwietnia 2017 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Balzola Polska Sp. z o.o. (Lider) oraz Construcciones y Promociones Balzola S.A. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Warszawie (KIO 867/17)**

C. w dniu 2 maja 2017 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A. (Lider) oraz WANT Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Toruniu (KIO 894/17)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Gminę Wrocław, w imieniu i na rzecz której działają Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. (Lider) oraz Strabag Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla Lidera we Wrocławiu**

2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A. (Lider) oraz WANT Sp. z o.o. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Toruniu**

3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Balzola Polska Sp. z o.o. (Lider) oraz Construcciones y Promociones Balzola S.A. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Warszawie**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 859/17 po stronie Zamawiającego

oraz

przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. (Lider) oraz Strabag Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla Lidera we Wrocławiu**

2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A. (Lider) oraz WANT Sp. z o.o. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Toruniu**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 867/17 po stronie Zamawiającego

oraz

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. (Lider) oraz Strabag Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla Lidera we Wrocławiu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 894/17 po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala wszystkie odwołania

2. kosztami postępowania obciąża Odwołujących i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 60.000,00 zł (słownie: sześćdziesięciu tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisów od poszczególnych odwołań,

2.2.

A. zasądza od Odwołującego **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz Zamawiającego kwotę 3 879,66 zł (słownie: trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt dziewięć złotych 66/100)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz z tytułu dojazdu pełnomocników na wyznaczoną rozprawę (KIO 859/17)

- B. zasądza od Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Balzola Polska Sp. z o.o. (Lider) oraz Construcciones y Promociones Balzola S.A. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Warszawie** na rzecz Zamawiającego kwotę 3 879,66 zł (słownie: trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt dziewięć złotych 66/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz z tytułu dojazdu pełnomocników na wyznaczoną rozprawę (KIO 867/17).
- C. zasądza od Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A. (Lider) oraz WANT Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Toruniu** na rzecz Zamawiającego kwotę 3 879,66 zł (słownie: trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt dziewięć złotych 66/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz z tytułu dojazdu pełnomocników na wyznaczoną rozprawę (KIO 894/17).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**

**Przewodniczący:**

**Sygn. akt: KIO 859/17**

**KIO 867/17**

**KIO 894/17**

## **UZASADNIENIE**

**sygn. akt KIO 859/16**

Dnia 28 kwietnia 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”) odwołanie złożył wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno - Budowlanych Export - Pribex Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Pribex”, „Wykonawca” lub „Odwołujący”) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Wrocław, w imieniu i na rzecz której działają: Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego pn. „03170 - Przebudowa ul Buforowej w ciągu drogi wojewódzkiej nr 395 we Wrocławiu-etap 1”, ogłoszenie opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 grudnia 2016 r., numer ogłoszenia S: 2016/S 235-427976.

Odwołujący zaskarżył następujące czynności Zamawiającego: wybór oferty konsorcjum STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. oraz STRABAG Sp. z o.o.; wykluczenie Odwołującego się oraz odrzuceniu jego oferty.

Zaskarżanym czynnościom zarzucono naruszenia prawa, w postaci:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu; do powyższego doprowadziło niezasadne uznanie przez Zamawiającego treści formularza JEDZ — załącznika do oferty jako niepotwierdzającego wymogów uczestnictwa w postępowaniu co do doświadczenia i uprawnień zawodowych osób wskazywanych przez Odwołującego się na stanowiska: Kierownika Budowy, Kierownika Robót Drogowych oraz Kierownika Robót Mostowych, pomimo, iż treść formularza JEDZ potwierdzała powyższe okoliczności, a ponadto na braku wezwania Wykonawcy do wyjaśnień i uzupełnień w zakresie wątpliwości co do doświadczenia i uprawnień zawodowych osób wskazywanych na stanowiska Kierownika Budowy, Kierownika Robót Drogowych oraz Kierownika Robót Mostowych
- 2) art. 26 ust 6 Pzp poprzez przyjęcie, iż Odwołujący nie wykazał posiadania uprawnień zawodowych osób wskazywanych do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, Kierownika Robót Drogowych oraz Kierownika Robót Mostowych, pomimo, iż Odwołujący się powyższe uprawnienia wykazał, a niezależnie od powyższego Zamawiający w przypadku wątpliwości

co do rzeczywistych uprawnień zawodowych, uprawnienia te mógł zweryfikować w publicznych bazach danych;

3) art. 26 ust 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego się do wyjaśnień w zakresie doświadczenia i uprawnień zawodowych osób wskazywanych na stanowiska Kierownika Budowy, Kierownika Robót Drogowych oraz Kierownika Robót Mostowych;

4) art. 7 ust. 3 w związku z art. 91 ust 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu według kryterium określonego w SIWZ, to jest oferty Odwołującego;

5) art. 25 ust. 1 pkt 1) w związku z art. 25a w zw. z art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, iż oferta Odwołującego nie spełnia kryteriów oceny ofert pod kątem potwierdzenia spełnienia wymagań Zamawiającego.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum firm: STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. oraz STRABAG Sp. z o.o.

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym oferty Odwołującego się;

Odwołujący wnosił o dopuszczenie dowodów z dokumentów zawartych w aktach postępowania przetargowego, a także o dopuszczenie dowodu z:

- odpisu decyzji Pomorskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 4 grudnia 2008 roku w przedmiocie nadania uprawnień Panu P. K. w zakresie uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności mostowej nr POM/0231/OW/OM/08;

- odpisu decyzji Mazowieckiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 27 grudnia 2007 roku w przedmiocie nadania uprawnień Panu M. J. w zakresie uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej nr MAZ/7132/493/07/D;

- odpisu decyzji Warmińsko Mazurskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 16 grudnia 2004 roku w przedmiocie nadania uprawnień Panu W. Z. w zakresie uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w ograniczonym zakresie w specjalności drogowej nr WAM/OKK/U/82/04

- odpisu decyzji Warmińsko Mazurskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 23 grudnia 2014 roku w przedmiocie nadania uprawnień Panu W. Z. w zakresie uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej nr WAM/OKK/U/75/14

- oświadczenia Pana W. Z. dotyczącego zakresu branż budowlanych wykonywanych w ramach zadania: Rozbudowa drogi S7 do parametrów drogi dwujezdniowej na odc. Obwodnicy Kielc od węzła Wiśniówka do Węzła Chęciny;

- oświadczenia Pana W. Z. dotyczącego zakresu branż budowlanych wykonywanych w ramach zadania: Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 od węzła Marki (bez węzła) do węzła Radzymin Płd., Zadanie I: projekt i budowa drogi ekspresowej S8 od węzła Marki (bez węzła) do węzła Kobyłka;
- oświadczenia Pana M. J. dotyczącego zakresu branż budowlanych wykonywanych w ramach zadania: Budowa obwodnica Żuromina - ulica Okrężna, DW nr 541 w Żurominie w okresie 07.2011- 07.2013.

Odwołujący oświadczył, iż posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania zgodnie z wnioskami zawartymi w piśmie. Oferta Odwołującego została w postępowaniu przez Zamawiającego odrzucona, a powyższe stanowi przedmiot podnoszonych w odwołaniu zarzutów. Gdyby nie ta czynność Zamawiającego, to z racji przyjętego przez Zamawiającego kryterium oceny ofert w postępowaniu i ze względu na najniższą zaoferowaną przez Odwołującego cenę ofertową oraz tożsame z innymi oferentami pozostałe warunki wykonania przedmiotu zamówienia, oferta Odwołującego się zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Tym samym Odwołujący utracił możliwość dostępu do zamówienia i przewidywanych z tytułu jego realizacji zysków.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący złożył ofertę, która ze względu na przyjęte przez Zamawiającego kryteria wyboru oraz oceny ofert, powinna była zostać uznana za najkorzystniejszą. Zamawiający jednak pomimo złożenia oferty, która winna być oferta wygrywająca, w dniu 21 kwietnia 2017 r. zakończył przetarg, wykluczył Odwołującego i odrzucił jego ofertę oraz dokonał wyboru oferty konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. w Warszawie oraz STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w jako oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wskazał, iż przyczyną w przypadku Odwołującego jest dyspozycja art. 24 ust 1 pkt. 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Uzasadnieniem faktycznym było ustalenie, iż Odwołujący w wypełnionym przez siebie formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Instrukcji dla Wykonawców stanowiącej część składową SIWZ.

Zamawiający po pierwsze wskazał, iż w pkt. 9.2.3.2 Instrukcji dla Wykonawców (IDW) wymagał wskazania Kierownika budowy (1 osoba o minimalnych poziomach zdolności określonych poniżej) posiadającego minimum 3-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami drogowymi na stanowisku kierownika budowy i/lub kierownika robót drogowych, w tym przynajmniej podczas jednego zadania polegającego na budowie lub przebudowie drogi o długości min. 500m, klasy min. Z wraz z infrastrukturą towarzyszącą (obejmującą przynajmniej następujące branże: kanalizacja deszczowa, teletechniczna, elektroenergetyczna niskiego napięcia, oświetlenia drogowe, sygnalizacja świetlna), przy czym wykonawca był zobowiązany wskazać, które branże z ww. były wykonywane oraz

posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej drogowej, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016, poz. 290 ze zm.) oraz w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 2014 poz. 1278) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub uznane przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. 2016 r., poz. 65), lub zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami dotyczące uznawania kwalifikacji.

Zamawiający zauważył, iż Wykonawca w przedłożonym wraz z ofertą JEDZ nie uzupełnił pkt. 2) Części IV: Kryteria kwalifikacji sekcja C: Zdolność techniczna i zawodowa tj. nie wskazał żadnej osoby na stanowisko kierownika budowy.

W konsekwencji Zamawiający pismem z dnia 17.03.2017 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia JEDZ w zakresie wskazania kierownika budowy tj.: imienia i nazwiska, zakresu posiadanych uprawnień oraz wskazania co najmniej co najmniej 3 letniego doświadczenia w kierowaniu robotami drogowymi na stanowisku kierownika budowy i/lub kierownika robót drogowych w zadaniu odpowiadającym wymaganiom warunku.

Odwołujący w terminie wskazanym przez Zamawiającego uzupełnił JEDZ, w którym wskazał na stanowisko kierownika budowy Pana W. Z. Z informacji w uzupełnionym JEDZ wynika, że Pan W. Z. posiada uprawnienia nr WAM/0152/0WOD/14 w specjalności drogowej bez ograniczeń, oraz posiada doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót drogowych podczas realizacji nw. zadań: (1)

Rozbudowa drogi S7 do parametrów drogi dwujezdniowej na odc. Obwodnicy Kielc, od Węzła Wiśniówka do Węzła Chęciny, budowa drogi klasy S wraz z infrastrukturą towarzyszącą elektroenergetyczną Nn, kanalizacyjną, oświetleniową, teletechniczną (...), oraz (2) Budowa Przasnyskiej strefy ekonomicznej, budowa dróg dł. 4,5 km, klasy Z wraz z infrastrukturą towarzyszącą elektroenergetyczną Nn, kanalizacyjną, teletechniczną, oświetleniową, (...) oraz (3) Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku od węzła Marki (bez węzła) do węzła Kobyłka. Budowa drogi klasy S wraz z infrastrukturą towarzyszącą elektroenergetyczną Nn, kanalizacyjną, oświetleniową, teletechniczną (...).

Zamawiający zaś przyjął, iż podstawą wykluczenia Odwołującego się z postępowania oraz odrzucenia jego oferty była okoliczność, iż z informacji podanych przez Wykonawcę w JEDZ nie wynikało rzekomo:

- czy Pan W. Z., posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń, oraz

- czy podczas realizacji co najmniej jednego z zadań wskazanych w pkt a-c powyżej, wykonano infrastrukturę towarzyszącą obejmującą kanalizację deszczową, oświetlenie drogowe, sygnalizację świetlną, przy czym Wykonawca był zobowiązany do wskazania, które branże były wykonywane.

Zamawiający po drugie wskazał, iż w pkt 9.23.3 IDW wymagał wskazania Kierownika robót drogowych (1 osoba o minimalnych poziomach zdolności) posiadającego co najmniej 2 lata doświadczenia na stanowisku kierownika robót drogowych lub kierownika budowy przy budowie lub przebudowie drogi/dróg, w tym przynajmniej podczas 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie drogi o długości min. 500 m, klasy min. Z wraz z infrastrukturą towarzyszącą (obejmującą przynajmniej następujące branże: kanalizacja deszczowa, teletechniczna, elektroenergetyczna nN, oświetlenie drogowe, sygnalizacja świetlna) (Wykonawca jest zobowiązany wskazać, które branże były wykonywane), oraz posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2016, poz. 290 ze zm.) oraz w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 2014 poz. 1278) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub uznane przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. 2016 r., poz. 65) lub zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami dotyczące uznawania kwalifikacji.

Zamawiający wskazał, iż Odwołujący w przedłożonym wraz z ofertą JEDZ nie uzupełnił pkt. 2) Części IV; Kryteria kwalifikacji sekcja C: Zdolność techniczna i zawodowa tj. nie wskazał żadnej osoby na stanowisko kierownika robót drogowych.

W konsekwencji Zamawiający pismem z dnia 17.03.2017 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia JEDZ w zakresie wskazania Kierownika robót drogowych tj. imienia i nazwiska, zakresu posiadanych uprawnień, oraz wskazania co najmniej 2 letniego doświadczenia na stanowisku kierownika robót drogowych i/lub kierownika budowy przy budowie lub przebudowie drogi/dróg w zakresie wymaganym warunkiem.

Wykonawca w terminie uzupełnił JEDZ, w którym wskazał na stanowisko kierownika robót drogowych Pana M. J. Z informacji w uzupełnionym JEDZ wynikało, że Pan M. J.:

- 1) posiada uprawnienia w specjalności drogowej bez ograniczeń MAZ/0354/0WOD/07, oraz
- 2) posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót drogowych podczas realizacji nw. zadań: a) Budowa obwodnicy ul. Okrężnej w Żurominie, (...) budowa drogi klasy G o dł. 3 km wraz z Infrastrukturą towarzyszącą elektroenergetyczną, kanalizacyjną,



wodociągową, deszczową i oświetleniową, sygnalizacyjną (...), oraz b) Budowa dróg w ramach zadania „Budowa nowych skrzyżowań dwupoziomowych LCS Ciechanów”, dł. dróg ok. 1 km klasy G. budowa drogi wraz z infrastrukturą towarzyszącą elektroenergetyczna, kanalizacyjną, oświetleniową.

Zamawiający natomiast przyjął, iż podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty była okoliczność, iż z informacji podanych przez Wykonawcę w JEDZ nie wynikało rzekomo:

- 1) czy Pan M. J. posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń, oraz
- 2) czy podczas realizacji co najmniej jednego z zadań wskazanych w pkt. a-b powyżej, wykonano infrastrukturę towarzyszącą obejmującą następujące branże: kanalizacja deszczowa, teletechniczna, elektroenergetyczna Nn, oświetlenie drogowe, sygnalizacja świetlna, przy czym Wykonawca był zobowiązany do wskazania, które branże były wykonywane.

Zamawiający po trzecie wskazał, że w pkt. 9.2.3.4 1DW wymagał wskazania Kierownika robót mostowych (1 osoba o minimalnych poziomach zdolności): posiadającego co najmniej 3 lata doświadczenia na stanowisku kierownika robót mostowych i/lub kierownika budowy przy budowie obiektów mostowych o konstrukcji żelbetowej, w tym co najmniej podczas 1 zadania polegającego na budowie obiektu mostowego o konstrukcji żelbetowej przynajmniej dwuprzęsłowej o rozpiętości pojedynczego przęsła minimum 10 m oraz posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej mostowej bez ograniczeń, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2016, poz. 290 ze zm.) oraz w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 2014 poz. 1278) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub uznane przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. 2016 r., poz. 65) lub zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami dotyczące uznawania kwalifikacji.

Odwołujący w przedłożonym wraz z ofertą JEDZ nie uzupełnił pkt. 2) Części IV; Kryteria kwalifikacji sekcja C: Zdolność techniczna i zawodowa tj. nie wskazał żadnej osoby na stanowisko kierownika robót mostowych.

Zamawiający pismem z dnia 17.03.2017 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia JEDZ w zakresie informacji dotyczących wskazania kierownika robót mostowych. Wykonawca w terminie wskazanym przez Zamawiającego uzupełnił JEDZ, w którym wskazał na stanowisko kierownika robót mostowych Pana P. K. .

Z informacji wskazanych w uzupełnionym JEDZ wynika, że Pan P. K. posiada uprawnienia w specjalności mostowej bez ograniczeni POM/0231/OWOM. Z treści informacji podanych w JEDZ nie wynikało rzekomo natomiast, czy Pan P. K. posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności mostowej bez ograniczeń.

W związku z przywołanymi powyżej okolicznościami, Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie 24 ust. 1 pkt 12) pzp, ponieważ Odwołujący rzekomo nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. 9.2.3.2, 9.2.3.3 oraz 9.2.3.4 IDW, a jego ofertę na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Zamawiający uznał za odrzuconą.

W pierwszej kolejności Odwołujący zauważył, iż Pribex składając ofertę która jako jedyna mieściła się w kwocie zakładanej stanowiąc 99,63% budżetu Zamawiającego, i jako jedyna mieściła się w kwocie, jaką ten zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. W tym stanie rzeczy, wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz odrzucenie jego oferty z przyczyn formalnych, związanych z wątpliwościami Zamawiającego co do treści wpisów co do doświadczenia personelu w zakresie formularza JEDZ, a jednocześnie wybór oferty, która jest wyższa o ponad 10 milionów złotych od oferty Odwołującego się oraz od kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, nie może być uznane za działanie w interesie Zamawiającego.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący zauważył, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń, w tym oświadczenia składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE, zwanego dalej "jednolitym dokumentem".

Ten dokument, jak wynika z preambuły powołanego rozporządzenia stanowi oświadczenie własne wykonawcy, które odgrywa kluczową rolę podczas oceny tzw. podmiotowej wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym, w przypadku trybu przetargu nieograniczonego, przy ustaleniu braku podstaw do wykluczenia. W procedurach udzielania zamówień publicznych o wartości równej progom unijnym lub o wartości wyższej, formularz JEDZ stanowi wstępny dowód spełnienia (określonych w Ogłoszeniu o zamówieniu i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) warunków bez konieczności przedstawiania na tym etapie zaświadczeń przez każdego z wykonawców. Wymóg przedstawiania takich dalszych zaświadczeń i innych dokumentów następuje na dalszym etapie postępowania. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp:

„Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1". Wymóg taki dotyczy tylko "nominowanego" wykonawcy, którego oferta uzyskała najlepszą punktację w kryteriach oceny ofert.

Ocena przy tym informacji zawartych w JEDZ nastąpić powinna w dwóch etapach. Pierwszy, dotyczący wszystkich wykonawców, składających w przedmiotowym postępowaniu oferty - obejmował ocenę informacji podanych w JEDZ, celem - w myśl art. 25a ust. 1 pkt 1 Pzp - wstępnego potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Drugi, winien dotyczyć tylko wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona winien obejmować - zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp - wezwanie do złożenia aktualnych na dzień ich złożenia dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w tym przypadku w pkt 1 tego przepisu (spełnianie warunków udziału w postępowaniu).

Formularz JEDZ, co wydaje się być bezsporne, podlega przy tym uzupełnieniom, procedurze poprawek lub wezwaniom do udzielania wyjaśnień. Na takie uprawnienie wskazuje przede wszystkim art. 26 ust. 3 ustawy pzp (w jego nowym - obecnym brzmieniu), który m.in. stanowi, że w tych przypadkach, gdy złożone oświadczenia lub dokumenty na podstawie art. 25a ust. 1 pzp (...) budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym (...).

W ocenie Odwołującego złożony formularz JEDZ w treści był niewadliwy i jako taki pozwalał uznać ofertę Odwołującego się za wygrywającą. Opis doświadczenia zawodowego osób wskazywanych do pełnienia funkcji odpowiednio Kierownika Budowy i Kierowników Robót Drogowych i Mostowych pozwalał na przyjęcie, że spełniają oni kryteria wynikające z SIWZ.

W każdym przypadku ocena uprawnienia do udziału w postępowaniu powinna przede wszystkim zmierzać do oceny rzeczywistej wiedzy i doświadczenia wykonawcy, ustalonej z użyciem dostępnych narzędzi i środków prawnych zezwolonych ustawą Pzp na każdym etapie, a nie być skutkiem oceny umiejętności wypełniania formularza JEDZ, którego z kolei wprowadzenie miało na celu ułatwienie — właśnie bez zbędnego i nadmiernego formalizmu - prowadzenia procedury zamówieniowej oraz wybór oferty najkorzystniejszej wykonawcy, który obiektywnie spełnia wymagane warunki. Tymczasem stawiane przez Zamawiającego zarzuty, które legły u podstaw wykluczenia Odwołującego się z postępowania i odrzucenia jego oferty świadczą o czymś diametralnie przeciwnym. Zarzuty te dotyczą wyłącznie doświadczenia oraz uprawnień zawodowych personelu przybranego przez Odwołującego się

do wykonania zamówienia. Personel taki spełnia przy tym wymogi stawiane przez Zamawiającego, a przeciwne ustalenie poczynione przez Zamawiającego świadczy nie o czym innym, jak o nieuprawnionym formalizmie przy ocenie sposobu wypełnienia przez Odwołującego dokumentu J EDZ.

Zamawiający po pierwsze wskazał, iż pierwszą przyczyną wykluczenia Odwołującego się z postępowania jest okoliczność, że ze złożonego przez Odwołującego się formularza JEDZ nie wynika:

- czy Pan W. Z. posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń,
- czy Pan M. J. posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń, oraz
- czy Pan P. K. posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności mostowej bez ograniczeń.

Wskazać jednak należy, iż sam Zamawiający przyjął, że Odwołujący wykazał że:

- Pan W. Z. posiada uprawnienia nr WAM/0152/0WOD/14 w specjalności drogowej bez ograniczeń,
- Pan M. J. posiada uprawnienia w specjalności drogowej bez ograniczeń MAZ/O354/0WOD/07,
- Pan P. K. posiada uprawnienia w specjalności mostowej bez ograniczenia POM/0231/OWOM;

Jak zatem można rozumieć, przyczyną uznania że oferta Odwołującego się w powyższym zakresie nie spełnia wymogów formalnych SIWZ w zakresie kwalifikacji w postępowaniu był brak umieszczenia informacji w formularzu JEDZ, iż uprawnienia wskazanych powyżej osób odpowiednio specjalności drogowej bez ograniczeń oraz specjalności mostowej bez ograniczeń są uprawnieniami budowlanymi. Takie jednak postępowanie Zamawiającego, jest działaniem wręcz absurdalnym. Nie sposób bowiem racjonalnie uznać, iż Odwołujący będący podmiotem specjalizującym się w wykonywaniu robót budowlanych, opisał w treści JEDZ osoby mające inne uprawnienia, niż uprawnienia budowlane. Nie istnieją przy tym uprawnienia mostowe, czy też drogowe inne niż budowlane. Bezspornym przy tym winno być, że treść formularza JEDZ w zakresie weryfikacji oświadczeń co wymaganych uprawnień mogła zostać wyjaśniona przez Zamawiającego w ramach jego własnych kompetencji.

Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 6 pzp: „Wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli Zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r.

o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne”. Niewątpliwie przy tym, po skorzystaniu ze stron internetowych odpowiednich właściwych miejscowo Okręgowych Izby Inżynierów Budownictwa, Zamawiający mógł potwierdzić, że dane zamieszczone w formularzu JEDZ przy kandydacie na stanowisko Kierownika Budowy, Kierownika Robót Drogowych oraz Kierownika Robót Mostowych są prawdziwe, a osoby takie posiadają uprawnienia budowlane.

Jednocześnie Zamawiający winien był zastosować § 10 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z którym: „W przypadku wskazania przez wykonawcę dostępności oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w § 2, § 5 i § 7, w formie elektronicznej pod określonymi adresami internetowymi ogólnodostępnymi i bezpłatnymi baz danych, zamawiający pobiera samodzielnie z tych baz danych wskazane przez wykonawcę oświadczenia lub dokumenty”.

Niezależnie od powyższego Zamawiający, jeśli nie chciał skorzystać z powyższej możliwości samodzielnego ustalenia posiadanych uprawnień budowlanych, bezspornie winien był skorzystać z możliwości wynikającej z art. 26 ust. 3 pzp w zakresie żądania wyjaśnień, względnie uzupełnienia oświadczenia JEDZ w zakresie uprawnień zawodowych w/w osób.

Skoro zatem dopiero w odpowiedzi na wezwanie z dnia 17 marca 2017 roku - Odwołujący się przedstawił wymagane specyfikacją informacje w nowym formularzu JEDZ, w tym co do personelu, której to informacji JEDZ stanowiący załącznik do oferty nie zawierał, a które wzbudziły (zdaniem Odwołującego się niezasadne) wątpliwości u Zamawiającego, Zamawiający winien był wezwać Odwołującego się do wyjaśnień w takim zakresie.

W żadnym zakresie wezwanie takie nie byłoby wezwaniem powtórny, okoliczności takie bowiem nie były objęte żadnym wcześniejszym w trybie art. 26 ust. 3 pzp ze strony Zamawiającego. Jednocześnie, z drugiej strony wezwanie takie nie było w ogóle konieczne — skoro Zamawiający w ramach własnych kompetencji mógł taką okoliczność samodzielnie ustalić. Brak uczynienia powyższego, uzasadnia zarzuty braku zastosowania art. 26 ust. 3 pzp, art. 26 ust. 6 pzp, czego konsekwencją było bezzasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo braku ku temu jakichkolwiek podstaw.

Zamawiający wskazał również, iż drugą przyczyną wykluczenia Odwołującego się z postępowania jest okoliczność, że ze złożonego formularza JEDZ rzekomo nie wynika:

- czy podczas realizacji co najmniej jednego z zadań wskazanych w formularzu JEDZ w zakresie doświadczenia Pana W. Z., wykonano infrastrukturę towarzyszącą obejmującą kanalizację deszczową, oświetlenie drogowe, sygnalizację świetlną,

- czy podczas realizacji co najmniej jednego z zadań wskazanych w formularzu JEDZ w zakresie doświadczenia Pana M. J., wykonano infrastrukturę towarzyszącą obejmującą kanalizację deszczową, oświetlenie drogowe, sygnalizację świetlną.

W ocenie Odwołującego wypełnił on prawidłowo formularz JEDZ w tym zakresie. W zakresie osoby W. Z. — wskazywanego na stanowisko Kierownika Budowy zaznaczono, iż osoba ta pracowała na budowach, na których wykonywano wszystkie branże opisane przez Zamawiającego w IDW. Odwołujący nie dokonał przy tym co do tej osoby wyodrębnienia w formularzu JEDZ z branży teletechnicznej wyodrębnienia pozycji sygnalizacja świetlna, tym niemniej dla Odwołującego w dacie wypełniania formularza JEDZ było oczywiste, iż branża taka była na budowach wykonywana, gdzie Wojciech Z. pracował. Sygnalizacja świetlna oraz teletechnika wchodzi w zakres jednej branży budowlanej, a nazwy takie mogą i są stosowane zamiennie dla opisywania tego samego asortymentu robót.

Analogicznie przy tym w przypadku Pana M. J., osoba Pana M. J. spełnia wymogi wynikające z dokumentu IDW oraz udziału w postępowaniu. Odwołujący nie dokonał co do tej osoby wyodrębnienia w formularzu JEDZ teletechniki z pozycji sygnalizacja świetlna, tym niemniej dla Odwołującego się było oczywiste, iż branża taka była na budowie gdzie Maciej J. pracował była wykonywana.

Jednocześnie w przypadku, w którym Zamawiający powziął wątpliwości co do zakresu prac wykonywanych na budowach gdzie Wojciech Z. oraz M. J. pracowali, bezspornie winien był skorzystać z możliwości wynikającej z art. 26 ust. 3 pzp w zakresie żądania uzupełnienia oświadczenia JEDZ w zakresie uprawnień zawodowych w/w osób. Odwołujący przywołał niekwestionowaną w orzecznictwie KIO tezę że „to Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to na nim spoczywa obowiązek najpierw ustalenia jakich dokumentów brakuje, a następnie obowiązek jednoznacznego i precyzyjnego wezwania wykonawcy — (...). Wykonawca nie mogą bowiem domyślać się, jaki jest rzeczywisty zakres wezwania i nie powinien być stawiany w takiej sytuacji, że po ogólnym, niejednoznacznym wezwaniu, gdzie tylko część zakresu wezwania została jasno określona — Zamawiający przypisuje mu następnie brak uzupełnienia dokumentów w pozostałej części, która nie została w sposób jasny wyartykułowana w treści wezwania” (tak KIO w wyroku z dnia 12 września 2016 r., sygn. akt KIO 1561/16).

Skoro zatem w stanie faktycznym sprawy — dopiero w odpowiedzi na wezwanie z dnia 17 marca 2017 roku - Odwołujący się przedstawił 20 marca 2017 r. wymagane specyfikacją informacje w nowym formularzu JEDZ, w tym co do personelu, której to informacji JEDZ stanowiący załącznik do oferty nie zawierał, a które jak się okazało wzbudziły wątpliwości Zamawiającego, Zamawiający winien był wezwać Odwołującego się do wyjaśnień. Zamawiający - co bezsporne - nigdy zaś nie wezwał Odwołującego się do

wyjaśnień w powyższym zakresie. W żadnym zakresie wezwanie takie nie byłoby wezwaniem powtórным, okoliczności wskazywane bowiem nie były objęte żadnym wcześniejszym wezwaniem w trybie art. 26 ust 3 Pzp ze strony Zamawiającego.

Zgodnie z wytycznymi Urzędu Zamówień Publicznych, jeżeli zawartość dokumentu JEDZ prowadzi do powstania po stronie Zamawiającego jakichkolwiek wątpliwość w zakresie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podlega on wówczas pod dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jest tak dlatego, gdyż stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 (także na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia w zamówieniach o wartości równej lub przekraczającej wartość progów UE), lub złożone oświadczenie jest niekompletne, zawiera błędy lub budzi wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia ww. oświadczenia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo jego złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania”.

Jak wynika z osnowy oferty złożonej przez Odwołującego, oferta ta jako zgodna z warunkami udziału w postępowaniu oraz nie spełniająca przesłanek odrzucenia opisanych w art. 89 ustawy Pzp nie podlegałaby obligatoryjnemu jej odrzuceniu, a w konsekwencji podlegać ona winna ocenie pod kątem spełnienia warunków oceny zastrzeżonych dla drugiego etapu oceny ofert.

Skoro zatem zgodnie z treścią art. 24 aa ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przewidział zastosowanie procedury odwróconej dla etapu badania ofert pod kątem wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co zostało określone w SIWZ, to powinien był on przy uwzględnieniu prawidłowej oceny oferty pod kątem punktacji oferty Odwołującego się, wezwać Pribex w trybie procedury odwróconej do przedstawienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, czego jednak Zamawiający zaniechał wskutek błędnego uznania, iż zastosowanie tej procedury jest niepotrzebne, gdyż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu.

Tymczasem zgodnie z wytycznymi Urzędu Zamówień Publicznych, zastosowanie procedury odwróconej powinno mieć miejsce w każdym przypadku, gdy przewidziano ją w SIWZ i: „Procedura ta polega zatem na tym, że zamawiający w toku czynności oceny ofert nie dokonuje podmiotowej oceny wszystkich wykonawców (ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia), nie badając nawet wszystkich wstępnych oświadczeń wykonawców, składanych w szczególności w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. W pierwszy kolejności dokonuje on oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta

została oceniona jako najkorzystniejsza (uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej), dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne, a następnie żąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzyp. ”

Ponadto Urząd Zamówień publicznych w swoich wytycznych zawarł wyjaśnienie, iż w zastosowaniu „procedury odwróconej” sam dokument oświadczenia załączony w formie JEDZ stanowi o wstępnym potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż podlega on ocenie w dalszym etapie badania ofert, a ocena ta pod kątem wyboru oferty najkorzystniejszej opiera się o główne kryteria oceny wskazane w SIWZ i wykazane przez oferenta w formularzu oferty. „W przypadku procedury, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp (tzw. „procedura odwrócona”, stosownie do treści art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca dołącza do oferty oświadczenie aktualne na dzień składania ofert w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub wyższa od progów UE, oświadczenie wykonawca składa w formie jednolitego europejskiego dokumentu Zamówienia. W zamówieniach o wartości poniżej progów UE wykonawca składa „zwykłe” oświadczenie. W przypadku prowadzenia postępowania w „procedurze odwróconej” obowiązują takie same zasady jak w każdym postępowaniu, jeśli chodzi o załączenie wskazanych oświadczeń do oferty, tj. oświadczenia są składane wraz z ofertą, choć w tej szczególnej procedurze podlegają ocenie dopiero na zakończenie oceny ofert i to wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej).

W konsekwencji zatem winno dojść do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego oraz nakazania mu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym oferty Odwołującego.

Odwołujący wraz z odwołaniem przedstawił dowody poświadczające uprawnienia zawodowe osób wskazanych w dokumencie JEDZ do pełnienia funkcji Kierownika Budowy oraz Kierowników Robót Drogowych i Mostowych, jak również oświadczenia w/w osób co do asortymentów robót, które były wykonywane na budowach, na których pełniły one funkcję zawodowe. Dowody z takich dokumentów poświadczają, iż Odwołujący spełnia wymogi wzięcia udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej kadry technicznej wynikające z IDW oraz SIWZ Zamawiającego.

W związku z powyższym, w świetle przywołanych okoliczności faktycznych oraz orzecznictwa odwołanie zdaniem Odwołującego winno zasługiwać w całości na uwzględnienie.



Odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie, kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP, zatem odwołanie nie zawierało braków formalnych.

### **sygn. akt KIO 867/17**

28 kwietnia 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w tym samym postępowaniu przetargowym odwołanie złożyli również wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum - 1) Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz 2) Construdones y Promociones Balzola S.A. z siedzibą w Bilbao w Hiszpanii, dalej jako „konsorcjum Balzola” lub „Odwołujący 2”.

Odwołujący 2 zaskarżył czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu na tej podstawie złożonej przez niego oferty. Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP w zw. z art. 26 ust. 6 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez bezpodstawne przyjęcie, że Odwołujący 2 w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu w zakresie informacji dotyczących doświadczenia Pana K. D. wskazanego przez Odwołującego na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do osoby kierownika budowy; podczas gdy omyłkowo wskazane daty pełnienia funkcji kierownika budowy przez Pana K. D. na inwestycji pn. „Przebudowa ul. Marszałka Focha w Bydgoszczy na odcinku od skrzyżowania z ul. Gdańską do mostów na rzece Brdzie” oraz na inwestycji „Modernizacja torowiska tramwajowego wbudowanego w jezdnię ul. Kościuszki od Al. Górnośląskiej do wiaduktu kolejowego w Katowicach. Przebudowa układu drogowego oraz infrastruktury technicznej „Modernizacja końcowego odcinka linii nr 6 i 16 w Katowicach Brynowie” (zadanie nr 4) w ramach realizacji Projektu pn. „Modernizacja Infrastruktury tramwajowej i trolejbusowej w Aglomeracji Górnośląskiej” nie powinno mieć żadnego (a już zwłaszcza) istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu a Zamawiający posiadał dokumenty potwierdzające, że Pan K. D. spełnia warunki udziału w postępowaniu dla osoby kierownika budowy,

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez bezpodstawne przyjęcie, że Odwołujący 2 w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w zakresie informacji dotyczących doświadczenia Pana J. J. wskazanego przez Odwołującego na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do osoby kierownika robót mostowych, podczas gdy omyłkowo wskazane daty pełnienia funkcji kierownika robót mostowych przez Pana J. J. na

inwestycji pn. „Budowa mostu na rzece Skawie w miejscowości Maków Podhalański w km 43+731 w ciągu drogi krajowej nr 28” oraz liczby prześel realizowanej na wskazanej inwestycji konstrukcji nie powinno mieć żadnego (a już zwłaszcza) istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, ponieważ w samej treści formularza JEDZ Wykonawca zawarł informacje potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu za pomocą inwestycji pn. „Budowa południowej obwodnicy Warszawy S2 od węzła Konotopa do węzła Lotnisko”;

3. art. 26 ust. 4 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do przedstawienia jakichkolwiek wyjaśnień w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (lub ewentualnych podstaw do wykluczenia) w zakresie osoby kierownika budowy lub kierownika robót mostowych, pomimo że Zamawiający nie posiadał absolutnej pewności w zakresie ziszczenia się przesłanek do wykluczenia Odwołującego 2 a posiadane przez niego informacje powinny, co najmniej, wzbudzić u niego określone wątpliwości co do zasadności wykluczenia Odwołującego z postępowania, i w konsekwencji,

4. art. 24 ust. 4 PZP poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego 2,

5. art. 92 ust. 1 PZP poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z pominięciem oferty Odwołującego.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej, Odwołujący wskazał, że nawet przy przyjęciu (z czym Odwołujący się oczywiście nie zgadza), że Zamawiający miał podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania, to i tak powinien był zapewnić mu możliwość skorzystania z procedury określonej w art. 24 ust. 8 PZP. W takim przypadku, zaniechanie zapewnienia Odwołującemu tej możliwości stanowiło naruszenie przepisów PZP.

W związku ze wskazanymi zarzutami Odwołujący 2 wnosił o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez KIO odwołania i jego uwzględnienie w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 21 kwietnia 2017 r. polegającej na wykluczeniu Odwołującego 2 z postępowania i odrzuceniu Jego oferty,

W związku z faktem, że wartość przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem jest wyższa od kwot wskazanych w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów wydanym na podstawie dyspozycji art. 11 ust. 8 PZP, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania. Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o czynności będącej przedmiotem zaskarżenia w dniu 21 kwietnia 2017 r. Odwołanie zostało zatem wniesione w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP. Jednocześnie, że zgodnie z dyspozycją art. 187 ust. 2 PZP wpis od odwołania w kwocie 20.000 złotych został uiszczony przed dniem wniesienia odwołania, a dowód uiszczenia wpisu jest załączony do odwołania. Odwołanie nie zawierało zatem braków formalnych.

Odwołujący 2 zaznaczył, że poprzez bezzasadne wykluczenie Odwołujący niewątpliwie poniesie wymierną szkodę majątkową, ponieważ utracił on na dzień wniesienia odwołania możliwość ubiegania się o zamówienie, dla którego prowadzone było postępowanie. Bezpośrednim następstwem jest szkoda w majątku Odwołującego w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, do którego wykonywania Odwołujący jest w pełni zdolny i deklaruje taką gotowość.

W uzasadnieniu merytorycznym podniesiono, że uwzględniając kryteria oceny ofert ustalone w postępowaniu a także informację z otwarcia ofert w postępowaniu, oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Tymczasem w dniu 21 kwietnia 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. oraz STRABAG Sp. z o.o. Z treści przekazanej Odwołującemu informacji wynikało, że został on wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP. Zamawiający wskazał, że Odwołujący wykazał się lekkomyślnością lub niedbalstwem przy przedstawianiu informacji, które rzekomo wprowadziły w błąd Zamawiającego, a mogły mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego. Informacje te dotyczyły dwóch osób wskazanych jako potencjał kadrowy Odwołującego.

Pierwszą z tych osób był Pan K. D., którego Odwołujący wskazał na stanowisko kierownika budowy zgodnie z warunkiem udziału wskazanym w punkcie 9.2.3.2 Instrukcji dla Wykonawców („IDW”).

W treści zawiadomienia o wykluczeniu, wskazano, że z informacji podanych przez Odwołującego w JEDZ wynikało, że Pan K. D. posiada doświadczenie na stanowisku kierownika budowy podczas realizacji następujących zadań:

- „Modernizacja torowiska tramwajowego wbudowanego w jezdnię ul. Kościuszki od Al. Górnośląskiej do wiaduktu kolejowego w Katowicach. Przebudowa układu drogowego oraz infrastruktury technicznej „Modernizacja końcowego odcinka lin fi nr 6 i 16 w Katowicach Brynowie” (zadanie nr 4) w ramach realizacji Projektu pn. „Modernizacja infrastruktury tramwajowej / trolejbusowej w Aglomeracji Górnośląskiej” (...) zadanie realizowane w okresie 10.2012 -11.2015 (dalej: „Inwestycja w Katowicach”), oraz
- „Przebudowa ul. Marszałka Focha w Bydgoszczy na odcinku od skrzyżowania z ul. Gdańską do mostów na rzece Brdzie”, (...) zadanie realizowane w okresie 09.2008 - 10.2010 (dalej: „Inwestycja w Bydgoszczy”).

Następnie, w odniesieniu do Inwestycji w Katowicach, Zamawiający podał, że jest w posiadaniu dokumentu złożonego jako dowód w postępowaniu odwoławczym przed KIO o sygn. akt 382/17, z którego wynika, że Pan K. D. pełnił funkcję kierownika budowy podczas realizacji tej inwestycji w okresie od 10.2013 do 06.2015. Jednocześnie, Zamawiający

poinformował, że dysponuje złożonym podczas wskazanego postępowania odwoławczego pismem (nr MAO/JRP-B/0120/17), zgodnie z którego treścią, spółka Tramwaje Śląskie S. A. pełniąca funkcję Inwestora informuje, że zadanie to było realizowane zgodnie z umową w okresie od 21.10.2013 do 21.02.2015 roku. Konsekwentnie zatem, Zamawiający uznał, że termin realizacji inwestycji w Katowicach powinien zostać wskazany od 10.2013 do 02.2015 a nie tak jak Odwołujący wskazał w formularzu JEDZ tj. od 10.2012-11.2015.

Ponadto, Zamawiający wskazał, że zgodnie z jego wiedzą realizacja drugiego ze wskazanych powyżej zadań - Inwestycji w Bydgoszczy - miała miejsce nie w okresie 09.2008 -10.2010 (jak podał Odwołujący w swoim formularzu JEDZ) a w okresie od 16.09.2008 do 30.04.2009.

Podsumowując, Zamawiający uznał, że Pan K. D. posiada łącznie 23 miesiące doświadczenia na stanowisku kierownika budowy. Zamawiający wskazał też, że (jego zdaniem) nieprawdziwe oświadczenie Odwołującego złożone w JEDZ w powyższym zakresie mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, ponieważ Zamawiający opierając się tylko na informacjach podanych przez Odwołującego w JEDZ uznałby, że Odwołujący spełnia warunek udziału, o którym mowa w pkt. 9.2.3.2 IDW.

Drugą z osób, w stosunku do których, Zamawiający zidentyfikował podstawy do wykluczenia był Pan J. J. Odwołujący wskazał tę osobę na stanowisko kierownika robót mostowych zgodnie z warunkiem udziału wskazanym w punkcie 9.2.3.4 IDW.

Według Zamawiającego, z informacji podanych przez Odwołującego w treści JEDZ wynika, że Pan J. J. pełnił funkcję kierownika budowy podczas realizacji zadania pn. „Budowa mostu na rzece Skawie w miejscowości Maków Podhalański w km 43+731 w ciągu drogi krajowej nr 28, Most konstrukcji żelbetowej łukowej, dwuprzęsłowej o rozpiętości przęsła 115 m. 09.2011 -11.2012 (14 m-cy)” (dalej: „Inwestycja w Makowie Podhalańskim”).

Następnie Zamawiający poinformował, że zgodnie z informacjami udzielonymi przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad pełniącego funkcję inwestora dla Inwestycji w Makowie Podhalańskim, zadanie to dotyczyło budowy mostu o konstrukcji jednoprzędłowej, a nie jak wskazał Odwołujący w formularzu JEDZ - konstrukcji dwuprzędłowej. Oprócz tego, według przekazanej informacji, Pan J. J. pełnił funkcję kierownika budowy w okresie od 08.09.2011 do 25.10.2011, a nie jak wskazał Odwołujący w formularzu JEDZ - 09.2011 do 11.2012.

Na podstawie powyższych informacji, Zamawiający wykluczył Odwołującego 2 z postępowania.

#### ZARZUT DOTYCZĄCY OSOBY PANA K. D.

Zgodnie z punktem 9.2.3.2 IDW osoba taka powinna spełniać następujące wymagania (podkreślenia Odwołującego):

*Kierownik budowy (1 osoba o minimalnych poziomach zdolności określonych poniżej): o osiadający minimum 3 letnie doświadczenie w kierowaniu robotami drogowymi na stanowisku kierownika budowy i/lub kierownika robót drogowych, w tym przynajmniej podczas 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie drogi o długości min. 500m, klasy min. Z wraz z infrastrukturą towarzyszącą (obejmującą przynajmniej następujące branże: kanalizacja deszczowa, teletechniczna, elektroenergetyczna nN, oświetlenie drogowe, sygnalizacja świetlna) (Wykonawca jest zobowiązany wskazać, które branże z ww. były wykonywane), oraz posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności Inżynieryjnej drogowej, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2016, poz. 290 ze zm.) oraz w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 2014 poz. 1278) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub uznane przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. 2016 r., poz. 65), lub zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami dotyczące uznawania kwalifikacji.*

W związku z powyższym, treść warunku dotyczącego minimalnego doświadczenia należało rozumieć w ten sposób, że osoba wskazana przez wykonawcę na stanowisko kierownika budowy musi posiadać z jednej strony 3-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami drogowymi na stanowisku kierownika budowy (tzw. ogólne doświadczenie jako kierownika budowy), oraz z drugiej strony doświadczenie (w ramach ogólnego doświadczenia) w realizacji chociaż 1 zadania ściśle określonego powyżej przywołanym warunkiem SIWZ, bez jednak wskazywania wymaganego czasookresu dla tego doświadczenia (tzw. doświadczenie szczególne jako kierownika budowy).

Tym samym, na potrzeby spełnienia warunku udziału, wystarczające było wskazanie w formularzu JEDZ informacji potwierdzającej posiadane minimum 3-letnie doświadczenie (ogólne doświadczenie jako kierownika budowy) oraz wskazanie informacji potwierdzającej doświadczenie przy realizacji zadania ściśle określonego (doświadczenie szczególne jako kierownika budowy). Konsekwentnie, wykonawcy zobowiązani byli w treści JEDZ podać dwie informacje.

Odwołujący wskazał w JEDZ dwie wymagane powyżej informacje. Po pierwsze, wskazał on, że Pan K. D. posiada „[doświadczenie zawodowe ponad 5 letnie w kierowaniu robotami budowlanymi na stanowisku kierownika budowy] (ogólne doświadczenie jako kierownika budowy); dalej następuje wskazanie dwóch zadań tj. Inwestycji w Katowicach oraz Inwestycji w Bydgoszczy, mających odpowiadać warunkowi

doświadczenia przy realizacji ściśle określonej inwestycji (szczególne doświadczenie jako kierownika budowy).

Powyższe, zdaniem Odwołującego 2, wskazuje w sposób niebudzący wątpliwości, że omyłkowe podanie daty realizacji dwóch wskazanych szczególnych doświadczeń jako kierownika budowy posiadanych przez Pana K. D. nie mogło mieć jakiegokolwiek (a już zwłaszcza istotnego) wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Uzasadnieniem dla powyższego jest fakt, że IDW nie wymagała w tym kontekście, aby te szczególne doświadczenia charakteryzowały się określonym czasookresem. Wymóg minimum 3 letniego doświadczenia odnosił się bowiem do ogólnego doświadczenia Pana K. D. jako kierownika budowy.

Nie można też zgodzić się z Zamawiającym, że dwie wskazane w JEDZ inwestycje na potwierdzenie szczególnego doświadczenia Pana K. D. jako kierownika budowy wyczerpywały całe doświadczenie posiadane przez Pana K. D. Już bowiem literalna treść formularza JEDZ Odwołującego wskazywała, że posiada on z jednej strony ponad 5 letnie ogólne doświadczenie (czyli ponad 60 miesięcy), natomiast dwa szczególne doświadczenia szczegółowe po ich zsumowaniu (uwzględniającym omyłkowe podanie dat ich realizacji) dawały łącznie 50 miesięcy. Z samej treści formularza JEDZ Odwołującego wynikało zatem, że oprócz dwóch szczegółowo wskazanych doświadczeń, Pan K. D. musi posiadać jeszcze szereg innych doświadczeń. W przeciwnym razie Odwołujący nie wskazałby w formularzu informacji o posiadaniu przez tę osobę ponad 5 letniego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy.

Jeżeli zatem Zamawiający stwierdził, że Odwołujący podał nieprawidłowo daty doświadczeń szczególnych, to i tak mając na uwadze, że poza tymi doświadczeniami Pan K. D. posiada inne doświadczenia ogólne, nie powinien bezzasadnie przyjmować, że podanie informacji wprowadziło Zamawiającego w błąd.

Omyłkowe podanie jedynie dat dwóch szczególnych doświadczeń Pana K. D. (bez kwestionowania tych doświadczeń jako takich) co najwyżej mogło wpłynąć na mniejszy ich łączny czasookres (zamiast 50 miesięcy Zamawiający wyliczył 23 miesiące). Nie zmienia to jednak faktu, że Pan K. D. posiada ponad 60 miesięcy ogólnego doświadczenia w kierowaniu robotami drogowymi na stanowisku kierownika budowy, a w ramach tego doświadczenia zrealizował co najmniej 1 zadanie (w zaistniałym stanie faktycznym aż dwa zadania) potwierdzające szczegółowo opisany punktem 9.2.3.2 IDW warunek udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym, nie można zgodzić się z Zamawiającym, że omyłkowe podanie przez Odwołującego informacji co do Inwestycji w Bydgoszczy czy Inwestycji w Katowicach mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

O jakimkolwiek wpływie omyłkowego podania tych informacji można by mówić, przykładowo, jeżeli (i) Zamawiający wymagałby dla doświadczeń szczególnych opisanych w punkcie 9.2.3.2 IDW minimalnego czasookresu (np. ogólne 3 letnie doświadczenia, natomiast przy tym konkretnym ściśle określonym zadaniu minimum 1 rok), (ii) Odwołujący w JEDZ wskazałby, że dwie szczegółowo opisane inwestycje to jedyne i wyłączne doświadczenia Pana K. D. na stanowisku kierownika budowy. Żadna z tych okoliczności nie miała jednak miejsca, a zatem nie można mówić o jakimkolwiek (a już zwłaszcza istotnym) wpływie podanych omyłkowo informacji na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

W świetle powyższego, nawet po uwzględnieniu poprawek dokonanych przez Zamawiającego w zakresie informacji omyłkowo podanych przez Odwołującego, Pan K. D. spełnia warunki udziału wymagane dla kierownika budowy. Nie można zatem zgodzić się z tezą Zamawiającego jakoby było inaczej. W tym zakresie, Zamawiający twierdzi bowiem, że istotny wpływ na jego decyzje w postępowaniu polegał na tym, że przed weryfikacją doświadczeń Pana K. D. mogło powstać „wrażenie”, że osoba ta spełnia warunki a po weryfikacji już tych warunków nie spełnia. Nic bardziej mylnego - doświadczenie Pana K. D. jest na tyle obszerne, że nawet po uwzględnieniu poprawek dokonanych przez Zamawiającego, osoba ta w pełni potwierdza spełnienie warunku udziału.

Co najwyżej (z czym Odwołujący się oczywiście nie zgadza) Zamawiający mógłby kwestionować fakt zaniechania opisanego przez Odwołującego szczegółowo całego doświadczenia posiadanego przez Pana K. D., które zgodnie z oświadczeniem zawartym w JEDZ wynosiło ponad 5 lat. Nawet jednak w takim przypadku bezzasadne byłoby wykluczenie Odwołującego, ponieważ zaniechanie podania tych informacji mogłoby, co najwyżej (z czym też zresztą Odwołujący się nie zgadza) wypełniać przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP. Przepis ten bowiem mówi o zatajeniu informacji, jednakże dla jego zastosowania niezbędne jest (inaczej niż w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP, który stanowił podstawę do wykluczenia Odwołującego z postępowania) wykazanie zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Z oczywistych powodów, powyższe nie mogło mieć miejsca w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazuje, że Inwestycja w Katowicach była realizowaną za pomocą dwóch umów. Jedna dotyczyła robót drogowych, druga robót torowych. Prawdą jest, że inwestycja torowa (zgodnie z przywołanym przez Zamawiającego pismem spółki Tramwaje Śląskie S.A.) zakończyła się w lutym 2015. Należy jednak wyraźnie podkreślić, że inwestycja drogowa realizowana była do czerwca 2015 roku a zatem końcowa data tej inwestycji podana przez Odwołującego w JEDZ jest jak najbardziej prawidłowa. Powyższe potwierdza poświadczenie wydane przez inwestora - Miasto Katowice, gdzie na str. 3 wprost potwierdza się, że „okres realizacji robót: od 21 października 2013 do 30

czerwca 2015 r.” Podsumowując omyłka Odwołującego w zakresie tej Inwestycji popełniona w formularzu JEDZ dotyczyła wyłącznie daty początkowej.

Należy też zwrócić uwagę, że Zamawiający dysponował dokumentem złożonym przez Odwołującego (wówczas Przystępującego po stronie Zamawiającego) w toku rozprawy przed KIO w sprawie o sygn. KIO 382/17 tj. protokołem odbioru robót z inwestycji w Katowicach, z którego także wprost wynikał prawidłowy (i zgodny z JEDZ) termin zakończenia Inwestycji w Katowicach. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedłożył protokół z posiedzenia i rozprawy, wskazując na str. 7 protokołu. Nie tylko wskazany dokument był w posiadaniu Zamawiającego w dniu podejmowania przez niego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Warto zaznaczyć, że Zamawiający posiadał także dokument opisujący szczegółowo wszelkie doświadczenia Pana K. D. na stanowisku kierownika budowy. Dokument ten także został przedłożony Zamawiającemu w toku rozprawy przed KIO w sprawie o sygn. KIO 382/17.

W świetle powyższego, trudno byłoby mówić o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd, co do informacji, które ten już posiadał.

Co więcej, działania Zamawiającego naruszały także art. 26 ust. 6 PZP, który zakłada brak konieczności przedkładania przez wykonawców dokumentów m. in. potwierdzających spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli zamawiający posiada już te dokumenty. Zatem Zamawiający posiadał wszelkie niezbędne informacje potwierdzające, że doświadczenie posiadane przez Pana K. D. jest wystarczające na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a fakt omyłkowego wskazania dat realizacji dwóch inwestycji pozostawał bez jakiegokolwiek wpływu na decyzje Zamawiającego i nie można mówić w powyższym zakresie o jakimkolwiek wprowadzeniu Zamawiającego w błąd.

#### ZARZUT DOTYCZĄCY PANA J. J.

Zgodnie z punktem 9.2.3.4 IDW w zakresie kierownika robót mostowych osoba taka powinna spełniać następujące wymagania (podkreślenia Odwołującego):

*Kierownik robót mostowych (1 osoba o minimalnych poziomach zdolności określonych poniżej): posiadający co najmniej 3 lata doświadczenia na stanowisku kierownika robót mostowych i/lub kierownika budowy przy budowie obiektów mostowych o konstrukcji żelbetowej, w tym co najmniej podczas 1 zadania polegającego na budowie obiektu mostowego o konstrukcji żelbetowej przynajmniej dwuprzęsłowej o rozpiętości pojedynczego przęsła minimum 10 m oraz posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej mostowej bez ograniczeń, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2016, poz. 290 ze zm.) oraz w Rozporządzeniu Ministra infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie*



*samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 2014 poz. 1278) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa; tub uznane przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. 2016 r., poz. 65) lub zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami dotyczące uznawania kwalifikacji.*

W związku z powyższym, podobnie jak w przypadku kierownika budowy, spełnienie wskazanego powyżej warunku zależało od wykazania zarówno ogólnego doświadczenia na stanowisku kierownika robót mostowych i/lub kierownika budowy oraz jednego doświadczenia szczególnego, precyzyjnie opisanego.

Na potwierdzenie spełnienia posiadanego przez Pana J. J. doświadczenia, Odwołujący wskazał dwie inwestycje tj. budowa mostu na rzece Skawie („Inwestycja w Makowie Podhalańskim”) oraz budowę południowej obwodnicy Warszawy S2 od węzła Konotopa do węzła Lotnisko („Budowa POW”). Niezależnie od powyższego, zawarł także informację o ogólnym doświadczeniu Pana J. J. na stanowisku kierownika budowy (ponad 10 letnie doświadczenie).

W odniesieniu do doświadczeń szczególnych Pana J. J., Zamawiający zakwestionował, po pierwsze, datę realizację Inwestycji w Makowie Podhalański (zamiast 09.09.2011 - 25.10.2011, Odwołujący wskazał w JEDZ daty 09.2011-11.2012). Po drugie, zgodnie z informacją Zamawiającego - Inwestycja w Makowie Podhalańskim nie dotyczyła obiektu mostowego o konstrukcji dwuprzęsłowej tylko jednoprzęsłowej.

Powyżej podane informacje nie mają jednak jakiegokolwiek wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Wynika to z oczywistego faktu, że kolejna ze wskazanych w treści JEDZ inwestycji tj. Budowa POW spełnia samodzielnie cały warunek udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego doświadczenia dla kierownika robót mostowych.

W zakresie omawianego zarzutu może też dziwić różne podejście Zamawiającego do skutków informacji jakie uzyskał (lub już wcześniej posiadał) w zakresie omyłkowo przekazanych mu informacji. O ile w przypadku Pana K. D., Zamawiający uwzględnił rzeczywiste daty szczegółowych doświadczeń (po „poprawieniu” omyłkowo podanych dat), tak w przypadku p. J. J. Zamawiający już nie uwzględnił drugiej pozycji wskazanej w formularzu JEDZ Odwołującego.

#### ZARZUT DOTYCZĄCY ZANIECHANIA WEZWANIA DO WYJAŚNIENÍ

Zarówno w przypadku osoby wskazanej przez Odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie kierownika budowy jak i kierownika robót mostowych, Zamawiający nie mógł mieć absolutnej pewności w zakresie ziszczenia się przesłanek do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Zamawiający był w posiadaniu informacji, które powinny, co najmniej, wzbudzić u niego określone wątpliwości co do zasadności wykluczenia Odwołującego.

Zgodnie z ugruntowanym poglądem prezentowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (m. in. wyrok KIO z 18 grudnia 2012 r., sygn. KIO 2664/12) - zamawiający nie powinien podejmować decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie mając absolutnej (innymi słowy: niekwestionowanej, zupełnej) pewności co do tego, że spełnione zostały przesłanki ku temu. Powyższe wskazuje na to, że nie mogą istnieć jakiegokolwiek wątpliwości co do słuszności decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Gdyby bowiem takie wątpliwości istniały, to zgodnie z funkcjonującą odpowiednio na gruncie orzecznictwa KIO zasadą *in dubio pro reo* należałoby je rozstrzygnąć na korzyść wykonawcy jako słabszej strony w stosunku do zamawiającego.

Odnosząc powyższego do zaistniałego w sprawie stanu faktycznego, należy uznać, że u Zamawiającego powinny pojawić się, co najmniej, uzasadnione wątpliwości co do tego, czy zasadnym jest wykluczenie Odwołującego z postępowania. Nic oczywiście nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający wykorzystując chociażby mechanizm prawny z art. 26 ust. 4 PZP i dopytał Odwołującego o omyłkowo podane daty doświadczeń. W takim przypadku, Odwołujący wyjaśniłby Zamawiającemu występujące rozbieżności a także fakt braku jakiegokolwiek wpływu omyłkowo podanych informacji na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

#### ZARZUT UNIEMOŻLIWIENIA WYKONAWCY SKORZYSTANIA Z PROCEDURY SAMOOCZYSZCZENIA

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej, Odwołujący wskazał, że nawet przy przyjęciu (z czym Odwołujący się oczywiście nie zgadza), że Zamawiający miał podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania, to i tak powinien był zapewnić mu możliwość skorzystania z procedury określonej w art. 24 ust. 8 PZP. W takim przypadku, zaniechanie zapewnienia Odwołującemu tej możliwości stanowiło naruszenie przepisów PZP. Nie budzi bowiem wątpliwości, że podstawa wykluczenia, z której skorzystał Zamawiający w stosunku do Odwołującego tj. art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP także objęta została możliwością jaką gwarantuje wykonawcom art. 24 ust. 8 PZP.

W przypadku zatem jeżeli pozostałe zarzuty Odwołującego nie zostałyby uwzględnione przez Izbę, Odwołujący wnosil o zobowiązanie Zamawiającego do umożliwienia mu wykazania działań, o których mowa w art. 24 ust. 8 PZP.

Podsumowując, Odwołujący 2 podkreślił, że sankcja wykluczenia jaką zastosował Zamawiający, była nieproporcjonalna do skali popełnionych „naruszeń”. Przyjęcie, że omyłkowe podanie niemających znaczenia informacji dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu może skutkować wykluczeniem danego wykonawcy z postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego, byłoby sprzeczne nie tylko ze wskazanymi powyżej przepisami ustawy PZP, ale też z zasadą proporcjonalności.

W związku z powyższym, Odwołujący konsorcjum Balzola wnosił jak na wstępie, z uwzględnieniem całokształtu przedstawionej powyżej argumentacji.

### **sygn. akt KIO 894/17**

W dniu 2 maja 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A. (Lider) oraz (2) WANT Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Toruniu, dalej jako „Odwołujący 3”.

Odwołanie wniesiono wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego 3 z postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej. Decyzji Zamawiającego zarzucono naruszenie art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 12, art. 24aa, art. 25a ust. 1 i 2, art. 26 ust. 1, ust. 2f, ust. 3, ust.4, ust. 6 ustawy Pzp, ewentualnie naruszenie art. 87 ustawy Pzp, a nadto zaniechanie odpowiedniego zastosowania art. 190 ust. 5 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione wykluczenie Odwołującego 3 z postępowania i wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez innego wykonawcę, mimo że wykonawca ten nie złożył oferty korzystniejszej od Odwołującego 3. Powyższe naruszyło zatem także zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez innego wykonawcę;
- 2) ponowne poprowadzenie czynności badania i oceny ofert zakończonej ponownym ogłoszeniem o wyborze najkorzystniejszej oferty; a w toku ww. czynności:
  - a) ustalenie w określony sposób lub wyjaśnienie zakresu faktycznie wykonanych robót budowlanych, którymi kierował p. K. N. na podstawie należycie zastosowanych postanowień przepisu art. 26 lub ewentualnie art. 87 ustawy Pzp, w tym w szczególności co do kierowania przez p. K. N. budową/przebudową obiektów mostowych o konstrukcji żelbetowej;
  - b) uznanie oferty złożonej przez Odwołującego 3 jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest wykonawcą zdolnym do jego wykonania, który złożył ofertę, która, powinna zostać uznana za najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Odwołujący 3 w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść realną szkodę w postaci nie uzyskania zamówienia, które miał możliwość uzyskać.

Odwołujący 3, pomimo złożenia oferty korzystniejszej pod względem kryteriów oceny ofert został uznany za polegającego wykluczeniu, a to ze względu na przedwczesne

uznanie, że zachodzi przesłanka wykluczenia go z postępowania, co Zamawiający uzasadnił tym, że: „Z informacji podanych w JEDZ nie wynikało, że pan K. N. posiada co najmniej 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót mostowych i/lub kierownika budowy przy budowie obiektów mostowych o konstrukcji żelbetowej”.

W toku postępowania wykonawcy złożyli oferty zawierające JEDZ. JEDZ Odwołującego 3 złożony z ofertą faktycznie nie zawierał informacji o pozostałym doświadczeniu zawodowym pana K. N. zdobytym na stanowisku kierownika robót mostowych i/lub kierownika budowy przy budowie obiektów mostowych o konstrukcji żelbetowej. W konsekwencji Zamawiający wezwał Odwołującego 3 w dniu 27 marca 2017 roku do uzupełnienia treści JEDZ o podane w treści wezwania informacje dotyczące m.in. doświadczenia zawodowego pana K. N. Na powyższe Odwołujący 3 odpowiedział składając w określonym terminie zmodyfikowany JEDZ. Następnie Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania uzasadniając swoją decyzję okolicznością, iż w złożonym JEDZ nie użyto sformułowania „obiekt mostowy o konstrukcji żelbetowej” lub podobnych. W wyniku analizy uzupełnionego JEDZ, bez dodatkowych czynności, bez wyjaśniania Zamawiający uznał, że Odwołujący 3 podlega wykluczeniu, ponieważ uzupełniony JEDZ nie wskazuje na doświadczenie zawodowego pana K. N. zdobyte zostało podczas budowy obiektów mostowych o konstrukcji żelbetowej.

Pan K. N. legitymuje się jednak wymaganym doświadczeniem, zdobytym przy budowie obiektów mostowych o konstrukcji żelbetowej, co można z łatwością ustalić, tyle że informacja ta nie została wystarczająco jednoznacznie podana w JEDZ. Zamawiający zaś nie wezwał Odwołującego, zgodnie z punktem 11.3 SIWZ i art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia, mimo że oferta Odwołującego 3 powinna zostać najwyżej oceniona, gdyż nie zachodziły wobec niej przesłanki do odrzucenia

W ocenie Odwołującego nic jest to jednak wystarczająca przesłanka dla stwierdzenia, że Odwołujący 3 podlega wykluczeniu w sytuacji, gdy instytucjom zamawiającym przysługuje szereg uprawnień, z których mogą one skorzystać w toku badania i oceny ofert celem ustalenia okoliczności wykazywanego przez wykonawców stanu faktycznego w sposób zgodny z tym stanem, tj. ustalenia prawdziwych okoliczności i zakresu wykonywania danych zamówień lub (jak w tym przypadku) kierowania danymi robotami, celem ustalenia czy dany wykonawca faktycznie spełnia warunki udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego 3 Zamawiający mając do wyboru ofertę znacznie korzystniejszą finansowo od oferty uznanej za najkorzystniejszą, winien dochować należytej staranności celem przeprowadzenia badania i oceny ofert, w sposób rzetelny, zgodny z przepisami ustawy Pzp i wyjaśnić dostępnymi mu środkami, w granicach i na podstawie przepisów prawa, wszelkie zaistniałe

wątpliwości, zamiast odrzucać tę ofertę wykazując podejście skrajnie formalne, czego prawodawca aktualnie od niego już nie oczekuje.

W ocenie Odwołującego 3 zasadniczo zmieniły się w wyniku ostatniej nowelizacji ustawy Pzp z czerwca 2016 roku zasady badania i oceny ofert. Proces zmiany zasad wykonywania tych czynności na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych, czyli ich odformalizowania trwa od lat. Prawodawca w miarę kolejnych nowelizacji przepisów zmniejsza rygory formalne tej dziedziny prawa, wychodząc z założenia, że zbytni formalizm jest szkodliwy dla systemu finansów publicznych w Polsce i wypacza sens i istotą regulacji dotyczącej legalnego kontraktowania wykonawców zamówień publicznych. Aktualnie Zamawiający winien mieć na uwadze, że postępowanie ma zmierzać do ustalenia czy faktycznie wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, a nie opierać się wyłącznie na literalnej treści i sformułowaniach użytych przez wykonawców w JEDZ. Nie stanowią one bowiem ostatecznego, a jedynie wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki. Jak wynika bowiem z porównania art. 25a ust. 1 i ust. 2 oraz art. 26 ust. 1 i ust. 2, oświadczenie stanowiące JEDZ jedynie w postępowaniach podprogowych może stanowić samodzielną podstawę badania i oceny ofert wykonawców, w konsekwencji stanowić podstawę ich wykluczenia z postępowania. W postępowaniach powyżej progów konieczne jest ustalenie prawdziwości oświadczeń złożonych w JEDZ poprzez wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, a informacje zawarte w oświadczeniu JEDZ stanowią wyłącznie wstępne (nie ostateczne) potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału.

Tymczasem Zamawiający w postępowaniu oparł decyzję o wykluczeniu Odwołującego wyłącznie o treść JEDZ, nie odnosząc się w ogóle do oceny czy to wstępne potwierdzenie, poddane weryfikacji przez wezwanie do przedłożenia oświadczeń i dokumentów znajduje w ich treści potwierdzenie. Gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego 3 do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających wymagane okoliczności, to mógłby dojść do wniosku, że Odwołujący 3 nie podlega wykluczeniu.

Postępowanie Zamawiającego narusza zatem regulację art. 26 ust. 1 poprzez zaniechanie zastosowania tego przepisu do wykonawcy, którego oferta nie podległ odrzuceniu. W konsekwencji naruszono także zasady wyrażone w art. 7 ustawy Pzp.

Powyższe postępowanie Zamawiającego narusza także regulację art. 25a ust. 1 i 2, w którym stwierdza się wprost, że informacje zawarte w oświadczeniu JEDZ stanowią wyłącznie wstępne potwierdzenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. W celu potwierdzenia tej okoliczności konieczne jest skorzystanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp celem wezwania do złożenia, w tym przypadku, wykazu osób,

którego treść także podlegałaby wyjaśnieniu lub uzupełnieniu. Powyższe potwierdza także ostatnie orzecznictwo KIO, m.in. wyrok z dnia 5 stycznia 2017r., sygn. akt KIO 2334/16.

Zdaniem Odwołującego 3 Zamawiający naruszył także art. 24aa ustawy Pzp. Możliwość skorzystania z tej regulacji Zamawiający zastrzegł w SIWZ w sposób nieprawidłowy. SIWZ winna bowiem przesądzać, czy Zamawiający faktycznie z tej procedury skorzysta. Sformułowania SIWZ winny być zatem jednoznaczne, czyli czy najpierw Zamawiający dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Tymczasem Zamawiający w pkt 11.20 SIWZ wskazał, że *„przewiduje możliwość, o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp, tj. Zamawiający może w niniejszym postępowaniu najpierw dokonać oceny oferta następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, spełnia warunki udziału i nie podlega wykluczeniu”*. Ten zapis wprowadzał wykonawców w błąd, albowiem z tego czy w danym postępowaniu zastosowano tzw. procedurę odwróconą, czy też nie, wynika dla wykonawców informacja na temat postrzegania dokumentu JEDZ w postępowaniu i jego prawdziwego znaczenia dla czynności badania i oceny ofert, tj. czy JEDZ ma znaczenie dla stwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu i jak będzie weryfikowany:

- po uprzednim ustaleniu czy zachodzą przesłanki odrzucenia oferty, w tym przypadku JEDZ nie byłby już badany, gdyby takie przesłanki zachodziły;
- czy też niezależnie od tej okoliczności (tak KIO w wyroku z dnia 19 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2249/16).

Fakt, że zacytowane wyżej postanowienia SIWZ dotyczące stosowania art. 24aa ustawy Pzp, zostały zawarte w SIWZ i wykonawcy nie zakwestionowali wcześniej ich treści pozostaje bez znaczenia w kontekście podnoszenia tej okoliczności na aktualnym etapie postępowania, albowiem postanowienia te wywarły faktyczny skutek dla przebiegu postępowania, w ten sposób, że wykonawcy zostali wprowadzeni w błąd. Nie uzyskali jednoznacznej informacji czy ich oświadczenia JEDZ będą weryfikowane w zakresie oceny podmiotowej czy też do tej fazy badania i oceny ofert może w ich przypadku w ogóle nie dojść ze względu na poprzedzającą ten etap czynności Zamawiającego czynność weryfikacji przedmiotowej (a nie podmiotowej) treści ich ofert i ich ewentualne uprzednie odrzucenie (a nie wykluczenie). Tak samo opisane wyżej czynności wpływały na ocenę czynności podejmowanych przez Zamawiającego w toku badania i oceny ofert.

Na tym właśnie zasadza się wada postępowania Zamawiającego w zakresie naruszenia art. 24aa ustawy PZP. Nie można bowiem wskazać w SIWZ, że przewiduje się na etapie czynności badania i oceny ofert możliwość, o której mowa w art. 24aa ust. 1

ustawy, ale wręcz przeciwnie - jak wskazano wprost w tym przepisie, należy oświadczyć, czy w SIWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu, wprost, czy Zamawiający korzysta z „procedury odwróconej” czy z niej nie korzysta, a zatem czy będzie podmiotowo oceniał wszystkich wykonawców, czy tylko zwycięzcę. Zaniechanie prawidłowego zastosowania przywołanego przepisu stanowi wadę postępowania, która wprowadziła wykonawców w błąd. Powstała więc wątpliwość należy rozstrzygnąć na ich korzyść.

Niezależnie od naruszenia art. 24aa ustawy Pzp, Zamawiający naruszył także postanowienia art. 26 ust. 3 ustawy PZP, w ten sposób, że przyjął, że brak wyartykułowanej wprost informacji w uzupełnionym w wyniku skorzystania z tego przepisu JEDZ, nie podlega już żadnej możliwości sanacyjnej, a JEDZ uzupełniony w ten sposób ostatecznie przekreśla szanse wykonawców na uzyskanie zamówienia. Z powyższym nie można się zgodzić. Takie rozumienie i stosowanie przepisów o zamówieniach publicznych świadczy o nieuwzględnieniu zmian wynikających z nowelizacji wdrażającej dyrektywy unijne do polskiego porządku prawnego. W świetle tychże dyrektyw zasady badania i oceny ofert uległy radykalnym zmianom, czego Zamawiający zdaje się nie dostrzegać.

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że art. 26 w ust 3 faktycznie był niegdyś stosowany wyłącznie jeden raz w toku postępowania, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust 2 pkt 3) w - wersji obowiązującej w okresie od dnia 25 maja 2006 roku do dnia 22 grudnia 2009 roku. Z art. 24 ust. 2 pkt 3, wywodzono, że w obowiązującym wówczas stanie prawnym, wobec niezastosowania się do-jednorazowego wezwania skierowanego w trybie art. 26 ust. 3 do wykonawców aktualizowała się przesłanka wykluczenia ich z postępowania. W miarę jednak procesu „odformalizowania” procedur, z dniem 22 grudnia 2009 roku przepis ten uchylono. Po tej dacie w orzecznictwie KIO można znaleźć liczne przykłady możliwości kilkukrotnego wzywania do uzupełniania dokumentów. Aktualnie na przepis ten należy patrzeć jeszcze liberalniej, mając do dyspozycji art. 26 ust. 2f ustawy Pzp. Zatem Zamawiający nie mogą obecnie ograniczać się tylko do stricte formalnej oceny ofert. Mają za zadanie ustalić, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Mogą to czynić wielokrotnie, bez żadnych ograniczeń. Zamawiający w prowadzonym postępowaniu nie dostrzega możliwości korzystania z wymienionych regulacji prawnych.

Zatem podsumowując tę część odwołania, wskazać należy, że Zamawiający nie tylko miał uprawnienie do ponownego skorzystania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp celem ustalenia czy faktycznie opisane w JEDZ roboty z doświadczenia zawodowego p. Karola N., posiadają wszystkie wymacane cechy, tj. potwierdzają co najmniej 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robot mostowych lub kierownika budowy przy budowie obiektów mostowych o konstrukcji żelbetowej, czy też nie, ale miał wręcz, taki obowiązek., tym bardziej, że przecież podstawę prawną dla ustalenia tej kwestii mógłby równie dobrze

stanowić przywołany wyżej art. 26 ust. 2f jak i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jak wynika bowiem wprost z treści tego przepisu, art. 26 ust. 2f ustawy PZP - bez uszczerbku dla równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji między nimi, może być stosowany bez żadnych limitów cc do liczby skorzystania z niego w toku postępowania. Ograniczeń takich nie można w tym przypadku wywodzić ani z wykładni historycznej, ani z literalnego odczytania jego treści.

Kontynuując, Odwołający domagał się równego potraktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Tymczasem Zamawiający potraktował wykonawców różnie, czym wprost naruszyło zasady wyrażone w art. 7 ustawy Pzp. Jak Zamawiający wskazał bowiem na stronie 6. swojej decyzji o wykluczeniu wykonawców, w zakresie dotyczącym innego konsorcjum, tj. Konsorcjum: Balzola: *„zgodnie z wiedzą Zamawiającego, realizacja zadania pn. Przebudowa ul. Marszałka Focha w Bydgoszczy na odcinku od skrzyżowania z ul. Gdańską do mostów na rzece Brdzie” miała miejsce w okresie od 16.09.2008 r. /przekazanie terenu budowy/ do 30.04.2009 r. ”*

Podobnie treść wezwań kierowanych do wykonawców w toku postępowania, wskazuje wprost., że ich formułowanie wymagało od Zamawiającego sięgania do różnych źródeł wiedzy o zamówieniach, których wykonaniem wykazują się poszczególni wykonawcy, jak i o okolicznościach faktycznych wykonanych przez nich robót lub usług wykonanych przez ich kadrę.

W tej sytuacji dziwi nierówne potraktowanie Odwołującego 3 poprzez zaniechanie sięgnięcia do tych samych źródeł wiedzy o przedmiocie zamówień publicznych celem ustalenia czy faktycznie roboty z doświadczenia zawodowego p. K. N., potwierdzają co najmniej 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót mostowych i/lub kierownika budowy przy budowie obiektów mostowych o konstrukcji żelbetowej. Abstrahując od tego, że w niektórych przypadkach wynika to wprost z ich tytułów, to dostęp do bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych, o którym mowa w art. 26 ust. 6 ustawy, gwarantuje Zamawiającemu pozyskanie wiedzy na temat faktycznego zakresu wszystkich zamówień publicznych wykazanych w JEDZ złożonym przez Odwołującego 3 w dniu 30 marca 2017 roku w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

Na końcu warto wskazać także na naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Z przepisu tego wprost wynika, że ma on zastosowanie obligatoryjne w każdym przypadku, gdy pojawią się jakieś okoliczności wymagające wyjaśnienia. Mając to na uwadze Odwołujący domaga się jako żądanie alternatywne wezwania go do przedłożenia wyjaśnień złożonego JEDZ. Jest to konieczne aby można było powiedzieć, że rzetelnie przeprowadzono badanie i ocenę ofert.



W ocenie Odwołującego konieczne było zastosowanie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp celem wyjaśnienia treści złożonego JEDZ. Dotyczy to bowiem właściwości wykonawcy. Z definicji ma więc charakter dokumentu podmiotowego. Ewentualnie, zastrzeżenie nie stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jako sprzeczne z przepisami ustawy PZP, Odwołujący uważałby za nieważne na podstawie ml. 58 Kodeksu cywilnego. W ocenie Odwołującego nie wywoływałoby ono żadnych skutków prawnych. Zatem Odwołujący domaga się, abstrahując od wezwania go do ponownego przedłożenia JEDZ - na podstawie opisanych wyżej podstaw prawnych, ewentualnie do przedłożenia wykazu osób i pozostałych dokumentów wskazanych w SIWZ, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP, a jedynie żąda umożliwienia mu wyjaśnienia czy faktycznie roboty z doświadczenia zawodowego p. K. N. potwierdzają co najmniej 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót mostowych i/lub kierownika budowy przy budowie obiektom mostowych o konstrukcji żelbetowej, a to w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Art 26 ust. 4 ma bowiem charakter obligatoryjny.

Mając powyższe na uwadze, obowiązkiem Zamawiającego było ustalenie, po uprzednim wyjaśnieniu Odwołującego lub w inny opisany w treści odwołania sposób czy p. K. N. legitymuje się wymaganym doświadczeniem. W wyniku powyższego Odwołujący 3 nie zostałby wykluczony z postępowania, ale uzyskałby je. W tym miejscu zauważenia wymaga, że dla Odwołującego od początku zrozumiałe było, że Zamawiający wymagał wykazania doświadczenia kierownika robót mostowych przy budowie (w myśl art. 3 pkt 6 Prawo Budowlane) obiektów mostowych o konstrukcji żelbetowej i wyłącznie takie doświadczenie wykazano. Fakt precyzji czy sposobu wyrażenia powyższego w JEDZ nie może mieć decydującego znaczenia. Nie ulega bowiem wątpliwości, że w sensie obiektywnym p. K. N. wymagane doświadczenie posiada.

W celu potwierdzenia doświadczenia 3 - letniego Odwołujący wykazał nazwy zadań w punktach, zgodnie z zaleceniem Zamawiającego, wyartykułowanym w wezwaniu z dnia 27 marca 2017 roku. Jak już wynika z samych tylko tytułów kontraktów dla wykonanych robót, doświadczenie kierownika robót mostowych jawi się jako oczywiste.

Abstrahując od pierwszej z wykazanych robót Odwołujący 3 wskazał, co następuje:

(1) Budowa obwodnicy Pelplina w ciągu drogi wojewódzkiej nr 229 - Budowa wiaduktu nad torami PKP. Termin realizacji 04.05.2009 - 26.05.2010. Robota obejmowała: wiadukt drogowy nad torami PKP o konstrukcji żelbetowej, szerokości 14,8m i rozpiętości przęsła 19,913m + 32,00m 19,47m – 71,76m. Konstrukcja żelbetowa co oczywiste dla Zamawiającego zawiera się w elementach: fundamenty, przyczółki, filary, ustrój niosący, kapy chodnikowe, płyty przejściowe,

(2) Wykonanie obiektu mostowego WD-72 w ramach budowy II etapu Autostrady A1 na odcinku od Nowych Marzów do Czerniewic, termin realizacji 12.11.2009 – 30.09.2010, „Wykonanie obiektu” jest tożsame z „budową”. Potoczne określenie „WD” oznacza „wiadukt

drogowy". Obiekt WD-72 wykonano jako dwuprzęsłowy wiadukt o rozdzielonych konstrukcjach ustroju i podpór w ciągu łącznic Di.2 i Di.3. Rozpiętość teoretyczna w osiach podpór 26,68m + 26,69m 53,37m, natomiast szerokość każdego wiaduktu wynosi 8,50m. Konstrukcja żelbetowa co oczywiste dla Zamawiającego zawiera się w elementach: fundamenty, przyczółki, filary, ustrój niosący, kapy chodnikowe, płyty przejściowe, gzymsy.

(3) Przebudowa mostu na rzece Jance w ciągu drogi wojewódzkiej nr 234 w km 13+313 w miejscowości Morzeszczyn. Termin realizacji 10.08.2010 – 29.11.2010. Nazwa zadania wskazuje, iż jest to przebudowa, jednakże zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy Prawo Budowlane. zadanie stanowiło budowę z uwagi na zmianę (zwiększenie) długości i szerokości obiektu czyli rozbudowę, oraz charakter prac czyli rozbiórkę i odbudowę obiektu. Konstrukcja żelbetowa, co oczywiste dla Zamawiającego zawiera się w elementach: fundamenty, przyczółki, ustrój niosący, gzymsy.

(4) Budowa obiektu mostowego (kładki dla pieszych) wraz z murami oporowymi w ramach zadania pn. „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 222 w miejscowości Straszyn - III etap na odcinku od rzeki Raduni do skrzyżowania z ulicą Boczna”. Termin realizacji 02.11.2010 do 30.09.2011. Odwołujący przyjął to zadanie do doświadczenia z uwagi na to, iż z technologicznego punktu widzenia jest to obiekt mostowy, natomiast w SWIZ w pojęciu obiekt mostowy kładka dla pieszych nie występuje. W związku z czym Odwołujący nie powinien wskazywać tego zadania jako spełnienie warunku. Konstrukcja żelbetowa, co oczywiste dla Zamawiającego - zawiera się w elementach: fundamenty, przyczółki, filar, ustrój niosący, gzymsy.

(5) Budowa Tuneli Drogi Zielonej na terenie zamkniętym PKP pod torami PKP i SKM oraz kładki pieszo-rowerowej bieżącej ul. Subisława z terenem Hipodromu wraz z kładką technologiczną. Termin realizacji 01.10.2011 do 15.11.2012. Nazwa zadania wskazuje, iż jest to budowa tuneli, jednakże obiekty były projektowane i budowane zgodnie z Warunkami Technicznymi dla kolejowych obiektów inżynierskich Id-2. Zgodnie z tymi wymaganiami wybudowano dwa żelbetowe ramowe wiadukty kolejowe na obciążenie kolejowe klasą +2 oraz żelbetowe przejście pieszo-rowerowe na obciążenie kolejowe klasą +2. Konstrukcja żelbetowa, co oczywiste dla Zamawiającego, zawiera się w elementach: fundamenty, przyczółki, ustrój niosący, gzymsy.

(6) Przebudowa mostu drogowego nad rzeką Zbrzycą w miejscowości Widno wraz z dojazdami, w tym rozbiórka istniejącego mostu, termin realizacji 05.08.2013 do 08.11.2013. Nazwa zadania wskazuje, iż jest to przebudowa mostu drogowego, jednakże zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy Prawo Budowlane zadanie było objęte budową mostu drogowego, z uwagi na fakt, iż po całkowitej rozbiórce starego mostu stalowo-drewnianego, został wykonany nowy o całkowicie nowej konstrukcji żelbetowej. Wybudowany nowy most jest też dłuższy, szerszy oraz wyższy względem starego. Konstrukcja żelbetowa - co oczywiste dla Zamawiającego -

zawiera się w elementach: fundamenty, przyczółki, ustrój niosący, kapy chodnikowe, płyty przejściowe.

(7) Budowa Trasy Średnicowej Etap II - od ul. Droga Łąkowa do węzła A-1 "GRUDZIĄDZ" odcinek 2. Termin realizacji 13.09.2013 13.10.2014. Zadanie obejmowało budowę dwóch żelbetowych wiaduktów drogowych oznaczonych jako WS-1 (wiadukt w ciągu drogi ekspresowej) o szerokości 2 x 11,68m i rozpiętości przęsła 34,00m + 48,50m +- 34,00m - 116,50m (jezdnia północna) i 34,00m + 42,50m +34,00m - 110,50m (jezdnia południowa). Zadanie obejmowało budowę wiaduktu żelbetowego WD-2 (wiadukt drogowy) o szerokości 18,0m długości teoretycznej przęsła 34,70m. Konstrukcja żelbetowa - co oczywiste dla Zamawiającego, dla powyższych obiektów zawiera się w elementach: fundamenty, przyczółki, filary, ustrój niosący, kapy chodnikowe, płyty przejściowe, gzymsy.

(8) Przebudowa mostu na rzece Piesienica w ciągu drogi powiatowej nr 2703G w miejscowości Piesienica, termin realizacji 11.03.2014 do 11.06.2014. Nazwa zadania wskazuje, iż jest to przebudowa mostu drogowego, jednakże zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy Prawo Budowlane zadaniem była objęta budowa mostu drogowego, z uwagi na fakt, iż po rozbiórce starego mostu z, pozostawieniem części fundamentów został wykonany nowy dłuższy, szerszy oraz wyższy obiekt względem starego (co stanowi odbudowę i rozbudowę). Konstrukcja żelbetowa, co oczywiste dla Zamawiającego zawiera się w elementach: fundamenty, przyczółki, ustrój niosący, kapy chodnikowe, płyty przejściowe.

(9) Przebudowa mostu w ciągu drogi wojewódzkiej nr 229 w km 4+003 w miejscowości Lipinki Szlacheckie wraz z dojazdami. Termin realizacji 13.02.2015 do 31.07.2015. Nazwa zadania wskazuje, iż jest to przebudowa mostu drogowego, jednakże zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy Prawo Budowlane zadaniem było objęte budowa mostu drogowego, z uwagi na fakt, iż po rozbiórce starego mostu, został wykonany całkowicie nowy obiekt dłuższy, szerszy oraz wyższy względem starego (co stanowi odbudowę i rozbudowę). Konstrukcja żelbetowa, co oczywiste dla Zamawiającego, zawiera się w elementach; fundamenty, przyczółki, ustrój niosący, kapy chodnikowe, płyty przejściowe.

(10) Przebudowa mostu w ciągu drogi powiatowej nr 1275N Bronowo - Obrzynowo w m. Bronowo. Termin realizacji 31.07.2015 do 13.11.2015. Nazwa zadania wskazuje, iż jest to przebudowa mostu drogowego, jednakże zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy Prawo Budowlane zadanie było objęte budową mostu drogowego, z uwagi na fakt, iż po całkowitej rozbiórce starego mostu, został wykonany nowy obiekt, dłuższy, szerszy oraz wyższy względem starego (co stanowi; odbudowę i rozbudowę). Konstrukcja żelbetowa, co oczywiste dla Zamawiającego, zawiera się w elementach: fundament, przyczółki, ustrój niosący, kapy chodnikowe, płyty przejściowe.

(11) Przebudowa mostu na rzece Lutrynie w miejscowości Świecie nad Osą w ciągu drogi powiatowej nr 1407C Rywald - Lisnowo. Termin realizacji 04.07.2016 02.12.2016. Nazwa

zadania wskazuje, iż. jest to przebudowa mostu drogowego, jednakże zgodnie z. art. 3 pkt 6 ustawy Prawo Budowlane zadanie było objęte budową mostu drogowego, z uwagi na fakt, iż po całkowitej rozbiórce starego mostu, został wykonany nowy obiekt, dłuższy, szerszy oraz wyższy względem starego (co stanowi odbudowę i rozbudowę). Konstrukcja żelbetowa zawiera się w elementach; fundamenty, przyczółki, ustrój niosący, kapy chodnikowe, płyty przejściowe.

Zauważenia wymaga, że Odwołujący przyjął do wiadomości mając na uwadze sposób procedowania Zamawiającego w tej sprawie, że skoro Zamawiający szczegółowo sprawdza u innych zamawiających doświadczenie wykonawców i ich kadry, to z samych nazw zadań inwestycyjnych wiadomym będzie, że wszystkie te roboty obejmowały konstrukcje żelbetowe wykonanych obiektów. Okoliczność tę Odwołujący uznał za notoryjną. Z daleko idącej ostrożności Odwołujący podnosił zatem art. 87 ustawy Pzp jako przepis, który mógłby znaleźć ewentualnie zastosowanie do poprawienia treści oferty Odwołującego w tym zakresie. Zarzut zaniechania zastosowania tego przepisu, podniesiony jest jednak z daleko idącej ostrożności. Przepis ten mógłby w ocenie Odwołującego znaleźć zastosowanie pomocniczo, przykładowo, w uzupełnieniu do zastosowaniu art. 26 ust. 4 ustawy PZP.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosil jak na wstępie.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wniesione zostało przez podmiot uprawniony w ustawowo określonym terminie. Wpis od odwołania został w prawidłowej wysokości uiszczony na rachunek UZP, kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, oferty wykonawców, którzy złożyli odwołania, jak również oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestników postępowania złożone ustnie i pisemnie w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

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

Ustalono dalej, że poszczególni wykonawcy wnoszący odwołania posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie poszczególnych Odwołujący i odrzucenie ich ofert, w tym

w szczególności trzech pierwszych ofert o najkorzystniejszym bilansie ceny i pozostałych kryteriów oceny, oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołujących możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że do wszystkich postępowań odwoławczych, zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. oraz STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie. Przystąpienia uznano za skuteczne.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 859/17 zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli także:

1. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A. (Lider) oraz WANT Sp. z o.o. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Toruniu**
2. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Balzola Polska Sp. z o.o. (Lider) oraz Construcciones y Promociones Balzola S.A. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Warszawie**

Izba potwierdziła skuteczność przystąpień.

W postępowaniu o sygn. akt KIO 867/17 zgłoszenie przystąpienia o stronie Zamawiającego zgłosili także wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A. (Lider) oraz WANT Sp. z o.o. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Toruniu.** Przystąpienie uznano za skuteczne.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź w poszczególnych postępowaniach odwoławczych, w których przedstawiając obszerną argumentację wnosił o ich oddalenie w całości.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że wszyscy Odwołujący prawidłowo w odwołaniach przytoczyli fragmenty SIWZ istotne z punktu widzenia oceny podmiotowej wykonawcy w postępowania oraz badania i oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego. Fragmenty te, istotne z punktu widzenia sporu między Stronami postępowania odwoławczego przytoczył także Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Z akt postępowania wynika, iż w dniu 17 marca 2017 roku Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 w związku z art. 24aa ustawy Pzp wykonawcę Pribex o złożenie uzupełnień w zakresie niewynikającym z JEDZ, opisanym w wezwaniu odnośnie wymaganego doświadczenia zawodowego kadry wykonawcy przewidzianej do pełnienia określonych funkcji.

W dniu 27 marca 2017 roku Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 w związku z art. 24aa ustawy Pzp Odwołującego 3 do uzupełnienia treści JEDZ, w zakresie opisanym w wezwaniu odnośnie wymaganego doświadczenia zawodowego kadry wykonawcy przewidzianej do pełnienia określonych funkcji.

Z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz ofertach odrzuconych i wykonawcach wykluczonych wynika, że :

1. Zamawiający działając na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy wykluczył Wykonawcę - **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Sp. z o.o.**, ponieważ Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

(1) Zamawiający w pkt. 9.2.3.2 Instrukcji dla Wykonawców (IDW) wymagał wskazania Kierownika budowy (1 osoba o minimalnych poziomach zdolności określonych poniżej) posiadającego minimum 3-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami drogowymi na stanowisku kierownika budowy i/lub kierownika robót drogowych, w tym przynajmniej podczas zadania polegającego na budowie lub przebudowie drogi o długości min. 500m, klasy min. Z wraz z infrastrukturą towarzyszącą (obejmującą przynajmniej następujące branże: kanalizacja deszczowa, teletechniczna, elektroenergetyczna nN, oświetlenie drogowe, sygnalizacja świetlna) (Wykonawca jest zobowiązany wskazać, które branże z ww. były wykonywane), oraz posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej drogowej., o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2016, poz. 290 ze zm.) oraz w Rozporządzeniu Ministra infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 2014 poz, 1278) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub uznane przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. 2016 r., poz. 65) , lub zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami dotyczące uznawania kwalifikacji,

Wykonawca w przedłożonym wraz z ofertą JEDZ nie uzupełnił pkt 2) Części IV; Kryteria kwalifikacji sekcja C: Zdolność techniczna i zawodowa tj. nie wskazał żadnej osoby na stanowisko kierownika budowy.

Zamawiający pismem z dnia 17.03.2017 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia JEDZ w zakresie wskazania kierownika budowy tj.: imienia i nazwiska, zakresu posiadanych

uprawnień oraz wskazania co najmniej co najmniej 3 letniego doświadczenia w kierowaniu robotami drogowymi na stanowisku kierownika budowy i/lub kierownika robót drogowych, w tym przynajmniej podczas 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie drogi o długości min. 500m, klasy min. Z wraz z infrastrukturą towarzyszącą (obejmującą przynajmniej następujące branże: kanalizacja deszczowa, teletechniczna, elektroenergetyczna nN, oświetlenie drogowe, sygnalizacja świetlna) (Wykonawca jest zobowiązany wskazać, które branże z ww. były wykonywane), (doświadczenie Wykonawca wykaże wskazując od: miesiąc, rok - do miesiąc, rok; dopuszcza się sumowanie doświadczenia z różnych okresów nienakładających się z różnych zadań).

Wykonawca w terminie wskazanym przez Zamawiającego uzupełnił JEDZ, w którym wskazał na stanowisko kierownika budowy Pana W. Z.

Z informacji wskazanych w uzupełnionym JEDZ wynika, że Pan W. Z.:

1) posiada uprawnienia nr WAM/0152/OWOD/14 w specjalności drogowej bez ograniczeń, oraz

2) posiada doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót drogowych podczas realizacji zadań:

a) *Rozbudowa drogi S7 do parametrów drogi dwujezdniowej na odc. Obwodnicy Kielc, od Węzła Wiśniówka do Węzła Chęciny*, budowa drogi klasy S wraz z infrastrukturą towarzyszącą elektroenergetyczną Nn, kanalizacyjną, oświetleniową, teletechniczną (...), oraz

b) *Budowa Przasnyskiej strefy ekonomicznej*, budowa dróg dł, 4,5 km, klasy Z wraz z infrastrukturą towarzyszącą elektroenergetyczną Nn, kanalizacyjną, teletechniczną, oświetleniową, (...), oraz

c) *Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku od węzła Marki (bez węzła) do węzła Kobyłka*. Budowa drogi klasy S wraz z infrastrukturą towarzyszącą elektroenergetyczną Nn, kanalizacyjną, oświetleniową, teletechniczną (...).

Z informacji podanych przez Wykonawcę w JEDZ nie wynika:

1) czy Pan Wojciech Z., posiada uprawnienia budowlane *do kierowania robotami budowlanymi* w specjalności drogowej bez ograniczeń, oraz

2) czy podczas realizacji co najmniej jednego z zadań wskazanych w pkt. a-c powyżej, wykonano infrastrukturę towarzyszącą obejmującą kanalizację deszczową, oświetlenie drogowe, sygnalizację świetlną, przy czym Wykonawca był zobowiązany do wskazania które branże były wykonywane.

(2) Zamawiający w pkt. 9.2.3.3 IDW wymagał wskazania Kierownika robót drogowych (1 osoba o minimalnych poziomach zdolności określonych poniżej) posiadającego co najmniej 2 lata doświadczenia na stanowisku kierownika robót drogowych i/lub kierownika

budowy przy budowie lub przebudowie drogi/dróg, w tym przynajmniej podczas 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie drogi o długości min. 500 m, klasy min. Z wraz z infrastrukturą towarzyszącą (obejmującą przynajmniej następujące branże: kanalizacja deszczowa, teletechniczna, elektroenergetyczna nN, oświetlenie drogowe, sygnalizacja świetlna) (Wykonawca jest zobowiązany wskazać, które branże z ww. były wykonywane), oraz posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2016, poz. 290 ze zm.) oraz w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 2014 poz. 1278) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub uznane przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. 2016 r., poz. 65) lub zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami dotyczące uznawania kwalifikacji.

Wykonawca w przedłożonym wraz z ofertą JEDZ nie uzupełnił pkt. 2) Części IV: Kryteria kwalifikacji sekcja C: Zdolność techniczna i zawodowa tj. nie wskazał żadnej osoby na stanowisko kierownika robót drogowych,

Zamawiający pismem z dnia 17.03.2017 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia JEDZ w zakresie wskazania Kierownika robót drogowych tj. imienia i nazwiska, zakresu posiadanych uprawnień, oraz wskazania co najmniej 2 letniego doświadczenia na stanowisku kierownika robót drogowych i/lub kierownika budowy przy budowie lub przebudowie drogi/dróg, w tym przynajmniej podczas 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie drogi o długości min, 500m, klasy min. Z wraz z infrastrukturą towarzyszącą (obejmującą przynajmniej następujące branże: kanalizacja deszczowa, teletechniczna, elektroenergetyczna nN. oświetlenie drogowe, sygnalizacja świetlna) (Wykonawca jest zobowiązany wskazać, które branże z ww. były wykonywane), (doświadczenie Wykonawca wykaże wskazując od: miesiąc, rok ~ do miesiąc, rok; dopuszcza się sumowanie doświadczenia z różnych okresów nienakładających się z różnych zadań).

Wykonawca w terminie wskazanym przez Zamawiającego uzupełnił JEDZ, w którym wskazał na stanowisko kierownika robót drogowych Pana M. J. Z informacji wskazanych w uzupełnionym JEDZ wynika, że Pan M. J.:

- 1) posiada uprawnienia w specjalności drogowej bez ograniczeń MAZ/0354/OWOD/07, oraz
- 2) posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót drogowych podczas realizacji nw. zadań:



a) *Budowa obwodnicy ul. Okrężnej w Żurominie, (...) budowa drogi klasy G o dł. 3 km wraz z infrastrukturą towarzyszącą elektroenergetyczną, kanalizacyjną, wodociągową, deszczową i oświetleniową, sygnalizacyjną (...), oraz*

b) *Budowa dróg w ramach zadania „Budowa nowych skrzyżowań dwupoziomowych LCS Ciechanów”, dł. dróg ok. 1 km klasy G, budowa drogi wraz z infrastrukturą towarzyszącą elektroenergetyczną, kanalizacyjną, oświetleniową, (...).*

Z treści informacji podanych w JEDZ nie wynika:

1) czy Pan M. J. posiada uprawnienia budowlane *do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń, oraz*

2) czy podczas realizacji co najmniej jednego z zadań wskazanych w pkt. a-b powyżej, wykonano infrastrukturę towarzyszącą obejmującą następujące branże: kanalizacja deszczowa, teletechniczna, elektroenergetyczna Nn, oświetlenie drogowe, sygnalizacja świetlna przy czym Wykonawca był zobowiązany do wskazania które branże były wykonywane.

(3) Zamawiający w pkt. 9.2.3.4 IDW wymagał wskazania Kierownika robót mostowych (1 osoba o minimalnych poziomach zdolności określonych poniżej): posiadającego co najmniej 3 lata doświadczenia na stanowisku kierownika robót mostowych i/lub kierownika budowy przy budowie obiektów mostowych o konstrukcji żelbetowej, w tym co najmniej podczas 1 zadania polegającego na budowie obiektu mostowego o konstrukcji żelbetowej przynajmniej dwuprzęsłowej o rozpiętości pojedynczego przęsła minimum 10 m oraz posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej mostowej bez ograniczeń, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2016, poz. 290zezm.) oraz w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 2014 poz, 1278) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub uznane przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. 2016 r., poz. 65) lub zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami dotyczące uznawania kwalifikacji.

Wykonawca w przedłożonym wraz z ofertą JEDZ nie uzupełnił pkt. 2) Części IV: Kryteria kwalifikacji sekcja C: Zdolność techniczna i zawodowa tj. nie wskazał żadnej osoby na stanowisko kierownika robót mostowych.

Zamawiający pismem z dnia 17,03.2017 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia JEDZ w zakresie informacji dotyczących wskazania kierownika robót mostowych tj. wskazania: imienia i nazwiska, zakresu posiadanych uprawnień oraz wskazania co najmniej 3 letniego

doświadczenia na stanowisku kierownika robót mostowych i/lub kierownika budowy przy budowie obiektów mostowych o konstrukcji żelbetowej, w tym co najmniej podczas 1 zadania polegającego na budowie obiektu mostowego o konstrukcji żelbetowej przynajmniej dwuprzęsłowej o rozpiętości pojedynczego przęsła minimum 10m (doświadczenie Wykonawca wykaże wskazując od: miesiąc, rok ~ do miesiąc, rok; dopuszcza się sumowanie doświadczenia z różnych okresów nienakładających się z różnych zadań).

Wykonawca w terminie wskazanym przez Zamawiającego uzupełnił JEDZ, w którym wskazał na stanowisko kierownika robót mostowych Pana P. K. Z informacji wskazanych w uzupełnionym JEDZ wynika, że Pan P. K. posiada uprawnienia w specjalności mostowej bez ograniczeń POM/0231/OWOM. Z treści informacji podanych w JEDZ nie wynika czy Pan P. K. posiada uprawnienia budowlane *do kierowania robotami budowlanymi* w specjalności mostowej bez ograniczeń.

W związku z powyższym Zamawiający wykluczył ww. Wykonawcę z niniejszego postępowania na podstawie **24 ust. 1 pkt 12) ustawy, ponieważ nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu**, o których mowa w pkt. 9.2.3.2, 9.2.3.3 oraz 9.2.3.4 IDW, a jego ofertę na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy uznał za odrzuconą.

2. Zamawiający działając na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy wykluczył **Wykonawcę - Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A. oraz WANT Sp. z o.o.**, ponieważ Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w pkt 9.2.3.4 IDW wymagał wskazania Kierownika robót mostowych (1 osoba o minimalnych poziomach zdolności określonych poniżej): posiadającego co najmniej 3 lata doświadczenia na stanowisku kierownika robót mostowych i/lub kierownika budowy przy budowie obiektów mostowych o konstrukcji żelbetowej, w tym co najmniej podczas 1 zadania polegającego na budowie obiektu mostowego o konstrukcji żelbetowej przynajmniej dwuprzęsłowej o rozpiętości pojedynczego przęsła minimum 10 m oraz posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej mostowej bez ograniczeń, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2016, poz. 290 ze zm.) oraz w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie {Dz. U. 2014 poz. 1278) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub uznane przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. 2016 r., poz. 65) lub zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami dotyczące uznawania kwalifikacji.

Wykonawca w celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu wskazał w Części IV sekcji C pkt 2) JEDZ dot. przedsiębiorstwa WANT sp. z o.o. na powyższe stanowisko Pana K. N.

Z informacji podanych w JEDZ nie wynikało, że Pan K. N. posiada co najmniej 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót mostowych i/lub kierownika budowy przy budowie obiektów mostowych o konstrukcji żelbetowej.

Zamawiający pismem z dnia 27.03.2017 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia JEDZ w zakresie wskazania posiadania przez Pana K. N. co najmniej 3-letniego doświadczenia na stanowisku kierownika robót mostowych i/lub kierownika budowy przy budowie obiektów mostowych o konstrukcji żelbetowej (doświadczenie Wykonawca wykaże wskazując od: miesiąc, rok ~ do miesiąc, rok; dopuszcza się sumowanie doświadczenia z różnych okresów nie nakładających się z różnych zadań).

W terminie wskazanym przez Zamawiającego Wykonawca uzupełnił JEDZ dot. WANT sp. z o.o. w zakresie doświadczenia Pana K. N. Z treści uzupełnionego JEDZ wynika, że Pan K. N. pełnił funkcję Kierownika robót mostowych podczas realizacji nw. zadań:

a) *Budowa Trasy Średnicowej Etap II - od ul. Droga Łąkowa do węzła A1 Grudziądz - odcinek 3, w tym:*

- *budowa mostu M1 nad rzeką Rudniczanką. Obiekt trójprzęsłowy o szerokości 11,20m i długości 42m. Rozpiętość poszczególnych przęseł: 12tn + 18m + 12m;*

- *budowa wiaduktu nad ul. Konstytucji 3 Maja, obiekt żelbetowy, trójbelkowy, dwuprzęsłowy. Przęsło o szerokości 17,20 m i rozpiętości każdego przęsła w osiach podparcia 2x27m w okresie od 24.10.2011-18.01.2013 {14 miesięcy}.*

b) *Budowa obwodnicy Peplina w ciągu drogi wojewódzkiej nr 229 ~ Budowa wiaduktu nad torami PKP w okresie od 04.05.2009-26.05.2010;*

c) *Wykonanie obiektu mostowego WD-72 w ramach budowy II Etapu Autostrady A1 na odcinku od Nowych Marzów do Czerniewic w okresie od 12.11.2009-30.09.2010;*

d) *Przebudowa mostu na rzece Jance w ciągu drogi wojewódzkiej nr 234 w km 13\*313 w miejscowości Morzeszczyn w okresie od 10.08.2010-29.11.2010;*

e) *Budowa obiektu mostowego (kładki dla pieszych) wraz z murami oporowymi w ramach zadania pn, „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 222 w miejscowości Straszyn - II etap na odcinku od rzeki Raduni do skrzyżowania z ulicą Boczna” w okresie od 02,11.2010-30.09,2011;*

f) *Budowa Tuneli Drogi Zielonej na ternie zamkniętym PKP i SKM oraz kładki pieszko-rowerowej łączącej ul. Subisława z terenem Hipodromu wraz z kładką technologiczną w okresie od 01.10.2011-15.11.2012;*

g) *Przebudowa mostu drogowego nad rzeką Zbrzycą w miejscowości Widno wraz z dojazdami - w tym rozbiórka istniejącego mostu w okresie od 05.08.2013-08,11.2013;*

- h) *Budowa Trasy Średnicowej Etap U - od ul. Droga Łąkowa do węzła A1 Grudziądz - odcinek 3* w okresie od 13.09.2013-13,10.2014;
- i) *Przebudowa mostu na rzece Piesienica w ciągu drogi powiatowej nr 2703G w miejscowości Piesienica* w okresie od 11.03.2014-11.06.2014;
- j) *Przebudowa mostu w ciągu drogi powiatowej nr 1275N Bronowo-Obrzynowo w m. Bronowo* w okresie od 31.07.2015-13.11.2015;
- k) *Przebudowa mostu na rzece w Lutynie w miejscowości Świecie nad Osą w ciągu drogi powiatowej nr 1407C Rywałd- Lisnowo* w okresie od 04.07.2016-02.12.2016.

Z informacji podanych w uzupełnionym JEDZ dot. WANT Sp. z o.o. nie wynika czy którekolwiek spośród zadań, o których mowa w pkt. b)-k) powyżej podczas których Pan K. N. pełnił funkcję kierownika robót mostowych polegało na budowie, zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt. 6 ustawy Prawo budowlane (Dz. U. z 2016, poz. 290 ze zm.) obiektów mostowych o konstrukcji żelbetowej.

Z informacji podanych przez Wykonawcę wynika, że Pan K. N. pełnił funkcję kierownika robót mostowych przy budowie obiektów mostowych o konstrukcji żelbetowej przez okres 14 miesięcy, a nie jak wymagał Zamawiający przez okres co najmniej 3 lat.

W związku z powyższym Zamawiający wykluczył Wykonawcę z postępowania na **podstawie 24 ust. 1 pkt 12) ustawy**, ponieważ **nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu**, o którym mowa w pkt 9.2.3,4 IDW, a jego ofertę na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy uznał za odrzuconą.

(3) Zamawiający działając na podstawie art. **24 ust. 1 pkt 17)** ustawy wyklucza z niniejszego postępowania Wykonawcę -Konsorcjum: **Balzola Polska sp. z o.o. oraz Construciones y Promociones Balzola SA Bilbao** z uwagi na to, że Wykonawca 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.

Zamawiający w pkt. 9.2.3.2 Instrukcji dla Wykonawców (IDW) wymagał wskazania Kierownika budowy (1 osoba minimalnych poziomach zdolności określonych poniżej) posiadającego minimum 3-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami drogowymi na stanowisku kierownika budowy i/lub kierownika robót drogowych, w tym przynajmniej podczas zadania polegającego na budowie lub przebudowie drogi o długości min. 500m, klasy min. Z wraz z infrastrukturą towarzyszącą (obejmującą przynajmniej następujące branże: kanalizacja deszczowa, teletechniczna, elektroenergetyczna nN, oświetlenie drogowe, sygnalizacja świetlna) (Wykonawca jest zobowiązany wskazać, które branże z ww. były wykonywane), oraz posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej drogowej, o których mowa

w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2016, poz. 290 ze zm.) oraz w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 2014 poz. 1278) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub uznane przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. 2018 r., poz. 65) , lub zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami dotyczące uznawania kwalifikacji.

Wykonawca w celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu wskazał w Części IV sekcji C pkt 2) JEDZ dot. Balzola Polska sp. z o.o. na powyższe stanowisko Pana Krzysztofa D.

Z informacji podanych w JEDZ wynika, że Pan K. D. posiada doświadczenie na stanowisku kierownika budowy podczas realizacji następujących zadań:

- 1) „Modernizacja torowiska tramwajowego wbudowanego w jezdnię ul. Kościuszki od Al. Górnośląskiej do wiaduktu kolejowego w Katowicach. Przebudowa układu drogowego oraz infrastruktury technicznej „Modernizacja końcowego odcinka linii nr 6 i 16 w Katowicach Brynowie” (zadanie nr 4) w ramach realizacji Projektu pn. „Modernizacja infrastruktury tramwajowej i trolejbusowej w Aglomeracji Górnośląskiej (...) w okresie 10.2012-11.2015 oraz
- 2) „Przebudowa ul. Marszałka Focha w Bydgoszczy na odcinku od skrzyżowania z ul. Gdańską do mostów na rzece Brdzie”, (...) w okresie 09.2008-10.2010.

Zgodnie z wiedzą Zamawiającego realizacja zadania pn. „Przebudowa ul. Marszałka Focha w Bydgoszczy na odcinku od skrzyżowania z ul. Gdańską do mostów na rzece Brdzie” miała miejsce w okresie od 16.09.2008 r. (przekazanie terenu Budowy) do 30.04.2009 r. Z powyższego wynika, że Pan K. D. mógł pełnić funkcję kierownika budowy podczas realizacji ww. zadania w okresie od 16.09.2008 r. do 30,04.2009 r. a nie jak podał Wykonawca w JEDZ do 10.2010.

Zamawiający jest również w posiadaniu dokumentu złożonego przez Wykonawcę jako dowód w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą sygn. akt 382/17, z którego wynika, że Pan K. D. pełnił funkcję kierownika budowy podczas realizacji zadania pn. Modernizacja torowiska tramwajowego wbudowanego w jezdnię ul. Kościuszki od Al. Górnośląskiej do skrzyżowania w z ul. Dworcową w Katowicach (zadanie nr 3) Modernizacja końcowego odcinka linii nr 6 i 16 w Katowicach Brynowie (zadanie nr 4) w ramach realizacji projektu pn. Modernizacja infrastruktury tramwajowej i trolejbusowej w Aglomeracji Górnośląskiej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w okresie od 10.2013 do 06.2015.

Jednocześnie Zamawiający dysponuje złożonym podczas ww. postępowania odwoławczego pismem (nr MAO/JRP-B/0120/17), zgodnie z treścią ww. pisma spółka Tramwaje Śląskie S.A, pełniąca funkcję inwestora informuje, że zadanie pn. Modernizacja końcowego odcinka linii nr 6 i 16 w Katowicach Brynowie (zadanie nr 4) było realizowane zgodnie z umową w okresie od 21.10.2013 do 21.02.2015 roku.

Z powyższego wynika, że Pan K. D. mógł pełnić funkcję kierownika budowy podczas realizacji zadania pn. Modernizacja torowiska tramwajowego wbudowanego w jezdnię ul. Kościuszki od Al. Górnośląskiej do wiaduktu kolejowego w Katowicach, Przebudowa układu drogowego oraz infrastruktury technicznej „Modernizacja końcowego odcinka linii nr 6 i 18 w Katowicach Brynowie” (zadanie nr 4) w ramach realizacji Projektu pn. „Modernizacja infrastruktury tramwajowej i trolejbusowej w Aglomeracji Górnośląskiej (...) od 10.2013 do 02.2015 a nie jak podał Wykonawca w JEDZ w okresie 10.2012-11.2015.

Zatem łącznie doświadczenie Pana K. D. na stanowisku kierownika budowy wynosiło faktycznie 23 miesiące.

Nieprawdziwe oświadczenie Wykonawcy złożone w JEDZ mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Zamawiający opierając się tylko na informacjach podanych przez Wykonawcę w JEDZ uznałby, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, którym mowa w pkt. 9,2.3.2 IDW.

Jednocześnie zgodnie z orzecznictwem Krajowej izby Odwoławczej (KIO 382/17; KIO 1/16; KIO 526/15; KIO 177/15) złożenie przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji nie może być uzupełniane poprzez zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy.

Ponadto Zamawiający nadmienia, że wymagał od Wykonawcy wskazania w JEDZ kierownika robót mostowych (1 osoba o minimalnych poziomach zdolności określonych poniżej): posiadającego co najmniej 3 lata doświadczenia na stanowisku kierownika robót mostowych i/lub kierownika budowy przy budowie obiektów mostowych o konstrukcji żelbetowej, w tym co najmniej podczas 1 zadania polegającego na budowie obiektu mostowego o konstrukcji żelbetowej przynajmniej dwuprzęsłowej o rozpiętości pojedynczego przęsła minimum 10 m oraz posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej mostowej bez ograniczeń (...).

Wykonawca w celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu wskazał na stanowisko Pana J. J. Z informacji podanych przez Wykonawcę wynika, że Pan J. J. pełnił funkcję kierownika budowy podczas realizacji zadania pn. Budowa mostu na rzece Skawie w miejscowości Maków Podhalański w km 43+731 w ciągu drogi krajowej nr 28, Most konstrukcji żelbetowej łukowej, dwuprzęsłowej o rozpiętości przęsła 115 m, 09.2011-11.2012 (14 m-cy).

Zgodnie z informacjami udzielonymi przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad pełniącemu funkcję inwestora dla ww. inwestycji; zadanie pn. Budowa mostu na rzece Skawie w miejscowości Maków Podhalański w km 43+731 w ciągu drogi krajowej nr 28 dotyczyło budowy mostu o konstrukcji jednoprzęsłowej, a nie jak wskazał Wykonawca konstrukcji dwuprzęsłowej oraz Pan J. J. pełnił funkcję kierownika budowy w okresie od 08.09.2011 do 25.10.2011, a nie jak wskazał Wykonawca 09.2011 do 11.2012.

W związku z powyższym Zamawiający wykluczył Wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy, a jego ofertę na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy uznał za odrzuconą.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołania nie są zasadne i nie zasługują na uwzględnienie.

#### sygn. akt KIO 859/17

W pierwszej kolejności należy przywołać przepisy ustawy mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, uwzględniające zmiany wprowadzone ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Zgodnie z art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp *Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu.*

W świetle art. 25a ust. 1 ustawy Pzp *do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca:*

- 1) *nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu,*
- 2) *spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3.*

Zgodnie z ust. 2 tego przepisu *jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, wykonawca składa w formie jednolitego dokumentu.*

Dodatkowo zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a.

Art. 26 ust. 2f. stanowi, że jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów.

Na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zgodnie zaś z art. 26 ust. 6 ustawy Pzp wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2014 r. poz. 1114 oraz z 2016 r. poz. 352).

Dostrzeżenia w ocenie Izby zatem wymaga, w przypadku decyzji o zastosowaniu w postępowaniu tzw. „procedury odwróconej” uregulowanej w art. 24aa ustawy Pzp, że zamawiający może w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, ocena ta odnosi się do aspektów przedmiotowych samej oferty, gdzie zamawiający zdecydować może, czy oferta podlega odrzuceniu, czy też możliwe jest przejście do kolejnego etapu badania. Po ustaleniu rankingu ofert, jeżeli oferta



nie podlega odrzuceniu, zamawiający może zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający – zgodnie z przepisami ustawy Pzp i wbrew twierdzeniom Odwołującego 1 i Odwołującego 3 - zastosował niniejszą procedurę. W tym miejscu należy zgodzić się z Zamawiającym, iż w niniejszej sprawie dokonał on oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, następnie w odniesieniu do poszczególnych wykonawców w rankingu, których oferty zostały kolejno sklasyfikowane jako najkorzystniejsze, Zamawiający dokonał oceny podmiotowej danego wykonawcy, badając złożone przez tego wykonawcę oświadczenie wstępne w formie JEDZ.

Nie ulega również wątpliwości, że w procedurze, o której mowa w art. 24aa ust 1 ustawy Pzp ma zastosowanie art. 25a ust. 1 ustawy Pzp. Na podstawie tego przepisu wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty oświadczenie – w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Składane przez wykonawcę oświadczenie stanowi wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W niniejszym postępowaniu – wobec tego że wartość zamówienia przekraczała „*progi unijne*” oświadczenie to wykonawcy składali w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.

Izba nie ma także wątpliwości, iż Zamawiający poprzez postanowienia ogłoszenia i specyfikacji miał prawo zawarcia szczegółowych wymagań dotyczących JEDZ, sposobu jego wypełnienia oraz zakresu i formy informacji wymaganych od wykonawców i z uprawnienia tego Zamawiający w postępowaniu skorzystał. Owo wstępne potwierdzenie wymagań – na co zwrócił uwagę Zamawiający – jest formalnym oświadczeniem samego wykonawcy zawierającym istotne informacje, które w świetle przepisów ustawy Pzp mogą być od niego wymagane. Informacje te mają dawać Zamawiającemu możliwości oceny - we wstępny sposób – poziomu spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez poszczególnych wykonawców. Jeżeli zaś Zamawiający tak zdecyduje, stanowią one punkt wyjścia do potwierdzenia ich na kolejnym etapie odpowiednimi dokumentami potwierdzającymi złożone oświadczenia lub też stanowią jedyne źródło wiedzy Zamawiającego o potencjale wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu jedynym dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku udziału w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem było oświadczenie

własne wykonawcy, które miało znajdować się w JEDZ i zawierać określone informacje co do doświadczenia osób przewidzianych do pełnienia na kontrakcie określonych funkcji, projektach realizowanych przez te osoby, z wymienieniem określonych elementów zamówienia tych projektów przedmiotowo istotnych dla Zamawiającego.

Skoro więc złożony przez Odwołującego 1 dokument zawierał istotne braki (nie wskazywał osób na stanowisko kierownika budowy, kierownika robót drogowych i kierownika robót mostowych), Zamawiający wezwał Odwołującego 1, którego oferta została sklasyfikowana na najwyższej pozycji, do uzupełnienia niniejszego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 24aa ustawy Pzp. Tym samym Zamawiający kierując dane wezwanie do wykonawcy dał wyraz, iż wezwanie realizowane jest w procedurze odwróconej. Gdyby dokumenty zostały uzupełnione prawidłowo, dopiero wówczas, jeżeli wykonawca nie podlega już na tym etapie wykluczeniu (właśnie choćby z powodu nieprawidłowego uzupełnienia JEDZ) Zamawiający zobowiązany byłby wystosować wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do przedstawienia odpowiednich dokumentów i oświadczeń, aktualnych na dzień złożenia - dokumentów potwierdzających postawione warunki. Nie ulega również wątpliwości, że to na wykonawcy spoczywał obowiązek i jednocześnie prawo po pierwsze do prawidłowego wypełnienia JEDZ i złożenia go wraz z ofertą, po drugie zaś do prawidłowego uzupełnienia JEDZ, przedstawiając informacje w takim zakresie jak wymagał tego Zamawiający.

Izba w pełni podziela argumentację Zamawiającego przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie, iż „wstępność” oświadczenia zawartego w JEDZ należy rozumieć w ten sposób, że na pierwszym etapie oceny zastępuje ono dokumenty, których żąda się w trybie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Jest to zwłaszcza widoczne w przypadku procedury odwróconej, gdzie owe dokumenty musi de facto przedstawiać tylko wykonawca, którego oferta została najwyżej sklasyfikowana. Wstępny charakter oświadczeń zawartych w JEDZ nie oznacza jednak, że mogą być one przygotowane w niestaranny sposób, nie wynika z nich potwierdzenie spełniania ustalonych przez Zamawiającego warunków udziału, wykonawca nie ujmuje wszystkich istotnych kwestii, których w SIWZ wymagał Zamawiający. Również uzupełnienie JEDZ nie może się odbywać w sposób wybiórczy, bez brania pod uwagę treści wezwania Zamawiającego, które tak naprawdę zwraca wykonawcy uwagę, jakie błędy popełnił przy wypełnianiu dokumentu w jego pierwotnej treści.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że konsekwencją nieuzupełnienia JEDZ w sposób wskazany w wezwaniu do uzupełnienia było stwierdzenie, że wykonawca nie złożył dokumentu zawierającego wstępne oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1

pkt 12 ustawy Pzp, a jego ofertę, zgodnie z ust. 4 tego artykułu uznano za odrzuconą. W związku z powyższym Zamawiający nie miał podstaw do dokonywania dalszej oceny tej oferty, a tym bardziej do uznawania, że oferta ta może być najwyżej oceniona. Stąd w konsekwencji konieczności uznania tej oferty za odrzuconą. Zamawiający nie mógł zastosować art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Artykuł ten nakazuje Zamawiającemu, przed zawarciem umowy z wykonawcą, którego oferta została najwyżej oceniona żądać złożenia przez tego wykonawcę aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a w niniejszym postępowaniu wykonawca tych warunków zakreślonych przez Zamawiającego w SIWZ – we wstępnym oświadczeniu - nie wykazał, zatem nie było podstaw do wzywiania go o dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, skoro już na etapie wstępnego oświadczenia wykonawcy okazało się, że nie spełnia on wymagań Zamawiającego. Nie może być tak, że wykonawca odpowiadając na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp złoży lub uzupełni dokument JEDZ w ten sposób, że nie będzie on wciąż potwierdzał spełniania ustalonych warunków udziału w postępowaniu licząc, że swoje błędy będzie można naprawić przy kolejnym podejściu składając dokumenty na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Aby ta ostatnia regulacja ustawy mogła być zastosowana, konieczne jest prawidłowe wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które najlepszy wykonawca potwierdzi jedynie przez złożenie odpowiednich dokumentów. Owe dokumenty nie zastępują oświadczenia samego wykonawcy złożonego w JEDZ. Dokumenty mają jedynie potwierdzać informacje wynikające z JEDZ. Podobnie było w poprzednim stanie prawnym, gdzie wykonawca składał oświadczenie własne (np. wykaz usług), natomiast referencje miały jedynie potwierdzać informacje wynikające z wykazu. Nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego 1, że przy odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp mógłby on złożyć prawidłowy „wykaz osób”, zawierający już tym razem wszystkie dane potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Takie postępowanie oznaczałoby danie wykonawcy kolejnej możliwości naprawienia błędów i niedoskonałości JEDZ, które powinny zostać zweryfikowane w wyniku pierwszego z wezwań Zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wskazującego dokładnie jakie błędy przy potwierdzaniu spełniania warunków udziału popełniono. Poza tym tak złożony wykaz nie mógłby się różnić od informacji płynących z JEDZ.

Gdyby było tak jak twierdzi Odwołujący 1, że weryfikacja spełnienia warunków udziału w postępowaniu i podstaw do wykluczenia odbywać miały się dopiero na etapie weryfikacji oświadczeń i dokumentów składanych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1, to powyższe podważałoby istotę i sens wprowadzenia wymagań JEDZ, a jego istnienie

ograniczyłoby się do obowiązku wymagania złożenia oświadczenia jedynie na poziomie bardzo ogólnym, co jednoznacznie należałoby uznać za sprzeczne z treścią art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, który daje Zamawiającemu możliwość doprecyzowania zakresu wstępnego oświadczenia, a wykonawca – nie kwestionując tych postanowień – ma obowiązek się do nich zastosować. Przepis ten daje również Zamawiającemu możliwość niewymagania dokumentów dla potwierdzenia pewnych okoliczności, w takiej zaś sytuacji oświadczenia znajdujące się w JEDZ są jedynym elementem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co z resztą miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do niezbędnego personelu wykonawcy.

Zatem niezastosowanie się Odwołującego do treści wezwania do uzupełnienia JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – wobec jednokrotności takiego wezwania - skutkowało mogło jedynie wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zamawiający w takiej sytuacji nie miał obowiązku wzywania o dokumenty w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, skoro wykonawca nie wykazał we wstępnym oświadczeniu – odnoszącym się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu - że takowe warunki spełnia. Izba w zakresie możliwości ponownego zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w pełni podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie. Regulacja ta została wobec najkorzystniejszej ocenionej oferty zastosowana. Natomiast okoliczność, że Odwołujący 1 nieprawidłowo przedstawił uzupełnione oświadczenie JEDZ obciąża jego samego. W ocenie Izby Zamawiający nie był w żaden sposób zobowiązany do ponownego zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W wezwaniu kierowanym przez Zamawiającego do wykonawcy zawarta była prośba o uzupełnienie informacji pochodzących od samego wykonawcy, szczegółowo opisanych przez Zamawiającego, z odniesieniem się do konkretnych zapisów SIWZ. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że wezwanie w niniejszej sprawie było precyzyjne, konkretnie wskazywało uchybienia i błędy popełnione przez wykonawcę w oświadczeniu JEDZ i wyznaczało odpowiedni termin na uzupełnienie. Treść wezwania była jednoznaczna, konkretna, precyzowała wszystkie oczekiwania Zamawiającego i wskazywała na wady, błędy oświadczenia zawartego w JEDZ.

Odwołujący 1 odpowiadając na wezwanie Zamawiającego wskazał osoby do pełnienia określonych stanowisk na kontrakcie i oświadczył, że posiadają one uprawnienia w określonej specjalności bez ograniczeń z wymienieniem numerów tych uprawnień. Nie wskazano natomiast, że uprawnienia te pozwalają na kierowanie robotami budowlanymi. Wbrew twierdzeniom Odwołującego 1 powodem wykluczenia nie był brak dodania sformułowania, że wymienione osoby posiadają „uprawnienia budowlane”. Zamawiający

w SIWZ jasno wymagał wskazania osób posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi. Z uzupełnionego JEDZ nie wynikało natomiast, czy wskazane osoby posiadają uprawnienia budowlane do kierowania, do projektowania, czy też do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w danej specjalności (zgodnie z podziałem uprawnień wynikającym z art. 12 ust. 4c ustawy Prawo budowlane). Zakresu uprawnień Zamawiający nie mógł sprawdzić samodzielnie, korzystając z regulacji art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, ponieważ nie ma żadnych ogólnodostępnych baz, w szczególności rejestrów publicznych, które udostępniłby takie dane. Na stronie internetowej Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa sprawdzić można jedynie, czy osoba o danym nazwisku figuruje w bazie, jaki jest numer jej uprawnień i czy jest czynnym członkiem samorządu zawodowego. Brakuje natomiast w bazie informacji na temat zakresu uprawnień. Poza tym zauważyć należy, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wskazania dostępności zaświadczenia w formie elektronicznej pod określonym adresem internetowym, a druk JEDZ zawiera odpowiednią rubrykę do wskazania tych danych. Odwołujący 1 takich danych w uzupełnianych dokumentach nie zamieścił. Zamawiający zaś nie jest zobowiązany do samodzielnego poszukiwania informacji, które potwierdzać mają spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. To wykonawca, jako profesjonalny uczestnik obrotu, winien dołożyć wszelkiej staranności, aby potwierdzić spełnianie określonych wymagań. Złożenie natomiast zaświadczeń z właściwych okręgowych izb inżynierów budownictwa potwierdzających zakres posiadanych uprawnień wraz z odwołaniem należy uznać za spóźnione. Wykonawca ma wykazać spełnianie warunków udziału na etapie badania i oceny oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przed Zamawiającym. Zadaniem składu orzekającego Izby jest sprawdzenie jedynie poprawności złożenia oferty przez wykonawcę, a z drugiej strony sprawdzenie działań Zamawiającego przy ocenie złożonych informacji.

Jako prawidłowe działania Zamawiającego uznać należało także badanie w odniesieniu do braku wymienienia w uzupełnionym JEDZ zakresu wykonywanych branż w ramach poszczególnych zadań inwestycyjnych potwierdzających doświadczenie wskazanych osób. Braków tych przy uzupełnieniu nie mogły zastąpić oświadczenia osób złożone wraz z odwołaniem, ponieważ zostały one złożone za późno, po zamknięciu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego etapu oceny podmiotowej. Działania Zamawiającego Izba nie oceniła jako nadmiernie formalnego. Skoro z punktu Zamawiającego istotne było posiadanie doświadczenia przez osoby pełniące określone funkcje na kontrakcie przy kierowaniu robotami w określonych branżach, to rolą wykonawcy było takie opisanie referencyjnych zadań inwestycyjnych, by wynikało z nich, że te branże były wykonywane. Oczywistość tych informacji miała wynikać z JEDZ, a nie twierdzeń Odwołującego w odwołaniu, czy na rozprawie. Być może oczywistym jest, że podczas

wykonywania robót drogowych wykonywana jest kanalizacja deszczowa, a w ramach oświetlenia wykonuje się sygnalizację świetlną ale takie dane nie zostały ujęte przez Odwołującego w wykazie JEDZ. O ile zgodzić można się z tezą, iż informacje o takim poziomie szczegółowości nie musiałyby wynikać z referencji, które potwierdzać mają należyte wykonanie prac, o tyle już w wykazie robót budowlanych informacje te musiałyby być ujęte w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Tym samym nawet ponowne wezwanie Odwołującego 1 w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp nie doprowadziłoby do potwierdzenia przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu. Doszłoby bowiem do sytuacji, w której wykonawca dostałby kolejną szansę zastąpienia niewłaściwego wykazu (w formie JEDZ) oświadczeniem prawidłowym (w formie wykazu robót).

Odnośnie możliwości zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, to w przedmiotowej sprawie złożone w wyniku uzupełnienia informacje nie budzą wątpliwości interpretacyjnych. Nie potwierdzają one jednak spełniania warunków udziału w postępowaniu. Izba nie znalazła podstaw do zastosowania przedmiotowej regulacji prawnej. Gdyby Zamawiający zaczął zadawać wykonawcy kolejne pytania, na przykład o doświadczenie zawodowe osób lub też o zakres branżowy zadań ujętych w JEDZ jako prace referencyjne, stanowiłoby to obejście możliwości jednokrotnego wezwania o uzupełnienie dokumentów, a złożone wyjaśnienia stanowiłyby kolejne uzupełnienie treści oferty odnośnie warunków podmiotowych wykonawcy.

Odwołujący 1 podniósł także zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W pierwszym przypadku Odwołujący nie wskazał w odwołaniu na czym miałyby polegać naruszenie tego przepisu, natomiast co do art. 87 ustawy Pzp, to dokument JEDZ stanowi potwierdzenie warunków związanych z podmiotowymi cechami wykonawcy, więc regulacja ta w ogóle w danej sytuacji nie znajduje zastosowania, przepis ten służy bowiem do wyjaśnienia treści samej oferty, nie zaś sprawdzania poprawności wykazania warunków podmiotowych. Dlatego też Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego tych regulacji.

### **sygn. akt KIO 894/17**

W rozpoznawanej sprawie aktualne pozostają rozważania Izby o prawidłowości i poprawności zastosowania przez Zamawiającego procedury odwróconej. Procedura ta została przez Zamawiającego przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, następnie zaś w prawidłowej sekwencji zdarzeń zastosowana przez Zamawiającego podczas procesu udzielania zamówienia publicznego. Zamawiający ocenił najpierw oferty pod kątem spełniania wymogów przedmiotowych, następnie ocenił spełnianie właściwości podmiotowych wykonawcy, którego oferta uzyskała najwyższą liczbę punktów. Okoliczność, że za najkorzystniejszą ofertę uznana została oferta czwartego w rankingu wykonawcy

wynika jedynie z nieprawidłowości działań i zaniechań trzech pierwszych wykonawców w rankingu, co nie świadczy o niewłaściwym sposobie przeprowadzenia procedury odwróconej. Zatem cały wywód Odwołującego 3 o błędach popełnionych przy zastosowaniu procedury odwróconej nie znalazł odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania oraz zgromadzonym materiale dowodowym.

Skład orzekający Izby podtrzymuje także stanowisko wyrażone w sprawie o sygn. akt KIO 859/17 odnośnie charakteru dokumentu JEDZ, jako wstępnego oświadczenia potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu, sposobu uzupełniania tego dokumentu, możliwości kilkukrotnego stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w tym samym zakresie lub też możliwości zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Również w rozpoznawanym odwołaniu zastosowanie znajdują reguły odnoszące się do wymagania od profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego podwyższonego poziomu staranności w działaniu. Skład nie przeczy, iż w orzecznictwie Izby dostrzec można, iż dopuszczalne jest kilkukrotne wezwanie jednego wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pod warunkiem, że wyjaśniane są inne rodzajowo kwestie związane z dokumentami i oświadczeniami wykonawcy.

Zdaniem Izby Zamawiający nie naruszył również art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ przepis ten dotyczy właściwości przedmiotowych oferty i nie odnosi się do badania spełniania warunków podmiotowych przez wykonawcę, więc regulacja ta nie mogła znaleźć zastosowania w odniesieniu do Odwołującego 3.

Co do regulacji przewidzianej w art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, to zauważyć należy, iż znajduje ona zastosowanie jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, wzywa się wykonawcę do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów. Nie jest to więc przepis, który może być zastosowany obok art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do wykonawcy, którego oferta została oceniana jako najkorzystniejsza. Art. 26 ust. 2f ustawy Pzp dotyczy może każdego wykonawcy, ale w sytuacji, gdy wcześniej złożone dokumenty lub oświadczenia straciły aktualność. Przy czym pojęcia „aktualności” nie można utożsamiać z nieprawidłowym uzupełnieniem przez wykonawcę dokumentów w trybie wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W takim przypadku bowiem oświadczenia i dokumenty nie przestają być „aktualne”, zawierają natomiast nieusuwane błędy, w konsekwencji prowadzące do konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu niepotwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Podobnie jak w przypadku Odwołującego 1, wykonawca – Odwołujący 3 – w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie wykazał w wyniku uzupełnienia dokumentu

JEDZ, że spełnia warunki udziału w postępowaniu co do dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym. Zauważyć należy, iż wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 24aa ustawy Pzp szczegółowo opisywało jakich niedoskonałości dopatrył się Zamawiający w JEDZ Odwołującego 3. Zamawiający zaznaczył jakiego poziomu doświadczenia przy wykonywaniu jakich zadań wymagał. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący 3 szczegółowo opisał zadanie potwierdzające 14 miesięczny okres doświadczenia przy pracach związanych z obiektami mostowymi wykonanymi w konstrukcji żelbetowej (przy wymaganym przez Zamawiającego poziomie 36 miesięcy). W przypadku pozostałych zadań (punkty b do k) podano jedynie nazwy zadań inwestycyjnych i czasookres ich realizacji. Odwołujący 3 w żadnym z tych punktów nie scharakteryzował szczegółowo obiektów, nie wskazał technologii, w której były wykonywane. Takie dane umieszczono dopiero w odwołaniu. Moment i miejsce podania tych informacji należy uznać za niewłaściwe i spóźnione. Odwołujący 3 na rozprawie wskazywał, iż wiedza o technologii wykonania danego obiektu jest faktem notoryjnym. Izba nie znajduje podstaw do uznania notoryjnego charakteru tych informacji. Nie wynikają one ani z nazw zadań, a już z pewnością nie można ich wywodzić z okoliczności, że skoro wykonawca wiedział jak brzmie warunki udziału, to wymienił tylko obiekty wykonane w technologii żelbetowej. Gdyby tak było, w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nie byłyby potrzebne regulacje prawne odnoszące się do możliwości wystąpienia nieprawdziwych informacji w ofertach wykonawców. Niejednokrotnie zdarza się jednak, iż rozbieżności między informacjami przekazanymi przez wykonawcę a sprawdzeniem ich poprawności przez Zamawiającego powodują, że określony wykonawca wykluczony jest z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd, zwłaszcza w związku z zakres wykonywanych prac. Konkludując więc, Zamawiający dokonał prawidłowej oceny właściwości podmiotowych Odwołującego 3. Wykonawca wykazał jedynie 14 miesięczne doświadczenie przy obiektach zrealizowanych w określonej technologii. Pozostałych wskazanych zadań inwestycyjnych nie można było potraktować jako potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu z powodu niewskazania wymaganej technologii wykonania obiektu. Jak już zauważono w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia, informacje te nie mogły być ponownie uzupełnione lub wyjaśnione w trybach przewidzianych w ustawie Pzp.

### **Sygn. akt KIO 867/17**

Na wstępie dostrzeżenia wymaga, Izba w składzie rozpoznającym niniejsze odwołanie w pełni podziela rozważania prawne i ustalony stan faktyczny w sprawie o sygn. akt KIO 382/17, której to przebieg miał istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podjęte w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.



Bez wątplenia uznać należy, iż informacje związane z doświadczeniem osoby wskazanej na kierownika budowy mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, uznane zostały za wprowadzające Zamawiającego w błąd we wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy. Zdaniem składu orzekającego Izby Zamawiający prawidłowo uznał, że skoro w ramach innego postępowania odwoławczego (KIO 382/17) okazało się, że Odwołujący podał nieprawdziwe informacje, które powtórzył w obecnym postępowaniu, to Zamawiający zobligowany jest do wykluczenia takiego wykonawcy z zastosowaniem tej samej przesłanki wykluczenia, czyli art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Nieprawidłowość informacji podanych w JEDZ wykonawcy Odwołującego 2 powstała w wyniku co najmniej lekkomyślnego działania wykonawcy, który w kilku postępowaniach w ofertach wskazał tę samą osobę na stanowisko kierownika budowy popełniając te same błędy przy opisywaniu doświadczenia zawodowego danej osoby.

Dostrzeżenia wymaga, że najnowsze orzecznictwo Sądu Unii Europejskiej nie zawęży postaci winy wykonawcy wyłącznie do winy umyślnej. Tak orzeczono w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej, gdzie Komisja Europejska w prowadzonym na postawie rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1; ze zm.) wykluczyła wykonawców na podstawie 94 lit. b tego rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji. Sąd stwierdził, że w przypadku gdy, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż *pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. (...) Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego (por. pkt 75 i 119 wyroku).*

Odwołujący 2 nie może także zaprzeczyć, iż nieprawdziwość informacji ujawniła się w sposób niezależny od Odwołującego, w wyniku działania innego wykonawcy, po wydaniu zaś wyroku w sprawie KIO 382/17 także czynności sprawdzających Zamawiającego.

Odwołujący po wydaniu wspomnianego orzeczenia nie podjął żadnych działań, które mogłyby wpłynąć na ocenę jego oferty w innych postępowaniach, w których brał udział.

Procedura samooczyszczenia (z ang. self-cleaning) polega na tym, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy, Zamawiający obowiązany jest umożliwić wykonawcy przedstawienie dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność. Pozytywna weryfikacja tych dowodów obliuguje zaś Zamawiającego do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania. Z regulacji tych wynika zatem de facto dodatkowa przesłanka wykluczenia wykonawcy, jaką jest umożliwienie wykonawcy przedstawienia dowodów na samooczyszczenie. Zdaniem Izby z przepisów nie wynika natomiast, że Zamawiający zobligowany jest do wszczęcia procedury samooczyszczenia. Co do zasady wydawać się może, że procedurę powinien zainicjować zamawiający jako podmiot posiadający wiedzę o zamiarze wykluczenia danego wykonawcy. Nie można jednak abstrahować o stanu faktycznego w przedmiotowym postępowaniu, gdzie Strony (czyli Zamawiający i Odwołujący 2) nadal są w sporze, czy kwestionowane informacje miały charakter nieprawdziwy. Sam Odwołujący 2 na rozprawie podkreślał, że w sprawie KIO 382/17 złożył skargę na orzeczenie Izby do właściwego sądu okręgowego. Nie może więc On potwierdzić nieprawdziwości złożonych informacji, ponieważ powyższe mogłyby zostać poczytane za przyznanie istotnych okoliczności faktycznych i skutkować oddaleniem powództwa. Trudno zatem sobie wyobrazić w jaki sposób wykonawca mógłby skorzystać z procedury self-cleaningu. Tym niemniej Odwołujący 2 posiadając wiedzę o orzeczeniu KIO 382/17 samodzielnie mógł wyjaśnić Zamawiającemu okoliczności złożenia oferty z nieprawidłowymi danymi i przedstawić dowody, że podjął określone środki i działania, które zapobiegają takim sytuacjom w przyszłości. Nie można zatem czynić Zamawiającemu zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, w sytuacji której Odwołujący 2 posiadał możliwość oczyszczenia się z zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, niezależnie od innych czynności, które zamierzał podjąć Zamawiający.

Nie ulega wątpliwości, iż gdyby Zamawiający uznał za prawdziwe oświadczenie znajdujące się w JEDZ Odwołującego 2, to dokonałby wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Nie jest zatem uprawnione twierdzenie, że informacje te nie miały wpływu na ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez danego wykonawcę. Z informacji zawartych w JEDZ wynikało, że pan K. D. posiada wymagane doświadczenie, w wymaganym okresie, w związku z pełnieniem wymaganych funkcji na inwestycjach o określonym zakresie zadań. Jeżeli Zamawiający i Izba nie zweryfikowałyby tych informacji, uznałoby że wykonawca spełnia warunek udziału. Niewątpliwie założyć należy, iż Zamawiający rozpoczynając proces badania i oceny ofert działa w zaufaniu do informacji przedstawionych przez danego wykonawcę i z góry nie zakłada złożenia informacji

nieprawdziwych. Nie ma więc powodów, aby występować do innych podmiotów celem weryfikacji podanych informacji. Dopiero w przypadku powstania niejasności, rozbieżności w dokumentach i oświadczeniach Zamawiający może skorzystać z wiedzy innych podmiotów.

Bezpodstawne jest żądanie Odwołującego 2, aby uznać spełnianie warunku udziału, ponieważ w JEDZ podano, że pan K. D. posiada 5 letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy. Jak już wskazywała Izba w orzeczeniu KIO 382/17 takie rozumienie i interpretacja warunku udziału była niewłaściwa. Słusznie także zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że ogólne określenie doświadczenia nie odpowiadało wymogom SIWZ. Nawet gdyby uznać, że prawidłowa była data zakończenia inwestycji w Katowicach, to zsumowanie faktycznego czasu wykonywanych inwestycji nie daje wymaganego SIWZ poziomu doświadczenia. Samo zaś podanie ogólnie liczby lat doświadczenia zawodowego nie potwierdza spełniania warunku, w którym wymagano także legitymowania się doświadczeniem przy wykonywaniu określonego rodzaju robót budowlanych.

Zamawiający nie mógł także uwzględnić przy ocenie zdolności podmiotowej Odwołującego 2 informacji uzyskanych w sprawie KIO 382/17, a to z tego powodu, że ich uwzględnienie prowadziłoby de facto do omięcia zakazu korzystania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku stwierdzenia nieprawdziwych informacji. Uwzględnienie wiedzy zdobytej w innym postępowaniu i skorygowanie obiektywnie potwierdzonych nieprawidłowych danych podanych przez Odwołującego w JEDZ skutkowałoby naprawieniem błędów w ofercie, podczas gdy ze stanowiska doktryny i orzecznictwa bezsprzecznie wynika, iż faktu podania informacji nieprawdziwych nie można sanować przez zastąpienie ich informacjami prawidłowymi. Zbędne było korzystanie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, ponieważ oferta zawierała jasne sformułowania, które (jak się okazało po ich weryfikacji), nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Co do doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót mostowych, to z informacji uzyskanych od inwestora dla wymienionego w JEDZ zadania uzyskano potwierdzenie, że obiekt mostowy miał konstrukcję jednoprzęsłową, nie zaś jak wskazał Odwołujący 2 dwuprzęsłową. Zauważyć należy, iż Odwołujący nie zaprzeczał, że podane informacje są nieprawidłowe, wskazywał jedynie, że możliwe było potwierdzenie spełnienia warunku przez drugą z wymienionych inwestycji. Izba stwierdza, iż bez względu, czy druga z inwestycji potwierdzała spełnianie warunku udziału, czy też nie i czy Zamawiający prawidłowo nie zaznaczył jakich informacji nie potwierdzono w pozycji drugiej wykazu, stwierdzić należy, że złożenie nieprawdziwych informacji mogło mieć wpływ na decyzje Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej, co oznacza, że wykonawca podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, wskazać należy, że spełnione zostały przesłanki do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, zatem działaniom Zamawiającego nie można przypisać nieprawidłowego charakteru, co skutkowało musiałoby oddaleniem odwołania w całości.

Z powodów przedstawionych w uzasadnieniu orzeczenia, izba oddaliła wszystkie odwołania.

O kosztach postępowań odwoławczych orzeczono stosownie do ich wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami) obciążając Odwołujących kosztami zastępstwa procesowego poniesionymi przez Zamawiającego na podstawie złożonych faktur oraz dzieląc w równy sposób między Odwołujących koszty Zamawiającego związane z dojazdem na rozprawę Izby na podstawie złożonych rachunków za bilety PKP oraz dojazd taksówką.

Na podstawie art. 192 ust. 8 w związku z art. 189 ust. 1 ustawy Pzp w sprawie wydano łączne orzeczenie.

**Przewodniczący:**