

WYROK
z dnia 22 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **Strabag Sp. z o.o.** z siedzibą w Pruszkowie przy ul. Parzniewskiej 10 (05-800 Pruszków) w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze”** z siedzibą w Warszawie przy ul. Żwirki i Wigury 1 (00-906 Warszawa)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **„Drogomex” Sp. z o.o.** z siedzibą w Pruszkowie przy ul. Stefana Bryły 4 (05-800 Pruszków) oraz **P. P.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **ROBOZ P. P.** z siedzibą w Mińsku Mazowieckim przy ul. Kościuszki 25/20 (05-300 Mińsk Mazowiecki) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Strabag Sp. z o.o.** z siedzibą w Pruszkowie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.)

w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. *Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie zwane dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Budowa układu drogowego wraz z włączeniem i przebudową ul. Lubelskiej, włączeniem w al. Wojska Polskiego oraz wykonaniem infrastruktury technicznej, stanowiąca część zadania inwestycyjnego pn.: „Rozbudowa Portu Lotniczego Radom-Sadków w formule projektuj i buduj”* o numerze referencyjnym: 48/PN/ZP/TLLZP/20, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 czerwca 2020 r., pod numerem 2020/S 107-260278.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, zwany dalej: „odwołującym” w dniu 21 grudnia 2020 r. wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w sposób niezgodny z przepisami Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum: Drogomex Sp. z o.o. oraz Roboz P. P. pomimo, że wykonawca ten nie wykazał zgodności oferowanych robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”), które miały znaleźć potwierdzenie w złożonych wraz z ofertą kartach materiałowych;

ewentualnie

art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum: Drogomex Sp. z o.o. oraz Roboz P. P. pomimo, że w treści oferty przedstawił on informacje wprowadzające w błąd tj. informacje dotyczące materiałów jakich zamierza użyć do realizacji zamówienia jako zgodnych z SIWZ, podczas gdy w świetle przedstawionych na wezwanie zamawiającego kart katalogowych dotyczących tych urządzeń jest to informacja nieprawdziwa a działanie to miało wpływ na decyzję zamawiającego o uznaniu oferty za najkorzystniejszą i można mu przypisać cechę lekkomyślności lub niedbalstwa;

2) art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum firm Drogomex Sp. z o.o. oraz Roboz P. P. z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, stanowiące informacje mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, polegające na wskazaniu w ofercie, że pan P.W. pełnił funkcję kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych w trakcie realizacji obiektu użyteczności publicznej pn. *Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej SI 7 Garwolin — Kurów na odcinku Garwolin (koniec obwodnicy) - granica woj. mazowieckiego i lubelskiego z podziałem na dwie części. Część nr 2 na odcinku Gończyce (koniec obwodnicy) — granica woj. mazowieckiego i lubelskiego od km. 62+200 do ok km. 75+212 długość ok 13, 012*

km;

ewentualnie

art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 24 ust 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Drogomex Sp. z o.o. oraz Roboz P. P. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą pomimo, że wykonawca ten nie wykazał, że spełniania warunki udziału w postępowaniu określone w pkt V ppkt 2 lit b) tiret 6 SIWZ tj. nie wykazał, że pan P.W. posiada wymagane zgodnie ze wskazanym warunkiem udziału w postępowaniu 3 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych w tym przy realizacji co najmniej jednego obiektu użyteczności publicznej;

3) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 26 ust 3, art. 91 b) Pzp zgodnie z którymi zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz udziela zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, podczas gdy doszło naruszenia zasady równego traktowania i udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy jako, że zamawiający niezasadnie zastosował art. 26 ust 3 Pzp i wezwał na tej podstawie konsorcjum firm: Drogomex Sp. z o.o. i Roboz P. P., do uzupełniania dokumentów przedmiotowych tj. kart katalogowych urządzeń, kas automatycznych i terminali wjazdowych i wyjazdowych których zamawiający żądał w Załączniku nr 4 do SIWZ - opisie przedmiotu zamówienia w pkt 6 i 7 oraz w pkt 2.3.1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego, pomimo że oferta tego wykonawcy zgodnie z decyzją zamawiającego z 14 sierpnia 2020 r. została odrzucona a ww. konsorcjum nie wniosło od niej odwołania a następnie dopuścił konsorcjum do udziału w aukcji i dokonał wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej jako najkorzystniejszej;

4) art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 26 ust 3 Pzp i art. 7 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Mirbud S.A. mimo, że wykonawca ten w wyznaczonym terminie nie przedstawił na wezwanie zamawiającego dokumentów przedmiotowych tj. kart katalogowych urządzeń, kas automatycznych i terminali wjazdowych i wyjazdowych których zamawiający żądał w Załączniku nr 4 do SIWZ - opisie przedmiotu zamówienia w pkt 6 i 7 oraz w pkt 2.3.1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego a tym samym nie wykaz zgodności oferowanych robót budowlanych z wymaganiami SIWZ oraz nie przedstawił dokumentów wymaganych do złożenia wraz z ofertą;

5) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 26 ust 3 Pzp zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości przez nie zastosowanie obowiązujących przepisów w ten sam sposób tj. dwukrotne wezwanie Mirbud S.A. do uzupełniania tych samych dokumentów przedmiotowych tj. kart katalogowych.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniosk o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie powtórnej oceny ofert, odrzucenie oferty Mirbud S.A. oraz konsorcjum firm Drogomex Sp. z o.o. i Roboz P. P. jak też wykluczenie tego wykonawcy, dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący zwrócił uwagę, że jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym i w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę, która została sklasyfikowana na miejscu trzecim. Prawidłowa ocena ofert powinna prowadzić do odrzucenia i wykluczenia ofert i wykonawców wyżej sklasyfikowanych a w konsekwencji do sklasyfikowania oferty odwołującego na miejscu pierwszym. Zdaniem odwołującego w skutek naruszenia przepisów Pzp przez zamawiającego, pozbawiony został możliwości zawarcia umowy o zamówienie pomimo, że złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający prowadzi postępowanie z naruszeniem przepisów postępowania a zapewnienie ich prawidłowego stosowania stanowi również wyraz interesu odwołującego w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej. W orzecznictwie co do zasady należy uznawać za ugruntowany pogląd o szerokim rozumieniu pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia. Przykładem tej linii orzeczniczej jest chociażby stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w postanowieniu z 27 maja 2010 r., III CZP 25/10, LEX nr 602808, w którym wyrażono pogląd, iż *Wykładni pojęcia interesu prawnego po nowelizacji przepisu art. 179 p.z.p. zmienionej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 223, poz. 1778) należy dokonywać szeroko, tj. obejmując nie tylko sytuacje, gdy interes podmiotu wnoszącego środek ochrony w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku.*

W pierwszej kolejności odwołujący wyjaśnił, że zamawiający przewidział w postępowaniu aukcję elektroniczną oraz zastosowanie art. 24 aa) Pzp. W aukcji elektronicznej oferty złożyło 3 wykonawców: konsorcjum firm Drogomex Sp. z o.o. i Roboz, P. P., Mirbud S.A. oraz odwołujący. Pismem z dnia 9 grudnia 2020r. zamawiający poinformował odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu oferty złożonej przez konsorcjum firm Drogomex Sp. z o.o. i Roboz P. P. oraz o sposobie sklasyfikowania pozostałych ofert złożonych w postępowaniu (wykonawców biorących w aukcji) tj. o przyznaniu Mirbud S.A. 99,98 pkt oraz odwołującemu 83,12 pkt. Z taką oceną zamawiającego, odwołujący się nie zgodził.

W zakresie pierwszego zarzutu odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z SIWZ dla przedmiotowego postępowania zamawiający wymagał załączenia do oferty następujących kart katalogowych: I tak:

1) zgodnie z pkt 6 dokumentu o nazwie Opis Przedmiotu Zamówienia, który zawiera informacje szczegółowe w zakresie wykonania – objętego przedmiotem zamówienia – parkingu P1 (...) *Parking należy wyposażyć w oznakowanie poziome i pionowe, szlabany, system parkingowy, monitoring, miejsce na wózki bagażowe i inne zgodnie ze szczegółami określonymi w projekcie zagospodarowania terenu i projektach branżowych. Do oferty należy dołączyć karty katalogowe urządzeń, kas automatycznych i terminali wjazdowych i wyjazdowych, które Wykonawca przewiduje do zastosowania;*

2) zgodnie z pkt 7 dokumentu o nazwie opis przedmiotu zamówienia, który zawiera informacje dotyczące wykonania drugiego z parkingów – parkingu P2. Zgodnie z pkt 7 SIWZ (...) *Parking należy wyposażyć w oznakowanie poziome i pionowe, szlabany, system parkingowy, monitoring, miejsce na wózki bagażowe i inne zgodnie ze szczegółami określonymi w projekcie zagospodarowania terenu i projektach branżowych. Do oferty należy dołączyć karty katalogowe urządzeń, kas automatycznych i terminali wjazdowych i wyjazdowych, które Wykonawca przewiduje do zastosowania;*

3) W pkt 2.3.1. PFU dla zadania głównego którym objęte jest wykonanie parkingów P1 i P2 zawiera wymagania ogólne dla zagospodarowania terenu i odnośnie kart katalogowych mówi o nich w ostatnim akapicie - *KASY AUTOMATYCZNE TERMINALE WJAZDOWE/WYJAZDOWE, stwierdzając, że: Liczba i rozmieszczenie poszczególnych urządzeń zgodnie z charakterystyką instalacji teletechnicznych oraz dokumentacji rysunkowej. Konstrukcja wolnostojąca, odporna na*

niekorzystne warunki atmosferyczne. Obudowa kas i terminali spójna - wykonana ze stali nierdzewnej malowanej proszkowo w kolorze 7016.

Urządzenia mocowane na kotwy do betonowych fundamentów ustawionych min 6cm powyżej planowanego poziomu terenu. Fundamenty i montaż urządzeń wykonać zgodnie ze specyfikacją producenta urządzeń. W fundamentach zainstalować rury z tworzywa do wprowadzenia mediów zgodnie z DTR urządzeń. Dokładny dobór typów kas i terminali nastąpi na etapie projektu wykonawczego.

Wykonawca powinien dołączyć do oferty karty katalogowe rozwiązań uwzględnionych na etapie ofertowania.

Odwolujący zwrócił uwagę, że w PFU w pkt 2.5.2.2 Instalacje teletechniczne, zamawiający zamieścił opis wymagań funkcjonalnych dla oferowanego systemu parkingowego oraz Wymagania dotyczące urządzeń systemu parkingowego. Zamawiający zdefiniował wymagania dla następujących urządzeń systemu parkingowego parkingu P1 i P2: (i) serwery, (ii) centralna jednostka zarządzająca, (iii) terminal wjazdowy, (iv) terminal wyjazdowy, (v) punkt obsługi parkingu w terminalu (zamawiający wymienił w jakie urządzenia wyposażony powinno być pomieszczenie obsługi parkingu), (vi) szlabany automatyczne, (vii) automatyczne kasy parkingowe, (viii) system LPR, (ix) tablice informacyjne. Na str. 94-105 zamawiający szczegółowo opisał cechy urządzeń składających się na system parkingowy w tym kas automatycznych i terminali wjazdowych/wyjazdowych. Z porównania cech ww. urządzeń opisanych w SIWZ z cechami potwierdzonymi w przedłożonych przez konsorcjum Drogomex Sp. z o.o. Roboz P. P. (zwanego dalej: „Konsorcjum” lub „Drogomex”) kartach materiałowych wynika, że urządzenia zadeklarowane w ofercie nie mają cech wymaganych przez zamawiającego. Porównanie cech odwołujący przedstawił w następujący sposób:

TERMINAL WJAZDOWY

1. Obudowę terminala wykonaną ze stali kwasoodpornej lub innego materiału strukturalnie odpornego na korozję i akty wandalizmu, przystosowanej do pracy intensywnej, bryzgoszczelną, ma być odporna na zmienne warunki atmosferyczne (zakładana temperatura otoczenia w zakresie -30°C do +45°C). Temperatura pracy z grzałką -20°C do +55°C
2. Czytnik zbliżeniowy (zasięgu min 4cm) zakładana temperatura otoczenia w zakresie -30°C do +45°C (element terminala wjazdowego) / Drogomex nie podaje parametru. Środowisko pracy temperatura -20°C do +85°C

TERMINAL WYJAZDOWY

1. Obudowę terminala wykonaną ze stali kwasoodpornej lub innego materiału strukturalnie odpornego na korozję i akty wandalizmu, przystosowanej do pracy intensywnej, bryzgoszczelną, ma być odporna na zmienne warunki atmosferyczne (zakładana temperatura otoczenia w zakresie -30°C do +45°C). Temperatura pracy z grzałką -20°C do +55°C
2. Czytnik zbliżeniowy (zasięgu min 4cm) zakładana temperatura otoczenia w zakresie -30°C do +45°C (element terminala wyjazdowego) / Drogomex nie podaje parametru. Środowisko pracy temperatura -20°C do +85°C

AUTOMATYCZNE KASY PARKINGOWE

1. Przyjmowanie płatności gotówkowej w walucie PLN (banknoty i monety). / Obsługa do 16 nominałów monet
2. Możliwość zablokowania rozmiary pieniędzy. / Drogomex nie podaje parametru

SZLABANY AUTOMATYCZNE -

1. Wykonanie szlabanu musi zapewnić wysoką wytrzymałość na złamanie oraz posiadać funkcje wyłamywania, jednocześnie minimalizując uszkodzenia karoserii pojazdu w przypadku kolizji. / Drogomex nie podaje o funkcji wyłamywania
2. Wymagany czas otwarcia - do 1,5 sekundy, czas zamknięcia - uniemożliwiający wjazd więcej niż jednego pojazdu w trakcie pojedynczego uniesienia się ramienia szlabanu. / Minimalny czas otwarcia / zamknięcia : 2 sek.

PUNKT OBSŁUGI PARKINGU W TERMINALU – pomieszczenie obsługi parkingu powinno być wyposażone w:

1. Komputer PC typu przemysłowego przystosowany do ciągłej pracy z 2 ekranami o przekątnej min. 24", z zainstalowanym oprogramowaniem operacyjnym systemu parkingowego. / Drogomex jeden Monitor 22 cale FHD 1PS Lenovo T22i
2. Drukarkę dostosowaną do wydruków raportów i faktur VAT na papierze formatu A4/ Drogomex załączył parametry drukarki termicznej do wydruków paragonów, „nie da się nią drukować A4”

Jak zauważył odwołujący z przedstawionego wyżej porównania wynika, że w ofercie konsorcjum terminal wjazdowy w zakresie temperatury pracy otoczenia ma parametry niezgodne z SIWZ, kasa parkingowa obsługuje monety podczas gdy wymagane były monety i banknoty, szlabany automatyczne mają czas otwarcia dłuższy od wymaganego, punkt obsługi terminala ma jeden monitor i jest mniejszy niż wymagany oraz drukarkę nie obsługującą wymaganego formatu papieru.

O ocenie odwołującego stanowiło to o niezgodności z wymaganiami z SIWZ treści oferty do której referują karty katalogowe. W treści oferty: (i) konsorcjum oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia, tak jak zdefiniował go zamawiający, (ii) konsorcjum oświadczyło, że nie wnosi zastrzeżeń i przyjmuje warunki zawarte w SIWZ oraz Istotnych Postanowieniach (iii) konsorcjum zobowiązało się zawrzeć umowę zgodnie z Istotnymi Postanowieniami Umowy, które również przedmiot umowy definiują przez odesłanie do wymagań zamawiającego. Rozwiązania uwzględnione przez konsorcjum na etapie ofertowania, których potwierdzeniem miały być złożone karty katalogowe, jak pokazuje analiza złożonych kart katalogowych są niezgodne z SIWZ. Nawet więc na wypadek przyjęcia że karta katalogowa sama w sobie nie stanowi treści oferty a jedynie jej kwalifikowane potwierdzenie należy uznać, że wobec opisanych różnic nie potwierdzają one aby oferowane roboty budowlane spełniały wymagania zamawiającego a więc aby treść oferty w której oferowane są te roboty była zgodna z SIWZ.

W rozpatrywanej sytuacji skoro karty katalogowe miały potwierdzić oświadczenie wykonawcy wyrażone w ofercie o tym, że urządzenia które wykonawca przyjął do wyceny i co do których złożył oświadczenie, że nie zgłasza zastrzeżeń i akceptuje warunki w nich zawarte oraz że zobowiązuje się zawrzeć umowę zgodnie z Istotnymi postanowieniami umowy – która w art. 2 definiuje przez przedmiot umowy pełny zakres rzeczowy zgodny z PFU, to wobec dostrzeżonych różnic nie mogą stanowić takiego potwierdzenia a wręcz odwrotnie stanowią o niezgodności oferty z SIWZ.

Niewykazanie za pomocą dokumentów przedmiotach, że oferowane urządzenia są zgodne z SIWZ wobec oświadczenia wyrażonego w treści oferty w pkt 3 i 7 stanowi też o podaniu nieprawdy w zakresie, który mógł mieć wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu przez zamawiającego. Podana informacja wpłynęła na ocenę oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej. W zakresie argumentacji prawnej dotyczącej zarzutu naruszenia art. 24 ust 1 pkt 17) Pzp odwołujący wskazał na uzasadnienie zarzutu nr 2.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 2 odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z pkt V 1.2) b) tiret 6 SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający o udzielenie przedmiotowego zamówienia spełnił warunek dysponowania minimum jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i

kanalizacyjnych, wraz z ważnym zaświadczeniem o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego oraz posiadającą, co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu robót budowlanych w swojej specjalności, w tym przynajmniej przy realizacji jednego obiektu użyteczności publicznej.

Zdaniem odwołującego w wyniku odpowiedzi na pytania wykonawców zamawiający zmodyfikował treść warunku w ten sposób, że rozszerzył doświadczenie wymaganej osoby o doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót. I tak w odpowiedzi na pytanie nr 137 *Zgodnie z zapisem SIWZ punkt V podpunkt 1.2)b) tiret 5, 6, 7, 8, 9 Zamawiający wymaga aby osoby przewidziane na stanowisko kierownik robót konkretnej branży posiadały doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu robót budowlanych w swojej specjalności. Co zamawiający rozumie przez „nadzorowanie robót budowlanych”? Czy Zamawiający uzna warunek za spełniony w przypadku osób pełniących funkcję Kierownika Robót przez 3 lata w swojej specjalności?* Zamawiający odpowiedział – *Zamawiający potwierdza.*

W ocenie odwołującego po zmianie treść warunku nabrała więc następującego brzmienia – wykonawca musi dysponować minimum jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, wraz z ważnym zaświadczeniem o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego oraz posiadającą co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu robót budowlanych albo pełnieniu funkcji kierownika robót w swojej specjalności, w tym przynajmniej przy realizacji jednego obiektu użyteczności publicznej.

Następnie odwołujący wskazał, że w przedstawionym na potwierdzenie spełnienia warunku wykazanie osób – w którym to każdy wykonawca w tym konsorcjum oświadczył, że *Potwierdzając spełnienie warunku udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa układu drogowego wraz z włączeniem i przebudową ul. Lubelskiej, włączeniem w al. Wojska polskiego oraz wykonaniem infrastruktury technicznej, stanowiącą część zadania inwestycyjnego pn.: „Rozbudowa Portu Lotniczego Radom-Sadków w formule projektuj i buduj” oświadczamy, że dysponujemy osobami zdolnymi do wykonania zamówienia spełniającymi warunek opisany w pkt V.L2.)b) SIWZ, w tym co najmniej:* ” konsorcjum podało pana P.W. wskazując m.in. że pełnił on funkcję kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych i wodociągowych i kanalizacyjny przy realizacji obiektu użyteczności publicznej jakim było *Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Garwolin – Kurów na odcinku Garwolin (koniec obwodnicy) – granica woj. mazowieckiego i lubelskiego z podziałem na dwie części. Część nr 2 na odcinku Gończyce (koniec obwodnicy) - granica woj. mazowieckiego i lubelskiego od km. 62+200 do ok km. 75+212 długość ok 13, 012 km.*

Odwołujący wyjaśnił, że pismem z dnia 15 grudnia 2020 r. zwrócił się do inwestora na ww. zadaniu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z prośbą o udzielenie odpowiedzi na pytanie o to czy pan P.W. pełnił funkcję kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych na zadaniu pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Garwolin - Kurów na odcinku Garwolin (koniec obwodnicy) - granica woj. mazowieckiego i lubelskiego z podziałem na dwie części. Część nr 2 na odcinku Gończyce (koniec obwodnicy) — granica woj. mazowieckiego i lubelskiego od km. 62+200 do ok km. 75+212 długość ok 13, 012 km”. W odpowiedzi pismem z dnia 17 grudnia 2020 r. Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad wskazał, że „W odpowiedzi na powyższe pytanie informuję, że w raportach miesięcznych Wykonawcy robót firmy Budimex S.A. nie widnieje nazwisko p. P. W. jako kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych dla ww. zadania. Osoba ta nie została zgłoszona jako kierownik robót do Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego oraz nie dokonywała wpisów jako kierownik robót w dziennikach budowy”. Tym samym działanie Konsorcjum polegające na wpisaniu w ofercie informacji sprzecznych z rzeczywistością należy ocenić w kategorii uchybienia skutkującego wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp lub art. 24 ust 1 pkt 16 Pzp. Obowiązkiem wykonawcy było zweryfikowanie podanych przez niego informacji, zwłaszcza jeżeli odnosi się to do informacji mających istotne znaczenie dla prowadzonego postępowania, albowiem odnoszących się warunku udziału w postępowaniu. Nawet jeżeli nie było to zachowanie świadome, to z całą pewnością kwalifikuje się ono jako niedbalstwo lub lekkomyślność, czyli sytuację w której wykonawca nie zweryfikował w sposób dostateczny informacji przekazanych przez inny podmiot. Odwołujący wskazał, że treść warunku związanego z dysponowaniem osobami (kierownikami robót) o określonych kwalifikacjach zawodowych wyraźnie wskazuje, na doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót to jest na sprawowanie samodzielnej funkcji technicznej jaką jest kierownik robót. Zgodnie z przepisami ustawy z 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. 2020 poz. 1333), uwzględniając stan prawny obowiązujący w dacie wykonywania robót objętych ww. inwestycją i w dacie złożenia oferty, kierownik robót jest samodzielną funkcją techniczną w budownictwie dla której sprawowania konieczne jest objęcie obowiązków kierownika robót potwierdzone wpisem w dzienniku budowy. Taka interpretację potwierdza liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Odnosząc się do wskazanej w zarzutach odwołania przesłanki wykluczenia wynikającej z art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp to w orzecznictwie konsekwentnie wskazuje się konieczność jej zastosowania w sytuacji gdy podanie nieprawdziwych informacji tj. powodujących mylne wyobrażenie o rzeczywistości już tylko hipotetycznie może mieć wpływ na wynik postępowania. Interpretacja tego przepisu, dokonywana bardzo często w porównaniu a art. 24 ust 1 pkt 16 Pzp, wskazuje, że w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp ustawodawca nie oczekuje wywołania stanu „wprowadzenia w błąd”, lecz nakazuje sankcjonować już „przedstawienie informacji wprowadzających w błąd”.

Co do pojęcia błędu w rozumieniu pkt 16) czy też 17) przywołanego przepisu to również Krajowej Izby Odwoławczej posiada w tym zakresie bogaty dorobek. Wynika z niego – jak wskazują również wyroki powołane w odwołaniu, że błąd oznacza mylne wyobrażenie o rzeczywistości, mylne wyobrażenie o faktach.

Co do strony podmiotowej przesłanki opisanej w art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 Pzp to dla jej oceny właściwe jest zastosowanie miernika staranności wynikającego z art. 355 kc., który wymaga dla oceny sposobu działania wykonawcy miernika należytej staranności wynikającego z profesjonalnego charakteru wykonywanej działalności.

Brak należytej staranności konsorcjum w przedstawianiu informacji o doświadczeniu deklarowanego personelu należy oceniać co najmniej w kategorii lekkomyślności lub niedbalstwa. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania (wyrok KIO z dnia 31 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2517/19). Konsorcjum będące profesjonalną firmą budowlaną rozumie, a co najmniej powinno rozumieć, co oznacza pojęcie pełnienia funkcji kierownika robót a składane w tym zakresie oświadczenia powinno poddać odpowiedniej weryfikacji. Nie można również wykluczyć, że działanie konsorcjum oparte było na świadomości podawania nieprawdy i jedynie przekonaniu o tym, że okoliczność ta nie zostanie zweryfikowana.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp w kontekście nieprawdziwości oświadczenia o zgodności oferowanych robót budowlanych z wymaganiami SIWZ w zw. z treścią kart katalogowych, odwołujący podkreślił, że złożenie kart katalogowych było wynikiem odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów przesłanego przez zamawiającego w wyniku odwołań wniesionych w przedmiotowym postępowaniu przez dwóch innych wykonawców tj. jego i Mirbud S.A. Konsorcjum było już odrzucone za brak kart katalogowych sklasyfikowany jako niezgodność z SIWZ. Tym bardziej więc podtrzymywanie nieprawdziwego oświadczenia stanowi o lekkomyślności lub niedbalstwie w działaniu konsorcjum.

O tym, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie tylko mógł, ale został wprowadzony w błąd w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu świadczy fakt, że Konsorcjum nie zostało wykluczone z udziału w postępowaniu mimo, że jedynie inwestycja związana realizacją S17 w Lublinie polegała na wykonaniu obiektu użyteczności publicznej jakim w swoim doświadczeniu miał legitymować się kierownik robót i jedynie z uwzględnieniem tej inwestycji kierownik robót posiada wymagane 3 letnie doświadczenia zawodowe. Zamawiający nabrął więc błędnego przekonania, że Konsorcjum dysponuje kierownikiem robót branży sanitarnej z doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika robót tej branży przy realizacji obiektu użyteczności publicznej, podczas gdy jest to niezgodne z rzeczywistością. W konsekwencji oferta ta została wybrana jako najkorzystniejsza co jest wyrazem chyba najistotniejszej decyzji w postępowaniu o udzielenie zamówienia to materializuje jego cel – udzielenie zamówienia.

Dodatkowo odwołujący wyjaśnił, że zamawiający wymagał aby osoba wskazana na kierownika robót branży sanitarnej legitymowała się min. 3 letnim doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika robót. Wobec wykazania, że nie jest prawdą że pan P.W. pełnił taką funkcję w trakcie realizacji zadania „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Garwolin – Kurów (...)” nie jest też prawdą że posiada on min. 3 letnie doświadczenie zawodowe. Czas realizacji pozostałych inwestycji wskazanych w wykazie jest potwierdzeniem, że posiada on doświadczenie zawodowe zdobywane w okresie od 29 maja 2012 r. (rozpoczęcie realizacji zadania budowa siecią kanalizacji sanitarnej ul. Trakt Królewski, Borzęcin Duży Wojcieszyn) do 24 października 2014 r. (zakończenie realizacji inwestycji Budowa sieci kanalizacji sanitarnej ul. Sobieskiego, Borzęcin Duży, Topolin) a więc doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót branży sanitarnej przez okres 29 miesięcy (2 lata i 4 miesiące) nie zaś jak oświadczyło Konsorcjum przez 3 lata.

Na wypadek uznania, że zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 Pzp nie jest zasadny odwołujący zgłosił zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp. Odwołujący wykazał bowiem, że konsorcjum co najmniej nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu z pkt 3 odwołujący wskazał, że pismem z dnia 14 sierpnia 2020 r. (nr ref 48/PN/ZP/TLLZP/20) zamawiający poinformował odwołującego oraz dwóch pozostałych wykonawców w tym konsorcjum i Mirbud S.A. o odrzuceniu złożonych przez nich ofert, wskazując w uzasadnieniu swojej decyzji, że w załączniku nr 4 do SIWZ – opisie przedmiotu zamówienia w pkt 6 i 7 oraz w pkt. 2.3.1. Programu Funkcjonalno-Użytkowego stanowiącego załącznik do OPZ żądał aby wykonawca wraz z ofertą dostarczył karty katalogowe urządzeń, kas automatycznych i terminali wjazdowych i wyjazdowych. Odrzuceni wykonawcy nie dostarczyli wraz z ofertą ww. kart katalogowych a ponieważ art. 87 ust 1 Pzp zakazuje jakichkolwiek zmian w treści oferty za wyjątkiem okoliczności opisanych w dalszych jednostkach redakcyjnych tego artykułu, zamawiający uznał, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ i odrzucił ją na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp. Od tej decyzji odwołanie wnieśli odwołujący – rozpoznane pod sygnaturą KIO 2069/20 i zakończone wyrokiem z 2 października 2020 r. oraz Mirbud S.A. – rozpoznane pod sygnaturą KIO 2074/20 i zakończone wyrokiem wydanym w tej samej dacie. W wyroku w sprawie KIO 2069/20 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zamawiającemu (...) *unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, ponowne badanie i ocenę oferty odwołującego po uprzednim wezwaniu do doręczenia kart katalogowych i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty (...)*. Analogicznie w wyroku wydanym z odwołania Mirbud S.A. KIO nakazała (...) *unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, ponowne badanie i ocenę oferty odwołującego po uprzednim wezwaniu do doręczenia kart katalogowych i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty (...)*.

Decyzja zamawiającego z 14 sierpnia 2020r. nie została zaskarżona przez konsorcjum. W wydanych wyrokach KIO nakazał powtórna ocenę i badanie ofert odwołujących w tamtych sprawach tj. Mirbud S.A. i odwołującego. W ocenie odwołującego stanowi to o braku podstawy do udziału tego wykonawcy w dalszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i uzasadnia postawione zarzuty.

Co do zarzutów podniesionych w pkt 4 i 5 jak opisał odwołujący w uzasadnieniu zarzutu z pkt 3 wyrokiem z dnia 2 października 2020 r. wydanym w sprawie sygn. akt KIO 2069/20 i 2074/20 KIO nakazała wezwanie odwołującego oraz Mirbud S.A. (zwanego dalej: „Mirbud”) do uzupełniania kart katalogowych. Pismem z dnia 9 października 2020 r. (TLLZP.220.274/2020 nr ref 48/PN/ZP/TLLZP/20) zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust 3 Pzp do przedstawienia w terminie do 12 października do godz. 12.00 kart katalogowych wymaganych zgodnie z SIWZ. Po upływie tego terminu tj. 13 października 2020r. zamawiający poinformował o „wydłużeniu terminu” na uzupełniania kart katalogowych do 14 października 2020r. do godz. 12:00. W wydłużonym terminie karty katalogowe złożył wykonawca Mirbud o czym świadczy m.in. fakt, że zostały one podpisane po upływie pierwotnego terminu składania dokumentów, na dowód czego odwołujący załączył raporty weryfikacji podpisu jakim zostały opatrzone karty przedstawione przez tego wykonawcę.

Odwołujący wskazał, że nie było skuteczne wydłużenie terminu po jego upływie. Pismo którym zamawiający wyznaczył termin uzupełniania dokumentów dla wszystkich wykonawców przesłane było wykonawcom 9 października 2020 r. i wskazywało na konieczność uzupełnienia dokumentów do 12 października 2020 r. Kolejne pismo dotyczące uzupełnienia dokumentów zawierało oświadczenie złożone 13 października 2020r. o godz. 10:15 o „wydłużeniu terminu uzupełnienia dokumentów” do 14 października do godz. 12:00. Oświadczenie to – przesłane wykonawcom 13 października 2020 r. nie mogło stanowić skutecznego wydłużenia terminu wyznaczonego przez zamawiającego pismem z dnia 9 października 2020 r., bo termin ten w dacie rzekomego wydłużenia upłynął. Nie można wydłużyć terminu, który już upłynął a co najwyżej wyznaczyć nowy termin – co z uwagi na możliwość jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów na gruncie art. 26 ust 3 Pzp nie jest dopuszczalne. Oświadczenie to należy więc traktować jako drugie wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Naczelną zasadą prawa zamówień publicznych jest prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Oczywistym i jaskrawym naruszeniem tej zasady jest różnicowanie pozycji wykonawców poprzez wyznaczanie jednemu czy kilku z nich innych – dłuższych terminów na uzupełniania dokumentów czy też wyznaczanie któremukolwiek wykonawcy dodatkowego terminu na uzupełnienie dokumentów. Konsekwencją więc nieprzedstawienia dokumentów objętych żądaniem z 9 października 2020 r. w terminie do 12 października 2020 r. do godz. 12:00 przez wykonawców prawidłowo przywróconych do udziału w postępowaniu lub dalej biorących w nim udział jest dokonanie oceny oferty z uwzględnieniem nie przedstawienia dokumentów przedmiotowych wymaganych do złożenia wraz z ofertą tj. odrzucenie

oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący podtrzymał argumentację przedstawioną w uzasadnieniu zarzutu nr 1 odnośnie skutków nie przedstawienia dokumentów przedmiotowych. Również więc w zakresie tych zarzutów odwołanie w opinii odwołującego było zasadne. Wobec nie przedstawiania w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 9 października 2020 r. żądanych dokumentów oferta Mirbud powinna zostać odrzucona.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „Drogomex” Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie oraz P. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ROBOZ P. P. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim.

Zamawiający w dniu 18 stycznia 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania oraz przedstawił uzasadnienie dla tego wniosku.

W tym samy dniu także wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył do akt sprawy pismo procesowe wraz załącznikami. Przedstawił w nim argumentację odnośnie:

- braku interesu odwołującego, o którym mowa w art. 179 ust.1 Pzp co do zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp i art. 7 Pzp oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp;
- zarzutów wniesionych z uchybieniem terminu, o którym mowa w art. 182 Pzp;
- a w przypadku nieuwzględnienia wcześniejszej argumentacji o oddaleniu odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.* Zgodnie z ww. przepisem, do niniejszego postępowania odwoławczego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.). Postępowanie odwoławcze zostało bowiem wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 21 grudnia 2020 r., a więc przed 1 stycznia 2021 r.

Skład orzekający stwierdził, że zgłoszone przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego spełniało wymogi wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. W związku z tym Izba dopuściła jako uczestnika postępowania odwoławczego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Drogomex” Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie oraz P. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ROBOZ P. P. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim (zwanych dalej: „przystępującym” lub nadal: „konsorcjum”).

Izba ustaliła, że odwołujący spełnił określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp skutkujących odrzuceniem odwołania.

Tym samym Izba nie wzięła pod uwagę argumentacji zamawiającego i przystępującego, którzy wnosili o pozostawienie bez rozpoznania, jako wniesionych po terminie, części zarzutów lub całego odwołania lub o oddalenie odwołania w całości ze względu na brak interesu odwołującego, o którym mowa w art. 179 ust.1 Pzp.

Jak ustaliła Izba zamawiający w dniu 9 października 2020 r. unieważnił czynność unieważnienia postępowania i wezwał wykonawców do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień. Odwołujący pismem z dnia 15 października 2020 r. wystąpił do zamawiającego o udostępnienie dokumentów złożonych przez pozostałych wykonawców. Swój wniosek odwołujący ponowił pismem z dnia 10 grudnia 2020 r. Wymagane dokumenty otrzymał dopiero w dniu 11 grudnia 2020 r. Na potwierdzenie przedmiotowej okoliczności odwołujący złożył na posiedzeniu: pismo z dnia 15 października 2020 r., pismo z dnia 10 grudnia 2020 r. wraz z mailem, który zawierał pismo z dnia 10 grudnia 2020 r. oraz wydruk z platformy przetargowej potwierdzający otrzymanie wnioskowanych dokumentów w dniu 11 grudnia 2020 r.

W związku z powyższym skład orzekający uznał, że odwołujący aż do momentu wyboru najkorzystniejszej oferty nie wiedział jaką ostatecznie decyzję podejmie zamawiający w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Wybór nastąpił w dniu 9 grudnia 2020 r. Po drugie dokumenty dotyczące ofert pozostałych wykonawców odwołujący otrzymał w dniu 11 grudnia 2020 r. W związku z tym to moment wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, przy prawidłowym opublikowaniu tej informacji, który nastąpił w dniu 9 grudnia 2020 r. wyznaczał początek biegu terminu na wniesienie odwołania, także co tych czynności zamawiającego, które składały się na badanie i ocenę ofert pozostałych wykonawców. Odwołujący w przedmiotowej sprawie nie musiał wnosić odwołania przed wyborem najkorzystniejszej oferty, ponieważ po pierwsze nie wiedział, która oferta zostanie za taką uznaną (mógł liczyć na to, że to jego oferta zostanie wybrana), a po drugie nie znał szczegółów czynności zamawiającego podjętych wobec pozostałych wykonawców, ponieważ mimo tego, że dwukrotnie starał się uzyskać dokumenty od zamawiającego, zamawiający przesłał mu je dopiero w dniu 11 grudnia 2020 r.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że na rozprawę należy skierować wszystkie podniesione w odwołaniu zarzuty, a przez to w całości rozpoznać odwołanie.

Nie znalazło także potwierdzenia stanowisko wskazujące na brak interesu, o którym mowa w art. 179 ust.1 Pzp. Jak wynika z treści informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 9 grudnia 2020 r., zamawiający uznał za taką ofertę przystępującego, na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta MIRBUD S.A., która otrzymała 99,98 pkt, a na trzecim oferta odwołującego, która otrzymała 83,12 pkt.

Odwołujący podnosił zarzuty zarówno wobec oferty przystępującego (pkt 1-3 *petitum* odwołania) jak i wykonawcy MIRBUD S.A. (pkt 4-*petitum* odwołania) oraz żądał odrzucenia ofert obu wykonawców, a dodatkowo wykluczenia przystępującego z postępowania (pkt II odwołania). W związku z tym potwierdzenie zarzutów odwołania miałyby wpływ na wynik postępowania, ponieważ oferta odwołującego pozostawałaby jedyną ofertą w postępowaniu.

W ocenie Izby niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez odwołującego tego konkretnego zamówienia. Interes odwołującego musi, zatem

być utożsamiany z doznany przez wykonawcę uszczerbkiem w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia w wyniku naruszenia przepisów Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący miał potencjalną możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia i wyniku błędnej decyzji zamawiającego mógł ponieść szkodę w postaci nieotrzymania środków związanych z jego realizacją.

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:

1) dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na płycie DVD, przesłanej do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 31 grudnia 2020 r. oraz uzupełnionej na rozprawie, w tym w szczególności z treści:

- SIWZ wraz z załącznikami;
- pytań i odpowiedzi dotyczących treści SIWZ z 3 i 5 sierpnia 2020 r.;
- oferty przystępującego wraz z załącznikami;
- wykazu osób złożonych przez przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
- pism z dnia 9 października 2020 r. skierowanych do wykonawców: Budimex S.A., MIRBUD S.A. przystępującego i odwołującego w sprawie unieważnienia czynności: unieważnienia postępowania w dniu 14 sierpnia 2020 r. oraz odrzucenia ofert odwołującego, przystępującego i MIRBUD S.A. Ponadto zamawiający wezwał wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust.3 Pzp kart katalogowych oraz wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty;
- pisma z dnia 12 października 2020 r. o przedłużenie terminu uzupełnienia dokumentów i składania wyjaśnień dotyczących treści oferty do dnia 14 października do godziny 12:00;
- kart katalogowych złożonych przez przystępującego;
- pisma z dnia 30 października 2020 r. skierowanego do przystępującego na podstawie art. 22a ust. 3 Pzp;
- informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 9 grudnia 2020 r.;

2) załączonego do odwołania pisma GDDKiA z 17 grudnia 2020 r.;

3) załączonych do pisma procesowego przystępującego:

- wydruku z systemu smartPZP;
- oświadczenia producenta z 13 stycznia 2021 r.;
- oświadczenia Budimex S.A. z 13 stycznia 2021 r.;

4) złożonych na posiedzeniu przez odwołującego:

- pism z 15 października i 10 grudnia 2020 r. skierowanych do zamawiającego w sprawie udostępnienia odwołującemu dokumentów złożonych przez innych wykonawców;
- wydruku z platformy przetargowej potwierdzającego otrzymanie wnioskowanych dokumentów w dniu 11 grudnia 2020 r.;
- pisma z dnia 23 grudnia 2020 r., wraz dołączonymi do niego kserokopiami fragmentów Dziennika Budowy, dotyczącego realizacji zamówienia pn.: *Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Garwolin – Kurów na odcinku Garwolin (koniec obwodnicy) – granica woj. mazowieckiego i lubelskiego z podziałem na dwie części. Część nr 2 na odcinku Gończyce (koniec obwodnicy) – granica woj. mazowieckiego i lubelskiego od km. 62+200 do ok km. 75+212 długość ok 13, 012 km.*

Izba ustaliła co następuje

Skład orzekający stwierdził, że stan faktyczny sprawy, zaprezentowany powyżej w części dotyczącej prezentacji treści odwołania, nie wymaga powielenia w tej części uzasadnienia. W ocenie Izby dokładne zrelacjonowanie treści odwołania, które zawierało przedstawienie stanu faktycznego w sposób adekwatny i zgodny z treścią przywołanych postanowień dokumentacji przetargowej było wystarczające, jak również należy zaznaczyć, że stan faktyczny nie był sporny, sporna była jedynie ocena prawna dokumentacji postępowania.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;*
- art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;*
- art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;*
- art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;*
- art. 24 ust. 4 Pzp – *Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1;*
- art. 7 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;*
- art. 7 ust. 3 Pzp – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;*
- art. 26 ust. 3 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 udzielania wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania;*
- art. 91b Pzp – *1. Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.*

2. W zaproszeniu, o którym mowa w ust. 1, zamawiający informuje wykonawców o: 1) pozycji złożonych przez nich ofert i otrzymanej punktacji; 2) minimalnych wartościach postąpień składanych w toku aukcji elektronicznej; 3) terminie otwarcia

aukcji elektronicznej; 4) terminie i warunkach zamknięcia aukcji elektronicznej; 5) sposobie oceny ofert w toku aukcji elektronicznej; 6) formule matematycznej, która zostanie wykorzystana w aukcji elektronicznej do automatycznego tworzenia kolejnych klasyfikacji na podstawie przedstawianych nowych cen lub wartości; 7) harmonogramie dla każdego etapu aukcji elektronicznej, jeżeli zamawiający zamierza zamknąć aukcję elektroniczną na podstawie art. 91e pkt 3.

2a. Formuła matematyczna, o której mowa w ust. 2 pkt 6, uwzględnia wagę wszystkich kryteriów oceny ofert. W przypadku dopuszczenia ofert wariantowych określa się odrębną formułę dla każdego wariantu.

3. Termin otwarcia aukcji elektronicznej nie może być krótszy niż 2 dni robocze od dnia przekazania zaproszenia, o którym mowa w ust. 1.

4. Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej powinien obejmować przeliczanie postąpień na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji elektronicznej.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Jeśli chodzi o zarzut wskazany w pkt 1 *petitum* odwołania, dotyczący parametrów wynikających ze złożonych przez przystępującego kart katalogowych, należy wskazać, że zamawiający i przystępujący nie kwestionowali podniesionych rozbieżności, które zostały zaprezentowane powyżej (str. 7-9). Ich argumentacja w tym zakresie skupiała się, co do *meritum*, do wskazania znaczenia kart katalogowych w przedmiotowym postępowaniu.

Tytułem wyjaśnienia należy wskazać, że w dniu 14 sierpnia 2020 r., wobec nieprzedłożenia kart katalogowych przez wykonawców, zamawiający odrzucił oferty przystępującego, odwołującego oraz MIRBUD S.A. Wobec zaskarżenia przedmiotowej czynności przez odwołującego i wykonawcę MIRBUD S.A., Izba wydając wyrok z 2 października 2020 r. o sygn. akt KIO 2069/20 i KIO 2074/20 dokonała szczegółowej interpretacji zapisów PFU i OPZ, jak również oceny charakteru wymaganych kart katalogowych.

Izba w przedmiotowej sprawie w całej rozciągłości podtrzymała i przyjęła argumentację zawartą w uzasadnieniu dla powyżej wskazanej sprawy, uznając ją za kluczową i słuszną dla rozpoznania przedmiotowej sprawy. W wyroku z 2 października 2020 r. o sygn. akt KIO 2069/20 i KIO 2074/20 Izba stwierdziła m. in. co następuje:

W tym kontekście należy odpowiedzieć na pytanie czym jest karta katalogowa, której dołączenie do oferty wymagają postanowienia siwz (pkt 6 i 7 zał. nr 4 do siwz Opis przedmiotu zamówienia oraz pkt 2.3.1. Programu Funkcjonalno-Użytkowego). (...) Reasumując karta katalogowa wystawiana przez producenta (sprzedawcę), ma charakter informacyjno-reklamowy, ułatwiający decyzje potencjalnego nabywcy do nabycia poszukiwanego urządzenia. W tym celu zawiera szereg informacji, a zawężając problematykę do przedmiotu sprawy, o charakterze technicznym, konstrukcyjnym, technologicznym, czy też funkcjonalnym. Nie znaczy to, że zawiera wszystkie elementy, których oczekuje zamawiający, który opisuje wymagania w siwz, czyli nie zawiera pełnej gamy cech oferowanego urządzenia co do jego parametrów technicznych, funkcjonalnych itp. Wynika to przede wszystkim z faktu, że jest to oświadczenie producenta urządzenia do ogółu potencjalnych odbiorców, a nie oświadczenie oferenta składającego zobowiązanie wobec zamawiającego, z uwzględnieniem określonych przez niego wymagań. Dlatego też chociażby z tego powodu nie można karty katalogowej co do zasady oceniać w kontekście jej zgodności z siwz. (...) Generalizując ocena tego rodzaju dokumentów jako potwierdzających wymagania siwz jest zależna od postanowień siwz, ale zawsze powinna być dokonywana na tle art.25 ust.1 pkt 2 ustawy, który zalicza je do dokumentów podlegających uzupełnieniu, poprawieniu, czy też wyjaśnieniu, na mocy art.26 ust.3 ustawy.

(...)

Podsumowując powyższe wywody Izba stwierdza, że karta katalogowa urządzenia to nie oświadczenie woli oferenta, a jedynie dokument producenta/handlowca reklamującego towar do nabycia przez potencjalnego kupującego/zamawiającego.

Izba podsumowując powyższe rozważania stwierdza, że karty katalogowe nie stanowią o treści oferty i podlegają uzupełnieniu, poprawieniu, czy też wyjaśnieniu w trybie art.26 ust.3 czy też art.26 ust.4 ustawy.

Izba rozstrzygnięcie w spornej kwestii rozważała również, uwzględniając formułę przedmiotu zamówienia oraz jego realizacji. Jak już wyżej Izba cytowała przedmiotem zamówienia jest budowa/przebudowa dróg do lotniska i budowa parkingów wyposażonych w elektroniczne urządzenia (kasy biletowe automatyczne, terminale do wjazdu i wyjazdu na parking lotniskowy oraz inne urządzenia wymienione w opz i PFU). Przy czym przedmiotem zamówienia nie jest tylko budowa/przebudowa dróg i parkingu przy lotnisku ale najpierw wykonanie dokumentacji technicznej – projekt wykonawczy a także dokumentacja powykonawcza wraz z oddaniem obiektu do użytku.

Dla rozstrzygnięcia zawisłego przed Izbą sporu, należy skupić uwagę na pierwszym elemencie to jest wykonania dokumentacji technicznej w postaci projektu wykonawczego. Zamawiający w ramach siwz sporządził program funkcjonalno-użytkowy i projekt budowlany. Tak więc wykonawca przed przystąpieniem do robót budowlanych ma wykonać dokumentację techniczną w postaci projektu wykonawczego, który jest elementem przedmiotu zamówienia. Z natury rzeczy jak i w tym przypadku wynika, że pfu i opz zawierają szereg opisów technicznych co do urządzeń, które praktycznie w tym postępowaniu przekładają się na zobowiązanie oferentów do złożenia kart katalogowych urządzeń już na etapie składania oferty. W związku z tym zamawiający ma prawo sprawdzać na etapie oceny ofert czy w kartach katalogowych znajdują się oczekiwane parametry techniczne z pfu i opisu przedmiotu zamówienia.

(...)

Izba dochodząc do sedna rozważań w tym miejscu, powołując się na powszechnie dostępną wiedzę zawodową wskazuje, że dopiero na etapie projektu wykonawczego projektant dokonuje doboru konkretnych urządzeń wskazując producenta i inne oznaczenia identyfikujące urządzenia przewidziane w projekcie wykonawczym.

Niemniej zamawiający, uznał za sensowne sprawdzenie oferenta już na etapie składania ofert jakie urządzenia zamierza zaprojektować u zamawiającego. W tej sytuacji w ocenie Izby nie wyklucza się, że oferent może na etapie składania ofert na dane urządzenie złożyć nawet kilka kart katalogowych nawet różnych producentów na jedno urządzenie, jeżeli posiadają parametry opisane w opz i pfu. I obowiązek ten po stronie oferenta jest nie do podważenia.

Izba na tle powyższych rozważań stwierdza, że gdyby nie było formuły projektu i buduj tylko formuła buduj to po stronie zamawiającego leżało by nie tylko pfu, projekt budowlany ale także projekt wykonawczy i dopiero wtedy można byłoby rozważać czy brak bądź doreczenie niewłaściwej do oferty karty katalogowej świadczyć może o sprzeczności treści oferty z treścią siwz. Bowiern jest to sytuacja w której zamawiający precyzyjnie określił przedmiot zamówienia aż do rodzaju urządzeń w zakresie wszystkich wymaganych parametrów technicznych, technologicznych czy funkcjonalnych, które stanowią wymagania zamawiającego, nie podlegające bez jego zgody na etapie realizacji jakimkolwiek zmianom

Natomiast powyższy wywód Izby, pełnomocnicy odwołujących skwitowali krótko i dosadnie w odwołaniach powołując się

na opis przedmiotu zamówienia, gdzie znajduje się postanowienie o treści „dobór urządzeń nastąpi na etapie projektowania”. Niemniej dla przekonania zamawiającego co do zasadności rozstrzygnięcia Izby w zakresie obowiązku stosowania w niniejszej sprawie art. 26 ust. 3, a nie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, w związku z brakiem kart katalogowych, czy też błędnych co do treści kart katalogowych, Izba posłużyła się niniejszym wywodem.

Na marginesie sprawy należy wskazać, na co powoływali się pełnomocnicy odwołujących na rozprawie, że umieszczenie w opz czy w pfu a nie w siwz w części, w której co do zasady wymienia się dokumenty jakie należy załączyć do oferty, jest utrudnieniem dla przygotowujących oferty.

Natomiast Izba zwraca uwagę, że taka niekonsekwencja struktury dokumentacyjnej przetargu, w przypadku gdyby nie doręczenie wymaganego dokumentu skutkowało odrzuceniem oferty, to zamawiający pozbyłby się np. bardzo korzystnej oferty.

Izba dokonując podsumowania w przedmiocie sporu co do kart katalogowych, w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy w sprawie stwierdza, że karty katalogowe to dokumenty podlegające reżimowi art. 26 ust. 3 ustawy a nie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ponieważ są elementem oferty nie posiadającym charakteru oświadczenia woli oraz elementem oferty, który nie ma charakteru wiążącego po złożeniu oferty, w związku z doбором urządzeń na etapie wykonania projektu wykonawczego, który w tym zamówieniu stanowi wyodrębnioną część zamówienia.

Z zacytowanego powyżej, obszernego fragmentu orzeczenia w sprawie o sygn. akt KIO 2069/20 i KIO 2074/20 można wyciągnąć dwa generalne wnioski co do znaczenia kart katalogowych na potrzeby przedmiotowego postępowania. Po pierwsze karty katalogowe nie stanowiły treści oferty i podlegały uzupełnieniu, poprawieniu, czy też wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 3 czy też art. 26 ust. 4 Pzp. Po drugie karty katalogowe były elementem oferty nieposiadającym charakteru oświadczenia woli oraz elementem oferty, który nie miał charakteru wiążącego po złożeniu oferty, w związku z doбором urządzeń na etapie wykonania projektu wykonawczego, który w tym zamówieniu stanowił wyodrębnioną część zamówienia. Ponadto zamawiający poza zdawkową informacją zawartą OPZ lub PFU o wymaganiu złożenia kart katalogowych dla określonych urządzeń nie opisał żadnych szczegółowych informacji co do tego w jaki sposób i pod jakim kątem będzie analizował treść złożonych kart katalogowych oraz jakie będą konsekwencje niepotwierdzenia części parametrów z postawionymi wymogami.

Wykonując orzeczenie Izby, zamawiający unieważnił czynność unieważnienia postępowania, a także unieważnił czynność odrzucenia ofert: przystępującego, odwołującego i wykonawcy MIRBUD S.A., po czym wezwał ich do uzupełnienia kart katalogowych oraz wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Przystępujący złożył karty katalogowe następujących urządzeń, których producentem jest CAME Poland Sp. z o.o.:

- kasy automatycznej;
- serwerów;
- centralnej jednostki zarządzającej;
- urządzenia wjazdowego;
- urządzenia wyjazdowego;
- szlabanów;
- kamer LPR;
- kasy ręcznej;
- tablicy informacyjnej.

Wszystkie karty katalogowe zostały opatrzone następującym zastrzeżeniem *Dokument ma charakter wyłącznie informacyjny i może podlegać zmianie w dowolnym momencie. Jego zawartość nie może być w żadnym wypadku uznana za umowną lub wiążącą.*

Ponadto zamawiający w piśmie z dnia 30 października 2020 r. skierowanym do przystępującego na podstawie art. 22a ust. 3 Pzp wskazał, że *Jednocześnie Zamawiający informuje, że działając zgodnie z Wyrokiem KIO z dnia 2 października 2020 roku, sygn. akt: KIO 2069/20 i KIO 2074/20, traktuje przesłane przez Państwa na wezwanie Zamawiającego karty katalogowe urządzeń jako mające jedynie charakter poglądowy i ostateczne parametry oferowanych urządzeń, ustalone na etapie wykonywania dokumentacji wykonawczej, będą zgodne z SIWZ.*

Dodatkowo przystępujący złożył wraz pismem procesowym oświadczenie CAME Poland Sp. z o.o., z którego wynika, że ww. podmiot będący producentem oferowanych urządzeń oświadczył, iż karty katalogowe produktów nie są wiążącą ofertą handlową, a produkty są modyfikowane pod potrzeby klienta/konkretnego projektu. Producent oświadczył ponadto, iż rozwiązania w przyszłej projektowej dokumentacji wykonawczej zadania nr 48/PN/ZP/TLLZP/20, podlegającej akceptacji przez inwestora, będą spełniały wszystkie wymagania Programu Funkcjonalno-Użytkowego dla przedmiotowego zadania.

Mając powyższe na uwadze, nawet jeśli przyjąć, że zamawiający powinien bardzo skrupulatnie podejść do analizy złożonych przez przystępującego kart katalogowych, to w przypadku stwierdzenia nieścisłości co do jakichś parametrów, w związku z zastrzeżeniem dokonany w treści karty przez producenta, powinien zwrócić się do przystępującego o wyjaśnienie treści tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Jednakże w ocenie składu orzekającego, oświadczenie producenta załączone do pisma procesowego przystępującego w okolicznościach przedmiotowej sprawy należy uznać za rozwiewające wątpliwości w tym zakresie. Powyższe stanowisko było tym bardziej zasadne, ponieważ karty katalogowe w realiach przedmiotowego zamówienia zostały uznane za element oferty nieposiadający charakteru oświadczenia woli, który nie ma charakteru wiążącego po złożeniu oferty, w związku z doбором urządzeń na etapie wykonania projektu wykonawczego, który w tym zamówieniu stanowi wyodrębnioną część zamówienia.

Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp skierowany wobec oferty przystępującego.

Nie potwierdził się także zarzut ewentualny podniesiony w tym zakresie.

Skoro karty katalogowe nie miały charakteru wiążącego po złożeniu oferty, to nie mogły wprowadzać zamawiającego w błąd mogący mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podkreślenia przy tym wymaga, iż nie można uznać podanych przez wykonawcę informacji za wprowadzające w błąd, jeżeli zapoznanie się z nimi byłoby wystarczające do powzięcia ewentualnych wątpliwości i podjęcia przez zamawiającego odpowiednich kroków w postaci wezwania wykonawcy do wyjaśnień. Jak ustalono powyżej w okolicznościach przedmiotowej sprawy przystępujący wyjaśnił wątpliwości związane z treścią złożonych kart katalogowych, zatem nie można stwierdzić, że przystępujący ostatecznie wprowadził zamawiającego w błąd, a jak wskazano powyżej, stwierdzona wcześniej rozbieżność i tak nie miała istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W związku z tym zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp został oddalony.

W zakresie zarzutu podniesionego w pkt 2 odwołania Izba ustaliła, że zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu, określonym w pkt V.1.2) lit. b) tiret 6 SIWZ wykonawcy mieli się wykazać osobą posiadającą uprawnienia budowlane bez

ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, wraz z własnym zaświadczeniem o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego oraz posiadającą, co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu robót budowlanych w swojej specjalności, w tym przynajmniej przy realizacji jednego obiektu użyteczności publicznej. Tym samym zamawiający nie wymagał, aby osoba ta posiadała 3-letnie doświadczenie w pełnieniu samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, tj. funkcji kierownika robót.

Jak słusznie w ocenie Izby podnosili zamawiający i przystępujący, zamawiający w odpowiedzi na przywołane przez odwołującego pytanie nr 137 potwierdził jedynie, iż uzna przedmiotowy warunek za spełniony również w przypadku osób pełniących funkcję Kierownika Robót przez 3 lata w swojej specjalności. W związku z tym odpowiedź na to pytanie nie skutkowałą, wbrew interpretacji odwołującego, zmianą treści SIWZ. Potwierdzeniem powyższego jest również odpowiedź na pytanie 104 z dnia 3 sierpnia 2020 r., w której zamawiający nie wyraził zgody na proponowaną zmianę zapisów punkt V podpunkt 1.2 b) tiret 5, 6, 7, 8. 9 SIWZ z nadzorowania robót budowlanych w swojej specjalności na kierowanie robotami budowlanymi w swojej specjalności.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ (pkt VII.3.1 tiret drugie), celem wykazania spełnienia powyższego warunku, wykonawca obowiązany był przedłożyć na wezwanie zamawiającego wykaz oraz informacje o podstawie dysponowania i doświadczeniu osób opisanych w pkt V.1.2. ppkt b) SIWZ. Podkreślenia przy tym wymaga, iż zamawiający nie określił w SIWZ żadnych dodatkowych wymogów, czy dokumentów, które miałyby być przez wykonawcę przedkładane. W szczególności nie został w SIWZ określony obowiązek opisu lub udokumentowania kwalifikacji, czy wykazania poszczególnych doświadczeń osób kierowanych do realizacji zadania oraz ich uprawnień. Zamawiający również nie załączył do SIWZ żadnego wzoru takiego wykazu.

Przystępujący na wezwanie zamawiającego złożył wykaz osób, w którym wskazał dane osobowe osób kierowanych do realizacji zamówienia, rodzaj i numer uprawnień oraz podstawę dysponowania, a także złożył każdorazowo oświadczenie co do okresu doświadczenia danej osoby. Ponadto, przystępujący wyspecyfikował wybrane projekty realizowane przez poszczególne osoby, które mogłyby mieć znaczenie dla zamawiającego przy ocenie, w ramach których osoby te nabywały doświadczenie.

Należy wskazać, że przystępujący wraz z ofertą złożył zobowiązanie w związku z poleganiem za zasobach innych podmiotów złożone przez Prinkbauer Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Legionowie.

Zakres przedmiotowego zobowiązania dotyczył przekazania posiadanej wiedzy i doświadczenia związanego z wykonywaniem i nadzorem nad realizacją robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz dysponowanie potencjałem kadrowym – kierownik robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych z minimum 3-letnim doświadczeniem zawodowym w nadzorowaniu robót budowlanych w swojej specjalności, w tym przynajmniej przy realizacji jednego obiektu użyteczności publicznej. Ponadto przystępujący załączył do złożonego w sprawie pisma procesowego oświadczenie Budimex S.A. z dnia 13 stycznia 2021 r. potwierdzające, że pan P.W. pełnił na zadaniu *Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Garwolin - Kurów na odcinku Garwolin (koniec obwodnicy) - granica woj. mazowieckiego i lubelskiego z podziałem na dwie części: Część nr 2: na odcinku Gończyce (koniec obwodnicy)- granica województwa mazowieckiego i lubelskiego od ok.km 62+200 do ok. km 75+212 długości ok. 13,012 km*, funkcję kierownika robót w strukturach podwykonawcy Priknauber Sp. z o.o. Sp.k.

Jak wynika z jednolitej linii orzeczniczej Izby, postanowienia SIWZ powinny być tłumaczone zgodnie z ich literalnym brzmieniem. Muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a ewentualne wątpliwości w tym zakresie powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Obowiązek takiego sformułowania i tłumaczenia postanowień SIWZ ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W związku z tym mając na uwadze treść kwestionowanego warunku należy wskazać, że postawiony przez odwołującego zarzut się nie potwierdził.

Kluczowe zagadnienie w tym zakresie miało ustalenie znaczenia zwrotu dotyczącego doświadczenia w nadzorowaniu robót budowlanych w swojej specjalności. Podtrzymując wcześniejsze ustalenie o tym, że poprzez odpowiedź na pytanie 137 do treści SIWZ zamawiający nie zmodyfikował treści przedmiotowego warunku, a jedynie dopuścił jedną z możliwości jego spełnienia, wniosek co do znaczenia ww. zwrotu sprowadzał się co najwyżej do uznania, że miał on charakter nieostry i wyznaczał dość szerokie spektrum możliwości spełnienia. W związku z tym dla jego potwierdzenia wykonawca nie musiał wskazywać osoby, która na danej inwestycji pełniła wyłącznie funkcje kierownika budowy lub robót ze strony generalnego wykonawcy albo inspektora nadzoru inwestorskiego ze strony inwestora, którzy musieli być ujawnieni lub wpisani w dzienniku budowy. Izba doszła do przekonania, że w znaczeniu pojęcia „nadzorowania robót” użytym w treści warunku mieściło się także wykonywanie funkcji kierowniczych w strukturach podwykonawcy działającego na inwestycji, co wykazywał w swojej argumentacji przystępujący. Odwołujący nie udowodnił, że osoba wskazana przez przystępującego dla spełnienia tego warunku nie wykonywała takiej funkcji. Ponadto ze względów wskazanych powyżej, nie miały znaczenia dowody złożone w tym zakresie przez odwołującego tj. dwa pisma pochodzące od zamawiającego oraz kopie fragmentów dziennika budowy, ponieważ zdaniem składu orzekającego nie potwierdzały one, że wskazana przez przystępującego osoba nie wykonywała funkcji na inwestycji, którą wykazywał przystępujący.

Ponadto przystępujący w złożonym wykazie nie poświadczył, iż pan P.W. pełnił samodzielną funkcję techniczną na przedmiotowym zadaniu, a jedynie wskazał, iż m. in. w ramach realizacji tego obiektu użyteczności publicznej nadzorował on roboty budowlane w swojej specjalności.

Tym samym, odwołujący nie wykazał, aby przystępujący w zakresie przedmiotowego warunku przedstawił jakiegokolwiek nieprawdziwe informacje, które miały wprowadzić zamawiającego w błąd oraz nie udowodnił, że przystępujący nie spełnił tego warunku w zarzucanym zakresie.

W związku z tym Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp.

Jeśli chodzi o ostatni zarzut podniesiony wobec oferty przystępującego, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że zamawiający wobec oferty tego wykonawcy dopuścił się czynności, które naruszały treść wskazanych przez odwołującego przepisów. Jak słusznie podniósł przystępujący do podstawowych obowiązków zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, należy przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp, co odwołujący również podkreślał w odwołaniu. Zgodnie natomiast z jednolitym orzecznictwem Izby, zamawiający jest uprawniony do powtórzenia z własnej inicjatywy czynności, jeśli dopatrzy się w swoim działaniu nieprawidłowości. Tym samym, zdaniem składu orzekającego, wobec odrzucenia oferty

przystępującego na tej samej podstawie faktycznej i prawnej, co odwołującego i wykonawcy MIRBUD S.A., po stwierdzeniu naruszenia przepisów przez Izbę w zakresie wskazanym w orzeczeniu o sygn. akt KIO 2069/20 KIO 2074/20, zamawiający był uprawniony do samodzielnej zmiany stanowiska również w stosunku do oferty przystępującego.

W związku z tym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 26 ust 3, art. 91 b) Pzp.

Przechodząc do ostatniej grupy zarzutów dotyczących oferty MIRBUD S.A. należy wskazać, że na skutek niepotwierdzenia się żadnego zarzutu skierowanego w stosunku do przystępującego i jego oferty, która została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, to nawet ewentualna zasadność przedmiotowych zarzutów ze względu na treść art. 192 ust. 2 Pzp i brak wpływu na wynik postępowania nie mogła skutkować uwzględnieniem odwołania.

Co do meritum, Izba ustaliła, że zamawiający wykonując wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2069/20 KIO 2074/20 wezwał pismami z dnia 9 października 2020 r. zarówno odwołującego oraz wykonawcę MIRBUD S.A. jak i przystępującego oraz wykonawcę Budimex S.A. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia kart katalogowych oraz wyjaśnień. Przy czym wykonawcy Budimex S.A. zamawiający określił termin na uzupełnienie i wyjaśnienie na dzień 14 października 2020 r. do godz. 12:00, a pozostałym wyzywanych wykonawcom na dzień 12 października 2020 r. do godz. 12:00. Jak wynika z powyższego zamawiający wyznaczył wykonawcom różny termin na uzupełnienia i wyjaśnienia. Następnie zamawiający po upływie pierwotnego terminu wyznaczonego dla trzech wykonawców tj. w dniu 13 października 2020 r. przesłał wszystkim wykonawcom informację o przedłużeniu terminu uzupełnienia dokumentów i składania wyjaśnień dotyczących treści oferty do dnia 14 października 2020 r. do godziny 12:00. Spośród trzech wykonawców, którym termin pierwotnie został określony do 12 października 2020 r., tylko wykonawca MIRBUD S.A. nie złożył dokumentów i wyjaśnień w pierwotnym terminie, przy czym złożył je w terminie przedłużonym.

Dokonując oceny działań zamawiającego Izba doszła do przekonania, że co do zasady nie jest możliwe wydłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów, który już minął. Ponadto, zamawiający w sytuacji, w której już po upływie terminu na uzupełnienie dla części wykonawców, zorientował się, że wyznaczył wykonawcom różny termin na uzupełnienie tych samych dokumentów, powinien unieważnić czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień. To w okolicznościach przedmiotowej sprawy byłoby uzasadnione, ponieważ zamawiający nierówno potraktował wykonawców przez wyznaczenie im innych terminów, a termin dla części wykonawców już minął.

W przedmiotowej sprawie doszło do sytuacji, w której zamawiający z jednej strony uchybił zasadzie przejrzystości, ponieważ przedłużył termin na uzupełnienie dokumentów po jego upływie dla grupy wykonawców, a z drugiej strony dążył do zachowania zasady równego traktowania wykonawców przez przedłużenie tego terminu w taki sposób żeby był jednakowy dla wszystkich.

W stanie przedmiotowej sprawy Izba uznała, że czynność zamawiającego w tym zakresie była skuteczna i nie skutkowałą stwierdzeniem zasadności zarzutów, ponieważ mimo tego, że zamawiający działał niestaranie i niejako „na skróty”, to jednak nie dopuścił się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, ponieważ doprowadził do tego, że wszyscy wykonawcy mieli jednakowy termin na uzupełnienie dokumentów. Skład orzekający wziął przy tym pod uwagę to, że w wyniku niestaranego działania zamawiającego, konsekwencję poniósłby wykonawca, ponieważ jego oferta podlegałaby odrzuceniu.

W związku z tym Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 26 ust 3 Pzp i art. 7 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp skierowane wobec oferty MIRBUD S.A.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący:.....