

WYROK
z dnia 24 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Fabe Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz „SP” Sine Midas Stroy Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, Duna Aszfalt Ut és Mélyépítő Zrt. z siedzibą w Tiszakécskén** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.) i nakazuje zamawiającemu – **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie** – unieważnienie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Fabe Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz „SP” Sine Midas Stroy Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie** i dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty tych wykonawców,
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,
3. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Fabe Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz „SP” Sine Midas Stroy Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Fabe Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz „SP” Sine Midas Stroy Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Sygn. akt: KIO 2894/20

Uzasadnienie

Zamawiający – **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie** – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest projekt i budowa drogi ekspresowej S7 od granicy woj. świętokrzyskiego do Krakowa, odcinek: węzeł Miechów (bez węzła) - węzeł Szczepanowice (bez węzła).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 5 listopada 2020 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **Fabe Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz „SP” Sine Midas Stroy Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie** (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie od niezasadnego, tj. bez podstaw prawnych i faktycznych, wykluczenia ich z postępowania o udzielenie zamówienia.

Powyższej czynności zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez jego niezasadne zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z Postępowania, pomimo że nie doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Odwołującego (Zamawiającemu nie zostały przedstawione informacje niezgodne z prawdą), a co do części informacji (droga GP) nie sposób ponadto zarzucić Wykonawcy lekkomyślności lub niedbalstwa, a wreszcie informacje podane przez Odwołującego nie mogły mieć żadnego wpływu na decyzje podejmowane w Postępowaniu przez Zamawiającego obowiązane do działania zgodnie z ustawą Pzp i z należytą starannością, z uwzględnieniem zawodowego charakteru jego działalności;

2.art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, w której doświadczenie przedstawione przez Wykonawcę dotyczące wybudowania/ przebudowy drogi nie wykazywało spełniania warunku udziału w Postępowaniu, co winno skutkować wezwaniem Zamawiającego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów przez Wykonawcę w celu wykazania spełniania warunku określonego w pkt 7.2.3. a) a) Tomu I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej także jako „SIWZ”), a z czym nie mieliśmy do czynienia, mimo stwierdzenia wprost w piśmie o wykluczeniu, iż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku i powołaniu argumentacji, której Zamawiający był świadomy od daty przedłożenia dokumentów;

3.art. 22 ust. 1 pkt 2) i ust. 1a ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 5 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez zmianę (uzupełnienie) warunków udziału w Postępowaniu na etapie oceny ofert o dodatkowe treści/ warunki, które nie zostały wskazane w SIWZ, a które to legły u podstaw nieuprawnionego stwierdzenia Zamawiającego, że Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd;

ewentualnie:

art. 22 ust. 1 pkt 2) i ust. 1a ustawy Pzp oraz art. 22d ust. 1 ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez spóźnione sformułowanie warunku udziału w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie mający wpływu na ocenę zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, tj. poprzez uznanie na etapie oceny wyjaśnień Wykonawcy, że jedynie wykonawca, który posiada doświadczenie w wykonaniu drogi spełniającej „wszystkie parametry drogi klasy GP” określone w Rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. 2016 poz. 124 tj.) - dalej także jako „Rozporządzenie” - jest zdolny do wykonania zamówienia;

Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm prawnych, w tym kosztów zastępstwa zgodnie z przedłożonym na rozprawie rachunkiem.

Odwołujący uzasadniając wniesione odwołanie stwierdził, że przed przystąpieniem do uzasadnienia poszczególnych zarzutów odwołania konieczne jest podkreślenie kluczowych dla sprawy okoliczności, bowiem, w ocenie Odwołującego, nie zachowując należytej staranności Zamawiający dokonał wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu nie na podstawie negatywnej oceny prawdziwości informacji i oświadczeń Wykonawcy, a na podstawie założenia, że informacje i oświadczenia są nieprawdziwe, wbrew jasnej treści tych oświadczeń jak i dokumentów.:

- 1.wbrew założeniom Zamawiającego w żadnym z dokumentów lub oświadczeń Wykonawcy złożonych w Postępowaniu nie zostało zawarte twierdzenie, że zadanie pn. „Projekt rozwoju dróg samochodowych Południe-Zachód: Międzynarodowy Korytarz Tranzytowy „Europa Zachodnia - Chiny Zachodnie” (CAREC IB i 6B), kontrakt SWRP-1398-1538 ICB (3,4) - 001/2009”, na które pierwotnie powołał się Wykonawca w celu wykazania wymaganego doświadczenia, dotyczyło budowy „drogi dwujezdniowej” - nie może być zatem w tym zakresie mowy o przedstawieniu nieprawdziwych informacji (bo Wykonawca ich nie podał) i wprowadzeniu w błąd Zamawiającego;
- 2.wbrew założeniom Zamawiającego, w żadnym z dokumentów lub oświadczeń Wykonawcy złożonych w Postępowaniu, nie zostało zawarte twierdzenie, że droga wykonana w ramach zadania pn. „Projekt rozwoju dróg samochodowych Południe-Zachód: Międzynarodowy Korytarz Tranzytowy „Europa Zachodnia - Chiny Zachodnie” (CAREC IB i 6B), kontrakt SWRP- 1398-1538 ICB (3,4) ~ 001/2009 jest „drogą klasy GP”. Już z samego Wykazu Robót, na podstawie którego Zamawiający ocenia spełnienie warunków udziału wynika, że Wykonawca - z uwagi na brak stosowania w Kazachstanie klasyfikacji przyjętej w Polsce - uznał drogę za „odpowiadającą GP”, podając jednocześnie w piśmie towarzyszącym, z czego to w jego ocenie wynika. Nie może być zatem w tym zakresie mowy o przedstawieniu nieprawdziwych informacji (bo Wykonawca ich nie podał) i wprowadzeniu Zamawiającego w błąd;
- 3.Zamawiający dopiero na etapie oceny ofert (nigdzie w SIWZ) podał, że przy ocenie spełnienia warunku udziału będzie brał pod uwagę „wszystkie [nie do końca wiadomo jakie?] parametry drogi GP” opisane w Rozporządzeniu, a nie np. ogólną charakterystykę (kwalifikację) tejże drogi (autostrada, ekspresowa czy główna ruchu przyspieszonego, czyli GP), czym dokonał nieuprawnionej wykładni - *post factum* - warunku udziału;
- 4.Dokument Wykaz Robót oraz Świadectwo Zdobytego Doświadczenia Praktycznego z 13.09.2017 r. (Załączniki Nr 3.1 oraz 3.2 do pisma Wykonawcy z 6 października 2020 r., Nr 04/S7MS/FB/GDDKIA) w sposób oczywisty obiektywny nie potwierdzają spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w Postępowaniu określonego w 7.2.3. a) a) Tomu I SIWZ, potwierdzając wykonanie drogi dwupasmowej, a więc takiej, która z zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, nigdy nie może być dwujezdniową drogą klasy GP. Nie potwierdzają tego również wyjaśnienia Wykonawcy co do tych dokumentów;
- 5.Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia ww. dokumentów przedłożonych w celu wykazania spełniania warunków Postępowania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
- 6.Doświadczenie, które posiada Wykonawca w pełni potwierdza jego zdolność do wykonania zamówienia, co wynika choćby z przedłożonego Zamawiającemu drugiego Wykazu Robót - mimo tego, Zamawiający w oparciu o budzące zasadne wątpliwości przesłanki, stara się doprowadzić do sytuacji, w której zamówienie to nie będzie udzielone Konsorcjum, choć złożyło ono ofertę z najniższą ceną.

Odwołujący wskazał, że w tej sytuacji, to jest: 1) braku przedstawienia Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd (nieprawdziwych), a jednocześnie 2) oczywistego braku wykazania przez Wykonawcę spełnienia warunku za pierwszym pismem, co jest istotne w punkcie widzenia braku wpływu przedstawionych informacji na wynik Postępowania, brak jest podstaw do wykluczenia Wykonawcy.

Zgodnie w treścią art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł, że tym samym, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby, dla skutecznego zastosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 17 niezbędne jest spełnienie kumulatywnie następujący przesłanek, a mianowicie:

1.przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, informacji wprowadzającej w błąd Zamawiającego,

2.informacja ta ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, a

3.przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Wskazane przesłanki muszą być stosowane łącznie, a niewykazanie zaistnienia jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że Zamawiający stosując art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy naruszył przepis ustawy (tak: wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2019 roku, KIO 2325/19).

A. Brak wprowadzenia w błąd Zamawiającego

Odwołujący rozpoczął od tego, że w przedmiotowej sprawie w ogóle nie doszło do wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Wbrew bowiem twierdzeniom Zamawiającego, Wykonawca nigdzie w dokumentach nie wskazał, że referencyjna droga jest drogą dwujezdniową klasy GP. Wręcz przeciwnie, zarówno w Wykazie Robót, na podstawie którego przede wszystkim Zamawiający dokonuje oceny spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, jak i w przedłożonych dokumentach (np. referencjach) nie ukrywał i wprost wskazał, że - po pierwsze - referencyjna droga jest drogą DWUPASMOWĄ oraz, że - po drugie - jest drogą „odpowiadającą GP”. W tym miejscu Odwołujący przedstawił wycinek informacji zawartych w Wykazie robót przez siebie złożonym oraz złożonych referencji.

Odwołujący wskazał, że stwierdzenie Zamawiającego o podaniu przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji, tj. że jest to droga dwujezdniowa oraz „jest” drogą GP stoi w jawnej sprzeczności z powyższym oświadczeniem Wykonawcy.

Odwołujący przywołał orzecznictwo Izby Jak wynika z orzecznictwa Izby, o wprowadzeniu w błąd można mówić jedynie wtedy, gdy podane informacje są „obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy” (tak np.: wyrok KIO z dnia 22 lutego 2018 roku, KIO 260/18; z dnia 7 sierpnia 2018 roku, KIO 1461/18; z dnia 8 lutego 2019 roku, KIO 100/19). Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowym Postępowaniu. Droga wskazana przez Wykonawcę jest drogą dwupasmową i jest to informacja obiektywnie prawdziwa, stanowiąca podstawę decyzji Zamawiającego.

Ponadto Odwołujący podniósł, że sam Zamawiający zdaje się wyciągać wnioski o niezgodności zgłoszonego projektu z warunkiem udziału na podstawie samego wskazania tego projektu w Wykazie Robót i oświadczenia Wykonawcy. Odwołujący uznał, to stanowisko za całkowicie nieuprawnione.

Ponadto Odwołujący wskazał, że gdyby samo powołanie się na dane doświadczenie (oświadczenie Wykonawcy w tym zakresie), które ostatecznie nie spełnia warunków udziału, oznaczało wprowadzenie w błąd, to na gruncie ustawy Pzp w ogóle nie mielibyśmy do czynienia z instytucją braku spełnienia warunku udziału (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp byłby martwy). Zawsze bowiem takie zachowanie kwalifikowane byłoby jako wprowadzające w błąd i kończyło się wykluczeniem wykonawcy. Więcej, całkowicie nieużyteczny w tym zakresie (martwy) stałby się również art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który aktywuje się m.in. w przypadku, gdy „wykonawca nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp”, „dokumenty zawierają błędy, lub które budzą Zamawiającego wątpliwości”, tj. nie wykazują spełnienia warunku udziału. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przywołał następujące wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2019 roku, sygn. akt KIO 1463/19, wyrok KIO z dnia 8 października 2018 roku, sygn. akt KIO 1890/18, wyrok KIO z dnia 16 lipca 2019 roku sygn. akt KIO 1176/19.

Odwołujący wspominał, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zrównał sytuację oświadczeń i dokumentów niezłożonych z oświadczeniami i dokumentami, w których są błędy. W obydwu przypadkach zamawiający ma obowiązek wezwania do uzupełnienia. W tym kontekście przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 czerwca 2013 roku (KIO 1375/13), w którym za „niezłożone” uznaje się nie tylko takie dokumenty, których w ogóle nie załączono do oferty, ale i takie, w oparciu o które nie sposób ustalić faktu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jest to logiczne (wnioskowanie *ad maiori ad minus*): skoro procedurę sanacyjną z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uruchamia się w przypadku, gdy wykonawca w ogóle nie składa wymaganych dokumentów, to tym bardziej należy ją zastosować wobec wykonawcy, który starał się wykazać spełnienie warunku składając błędne dokumenty. E tym miejscu powołał się na orzecznictwo Sądów Okręgowych, m.in. w wyroku SO w Łodzi z dnia 30 września 2015 r. (sygn. akt III Ca 875/15).

Odwołujący podkreślił, że nie może budzić wątpliwości, że ocena, czy dany projekt spełnia warunki udziału, czy też nie, leży w wyłącznej kompetencji Zamawiającego, a nie wykonawcy. Zamawiający dokonuje jej przy tym na podstawie dostarczonych przez wykonawcę „informacji”, a nie ocen (zapewnień), że dany wykonawca spełnia warunki udziału. Wyłącznie nieprawdziwość w pierwszym zakresie (faktów, nie ocen) może stanowić podstawę do uznania, że miało miejsce wprowadzenie w błąd. Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć informacji pozwalających na stwierdzenie spełnienia warunku udziału. Jeśli takich informacji nie dostarczył, np. co do dwujezdniowości, klasy GP i wartości robót, jak mamy do czynienia w przedmiotowym Postępowaniu, oznacza to, że Wykonawca nie udowodnił spełnienia warunku udziału, a nie że wprowadził Zamawiającego w błąd. Z wprowadzeniem w błąd mielibyśmy do czynienia w sytuacji, w której Wykonawca - wbrew rzeczywistości - wskazałby w Wykazie Robót, iż jest to droga dwujezdniowa. Tego jednak-jak pokazano powyżej - nie zrobił.

Odwołujący wskazał, że rozumienie informacji, o jakich mowa w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest zgodne z przywołanymi już powyżej orzeczeniami Izby o „obiektywnie nieprawdziwych” informacjach, tj. takich, które nie zależą od subiektywnej oceny Wykonawcy, czy też Zamawiającego. Wykonawca natomiast w tym zakresie informacji nieprawdziwych nie podał. Zgodne jest też z orzeczeniem Sądu Okręgowego w Warszawie, cytowanym przez Zamawiającego, iż przesłanką do wykluczenia jest „podanie informacji nieprawdziwej”.

W ocenie Odwołującego powyższa argumentacja dotyczy również „drogi GP”. Jak zauważył w swoim piśmie sam Zamawiający, Wykonawca wprost wskazał, iż z uwagi na wykonanie referencyjnych robót poza granicami Polski, tj. w Kazachstanie, gdzie nie stosuje się polskiej klasyfikacji dróg, droga klasy II jest „odpowiednikiem” (Zamawiający w swoim piśmie celowo pomija to słowo) drogi GP. Odwołujący podkreślił, że w tym zakresie zatem niczego nie ukrywał - wprost wskazał na tę okoliczność. Wykonawca zauważa, że klasyfikacja dróg jest inna w każdym kraju i różnice występują również pomiędzy krajami Unii Europejskiej. Co istotne, zdaniem odwołującego, wykonawca jednocześnie w piśmie

towarzyszącym wyjaśnił, z jakich powodów uważa tę drogę za odpowiednik GP. Po pierwsze, że jest to droga krajowa (co zostało wręcz podkreślone i pogrubione przez Wykonawcę). Fakt ten wynika z Kodeksu Budowlanego Kazachstanu – Odwołujący przywołał Tabelę pn. Klasyfikacja techniczna autostrad.

Zdaniem Odwołującego, jest to o tyle istotne, iż ustawa o drogach publicznych, wyłącznie do której odwołał się w SIWZ Zamawiający (a nie do Rozporządzenia) dzieli drogi m.in. na krajowe, wojewódzkie, powiatowe i gminne. Najniższą klasą drogi krajowej jest przy tym GP, co wynika z treści przepisów.

Odwołujący podkreślił, że droga GP oznacza „drogę główną przyspieszoną”. Dlatego też uzasadniając w swoim piśmie dokonaną ocenę, podkreślił, iż także ta wybudowana przez niego jest drogą o charakterze głównym (międzygminnym) posiada parametry dopasowujące ją do wyższych prędkości (*nota bene* wyższych niż w Polsce), a ponadto szerokość pasa wynosi 3,75 metra. Wszystkie podane przy tym informacje są prawdziwe. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w żadnym miejscu nie wykazał, co należy do jego obowiązku, że są one nieprawdziwe. Odwołujący podniósł, że to na tej podstawie Wykonawca w Wykazie Robót wskazał, iż referencyjna droga jest „odpowiednikiem” (w piśmie: „Zadanie dotyczyło drogi o klasie ekwiwalentnej do polskiej klasy GP”) drogi o klasie GP. Nic w tym zakresie nie ukrywał, wszystko opisał - jak powyżej - Zamawiającemu.

Odwołujący wskazał, że abstrahując od rzeczywistych motywów Zamawiającego, problem, który pojawił się w postępowaniu, częściowo wywołany został brakiem staranności Zamawiającego w odczytaniu wyjaśnień Wykonawcy, częściowo zaś jest wynikiem nieostrego i niejednoznacznie określenia przez Zamawiającego warunku udziału. Wbrew bowiem temu, co pisze Zamawiający (wprowadzając właśnie w błąd!), nigdzie w SIWZ nie wskazał, jak będzie oceniał, czy jest to droga GP: czy np. wystarczy właśnie, że jest to droga krajowa, główna, międzygminna, przyspieszona, tak jak do tego podszedł Wykonawca, czy też – co Zamawiający podał dopiero na etapie oceny ofert - ma ona spełniać „wszystkie parametry drogi GP” opisane w Rozporządzeniu.

Odwołujący na poparcie swojego powyższego stanowiska zamieścił fragment SIWZ odnoszący się do warunku udziału. Podkreślił, iż próżno w nim szukać np. sformułowania, że „przez drogę GP należy rozumieć drogę spełniającą wszystkie parametry z Rozporządzenia”. Jak zauważył Odwołujący, Zamawiający określił co należy rozumieć przez drogę lub ulicę, obiekt mostowy czy zakończenie Zadania. Informacji, że do uznania, że dana droga jest drogą GP, potrzebne jest wykazanie „wszystkich parametrów” z Rozporządzenia nigdzie jednak nie umieścił.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający stara się ten fakt skrzętnie ukryć twierdząc, że zdefiniował, co należy rozumieć przez „drogę” w rozumieniu ustawy o drogach publicznych (dalej także jako „UDP”), odwołując się przy tym jednocześnie do... pojęcia „drogi publicznej” (co oczywiście nie jest tym samym - definicja drogi: art. 4 pkt 2 UDP; definicja drogi publicznej - art. 1 UDP). Ustawa ta - podobnie jak SIWZ - słowem nie wspomina o samym Rozporządzeniu, a jedynie referuje do Prawa budowlanego, w którym mowa jest o Rozporządzeniu. Wykonawca zwraca uwagę, że Zamawiający odwołuje się do UDP jedynie w odniesieniu do definicji drogi, definicja ustawowa drogi w żaden sposób nie wspomina o Rozporządzeniu.

Odwołujący wskazał, że dla niego brak odwołania się do parametrów rozporządzenia jest najzupełniej oczywisty. Gdyby bowiem przyjąć, że projekt referencyjny ma polegać na budowie lub przebudowie drogi klasy GP dwujezdniowej, która spełnia wszystkie parametry drogi GP (na przykład wysokość chodników, sposób mocowania osłon przeciwolśnieniowych, technologie odwodnienia liniowe, wymagania dotyczące parametrów zatok autobusowych, znaków drogowych itp.), to wówczas w sposób oczywisty eliminowałoby to wykonawców, którzy nie budowali w Polsce dróg klasy GP dwujezdniowych. Takie wykluczenie dotyczyłoby wykonawców budujących drogi w innych krajach Unii Europejskiej, byłoby zatem sprzeczne z zasadą swobodnego przepływu usług. Biorąc pod uwagę dofinansowanie ze środków unijnych, Wykonawca zakłada, że nie jest celem Zamawiającego wykazanie, że umyślnie narusza podstawowe zasady traktatów Unii Europejskiej. Tym bardziej ze zdziwieniem Wykonawca przyjmuje twierdzenia Zamawiającego.

Na marginesie Odwołujący przypomniał, iż za sporządzenie dokumentacji i wszelkie niejasności z niej wynikające odpowiedzialność ponosi Zamawiający, który nie może - choćby po to, żeby uniknąć zarzutu o faworyzowanie innych wykonawców - zmieniać obecnie treści SIWZ (warunku). Więcej, jak wskazała w swoim orzeczeniu z dnia 14 sierpnia 2019 roku (KIO 1463/19) „Inny sposób rozumienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy był on nieprecyzyjny, nie przesądza automatycznie o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego”.

Uwzględniając powyższe Odwołujący wykluczył, że Wykonawca przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje. Jest wręcz odwrotnie. Wykonawca wyraźnie wskazał, że referencyjna droga, wbrew temu, co twierdzi Zamawiający, jest drogą dwupasmową, a nie dwujezdniową. Także, gdy idzie o klasę drogi GP nie wskazał, iż „jest” nią referencyjna droga, a stanowi „odpowiednik” („ekwiwalent”). Zdaniem Odwołującego, to sam Zamawiający, wbrew powyższemu oświadczeniu Wykonawcy, przyjął, że mamy do czynienia z drogą dwujezdniową i GP, która „spełnia wszystkie parametry” z Rozporządzenia (choć Wykonawca wskazał, że „inne”). Zrobił tak nie dostrzegając (nie chcąc dostrzec?) lub całkowicie ignorując oświadczenie Wykonawcy o dwupasmowości tej drogi (wbrew wskazaniu tego). W tym miejscu Odwołujący przywołał orzecznictwo Izby w postaci cytatów z wyroków: wyrok z dnia 10 grudnia 2019 roku, sygn. akt KIO 2381/19, wyrok z dnia 22 lutego 2018 roku, sygn. akt KIO 260/18, wyrok z dnia 21 marca 2018 roku, sygn. akt KIO 421/18. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wskazał, że nie sposób logicznie zrozumieć, dlaczego Zamawiający założył, iż Wykonawca wskazał nieprawdziwe informacje wbrew jasnemu oświadczeniu Wykonawcy (droga dwupasmowa, nie dwujezdniowa; odpowiednik GP a nie GP) i wbrew złożonym dokumentom. Co więcej, w drugim z powołanych przypadków samo uznanie przez Wykonawcę, że droga jest odpowiednikiem drogi GP nie wynikało z jego lekkomyślności czy niedbalstwa, ale niejasnego sformułowanego warunku udziału. Zamawiający bowiem dopiero na etapie oceny ofert nakazał wykazanie spełnienia wszystkich parametrów drogi GP wynikających z Rozporządzenia. Już tylko z powyższych powodów, tj. braku wprowadzenia w błąd bądź też braku lekkomyślności Wykonawcy (jedna z przesłanek), w ocenie Odwołującego, uznać trzeba, że brak było podstaw do wykluczenia Wykonawcy.

B. Brak wpływu na przebieg postępowania

Odwołujący podniósł, niezależnie od tego, że Wykonawca nie przedstawił Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd, w niniejszej sprawie nie może być mowy o spełnieniu się kolejnej z przesłanek, od której również uzależnione jest wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, tj. wpływu informacji na przebieg Postępowania. Odwołujący wskazał, że o wpływie na przebieg postępowania można mówić jedynie wtedy, gdy zamawiający na podstawie prawdziwych i nieprawdziwych informacji podjął (lub ewentualnie mógłby podjąć) dwie zupełnie inne decyzje. W kontekście tej sprawy - o spełnieniu albo nie spełnieniu warunku udziału przez Wykonawcę. Na tą prostą i bardzo logiczną metodę weryfikacji, czy spełniona jest przesłanka o wpływie na wyniki postępowania, zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 13 września 2019 roku, sygn. akt XIX Ga 953/19, ponadto Odwołujący wskazał, że analogiczne stanowisko zajęła Izba w wyroku z dnia 7 lutego 2020 roku (KIO 140/20).

W ocenie Odwołującego, niezależnie od tego, że w kontekście Wykonawcy nie może być mowy o wprowadzeniu w błąd

(dlatego przeprowadzenie tego swoistego testu nastęrcza pewne problemy), Zamawiający na podstawie informacji o dwupasmowości zawartej w Wykazie Robót i referencjach nie miał prawa i nie powinien uznać, że referencyjne doświadczenie spełnia warunek udziału. Podane bowiem przez Wykonawcę informacje bez ich jakiegokolwiek badania wskazywały, że Wykonawca w niniejszym Postępowaniu nie spełnia warunków udziału.

Tak bowiem oświadczenie, jak i dokumentacja potwierdzająca, iż referencyjna droga jest drogą dwupasmową w sposób pozbawiony wątpliwości wskazywały - bez konieczności „powzięcia wątpliwości na podstawie informacji z Internetu” (str. 2 pisma Zamawiającego) - iż nie zostało wykazane spełnienie warunku udziału w postaci doświadczenia zdobytego przy budowie lub przebudowie drogi lub ulicy GP dwujezdniowej. Niezależnie bowiem od braku podstaw do powoływania się na treść Rozporządzenia, sam Zamawiający, w tym samym piśmie wskazuje na stronie 4 „Wykonawca wskazał zadanie, w którym wykonał drogę dwupasmową, która nie jest drogą dwujezdniową. Zadanie nie mogło więc potwierdzać spełniania warunku.”

oraz: „Dwujezdniowa droga GP (wymagana w warunku) musi mieć zatem zawsze więcej niż 2 pasy ruchu.”

Odwołujący wskazał, że jak widać jest to dla Zamawiającego kwestia oczywista, nie wymagająca badania. Przypomnieć jednocześnie należy, że zgodnie z treścią warunku udziału w Postępowaniu, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się Wykonawcy, którzy w ostatnich siedmiu (7) latach przed złożeniem oferty wykonali jedno (1) zadanie polegające na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 106 000 000 PLN netto.

Tym samym, aby warunek mógł zostać uznany za spełniony, a dzięki temu oferta Wykonawcy mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza, konieczne było wykazanie się budową/ przebudową:

- a) drogi dwujezdniowej;
- b) klasy GP
- c) o wartości robót co najmniej 106 mln PLN netto.

Brak wykazania którejkolwiek z powyższych okoliczności (faktu) przez Wykonawcę uznać należy za brak wykazania warunku udziału w ogóle.

Odwołujący podkreślił, że co ważne, w takiej sytuacji nie może być mowy o zaistnieniu podstawy do wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP. Takie stanowisko zajęła m.in. Izba w wyroku z dnia 28 lipca 2017 roku, KIO 1451/17. Także i z tego zatem powodu, tj. braku wpływu informacji na przebieg Postępowania, nie może być mowy o wprowadzeniu w błąd przez Wykonawcę i ostatecznym wykluczeniu go.

Reasumując, Odwołujący wskazał iż pierwotnie przedłożone przez Wykonawcę dokumenty w sposób oczywisty nie wykazywały spełnienia warunku określonego w pkt 7.2.3. a) a) Tomu I SIWZ, a zatem były błędne (należy je traktować jako niezłożone). Zaktualizowała się zatem przesłanka do wystosowania do Wykonawcy obligatoryjnego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający był w pełni uprawniony ale i zobowiązany do takiego działania (wezwanie Wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów) - jak wykazano bowiem powyżej- brak jest podstaw aby uznać, iż Wykonawca wprowadził w błąd Zamawiającego. Tym samym, za niezasadne należy uznać także jego wykluczenie z Postępowania.

19 listopada 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 i 2 Zamawiający wskazał, że zgodnie z postawionymi przez Zamawiającego warunkami udziału w postępowaniu Wykonawca winien m.in. wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu co najmniej jednego zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 106 mln PLN netto. Zamawiający wskazał również, że za drogę lub ulicę uzna drogę lub ulicę w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2020, poz. 470, 471).

Dalej Zamawiający podkreślił, że w ofercie Odwołujący oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający pismem z dnia 25 września 2020r. wezwał Odwołującego do przedstawienia dokumentów potwierdzających oświadczenia zawarte w ofercie. Przedstawione przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie dokumenty wykazały, że Odwołujący składając oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu wprowadził Zamawiającego w błąd wykazując zadanie pn. „Projekt rozwoju dróg samochodowych Południe-Zachód: Międzynarodowy Korytarz Tranzytowy „Europa Zachodnia - Chiny Zachodnie” (CAREC IB i 6B), kontrakt SWRP-1398-1538 ICB (3,4) 001/2009”. Oświadczył, że wymienione zadanie spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego. Jednocześnie zaznaczył, że jest to zadanie polegające na przebudowie drogi o klasie II -odpowiadającej GP (droga dwupasmowa z infrastrukturą towarzyszącą długości około 140 km).

Zamawiający wskazał, że w zakresie przywołanego powyżej warunku oraz wykazanego zadania w odpowiedzi z dnia 6 października 2020r. Konsorcjum oświadczyło, że: „W zakresie wymogu określonego w pkt 7.2.3) a) a) Tomu I SIWZ (droga) wskazujemy jedno Zadanie, które spełnia wymagania określone w tej części SIWZ. Oświadczamy, że powyższe Zadanie w wykazie robót budowlanych dotyczyło przebudowy drogi publicznej o klasie GP. Ponieważ prace były realizowane poza granicami RP, nie mają do nich zastosowania klasyfikacje dróg stosowane w Polsce”. Jak wyjaśniło Konsorcjum, według klasyfikacji stosowanych w Republice Kazachstanu, Zadanie oznaczone w Wykazie Robót dotyczy drogi krajowej o klasie II, tj. odpowiednik drogi o klasie GP (druga klasa drogi). Jest to droga o charakterze głównym (międzymiastowym) oraz posiadająca przyspieszone parametry w zakresie szybkości w stosunku do podstawowych limitów prędkości obowiązujących w Kazachstanie (prędkość projektowa bazowa $V_p = 100$ km/h), a ponadto o szerokości pasa 3,75 metra, odpowiadającej drogi klasy GP w Polsce, spełniające także inne wymagania techniczne dla tego typu klas drogi.” Oferta Odwołującego budziła wątpliwości Zamawiającego dlatego też Zamawiający pismem z dnia 8 października 2020r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Pismem z dnia 15 października 2020 r. Odwołujący w zakresie spornego Zadania nie przedstawił wyjaśnień oczekiwanych przez Zamawiającego. Nie podjął nawet próby uprawdopodobnienia, że wykazane przez niego w ofercie zadanie spełniało warunek udziału w postępowaniu, a więc że sygnalizowane przez Zamawiającego wątpliwości są niesłuszne i bezpodstawne. Pomijając jakiegokolwiek odniesienie się do wykazanego pierwotnie zadania Odwołujący dokonał zmiany doświadczenia w tym zakresie i przedstawił dwa kolejne zadania. Przez pominięcie odpowiedzi na zadane wprost przez Zamawiającego pytanie Odwołujący usiłował uniknąć przedstawienia informacji, czy też dowodów, które musiałyby jednoznacznie podważyć złożone oświadczenie, że wykazane zadanie spełnia postawiony warunek, a więc jednocześnie jest dwujezdniową drogą klasy GP. Odwołujący podniósł w swoich wyjaśnieniach: „W związku z powzięciem wątpliwości przez Zamawiającego, co do spełnienia/ wykazania przez Wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w SIWZ w pkt 7.2.3 a) a), w szczególności dwujezdniowości drogi, Konsorcjum - celem rozwiania jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie - w załączeniu przedkłada Wykaz Robót z dodatkowymi/ innymi wykonanymi przez Wykonawcę pracami, które - choćby z uwagi na to, że obejmują m.in. budowę fragmentu drogi sieci międzynarodowej (autostradę - highway, stanowiącą część Asian Highway Network i European Highway Network) -

jak to zostanie wykazane w dalszej części pisma, w całej rozciągłości spełniają oczekiwania sformułowane przez Zamawiającego (Załącznik 2 - Wykaz Robót)".

Zamawiający wskazał, że przez powyższe stwierdzenia, unikając odniesienia się do pierwotnie wykazanego Zadania, Odwołujący usiłuje odwrócić uwagę od zaistniałej nieprawidłowości i przedstawić sytuację w taki sposób, jakby zadanie było właściwe, ale skoro Zamawiający ma co do tego wątpliwości, to Odwołujący postanawia o dokonaniu zmiany, do której - w swojej ocenie - jest uprawniony. Dokumenty, które przedstawił Odwołujący wraz z pismem z dnia 15 października 2020r., mimo iż dotyczą „nowowykazanych zadań” i z uwagi na zaistnienie przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy Pzp nie stanowiły podstawy decyzji Zamawiającego, to jednak zostały przez Zamawiającego przeanalizowane. Na ich podstawie Zamawiający utwierdził się w przekonaniu, że Odwołujący dąży do wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie posiadanych przez siebie zdolności zawodowych. Dowodząc, że „nowowykazane zadania” posiadają klasę GP, czy też są ekwiwalentne do klasy GP, Wykonawca przedstawił szereg dokumentów, z których jasno, wynika, że droga przedstawiona w pierwotnym wykazie nie spełnia przynajmniej jednego parametru wymaganego w warunku udziału w postępowaniu. Droga ta nie posiada bowiem dwóch jezdni. Jednocześnie Odwołujący nie odpowiedział na zadane przez Zamawiającego pytanie co powoduje, że Zamawiający nie jest w stanie ocenić jednoznacznie czy wykazana droga jest drogą ekwiwalentną drodze klasy GP, dlatego też Zamawiający w swoim wykluczeniu nie stawiał w tym zakresie zarzutu informacji nieprawdziwych. W ocenie Zamawiającego działanie jakie podjął Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu nie powinno być akceptowane. Jest działaniem, które należy kwalifikować jako działanie wprowadzające Zamawiającego w błąd, co do okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia postępowania. Jednocześnie jest wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony Odwołującego. Nie rodzi tym samym obowiązku podejmowania dalszych działań przez Zamawiającego związanych z zastosowaniem narzędzi określonych w art. 26 ust. 3 oraz 4 ustawy Pzp.

Zamawiający zauważył, że niezależnie od powstania okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, w kontekście powyższej analizy oraz wobec wykorzystania przez Zamawiającego możliwości przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, niedopuszczalne było ponowne wezwanie w tym samym zakresie na podstawie tego przepisu. Skorzystanie natomiast z narzędzia określonego w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp *de facto* musiałoby prowadzić do uzupełnienia po raz kolejny oświadczeń w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, a przez to wezwanie byłoby także z tej przyczyny pozbawione uzasadnionych podstaw.

Zamawiający podniósł, że składając odwołanie, Odwołujący wskazuje, że nie została spełniona żadna z przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, gdyż nie przedstawił Zamawiającemu informacji niezgodnej z rzeczywistością (wprowadzającej w błąd), a przedstawione informacje nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Jednocześnie sytuacja jaka powstała w przedmiotowym przypadku - zdaniem Odwołującego - jest sytuacją, kiedy wykazane zadanie nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co nie stanowi wprowadzenia w błąd. Nieprawidłowość ta mogła zostać - w ocenie Odwołującego - zniwelowana przez wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w przedmiotowym zakresie.

Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego. Zamawiający nie kwestionuje, że art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wymaga spełnienia kumulatywnie następujących przesłanek:

- przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzającej w błąd zamawiającego;
- informacja wprowadzająca w błąd może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- informacja wprowadzająca w błąd została przedstawiona przez wykonawcę w wyniku jego lekkomyślności lub niedbalstwa.

Zamawiający wskazuje, iż znane jest mu także stanowisko, (m.in. wyrażone w wyroku KIO 1463/19 z dnia 14.08.2019r.) zgodnie z którym: „Nie jest uprawnione utożsamianie niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu z zaistnieniem podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 prawa zamówień publicznych. Inny sposób rozumienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy był on nieprecyzyjny nie przesądza automatycznie o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego.

Zamawiający podkreślił, że sytuacja jaka zaistniała w przedmiotowym przypadku nie jest jednak taka, jaką usiłuje w odwołaniu przedstawić Odwołujący. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący stosując manipulację językową, podjął bowiem działania, które miały na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do posiadanego przez Odwołującego doświadczenia i jednocześnie mogły zadecydować o błędnej ocenie oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej. Postawiony przez Zamawiającego warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy był sprecyzowany, jednoznaczny i czytelny. Żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu nie zgłaszał wątpliwości co do jego treści. Odkryło się także spotkanie z wykonawcami, w trakcie którego wątpliwe kwestie mogły być wyjaśniane. Całokształt korespondencji pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym w niniejszym postępowaniu nie pozwala na tezę, że jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie istniały po stronie Odwołującego. Dopiero w treści odwołania, usiłując uzasadnić swoje nieprawidłowości, Odwołujący podnosi zarzuty nieprecyzyjności warunku.

W ocenie Zamawiającego, wykazując zadanie w rzeczywistości i wprost nie wypełniające wymagań zawartych w warunku, co najmniej przez lekkomyślność lub niedbalstwo, Odwołujący dążył wywołania u Zamawiającego mylnego przekonania o spełnieniu przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu. Niezgodnie z rzeczywistością złożył Odwołujący oświadczenie o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu. Co więcej, także przedstawiając kolejne zadania i dokumenty, usiłował wywołać u Zamawiającego mylne przekonanie, że wszystkie wykazane zadania spełniają postawione w SIWZ oczekiwania.

Zamawiający podkreśla, iż wbrew podniesionym przez Odwołującego w odwołaniu twierdzeniom przekazane przez Odwołującego informacje mają istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, bowiem dotyczą oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w konsekwencji wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wskazuje, iż Odwołujący usiłuje usprawiedliwiać swoje działanie podnosząc, że nie może być mowy o wprowadzeniu w błąd ponieważ „Wykonawca nigdzie w dokumentach nie wskazał że referencyjna droga jest drogą dwujezdniową klasy GP”. Wyjaśnienia te nie mogą być skuteczne. W ocenie Zamawiającego, nie powinno bowiem budzić wątpliwości, że wykonawca przygotowując swoją ofertę winien dochować staranności i ostrożności składając oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o właściwościach oferowanego produktu, o posiadanych patentach, o dostępności oferowanych produktów, o posiadaniu dokumentów dopuszczających wyrób do wprowadzenia na rynek itp. Naruszenie tych obowiązków może bowiem zostać uznane za lekkomyślność lub niedbalstwo. Warto w tym miejscu odwołać się do stanowiska Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 20 października 2015r. Sygn. akt: VIII Ga 57/15, w którym Sąd wskazał, że: „W ocenie Sądu Okręgowego, w warunkach przedmiotowej sprawy ocena

dokonana przez pozwanego była prawidłowa, bowiem działanie powoda cechowała nie tyle bierność (powód w istocie nie udzielił odpowiedzi na wezwanie zamawiającego), ale lekkomyślność już w chwili przystępowania do przetargu, a przede wszystkim brak dobrej wiary, rozumiany jako świadome doręczanie zamawiającemu dokumentów niepotwierdzających spełnienia wymagań dotyczących uczestnictwa w przetargu".

W ocenie Zamawiającego, Wykonawca w swoim wykazie posłużył się wyrażeniem „dwupasmowa”, chcąc wywołać u Zamawiającego wrażenie, że warunki spełnia. Bowiem w „powszechnym odbiorze „dwupasmówka” jednoznacznie kojarzona jest z drogami, szybkiego ruchu drogami ekspresowymi, autostradami, które co do zasady posiadają dwie jezdnie). W treści odwołania Odwołujący dalej używa pojęcia „pasma” (które bardziej kojarzy się z jezdnią) celowo próbując nadać mu znaczenie „pas”.

Zamawiający nie zgodził się - jak chce tego Odwołujący - że podane informacje w sposób oczywisty i obiektywny nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przez co nie mogły mieć wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Co więcej, wraz z dokumentami Odwołujący złożył dodatkowe wyjaśnienia, w których ponad wszelką wątpliwość wielokrotnie oświadczał, że warunki spełnia. W ocenie Zamawiającego takie działanie miało na celu uśpienie czujności. Dodatkowo Wykonawca złożone dokumenty objął tajemnicą przedsiębiorstwa, co miało dodatkowo utrudnić Zamawiającemu prawidłową ocenę spełnienia Warunków a także ograniczało dostęp do przedmiotowych informacji innym wykonawcom. Gdyby nie docieklivość Zamawiającego, który poszukiwał dodatkowych informacji na temat przedmiotowej inwestycji, spełnianie warunku mogłoby zostać ocenione pozytywnie.

Idąc za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lutego 2018 roku (sygn. akt KIO 185/18), Akt staranności wykonawcy przy weryfikacji informacji, przed jej przedstawieniem zamawiającemu, wymaga, aby wykonawca sprawdził co najmniej te elementy informacji, które są kluczowe z perspektywy wymogu dotyczącego doświadczenia osoby, za które zamawiający przewidział przyznanie punktów, tym bardziej w sytuacji, gdy „weryfikacja tych informacji jest możliwa na podstawie innych ogólnie dostępnych informacji (np. na stronach internetowych).”

Zamawiający podkreślił, iż odwołujący w dużej części skupia się na wykazaniu, że w żadnym z dokumentów czy oświadczeń nie wskazał, że droga jest „drogą klasy GP” a jest to jedynie droga „odpowiadająca GP”. Podkreślić należy, że powodem wykluczenia z postępowania nie jest fakt, że Wykonawca wykazał się drogą odpowiadającą drodze klasy GP, a jedynie fakt, że podane zostały informacje wprowadzające w błąd odnośnie wykazanej drogi. Zamawiający niejednokrotnie ocenia doświadczenie podmiotów zdobywane za granicą, gdzie drogi budowane są zgodnie z obowiązującymi tam przepisami i nigdy nie podważa możliwości wykazania się taką drogą, pod warunkiem, że spełnia wymagane parametry. Również w tym postępowaniu Zamawiający dopuszczał możliwość wykazania się drogą ekwiwalentną drodze lub ulicy o klasie GP dwujezdniowej. Dlatego też wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym zakresie w trybie art. 26 ust 3. ustawy Pzp. Dlatego odwołanie w tym zakresie (stanowiącym istotną, jego część) jest bezprzedmiotowe.

Zdaniem Zamawiającego nie były również uzasadnione sugestie Odwołującego dotyczące nierównego traktowania wykonawców. Z pewnością nie może być tego przejawem fakt, że Zamawiający podjął weryfikację oświadczeń Odwołującego w tym przypadku. Zamawiający ma do tego prawo. Oczywiście przy tym jest, że w przypadku gdy Zamawiający ma do czynienia z doświadczeniem zdobytym na rynku polskim to możliwości weryfikacyjne są zdecydowanie większe, gdyż łatwiejszy jest dostęp do informacji, niż w przypadku inwestycji zagranicznych, zwłaszcza realizowanych poza krajami UE. Gdyby Zamawiający przy postawionych przez siebie warunkach nie dokonał weryfikacji doświadczenia zagranicznego, wówczas mógłby narazić się na zarzut nierównego traktowania, gdyż wykazane zadania realizowane na własne zlecenie zna i weryfikuje w oparciu o posiadaną bazę. Realizowane natomiast na rzecz innych polskich zamawiających poprzez zapytania kierowane do nich. Doświadczenie Zamawiającego z ostatnich lat jest natomiast takie, że wykonawcy coraz częściej sięgają po doświadczenie zagraniczne licząc na to, że możliwości organizacyjno-formalne oraz ograniczenia czasowe, uniemożliwią dokonanie weryfikacji oświadczeń. Dlatego też Zamawiający zachowuje czujność w takiej sytuacji i co do zasady dokonuje weryfikacji. Co jest szczególnie uzasadnione w przypadku wykonawców spoza krajów UE.

W świetle powyższego Zamawiający uznał, że był uprawniony do dokonania czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego, że w tym zakresie zachodziły podstawy do wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego, nie budziło bowiem wątpliwości, że podanych, przez wykonawcę oświadczeń nieprawdziwych, wprowadzających w błąd nie można zastąpić informacjami zmienionymi, czy uzupełnionymi na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Działanie Zamawiającego polegające na wezwaniu do uzupełnienia oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp byłoby w niniejszej sytuacji bezprzedmiotowe z uwagi na stwierdzoną podstawę do wykluczenia Odwołującego i odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty. Ponadto – jak Zamawiający wskazał powyżej - Zamawiający skorzystał z narzędzia wynikającego z powyższego przepisu, a mimo to Odwołujący nie dochował należytej staranności, by potwierdzić swoje oświadczenia zawarte w ofercie.

Zdaniem Zamawiającego, ustawodawca zwalnia Zamawiającego z obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, czy złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy pomimo ich złożenia uzupełnienia lub poprawienia przez wykonawcę lub udzielenia wyjaśnień, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Zamawiający przywołał wyrok Izby.

Odnosnie zarzutu 3 i 4 Zamawiający wskazał, że Odwołujący zarzucił, że Zamawiający dokonuje zmiany lub też rozszerzającej interpretacji postawionego przez siebie warunku. W ocenie Odwołującego, Zamawiający dopiero na etapie oceny ofert, a raczej na etapie badania oferty Odwołującego komunikuje, że wykazane zadanie musi spełniać wszystkie warunki zakwalifikowania drogi, jako drogi klasy GP wynikające z Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999r. w sprawie warunków technicznych, jaki powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie. W ocenie Odwołującego, takie wymaganie nie wynika z treści warunku. Co więcej, gdyby chcieć rozumieć warunek, tak jak rozumie go Zamawiający, to - w ocenie Odwołującego - byłaby to sytuacja, w której Zamawiający w sposób nieuzasadniony wyklucza z możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia podmioty, które wcześniej nie realizowały zadania na terenie Polski. W kontekście dofinansowania zadania ze środków Unii Europejskiej, Odwołujący uznaje takie działanie za niedopuszczalne.

Zamawiający podkreślił, że okoliczność czy wykazana droga jest drogą klasy GP nie był podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania, zatem twierdzenia podniesione dla uzasadnienia zarzutu nr 3 i 4, wydają być bezprzedmiotowe. Niemniej jednak, kierując się ostrożnością procesową i odnosząc się do zaprezentowanego przez Odwołującego stanowiska w powyższej kwestii, Zamawiający w pierwszej kolejności wyjaśnił, że w odniesieniu do ewentualnych - pozornych bądź rzeczywistych – wątpliwości co do treści, bądź zakresu, stawianych przez zamawiającego wymogów, wykonawcy mają prawo zwrócić się do zamawiającego w trybie art. 38 ustawy Pzp o ich

wyjaśnienie. W przypadku podmiotu profesjonalnego, jakim jest przedsiębiorca działający na rynku, uprawnienie to przeradza się w obowiązek wykonawcy. W przedmiotowym przypadku Odwołujący o wyjaśnienie się nie zwrócił, nie wymagał uszczegółowienia, ani też doprecyzowania warunku. Nie zgłaszał żadnych wątpliwości. W piśmie z dnia 6 października 2020r. wprost odwoływał się do parametrów drogi GP wskazanych w w/w Rozporządzeniu. W ocenie Zamawiającego, aktualne próby stworzenia wrażenia o występowaniu niejasności w zakresie postawionego warunku są spóźnione. Jednocześnie są próbą wykreowania wątpliwości, które w rzeczywistości nie wystąpiły. To nie Zamawiający rozszerzał wymagania postawionego przez siebie warunku, lecz Odwołujący próbuje interpretować warunek w sposób dowolny. W ocenie Zamawiającego Odwołujący Próbuje przedstawić warunek w taki sposób, że jakikolwiek zakres zbieżności parametrów drogi referencyjnej z drogą klasy GP jest wystarczający do tego by uznać warunek za spełniony. Jest to niemożliwe do zaakceptowania w świetle brzmienia SIWZ i jego jednoznacznych zapisów. Wykonawcy nie byli uprawnieni do wybiórczego traktowania parametrów drogi GP, które miały być wykazane dla spełnienia postawionego warunku.

Zamawiający zauważył, że z uwagi na to, że Odwołujący w swoim piśmie z dnia 6 października 2020r. odwołał się tylko do kilku parametrów, które były niewystarczające do jakiegokolwiek oceny, Zamawiający skierował zapytanie w tym zakresie, domagając się uszczegółowienia, na co Odwołujący nie odpowiedział, a jedynie wykazał nowe zadania. Zamawiający powołał wyrok Izby z dnia 24 maja 2016r. sygn. akt: KIO 757/16. Próba rozstrzygania wątpliwości na etapie postępowania odwoławczego jest spóźniona. Spóźnione byłby także zarzuty dotyczące nieadekwatności warunku, czy też naruszenia przez sposób określenia wymagań zasady uczciwej konkurencji, a to usiłuje w swoim odwołaniu kreować Odwołujący.

Zamawiający podkreślił, że wbrew temu co twierdzi Odwołujący, warunek w zakresie zdolności zawodowych był jasny i jednoznacznie określony. Gdyby Zamawiający wymagał spełnienia przez wykazane zadanie tylko niektórych parametrów drogi klasy GP, „to wyraźnie zostałoby to określone”, GDDKIA jest największym zamawiającym udzielającym zamówień w zakresie budowy dróg. Warunki jakie stawia w swoich postępowaniach zostały ustandaryzowane. Zależą od wielkości zlecanego zadania. W postępowaniach biorą udział podmioty z wielu krajów. Nie tylko takie, które realizowały roboty budowlane na terenie Polski. Nie budzi wątpliwości wykonawców wymaganie Zamawiającego w zakresie budowy drogi dwujezdniowej o parametrach drogi GP. To, że Odwołujący jest przedsiębiorcą spoza kręgu krajów Unii Europejskiej, nie powoduje, że jego obowiązki w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu są odmienne, a tym bardziej, że zastosowanie znajdują jakieś łagodniejsze zasady. Chcąc uzyskać przedmiotowe zamówienie, Odwołujący zobowiązany był wykazać, że przywołane przez niego zadanie referencyjne wypełnia kryteria oczekiwane przez Zamawiającego. Tym samym, że dotyczyło przebudowy drogi dwujezdniowej o klasie GP. To jakie parametry ma posiadać droga, by można było uznać ją za drogę klasy GP wynika z Rozporządzenia (do którego wprost i bez jakichkolwiek wątpliwości w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp referuje także Odwołujący). W sytuacji jasnych pojęć, powszechnie znanych i rozumianych, nie jest konieczne dodatkowe ich definiowanie w SIWZ. Dla każdego profesjonalnego podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego jest to okoliczność oczywista. Wykazując zadanie referencyjne i weryfikując, czy spełnia parametry klasy GP w sposób oczywisty (tj. bez konieczności wyraźnego odesłania w SIWZ) wykonawcy musieli sięgnąć po zapisy rozporządzenia. Nie byli przy tym uprawnieni do tego by ograniczać warunek - jak usiłuje to zrobić Odwołujący - to niektórych tylko parametrów drogi klasy GP.

Zamawiający podkreślił, że fakt, że określona droga ma niektóre parametry zbieżne z drogą klasy GP, nie oznacza że drogą takiej klasy jest. Odwołujący dowolnie dobrał parametry i usiłuje dopasować warunek do zrealizowanego przez siebie zadania. Co nie może być akceptowane. W ocenie Zamawiającego, wbrew twierdzeniom Odwołującego, decyzja Zamawiającego, jest prawidłowa i brak podstaw do jej kwestionowania.

W dniu 9 listopada 2020 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, Duna Aszfalt Út és Mélyépitő Zrt. z siedzibą w Tiszaújváros (zwany dalej Przystępującym). Przystępujący - wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił w piśmie procesowym z dnia 19 listopada 2020 uzasadnienie swojego stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, uznając, iż zostały spełnione przesłanki z art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 7.2.3 a) a) SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej tj. „Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – co najmniej: 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 106 mln PLN netto” Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że za drogę lub ulicę uzna drogę lub ulicę w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2020, poz. 470, 471).

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu. Zamawiający w dniu 25 września 2020 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp tj. m.in. wykazu robót budowlanych.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący w dniu 6 października 2020 r. złożył wykaz robót budowlanych wraz z referencjami oraz pismo przewodnie. W piśmie przewodnim Odwołujący wskazał „pkt. 3 Wykaz Robót Budowlanych na wzorze Zamawiającego wraz z referencjami dotyczącymi ukończonych zadań (Załączniki 3.1 do 3.3)

W odniesieniu do ww. dokumentów wskazujemy, że Konsorcjum deklaruje posiadanie zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia w wykonaniu zadań/obiektów na dwóch projektach. Jednocześnie wskazujemy, że Konsorcjum posiada większe doświadczenie, spełniające wymagania Zamawiającego wyrażone w SIWZ i jeżeli Zamawiający uzna, że

jest to wskazane, Wykonawca jest gotów do przedłożenia dalszych dokumentów i wyjaśnień.

W zakresie wymogu określonego w pkt 7.2.3) a) a) Tomu I SIWZ (droga) wskazujemy jedno Zadanie, które spełnia wymagania określone w tej części SIWZ.

Oświadczamy, że powyższe Zadanie wskazane w wykazie robót budowlanych dotyczyło przebudowy drogi publicznej o klasie GP. Ponieważ prace były realizowane poza granicami RP, nie mają do nich zastosowania klasyfikacje dróg stosowane w Polsce. Według klasyfikacji stosowanych w Republice Kazachstanu, Zadanie oznaczone w Wykazie Robót dotyczy drogi krajowej o klasie II, tj. odpowiednik drogi o klasie GP (druga klasa drogi). Jest to droga o charakterze głównym (międzymiastowym) oraz posiadająca przyspieszone parametry w zakresie szybkości w stosunku do podstawowych limitów prędkości obowiązujących w Kazachstanie (prędkość projektowa bazowa $V_p = 100$ km/h), a ponadto o szerokości pasa 3,75 metra, odpowiadającej drogi klasy GP w Polsce, spełniające także inne wymagania techniczne dla tego typu klas drogi. W związku z tym, biorąc pod uwagę zapisy Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. 2016 poz. 124 t.j.), należy stwierdzić, że ww. Zadanie dotyczyło drogi o klasie ekwiwalentnej do polskiej klasy GP.

Co więcej, potwierdzamy, że ww. Zadanie dotyczyło przebudowy istniejącej drogi w rozumieniu art. 3 pkt 7a) Prawa budowlanego, ponieważ wiązało się ze zmianą istotnych i podstawowych parametrów drogi." Ponadto Wykonawca wskazał „Celem uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości wskazujemy, iż Wykonawca wraz z niniejszym pismem przedkłada również referencje, które zostały wystawione przez stosowne podmioty. Niezależnie od tego, że potwierdzają one, że roboty zostały wykonane należyście, w tym zgodnie z przepisami prawa, Wykonawca podkreśla, iż nie miał wpływu na ich treść, tj. wierne odwzorowanie użytych w polskich przepisach prawa sformułowań.”

Izba ustaliła, że Odwołujący w Wykazie robót budowlanych w kolumnie pn. Charakterystyka zamówienia Informacje potwierdzające spełnienie warunków określonych w pkt 7.2.3)a) IDW, wpisał następujące informacje „Zadanie: Projekt rozwoju dróg samochodowych Południe-Zachód: Międzynarodowy Korytarz Tranzytowy "Europa Zachodnia - Chiny Zachodnie" (CAREC 1B i 6B), kontrakt SWRP-1398-1538 ICB (3,4) – 001/2009. Zadanie polegające na przebudowie drogi o klasie II - odpowiadającej GP (droga dwupasmowa z infrastrukturą towarzyszącą o długości około 140 km) - wykonane (zakończono) w listopadzie 2016." oraz załączył Świadczenie zdobytego doświadczenia praktycznego dla Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością SP Sine Midas Stroy wystawione 13 września 2017 r. przez Salini Construttori Filia w Kazachstanie wraz z tłumaczeniem. W przedstawionym Świadczeniu zawarto m.in. następujące Dane Projektu:

- Długość drogi wg projektu: 140 km

- kategoria drogi: II

Ilość pasów ruchu: 2

Szerokość pasa ruchu: 3,75 m (...)

Ponadto przedmiotowe Świadczenie zawierało następujące oświadczenie: „My niżej podpisani, potwierdzamy, że niżej wymienione prace (budowa dwupasmowej drogi z asfaltobetonową nawierzchnią z pełną infrastrukturą (profilem), o długości 140 km (sto czterdzieści kilometrów) zostały pomyślnie zakończone przez Podwykonawcę zgodnie z Umową Podwykonawcą (...).”

W dniu 8 października 2020 r. Zamawiający działając w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do „złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oraz udzielenia wyjaśnień w zakresie następujących dokumentów: Zgodnie z postawionym warunkiem udziału w postępowaniu Wykonawca winien wykazać się między innymi wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu co najmniej jednego zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 106 mln PLN netto.

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie przedłożyli Państwo wykaz robót budowlanych, gdzie w pozycji 1 wskazali Państwo zadanie: „Projekt rozwoju dróg samochodowych Południe - Zachód: Międzynarodowy Korytarz tranzytowy „Europa Zachodnia - Chiny Zachodnie" (CAREC IB i 6B), kontrakt SWRP- 1398 1538 ICB (3,4) - 001/2009".

Zgodnie z Państwa opisem zadanie to polegało na przebudowie drogi o klasie II - odpowiadającej GP - droga dwupasmowa.

Z uwagi na powyższe Zamawiający wzywa do wyjaśnienia:

- czy przebudowywana w ramach wykazanego zadania droga to droga dwujezdniowa, w tym do przedstawienia obiektywnych informacji pozwalających na weryfikację prawdziwości złożonego oświadczenia (np. informacje o przekroju poprzecznym drogi ze wskazaniem szerokości poszczególnych elementów tj. korony drogi, pasa dzielącego, jezdnii, pasów ruchu, pasów awaryjnych, opasek, poboczy itp.);

- czy przebudowywana w ramach wykazanego zadania droga spełnia wszystkie parametry drogi klasy GP określone w Rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. 2016 poz. 124 t.j.), w tym do wskazania wartości wszystkich ww. parametrów;

Dodatkowo, biorąc pod uwagę, że przebudowana droga jest zlokalizowana na terenie Kazachstanu, czyli kraju, który nie jest członkiem GPA, Zamawiający prosi o przedstawienie lokalizacji drogi zarówno w formie opisowej oraz graficznej (mapowej) w tym wskazania m.in.: przebiegu drogi, nr drogi, kilometrażu, współrzędnych punktu początkowego i końcowego, tak aby umożliwić weryfikację złożonych oświadczeń.”

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący w dniu 15 października 2020 r. potwierdził, że spełniał warunki udziału i nie podlegał wykluczeniu ani w dniu składania ofert, ani też obecnie nie ma miejsce taka sytuacja, a dokumenty i oświadczenia potwierdzające te okoliczności (składane wraz z niniejszym pismem) w przedmiotowym zakresie są aktualne na dzień ich złożenia.

W wyjaśnieniach dotyczących dokumentów Odwołujący wskazał:

„2. Odpowiedź na wezwanie w zakresie pkt 2 – doświadczenie Wykonawcy (Wykaz Robót Budowlanych na wzorze Zamawiającego wraz z referencjami dotyczącymi ukończonych zadań (Załączniki 2 i 3)

W związku z powyższymi wątpliwościami przez Zamawiającego, co do spełnienia/ wykazania przez Wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w SIWZ w pkt 7.2.3 a) a), w szczególności dwujezdniowości drogi, Konsorcjum – celem rozwiania jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie – w załączeniu przedkłada Wykaz Robót z dodatkowymi/ innymi wykonanymi przez Wykonawcę pracami, które – choćby z uwagi na to, że obejmują m.in. budowę fragmentu drogi sieci międzynarodowej (autostradę – highway, stanowiącą część Asian Highway Network i European Highway Network) – jak to zostanie wykazane w dalszej części pisma, w całej rozciągłości spełniają oczekiwania sformułowane przez Zamawiającego (Zał. 2 – Wykaz Robót).

Co oczywiste, Wykonawca wraz z nowym Wykazem Robót przedkłada także stosowne referencje, które potwierdzają

należyte, zgodne z umową i przepisami prawa wykonanie każdego z zadań (Załącz. 3 – Referencje wraz z tłumaczeniem). (...)

W związku z powyższym, Wykonawca na potrzeby spełnienia warunku opisanego w pkt 7.2.3 a) a) SIWZ wskazuje dwa Zadania:

a) Wschód-Zachód Projekt Drogowy: Zachodnia Europa – Wschodnie Chiny Międzynarodowy Korytarz Transportowy (CAREC 1b)/Przebudowa (budowa) drogi „Almaty-Kokpek-Chunja-Koktal-Khorgos” „Almaty-Khorgos km 0 do 304/4”;

b) Przebudowa drogi samochodowej „Almaty-Ust-Kamenogorsk” odcinek „Almaty-Kapczagaj” km 77-118.

Jednocześnie – żeby wykluczyć możliwość pojawienia się jakichkolwiek wątpliwości co do przedstawionych Zamawiającemu projektów - wskazujemy, iż:

1) oba projekty dotyczyły budowy lub przebudowy co najmniej drogi dwujezdniowej – jak wynika z poniższego zestawienie kluczowych parametrów a także załączonych do niniejszego pisma rysunków technicznych zrealizowanych projektów oraz referencji, oba posiadają po co najmniej dwie jezdnie, każda po dwa pasy;

2) wybudowane/ przebudowane drogi są min. klasy GP (posiadają parametry co najmniej odpowiednie tej klasie drogi, a tam, gdzie możliwa jest taka ocena - znacznie je przewyższające) – w tym zakresie wskazujemy ponownie, że choć nazwy klas poszczególnych dróg w Kazachstanie (podobnie jak i innych krajach Azji) różnią się, jednak okoliczność ta powinna pozostawać irrelevantna w świetle – co też Wykonawca potwierdza – spełnienia odpowiednich standardów charakterystycznych dla dróg min. GP, przypisanych im w treści Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (dalej także jako „Rozporządzenie”). Należy wyraźnie podkreślić, iż – co wynika także z poniższego zestawienia a także załączonych do niniejszego pisma dokumentów i rysunków technicznych – obie zrealizowane drogi spełniają warunki techniczne wskazane w Rozporządzeniu jako właściwe drogom min. GP, łącznie z innymi zobowiązaniami dotyczącymi dróg, a wynikającymi z tego Rozporządzenia, w szczególności treści § 10 ust. 2 i § 11;

3) wartość wykonanych robót wyniosła co najmniej 106 mln PLN, (...).

Odnosząc się nieco szerzej do różnicy w samym nazewnictwie dróg i adekwatności doświadczenia Wykonawcy, jak Konsorcjum podnosi od początku, ponieważ prace były realizowane poza granicami RP, nie mają do nich zastosowania klasy dróg przyjęte w Polsce. Natomiast oba zrealizowane zadania według klasyfikacji stosowanych w Republice Kazachstanu (a także na terenie poszczególnych państw Azji) obejmowały drogi o klasie I b, tj. co najmniej odpowiednika polskiej drogi o klasie GP (a nawet S). Według definicji ustawowej Kodeksu Budowlanego obowiązującego w Kazachstanie drogi te opisywane są jako: Autostrady dużych prędkości o znaczeniu międzynarodowym lub republikańskim.

Fakt ten powinien uwzględnić Zamawiający i wziąć pod uwagę w kontekście sformułowanego przez siebie wezwania do wyjaśnień, które w tych okolicznościach – przynajmniej po części – stało się nieaktualne. Sama klasa zaproponowanych dróg jest o tyle istotna, że – w ocenie Wykonawcy -przewyższa tą wskazaną przez Zamawiającego w wezwaniu (bliski odpowiednik S), co oznacza, że nie zawsze i nie wszystkie parametry dot. właśnie klasy GP będą mogły być wskazane przez Wykonawcę (bo pewne elementy drogi w ogóle w przypadku np. klasy S nie znajdują zastosowania). W sposób oczywisty uniemożliwia to zadośćuczynienie wskazaniu „wszystkich ww. parametrów”, jak to określił Zamawiający w swoim wezwaniu (pomijając już fakt, że takie wezwanie winno precyzyjnie wskazywać, o jakie, konkretne parametry chodzi). Dlatego też Konsorcjum poniżej, jak i nieco szerzej w załączonych materiałach, wskazuje właściwości: 1) dróg klasy Ib oraz: 2) dróg wykonanych w ramach poszczególnych referencyjnych projektów. Są to parametry, które niewątpliwie świadczą o rozmiarze i stopniu skomplikowania wykonanych robót, ich porównywalności nawet do dróg klasy S, a przez to ukazują zdolność Wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia jak w niniejszym postępowaniu.

Celem zwiększenia przejrzystości, Wykonawca najważniejsze dane poniżej prezentuje w formie tabelarycznej. Obrazuje ona zarówno kluczowe parametry drogi GP wynikające z Rozporządzenia, a także parametry drogi klasy Ib wynikające z Kodeksu Budowlanego obowiązującego w Kazachstanie oraz szeregu norm do których wspomniana ustawa się odwołuje: (...)

W związku z powyższym, zasadne jest uznanie dróg, które zostały wykonane w ramach referencyjnych robót, za odpowiednie co najmniej drogom o klasie GP w Polsce. Całkowicie irrelevantne jest (i powinno być) przy tym, czy doświadczenie to zostało zdobyte w Europie, państwach stowarzyszonych w ramach GPA, czy w którymś z Państw nie będących sygnatariuszem tego porozumienia. (...). Do ww. pisma Odwołujący załączył m.in. Wykaz Robót; Referencje wraz z tłumaczeniem; Tabela porównawcza – drogi klasy Ib i GP; Wykaz parametrów charakterystycznych dróg dla obu zrealizowanych projektów wraz z tłumaczeniem; Tabela standardów - załącznik do Umowy międzyrządowej w sprawie azjatyckiej sieci autostrad z dnia 18 listopada 2003 roku, podpisanej w Bangkoku; Zdjęcia wykonanych robót oraz rysunki techniczne projektów; Mapy określające położenie dróg; Mapy określające położenie obiektów mostowych.

Część informacji zawartych w pismach przewodnich Odwołującego oraz składane wykazy robót wraz załącznikami zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W dniu 9 października 2020 r. Zamawiający odtajnił przedmiotowe dokumenty składane za pismem z dn. 6 października 2020 r., a 26 października 2020 r. dokumenty składane za pismem z dn. 15 października 2020 r. Wykonawca nie kwestionował odtajnienia, w związku z czym uznać należy, iż są one jawne.

W dniu 26 października 2020 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, przedstawiając uzasadnienie faktyczne i prawne dokonanej czynności.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, gdyż jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

W pozostałym zakresie odwołanie, jako bezzasadne, podlega oddaleniu.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Odwołujący w odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ocena, czy w rozpoznawanej sprawie wystąpiły okoliczności obligujące Zamawiającego do wykluczenia

Odwolującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wymaga ustalenia:

- 1) czy Odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego,
- 2) czy informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 3) czy przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Z powyższego wynika, że w przypadku wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, niezbędne jest ustalenie, czy wykonawca przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd. W ocenie Izby przesłanka ta nie ziszcza się. W orzecznictwie przyjmuje się, że pod pojęciem „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego”, o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. W ocenie Izby istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego zamawiającego. Bezsporne jest, że Odwołujący w Wykazie robót budowlanych oraz załączonych do niego referencjach wskazuje, że w ramach wykazywanego zadania zrealizował drogę dwupasmową z infrastrukturą towarzyszącą, podając przy tym w referencjach, iż realizacja dotyczyła budowy 2 pasmowej drogi (...) o długości 140 km (ilość pasów ruchu: 2, szerokość pasa ruchu 3,75 m). Jednocześnie Odwołujący składając przedmiotowe dokumenty w piśmie przewodnim oświadczył, iż „W zakresie wymogu określonego w pkt 7.2.3) a) a) Tomu I SIWZ (droga) wskazujemy jedno Zadanie, które spełnia wymagania określone w tej części SIWZ”. Odwołujący w żadnym z przedłożonych dokumentów nie wskazał, że zrealizował drogę „dwujezdniową” jak brzmiało wymaganie warunku.

W ocenie Izby, oba podmioty biorące udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj. i Zamawiający i Odwołujący są profesjonalistami, i obaj zobowiązani są do wykonywania swych obowiązków z należytą starannością. Wykonawca powinien dołożyć należytej staranności przy przygotowywaniu oferty, a Zamawiający przy jej badaniu i ocenie. Jednakże, Izba stwierdza, że z powyższego nie wynika, iż wobec wykonawcy, który na potwierdzenie spełnienia warunku przedstawia realizację nie odpowiadającą wymaganiom we wszystkich aspektach warunku materializującą się automatycznie przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Aby tak było, w ocenie Izby konieczne jest przedstawienie przez Wykonawcę informacji, które w sposób obiektywny i niewątpliwy stanowią nieprawdę, a ocena ta powinna zostać dokonana przez Zamawiającego w oparciu o dostępne mu informacje. Izba stwierdziła, że Zamawiający oceniając dokumenty złożone przez Odwołującego (konkretyzując) jego oświadczenie o spełnianiu warunków nie miał podstaw do przyjęcia, że wykonawca opisał swoje doświadczenie niezgodnie ze stanem faktycznym. Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania wskazał, że „wykonawca w swoim wykazie posłużył się wyrażeniem „dwupasmowa”, chcąc wywołać u Zamawiającego wrażenie, że warunki spełnia. Bowiem w powszechnym odbiorze „dwupasmówka” jednoznacznie kojarzona jest z drogami, szybkiego ruchu (drogami ekspresowymi, autostradami, który co do zasady posiadają dwie jezdnie.” Izba nie kwestionuje powszechnego odbioru pojęcia „dwupasmówka”, jednakże w niniejszej sprawie mamy do czynienia z profesjonalistami zarówno po stronie Zamawiającego i Odwołującego, dla których realizacja robót drogowych nie nosi znamion działania incydentalnego. Dlatego też, jeżeli wykonawca w wykazie robót odwołuje się do drogi „dwupasmowej”, a w referencjach podaje wykonanie ilości pasów ruchu dwa na długości 140 km, to w ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, iż deklaruje wykonanie drogi „dwujezdniowej” w rozumieniu drogi o dwóch pasach przeznaczonych dla każdego kierunku ruchu, a co najmniej uzasadnione jest takie rozumienie jego wykazu, iż prezentuje on realizację polegającą na budowie drogi charakteryzującej się jednym pasem dla każdego kierunku ruchu. – co nie było kwestionowane. Izba podkreśla, iż przedstawione informacje nie były obiektywnie nieprawdziwe i niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, a Zamawiający dokonał ich nadmiernej interpretacji, przyjmując a priori, iż celem Wykonawcy jest wprowadzenie go w błąd.

Tym samym, wobec stwierdzenia, że w niniejszej sprawie nie doszło do przedstawienia informacji pozostających w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym bez znaczenia pozostają pozostałe przesłanki wskazane w podstawie wykluczenia. Przesłanki te muszą być bowiem spełnione łącznie. Fakt niespełnienia jednej z nich powoduje, że wykluczenie wykonawcy na podstawie wskazanych przepisów nie znajduje podstaw.

Reasumując, w zakresie rzekomego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp Izba nie dopatryła się wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co stanowi jedną z przesłanek aktualizujących obowiązek wykluczenia wykonawcy. Żaden ze złożonych dokumentów nie zawierał bowiem informacji nieprawdziwych, tj. niezgodnych z rzeczywistością. Dokumenty te uniemożliwiały jedynie uznanie, że Odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w Postępowaniu.

Izba uznała za bezzasadny zarzut dotyczący wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący w dniu 15 października 2020 r. złożył wykaz robót budowlanych wraz z referencjami, w którym przedstawił nowe doświadczenie w celu wykazania spełnienia warunku określonego w pkt 7.2.3 a)a). Tym samym, wobec uznania wykluczenia Odwołującego za bezpodstawne, Zamawiający zobowiązany jest do dokonania oceny doświadczenia Odwołującego przedstawionego w nowo złożonym (w dniu 15 października 2020 r.) Wykazie robót budowlanych. Dlatego też, Izba uznała, że w zaistniałej sytuacji brak jest podstaw faktycznych do zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba stwierdza, że zarzuty naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2) i ust. 1a ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 5 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez zmianę (uzupełnienie) warunków udziału w Postępowaniu na etapie oceny ofert o dodatkowe treści/ warunki, które nie zostały wskazane w SIWZ, a które to legły u podstaw nieuprawnionego stwierdzenia Zamawiającego, że Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd; ewentualnie art. 22 ust. 1 pkt 2) i ust. 1a ustawy Pzp oraz art. 22d ust. 1 ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez spóźnione sformułowanie warunku udziału w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie mający wpływu na ocenę zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, tj. poprzez uznanie na etapie oceny wyjaśnień Wykonawcy, że jedynie wykonawca, który posiada doświadczenie w wykonaniu drogi spełniającej „wszystkie parametry drogi klasy GP” określone w Rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. 2016 poz. 124 tj.) - dalej także jako „Rozporządzenie” - jest zdolny do wykonania zamówienia; nie potwierdził się. Jak podkreślił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie cyt. „Jednocześnie Odwołujący nie odpowiedział na zadane przez Zamawiającego pytanie co powoduje, że Zamawiający nie jest w stanie ocenić jednoznacznie czy wykazana droga jest drogą ekwiwalentną drodze klasy GP, dlatego też Zamawiający w swoim wykluczeniu nie stawiał w tym zakresie zarzutu informacji nieprawdziwych”, podstawą wykluczenia nie było wprowadzenie w błąd z zakresu spełniania parametrów drogi GP, a w zakresie dwujezdności wykazanej realizacji. Tak więc Zamawiający nie oceniał wykazanej realizacji w kontekście klasy drogi

lub ulicy i nie pozostaje w sporze w tym zakresie z Odwołującym. Powyższe czyny rozpatrywane zarzuty bezzasadnymi.

Izba wskazuje na treść art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba ustaliła, że zamawiający niezasadnie wykluczył Odwołującego wobec tego odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....