

WYROK

z dnia 30 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Emilia Garbala

Małgorzata Matecka

Protokolant: Rafał Komorń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę China State Construction Engineering Corporation Limited z siedzibą w Pekinie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Metrostav Polska S.A, Metrostav a.s. z siedzibą w Bielsku-Białej, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu: unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego China State Construction Engineering Corporation Limited z siedzibą w Pekinie, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego China State Construction Engineering Corporation Limited z siedzibą w Pekinie, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego China State Construction Engineering Corporation Limited z siedzibą w Pekinie.
2. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego China State Construction Engineering Corporation Limited z siedzibą w Pekinie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach na rzecz odwołującego China State Construction Engineering Corporation Limited z siedzibą w Pekinie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) 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:

Członkowie:

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa drogi S1 Kosztowy - Bielsko-Biała. Odcinek I węzeł „Kosztowy II” (z węzłem) - węzeł „Oświęcim” (bez węzła)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 października 2019 r., pod nr 2019/S 197-477357.

Dnia 21 sierpnia 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty.

Dnia 31 sierpnia 2020 roku wykonawca China State Construction Engineering Corporation Limited z siedzibą w Pekinie (dalej „Odwołujący¹⁾”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na: wykluczeniu odwołującego z postępowania, odrzuceniu jego oferty, zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22d ust. 2 i 3 Pzp, poprzez bezprawne wykluczenie odwołującego z postępowania oraz uznanie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków w zakresie zdolności do należytego wykonania zamówienia, pomimo że odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu oraz wykazał brak podstaw do wykluczenia, jest należycie przygotowany do wykonania zamówienia, a ponadto zamawiający nie wykazał innych przedsięwzięć gospodarczych odwołującego, mogących mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22d ust. 2 i 3 Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 22 ust. 1 -1 b Pzp, art. 25 ust. 1 Pzp, a także art. 36 ust. 1 pkt. 5-6 oraz art. 38 ust. 4 Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania w oparciu o bezprawne przyjęcie o możliwości kontroli zdolności wykonawcy (w tym jego wiarygodności) w oderwaniu od treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („s.i.w.z.”), w szczególności ustanowionych w s.i.w.z. warunków udziału w postępowaniu i wymaganych zdolności, co rażąco narusza także zasadę przejrzystości, równego traktowania i uczciwej konkurencji, a także proporcjonalności, prowadząc do zmiany wymogów postępowania w stosunku do odwołującego i jego oferty po terminie składania ofert.
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., pomimo że odpowiada ona w pełni wymogom s.i.w.z., a zamawiający nie wskazał, z jakimi postanowieniami s.i.w.z. i w jakim zakresie treść oferty jest niezgodna.
4. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 25 ust. 1 Pzp, a także art. 36 ust. 1 pkt 10, art. 36b ust. 1-1 a) Pzp oraz art. 38 ust. 4 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego w oparciu o bezprawne przyjęcie, że odpowiedzi odwołującego składane po terminie składania ofert na pytania zamawiającego wykraczające poza wymogi s.i.w.z., co do treści oferty: (i) są niezgodne z treścią s.i.w.z., a ponadto (ii) że mogą stanowić podstawę odrzucenia oferty odwołującego, co poskutkowało także rażącym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości.
5. art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niewystarczające uzasadnienie faktyczne i prawne wykluczenia odwołującego oraz odrzucenia jego oferty, w szczególności poprzez niewskazanie w uzasadnieniu warunku udziału w postępowaniu, którego spełnienie nie zostało przez odwołującego wykazane, niewskazanie przedsięwzięć, w które zaangażowane miałyby być zasoby odwołującego, a także poprzez niewskazanie treści s.i.w.z. ani treści oferty pozostających ze sobą w niezgodności.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania.
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego.
3. wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że spełnia materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania z art. 179 ust. 1 Pzp, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, wynikającego z błędnego rozstrzygnięcia postępowania. Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia jest jednoznaczny z uwagi na fakt, iż gdyby zamawiający prawidłowo ocenił ofertę oraz zdolności odwołującego, to - biorąc pod uwagę, iż oferta odwołującego jest najkorzystniejsza w postępowaniu a ponadto jest jedyną ofertą mieszczącą się w budżecie zamawiającego, prowadziłoby to do uzyskania zamówienia przez odwołującego. Reasumując, gdyby nie zaskarżone czynności zamawiającego, to właśnie odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Odwołujący podniósł,

że pierwotnie zamawiający pozytywnie ocenił ofertę odwołującego. Odwołujący wskazał, że doznaje szkody w szczególności w postaci utraty możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne, utraty przychodów i zysku z tytułu jej wykonywania. Dodatkowo ponosi szkodę w postaci poniesienia kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w tym kosztów przygotowania oferty.

Uzasadniając zarzuty odwołania, odwołujący wskazał, iż złożył ofertę w postępowaniu i została ona oceniona jako najkorzystniejsza, w związku z czym zamawiający w dniu 24 lutego 2020 r. wezwał odwołującego do złożenia dokumentów i oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp. Odwołujący złożył wymagane dokumenty w dniu 12 marca 2020 r. Jednakże zamawiający, w późniejszym czasie, wystosował do odwołującego szereg wezwań: wezwanie z dnia 22 kwietnia 2020 r. do złożenia wyjaśnień (odpowiedź z 4 maja 2020 r.), wezwanie z dnia 8 maja 2020 r. do złożenia wyjaśnień z dnia 4 maja 2020 r. (odpowiedź została udzielona 15 maja 2020 r.), wezwanie z dnia 3 czerwca 2020 r. na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp (odpowiedź została udzielona 15 czerwca 2020 r.).

W ww. pismach zamawiający wymagał przedstawienia informacji znacząco wykraczających poza wymaganą przez s.i.w.z. treść oferty oraz wymagane oświadczenia i dokumenty.

Odwołujący wskazał, iż w całości kwestionuje prawidłowość czynności wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty wywodząc, iż jest całkowicie nieuzasadniona oraz narusza szereg przepisów Pzp. Wykluczenie i odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło z naruszeniem zasady przejrzystości i związania treścią s.i.w.z., która nie podlega zmianom po terminie składania ofert (art. 7 ust. 1 oraz art. 38 ust. 4 Pzp). Zamawiający jest podmiotem zobowiązanym do stosowania ustawy (art. 2 pkt 12 Pzp) oraz odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania (art. 15 ust. 1 Pzp). To zamawiający jest autorem s.i.w.z., będąc jednocześnie (podobnie jak inni uczestnicy postępowania) związanym jej treścią. Obecna postawa zamawiającego jest jaskrawie arbitralna i obiegająca od ustalonych zasad postępowania. Skoro zdaniem zamawiającego, badanie zasobów sprzętowych, kadrowych, zaplecza technicznego i organizacyjnego, czy też „założeń, warunków i innych elementów istotnych wykonania przedmiotu zamówienia” jest na tyle istotne, że legło u podstaw wykluczenia odwołującego i odrzucenia oferty, to powstaje pytanie, dlaczego zamawiający nie ukształtował odpowiednio do tego celu warunków i treści s.i.w.z. Zamawiający miał całe spektrum możliwości, z których nie skorzystał, przykładowo nie wymagał: dokumentów wskazanych w §2 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z 26.7.2016 r („rozporządzenie”) na potwierdzenie zdolności technicznej takich jak: wykaz narzędzi, wyposażenie zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami, opis urządzeń technicznych oraz środki organizacyjno-techniczne zastosowane przez wykonawcę w celu zapewnienia jakości oraz opis zaplecza naukowo-badawczego wykonawcy, wykaz systemów zarządzania łańcuchem dostaw i śledzenia łańcucha dostaw, które wykonawca będzie mógł zastosować w celu wykonania zamówienia, wykaz środków zarządzania środowiskowego, które wykonawca będzie mógł zastosować w celu wykonania zamówienia, oświadczenie na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy oraz liczebności kadry kierowniczej w ostatnich 3 latach, oświadczenie na temat wykształcenia i kwalifikacji zawodowych kadry kierowniczej wykonawcy; wykaz osób (z wyjątkiem kierownika budowy), skierowanych do realizacji zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Zamawiający nie postawił jakichkolwiek kryteriów oceny ofert jak organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia (art. 91 ust 2 pkt 5 Pzp). Nie zażądał również jakichkolwiek dokumentów merytorycznych, w tym dokumentów potwierdzających, że oferowane roboty odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego (np. kosztorysy, koncepcje, plany, projekty, rysunki, modele, wzory) - §13 rozporządzenia.

Tymczasem obecnie zamawiający wyklucza odwołującego i odrzuca jego ofertę na podstawie warunków, których dokumentacja postępowania nie zawiera i których nawet obecnie nie sposób skonkretyzować, a tym bardziej zweryfikować. Oprócz lakonicznych stwierdzeń o braku profesjonalnego, starannego przygotowania do realizacji przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, Odwołujący nadal nie wie jakich warunków nie spełnił. To warunki udziału w postępowaniu mają na celu obiektywną weryfikację czy wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Względnie zaoferowana cena, nosząca znamiona rażąco niskiej, może uzasadniać podejrzenia w tym kierunku. Żadna z

okoliczności nie jest podnoszona przez zamawiającego wobec odwołującego. Nie można także pominąć sposobu zadawania pytań przez zamawiającego. W dużej mierze miały charakter otwarty lub formułowany na zasadzie potwierdzenia pewnych okoliczności. W konsekwencji wysnuwanie na tej podstawie wniosków o rzekomym „nie udowodnieniu” czy „nie wykazaniu” nie ma podstaw prawnych. Zamawiający w informacji o wykluczeniu nie zakwestionował spełnienia przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

Skoro zatem zamawiający nie odnosi się w uzasadnieniu wykluczenia, do któregośkolwiek z dokumentów złożonych na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ani ich nie kwestionuje, to już z tego powodu nie może mieć miejsca wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, skoro wszystkie warunki udziału w postępowaniu zostały spełnione, ani nie zaszła przesłanka do wykluczenia z postępowania.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający odwołując się do art. 22d ust. 2 i 3 Pzp, zdaje się upatrywać podstaw wykluczenia w jakichś innych „zdolnościach do należytego wykonania zamówienia” niż wskazanych w s.i.w.z. i ogłoszeniu, szeroko pojętego, nieskonkretyzowanego profesjonalizmu, wiarygodności czy przygotowania organizacyjnego i logistycznego odwołującego. W toku oceny oferty odwołującego zamawiający całkowicie odszedł od przyjętych przez siebie zasad określonych w s.i.w.z. oraz Pzp. Zamawiający pominął przy tym kluczowy aspekt - a mianowicie całkowitą arbitralność i uznaniowość takiej oceny i dokonanej w jej wyniku decyzji. Przy takim podejściu można wykluczyć każdego wykonawcę z każdego postępowania. Zamawiający powołuje się na sformułowanie „w szczególności” użyte w art. 22 ust. 1a oraz 22d ust. 3 Pzp. Systematyka ustawy Pzp i wskazane wyżej przepisy (w tym art. 22d ust. 1, art. 22, art. 25 Pzp) nie pozostawiają jednak wątpliwości, że treść art. 22d ust. 3 Pzp odnosi się do „zdolności wykonawcy do należytego wykonania umowy” w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, dając wskazówkę, co do zakresu możliwych warunków udziału w postępowaniu. Przepis ten nie przyznaje zamawiającemu prawa do arbitralności w ocenie potencjału wykonawcy. Zresztą zamawiający popada tu w sprzeczność, skoro jako podstawę wykluczenia wskazuje jednak art. 22 ust. 1 pkt 12 Pzp, „w związku” z art. 22d ust. 2 Pzp (zatem wykluczenie musi być oparte o niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, obowiązujących i znanych wykonawcom). *Expressis verbis* art. 22d ust. 3 Pzp potwierdza wręcz, że zamawiający może wymagać od wykonawców wskazania „w ofercie” wymaganych informacji. Bezpodstawne jest także upatrywanie podstaw wykluczenia w art. 22d ust. 2 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. W szczególności, jak wynika z powszechnego poglądu, „Przepis ten [art. 22d ust. 2 Pzp] nie może stanowić samodzielnej przesłanki wykluczenia [...], wykluczenie nie może nastąpić w oderwaniu od opisu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zasoby techniczne i zawodowe to nie jakiekolwiek zasoby, ale te, których dysponowania zamawiający wymagał w s.i.w.z. i ogłoszeniu.”. Potwierdza to *de facto* czynność zamawiającego, oparta o normę art. 24 ust. 1 pkt 12 „w związku” z art. 22d ust. 2 Pzp (a więc nie samodzielnie). Zamawiający ponownie popada tu w sprzeczność, odwołując się do rzekomej dopuszczalności badania nieskonkretyzowanej rzetelności, wiarygodności czy założeń i organizacji w oderwaniu od postawionych warunków.

Po drugie, zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu wykluczenia żadnych innych przedsięwzięć, w które są zaangażowane zasoby techniczne lub zawodowe odwołującego, ani tego jak zaangażowanie w nie może negatywnie wpływać na realizację umowy w sprawie zamówienia publicznego, czy też tego, jaki jest pomiędzy nimi związek adekwatny przyczynowo- skutkowy. Odwołujący podniósł, iż zamawiający nie oparł swojej decyzji na żadnych konkretnych okolicznościach, dowodach, wskazujących, że zasoby wykonawcy będą niedostępne w czasie realizacji umowy, ze względu na ich zaangażowanie w inne przedsięwzięcie, co powoduje realne zagrożenie zaistnienia szkody. Taka sytuacja nie ma bowiem miejsca.

Odwołujący wskazał, iż w toku postępowania zamawiający zadał odwołującemu szereg pytań dotyczących najsłabszych aspektów. Tylko nieliczne pytania dotyczyły dokumentów/oświadczeń wymaganych w s.i.w.z.

Odwołujący w dobrej wierze, odpowiadał na wskazane pytania, podkreślając przy tym, że podtrzymuje swoje dotychczasowe stanowisko, wyrażone w odpowiedzi z dnia 4 maja 2020 r., iż oferta wykonawcy złożona w postępowaniu jest w pełni zgodna z treścią s.i.w.z. oraz zawiera wszelkie niezbędne informacje wymagane przez zamawiającego na etapie postępowania. Odwołujący wykazał również spełnianie wszystkich warunków udziału w postępowaniu postawionych przez zamawiającego.

Zamawiający, jako podstawę wezwania wskazywał art. 22d ust. 2 ustawy Pzp, nie wskazując przy tym „innych

przedsięwzięć gospodarczych”, które mogłyby mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Pytania zamawiającego dotyczyły przy tym głównie zasobów sprzętowych i kadrowych, w odniesieniu do których nie były formułowane żadne warunki udziału w postępowaniu, oprócz osoby proponowanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy (przy czym odwołujący potwierdził pełną dostępność osoby dedykowanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy). Zamawiający mógł, poprzez odpowiednie postanowienia s.i.w.z., żądać w ramach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przedstawienia przez wykonawców bardziej szczegółowej listy osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, a także listy narzędzi czy sprzętu, zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie uczynił tego jednak. Podobnie nie wymagał tego typu informacji w treści oferty (ani też innych informacji, o które prosił w ramach wezwania do złożenia wyjaśnień). Nie jest zatem dopuszczalne na obecnym etapie postępowania modyfikowanie treści s.i.w.z., poprzez rozszerzanie wymogów względem postanowień obowiązujących w terminie składania ofert (byłoby to sprzeczne z art. 38 ust 4 ustawy Pzp).

W związku z powyższym, odwołujący podkreślił, że przekazywane informacje służyły wyłącznie zarysowaniu zamawiającemu wstępnych założeń i koncepcji, podlegającym odpowiednim uzgodnieniom i adaptacjom, zgodnie z postanowieniami umowy, a w odpowiednim zakresie, także zależnych od efektów prac projektowych. Specyfika projektów prowadzonych w formule „projektuj i buduj” wiąże się z tym, że „gotowe i kompleksowe rozwiązania wykonawca będzie zobowiązany przedstawić zamawiającemu do zatwierdzenia dopiero na właściwym etapie realizacji umowy.

Odwołujący przypominał także, że inwestycja ma charakter „projektuj i buduj” (czas trwania fazy projektowania wyniesie kilkanaście miesięcy), a wymagania, co do jej realizacji zawarte są w dokumentach składających się na opis przedmiotu zamówienia oraz warunkach umowy FIDIC. Co istotne, zamawiający nie dość, że wykluczył odwołującego na podstawie rzekomego niespełnienia warunków nieokreślonych w s.i.w.z., to jeszcze na podstawie treści uzasadnienia wykluczenia nie sposób ustalić, jakie te warunki miałyby być.

Zamawiający, co prawda wskazuje kilka inwestycji, w których obecnie bierze udział firma TRAKT Sp. z o.o. sp. k., którą odwołujący zamierza zaangażować, jako podwykonawcę prac projektowych. Niemniej w postępowaniu nie ma warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do projektowania (zarówno co do wiedzy i doświadczenia, jak i osób). TRAKT jest renomowaną firmą projektową z Katowic, zatrudniającą 120-osobowy zespół wysoko wykwalifikowanych specjalistów z różnych dziedzin - inżynierowie drogowi, mostowi, telekomunikacyjni, inżynierii środowiska, biolodzy, geodeci, elektrycy. Wskazane przez zamawiającego projekty potwierdzają tylko renomę i odpowiedni dobór podwykonawcy. Lakoniczne stwierdzenie zamawiającego, iż „Zaangażowanie Trakt Sp. z o.o. sp. k. Biuro Projektów Budownictwa Komunikacyjnego w tak liczną ilość innych równolegle realizowanych przedsięwzięć, może spowodować realne zagrożenie tego, że zasoby te mogą w praktyce nie być dostępne dla Wykonawcy w czasie realizacji przedmiotowego zamówienia” jest gołosłowne i nieoparte jakiegokolwiek podstawami. Odwołujący w dniu 4 maja 2020 r. przedstawił zamawiającemu list intencyjny TRAKT. Ponadto rozmiar działalności TRAKT umożliwia skierowanie na zasadzie wyłączności odpowiednich zespołów projektowych, dowód: pismo TRAKT.

W ocenie odwołującego, bezzasadny jest zarzut zamawiającego, co do sprzeczności wyjaśnień odwołującego, iż zasoby nie będą wykorzystywane do realizacji innych inwestycji (odp. na pyt. 2 z dn. 4.5.2020 r.). Zamawiający próbuje rozciągnąć zakres hipotezy normy prawnej z art. 22d ust. 2 Pzp na nieskonkretyzowane zdolności, podczas gdy na etapie składania ofert należało wykazać takie zdolności, jakich wymagał zamawiający w s.i.w.z. (tj. odpowiednie doświadczenie oraz kierownika budowy), czemu odwołujący bezspornie zadośćuczynił. Zamawiający cytuje niektóre (dobrane wybiórczo, str. 4-5 uzasadnienia wykluczenia) pytania i odpowiedzi wymienione po terminie składania ofert. Ponownie, żadnych ze wskazanych tam kwestii zamawiający nie wymagał od wykonawców w treści s.i.w.z. (np. dostępnego sprzętu, wykazania dostępności „wszystkich” osób przeznaczonych do realizacji zamówienia, dostępności materiałów, czy zaplecza laboratoryjnego, sposobu rekrutacji pracowników czy podwykonawców). W treści uzasadnienia trudno doszukać się związku pomiędzy użytymi argumentami a treścią art. 22d ust. 2 i 3 Pzp.

Z ostrożności procesowej odwołujący odniósł się do komentarzy zamawiającego:

Odpowiedź na pyt. nr 1 - zamawiający ocenił odpowiedź za ogólną, przy czym nie wyjaśnił np. dlaczego niewystarczająca jest lista planowanego sprzętu, czy np. list intencyjny dostawcy i na podstawie jakich obiektywnych kryteriów oceniał ten „zasób”. Pomija w cytacie informacje, co do planowanego personelu wraz z szacunkami, co do ilości zatrudniać osób.

Odpowiedź na pyt. nr 4 - trudno znaleźć uzasadnienie zarzutu zamawiającego. Nie sposób oczekiwać od wykonawcy na etapie przetargu (nie znając nawet jego wyniku), że zatrudni już „wszystkie” osoby przeznaczone do realizacji zamówienia (na odległym etapie wykonania robót).

Odpowiedź na pyt. nr 7 - cytat jest niepełny, a zamawiający pominął zupełnie list intencyjny dostawcy maszyn budowlanych i usług serwisowych do współpracy przy tym zamówieniu.

Odpowiedź na pyt. nr 1a - Na pytanie „Co wykonawca rozumie przez stwierdzenie: „Zasoby kadrowe będą miały przede wszystkim charakter lokalny” odwołujący odpowiedział m.in., że będą to osoby zrekrutowane w Polsce. Nie sposób dopatrzeć się w tym pytaniu żądania opisu „w jaki sposób, według jakich warunków, w jakich terminach zostanie przeprowadzona przedmiotowa rekrutacja”.

Odpowiedź na pyt. nr 1b - cytat pomija niektóre odniesienia do informacji na temat bieżącego (na czas odpowiedzi) stanu zaawansowania przygotowań w zakresie personelu.

Odpowiedź na pyt. nr 1e - ponownie odwołujący przedstawił nie tylko (niewymagany) wykaz sprzętu, to jeszcze w dobrej wierze zadeklarował zwiększanie lub zmniejszanie ilości poszczególnych jednostek w zależności od aktualnych potrzeb, tempa realizacji kontraktu, zastosowanych rozwiązań projektowych i technologii robót oraz zapewnienia jakości prac.

Odpowiedź na pyt. nr 4 - odwołujący przedstawił odpowiedź z odwołaniem do obowiązujących wymogów w tym zakresie.

Odpowiedź na pyt. nr 7 - pytanie zamawiającego dotyczyło planowanych terminów uzyskania stosownych pozwoleń/decyzji. Tymczasem zarzuca odwołującemu, że nie podał szczegółów i założeń, co do sposobów realizacji wytwórni. Trudno wywnioskować nawet pośrednio takie żądanie z treści zadanego pytania. Niemniej i tu zamawiający pomija, że wykonawca poinformował, iż planuje zrealizować własną mobilną wytwórnię mieszanek mineralno-asfaltowych na terenie budowy, w oparciu o odpowiednie decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach oraz decyzję ZRID, jako urządzenie zaplecza budowy (przedstawił też inne szczegóły, łącznie z pokazaniem układu na planie sytuacyjnym).

W ocenie odwołującego, jak widać na powyższych przykładach, przy braku obiektywnego miernika (w postaci konkretnego wymogu s.i.w.z., co stanowi podstawowy zarzut odwołującego) arbitralność oceny zamawiającego przejawia się także w całkowitej dowolności interpretacji, co do tego, jaki powinien być poziom szczegółowości odpowiedzi, jak i co do przypisywania wykonawcy odpowiedzialności za brak wyjaśnienia kwestii, które nie wynikały z pytania.

Ocena i decyzja zamawiającego abstrahuje ponadto od następujących okoliczności:

Treść s.i.w.z. zawiera nie tylko konkretne wymogi, co do zakresu szczegółowości oferty wykonawców i przedstawianych wraz z nią informacji i dokumentów, ale także reguluje proces realizacji umowy. Działania zamawiającego są sprzeczne z zasadami ustalonymi przez zamawiającego, w tym terminarzem i zakresem przedstawianych uzgodnień i dokumentacji. Większość informacji zażądanych od odwołującego, zgodnie z SWK będzie przedstawiane w odpowiednich terminach w toku realizacji (np. Subklauzula 8.3 SWK - Program; Subklauzula 4.9- Program Zapewnienia Jakości; Subklauzula 4.4. SWK - zgłaszanie podwykonawców). Wykonawca na etapie składania oferty nie musi mieć jeszcze zakontraktowanych wszelkich zasobów dla potwierdzenia wymaganych zdolności. Zamawiający pomija fakt, że wszyscy inni wykonawcy (łącznie 9 wykonawców): zadeklarowali w pkt 5 formularza ofertowego, iż będą korzystać z podwykonawstwa w pełnym możliwym zakresie (z wyłączeniem zakresu zastrzeżonego do osobistego wykonania); oraz wskazali w JEDZ (część II sekcja D), że podwykonawcy są jeszcze nieznani na etapie przetargu/składania ofert. Innymi słowy przy deklaracji szerokiego podwykonawstwa żaden z wykonawców nie wiedział jeszcze, z kim będzie współpracował w przypadku uzyskania zamówienia. Jest to dopuszczalne i powszechnie przyjęte, co potwierdza chociażby treść rozporządzenia ustanawiającego standardowy formularz JEDZ („o ile jest to wiadome, proszę podać wykaz proponowanych podwykonawców”).

Zamawiający wskazał, że źródłem dodatkowych wątpliwości, co do faktycznej zdolności odwołującego do wykonania zamówienia jest pandemia CoVID-19. Zamawiający jednak w żaden sposób nie konkluduje tej kwestii ani nie dokonuje subsumpcji, zatem bez odpowiedzi pozostaje pytanie czy zamawiający wykluczył odwołującego z powodu pandemii Covid-19. Uzasadnienie jest niepełne. Niemniej rażącym naruszeniem wskazanych wyżej podstaw prawnych byłaby arbitralna, subiektywna ocena zamawiającego, co do tego, który wykonawca ma zdolność do przyszłej realizacji umowy w czasie pandemii, a który nie. Odwołujący wyjaśnił w piśmie z 4.5.2020 r., że działalność operacyjna i produkcyjna spółki odwołującego jest stabilna, a wykonawca dysponuje odpowiednimi osobami upoważnionymi zarówno w Polsce jak i na

terenach UE. Wykonawca stale monitoruje także regulacje związane z epidemią, a ponadto angażuje głównie lokalnych partnerów. Odwołujący potwierdzał i podtrzymuje zobowiązanie do należytego i terminowego wykonania umowy, także mimo obecnej sytuacji. Przypisywanie wykonawcy odpowiedzialności za wybuchłą w toku postępowania pandemię i na tej podstawie wykluczanie go z postępowania, jest pozbawione podstaw prawnych. Na tej zasadzie należałoby wykluczyć i innych wykonawców. Pandemia stanowi zjawisko siły wyższej, którego zakresu lub skutków w przyszłości, a także ich wpływu na poszczególne stosunki prawne i faktyczne nie sposób przewidzieć. Potwierdzają to obowiązujące przepisy prawa, w tym np. postanowienia ustawy z dnia 2 marca 2020 roku o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, a także ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19.

Podobnie zamawiający prowadzi polemikę, co do niedoborów kadrowych na rynku, opierając się na hipotetycznych, nieweryfikowalnych założeniach, co do przyszłej sytuacji mającej miejsce za wiele miesięcy. Odwołujący ma odpowiednie rozeznanie na rynku lokalnym i możliwości w tym zakresie, a globalna skala jego działalności świadczy na jego korzyść, gdyż w razie jakichkolwiek problemów z lokalnym rynkiem będzie mógł przykładowo przenieść odpowiednie zasoby (np. z innych projektów realizacyjnych w Europie czy na świecie). Zamawiający argumentował, że odwołujący nie posiada doświadczenia w realizacji „robót budowlanych w podobnych otoczeniu prawnym, kulturowym i środowiskowym”, nie precyzując tego jednak. Warunek udziału w postępowaniu w żaden sposób nie odnosił się do pochodzenia wykonawcy, czy jego doświadczenia na rynku polskim lub „podobnym otoczeniu”. Zamawiający zarzucał, że odwołujący powinien wskazać jeszcze jakieś (niesprecyzowane) osoby oprócz kierownika budowy. Żaden inny wykonawca tego nie zrobił. Zamawiający powoływał się na fragment IDW, nie zauważając, że s.i.w.z. precyzuje warunek jedynie do osoby kierownika budowy.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp „z uwagi na to, że wykonawca nie udzielił jednoznacznych, wyczerpujących wyjaśnień, tym samym nie potwierdził zgodności oferty z treścią SIWZ”. Zdaniem odwołującego, decyzja zamawiającego nie ma oparcia ani w wymogach s.i.w.z. ani w treści oferty. Zamawiający nie wskazał żadnego postanowienia (treści) s.i.w.z., z którym rzekomo treść oferty jest niezgodna. Zamawiający nie wskazał też żadnego postanowienia (treści) oferty odwołującego, która byłaby niezgodna z s.i.w.z. Odrzucenie nastąpiło na podstawie bliżej niesprecyzowanych „wątpliwości zamawiającego, co do przyjętych założeń, warunków i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia”. Zamawiający odwołał się do „niewyczerpujących wyjaśnień”, nie przedstawiając odpowiedniego uzasadnienia faktycznego ani prawnego w tym zakresie.

We wcześniejszych pismach, zamawiający powołał się na art. 87 ust. 1 Pzp, w odniesieniu do pytań 7-21 z pisma z 22 kwietnia 2020 r. oraz pytań 4-7 z pisma z 8 maja 2020 r. Odwołujący w dobrej wierze i dla dobra przyszłej współpracy odpowiedział na wszystkie pytania zamawiającego. Wyjaśnienia w żaden sposób nie zmieniły treści złożonej oferty ani nie są z nią sprzeczne. Odwołujący zastrzegł przy tym, że „podstawą prawną pytań nr 7-21 nie może być art. 87 ust. 1 Pzp, skoro nie odnoszą się one do treści oferty złożonej przez Wykonawcę, lecz do szczegółów związanych z etapem realizacji Zamówienia. Zamawiający nie żądał bowiem od wykonawców podawania w treści oferty takich szczegółowych informacji jak np. sposób organizacji robót, zaplecza, koordynacji podwykonawców, terminów uzgodnień, koordynacji prac na styku z odcinkami, przejęcia placu budowy, postępowania z odpadami, dostępności dróg, sposobu działania w okresie gwarancji jakości czy znajomości przepisów prawa.” (wyjaśnienia z 4 maja 2020 r.).

Aktualne i w mocy pozostają wiążące deklaracje odwołującego z Formularza ofertowego, zobowiązujące do wykonania zamówienia zgodnie z s.i.w.z., stanowiące jego oświadczenie woli, formą oraz treścią odpowiadające wszystkim wymogom s.i.w.z. Gdyby przyjąć, że wymuszone dalsze wyjaśnienia mogą zmienić jasną i precyzyjną treść oferty odwołującego, oznaczałoby to rażące złamanie zasady niezmienności oferty po terminie składania ofert i zakazu negocjacji (art. 87 ust. 1 Pzp). Zamawiający nie zarzuca wyjaśnieniom merytorycznej niezgodności, lecz zbyt małą szczegółowość. Sam wskazuje w uzasadnieniu, że aspekty techniczne nie były przedmiotem jego badania, lecz kwestie organizacyjno-logistyczne.

Odwołujący podniósł, że inni wykonawcy nie byli wzywani do „wykazania” okoliczności będących przedmiotem pism do odwołującego. Zamawiający naruszył więc także art. 7 ust. 1 Pzp.

Zdaniem odwołującego, nawet gdyby przyjąć, że treść odpowiedzi odwołującego może być oceniana pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, to zamawiający nie uzasadnił swojej negatywnej oceny (oprócz ogólnego stwierdzenia braku wyczerpującego charakteru). Zamawiający nie odwołał się do żadnego konkretnego punktu, ani konkretnego wyjaśnienia, nie wyjaśnia dlaczego odp. na pytania 7-21 z pisma z 22 kwietnia 2020 r. oraz pytania 4-7 z pisma z 8 maja 2020 r. oraz z jakimi wymaganiami są niezgodne. Zamawiający nie przyjął żadnego obiektywnego miernika oceny bowiem w sytuacji braku odpowiednich wymogów s.i.w.z., co do treści oferty w zakresie postawionych pytań, takiego miernika po prostu nie ma. Uzasadnienie w tym zakresie jest merytorycznie puste.

Odwołujący podniósł, i zamawiający jedynie dodatkowo wskazał na:

1.brak wskazania podwykonawców (poza biurem projektowym) - zamawiający w pyt nr 6 zapytał „czy Wykonawca zawarł z podwykonawcami umowy przedwstępne, podpisał listy intencyjne lub inne podobne porozumienia?”, na co uzyskał adekwatną odpowiedź: „wykonawca informacyjnie wskazuje, że w ramach rozpoznania rynku przeprowadził liczne spotkania i rozmowy z podwykonawcami i dostawcami materiałów budowlanych, pozyskując deklaracje przyszłej współpracy. Zawarł też szereg umów intencyjnych lub podobnych porozumień z innymi podmiotami, w tym między innymi z przyszłym Kierownikiem budowy, z planowanym podwykonawcą prac projektowych, czy też np. w sprawie współpracy przy dostawach sprzętu (z firmą (...)) - w załączeniu dla przykładu). Odpowiednie uzgodnienia lub porozumienia wstępne zostały także poczynione z dostawcami materiałów, np. kruszywa, stali, cementu, asfaltu.”.

2.brak wskazania kluczowego personelu (poza kierownikiem budowy) i sposobu jego pozyskania - zamawiający nie żądał listy kluczowych pracowników.

3.niewykazanie dysponowania sprzętem - abstrahując od braku takiego wymogu, zamawiający pominął Listę sprzętu planowanego do realizacji zamówienia, list intencyjny dostawcy maszyn (dołączone do wyjaśnień). Co do wytwórni mieszanek bitumicznych, to jest ona zarówno w wykazie sprzętu, jak i w odpowiedzi na pyt. 16 z 4.5.2020 r. Szczegółowo plany, w tym zakresie, odwołujący opisał w odp. 7 z 15.5.2020 r.

Zdaniem odwołującego, należy w pełni zgodzić się ze stanowiskiem UZP, iż „W świetle przepisów ustawy Pzp, treścią oferty jest skonkretyzowany w oparciu o informacje przedstawione przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zakres zobowiązania, jakie przyjmuje na siebie wykonawca, w szczególności sposób, termin, a także warunki wykonania zamówienia publicznego, które nie mogą podlegać modyfikacjom na późniejszym etapie. (...) W konsekwencji nie można uznać, iż zakres informacji, o których mowa w art. 36b ustawy Pzp, tj. nazwy firm podwykonawców, może zostać uznany za treść oferty w rozumieniu 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. Informacja dotycząca imion i nazwisk (firm) podwykonawców nie posiada waloru treści oferty, a tym samym brak ww. informacji nie może stanowić podstawy do jej odrzucenia”.

Www. argumenty w świetle przepisów prawa nie powinny podlegać ocenie pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Nawet gdyby uznać odmiennie, to zamawiający musiałby wskazać, które dokładnie treści oferty, z jakim zapisem s.i.w.z. są niegodne. Tymczasem zamawiający hipotetycznie dywaguje o niedysponowaniu danymi koniecznymi do przygotowania „odpowiedzialnej i rzetelnej” oferty, naruszając ww. przepisy. Ponadto odwołujący wskazał, iż włączenie go z postępowania i odrzucenie jego oferty w realiach sprawy stanowi naruszenie art. 7 ust. Pzp, tj. zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania i proporcjonalności. Jednolita ocena spełniania ustanowionych warunków udziału przez zamawiającego jest ważnym przejawem poszanowania zasady równego traktowania wykonawców. Z doświadczenia na rynku krajowym zamawiający wywodzi jednak nawet dalej idącą prerogatywę - nie tylko do różnicowania sposobu oceny spełniania ustanowionych warunków, ale także do dalej idącego ograniczenia dostępu odwołującego do ubiegania się o zamówienie w warunkach uczciwej konkurencji, formułując nowe warunki kadrowe

1)techniczne do udziału w postępowaniu, których odwołujący w mniemaniu zamawiającego nie spełnia. W uzasadnieniu wykluczenia, zamawiający zwrócił uwagę, że postrzega odwołującego, jako podmiot „nieznany na rynku polskim i nieposiadającego doświadczenia w realizacji robót budowlanych w podobnym otoczeniu prawnym, kulturowym i środowiskowym”, a także, że „nie ulega wątpliwości, że sytuacja Wykonawcy [Odwołującego] jest o wiele trudniejsza niż sytuacja wykonawców funkcjonujących już od pewnego czasu na danym rynku lub wykonawców lokalnych, z uwagi na brak posiadania relacji rynkowych, jak również brak wypracowanej i sprawdzonej na danym rynku strategii logistycznej”.

Motywowany brakiem znajomości firmy odwołującego - mimo, że firma ta stanowi jedną z największych i najbardziej znanych firm budowlanych na świecie - zamawiający postanowił

Owykluczeniu odwołującego z uwagi na niespełnienie „szczególnych” warunków, niewyrażonych w dokumentacji

postępowania, których inni, preferowani przez zamawiającego wykonawcy w świetle dokumentacji postępowania w ogóle nie musieli spełnić, by uzyskać zamówienie. „Zasada równego traktowania wykonawców bowiem polega na traktowaniu wykonawców w jednakowy sposób (bez preferowania jednych i dyskryminowania innych), co do dostępności informacji o postępowaniu, warunków udziału, wymaganych dokumentów, czyli na przykładaniu tej samej miary do każdego wykonawcy”. Temu obowiązkowi nie sprostali zamawiający. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE, zasada równego traktowania zabrania nie tylko jawnej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, ale również wszelkich ukrytych form dyskryminacji, które poprzez stosowanie innych kryteriów rozróżniających powodują *de facto* ten sam skutek. Takim kryterium rozróżniającym będzie „renoma” danego podmiotu na rynku krajowym, która nie jest w równoznaczna z jego rzeczywistą zdolnością do realizacji zamówienia i nie może stanowić podstawy do formułowania dodatkowych warunków do udziału w postępowaniu w toku procedury. Ponadto nałożone na odwołującego „szczególne” warunki nie spełniają wymogów zasady proporcjonalności. W tym zakresie odwołujący powołał się na tezę wyroku TSUE z 27.10.2005 r. w sprawie C- 234/03, Contse SA, Vivisol Srl i Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), uprzednio Instituto Nacional de la Salud (Insaiud), Zb. Orz. 2005, s. 1-09315), który uznał, że obowiązek wykazania przez wykonawcę, już na etapie ubiegania się o zamówienie posiadania lokalnego biura, które jest potrzebne do realizacji zamówienia, jest nieproporcjonalny i stanowi naruszenie nie tylko zasad ustanowionych dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, lecz także art. 56 TFUE.

Niezależnie od bezprawności decyzji zamawiającego i braku umocowania jej w ustawie Pzp oraz treści s.i.w.z., twierdzenia zamawiającego w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego są merytorycznie nieprawdziwe, godząc w dobre imię wykonawcy, poprzez zarzucenie braku profesjonalizmu, wiarygodności i nieprzygotowania do realizacji inwestycji.

Odwołujący wskazał, że jest największą firmą budowlaną na świecie pod względem przychodów i największym generalnym wykonawcą pod względem sprzedaży zagranicznej.

Jest spółką publiczną notowaną na Szanghajskiej Giełdzie Papierów Wartościowych w Szanghaju. Zajmuje 18 miejsce wśród firm z listy Fortune Global 500 i 1 miejsce na liście GlobalContractors ENR w 2020 roku. Odwołujący jest największą grupą inwestycyjno- budowlaną na świecie i z sukcesem zrealizował projekty w 130 krajach i regionach na całym świecie. Firma zatrudnia ponad 300 tys. pracowników. W 2019 roku odwołujący wygenerował około 205 mld USD przychodów. Posiada także najwyższe oceny agencji ratingowych w światowym przemyśle budowlanym: oceniana na A przez S&P, A2 przez Moody's, A przez Fitch. Posiada olbrzymie doświadczenie m.in. w dziedzinach infrastruktury miejskiego tranzytu kolejowego, kolei dużych prędkości, dużych mostów, dróg ekspresowych i autostrad, miejskich kompleksowych korytarzy, portów i dróg wodnych, energii elektrycznej, kopalń, hutnictwa, przemysłu petrochemicznego, lotnisk i wysp nuklearnych. Ma szerokie doświadczenie w realizacji projektów o przedmiocie podobnym do stanowiącego przedmiot zamówienia. Odwołujący realizuje projekty infrastrukturalne na całym świecie, w tym w Azji, Europie, na Bliskim Wschodzie, w Afryce, Ameryce Północnej i Południowej. Co za tym idzie, odwołujący wielokrotnie przygotowywał już realizację podobnej inwestycji, w tym w nowych środowiskach rynkowych. Ma olbrzymie doświadczenie i jest w pełni świadom czynności, które składają się na przygotowanie się do realizacji podobnego zamówienia.

Odwołujący od 2015 roku, jest obecny na rynku polskim celem uczestniczenia w postępowaniach przetargowych, przygotowując się należycie do rozpoznania rynku i zaoferowania najlepszych możliwych rozwiązań podmiotom publicznym, w tym zamawiającemu. W odniesieniu do przedmiotu sprawy, odwołujący skrupulatnie i należycie przygotował się do złożenia oferty w postępowaniu. Działania przygotowawcze obejmowały w szczególności badanie i aktualizację danych w zakresie dostępnych cen materiałów i usług, konsultacje specyfikacji technicznych, warunków klimatycznych, wymiana doświadczeń budowlanych, spotkania i rozmowy i negocjacje z lokalnymi firmami, a także współpraca w fachowcami Polskimi przebywającymi w Chinach. Obecni na miejscu wyspecjalizowani w tym zakresie menadżerowie wraz z innymi fachowcami opracowywali plan inwestycji oraz szacowali koszty na podstawie lokalnych warunków, wskaźników i danych. Bezpośrednio nad przygotowaniem oferty pracowało 15 osób ze strony odwołującego (nie licząc partnerów zewnętrznych i konsultantów). Odwołujący intensywnie pracował nad założeniami technicznymi i organizacyjnymi, w tym metodą badań i prowadzenia poszczególnych prac i robót, wewnętrznym podziałem zadań, harmonogramem realizacji inwestycji, planem zarządzania. W celu jak najlepszego przygotowania do realizacji umowy, brał oraz bierze udział w licznych spotkaniach i negocjacjach. Przejawem dokładności analizy przedmiotu zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania, jak i realiów rynku krajowego jest zresztą zaoferowana cena, która jest na

podobnym poziomie zarówno do szacunków zamawiającego, jak i wycen innych wykonawców. Sam zamawiający w żaden sposób jej nie kwestionował.

Odwołujący podjął trud oraz koszt inwestycyjny, angażując się należycie w odpowiednie przygotowanie najlepszej oferty, w oparciu o wieloletnie zaangażowanie w rozwój na rynku polskim, profesjonalną strukturę organizacyjną, doświadczenie w zarządzaniu projektami tego typu i wiedzę techniczną. Potwierdzają to dodatkowo udzielone w toku postępowania odpowiedzi na pytania zamawiającego, konkretne i wyczerpujące. Odwołujący działał przy tym w zaufaniu do zasad postępowania, w tym sposobu przygotowania oferty. Dla odwołującego, niniejszy projekt ma charakter priorytetowy oświadczając, iż dołoży najwyższej staranności w celu jego należytego wykonania. Wysokie standardy obowiązujące u odwołującego, nie pozwoliłyby złożyć oferty „bez pokrycia” i należytego przygotowania. Dla odwołującego oczywistym jest, że ma ona na celu nie tylko wybór jej przez zamawiającego, ale przede wszystkim terminowe i jakościowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Tymczasem zamawiający subiektywnie spekuluje na temat nieokreślonych zdolności odwołującego i ich dostępności na etapie robót budowlanych, zarzucając mu brak wiarygodności i wróżąc nienależyte wykonanie umowy w przyszłości. Rozważania w tym zakresie mają charakter całkowicie hipotetyczny i bezpodstawny. W tych okolicznościach zarzucanie odwołującemu nieprzygotowania do należytego wykonania umowy objętej postępowaniem czy braku starannego i profesjonalnego działania, jest pozbawione podstaw prawnych oraz także merytorycznie nieprawdziwe.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podtrzymał dotychczasowe stanowisko, jak w informacji o wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty, dodatkowo wskazując, iż odwołujący w odwołaniu starannie pomija istotę tej czynności, którą szeroko uzasadnił w informacji z 21 sierpnia 2020 zamawiający (strony 1- 6) informacji. Argumentując, że spełnił wszystkie warunki udziału w postępowaniu wywodzi, iż wystarczające dla ich spełnienia jest zadeklarowanie w załączonych do oferty oświadczeniach i wykazach, iż warunek został spełniony. Takie postrzeganie swojego obowiązku wykazania spełnienia warunku odwołujący prezentuje konsekwentnie w toku całego postępowania. W odpowiedziach na prośby zamawiającego o wyjaśnienia dotyczące spełnienia tych warunków odwołujący twierdził, że nie jest obowiązany do składania takich wyjaśnień i udzielał lakonicznych, zdawkowych odpowiedzi. Zamawiający poprzez kilkukrotne prośby o wyjaśnienie dążył do umożliwienia odwołującemu by sprostął ciężarowi dowodu wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Niewyczerpująca treść wyjaśnień, a także zawarte w nich informacje, iż wykonawca składając ofertę nie jest pewien czy i w jaki sposób spełnia warunki udziału w postępowaniu zobowiązały zamawiającego do uznania, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków. Nie sposób bowiem uznać, że obowiązek wykazania spełnienia warunku został wypełniony, gdy wykonawca przyznaje, że dopiero w przyszłości zdecyduje w jaki sposób warunek spełnić. W ten sposób odwołujący nie tylko nie podał ciężarowi dowodu w zakresie spełnienia warunku (co spowodowało ziszczenie się przesłanki wykluczenia z art. 24 ust 1 pkt 12), ale także dał wyraz temu, iż podając w ofercie informacje

Orzekomym spełnieniu warunku, nie wykazał zgodnie z art. 22d ust. 3, że jest to rzetelne (faktyczne) spełnienie warunku.

Zamawiający zweryfikował także dostępność zasobu projektowego i ustalił ponad wszelką wątpliwość, że jest to zasób zaangażowany w inne przedsięwzięcia gospodarcze

1 niemożliwy do wykorzystania przez odwołującego w przypadku uzyskania zamówienia.

Zamawiający wskazał, iż oferta, stanowiąc oświadczenie woli wymaga uwzględnienia okoliczności towarzyszących złożeniu tego oświadczenia, a w szczególności nie może abstrahować od rozumienia tego oświadczenia przez samego składającego oświadczenie. Tym samym jej treść musi być interpretowana w świetle wyjaśnień oferty składanych w tym przypadku przez odwołującego. Wyjaśnienia te wskazują, że odwołujący składając ofertę miał świadomość, że nie jest w stanie jej samodzielnie wykonać, a jednocześnie nie jest w stanie zidentyfikować podwykonawców, dostawców, źródeł zaopatrzenia niezbędnych do wykonania zobowiązania. Niemożliwość wykonania tej oferty w skonkretyzowanym stanie rzeczy potwierdza fakt, że jedyny wskazany podwykonawca (projektant) to podmiot, który po weryfikacji przez zamawiającego został oceniony, jako niezdolny do wykonania projektowania w koniecznej skali ze względu na zaangażowanie w inne przedsięwzięcia. Jak wynika ze składanych wyjaśnień odwołujący nie zapoznał się z wymaganiami zamawiającego, co było wymagane zgodnie z s.i.w.z. (np. pkt 2 formularza oferty i inne postanowienia s.i.w.z. przytaczane w informacji z 21 sierpnia), a tym samym złożenie oferty bez rozpoznania możliwości jej wykonania jest niezgodne z s.i.w.z.

Zamawiający wskazał, że uzasadnienie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty liczy 9 stron (odpowiednio 6,5 oraz 2,5 strony). Zarówno odwołujący jak i zamawiający posiadają wiedzę, że tak szerokie uzasadnienie nie jest standardem w postępowaniach o udzielenie zamówienia, a więc już z samej obszerności należy wyprowadzić wniosek, o co najmniej należytej staranności zamawiającego w uzasadnieniu swojej decyzji. Uzasadnienie to zawiera wszystkie informacje wymagane przepisem art. 92 ust 2 i 3, którego naruszenie zarzucono zamawiającemu. Wskazuje na podstawy prawne oraz fakty, które spowodowały konieczność wykluczenia i odrzucenia. Zarzut odwołania posługując się sformułowaniem, iż zamawiający „w szczególności” nie wskazał uniemożliwia wyczerpujące odniesienie się do nieskonkretyzowanego zarzutu. Zamawiający odniósł się więc wyłącznie do konkretnie wskazywanych braków uzasadnienia, wnosząc o pozostawienie bez rozpoznania innych ewentualnych braków, gdyż nie sposób wywieść ich z zarzutu, co jest konieczne w świetle art. 192 ust 7 ustawy Pzp.

Skonkretyzowane braki w uzasadnieniu to:

- a)nie wskazanie warunku, który nie został spełniony.
- b)nie wskazanie przedsięwzięć angażujących zasoby odwołującego.
- c)nie wskazanie postanowień s.i.w.z. i treści oferty pozostający w niezgodności.

Co do braku z lit a) - na stronie 4 oraz 5 informacji z 21 sierpnia 2020 r., zamawiający wyraźnie wskazał, jakie wymagania niezbędne do wykonania zamówienia nie zostały wykazane.

Co do braku z lit b) - na stronie 3 informacji z 21 sierpnia 2020 r., znajduje się przykładowa (wskazano na jej przykładowy charakter) lista takich przedsięwzięć.

Co do braku z lit c) - na stronie 7, 8 i w pierwszych dwóch akapitach na stronie 9 informacji z 21 sierpnia 2020 r., wskazano odpowiednie postanowienia s.i.w.z. Z kolei na stronie 9 tego pisma zamawiający wskazuje, że treść oferty wykładana w świetle wyjaśnień, o które zwracał się zamawiający i z których wnioski przytacza na tej stronie przesadzają o niezgodności z wskazanymi postanowieniami s.i.w.z.

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego - skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Metrostav. Przystępujący na posiedzeniu złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach

procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawą wykluczenia odwołującego z postępowania był przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 22d ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając swoją czynność wykluczenia odwołującego zamawiający podał, iż celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zapewnienie jego realizacji z należyłą starannością. Jednym z warunków osiągnięcia zakładanych rezultatów jest powierzenie realizacji zamówienia wiarygodnemu wykonawcy. Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że jest zdolny do należytego wykonania zamówienia, w szczególności tego, że posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie, dysponuje potencjałem technicznym i kadrowym niezbędnym do wykonania zamówienia oraz znajduje się

w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Ponadto powinien umieć wykazać, że złożona przez niego oferta jest rzetelna i odpowiedzialna, opiera się na realnych założeniach techniczno-ekonomicznych. Jest to szczególnie ważne w przypadku Wykonawcy nieznanego na rynku polskim i nieposiadającego doświadczenia w realizacji robót budowlanych w podobnym otoczeniu prawnym, kulturowym i środowiskowym. Zamawiający, aby uzyskać przekonanie, że Wykonawca byłby w stanie zrealizować należycie zamówienie, czyli że posiada wymagane zdolności oraz uwzględnił w ofercie wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ, zadał Wykonawcy szereg szczegółowych pytań (pisma z dnia 22.04., 08.05. i 03.06. br.), które nie zostały przez Wykonawcę zakwestionowane w trybie dostępnych środków ochrony prawnej.

Zamawiający wskazał, że podstawowym celem weryfikacji wiarygodności wykonawcy jest zapewnienie należytego wykonania zamówienia. Zgodnie z art. 22d ust. 3 ustawy Pzp: „W postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiot stanowią (...) roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia”. W przepisie tym ustawodawca posłużył się sformułowaniem „w szczególności” wskazującym na indykatywny, niepełny charakter wskazanych aspektów wiarygodności wykonawcy. Zamawiający ma zatem prawo oceniać rzetelność biorącego udział w postępowaniu wykonawcy nie tylko poprzez weryfikację jakości wcześniej wykonanych przez niego zamówień, ale również poprzez ocenę rzetelności przygotowanej przez wykonawcę oferty. Zamawiający ma także prawo pytać wykonawcę o założenia techniczne i organizacyjne przyjęte do realizacji zamówienia oraz o założenia ekonomiczne stanowiące podstawę przyjętej kalkulacji ceny złożonej w postępowaniu oferty. Zadawane przez zamawiającego pytania i udzielane przez wykonawcę odpowiedzi mają na celu uwiarygodnienie złożonej przez wykonawcę oferty. Udzielając zatem odpowiedzi, wykonawca zobowiązany jest wykazać, że będzie w stanie rzetelnie i efektywnie wykonać zamówienie oraz że jest wiarygodnym podmiotem, któremu zamawiający powierzy wykonanie przedmiotu zamówienia. Żądane przez zamawiającego informacje nie miały, wbrew twierdzeniom wykonawcy, służyć ocenie oferty poprzez porównanie jej walorów z innymi ofertami. Miały one na celu służyć wyłącznie potwierdzeniu profesjonalizmu wykonawcy w podejściu do ofertowania, a przede wszystkim potwierdzeniu tego, że złożona oferta opiera się na realnych podstawach, a wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie zgodnie z jego warunkami określonymi przez zamawiającego w s.i.w.z. Uwzględniając powyższe, zamawiający stanął na stanowisku, iż dokonując oceny złożonej oferty zamawiający nie może oprzeć się jedynie na ogólnych deklaracjach wykonawcy o tym, że wykona on zamówienie w „zgodzie z wymogami dokumentacji Postępowania, a także z przepisami prawa polskiego oraz unijnego, zasadami wiedzy technicznej, odpowiednimi normami, zarządzeniami i wytycznymi”.

Zdaniem zamawiającego, ma on prawo badać faktyczną dostępność potencjału pozostającego w dyspozycji wykonawcy. Jednocześnie na każdym etapie postępowania zamawiający może uznać, że wykonawca w rzeczywistości nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia (art. 22d ust. 2 ustawy Pzp). W ocenie zamawiającego, wykonawca udzielając odpowiedzi na postawione przez zamawiającego pytania nie udowodnił, że jest zdolny do należytego wykonania przedmiotu zamówienia niezależnie od tego, czy wykonawca nie dysponuje w ogóle niezbędnym potencjałem technicznym i kadrowym, czy potencjał ten jest wykorzystywany na innych zadaniach, czy też wykonawca postanowił nie ujawniać zamawiającemu przyjętych założeń organizacyjnych.

Zamawiający zwrócił uwagę, że określanie minimalnych poziomów zdolności to nie jedyny legalny sposób weryfikacji wiarygodności wykonawcy (vide formuła „w szczególności” w treści art. 22 ust. 1a ustawy Pzp). Poza określeniem minimalnych poziomów zdolności w odniesieniu do kierownika budowy, zamawiający określił w s.i.w.z. wymaganie „Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone”. Wykonawca ani w ofercie, ani na wezwanie, ani w odpowiedzi na żadne z kilku pytań dotyczących personelu nie spełnił powyższego warunku.

W piśmie z dnia 04.05.2020 r., stanowiącym odpowiedź na pismo zamawiającego z dnia 22.04.2020 r. w odpowiedzi na pytanie nr 2: Czy posiadane przez wykonawcę zasoby przeznaczone do realizacji niniejszego zamówienia są lub będą wykorzystane równocześnie przy realizacji innych inwestycji, wykonawca odpowiedział, że zasoby te nie będą wykorzystane przy realizacji innych inwestycji. Niemniej jednak, jak wynika to z przedłożonych wyjaśnień w rzeczywistości wykonawca „zamierza” dopiero pozyskać odpowiedni zasób po uzyskaniu zamówienia.

Powyższe oświadczenia stoją ze sobą w oczywistej sprzeczności. Skoro bowiem wykonawca nie ma jeszcze na tym

etapie postępowania pewności i wiedzy co do personelu i zasobów, który zostaną zaangażowane do realizacji zamówienia, to z całą pewnością nie można stwierdzić, że zasoby te nie będą wykorzystane równocześnie przy realizacji innych inwestycji. W ocenie zamawiającego poszukiwanie zasobów dopiero po podpisaniu umowy z zamawiającym może przełożyć się na negatywną realizację niniejszego zamówienia i jego terminowe wykonanie.

Wskazana przez wykonawcę firma Trakt Sp. z o.o. sp. k. Biuro Projektów Budownictwa Komunikacyjnego, z którą wykonawca zamierza podjąć współpracę w zakresie usług projektowych jest obecnie zaangażowana przy realizacji między innymi takich przedsięwzięć jak:

1. Budowy obwodnicy Poręby i Zawiercia w ciągu drogi krajowej nr 78. Odcinek I - Siewierz Poręba - Zawiercie (Kromolów) - od km 105+836 do km 122+500 - zadanie realizowane na rzecz Oddziału GDDKiA w Katowicach,
2. Budowa drogi ekspresowej S1 (dawniej S69) Bielsko-Biała - Żywiec-Zwardoń, odcinek Przybędza-Milówka (obejście Węgierskiej Górki) zadanie realizowane na rzecz Oddziału GDDKiA w Katowicach,
3. Budowa drogi ekspresowej S11 Ujście - Oborniki - zadanie realizowane na rzecz Oddziału GDDKiA w Poznaniu,
4. Budowa drogi ekspresowej S11 Ostrów Wlkp. - Kępno - zadanie realizowane na rzecz Oddziału GDDKiA w Poznaniu,
5. Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla zadania pn.: „Budowa drogi ekspresowej S-11 Kępno-A1 na odcinku Kępno-granica województwa opolskiego (z wyłączeniem obwodnicy Olesna)” - zadanie realizowane na rzecz Oddziału GDDKiA w Opolu,
6. Opracowanie dokumentacji projektowej - stadium: Koncepcji Programowej dla zadania pn.: „Budowa drogi S74 Kielce-Nisko, odcinek Cedzyna - Łagów wraz z obwodnicą Łagowa” - zadanie realizowane na rzecz Oddziału GDDKiA w Kielcach,
7. Opracowanie Studium Techniczno-Ekonomiczno-Środowiskowego wraz z materiałami do uzyskania Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla zadania pn.: „Budowa Obwodnicy Kolbieli w ciągu drogi krajowej nr 50 - zadanie realizowane na rzecz GDDKiA Oddział w Warszawie,
8. Opracowanie Studium Techniczno-Ekonomiczno-Środowiskowego wraz z materiałami do uzyskania Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla zadania „Budowa Obwodnicy Łochowa w ciągu drogi krajowej nr 62 - zadanie realizowane na rzecz GDDKiA Oddział w Warszawie”,
9. Studium Techniczno-Ekonomiczno-Środowiskowe z elementami Koncepcji Programowej wraz z dokumentacją związaną z rozpoznaniem podłoża gruntowego dla zadania pn.: „Budowa drogi krajowej nr 31 na odcinku w Radziszewo A6/31 (z węzłem) - Gryfino” - zadanie realizowane na rzecz GDDKiA Oddział w Szczecinie.

Wszystkie ww. zadania są obecnie na etapie projektowania robót. Usługi projektowe są realizowane na ww. zadaniach przez Trakt Sp. z o.o. sp. k. Biuro Projektów Budownictwa Komunikacyjnego. Uwzględniając powyższe niezgodne ze stanem faktycznym jest twierdzenie wykonawcy, że wszystkie zasoby, które wykonawca skieruje do realizacji niniejszego zamówienia nie będą równocześnie zaangażowane w realizację innych przedsięwzięć. Zaangażowanie Trakt Sp. z o.o. sp. k. Biuro Projektów Budownictwa Komunikacyjnego w tak liczną ilość innych równolegle realizowanych przedsięwzięć, może spowodować realne zagrożenie tego, że zasoby te mogą w praktyce nie być dostępne dla wykonawcy w czasie realizacji przedmiotowego zamówienia.

Jednocześnie w piśmie z dnia 04.05.2020 r., stanowiącym odpowiedź na pismo zamawiającego z dnia 22.04.2020 r. wykonawca wskazał:

1. W odpowiedzi na pytanie nr 1: „Jakie zasoby sprzętowe oraz kadrowe zamierza Wykonawca zaangażować do realizacji niniejszego zamówienia”, Wykonawca w sposób ogólny i lakoniczny wyjaśnił, że: „zamierza zaangażować do realizacji zamówienia niezbędne zasoby sprzętowe oraz kadrowe spełniające odpowiednie wymagania, umożliwiające należyte wykonanie umowy”, a także „Zasoby kadrowe będą miały przede wszystkim charakter lokalny. Wykonawca planuje ponadto zaangażować pomocniczo wysoko wykwalifikowaną kadrę międzynarodową” „W załączniku nr 1 - Wykaz sprzętu” przedstawiona jest orientacyjna wstępna lista głównych rodzajów sprzętu, instalacji i urządzeń planowanych do wykorzystania.”.

2. W odpowiedzi na pytanie nr 4: „Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił realną dostępność wszystkich osób przeznaczonych do realizacji niniejszego zamówienia?”, Wykonawca również w sposób ogólny i lakoniczny wyjaśnił, że:

„uwzględnił realną dostępność wszystkich osób przeznaczonych do realizacji niniejszego zamówienia. W szczególności, kluczowe funkcje kadry lokalnej zostały potwierdzone. Umowy o pracę z miejscowymi pracownikami zostaną zawarte zgodnie z wymaganiami umowy i przepisów prawa. Ponadto pracownicy Wykonawcy zatrudnieni na podstawie długoterminowych umów o pracę mogą być oddelegowani do Polski”.

3.W odpowiedzi na pytanie nr 7: „W jaki sposób Wykonawca zorganizuje i zapewni dostępność odpowiedniego zaplecza sprzętowego, materiałowego i laboratoryjnego celem sprawnego zrealizowania przedmiotowego zadania. Zamawiający prosi o wyjaśnienie w jaki sposób Wykonawca zapewni ciągłość dostaw kruszyw i innych materiałów potrzebnych do realizacji kontraktu (jaki sposób dostarczania kruszyw i materiałów zakłada Wykonawca)” Wykonawca w sposób ogólny i lakoniczny wskazał jedynie, że: „planuje najważniejsze maszyny i urządzenia pozyskać w Polsce i na rynkach międzynarodowych, a następnie dostarczyć na plac budowy środkami transportu morskiego i lądowego. Część sprzętu zostanie wypożyczona na rynku miejscowym”, „Rozważamy też pozyskiwanie niektórych materiałów na rynkach zagranicznych”.

Z uwagi na to, że odpowiedzi wykonawcy nie rozwiały wszystkich wątpliwości, zamawiający pismem z dnia 08.05.2020 r. wezwał wykonawcę do uszczegółowienia i doprecyzowania wyjaśnień. W odpowiedzi na powyższe, wykonawca w piśmie z dnia 15.05.2020 r., również, w ocenie zamawiającego, nie przedstawił w sposób wyczerpujący i jednoznaczny odpowiedzi na pytania i wątpliwości zamawiającego, tj. m.in.:

1.W odpowiedzi na pytanie nr 1a: „Co wykonawca rozumie przez stwierdzenie: „Zasoby kadrowe będą miały przede wszystkim charakter lokalny”, wykonawca wyjaśnił jedynie, że będą to osoby zrekrutowane w Polsce. Wykonawca nie opisał jednak np. w jaki sposób, według jakich warunków, w jakich terminach zostanie przeprowadzona przedmiotowa rekrutacja.

2.W odpowiedzi na pytanie nr 1b: „Jakie potwierdzone zobowiązania dla zapewnienia zasobów kadrowych niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, wraz ze wskazaniem stanowisk, specjalizacji i kwalifikacji, posiada wykonawca” wykonawca w sposób ogólny wskazał, że ma potwierdzone pisemne zapewnienie zasobów kadrowych wymaganych przez zamawiającego w ramach ww. warunku udziału w postępowaniu. W pozostałym zakresie odpowiednie informacje, co do zasobów kadrowych będą przedstawione zamawiającemu na poszczególnych etapach realizacji zamówienia. Wykonawca nie przedstawił w tym zakresie żadnych innych konkretnych informacji odnoszących się do posiadania przez niego pozostałego zasobu kadrowego przy pomocy, którego ma zostać zrealizowane zamówienie.

3.W odpowiedzi na pytanie nr 1e: „czy przedstawiony w Załączniku nr 1 do przedmiotowego pisma „Wykaz sprzętu” jest wystarczający i zdaniem Wykonawcy zapewni sprawną, należyłą i terminową realizację Kontraktu? Prosimy o podanie uzasadnienia”, wykonawca wskazał, że „przedstawił Zamawiającemu wykaz sprzętu mający jedynie charakter wstępny poglądowy”. Wykonawca w swojej odpowiedzi nie podał jednak żadnego uzasadnienia w ww. zakresie, wykonawca nie zajął również stanowiska, co do tego jaka ilość sprzętu jest ilością, która umożliwi sprawną, należyłą i terminową realizację Kontraktu.

4.W odpowiedzi na pytanie nr 4: „czy Wykonawca posiada rozpoznane źródła dostaw materiałów budowlanych i ich dostępność do realizacji przedmiotowego zamówienia? Prosimy o wskazanie tych źródeł, sposobu dostępności (np. przez nabycie praw, koncesji) oraz ilości dostępnych w poszczególnych okresach realizacji”, wykonawca wprawdzie wskazał, że posiada rozpoznane źródła dostaw materiałów budowlanych i ich dostępność ale nie udzielił odpowiedzi na temat źródeł dostaw, sposobu dostępności (np. przez nabycie praw, koncesji) oraz ich ilości dostępnych w poszczególnych okresach realizacji. Odpowiedź ograniczała się jedynie do ogólnego potwierdzenia bez przedstawienia żadnych dowodów w przedmiotowym zakresie.

5.W odpowiedzi na pytanie nr 7: „w jakim terminie Wykonawca zamierza uzyskać stosowne decyzje/pozwolenia, umożliwiające realizację wytwórni mieszanek mineralno- asfaltowych? Prosimy również o wskazanie koniecznych decyzji/pozwoleń w tym zakresie”, wykonawca z jednej strony wyjaśnia, że planuje zrealizować własną mobilną wytwórnię mieszanek mineralno-asfaltowych na terenie budowy, jednocześnie wskazując, że powyższa opcja jest opcją preferowaną a wykonawcy są także znane inne sposoby realizacji wytwórni, zlokalizowanej jak najbliżej placu budowy. Wykonawca nie podał jednak żadnych innych szczegółów na temat sposobów realizacji wytwórni oraz nie zadeklarował ostatecznie, jakie założenia w tym zakresie zostały przyjęte na etapie przygotowania oferty.

W ocenie zamawiającego tego typu odpowiedzi wykonawcy, winny zostać uznane, jako pozorne i *de facto* nie

zawierające żadnej merytorycznej treści. Nie można bowiem uznać za merytoryczną odpowiedź udzielenie jedynie ogólnych informacji typu: „pozyskać maszyny w Polsce i na rynkach międzynarodowych”, „dostarczyć środkami transportu morskiego i lądowego”, „miejsca zlokalizowane w obrębie Placu Budowy lub poza Placem Budowy”.

Analizując udzielone przez wykonawcę odpowiedzi zamawiający stanął na stanowisku, że wykonawca nie tylko ni udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił, że podjęcie się realizacji tak istotnej i specyficznej inwestycji, jaką jest przedmiotowe zamówienia, zostało poprzedzone przez wykonawcę szeregiem działań i przygotowań związanych

z zapewnieniem odpowiedniego zaplecza kadrowego, sprzętowego, bazy podwykonawców, strategii logistycznej, mających niewątpliwie kluczowe znaczenie dla prawidłowej i terminowej realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe oznacza, iż przedłożona zamawiającemu oferta została przygotowana bez uwzględnienia wszystkich okoliczności jakie mają wpływ na realizację przedmiotu zamówienia. To z kolei poddaje w sposób zasadniczy w wątpliwość realną możliwość realizacji zamówienia, co do zakresu, jakości, sposobu warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zapewniającym jego prawidłową i terminową realizację zgodnie z wymaganiami s.i.w.z. Udzielone przez wykonawcę wymijające i zdawkowe odpowiedzi nie mogą być w ocenie zamawiającego uznane za potwierdzenie posiadania przez wykonawcę wymaganych kwalifikacji i potwierdzenie rzetelności złożonej przez wykonawcę oferty. W odpowiedziach przedstawionych na wezwanie zamawiającego brakuje konkretnych informacji na temat tego jakie dokładnie i w jakiej ilości zasoby sprzętowe zamierza wykonawca skierować do realizacji przedmiotu zamówienia, w jaki sposób wykonawca zorganizuje i zapewni dostępność odpowiedniego zaplecza sprzętowego, materiałowego i laboratoryjnego celem sprawnego zrealizowania przedmiotowego zadania, czy i w jaki sposób wykonawca uwzględnił realną dostępność wszystkich zasobów osobowych przeznaczonych do realizacji niniejszego zamówienia (np. czy i kiedy wykonawca przeprowadził odpowiednią rekrutację, czy posiada odpowiednie zaplecze kadrowe w tym zakresie czy porozumiał się z potencjalnymi podwykonawcami jakich zamierza zaangażować do realizacji przedmiotu zamówienia itp.). Udzielone przez wykonawcę odpowiedzi były odpowiedziami bardzo lakonicznymi, które w najmniejszym zakresie nie rozwiązywały wątpliwości zamawiającego dotyczących faktycznej zdolności wykonawcy, co do realizacji przedmiotu zamówienia. Co więcej wykonawca zastrzegł, że odpowiada na pytania „informacyjnie”, a „udzielone odpowiedzi nie mogą mieć negatywnego wpływu na sytuację Wykonawcy w Postępowaniu”. Oznacza to, że wykonawca nawet udzielonych przez siebie lakonicznych informacji nie uważa za wiążące i nie chce ponosić za nie żadnej odpowiedzialności. Sam wykonawca przyznał tym wyjaśnieniom niewielką wartość merytoryczną, gdyż „w dużej mierze przedstawiane informacje mają charakter planów i koncepcji, które będą dopiero podlegać opracowaniom, uzgodnieniom oraz aktualizacjom w toku realizacji umowy (w tym na etapie projektowania) oraz będą weryfikowane przez Zamawiającego w ramach należytego wykonania umowy (a nie w ramach oceny treści oferty)”.

Fakt, iż inwestycja realizowana jest w formule „zaprojektuj i zbuduj” nie ma charakteru rozstrzygającego: różny jest, oczywiście, stopień szczegółowości rozwiązań technicznych jakie wykonawca powinien przyjąć na etapie składania ofert, jednak zamawiający nie pytał o przyjęte rozwiązania techniczne, lecz organizacyjne i inne, co do których należy oczekiwać, że wiarygodny i rzetelny wykonawca jest w stanie je opisać.

Zamawiający wskazał, iż dodatkowym źródłem wątpliwości zamawiającego, co do faktycznej zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, jest pandemia COVID-19, która przerwała globalne łańcuchy dostaw, uniemożliwiła transgraniczne przemieszczanie się pracowników i zablokowała całe sektory gospodarek w wielu krajach. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem wykonawcy, iż „zaistniały stan epidemii COVID-19 nie może stanowić okoliczności, przez pryzmat której Zamawiający będzie dokonywał oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia,” ani z jego twierdzeniem jakoby „związane z tą okolicznością ograniczenia dotyczyły wszystkich uczestników obrotu”.

W tym miejscu zamawiający zwrócił uwagę na zapisy s.i.w.z. TOM II Rozdział 2, SWK subklauzula 6.7, z treści której wynika, że: „w razie wybuchu epidemii Wykonawca zastosuje się do przepisów, zarządzeń i innych wymogów wydanych przez administrację rządową lub lokalne władze sanitarno-epidemiologiczne, zapewniając w ten sposób odpowiednie postępowanie w czasie epidemii i przyczyniając się do jej zwalczenia”.

Aktualnie trwają inwestycje w ramach Program Budowy Dróg Krajowych na lata 2014-2023 oraz Krajowego Programu Kolejowego do 2023 roku, a miliardy złotych już są zaangażowane w budowy, firmy budowlane mają podpisane kontrakty i szansę zdobycia kolejnych. W tym kontekście, brak osób do pracy w budownictwie jest jedną z bardziej dokuczliwych barier w działalności firm budowlanych. W marcu 2020 r. został opublikowany „Raport z badania sektora budowlanego

2019" przeprowadzonego przez Bank Gospodarstwa Krajowego we współpracy z czterema wiodącymi organizacjami branży budowlanej. Z ww. Raportu wynika m.in., że firmy wykonawcze muszą mierzyć się z niedoborami kadrowymi - „Prawie 70% badanych firm doświadczyło w ciągu ostatniego roku kalendarzowego problemów związanych z pozyskaniem nowych i/lub odpływem już zatrudnionych pracowników, przede wszystkim specjalistów i pracowników niewykwalifikowanych.”. Ponadto firmy budowlane realizujące kontrakty w Polsce zgłaszają duży problem w pozyskaniu podwykonawców, którzy również borykają się z deficytem pracowników. W odpowiedzi na to firmy budowlane w Polsce, chcąc uniknąć ryzyka związanego z brakiem potencjału u podwykonawców, uruchamiają duże programy zatrudniania pracowników fizycznych bezpośrednio u siebie.

W ocenie zamawiającego, jest bardzo mało prawdopodobne, aby wykonawca, który nie jest w stanie wykazać, że posiada faktyczne przygotowanie organizacyjne do realizacji przedmiotu zamówienia, w tym przede wszystkim zaplecze kadrowe, sprzętowe, bazę podwykonawców robót, usługodawców i dostawców, był w stanie w krótkim czasie zatrudnić wymagany personel i zorganizować zasoby sprzętowe i materiałowe w taki sposób, który umożliwi prawidłową i terminową realizację Kontraktu. Nie ulega również wątpliwości, że sytuacja wykonawcy jest o wiele trudniejsza niż sytuacja wykonawców funkcjonujących już od pewnego czasu na danym rynku lub wykonawców lokalnych, z uwagi na brak posiadania relacji rynkowych, jak również brak wypracowanej i sprawdzonej na danym rynku strategii logistycznej stanowiącej kluczowy czynnik dla prawidłowej i terminowej realizacji zamówienia. Nie ulega także wątpliwości, że zamiar realizacji inwestycji o tak szerokim zakresie i stopniu skomplikowania, jakim jest przedmiotowe zamówienie, wiąże się z koniecznością podjęcia całego szeregu działań i czynności przygotowawczych, które winny zostać podjęte z dużym wyprzedzeniem, a nie dopiero na etapie realizacji Kontraktu, na co jednoznacznie wskazują udzielone przez wykonawcę odpowiedzi.

Zamawiający stwierdził, że ze składanych wyjaśnień wyłania się obraz wykonawcy, który być może dysponuje bliżej nieokreślonym i nieznanym zamawiającemu potencjałem, lecz nie może być uznany za podmiot mający kwalifikacje niezbędne do wykonania przedmiotowego zamówienia. Wykonawca nie wykazał, w jaki sposób relokuje swój potencjał wykonawczy na teren realizacji zadania lub w jaki inny sposób zorganizuje budowę na miejscu.”.

Uzasadniając podstawę do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający podał, iż „(...) Wykonawca oprócz wyjaśnienia kwestii organizacyjnych był także wzywany przez Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie zaś z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z 12 marca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 418/20, 419/20 i 420/20 „W ocenie Izby wyjaśnienia treści oferty składane na niezakwestionowane wezwanie zamawiającego wystosowane w toku badania oferty, wiążą odwołującego na równi z treścią pierwotnie złożonej oferty i winny być traktowane analogicznie jak treść złożonej oferty”. Nie jest więc prawdą, wbrew twierdzeniom wykonawcy, że wyjaśnienia składane na wezwanie w trybie art. 22d ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp mogą być składane jedynie informacyjnie i nie pociągają za sobą dalszych konsekwencji prawnych. Brak wyjaśnień lub lakoniczne wyjaśnienia uzasadniają jedynie wątpliwości zamawiającego, co do uwzględnienia w treści oferty wszelkich wymagań s.i.w.z. i okoliczności gwarantujących należyte wykonanie zamówienia, a także budzą dalsze wątpliwości, co do tego, czy wykonawca przygotował ofertę w warunkach uczciwej konkurencji i czy daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Przedmiot zamówienia obejmuje zaprojektowanie i budowę drogi ekspresowej S1 na odcinku od węzła „Kosztowy II” (z węzłem) w Mysłowicach do węzła „Oświęcim” (bez węzła), od km 0+000 (dowiązanie się do istniejącej drogi S1) do km 12+865 długości około 12,9 km. W zakres zamówienia wchodzi wykonanie wszystkich niezbędnych prac do prawidłowego funkcjonowania drogi ekspresowej, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz Zarządzeniami Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad wskazanym w PFU. Zgodnie z powyższym w ramach Kontraktu wykonawca będzie miał obowiązek zaprojektować i wykonać w szczególności: (...). Przy tak skomplikowanym i szerokim zakresie przedmiotu zamówienia, zamawiający ma prawo oczekiwać, że wykonawca już na etapie przygotowania i składania oferty uwzględni wszystkie istotne elementy dotyczące warunków i sposobu wykonania przedmiotu zamówienia oraz potrafi oszacować wszelkie ryzyka związane z jego realizacją, zgodnie z wymogami zawartymi w s.i.w.z. Powyższe powinno znaleźć swoje odzwierciedlenie zarówno w treści złożonej przez wykonawcę oferty jak i udzielanych zamawiającemu odpowiedziach na zadawane w toku postępowania pytania.

W s.i.w.z., TOM I (IDW) pkt. 5.1 zamawiający wskazał jednoznacznie: „Zakres przedmiotu zamówienia, obejmuje wykonanie wszystkich niezbędnych prac do prawidłowego funkcjonowania drogi ekspresowej, zgodnie z obowiązującymi

przepisami prawa oraz Zarządzeniami Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad. Wykonawca wykona wszystkie niezbędne opracowania projektowe, uzyska w imieniu i na rzecz Zamawiającego konieczne opinie, warunki techniczne, wszelkie uzgodnienia, pozwolenia, zezwolenia, decyzje i zgody niezbędne dla wykonania Kontraktu zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego i Warunkami Kontraktu, wykonana roboty budowlane i uzyska w imieniu j na rzecz Zamawiającego decyzje o pozwoleniu na użytkowanie.”. „Realizacja zamówienia podlega prawu polskiemu, w tym w szczególności ustawie Prawo budowlane, ustawie Kodeks cywilny i ustawie Prawo zamówień publicznych. Wykonawca będzie zobowiązany do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z prawem polskim, w szczególności z przepisami techniczno-budowlanymi, przepisami dotyczącymi samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz przepisami dotyczącymi wyrobów, materiałów stosowanych w budownictwie.”. Z kolei z Subklauzuli 5.1 w s.i.w.z., TOM II Rozdział 5 SWK wynika, że „Wykonawca jest zobowiązany do zapoznania się z Wymaganiami Zamawiającego i dokładnego zbadania czy Wymagania Zamawiającego (włącznie z kryteriami projektowania i obliczeniami, jeśli są) są prawidłowe i wystarczające do zaprojektowania i wykonania prac oraz Robót zgodnie z Kontraktem”.

W tym stanie rzeczy, zdaniem zamawiającego, aktualna jest teza wyrażona przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 14.08.2014 r., sygn. akt: KIO 1543/14 - „Niezgoda treści oferty z siwz przejawia się nie tylko bowiem w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, ale również w sposobie opisanego, przyjęcia założeń, warunków i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i inne interesy zamawiającego”.

Uwzględniając powyższe, punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie przez wykonawcę jej wymagań w danym postępowaniu. W ocenie zamawiającego, stan faktyczny sprawy jednoznacznie wskazuje, że wykonawca nie udzielił wyjaśnień, które rozwiewałyby wątpliwości zamawiającego, co do przyjętych założeń, warunków i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Przedstawione przez wykonawcę informacje stanowią w większości wyłącznie powtórzenie wymagań określonych w dokumentacji przetargowej i jako takie nie wnoszą wartości dodanej. Świadczą w ocenie zamawiającego o braku starannego, profesjonalnego przygotowania do realizacji przedmiotu zamówienia przez wykonawcę. Dowodząc, że składając ofertę wykonawca nie dysponował danymi niezbędnymi do złożenia odpowiedzialnej i rzetelnej oferty. Oceniając zaistniały stan faktyczny, należy mieć na uwadze, również następujące okoliczności faktyczne:

- wykonawca nie potrafił wskazać podwykonawców (poza biurem projektowym), choć zadeklarował, że wszystkie roboty nie zastrzeżone do osobistego wykonania zamierza podzlecić podwykonawcom - (niewątpliwie wskazanie takich informacji istotnie uwiarygodniłoby faktyczne i profesjonalne przygotowanie wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia).

- wykonawca nie tylko nie potrafił wskazać kluczowego personelu (poza kierownikiem budowy), pomimo, że deklarował zatrudnienie szeregu wysoko wykwalifikowanych osób, ale nie potrafił również w żaden sposób nawet opisać sposobu pozyskania tego personelu.

- wykonawca w praktyce nie dysponuje żadnym potencjałem technicznym, który mógłby zostać użyty do realizacji zamówienia (gdyż cały sprzęt zamierza pozyskać w przyszłości). Wykonawca nie zna lub nie chce ujawnić źródeł zaopatrzenia w kluczowe materiały, nie wie czy wybuduje wytwórnię masy, czy kupi istniejącą, co potwierdza treść złożonych wyjaśnień, np. „Wykonawca planuje najważniejsze maszyny i urządzenia pozyskać w Polsce i na rynkach międzynarodowych, a następnie dostarczyć na plac budowy środkami transportu morskiego i lądowego”, „Główne materiały budowlane, takie jak kruszywo, cement, stal zbrojeniowa, asfalt drogowy, paliwa, itp., Wykonawca zamierza kupować od miejscowych, kwalifikowanych dostawców. Rozważamy też pozyskiwanie niektórych materiałów na rynkach zagranicznych”. Z uwagi na to, że Wykonawca nie udzielił jednoznacznych, wyczerpujących wyjaśnień, tym samym nie potwierdził zgodności oferty z treścią s.i.w.z.. Wobec powyższego oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.”.

Zamawiający prowadzi postępowanie na „Budowę drogi S1 Kosztowy - Bielsko-Biała. Odcinek I węzeł „Kosztowy II” (z węzłem) - węzeł „Oświęcim (bez węzła)”.

Zgodnie z treścią s.i.w.z., w treści ustalonej na dzień upływu terminu składania ofert, zamawiający w celu ubiegania się o zamówienie wymagał spełnienia następujących warunków udziału w postępowaniu (tom I („IDW”) (rozdział I ust. 7

s.i.w.z. oraz odpowiadające mu pkt. III.1.2- III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu):

- 1)średni roczny przychód za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres (na podstawie „Rachunku zysków i strat” pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”) w wysokości nie mniejszej niż 280 mln PLN,
- 2)posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 80 mln PLN,
- 3)wiedza i doświadczenie 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:
 - a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowych o wartości robót, co najmniej 200 mln PLN netto,
 - b) 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu, co najmniej 50 m, mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu.
- 4)dysponowanie jedną osobą proponowaną do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, posiadającą minimum 12 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowych o wartości robót, co najmniej 200 mln PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 4 km lub Kierownika Robót Mostowych dla, co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz długości całkowitej obiektu, co najmniej 50 m, mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu lub Inżyniera Rezydenta lub Inżyniera Kontraktu.

Powyżej przytoczone postanowienia s.i.w.z. określają wszystkie warunki w rozumieniu art. 22 ustawy Pzp, stawiane wykonawcom w ramach przedmiotowego postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza oceniając zasadność podniesionych przez odwołującego zarzutów odwołania, pozostając jednocześnie w granicach zarzutów postawionych przez odwołującego w odwołaniu dzieląc, jako prawidłowe i zasadne stanowisko prezentowane przez odwołującego stwierdziła, co następuje.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, stanowi, iż 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.

Przepisy art. 22d ust. 2 i 3 stanowią, iż zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia (2) oraz w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. W takim przypadku zamawiający może wymagać od wykonawców wskazania w ofercie lub we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu imion i nazwisk osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia wraz z informacją o kwalifikacjach zawodowych lub doświadczeniu tych osób (3).

Krajowa Izba Odwoławcza oceniając podstawę wykluczenia wykonawcy w oparciu o przesłankę z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 3 ustawy Pzp, stwierdziła, że powołany przez zamawiającego przepis (art. 22d ust. 3) wprost koresponduje do art. 22 ust. 1-1b oraz art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, na co wskazuje treść omawianego przepisu, który w zdaniu 2 wprost odsyła do możliwości żądania przez zamawiającego od wykonawców do wskazania w ofercie określonych informacji. cyt. „W takim przypadku zamawiający może wymagać od wykonawców wskazania w ofercie lub we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu imion i nazwisk osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia wraz z informacją o kwalifikacjach zawodowych lub doświadczeniu tych osób.”. Powyższe informacje mogą dotyczyć zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia (zdanie 1 omawianego przepisu). Tym samym przepis ten stanowi niejako generalną wytyczną dla zamawiającego dotyczącą obszaru zainteresowania zamawiającego względem możliwości oceny przyszłego wykonawcy. Doprecyzowanie tej ogólnej normy stanowią przepisy art. 22 ust. 1-1b oraz powiązany z tym przepisem art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w myśl których zamawiający na etapie opracowywania warunków udziału w postępowaniu wyraża swoje oczekiwania, co do zdolności wykonawcy, który wyrazi chęć udziału w postępowaniu. Co

istotne wyrażenie tej woli (opracowanie warunków udziału w postępowaniu) musi nastąpić przed terminem składania ofert (s.i.w.z. + ogłoszenie o zamówieniu). Tym samym art. 22d ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, jakie wymogi w zakresie personelu wykonawcy zamawiający może postawić w s.i.w.z. lub w ogłoszeniu o zamówieniu, nie zaś dopiero po upływie terminu składania ofert. Następnie wyciąganie negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy w oparciu o zdolności podmiotowe nieujawnione przez zamawiającego w treści s.i.w.z. oraz ogłoszenia o zamówieniu nie mogą następnie być podstawą do wykluczenia wykonawcy, który takich informacji zamawiającemu nie przekazał. Dlatego też Izba stwierdziła, że wykluczenie odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 3 ustawy Pzp, było czynnością wadliwą, niezajdującą oparcia w przywołanych przepisach.

Krajowa Izba Odwoławcza oceniając czynność zamawiającego polegającą na wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 2 ustawy Pzp stwierdziła, że brak było podstaw prawnych, po stronie zamawiającego do dokonania takiej czynności. Tym samym Izba stwierdziła, że czynność zamawiającego była wadliwa, niezajdującą oparcia w omawianym zakresie. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawiają następujące argumenty.

Aby prawidłowo odczytać hipotezę normy prawnej opisanej tym przepisem (art. 22d ust. 2 ustawy Pzp) zwrócić należy uwagę na literalne brzmienie omawianego przepisu, który stanowi, iż „Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności (...)”.

Regulacja powyższa stanowi implementację do polskiego porządku prawnego art. 58 ust. 4 akapit zd. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna), stanowiącego, iż: instytucje zamawiającego mogą w szczególności wymagać, aby wykonawcy mieli wystarczający poziom doświadczenia wykazany odpowiednimi referencjami dotyczącymi zamówień wykonanych wcześniej. Instytucja zamawiająca może uznać, że dany wykonawca nie ma wymaganych zdolności zawodowych, jeżeli ustaliła, że wykonawca ma sprzeczne interesy, które mogą mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Art. 58 ust. 5 dyrektywy wskazuje, że instytucje zamawiające wskazują, w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania, wymagane warunki udziału, które mogą być wyrażone, jako minimalne poziomy zdolności, wraz z odpowiednimi środkami dowodowymi. Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 23 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 42/20: „Niedopuszczalnym jest na etapie prowadzenia oceny ofert dokonywanie wykładni rozszerzającej postawionych warunków udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Warunki muszą być interpretowane ściśle, bez dokonywania, jakichkolwiek wykładni warunków.”. Podobne stanowisko Izba przyjęła w orzeczeniach: wyrok KIO z dnia 2018-09-14, KIO 1441/18, KIO 1462/18, wyrok KIO z dnia 28 października 2019 r. KIO 2071/19, wyrok KIO z dnia 2020-05-28, KIO 805/20, wyrok KIO z dnia 2020-02-03, KIO 105/20, wyrok KIO z dnia 2018-01-11, KIO 2709/17, wyrok KIO z dnia 2018-12-11, KIO 2281/18, KIO 2286/18, KIO 2291/18, wyrok KIO z dnia 2020-02-14, KIO 197/20, wyrok KIO z dnia 2018-09-14, KIO 1441/18, KIO 1462/18, wyrok KIO z dnia 2018-06-20, KIO 1104/18.

Wskazać zatem należy, iż ustawodawca podkreślił, że zamawiający może uznać, że wykonawca nie posiada określonych zdolności, ale tylko takich, których zamawiający wymagał. Skoro przepis odnosi się do wymagań zamawiającego, to winny one zostać wprost wskazane w dokumentacji zamawiającego. Izba stoi na stanowisku, iż kreowanie przez zamawiającego dodatkowych okoliczności stanowiących podstawę wykluczenia, z pominięciem tych opisanych i wymaganych przez zamawiającego w s.i.w.z. oraz ogłoszeniu o zamówieniu stoi w sprzeczności z treścią omawianego przepisu i jest niedopuszczalne. Nadto w odniesieniu do tych właśnie wymaganych zdolności, zamawiający zobowiązany jest wykazać, że mogą mieć one negatywny wpływ na realizację zamówienia. Wszelkie inne okoliczności, na które powołuje się zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie mogą mieć znaczenia w kontekście braku postawienia wymagań przez zamawiającego w s.i.w.z. W szczególności zamawiający nie sformułował warunku zdolności technicznej w zakresie usług projektowania, zatem nie może powołując się na zaangażowanie w inne przedsięwzięcia, na podstawie art. 22d ust. 2 ustawy Pzp, kwestionować zdolności wykonawcy w tym zakresie.

Dlatego też Izba stanowczo stoi na stanowisku, że czynność zamawiającego, kreująca *de facto* nowe warunki udziału w postępowaniu, po terminie składania ofert, jest niedopuszczalna i stoi w sprzeczności z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp.

Izba nie kwestionuje możliwości badania przez zamawiającego zdolności wykonawcy na każdym etapie postępowania, tym bardziej, że postępowania prowadzone przez zamawiającego charakteryzują się długim okresem od momentu

wszczęcia postępowania do chwili podpisania umowy. Ten długi czas z pewnością ma znaczenie dla bytu takiego wykonawcy w postępowaniu albowiem, może się okazać, że w tzw. „międzyczasie” mogą wystąpić nieprzewidziane wcześniej zdarzenia, które faktycznie mogą uniemożliwić takiemu wykonawcy prawidłową realizację danego zamówienia. W szczególności może się okazać, że pozyskanie przez wykonawcę innych zamówień, kontraktów, uszczupli jego potencjał osobowo-kadrowy czy techniczno-sprzętowy, który w kontekście realizacji tego zamówienia nie będzie wystarczający lub będzie rodził daleko idące wątpliwości, co do rzetelności i możliwości jego terminowej realizacji. Jednakże, co istotne, to na zamawiającym spoczywa obowiązek udowodnienia (wykazania), że takie okoliczności wystąpiły.

Krajowa Izba Odwoławcza, stoi na stanowisku, że wymagania zamawiającego względem wykonawców muszą być uwidocznione w s.i.w.z. i tylko na ich podstawie zamawiający może dokonywać oceny zdolności wykonawcy

Niemniej Izba zauważa, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający odniósł się jedynie do okoliczności związanych z wykazaniem przez odwołującego potencjału przyszłego podwykonawcy, którego potencjalnie zamierza wykorzystać odwołujący do realizacji prac projektowych, czyli pierwszego etapu realizacji zamówienia. W tym zakresie zamawiający złożył w poczet materiału dowodowego wykaz robót (24 zadania), w realizację których jest obecnie zaangażowany zgłoszony podwykonawca. Jednakże Izba stwierdziła, że wykaz ten nie może być brany pod uwagę w całości, albowiem w informacji o wykluczeniu odwołującego, zamawiający powołał się tylko na 9 zadań (okoliczność stanowiąca jedną z podstaw wykluczenia), i tylko w tym zakresie Izba dokonała oceny czynności zamawiającego. Izba za wiarygodny i determinujący rozstrzygnięcie omawianego zarzutu uznała dowód zgłoszony przez odwołującego (przy odwołaniu), tj. oświadczenie podwykonawcy, który oświadczył m.in., iż zatrudnia bardzo duży zespół projektantów (ponad 120 osób), posiada ok. 40 letnie doświadczenie w realizacji projektów infrastrukturalnych, które jak do tej pory wykonał prawidłowo i w terminie, oraz że wykonanie innych zadań nie wpłynie negatywnie na realizację przedmiotowego zadania w zakresie projektowania. Następnie podwykonawca odniósł się do przedsięwzięć wskazanych przez zamawiającego w informacji o wykluczeniu podając, iż większość z nich zostało zakończonych lub jest blisko zakończenia. Tym samym Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał, po pierwsze jakie zaangażowanie, a po drugie w jakich zadaniach (przedsięwzięciach gospodarczych) odwołujący uczestniczy, które to okoliczności mogą mieć negatywny wpływ na realizację przedmiotowego zamówienia.

Mając na względzie powyższą interpretację przepisu art. 22d ust. 2 ustawy Pzp, Izba odmówiła przeprowadzenia pozostałych wnioskowanych dowodów złożonych przez odwołującego i przystępującego, stwierdzając, iż nie są one istotne dla rozstrzygnięcia odwołania.

Za całkowicie bezprawną należy uznać czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego odwołał się do treści wyjaśnień składanych przez odwołującego w toku badania złożonej oferty wskazując, iż odwołujący „(...) nie udzielił wyjaśnień, które rozwiewałyby wątpliwości zamawiającego, co do przyjętych założeń, warunków i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia”. Ponadto zamawiający wskazał, iż „Wykonawca nie potrafił wskazać podwykonawców (poza biurem projektowym) (...)”, „Wykonawca nie tylko nie potrafił wskazać kluczowego personelu (...) ale nie potrafił również w żaden sposób nawet opisać sposobu pozyskania tego personelu”, „Wykonawca w praktyce nie dysponuje żadnym potencjałem technicznym (...)”.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż zgodnie z obowiązującymi przepisami, zamawiający ma możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp). Procedura określona tym przepisem odnosi się do możliwości wyjaśniania przez zamawiającego treści zawartych w złożonej przez wykonawcę oferty, co oznacza, że zamawiający nie ma uprawnienia do żądania od wykonawcy wyjaśnień innych niż te, które wprost wynikają z treści oferty.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku o sygn. akt KIO 1358/15, iż „Z zasady związania postanowieniami SIWZ płynie wniosek, że ani wykonawca nie ma obowiązku oferowania świadczenia o cechach wykraczających poza sformułowany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, ani też zamawiający nie może oceniać ofert pod kątem spełniania przez nie wymagań, które nie były wyraźnie i wprost wyartykułowane w SIWZ”.

Zgodnie natomiast z pkt 14.5. s.i.w.z., ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz niżej wymienione wypełnione dokumenty:

- 1) Wykaz płatności (Tom IV s.i.w.z.),
- 2) Formularz „Kryteria pozacenowe”.

Formularz „Oferta” stanowiący załącznik nr 2.1. do s.i.w.z. nie zawiera żadnych szczegółowych wymagań dotyczących np. opisanie sposobu realizacji zamówienia, konieczności wymienienia z nazwy przewidywanych podwykonawców, czy też obowiązku wymienienia kluczowego personelu oraz wskazania potencjału technicznego wykonawcy. Formularz ten zawiera jedynie ogólne oświadczenia, jakie mają złożyć wykonawcy, np. „Składamy ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia dla niniejszego postępowania (SIWZ)” (pkt 1), „Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz wyjaśnieniami i zmianami SIWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznajemy się za związanych określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania” (pkt 2), „Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z Warunkami Kontraktu, określonymi w SIWZ i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, na warunkach określonych w SIWZ, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego” (pkt 11).

Izba podziela poglądy prezentowane przez Krajową Izbę Odwoławczą, w wyrokach powołanych przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty, jednakże oceniając stan faktyczny przedmiotowej sprawy należy mieć na względzie okoliczności związane z informacjami, jakich żądał zamawiający od wykonawców, które miały być złożone wraz z ofertą. Skoro bowiem zamawiający żądał złożenia od wykonawców bardzo ogólnych informacji, to w ocenie Izby brak jest możliwości następczego (po złożonych wyjaśnieniach) odrzucenia oferty, w której nie znajdują się informacje mogące być przedmiotem wyjaśnień. Na podkreślenie zasługuje również fakt, iż charakter zamówienia, jego formuła „Projektuj i Buduj”, która na etapie składania ofert ma charakter bardzo ogólny, wręcz uniemożliwia wykonawcom opisanie w ofercie wszystkich możliwych na tym etapie założeń, które będą przecież dopiero możliwe po „fazie” projektowania. Dopiero po tym etapie, kiedy będą już zatwierdzone wszystkie uzgodnienia i będzie opracowany projekt wykonawczy, wykonawcy będą w stanie ustalić, jaki potencjał osobowo-techniczny będzie konieczny do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Wyciąganie przez zamawiającego negatywnych konsekwencji względem odwołującego na tym etapie postępowania, wobec ogólności żądanych oświadczeń (z formularza oferty) nie może się ostać.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach: KIO 2225/16, KIO 2226/16, KIO 2229/16, KIO 2230/16, KIO 583/18 wskazała iż „w treści s.i.w.z. zamawiający nie wymagał od wykonawców podawania i opisywania w ofercie rozwiązań technicznych i materiałów, jakie zamierzają zastosować w trakcie wykonywania niniejszego zamówienia”. „Złożone na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia służyły wyłącznie zobrazowaniu przyjętych wstępnie do oferty założeń, które należy odczytywać zgodnie z ich intencją, wyłącznie jako robocze. (...) Gotowe i kompleksowe rozwiązania wykonawcy będą zobowiązani przedstawić do zatwierdzenia zamawiającemu dopiero na właściwym etapie realizacji umowy”.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w swojej treści nie odnosi się do treści wyjaśnień składanych przez wykonawcę, ale literalnie wskazuje na brzmienie oferty w korelacji z treścią s.i.w.z. Zobowiązanie to, tylko w takim zakresie, w jakim zostało wyrażone i opisane w ofercie, będzie mogło zostać ocenione pod względem jego zgodności z s.i.w.z., nie ma bowiem żadnej innej, domniemanej i dodatkowej treści oferty, niż wyrażona na piśmie i złożona zgodnie z art. 82 Pzp zamawiającemu (wyrok KIO 2225/16, KIO 2226/16, KIO 2229/16, KIO 2230/16 oraz wyrok SO w Warszawie z dnia 19.10.2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1392/18, wskazujący, że treść koncepcji realizacji złożonej w toku postępowania przetargowego, ale wymaganej wg s.i.w.z. dopiero na etapie realizacji umowy nie może stanowić podstawy dyskwalifikacji wykonawcy).

Dlatego też Izba stwierdziła, że czynność zamawiającego, dotycząca odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w powołaniu się na treść wyjaśnień nieznajdujących swojej podstawy w odniesieniu do treści złożonej oferty, uznać należało za bezprawną.

Tym samym, biorąc powyższe rozważania pod uwagę, za zasadny Izba uznała zarzut odwołującego dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem w ocenie Izby, zamawiający nie wykazał jakich warunków udziału w postępowaniu odwołujący nie spełnił (nie wykazał), jakie przedsięwzięcia odwołującego, w które jest zaangażowany odwołujący uniemożliwiłyby mu prawidłową realizację

zamówienia oraz nie wskazał, która część oferty w odniesieniu do jakich postanowień s.i.w.z. jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący:

Członkowie: