**Sygn. akt: KIO 1983/18**

**WYROK**
**z dnia 17 października 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska**
**Anna Osiecka**
**Anna Packo**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 października 2018 r. przez wykonawcę: **TPF Sp. z o.o. 03-236 Warszawa, ul. Annopol 22**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad 00-874 Warszawa, ul. Wronia 53**, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad oddział w Katowicach 40-017 Katowice, ul. Myśliwska 5

przy udziale wykonawcy **ZBM Inwestor Zastępczy S.A. 02-315 Warszawa, ul.**

**Jagiellońska 88**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1.**oddala odwołanie,**

2.kosztami postępowania w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego **TPF Sp. z o.o. 03-236 Warszawa, ul. Annopol 22**, i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – **TPF Sp. z o.o. 03-236 Warszawa, ul. Annopol 22**, tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od Odwołującego – **TPF Sp. z o.o. 03-236 Warszawa, ul. Annopol 22** na rzecz zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad 00-874 Warszawa, ul. Wronia 53** kwotę **3 600 zł 00 gr**
(słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący: ……**

**……**

**……**

**Sygn. akt: KIO 1983/18**

**U z a s a d n i e n i e**

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa autostrady A1 koniec obw. Częstochowy -Tuszyn, odcinek E gr. woj. łódzkiego –węzeł Rząsawa (bez węzła)", Numer referencyjny: O.KA.D-3.2413.76.2017 (dalej „Postępowanie" lub „Zamówienie") zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2017/S 208-430692 w dniu 28 października 2018 r. przez: **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad 00-874 Warszawa, ul. Wronia 53**, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad oddział w Katowicach 40-017 Katowice, ul. Myśliwska 5 (zwane dalej: „zamawiającym").

W dniu 1 października 2018 r. wykonawca **TPF Sp. z o.o. 03-236 Warszawa, ul. Annopol 22** (zwany dalej „odwołującym") wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) – dalej „ustawa Pzp" czynności podjętych w Postępowaniu polegających na: niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, pomimo iż odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa nie przedstawił informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem w/w przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu obrazę następujących przepisów ustawy Pzp: **Sformatowano:** Wcięcie: Pierwszy wiersz: 1,25 cm

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo iż odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa nie przedstawił informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego;
2. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości poprzez nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
3. dokonania ponownej oceny ofert,
4. wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Podnosząc powyższe odwołujący wskazał, że zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp gdyż, w jego ocenie, przedstawił on w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W uzasadnieniu faktycznym podniósł zarzuty w odniesieniu do dwóch członków personelu odwołującego: pana ~~Artura Furtaka~~A. F. i pana ~~Piotra Rzewuskiego~~P. Rz.

W odniesieniu do osoby proponowanej na stanowisko Specjalisty ds. rozliczeń odwołujący podnosił, że w złożonej w Postępowaniu ofercie, w formularzu w pkt 2.2. Kryteria pozacenowe, podkryterium 2.4 specjalista ds. rozliczeń wskazał pana ~~Artura Furtaka~~A. F. pełniącego tę funkcję od początku realizacji robót do wykonania zadania pn. Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku Konotopa (bez węzła) - Prymasa Tysiąclecia (z węzłem). Zamawiający pismem z dnia 14.03.2018 r., w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wystąpił do odwołującego o wyjaśnienie rozbieżności w nomenklaturze wskazanego stanowiska, zajmowanego przez pana ~~Artura Furtaka~~A. F., albowiem w ofercie odwołujący wskazał, iż zajmował on stanowisko Specjalisty ds. rozliczeń, tymczasem zamawiający posiadał informacje, że pełnił on funkcję asystenta inspektora ds. rozliczeń. Odwołujący, pismem z dnia 21.03.2018 r., wyjaśnił przedmiotową rozbieżność wskazując, iż była to omyłka, zaś pan ~~Artur Furtak~~A. F. pełnił funkcję asystenta Inspektora ds. rozliczeń. Następnie, pismem z dnia 28.08.2018 r., zamawiający na podstawie art. 26. ust 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie dat pełnienia funkcji przez pana ~~Artura Furtaka~~A. F. Odwołujący pismem z dnia 4.09.2018 r. potwierdził pełnienie przez pana ~~Artura~~ FurtakaA. F. funkcji na stanowisku ds. rozliczeń przy realizacji przedmiotowego zadania, początkowo z ramienia konsultanta, a następnie już jako zgłoszony do zamawiającego asystent Inspektora ds. rozliczeń. Na potwierdzenie powyższego (z braku innych dostępnych dokumentów) odwołujący przedstawił oświadczenie Inżyniera Kontraktu (osoby posiadającej stosowne pełnomocnictwa do reprezentowania konsultanta na przedmiotowej inwestycji), potwierdzające, iż pan ~~Artur Furtak~~A. F. pełnił przedmiotową funkcję od lutego 2008 r. do 15.12.2010 r. Odwołujący wskazał też, iż zamawiający nie postawił w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ") dodatkowego wymagania, aby wykonawcy wskazywali wyłącznie personel zgłoszony do zamawiającego. Wymogiem postawionym przez zamawiającego w SIWZ było tylko posiadanie przez danego specjalistę odpowiedniego doświadczenia.

Następnie zamawiający, pismem z dnia 19.09.2018 r., wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt. 17 ustawy Pzp wskazując, iż: z jego ustaleń wynika, że przekazanie placu budowy na ww. zadaniu nastąpiło w dniu 18.02.2008 r., a rozpoczęcie Robót w dniu 19.02.2008 r. Natomiast pan ~~Artur~~A. ~~Furtak~~F. przy realizacji ww. zadania pełnił funkcję Asystenta Inspektora ds. rozliczeń od 08.2009 r. Tym samym pan ~~Artur~~A. ~~Furtak~~F. nie zajmował stanowiska specjalisty ds. rozliczeń, jak oświadczył to wykonawca w Formularzu „Kryteria pozacenowe", lecz pełnił funkcję asystenta Inspektora ds. rozliczeń, jak również funkcja ta nie była pełniona „od rozpoczęcia robót" na przedmiotowym zadaniu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że odnosząc się do wymogu dotyczącego posiadania doświadczenia na stanowisku/ stanowiskach wskazanych precyzyjnie w SIWZ przez zamawiającego zakres obowiązków wpisujący się niejako w pełnienie funkcji na danym stanowisku nie oznacza, że wskazana osoba piastowała dane konkretne stanowisko. Zgodnie bowiem z opisem podkryterium zawartym w pkt 19 IDW - Tom I SIWZ Zamawiający wymagał: ,,Podkryterium 2.3. Specjalista ds. rozliczeń - max. ilość punktów - 3. Doświadczenie przy rozliczaniu zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 7.2.3) b) 4) IDW - Tom I SIWZ) o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 19.1.3.3. IDW - Tom I SIWZ) na stanowisku/ stanowiskach ds. rozliczeń". Odwołujący wskazał w złożonych wyjaśnieniach, iż pan ~~Artur~~A. ~~Furtak~~F. z ramienia konsultanta wykonywał obowiązki na stanowisku ds. rozliczeń we wskazanym kontrakcie, nadzorując ich rozliczanie. Następnie zaś został zgłoszony i zaakceptowany na przedmiotowe stanowisko jako asystent Inspektora ds. rozliczeń. Zamawiający nie zakwestionował powyższego stanu faktycznego, a zatem

należy uznać, że jest on bezsporny pomiędzy stronami. Zamawiający jako podstawę wykluczenia wskazał zarówno pełnioną funkcję, jak i okres pełnienia tej funkcji. Odnośnie pełnionej funkcji odwołujący wskazuje, że wymóg SIWZ brzmiał: na stanowisku/stanowiskach ds. rozliczeń, a zatem sam zamawiający nie wymagał w SIWZ, aby było to akurat wyłącznie stanowisko specjalisty ds. rozliczeń i żadne inne. Zamawiający opisał stanowisko nie przez jego nazwę, ale przez zakres obowiązków, określając je jako „stanowisko ds. rozliczeń". Tak bowiem należy rozumieć użycie sformułowania „stanowisko/stanowiska ds. rozliczeń". Tymczasem jako podstawy wykluczenia zamawiający nie wskazał, że pan ~~Artur~~A. ~~Furtak~~F. nie pełnił obowiązków związanych z rozliczaniem. Zarzuty zamawiającego w tym zakresie ograniczyły się jedynie do nazwy stanowiska, a nie do zakresu obowiązków - a zatem także do zakresu nabytego doświadczenia. Odwołujący uważa, że wobec takiego a nie innego brzmienia

SIWZ, miał pełne prawo powołać się w przedmiotowym zakresie na doświadczenie nabyte przez pana ~~Artura~~A. ~~Furtaka~~F. a to ze względu na fakt, że pan ~~Artur~~A. ~~Furtak~~F. wykonywał obowiązki związane z rozliczeniem projektu. Odwołujący nie mógł przypuszczać, że zamawiający oczekuje wskazywania wyłącznie osób zatrudnionych na stanowisku specjalista ds. rozliczeń a nie na żadnych innym - a to dlatego, że zamawiający nie postawił takiego wymogu w SIWZ. Przedmiotowe postanowienie SIWZ jest jasne i warunek w nim postawiony spełnia każda osoba, która realizowała obowiązki związane z rozliczaniem kontraktu, niezależnie od nazwy pełnionego stanowiska. Tym samym należy przyjąć, że zamawiający dokonał wykluczenia odwołującego na podstawie nieistniejącej treści SIWZ. Być może wolą zamawiającego było, aby wykonawcy wskazywali wyłącznie osoby pełniące swoje obowiązki na stanowisku specjalista ds. rozliczeń, jednakże woli takiej nie wyraził w SIWZ. Tymczasem podstawą wykluczenia może być tylko brzmienie SIWZ, a nie wola zamawiającego, która nie została w SIWZ należycie jasno i wyraźnie zaprezentowana.

Z kolei odnośnie czasu pełnienia funkcji należy wskazać, iż zamawiający nie wymagał w SIWZ, aby przedstawiony specjalista był osobą zatrudnioną i zgłoszoną jako członek personelu konsultanta - wymogu takiego nie postawiono w SIWZ dla Podkryterium 2.3. Podkreślić należy, że w przypadku Podkryterium 2.4 zamawiający wyraźnie wskazał, że specjalista ma być „zgłoszony do zamawiającego". Różnica w brzmieniu SIWZ pomiędzy

Podkryterium 2.3 i 2.4. wprost wskazuje, że zamawiający inaczej sformułował warunki dla każdej z wymaganych osób. Wobec braku takiego wymogu w SIWZ nie ma znaczenia, w jakiej formie pan ~~Artur~~A. ~~Furtak~~F. pełnił obowiązki, tj. czy był zgłoszony do zamawiającego, czy też nie był zgłoszony. Istotne jest tylko, czy pełnił obowiązki na stanowisku ds. rozliczeń i czy pełnił te obowiązki od rozpoczęcia robót. Zamawiający wskazał, że rozpoczęcie robót miało miejsce w dniu 19 lutego 2018 r. i jest to okoliczność bezsporna. Z kolei odwołujący przedstawił dowód, że pan ~~Artur~~A. ~~Furtak~~F. pełnił swoje obowiązki od lutego 2008 roku.

Zamawiający nie zakwestionował tego dowodu, nie przedstawił też dowodu przeciwnego. A zatem podana przez zamawiającego podstawa wykluczenia jest sprzeczna z dokumentacją postępowania. Zamawiający wykluczając wykonawcę zobowiązany jest udowodnić, że istnieją podstawy wykluczenia, tymczasem nie przedstawił on żadnego dowodu, a jednocześnie nie próbował nawet podważyć dowodu przedstawionego przez odwołującego. Zamawiający po prostu zignorował ten dowód. Odwołujący podkreśla, że już na etapie postępowania wyjaśniającego przedstawił dowody i wykazał w możliwy po 10 latach sposób, iż pan ~~Artur~~A. ~~Furtak~~F. sprawował stanowisko związane z rozliczaniem przedmiotowego kontraktu od początku jego realizacji do zakończenia i doświadczenie to było zdobyte na konkretnym wskazanym przez zamawiającego stanowisku. Podkreślić należy,

że zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia całkowicie zignorował treść obu złożonych wyjaśnień, jak i złożone dowody, w ogóle nie odniósł się do tych dokumentów. Należy się zatem zastanowić, w jakim celu zamawiający dwukrotnie wystąpił do odwołującego o wyjaśnienia. Brak odniesienia się do twierdzeń i dowodów przedstawionych przez odwołującego wskazuje, że oba wystąpienia o wyjaśnienia były ze strony zamawiającego czynnościami pozornymi. Stąd wykluczenie jest niezasadne. Odwołujący nie podał żadnych informacji, które byłyby niezgodne ze stanem faktycznym i które mogłyby wprowadzić zamawiającego w błąd.

Odnosząc się do osoby proponowanej na stanowisko Specjalisty ds. roszczeń odwołujący podnosił, że w złożonej w Postępowaniu ofercie, w Formularzu w pkt 2.2 Kryteria pozacenowe, podkryterium 2.4 specjalista ds. roszczeń wskazał pana ~~Piotra~~P. ~~Rzewuskiego~~Rz., oświadczając, że pełnił on funkcję od początku realizacji robót do wykonania zadania, którego przedmiotem była Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku Wiśniewo – Mężenin. Zmawiający, pismem z dnia 28 sierpnia 2018 r., wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie dat granicznych pełnienia funkcji na tym zadaniu przez pana ~~Piotra~~P. ~~Rzewuskiego~~Rz.. Odwołujący, w dniu 4 września 2018 r. złożył wyjaśnienia w tym zakresie, wskazując, że pan ~~Piotr~~P. ~~Rzewuski~~Rz. pełnił funkcję specjalisty ds. roszczeń od początku świadczenia usług w tym zakresie przez konsultanta, tj. od momentu zawarcia umowy przez zamawiającego z konsultantem na świadczenie usług. Odwołujący wskazał ponadto, że pan ~~Piotr~~P. ~~Rzewuski~~Rz. był pierwszą osobą, która pełniła taką funkcję w ramach przedmiotowego projektu.

Jednocześnie przywoływał w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym pierwszy ekspert zgłoszony, który podjął swoje obowiązki na dane stanowisko zyskuje doświadczenie od rozpoczęcia robót. Pomimo tego zamawiający wykluczył odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, a to z powodu, iż ekspert ten, zdaniem zamawiającego, nie pełnił przedmiotowej funkcji „od rozpoczęcia robót". Zamawiający także w tym przypadku w ogóle nie odniósł się do treści złożonych wyjaśnień. Odwołujący nie zna zatem powodów, dla których zamawiający nie uznał wyjaśnień za wystarczające. W piśmie o wykluczeniu zamawiający jedynie powtórzył swoje stanowisko z wezwania do złożenia wyjaśnień, tak jakby odwołujący nie złożył wyjaśnień. Ponownie zatem pojawia się pytanie jaki w ogóle był cel wystąpienia o takie wyjaśnienia, skoro zamawiający nie uwzględnił ich przy czynności wykluczenia. Odwołujący wskazywał, że kalendarium dat związanych z kontraktem Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku Wiśniewo – Mężenin przedstawiało się w następujący sposób: 1) Podpisanie umowy z wykonawcą robót budowlanych: 7 sierpnia 2014 r., 2) Przekazanie placu budowy: 5 września 2014 r., 3) Podpisanie umowy na nadzór z Safege: 24 października 2014 r., 4)

Rozpoczęcie świadczenia usług pełnienia funkcji specjalisty ds. roszczeń na kontrakcie: 15 grudnia 2014 r. (przez pana ~~Piotra~~P. ~~Rzewuskiego~~Rz.). Odwołujący posiadał uzyskane od pana ~~Piotra~~P. ~~Rzewuskiego~~Rz. informacje, iż był on pierwszym zgłoszonym specjalistą na przedmiotowe stanowisko. Zgodnie z informacją uzyskaną od zamawiającego (GDDKiA Oddział w Białymstoku) pan ~~Piotr~~P. ~~Rzewuski~~Rz. był pierwszym specjalistą ds. roszczeń, który podjął obowiązki na przedmiotowym kontrakcie. Wcześniej w ofercie konsultanta - konsorcjum firm SAFEGE z siedzibą we Francji oraz CERTUSVIA Sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum Safege") widniała osoba wskazana na to stanowisko - specjalisty ds. roszczeń, jednakże nie podjęła ona obowiązków i nie były rozliczane za nią dniówki, zaś Konsorcjum Safege nie otrzymywało w tym zakresie wynagrodzenia - stąd Konsorcjum Safege było zmuszone dokonać jej zmiany. Zamawiający w SIWZ nie określił, jak należy rozumieć pojęcie „od rozpoczęcia robót" - brak w SIWZ stosownej definicji. Zatem słusznym wydaje się tutaj przyjęcie wykładni celowościowej. Należy się zastanowić, jaki cel przyświecał zamawiającemu przy takim a nie innym konstruowaniu wymogów w zakresie kryteriów pozacenowych, w tym przypadku od początku robót do wykonania zadania. Zdaniem odwołującego głównym celem było pozyskanie i punktowanie specjalistów mających doświadczenie od początku kontraktu w danej dziedzinie do jego zakończenia - tzn. specjalistów, którzy wykonywali na danym stanowisku całe spektrum czynności podczas realizacji kontraktu na każdym jego etapie, odpowiednich dla danej funkcji. Zatem przy braku w SIWZ innej definicji pojęcia „od rozpoczęcia robót", należy uznać, że zwrot „od początku robót" należy rozumieć, jako „od rozpoczęcia świadczenia danej usługi". Zwłaszcza, że zamawiający nie wskazał, że odnosi się do robót budowlanych. Brak takiego wskazania uprawniało odwołującego do rozumienia SIWZ w powyższy sposób. Należy podkreślić, iż SIWZ ani żaden przepis obowiązującego prawa nie wskazują kolejności stosowania dyrektyw wykładni - żaden przepis nie stanowi, że wykładnia literalna ma pierwszeństwo przed celowościową. Tymczasem wydaje się, że zamawiający zastosował wykładnię literalną, uznając, że pojęcie „roboty" oznacza „roboty budowlane". Z powyższych względów stanowisko zamawiającego w zakresie rozumienia zwrotu „od rozpoczęcia robót" przyznające prymat wykładni językowej i nakazujące poprzestać na niej, gdy rezultat przeprowadzonej wykładni nie jest wystarczająco precyzyjny - w niniejszej sprawie nie jest prawidłowe. Nie znajduje bowiem uzasadnienia następujący pogląd zamawiającego: „jeśli zatem doświadczenie wymagane w ramach ww. podkryterium musi zostać zdobyte od momentu rozpoczęcia robót, to nie został spełniony wymóg w tym zakresie opisany w SIWZ". Nie sposób bowiem przyjąć, iż pan ~~Piotr~~P. ~~Rzewuski~~Rz., rozpatrując wszystkie roszczenia na przedmiotowym kontrakcie nie wypełnia zapisów kryteriów pozacenowych, z tego powodu, iż przed nim była wpisana na listę osoba z personelu konsultanta, która nie podjęła obowiązków. Z kolei pan ~~Piotr~~P. ~~Rzewuski~~Rz. był jedynym specjalistą ds. rozliczeń, który pełnił obowiązki na tym kontrakcie. Gdyby uznać, że nie nabył on doświadczenia dla okresu całego projektu, to oznaczałoby, że żadna osoba w ogóle nie nabyła takiego doświadczenia. Czyli, że projekt był prowadzony przez zamawiającego nieprawidłowo, gdyż na pewnym etapie jego realizacji nie były świadczone usługi związane z rozliczaniem kontraktu. Tymczasem zamawiający nie wystąpił do Konsorcjum Safege z roszczeniami w zakresie nienależytego wykonania umowy w tym zakresie - należy zatem uznać, że

zamawiający uznał,

że Konsorcjum Safege świadczyło usługi należycie, a specjalista ds. rozliczeń pełnił swoje obowiązki od początku do końca projektu. Powyższe stanowisko odwołującego potwierdza ugruntowana linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, iż wszelkie nieścisłości czy niejasności treści SIWZ należy wykładać na korzyść wykonawcy (tak w: Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2018r., sygn. akt KIO 925/18; Wyrok Krajowej Izby
Odwoławczej z dnia 18 maja 2018r., sygn. akt KIO 845/18; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2018r., sygn. akt KIO 655/18; Wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2018r., sygn. akt KIO 598/18; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2018r., sygn. akt KIO 148/18).

W konkluzji odwołujący podkreślił, że nie można postawić zarzutu podania w wyniku niedbalstwa czy lekkomyślności informacji wprowadzających w błąd, które skutkowałoby wykluczeniem odwołującego, w kontekście brzmienia SIWZ dla niniejszego Postepowania. Ewentualne stwierdzenie nieprawdziwości informacji może nastąpić bowiem tylko w oparciu o jednoznaczne postanowienia SIWZ i całej pozostałej dokumentacji postępowania. Takie stanowisko zaprezentowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 sierpnia 2018 roku, sygn. akt 1542/18, wskazując, że tylko w przypadku jednoznacznej treści SIWZ można mówić o wynikającym z lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadzeniu w błąd.

Zamawiający w dniu 2 października 2018 r., zgodnie z dyspozycją art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, poinformował o wniesieniu odwołania, przekazując za pomocą poczty elektronicznej kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, oraz wezwał uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Termin na zgłoszenie przystąpienia, zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, upłynął w dniu 5 października 2018 r. Do postępowania odwoławczego, w dniu 5 października 2018 r., przystąpił wykonawca **ZBM Inwestor Zastępczy S.A. 02-315 Warszawa, ul. Jagiellońska 88** (dalej „przystępujący"), zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, na posiedzeniu w dniu 15 października 2018 r., złożył odpowiedź na odwołanie w której wniósł o jego oddalenie w całości, jako bezzasadnego.

W odpowiedzi wskazał, że zamawiający w SIWZ – tom I, pkt 19 w ramach kryteriów pozacenowych przewidział między innymi kryterium „doświadczenie personelu konsultanta". Jednocześnie, celem dokonania oceny złożonych ofert, żądał złożenia następujących dokumentów: formularza 2.2. „Kryteria pozacenowe" (SIWZ tom I IDW – pkt 14.5 ppkt 2) oraz wykazu osób, o którym mowa w pkt 9.7.1) d) IDW. Odwołujący, w wyżej wymienionych formularzach wpisał między innymi następujące osoby: pana ~~Artura~~A. ~~Furtaka~~F. – proponowany na stanowisko specjalisty ds. rozliczeń (podkryterium 2.3.) oraz pana ~~Piotra~~P. ~~Rzewuskiego~~Rz.
– proponowany na stanowisko specjalisty ds. roszczeń (podkryterium 2.4).

Odnośnie osoby pana ~~Artura~~A. ~~Furtaka~~F., w formularzu „Kryteria pozacenowe" odwołujący oświadczył, że posiada on doświadczenie przy realizacji zadania pn. „Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku Konotopa (bez węzła) – Prymasa Tysiąclecia (z węzłem)", od rozpoczęcia robót do wykonania zadania i pełnił tam stanowisko „specjalista ds. rozliczeń". Tymczasem, z wyjaśnień złożonych przez odwołującego w piśmie z dnia 21 marca 2018 r. (sygn. TPF/ 2017/ SR/ 360/ 294/ 436) oraz w piśmie z dnia 4 września 2018 r. (sygn. TPF/ 2017/ SR/ 425/ 294) wynika, że oświadczenie złożone w formularzu jest niezgodne z rzeczywistością, gdyż pan ~~Artur~~A. ~~Furtak~~F. na wskazanej inwestycji pełnił funkcję asystenta inspektora ds. rozliczeń i został zgłoszony do zamawiającego, jako pełniący ją od sierpnia 2009 r. Tymczasem przekazanie placu budowy dla tej inwestycji nastąpiło 18 lutego 2008 r., a rozpoczęcie robót 19 lutego 2008 r. a zatem wcześniej niż pan
~~Artur~~A. ~~Furtak~~F. został oficjalnie zgłoszony na funkcję asystenta inspektora ds. rozliczeń.
Zamawiającystoi na stanowisku, że przedstawienie niezgodnych ze stanem faktycznym informacji, w zakresie w jakim odnoszą się one do kryteriów oceny ofert i mających wpływ na tą ocenę, należy zakwalifikować jako mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający wskazywał ponadto, że posiada informacje i dowody, które załączył do odpowiedzi na odwołanie, które potwierdzają że informacje podane przez odwołującego w ofercie są niezgodne ze stanem faktycznym.

W odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko specjalisty ds. roszczeń – pana ~~Piotra~~P. ~~Rzewuskiego~~Rz. podnosił, że odwołujący w formularzu „Kryteria pozacenowe" na potwierdzenie posiadania doświadczenia zgodnego z opisem podkryterium zawartym w pkt 19 IDW oświadczył, że na zadaniu pn. „Budowa drogi ekspresowej S8 na odc. Wiśniewo – Mężenin" zajmował on stanowisko specjalisty ds. roszczeń od rozpoczęcia robót do wykonania zadania. Tymczasem zamawiający dysponuje informacjami i posiada dowody, że pan ~~Piotr~~P. ~~Rzewuski~~Rz., w ramach nadzoru nad realizacją ww. zadania, pełnił funkcję specjalisty ds. roszczeń w okresie od stycznia 2015 r. do września 2017 r., umowa na wykonanie robót w tym zadaniu została podpisana w dniu 7 sierpnia 2014 r. a przekazanie placu budowy miało miejsce w dniu 5 września 2014 r. Oznacza to, że nie pełnił on swojej funkcji od rozpoczęcia robót na przedmiotowym zadaniu. Sam odwołujący potwierdził, w piśmie z dnia 4 września 2018 r. (sygn. TPF/ 2017/ SR/ 425/ 294), że umowa z konsultantem

została zawarta 24 października 2014 r. a zatem po zawarciu umowy na roboty budowlane. Pojęcie „rozpoczęcia robót" jest, zdaniem zamawiającego, dość jednoznaczne w nomenklaturze budowlanej i oznacza dzień, w którym nastąpiło przekazanie placu budowy. Nie ulega też wątpliwości, że odwołujący działając z należytą starannością i składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu, miał świadomość tego, że doświadczenie wymagane w ramach wyżej wymienionego podkryterium musi być zdobyte od rozpoczęcia robót. Oświadczając w formularzu „Kryteria pozacenowe", że pan ~~PiotrP.~~ ~~Rzewuski~~Rz. posiada doświadczenie zgodne z opisem w tym podkryterium, świadomie przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd.

Zamawiający podnosił również, że nie bez znaczenia dla oceny Izby w niniejszej sprawie pozostaje także rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 20 lipca 2018 r. (sygn. akt KIO 1319/18) wydanym w niniejszym postępowaniu, nakazała wykluczenie z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, sześciu wykonawców, którzy w formularzu „Kryteria pozacenowe" złożyli oświadczenia dotyczące posiadanego doświadczenia niezgodne z rzeczywistością. Zamawiający, mając na względzie wydany wcześniej w sprawie wyrok KIO, dokonał szczegółowej weryfikacji oświadczenia odwołującego, pod kątem jego prawdziwości stwierdzając, że również wobec niego zachodzą okoliczności opisane w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, skutkujące wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania.

Przystępujący, na posiedzeniu w dniu 15 października 2018 r., złożył pismo procesowe w którym wskazał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i przedstawił argumentację, popartą orzeczeniami wydanymi przez Krajową Izbę Odwoławczą wskazującą, iż w odniesieniu do odwołującego zaszła w niniejszym postępowaniu przesłanka skutkująca wykluczeniem go z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, ofertą złożoną przez odwołującego, korespondencją prowadzoną pomiędzy zamawiającym a odwołującym, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego, będącą konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp oraz złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, czym pozbawił odwołującego możliwości uzyskania zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty odwołującego złożonej w postępowaniu, treści pism kierowanych przez zamawiającego do odwołującego, wzywających do udzielenia wyjaśnień i odpowiedzi na nie, treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lipca 2018 r. o sygn. akt KIO 1319/18 wydanego w niniejszym postepowaniu. Izba dopuściła i poddała ocenie również dowody zawnioskowane i przedłożone przez strony.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

Zgodnie z zapisem w pkt 19.1.3. SIWZ zamawiający opisał kryterium "Doświadczenie personelu konsultanta" oraz podkryteriów i sposobem przyznawania punktów (pkt 19.1.3 SIWZ) w następujący sposób:

2.3. Specjalista ds. rozliczeń - max. ilość punktów 3. Doświadczenie przy rozliczaniu zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 7.2.3)b)4) IDW Tom I SIWZ) o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 19.1.3.

IDW - Tom I SIWZ) na stanowisku/stanowiskach ds. rozliczeń.

- za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 1 punkt,
- za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 3 punkty.
- za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.
- za zadanie, które nie potwierdzą w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.

2.4. Specjalista ds. roszczeń - max. ilość punktów - 3. Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub remont lub nadzór nad budową lub przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 7.2.3)b)5) IDW – Tom I SIWZ) o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (zgodnie z definicją wskazaną w pkt IDW Tom I SIWZ) na stanowisku/stanowiskach: stanowisku ds. roszczeń lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu/Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania
Inżyniera.

•za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 1 punkt.
•za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 3 punkty.
•za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.
•za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.

Następnie Izba ustaliła, że Formularz "Kryteria pozacenowe" zawierał postanowienie:
Na potwierdzenie posiadania przez p. ..... (imię i nazwisko) doświadczenia zgodnie z opisem podkryterium zawartym w pkt 19 IDW - Tom I SIWZ przedstawiam informacje i oświadczam, że osoba posiada doświadczenie przy realizacji wskazanego zadania/zadań od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.

Informacja o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, została przekazana w dniu 19 września 2018 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu związanego z wykluczeniem odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Izba wskazuje, że zarzut ten nie znajduje uzasadnienia w treści złożonego odwołania.
Na wstępie, biorąc pod uwagę charakter sporu pomiędzy stronami postępowania, odnoszący się do kwestii prawnych, Izba pragnie wskazać, iż w związku z wejściem w życie z dniem 28 lipca 2016 r. ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), w zakresie dotyczącym dokumentów składanych przez wykonawców oraz formy w jakiej te dokumenty

**Sformatowano:** Wcięcie: Z lewej: 0,75 cm, Bez punktorów lub numeracji

mają być składane zaszły liczne zmiany. Ustawodawca krajowy przewidział, za prawodawcą unijnym, że głównym źródłem wiedzy zamawiającego odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, elementów mogących mieć wpływ na ocenę w kryteriach oceny ofert, jak też związanych z przedmiotem zamówienia, staną się oświadczenia własne wykonawcy. Odzwierciedleniem tego podejścia jest przepis art. 24 aa ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający, opierając się na oświadczeniu podmiotu składającego ofertę, dokonuje oceny złożonych ofert, ograniczając się następnie do badania oferty uznanej za najkorzystniejszą. Tym samym szczególnego znaczenia nabierają kwestie prawdziwości oświadczeń składanych przez wykonawcę w toku postępowania, jak też rzetelność przekazywanych informacji. Skutkiem bowiem prezentowanych przez wykonawcę danych jest nie tylko kwestia oceny zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z SIWZ, spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale też uzyskanie określonej pozycji w rankingu ofert, a w rezultacie uznanie oferty tego wykonawcy za najkorzystniejszą.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia stwierdzając, że wcześniej złożone przez niego oświadczenia, odnoszące się do doświadczenia osób wskazanych do realizacji zamówienia, były nieprawdziwe i nierzetelne. Dokonując weryfikacji oświadczenia złożonego przez odwołującego w odniesieniu do osób wskazanych na niektóre stanowiska, zamawiający uzyskał informacje, z innych oddziałów zamawiającego, realizujących zamówienia publiczne, iż w formularzu „Kryteria pozacenowe" odwołujący podał dane niezgodne ze stanem faktycznym. W związku z powyższym zwrócił się do odwołującego pismem z dnia 28 sierpnia 2018 r. (znak O.KA.D-3.2413.76.2017.942), wzywając do złożenia stosownych wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odpowiadając na powyższe wezwanie odwołujący potwierdził, że w zakresie niektórych z podanych przez niego informacji, przekazał zamawiającemu błędne dane. Zarówno w treści pisma kierowanego do zamawiającego z dnia 4 września 2018 r. (sygn. TPF/2017/SR/426/294), jak też w toku rozprawy dowodził, że podanie w ofercie niezgodnych z prawdą informacji było jedynie wynikiem omyłki i skutkiem innego rozumienia zapisów SIWZ przez zamawiającego i odwołującego, a zatem nie doszło, w jego ocenie, do świadomego wprowadzenia zamawiającego w błąd, a tym samym nie wypełniły się wszystkie przesłanki skutkujące koniecznością wykluczenia odwołującego z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

W tym miejscu zauważyć należy, że wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przesłankę art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp następuje w sytuacji łącznego wystąpienia następujących elementów:
1.przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego;
2.przedstawiane informacje mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu;
3.przedstawienie tych informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.
W ocenie Izby wszystkie one wystąpiły w niniejszym postępowaniu w odniesieniu do odwołującego, a zatem zamawiający zobligowany był do zastosowania wobec niego cytowanego przepisu ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba poddała ocenie, czy doszło do przedstawienia w ofercie odwołującego informacji wprowadzających w błąd zamawiającego. W tym zakresie zauważyć należy, że najistotniejszym elementem stanu faktycznego, jest złożone przez odwołującego w ofercie oświadczenie wiedzy w odniesieniu do pana ~~Artura~~A.

FurtakaF., wskazanego w formularzu „Kryteria pozacenowe" na stanowisko ds. rozliczeń oraz w zakresie doświadczenia pana PiotraP. RzewuskiegoRz., wyznaczonego do pełnienia funkcji specjalisty ds. roszczeń.

Z formularza „Kryterium pozacenowe", złożonego przez odwołującego wraz z ofertą wynika, że w podkryterium 2.3. specjalista ds. rozliczeń wskazano pana ArturaA. FurtakaF., a na potwierdzenie posiadanego przez niego doświadczenia, zgodnie z podkryterium zawartym w pkt 19 IDW – tom I SIWZ przedstawiono informacje i złożono oświadczenie, że na zadaniu nr 2 pn. „Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku Konotopa (bez węzła) – Prymasa Tysiąclecia (z węzłem)", polegającymego na budowie obiektu budowlanego o wartości robót ponad 200 mln zł., zajmował stanowisko specjalisty ds. rozliczeń, przy czym funkcję swoją pełnił od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.

Zamawiający, pismem z 28 sierpnia 2018 r. (znak O.KA.D-3.2413.76.2017.942) wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazał, że z informacji uzyskanych z oddziału GDDKiA w Warszawie wynika, że pan ArturA. FurtakF. był zatrudniony na tym kontrakcie na stanowisku asystenta inspektora ds. rozliczeń i pełnił tę funkcję od sierpnia 2009 r., natomiast przekazanie placu budowy w tym zadaniu nastąpiło w dniu 18 lutego 2008 r., a rozpoczęcie robót następnego dnia. Okoliczność, że pan ArturA. FurtakF. zajmował na tym zadaniu stanowisko asystenta inspektora ds. rozliczeń została
przez odwołującego przyznana w piśmie z dnia 4 września 2018 r. (sygn. TPF/2017/SR/426/294). Dodatkowo odwołujący wskazał, że pełnił on tę funkcję z ramienia firmy
TPF Sp. z o.o.

od początku, tj. od rozpoczęcia robót, przy czym został zgłoszony do zamawiającego w sierpniu 2009 r. Na potwierdzenie, że rozpoczęcie pełnienia funkcji nastąpiło w lutym 2008 r. przedłożył oświadczenie Inżyniera Kontraktu z dnia 30 sierpnia 2018 r. Jednocześnie podkreślał, że z treści SIWZ w niniejszym postępowaniu nie wynikało, że można było wskazać jedynie osoby, które zostały zgłoszone do zamawiającego. Niezgodność z treścią tego oświadczenia w zakresie, w jakim odwołujący w formularzu „Kryteria pozacenowe" wskazał inną nazwę stanowiska zajmowanego przez pana ArturaA. FurtakaF., nie była zatem sporna, gdyż została przyznana przez odwołującego w piśmie, jak też nie była kwestionowana na etapie rozprawy. W ramach sporu powstało jednak zagadnienie, czy odwołujący wpisując inną nazwę stanowiska, gdyż, jak twierdził, uczynił to omyłkowo sugerując się nazewnictwem stanowiska na kontrakcie będącym przedmiotem zamówienia, wprowadził zamawiającego w błąd oraz czy fakt jej samoistnej weryfikacji miał wpływ na wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W niniejszym stanie faktycznym sprawy, nawet gdyby przyjąć wyjaśnienia odwołującego, że treść warunku w odniesieniu do osoby tego specjalisty interpretował w taki sposób, że nie jest wymagane doświadczenie wyłącznie na stanowisku o określonej w SIWZ nazwie, tożsamej do stanowiska zajmowanego na tym kontrakcie, a znaczenie ma zakres zadań wskazanej osoby, nie zmienia to faktu, iż wpisał on stanowisko niezgodnie z rzeczywiście zajmowanym przez pana ArturaA. FurtakaF. na wymienionym zadaniu. Nie ulega również wątpliwości, że ocena w zakresie kryteriów oceny ofert, dokonywana przez zamawiającego w postępowaniu, odbywa się na podstawie składanych przez wykonawców oświadczeń. Istotnym jest zatem, aby wykonawca w sposób rzetelny, zgodny ze stanem faktycznym opisał w składanych przez niego formularzach rzeczywisty stan rzeczy, w tym wypadku wskazał, jakie stanowisko zajmowała dana osoba, aby umożliwić zamawiającemu ocenę, czy w danych okolicznościach uprawnione jest przyznanie punktów w danym kryterium. Odwołujący tymczasem zamiast wskazać, że pan ArturA. FurtakF. zajmował stanowisko asystenta inspektora ds. rozliczeń wpisał, że był on specjalistą ds. rozliczeń. Nie ulega zatem wątpliwości, że oświadczenie przez niego złożone było niezgodne z rzeczywistością, a zamawiający uznał doświadczenie tej osoby przyjmując, że zajmował on stanowisko takie, jakie wskazał odwołujący w formularzu „Kryteria pozacenowe".

W zakresie, w jakim odwołujący oświadczył, że pan ArturA. FurtakF. pełnił wskazaną funkcję od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, w ocenie Izby, z treści złożonych przez odwołującego wyjaśnień i przedłożonych dowodów (oświadczenie Inżyniera Kontraktu z dnia 30 sierpnia 2018 r.) nie wynika, jakie stanowisko zajmował pan ArturA. FurtakF. w okresie od lutego 2008 r. (rozpoczęcie robót nastąpiło 19 lutego 2018 r., co nie było sporne między stronami) do sierpnia 2009 r. (a więc do dnia, kiedy rozpoczął pełnienieił swoją funkcję jako zgłoszony asystent inspektora ds. rozliczeń). Nawet gdyby uznać argumentację odwołującego w zakresie, w jakim podnosił on, że z treści warunku nie wynikało, że osoba wskazana na stanowisko specjalisty ds. rozliczeń na poprzednio realizowanym zadaniu musiała zajmować tożsame stanowisko, a z treści oświadczenia złożonego przez Inżyniera Kontraktu wynika zakres obowiązków wykonywanych przez pana ArturaA. FurtakaF. na inwestycji, nie zmienia to faktu, że dokument ten nie potwierdza, że pełnił on swoją funkcję tj. asystenta inspektora ds. rozliczeń od dnia

rozpoczęcia robót (zgodnie z informacjami i dowodami złożonymi przez zamawiającego dzień rozpoczęcia robót to 19 luty 2008 r.). Załączone do pisma odwołującego oświadczenie Inżyniera Kontraktu potwierdza jedynie, że w tym okresie był on członkiem zespołu ds. rozliczeń i wykonywał szereg zadań związanych z rozliczaniem inwestycji. Tymczasem z informacji, którymi dysponował zamawiający już w dacie, w której skierował do odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie, co zostało potwierdzone na rozprawie (dowody w postaci korespondencji mailowej zamawiającego z oddziałem GDDKiA w Warszawie) wynika, że pan ~~Artur~~A. ~~Furtak~~F. na wskazanym przez odwołującego kontrakcie pełnił swoją funkcję asystenta inspektora ds. rozliczeń od sierpnia 2009 r., a zatem nie od daty rozpoczęcia robót, które miało miejsce w dniu 19 lutego 2008 r.

Z powyższych powodów Izba uznała, że składając oświadczenie w treści Formularza „Kryteria cenowe" co do doświadczenia posiadanego przez pana ~~Artura~~A. ~~Furtaka~~F. odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd co do faktu, że swoje doświadczenie nabył na wskazanej inwestycji na stanowisku specjalisty ds. rozliczeń i miało to miejsce od daty rozpoczęcia robót budowlanych w przedmiotowym zadaniu.

W odniesieniu do doświadczenia osoby proponowanej na stanowisko specjalisty ds. roszczeń, na które to wskazany został pan ~~Piotr~~P. ~~Rzewuski~~Rz., Izba miała na uwadze oświadczenie złożone przez odwołującego w formularzu „Kryteri~~um~~a pozacenowe", w podkryterium 2.4. specjalista ds. roszczeń, zgodnie z którym na potwierdzenie posiadanego przez niego doświadczenia, zgodnie z podkryterium zawartym w pkt 19 IDW – tom I SIWZ przedstawiono informacje i złożono oświadczenie, że na zadaniu nr 1 pn. „Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku Wiśniewo – Mężenin", polegającym na pełnieniu nadzoru nad budową obiektu budowlanego o wartości robót ponad 200 mln zł, zajmował stanowisko specjalisty ds. roszczeń, od rozpoczęcia robót do wykonania zadania. Jednocześnie, zgodnie z informacją zawartą w „Wykazie osób" okres sprawowania funkcji przez pana ~~Piotra~~P. ~~Rzewuskiego~~Rz. przypadał na okres od stycznia 2015 r. do września 2017 r.

~~Na skutek wezwania zamawiającego~~Zmawiający, pismem z dnia 28 sierpnia 2018 r. (znak O.KA.D-3.2413.76.2017.942), wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ~~w którym~~ wskaz~~ując~~ano, że z informacji uzyskanych z oddziału GDDKiA w Białymstoku wynika, że umowa dla wymienionego w formularzu zadania została zawarta w dniu 7 sierpnia 2014 r., data przekazania placu budowy to 5 września 2014 r., a świadectwo przejęcia dla realizowanego obiektu budowlanego zostało wystawione 1 września 2017 r., tymczasem pan ~~Piotr~~P. ~~Rzewuski~~Rz. przy wymienionym przez odwołującego zadaniu zajmował stanowisko specjalisty ds. roszczeń od 15 grudnia 2014 r. do sierpnia 2017 r. Wyjaśniając wątpliwości w tym zakresie (pismo z dnia 4 września 2018 r., sygn. TPF/2017/SR/426/294) odwołujący wskazał,

że rozpoczęcie pełnienia funkcji przez pana ~~Piotra~~P. ~~Rzewuskiego~~Rz. nastąpiło po podpisaniu umowy z konsultantem świadczącym usługi nadzoru nad realizowaną inwestycją. Skoro pan ~~Piotr~~P. ~~Rzewuski~~Rz. pełnił swoją funkcję od początku świadczenia usług, to bez znaczenia, w jego ocenie, pozostaje fakt, że realizacja robót budowlanych rozpoczęła się wcześniej. Dodatkowo na rozprawie podkreślał, że skoro był on jedyną osobą pełniącą na kontrakcie funkcję specjalisty ds. roszczeń należy uznać, że nabyła ona doświadczenie na tym stanowisku od początku trwania robót budowlanych do ich zakończenia. Ponadto, w jego ocenie, nie doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd, gdyż z załączonego do oferty „Wykazu osób" wynika jednoznacznie, jaki był okres pełnienia funkcji przez pana ~~Piotra~~P. ~~Rzewuskiego~~Rz..

Izba, w powyższym zakresie, przychyliła się do oceny dokonanej przez zamawiającego stwierdzając, że odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd składając oświadczenie w formularzu „Kryteria pozacenowe", że pan ~~Piotr~~P. ~~Rzewuski~~Rz. nabył doświadczenie na wskazanym kontrakcie „od rozpoczęcia robót". Zamawiający nie zdefiniował wprawdzie w treści SIWZ pojęcia „rozpoczęcie robót", jednakże pojęcie to w nomenklaturze budowlanej jest jednoznaczne. Zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2006 r. Nr 106, poz. 1126 ze zm.) rozpoczęcie budowy następuje z chwilą podjęcia prac przygotowawczych na terenie budowy. Z kolei w ustępie drugim zdefiniowano co ustawodawca rozumie pod pojęciem prac przygotowawczych, precyzując ich zakres. Ponadto normą zawartą w ustępie czwartym zobowiązano inwestora do zawiadomienia, co najmniej na 7 dni przed rozpoczęciem robót budowlanych, na które jest wymagane pozwolenie na budowę, właściwego organu nadzoru budowlanego, o terminie ich rozpoczęcia. Tym samym twierdzenia odwołującego, że termin „rozpoczęcia robót" użyty w treści SIWZ odnosić można do terminu rozpoczęcia świadczenia usług przez osobę, która przy realizacji danego zadania budowlanego pełni funkcję specjalisty ds. roszczeń nie może znaleźć aprobaty przy ocenie czy mogło dojść do sytuacji, w której odwołujący przekazał zamawiającemu określoną informację, pozostając w przekonaniu o prawdziwości złożonego przez siebie oświadczenia.

~~Należy również podkreślić, że n~~Nie można w niniejszym przypadku odnieść terminu „rozpoczęcia robót" do daty rozpoczęcia świadczenia usługi przez konsultanta, jak tego chce odwołujący, ~~odnieść terminu „rozpoczęcia robót" do daty rozpoczęcia świadczenia usługi przez konsultanta.~~ również z tego powodu, że z ~~Z~~ treści SIWZ (TOM I IDW pkt 19.1.3.2 – podkryterium 2.4 specjalista ds. roszczeń) jednoznacznie wynika, że osoba wskazana na ww. stanowisko ~~posiadała~~ winna legitymować się doświadczeniem przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub remont lub nadzór nad budową lub przebudową lub remontem obiektu budowlanego (…) od rozpoczęcia robót do wykonania zadania. Jednoznacznie zatem doświadczenie nabyte przez wskazaną osobę odniesiono do terminu rozpoczęcia robót budowlanych.

Nie ulega zatem wątpliwości, że skoro rozpoczęcie robót budowlanych, których przedmiotem była budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku Wi~~ś~~śniewo - Mężenin nastąpiło we wrześniu 2014 r., zaś umowa pomiędzy konsultantem a panem ~~Piotr~~P.~~em~~ ~~Rzewuski~~Rz.~~m~~, na mocy której powierzono mu pełnienie funkcji ekspert ds.

rozliczeń, została zawarta na okres od dnia
1 stycznia 2015 r., osoba ta nie pełniła swojej funkcji od „rozpoczęcia robót".
Dla okoliczności niniejszej sprawy nie ma również znaczenia fakt, że był on jedyną osobą wykonującą zadania na tym stanowisku. Nie przesądza to bowiem o tym, że posiada on doświadczenie od rozpoczęcia robót do wykonania zadania. Nie każdy bowiem fakt pełnienia danej funkcji jako część personelu Inżyniera Kontraktu, nawet przez cały okres trwania umowy na pełnienie nadzoru nad robotami, musi jednocześnie powodować spełnienie postawionego przez zamawiającego wymogu.
Z powyższych powodów Izba uznała, że składając oświadczenie w treści Formularza „Kryteria cenowe" co do doświadczenia posiadanego przez pana ~~PiotraP. RzewuskiegoRz.~~ odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd, co do faktu, że swoje doświadczenie nabył na wskazanej inwestycji na stanowisku specjalisty ds. roszczeń od rozpoczęcia robót budowlanych w przedmiotowym zadaniu.

W zakresie, w jakim przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp stanowi, że wykluczenie wykonawcy z postępowania następuje w przypadku, gdy przedstawiane informacje mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu, Izba pragnie zwrócić uwagę, iż kwestia oceny ofert, zgodnie z przyjętymi kryteriami określonymi przez zamawiającego w SIWZ jest, obok oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, jednym z najistotniejszych elementów, albowiem w wyniku tej czynności dochodzi do wyboru oferty najkorzystniejszej w danym postępowaniu. Po jej dokonaniu, w procedurze odwróconej, jaką zastosował zamawiający, zgodnie z art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca, który uzyskał najwyższą liczbę punktów zostaje wezwany do złożenia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 1 lub art. 26 ust. 2 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie bezspornym jest, iż oferta odwołującego w niniejszym postępowaniu, oceniona zostałaby jako najkorzystniejsza w oparciu o przekazane przez niego informacje, a ocena dokonana w kryterium „doświadczenie personelu konsultanta" miała wpływ na ranking ofert. Dopiero w związku pozyskaniem informacji z innych oddziałów zamawiającego i w wyniku wezwania odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień uzyskał on potwierdzenie, że przekazane w formularzu „Kryteria pozacenowe" informacje są w pewnym zakresie nierzetelne i wprowadzające w błąd, zamawiający miał możliwość zweryfikowania przedstawionych w JEDZ i formularzu informacji.

Należy również wskazać, że ustawodawca przewidział w art. 24 ust. 1 dwie przesłanki dla wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku wprowadzenia w błąd zamawiającego, przy czym przesłanka wykluczenia zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest bardziej pojemna i zawiera w sobie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, które określić można jako kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd (w przepisie jest bowiem mowa o zamierzonym działaniu wykonawcy i rażącym niedbalstwie). Tymczasem dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 wystarczającym jest stwierdzenie lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy i przez pryzmat tego należy oceniać jego działania. Mając na uwadze przedstawione dowody, jak też łatwość pozyskania informacji wskazujących na prawdziwy stan rzeczy, Izba uznała, że odwołującemu można przypisać choćby niedbalstwo lub brak dołożenia należytej staranności. Wpisując określone informacje w formularzu „Kryteria pozacenowe" odwołujący był świadom, w jakim celu są one składane, oraz tego, że konsekwencją uznania ich za prawdziwe będzie przyznanie lub brak przyznania punktów w kryterium oceny ofert. Tym samym twierdzenia, że w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień przedstawił on zamawiającemu informacje zgodne ze stanem rzeczywistym (w zakresie w jakim oświadczył, że pan ~~ArturA. FurtakF.~~ nie pełnił funkcji specjalisty ds. rozliczeń, lecz został zgłoszony jako asystent inspektora ds. rozliczeń), czy też jego wyjaśnienia, że inaczej rozumiał zapisy SIWZ i dlatego podał określone informacje, nie mogą znaleźć aprobaty na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeśli bowiem jakieś zapisy były dla odwołującego niejasne lub też ich rozumienie budziło jego wątpliwości (np. w zakresie w jakim dawniej stanowisko nosiło nazwę inspektor ds. rozliczeń a obecnie nosi nazwę specjalista ds. rozliczeń, a zatem wpisanie w formularzu nazwy stanowiska w brzmieniu obecnym, zamiast dawniej używanego jest bez znaczenia dla oceny potwierdzenia posiadania doświadczenia przez daną osobę) winien to wyjaśnić kierując do zamawiającego zapytanie w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do trzeciego z elementów wskazanych w hipotezie normy prawnej art. 24 ust 1 pkt 17, a zatem czy przedstawienie przez odwołującego powyższych informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do oceny czynności dokonywanych przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego – dalej kc, a zgodnie z jego art. 355 § 1 dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przez należytą staranność rozumie się określony sposób postępowania, mający prowadzić do spełnienia świadczenia, pewien model czy wzorzec skonstruowany z reguł postępowania (Kodeks cywilny – komentarz; red. E. Gniewek, p. Machnikowski CH BECK Warszawa 2017 r.) Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak w Wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych

okoliczności (tak w Wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż zgodnie z art. 355 §2 kc należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, a zatem konstruując wzorzec należytej staranności przedsiębiorcy w stosunkach jednostronnie i obustronnie profesjonalnych należy brać pod uwagę to, że jego działalność ma charakter profesjonalny (zawodowy), co oznacza między innymi, że prowadzona jest stale i przynajmniej w założeniu, oparta na szczególnej wiedzy i umiejętnościach. Prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania otoczenia co do wiedzy, skrupulatności i rzetelności podmiotu prowadzącego taką działalność (Kodeks cywilny - komentarz; red. E. Gniewek, p. Machnikowski CH BECK Warszawa 2017 r.). Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. W tym wypadku wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości bowiem te, składane w toku przetargu, zmierzają do udzielenia zamówienia publicznego temu właśnie wykonawcy i mają wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Zatem jeżeli odwołujący przedstawił w złożonym przez siebie oświadczeniu informacje odnośnie osób którymi dysponuje, pozostające w sprzeczności z faktami, zaś zamawiający z łatwością dotarł do właściwych informacji uznać należy, że wykazał się on co najmniej niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Za bezzasadny Izba uznała również zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W tym zakresie odwołujący podnosił, że naruszenie cytowanego wyżej artykułu 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nastąpiło przez fakt wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy w innych prowadzonych przez zamawiającego postępowaniach (na co przedłożył dowód w postaci pisma GDDKiA oddziału w Olsztynie z dnia 23 marca 2018 r.) pozytywnie zweryfikowano oświadczenie wykonawcy, powołującego się w swojej ofercie na doświadczenie posiadane przez pana ~~Piotra~~P. ~~Rzewuskiego~~Rz. i przy sformułowanych przez zamawiającego tożsamych warunkach udziału w postępowaniu nie podjęto decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania.

Izba w tym zakresie uznała, że dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy nie bez znaczenia pozostaje treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, wydanego w tym postępowaniu w dniu 20 lipca 2018 r. (sygn. akt KIO 1319/ 18). Cytowane orzeczenie zostało wydane w związku z odwołaniem wniesionym w dniu 5 lipca 2018 r. przez TPF Sp. z o.o., a przedmiotem sporu były kwestie dotyczące dat związanych z rozpoczęciem robót oraz wskazywaniem przez wykonawców stanowisk o określonych nazwach, niezgodnie z rzeczywiście przez te osoby zajmowanymi. Izba, w sentencji nakazała wykluczenie z postępowania sześciu wykonawców w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Mając na uwadze treść uzasadnienia wyroku Izby w poprzednio rozstrzyganej sprawie zamawiający dokonał również weryfikacji prawdziwości oświadczenia złożonego przez odwołującego, podejmując również w stosunku do niego decyzję o wykluczeniu go z przedmiotowego postępowania. W tym zakresie Izba podziela stanowisko zamawiającego w zakresie w jakim podnosił on, że w świetle dokonanych przez niego czynności wykluczenia z postepowania innych wykonawców, mając na uwadze wydany w tym postępowaniu wcześniej wyrok KIO, podjęcie innej decyzji w odniesieniu do odwołującego stanowiłoby naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nakazującego równe traktowanie wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

**Przewodniczący: ……**

**Członkowie:** ……

……