

**WYROK**  
z dnia 26 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:Magdalena Rams**  
**Członkowie: Ewa Sikorska**  
**Robert Skrzyszewski**  
**Protokolant:Marta Słoma**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 października 2018 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **11 października 2018 r.** przez wykonawcę **Europrojekt Gdańsk S.A., z siedzibą w Gdańsku,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział w Olsztynie,**  
**orzeka:**

**1.Oddala odwołanie.**

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Europrojekt Gdańsk S.A., z siedzibą w Gdańsku** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Europrojekt Gdańsk S.A., z siedzibą w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) 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: .....**

.....

Sygn. akt: KIO 2093/18

**UZASADNIENIE**

W dniu 11 października 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Europrojekt Gdańsk S.A., z siedzibą w Gdańsku (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział w Olsztynie (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla zadania: „Rozbudowa drogi krajowej nr 22 na odcinku Fiszewo – Elbląg” (dalej „**Postępowanie**”):

- 1)art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie oraz błędną wykładnię, a w konsekwencji wykluczenie Odwołującego z Postępowania oraz unieważnienie Postępowania w sytuacji, gdy oferta Odwołującego zawierała prawdziwe informacje i zgodnie z kryteriami oceny ofert winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza;
- 2)art. 92 ust 1 pkt 2) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie w taki sposób, że Zamawiający w informacji o wynikach postępowania nie wskazał faktycznego uzasadnienia dla czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania;
- 3)art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez jego zastosowanie i uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, podczas gdy w sytuacji, w której w ofercie zostały podane prawdziwe informacje i była ona najkorzystniejsza zgodnie z ustalonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryterium oceny ofert Odwołujący nie powinien zostać wykluczony z Postępowania, a w konsekwencji jego oferta nie powinna zostać odrzucona;
- 4)art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie i unieważnienie Postępowania z powodu przewyższenia przez najkorzystniejszą ofertę lub ofertę z najniższą ceną kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy oferta Odwołującego jest ważna, Odwołujący nie powinien zostać wykluczony z Postępowania, oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona oraz winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza;
- 5)art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy wśród złożonych ofert to oferta Odwołującego była najkorzystniejsza na podstawie wskazanych wyżej kryteriów, a w konsekwencji pozbawienie Odwołującego zamówienia;
- 6)art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie udzielenia zamówienia Odwołującemu, podczas gdy zgodnie z przepisami ustawy oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą; ewentualnie:

7)art. 87 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie przez Zamawiającego czynności polegającej na wezwaniu Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, co uniemożliwiło jednoznaczne wykazanie przez Odwołującego, że Pan J. P. pełnił funkcję spełniającą warunek postawiony przez Zamawiającego, a w konsekwencji doprowadziło do wykluczenia Odwołującego z Postępowania oraz unieważnienia Postępowania, podczas gdy Odwołujący jest w stanie jednoznacznie wykazać potwierdzenie treści wskazanej w swojej ofercie.

Odwołujący wniósł o: (i) uwzględnienie odwołania w całości; (ii) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania; (iii) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert; (iv) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów wskazanych w odwołaniu, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 1 października 2018 r. unieważnił Postępowanie, wykluczając Odwołującego z Postępowania oraz uznając ofertę Odwołującego za odrzuconą. Wśród złożonych ofert, oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza w świetle ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert. Dowód: Informacja o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania, uznaniu oferty Odwołującego za wykluczoną oraz unieważnieniu Postępowania z dnia 1 października 2018 r. (w dokumentacji Postępowania).

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w żaden sposób nie dowiódł faktów, które świadczyłyby o lekkomyślności lub rażącym niedbalstwie Odwołującego, w którego wyniku przedstawił on informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu. Odnosząc się bowiem do postawionego zarzutu Odwołujący podkreślił, że informacje wynikające z treści jego oferty nie zaprzeczają sobie, nie mają charakteru wykluczającego ani tym bardziej celu oraz cechy wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Z treści oświadczenia Odwołującego wynika, że Pan J. P. pełnił funkcję Kierownika zespołu w wykonaniu poniższych opracowań:

- 1)inwentaryzacji przyrodniczej stanowiącej element raportu oddziaływania na środowisko dla inwestycji drogowej:  
Odcinek nr 4 drogi S5 - Trzyczyn - Białe Błota -13,5 km;
- 2)Odcinek drogi nr 5 S5 - Białe Błota - Szubin - 9,7 km.

Odwołujący wskazał, że funkcja „Sprawdzającego”, na którą powołuje się Zamawiający w lakonicznym uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z Postępowania wynika w sposób logiczny z pełnienia funkcji Kierownika/ Koordynatora zespołu. Zgodnie bowiem z definicją zawartą w Encyklopedii Zarządzania: Przez kierowanie rozumiemy wpływ przez pobudzenie i koordynację działalności zespołowej, zmierzającej do realizacji stojących przed zespołem celów. Pojęcie koordynacji, kierowania jest tu rozumiane szeroko - jako spełnianie funkcji obejmowanych w teorii organizacji mianem planowania, organizowania, motywowania i kontrolowania ().

W ocenie Odwołującego naturalnym elementem pracy osoby pełniącej funkcję Kierownika/ Koordynatora wydają się więc także czynności sprawdzające. Informacje wskazane przez Zamawiającego są prawdziwe, to znaczy Pan J. P. sprawdzał faktycznie treść wyniki inwentaryzacji przyrodniczej na potrzeby obu raportów, co wynika z tabel informacyjnych pojedynczych map z zakresu inwentaryzacji przyrodniczej, który stanowił jeden z załączników) wskazanych w Tomie III. Dowód: kopia załącznika 1/4.1

Nadal nie wyklucza to jednak, w ocenie Odwołującego, pełnienia funkcji Kierownika zespołu, którego to wykluczenia Zamawiający w żaden sposób nie dowiódł w treści uzasadnienia wykluczenia Odwołującego. Nawiązując do zarzucenia Odwołującemu lekkomyślności i niedbalstwa w odniesieniu do przekazywanych Zamawiającemu informacji z uzasadnienia wyników Postępowania nie sposób, w ocenie Odwołującego, wywieść uzasadnienia i potwierdzenia zaistnienia przesłanki przemawiającej za zastosowaniem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp. Odwołujący współpracuje bowiem z Panem P. i pozyskał stosowne informacje na potrzeby złożenia przedmiotowej oferty.

Odwołujący wskazał, że przypisanie niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu Zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji rozpatrywać należy co do zasady na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego. Na podstawie art. 14 ustawy Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego (KC), a zgodnie z art. 355 § 1 KC dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej (tak w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Powyższe stanowisko było prezentowane m.in w uzasadnieniach wyroków wydanych: 11 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 177/15), 27 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 491/15), 13 stycznia 2016 r. (sygn. akt KIO 2809/15), 26 stycznia 2016 r. (sygn. akt KIO 1/16), 17 maja 2016 r. (sygn. akt KIO 673/15) czy 24 czerwca 2016 r. (sygn. akt KIO 1010/16).

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie dowiódł, iż działania Odwołującego nosiły znamiona niedbalstwa lub lekkomyślności. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 6 KC ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu wywodzi skutki prawne. Zamawiający zdecydowanie nie uniósł ciężaru dowodowego w zakresie udowodnienia swoich twierdzeń. Wobec niewypełnienia dwóch z trzech przesłanek przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17), o których pisze w uzasadnieniu rozstrzygnięcia Postępowania sam Zamawiający trudno jest odnosić się Odwołującemu do trzeciej, tj. informacje wprowadzające w błąd mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wobec niezastnienia faktów, na które powołuje się Zamawiający nie sposób jest argumentować o wpływie informacji o charakterze nieprawdy na przebieg Postępowania. Odwołując wskazał, iż w zakresie istotnego wpływu na przebieg Postępowania Zamawiający dopuścił się błędów mającego wpływ na wynik Postępowania. Z treści stron tytułowych Raportów oddziaływania na środowisko wynika jednoznacznie, że ich autorem/ koordynatorem był Pan J. P. . Dowód: strona tytułowa Raportu oddziaływania na środowisko dla inwestycji pn. Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy - Bydgoszcz - granica województwa kujawsko-pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 4 części - dla części 2. Dowód: strona tytułowa Raportu oddziaływania na środowisko dla inwestycji pn. Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy - Bydgoszcz - granica województwa kujawsko-pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 4 części - dla części 3.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 92 ust 1 pkt 2) ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż w treści informacji o wynikach Postępowania znalazła się podstawa prawna, w oparciu o którą Zamawiający dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania, jednakże poza lakonicznym odwołaniem się do treści orzecznictwa w żaden sposób treść pisma nie wypełniła obowiązku przedstawienia uzasadnienia faktycznego. Jak potwierdza Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 października 2017 r. o sygn. akt KIO 1994/17: Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić, przede wszystkim mając na uwadze treść art. 92 ust 1 in fine, zwrócić należy uwagę na fakt, iż nakazuje on zamawiającemu niezwłoczne poinformowanie wszystkich wykonawców o m.in. wyborze najkorzystniejszej oferty, przy czym "Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację i podając uzasadnienie faktyczne i prawne." W piśmie Zamawiającego nie wskazano bowiem żadnego logicznego wyводу mającego na celu udowodnienie, iż działania Odwołującego oparte były o lekkomyślność lub niedbalstwo ani tym bardziej nie wykazano, że z treści oferty jednoznacznie wywieść można było, iż Pan P. nie pełnił funkcji Kierownika zespołu.

W odniesieniu do zarzutu ewentualnego, polegającego na naruszeniu art. 87 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że instytucją mogącą wspomóc Zamawiającego w rozwianiu wątpliwości mogło być wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie. Zamawiający mógł bowiem zapytać o szczegółowy zakres obowiązków Kierownika zespołu w osobie Pana P., czego nie uczynił pozbawiając tym samym Odwołującego szansy wykazania, iż informacje wskazane w ofercie posiadają walor prawdy a siebie - możliwości rozstrzygnięcia Postępowania w sposób zgodny z ustawą Pzp. Odwołujący przywołał wyrok o sygn. KIO 1890/17 z dnia 22 września 2017 r.

W ocenie Odwołującego dokonując unieważnienia Postępowania Zamawiający naruszył także art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez jego zastosowanie i uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą. Zamawiający nie dowiódł bowiem tego, że Odwołujący wprowadził go w błąd a wskazał jedynie lakonicznie, iż na jednej ze stron załącznika do Raportu oddziaływania na środowisko widnieje informacja, iż Pan J. P. dokonał sprawdzenia jego treści. W tej sytuacji skoro Odwołujący nie podlega wykluczeniu także jego oferta nie może podlegać odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że kierując się błędnymi przesłankami Zamawiający unieważnił Postępowanie, naruszając tym samym art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Wobec argumentacji Odwołującego Postępowanie nie powinno zostać unieważnione, gdyż oferta Odwołującego jest ważna, Odwołujący nie polega wykluczeniu i przedmiotowe zamówienie jest w stanie wykonać za kwotę mieszczącą się w kwocie środków przeznaczonych przez Zamawiającego na jego realizację.

W ocenie Odwołującego czynności dokonane przez Zamawiającego w Postępowaniu naruszają podstawowe zasady zamówień publicznych, w tym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców czy zasadę proporcjonalności. Zbyt lakoniczne wnioski w zakresie oceny oferty Odwołującego doprowadziły do złamania podstawowych reguł, jakie powinny kierować działaniami Zamawiającego prowadzącymi do rozstrzygnięcia Postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „**SIWZ**”) wraz z ogłoszeniem o zamówieniu na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) ofertę Odwołującego na okoliczność ustalenia jej treści; (iii) informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 1 października 2018 r. na okoliczność ustalenia wyników postępowania przetargowego;

(iv) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania; (v) strona tytułowa Raportu oddziaływania na środowisko dla inwestycji pn. Projekt i budowa drogi ekspresowej 5-5 na odcinku Nowe Marzy - Bydgoszcz - granica województwa kujawsko-pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 4 części - dla części, strona tytułowa Raportu oddziaływania na środowisko dla inwestycji pn. Projekt i budowa drogi ekspresowej 5-5 na odcinku Nowe Marzy - Bydgoszcz - granica województwa kujawsko-pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 4 części - dla części 3, załączniki nr nr VI/1/1 – Wyniki inwentaryzacji przyrodniczej dla inwestycji Odcinek nr 4 drogi S5 - Trzszczyń - Białe Błota -13,5 km oraz Odcinek drogi nr 5 S5 - Białe Błota - Szubin - 9,7 km – dokumenty na okoliczność ustalenia funkcji p. P. w/w inwestycjach.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla zadania: „Rozbudowa drogi krajowej nr 22 na odcinku Fiszewo – Elbląg.” W dniu 25 maja 2018 r. w Dzienniku Urzędowym UE zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu, W tym samym dniu na stronie internetowej Zamawiającego, zamieszczono SIWZ.

W pkt. 19.1.3 SIWZ zawarto opis kryterium kierownik zespołu środowiskowego. Punkty w tym kryterium zostaną przyznane na podstawie informacji zawartych w Formularzu „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2). W tym kryterium można uzyskać maksymalnie 10 punktów.

Wykonawca otrzyma do 10 pkt, jeśli zapewni udział Kierownika zespołu środowiskowego, który w okresie ostatnich 4 lat przed upływem terminu składania ofert brał udział, jako Kierownik zespołu w wykonaniu poniższych opracowań:

Raport o oddziaływaniu inwestycji na środowisko, na podstawie którego uzyskano postanowienie RDOŚ o uzgodnieniu raportu w ramach ZRiD bądź uzyskano DŚU dla drogi klasy GP lub wyższej o długości co najmniej 7 km (punkty za każde opracowanie – 3; maksymalna liczba punktów – 6)

Inwentaryzacja przyrodnicza stanowiąca element raportu oddziaływania na środowisko (do decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach lub jej zmiany, bądź do raportu z ponownej oceny oddziaływania na środowisko) dla drogi klasy GP lub wyższej o długości co najmniej 7 km (punkty za każde opracowanie – 2; maksymalna liczba punktów – 4)

\*Kierownik zespołu kierujący zespołem opracowującym raport o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko - musi spełniać wymagania art. 74a ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz.U. 2016.353 j.t.).

W pkt 19.3.1 SIWZ zamieszczono Uwagi do kryteriów pozacenowych, w których napisano między innymi, że Formularz „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2) nie będzie podlegał wyjaśnieniom ani uzupełnieniu w trybie ustawy Pzp. Przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć 2.139.867,90 zł (brutto).

W postępowaniu złożono sześć ofert - zgodnie z poniższą listą. Otwarcie ofert miało miejsce 13 lipca 2018 r: (i) Biuro Projektowo-Badawcze Dróg i Mostów TRANSPROJEKT-WARSZAWA sp. z o.o., ul. Koniczynowa 11, 03-612 Warszawa – cena ofertowa brutto 5 642 208,03 zł; (ii) Europrojekt Gdańsk S.A. ul. Nadwiślańska 55, 80-680 Gdańsk – cena brutto 2 140 200,00; (iii) Mosty Katowice sp. z o.o. ul. Rolna 2, 40-555 Katowice – cena brutto 2 988 900,00 zł; (iv) Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego S.A., Gdańsk-Wrzeszcz – cena brutto 3 308 700,00 zł; (v) Konsorcjum RODEN Roac Desing Polska Sp. z o.o. Warszawa 2) RODEN Mérnóki Iroda KFT 1089 Budapeszt, Villám u. 13 – cena brutto 2 44’ 304,00 zł; (vi) Konsorcjum Arkas-Projekt Sp. z o.o. Sp. k Al. Piłsudskiego 70A, 10-450 Olszyn oraz Arkas-Projekt Pracownia Projektowo-Konsultingowa K. M. – O., Al. Piłsudskiego 70A, 10-450 Olszyn – cena brutto 1 490 760,00 zł.

W dniu 29 sierpnia 2018 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą o 30 dni (do 10 października 2018 r.). Trzech wykonawców nie wyraziło zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, w konsekwencji czego ich oferty zostały odrzucone. Pozostałych trzech wykonawców przedłużyło termin związania ofertą. Jednym z nich był Odwołujący, który oświadczył, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 10.10.2018 r. Na ten sam okres zostało przedłużone wadium.

Odwołujący w Formularzu 2.2 „Kryteria pozacenowe” podał informacji o doświadczeniu J. P. i wskazał, że pełnił on funkcję kierownika zespołu przygotowującego inwentaryzację przyrodniczą na dwóch inwestycjach. Zamawiający po dokonaniu oceny oferty Odwołującego dokonał wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wskazując, iż p. P. nie pełnił funkcji kierownika zespołu przygotowującego inwentaryzację przyrodniczą, lecz był wyłącznie osobą sprawdzającą. W konsekwencji w oparciu o art. 92 ust. 1 pkt 7 ustawy Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Cena ofert dwóch pozostałych wykonawców przekraczała bowiem kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

#### ***Izba zważyła co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nie uzyskaniu zamówienia. W wyniku

ewentualnego uznania przez Izbę, że Zamawiającego dokonał niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności oferta Odwołującego ma szansę na wybór jako oferta najkorzystniejsza i Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż odwołanie winno być odrzucone z tego względu, iż termin związania ofertą przez Odwołującego upłynął w dniu 10 października 2018 r., zaś odwołanie wykonawcy zostało wniesione w dniu 11 października 2018 r. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie przedłużył skutecznie terminu związania ofertą, a tym samym Zamawiający nie może dokonać wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Izba nie podziela poglądu zaprezentowanego przez Zamawiającego. Izba stoi na stanowisku, że brak związania ofertą oznacza jedynie brak obowiązku zrealizowania treści oferty po stronie wykonawcy, ale nie niweczy prawo wykonawcy do zrealizowania oferty. W konsekwencji zamawiający w dalszym ciągu ma możliwość doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty, przy czym wykonawca może bez negatywnych dla siebie konsekwencji uchylić się od zawarcia takiej umowy lub taką umowę zawrzeć (tak min wyr. KIO z 18.5.2016 r., KIO 672/16, wyrok SO w Rzeszowie z 16.2.2011 VI Ga 192/10, wyr. KIO z 30.11.2015 r., KIO 2529/15, Legalis). W niniejszym postępowaniu Odwołujący składając odwołanie tuż po upływie terminu związania ofertą pośrednio wyraził nadal chęć zawarcia umowy na warunkach określonych w SIWZ. W przypadku więc potwierdzenia się stawianych Zamawiającemu zarzutów, Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania zamienienia.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Podniesione przez Odwołującego zarzuty dotyczące czynności Zamawiającego nie znalazły potwierdzenia w zgromadzonym w toku postępowania materiale dowodowym.

#### Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd zamawiającego, mogąca mieć istotny wpływ na decyzję podejmowaną przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba wskazuje, iż aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki: (1) musi dojść w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do złożenia przez wykonawcę w rozumieniu ustawy Pzp informacji wprowadzających w błąd zamawiającego; (2) złożenie takich informacji przez wykonawcę było wynikiem jego lekkomyślności lub niedbalstwa; oraz (3) złożone informacje muszą mieć wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Weryfikacji więc podlegają okoliczności faktyczne zawarte w dokumentacji ofertowej danego wykonawcy. Obowiązkiem zaś wykonawcy składającego odwołanie na czynności zamawiającego jest wykazanie w toku postępowania odwoławczego okoliczności negujących zasadność decyzji Zamawiającego co do zastosowania wobec wykonawcy art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Wskazać bowiem należy, że na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontrydiktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

W omawianym stanie faktycznym Odwołujący oparł treść zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp na twierdzeniach jakoby Zamawiający nie dowiódł w żaden sposób w treści uzasadnienia o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, iż zachodzą przesłanki wskazane w przywołanej regulacji. Twierdzenia Odwołującego nie zostały jednakże poparte żadnym materiałem dowodowym, a tym samym nie sposób było uznać je za zasadne.

Zamawiający na wykazanie zasadności swojej decyzji o wykluczeniu wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp złożył jako dowód w sprawie wyniki inwentaryzacji przyrodniczej dla inwestycji na jakie powołał się Odwołujący tj. (i) odcinek nr 4 drogi S5 Trzyczyn — Białe Błota (13,5 km); (ii) odcinek nr 5 drogi S5 Białe Błota — Szubin (9,7 km). Analiza powyższych dokumentów prowadzi do wniosku, iż po pierwsze, wykonawca przygotowujący raport nie wyodrębnił funkcji kierownika zespołu opracowującego inwentaryzację przyrodniczą. Po drugie, o ile dane osobowe p. J. P. widnieją na założonych dokumentach, o tyle nie sposób z nich wywieść, iż pełnił on funkcję kierownika zespołu. W

zakresie inwestycji odcinek nr 5 drogi S5 Białe Błota — Szubin (9,7 km) – nazwisko p. P. zamieszczone jest w tabeli „Opracowali/Sprawdzili”. Brak jest, jednak, jednoznacznego wskazania, iż to właśnie p. P. pełnił funkcję „sprawdzającego”. Funkcja kierownika nie została w żaden sposób uwidocznioma w treści opracowania. W zakresie drugiej z przywołanych inwestycji odcinek nr 4 drogi S5 Tryszczyn — Białe Błota (13,5 km) p. P. rzeczywiście wskazany jest jako osoba, która pełniła funkcję „Sprawdzającego”, jednakże na tej podstawie nie sposób uznać, iż pełnił on funkcję kierownika zespołu opracowującego inwentaryzację przyrodniczą.

Odwołujący nie złożył żadnego dowodu w sprawie na wykazanie, iż pełnienie funkcji „Sprawdzającego” uznać należy za równoważne pełnieniu funkcji „Kierownika zespołu” czy też, jak twierdził, nie wyklucza pełnienia funkcji kierownika zespołu przygotowującego opracowanie inwentaryzacji przyrodniczej. Kluczowy dowód na wykazanie zasadności twierdzeń Odwołującego, tj. Raporty o oddziaływaniu inwestycji na środowisko, którego załącznikiem są przedłożone przez Zamawiającego wyniki inwentaryzacji przyrodniczej nie zostały złożone przez Odwołującego w poczet materiału dowodowego. Choć Odwołujący posiadał jeden z raportów podczas rozprawy nie pokusił się o jego złożenie do akt sprawy, ograniczając się do cytowania wybranych z kontekstu fragmentów. Takie postępowanie Odwołującego i przyjęta bierność dowodowa nie może być zaakceptowane przez Izbę i nie może ona stanowić podstawy do uznania zasadności twierdzeń Odwołującego.

Podkreślić w tym miejscu należy, że funkcja kierownika zespołu przygotowującego opracowanie inwentaryzacji przyrodniczej jako elementu stanowiącego część raportu o oddziaływaniu na środowisko dla danej inwestycji nie jest elementem koniecznym i wymaganym przez przepisy prawne. Okoliczność ta nie była sporna pomiędzy stronami. Z tego też względu Zamawiający w kryteriach oceny ofert przyznawał wykonawcom dodatkowe punkty w przypadku, gdy taka właśnie funkcja była wyodrębniona w realizacji poszczególnych inwestycji, na które powoływali się wykonawcy. Zapisy SIWZ jasno wskazywały, że Zamawiający przyzna punkty za wskazanie w ofercie osoby, która sprawowała funkcję Kierownika zespołu przy wykonaniu inwentaryzacji przyrodniczej stanowiącej element raportu. Oczywistym jest, że z uwagi brak wymogu prawnego wyodrębnienia takiej funkcji nie wszyscy wykonawcy opracowujący raporty o oddziaływaniu inwestycji na środowisko będą ją wyodrębniać. Zapewne wyodrębnienie takiej funkcji wiązać musiałoby się z dodatkowym wynagrodzeniem i kosztami dla wykonawcy. Dlatego też Zamawiający przyznawał dodatkowe punkty wyłącznie za doświadczenie zdobyte przy realizacji inwestycji, w których była przewidziana funkcja kierownika zespołu opracowującego inwentaryzację przyrodniczą. Tego zaś Odwołujący nie wykazał Izbie. Nie przeprowadził żadnego dowodu na wykazanie, iż funkcja Kierownika zespołu przygotowującego inwentaryzację przyrodniczą była wyodrębniona w inwestycjach na jakie powołał się p. P. Nie wykazał również, że p. P. wykonywał jakiekolwiek czynności, które można przypisać kierownikowi zespołu przygotowującego opracowanie inwentaryzacji przyrodniczej. Co więcej nie wskazał nawet zakresu czynności jakie p. P. wykonywał w ramach rzekomego kierowania zespołem przygotowującym opracowanie inwentaryzacji przyrodniczej.

W ocenie Izby to czy wyniki inwentaryzacji przyrodniczej stanowią osobny dokument czy też załącznik do raportu o ocenach oddziaływania inwestycji na środowisko ma charakter wtórny dla rozstrzygnięcia zasadności zarzut. Obowiązkiem Odwołującego było bowiem wykazanie Izbie, że w inwestycjach, na które się powołuje była wyszczególniona odrębna funkcja „Kierownika zespołu przy wykonaniu inwentaryzacji przyrodniczej stanowiącej element raportu o oddziaływaniu inwestycji na środowisko”, nie zaś to czy był to dokument odrębny od raportu czy też załącznik do raportu. Z dokumentów złożonych przez Zamawiającego wynika, że taka funkcja nie była wyodrębniona, a tym samym nie sposób uznać, iż Odwołujący winien uzyskać dodatkowe punkty w kryterium oceny ofert.

Podkreślić dalej należy, że wykonawca biorący udział w postępowaniu przetargowym jest traktowany jako profesjonalista. Należy zatem odnosić do niego podwyższony miernik staranności, o którym mowa w art. 355 §2 kodeksu cywilnego. Złożone w ofercie Odwołującego oświadczenie, co do funkcji jaką J. P. pełnił przy opracowaniu inwentaryzacji przyrodniczych, nie odpowiada stanowi faktycznemu. Z treści tych dokumentów wynika bowiem, że p. P. pełnił funkcję sprawdzającego, ewentualnie członka zespołu, który opracował raport. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (tzn. jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego jednak nie dojdzie) lub niedbalstwa (tzn. podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W świetle przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp bez znaczenia jest okoliczność, czy Odwołujący miał świadomość, że podane informacje są nieprawdziwe, czy też nie wiedział o tym, lecz wykazał się niedbalstwem i nie zweryfikował takiej informacji. Istotne jest, że obiektywnie rzecz biorąc przekazana Zamawiającemu informacja o doświadczeniu osoby jest niezgodna ze stanem faktycznym. Informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd dotyczyły kryteriów oceny ofert, a więc mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie przyznania (bądź braku przyznania) punktów w ramach kryterium oceny ofert. Podkreślić w tym

miejscu należy, że Odwołujący jako profesjonalista w celu uniknięcia sankcji wynikającej z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp winien wykazać, iż istniały uzasadnione przesłanki do uznania, iż p. P. rzeczywiście wykonywał funkcję kierownika zespołu przygotowującego inwentaryzację przyrodniczą. Takich przesłanek Odwołujący nie wykazał ani w żaden sposób nie udowodnił. Nie wykazał również w żaden sposób, iż składając oświadczenia co do zakresu doświadczenia posiadanego przez p. P. mógł obiektywnie i zasadnie sądzić, iż spełnia on wymagania konieczne do uzyskania dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert. Kluczowe w sprawie dokumenty, która, jak można przypuszczać, winny być w posiadaniu p. P., obecnego podczas rozprawy, nie zostały, z powodów Izbie nieznanymi, złożone w trakcie postępowania. Odwołujący nie udowodnił, iż składając oświadczenie Zamawiającemu dokonał weryfikacji zakresu doświadczenia p. P., nie wykazał się należyłą starannością wymaganą od profesjonalisty, a w konsekwencji, nie wykazał, iż informacje przekazane Zamawiającemu są prawdziwe. W konsekwencji, Izba uznała, że Zamawiający swoim działaniem nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

#### Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, m.in. o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych odrzucenia oferty jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł – wnosząc odwołanie – ustosunkować się do wskazanych przez zamawiającego uchybień. W ocenie Izby, Zamawiający sprostował powyższym wymaganiom/ Uzasadnienie wykluczenia Odwołującego było prawidłowe. Zawierało wskazanie podstawy prawnej oraz wyjaśnienie faktycznych okoliczności, które Zamawiający wziął pod uwagę podejmując swoją decyzję. Odwołujący po zapoznaniu się z uzasadnieniem bez problemu mógł stwierdzić, jakie naruszenia przepisów ustawy Pzp skutkowały jego wykluczeniem. Najlepszym potwierdzeniem tego jest fakt złożenia odwołania zawierającego argumentację w zakresie stanu faktycznego ustalonego przez Zamawiającego.

#### Zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą

W ocenie Izby zarzut Odwołującego jest bezzasadny. Odwołujący podlega wykluczeniu, a zatem zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp jego ofertę uznaje się za odrzuconą. W przypadku ziszczenia się przesłanki wykluczenia wykonawcy, odrzucenie jego oferty następuje z mocy prawa, a nie wyniku odrębnej czynności Zamawiającego. Pogląd taki znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby. Tak m.in. w wyroku z dnia 20 lipca 2016 r. (sygn. akt 1165/16) wskazując, że w świetle przepisu art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164), stwierdzenie aktualizacji podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania powoduje, iż jego ofertę z mocy prawa uznaje się za odrzuconą. Skutek odrzucenia następuje zatem z mocy prawa, a nie na podstawie czynności zamawiającego.

#### Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zarzut Odwołującego jest bezzasadny. Zgodnie z przywołanym przepisem Zamawiający unieważnia postępowania, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Jak Izba wskazał powyżej, Odwołujący podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu. Ceny dwóch pozostałych ofert przewyższają kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego jakoby był on w stanie wykonać zamówienia za kwotę mieszczącą się w kwocie środków przeznaczonych przez Zamawiającego na jego realizację, jego ofertą również przekracza kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Tym samym nawet przy przyjęciu, iż Odwołujący nie podlega wykluczeniu, Zamawiający miał prawo unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

#### Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Oraz zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponieważ w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający prawidłowo unieważnił postępowania, zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp uznać należy za bezprzedmiotowy. Sam Odwołujący nie wskazał żadnego merytorycznego uzasadnienia postawionego zarzutu.

Za bezzasadny uznać również należy zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tą regulacją w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Zamawiający wskazał w SIWZ, iż Formularz „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2) nie będzie podlegał wyjaśnieniom ani

uzupełnieniu w trybie ustawy Pzp. Zapisy te tym samym stały się wiążące dla Zamawiającego i Odwołującego. Odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował powyższych regulacji SIWZ zarówno na etapie ich publikacji, jak i w treści odwołania. Tym samym nie sposób obecnie uznać zasadność podniesionego przez Odwołującego zarzut.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 3 ust. 1 w zw. z § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

**Przewodniczący:**.....

**Członkowie:** .....

.....