

WYROK

z dnia 10 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Daniel Konicz
Marek Koleśnikow

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2019 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2019 r.
przez wykonawcę: S.T.I. Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu

prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych
i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg
Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, przy udziale wykonawcy Lafrentz Polska
Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania
odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 025 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące dwadzieścia pięć złotych 00/100) 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu której działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Wykonanie Projektu Budowlanego wraz z uzupełniającą dokumentacją związaną z rozpoznaniem podłoża gruntowego, oraz sprawowanie Nadzoru Autorskiego dla zadania pn.: „Budowa drogi .S6 na odcinku Koszalin Słupsk” z podziałem na 2 części”, nr sprawy GDDKiA O.Sz.D-3.2413.25.2019, zwane dalej: „postępowaniem”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 kwietnia 2019 r. pod numerem 2019/S 076-180983. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 27 września 2019 r. wykonawca S.T.I. Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp,

a. przez jego zastosowanie w oparciu o nieuzasadnione przyjęcie, iż Odwołujący wskazując na doświadczenie Pana R.D., przez oświadczenie, iż posiadał on doświadczenie przy realizacji zadania „Opracowanie STES i koncepcji programowej drogi S-19 na odcinku Lutoryż — Barwinek”, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy:

I. informacje podane przez Odwołującego opierały się na dokonanej przez Odwołującego wykładni postanowień pkt 7.2.3 Instrukcji dla Wykonawców (dalej: IDW) stanowiącej tom I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), na mocy których Zamawiający zastrzegł, iż „Za opracowanie koncepcji programowej lub projektu budowlanego Zamawiający nie uzna opracowania aktualizacji lub optymalizacji koncepcji programowej lub projektu budowlanego”, a tym samym wykonanie STES jako, że nie wyłączone przez Zamawiającego stanowić miało podstawę do uznania doświadczenia projektanta branży drogowej,

II. Zamawiający posiadał pełną informację o wcześniejszych zamówieniach wykonanych na swoją rzecz,

III. Wykonawcy nie można było przypisać ani niedbalstwa ani lekkomyślności;

b. przez jego zastosowanie w oparciu o nieuzasadnione przyjęcie, że Odwołujący wskazując na doświadczenie Pana R.D., przez oświadczenie, iż posiadał on doświadczenie przy realizacji zadania „Opracowanie STES i koncepcji programowej drogi S-19 na odcinku koniec obwodnicy Lublina — granica województwa lubelskiego i podkarpackiego”, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy w realizacji tego zadania Pan R.D. uczestniczył, na co Odwołujący przedstawił dowody wraz z wyjaśnieniami z dnia 11 września 2019 roku (Koncepcję programową opatrzoną Nr archiwalnym 2006/088 z listopada 2011 roku, w której jako projektant branży drogowej wskazany był Pan R.D.).

c. przez jego zastosowanie w oparciu o nieuzasadnione przyjęcie, iż Odwołujący wskazując na doświadczenie Pana R.D., przez oświadczenie, iż posiadał on doświadczenie przy realizacji zadania „Opracowanie STES i koncepcji programowej drogi S-19 na odcinku węzeł Zapacz — Sokołów Małopolski”, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sytuacji, gdy w realizacji tego zadania Pan R.D. uczestniczył, na co Odwołujący przedstawił dowody wraz z wyjaśnieniami z dnia 11 września 2019 roku (Załącznik nr 1 do pisma znak: GDDKiA-O/RZ-P-2.2-bd-4400-163-49.3/11 w treści którego wskazano Pana R.D. jako projektanta branży drogowej).

2. na wypadek nie uwzględnienia zarzutu podniesionego w pkt 1 lit. a - zarzut naruszenia art. 24 ust. 8 i ust. 9 Pzp przez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy Odwołujący przedstawiając wyjaśnienia z dnia 11 września 2019 roku wskazał, iż Pan R.D. uczestniczył w realizacji zadania: „Opracowanie STES II drogi S-19 na odcinku Lutoryż — Barwinek”, a tym samym w myśl ww. przepisu dokonał czynności i przedstawił dowód, iż usunął skutki podania informacji, które mogły wprowadzać Zamawiającego

w błąd, a tym samym podjął działanie odpowiednie dla zapobiegnięcia nieprawidłowemu postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego,
2. powtórnej oceny wyjaśnień i załączników złożonych przez Odwołującego pismem z dnia 11 września 2019 roku.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kwoty wpisu oraz uzasadnionych kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej przez zastrzeżenie, że wykonawca musi wskazać osoby na stanowisko projektanta drogowego które wykonały lub opracowały na stanowisku projektanta drogowego dwa opracowania w zakresie Koncepcji programowej lub Projektu Budowlanego dla budowy drogi krajowej klasy A lub S lub GP albo ulicy klasy S lub GP o dł. min. 5 km. Ponadto osoby te musiały posiadać uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności drogowej.

W pkt 19.1.2 SIWZ wprowadzono kryterium oceny ofert: „Doświadczenie zespołu projektowego” zgodnie z którym, osoba proponowana do pełnienia funkcji Głównego Projektanta specjalności drogowej mogła otrzymać maksymalnie 20 punktów. Osoba taka musiała wykazać, że wykonała lub opracowała na stanowisku projektanta drogowego opracowania w zakresie Koncepcji programowej lub Projektu Budowlanego dla budowy drogi krajowej klasy A lub S lub GP albo ulicy klasy S lub GP o dł. min. 5 km. W kryterium tym maksymalna możliwa do uzyskania liczba punktów wynosiła łącznie 40 dla części 1 zadania, przy czym Główny Projektant w specjalności drogowej mógł uzyskać maks. 20 punktów w następujący sposób:

- wykonanie 2 opracowań - 0 pkt,
- wykonanie 3 opracowań - 10 pkt,
- wykonanie 4 opracowań - 20 pkt.

W Formularzu 2.2 stanowiącym załącznik do Oferty, Odwołujący oświadczył, iż Pan R.D., wyznaczony do realizacji przedmiotowego zamówienia na stanowisko projektanta branży drogowej wykonał 4 zadania:

1. Opracowanie Studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowego (dalej STEŚ) i koncepcji programowej drogi S19 na odcinku Lutoryż — Barwinek, dł. 97 km, droga klasy S. Pełniona funkcja: Projektant drogowy.
2. Opracowanie STEŚ i koncepcji programowej drogi S19 na odcinku koniec obwodnicy Lublina — granica województwa lubelskiego i podkarpackiego) dł. 37,6 km, droga klasy S. Pełniona funkcja: Projektant drogowy.
3. Opracowanie STEŚ i koncepcji programowej drogi S19 na odcinku węzeł Zapacz — Sokołów Małopolski, dł. 43 km, droga klasy S. Pełniona funkcja: Projektant drogowy.
4. Opracowanie projektu budowlanego autostrady A4 na odcinku Radymno — Korczowa, dł. 22 km, klasa drogi A. Pełniona funkcja: Projektant drogowy.

Pismem z dnia 4 września 2019 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wyjaśnień obejmujących stwierdzone przez Zamawiającego rozbieżności w treści Formularza 2.2. Zamawiający powziął wątpliwości w zakresie zadań wskazanych w pkt 1-3 Formularza 2.2. stwierdzając, że Pan R.D. nie pełnił funkcji projektanta drogowego, a nadto, że w zakresie punktu 3 Pan R.D. brał udział jedynie w opracowaniu STEŚ Etap II dla przedmiotowego odcinka.

Pismem z dnia 11 września 2019 roku Odwołujący potwierdził, że Pan R.D. wykonał zadania wymienione w Formularzu 2.2 oraz przedstawił dowody na wykonanie tych prac. Zamawiający nie uwzględnił wyjaśnień i 17 września 2019 roku wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. pkt 17 Pzp. Zamawiający wskazał, że Pan R.D.:

1. uczestniczył w realizacji wyłącznie dokumentacji z etapu STEŚ II budowy drogi

ekspresowej S19 na odcinku Lutoryż — Barwinek, nie opracował dokumentacji koncepcji programowej, co wykonawca dodatkowo potwierdził w swoich wyjaśnieniach z dnia 11 września 2019 r.,

2. nie opracował dokumentacji koncepcji programowej budowy drogi S19 na odcinku koniec obwodnicy Lublina — granica województwa lubelskiego i podkarpackiego. Z dokumentów posiadanych przez GDDKiA Oddział w Lublinie wynikało, że w odebranej 15 grudnia 2010 roku koncepcji programowej Pan R.D. nie występował jako projektant branży drogowej,

3. nie opracował dokumentacji koncepcji programowej budowy drogi S19 na odcinku Zapacz — Sokołów Małopolski. Z dokumentów posiadanych przez GDDKiA Oddział w Rzeszowie wynikało, że 29 października 2013 roku Pan R.D. został zastąpiony na stanowisku Projektanta branży drogowej przez inną osobę. Natomiast prace nad opracowaniem przedmiotowej Koncepcji Programowej zostały rozpoczęte w 2015 r. W wersji dokumentacji KP odebranej przez Oddział Zamawiającego w 2016 r. wskazany projektant nie wystąpił.

Zdaniem Odwołującego informacje podane Zamawiającemu w Formularzu 2.2 nie wprowadzały go w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Odwołujący analizując warunek udziału w postępowaniu określony w punkcie 7 IDW oraz kryterium oceny ofert z punktu 19.1.2 IDW przyjął, że zadaniem wykonanym przez projektanta w branży drogowej może być opracowanie dokumentacji STEŚ. Stanowisko takie było uzasadnione faktem, że w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych obejmujących prace projektowe prowadzonych przez różne Oddziały GDDKiA również formułowane są warunki udziału w postępowaniu obejmujące doświadczenie projektantów, w tym, że za wykonane zadania również uznawana jest dokumentacja STEŚ. W niniejszym postępowaniu taka możliwość nie została wykluczona *expressis verbis*. Wykładnia dokonana przez Odwołującego wynikała również z doświadczeń Zarządu Odwołującego w realizacji analogicznych zadań w oparciu o przepisy prawa włoskiego oraz Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz Dyrektywy 2004/17/WE.

Informacja o wykonaniu Koncepcji programowej w ramach STEŚ drogi S19 na odcinku Lutoryż — Barwinek opierała się na dokonanej przez Odwołującego wykładni postanowień pkt 7.2.3 SIWZ: „Za opracowanie koncepcji programowej lub projektu budowlanego Zamawiający nie uzna opracowania aktualizacji lub optymalizacji koncepcji programowej lub projektu budowlanego”, a tym samym wykonanie STEŚ jako, że nie wyłączone przez Zamawiającego stanowić będzie podstawę do uznania doświadczenia projektanta branży drogowej. Taka wykładnia powodowała, że wskazanie, iż realizacja obejmowała Koncepcję projektową pozostawało indyferentne w świetle art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, gdyż podanie tej informacji nie mogło mieć istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Zatem informacje dotyczące wykonania wcześniejszych zadań na rzecz GDDKiA, i to niezależnie od Oddziału, nie podlegały ocenie w świetle art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Zamawiający winien dokonać raczej oceny poszczególnych, zrealizowanych zadań w oparciu o postanowienia punktu 7 IDW tj. decydując, czy Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu - a jeżeli tak, to w konsekwencji dokonać oceny oferty Odwołującego przynajmniej jej określoną liczbę punktów zgodnie z postanowieniami punktu 19.1.2 IDW.

W ocenie Odwołującego nie było też żadnych podstaw do wykluczenia go z postępowania w sytuacji zakwestionowania przez Zamawiającego, że Pan R.D. posiadał doświadczenie przy realizacji zadania Opracowanie STEŚ i koncepcji programowej drogi S-19 na odcinku koniec obwodnicy Lublina — granica województwa lubelskiego i podkarpackiego. Odwołujący wraz z wyjaśnieniami z 11 września 2019 roku przedstawił Koncepcję programową opatrzoną Nr archiwalnym 2006/088 z listopada 2011 roku, w której jako projektant branży drogowej wskazany był Pan R.D. Zamawiający nie odniósł się w treści zawiadomienia o wykluczeniu do treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego.

Dla możliwości wykluczenia wykonawcy przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wymagane jest wykazanie jednej z form winy nieumyślnej tj. niedbalstwa lub lekkomyślności. Tego Zamawiający nie uczynił. W ocenie Odwołującego wobec faktu przedstawienia Koncepcji programowej, w której jako projektant branży drogowej wskazany był Pan R.D. nie było możliwości przypisania Odwołującemu winy w żadnej postaci z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Wskazanie doświadczenia Pana R.D., przy realizacji zadania Opracowanie STEŚ i koncepcji programowej drogi S-19 na odcinku węzeł Zapacz — Sokołów Małopolski również nie wprowadzało Zamawiającego w błąd. Odwołujący przedstawił wraz z wyjaśnieniami z 11 września 2019 roku Załącznik nr 1 do pisma znak: GDDKiA-O/RZ-P-2.2-bd-4400163-49.3/11 w treści którego to dokumentu wskazano Pana R.D. jako projektanta branży

drogowej.

W zakresie powyższego zadania Zamawiający także nie odniósł się w treści zawiadomienia o wykluczeniu do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego.

Odwołujący zaprzeczył, że w wyjaśnieniach dot. Opracowania STEŚ II drogi S-19 na odcinku Lutoryż - Barwinek potwierdził, iż nie wykonał koncepcji programowej. Przyjmując tok wnioskowania prezentowany przez Zamawiającego (tj. że wykonanie STEŚ nie mogło stanowić zadania, o którym mowa w pkt 7 oraz 19 IDW) podkreślić, należy, że w piśmie z 11 września 2019 roku Odwołujący wskazał, iż Pan R.D. uczestniczył w realizacji zadania Opracowanie STEŚ II drogi S-19 na odcinku Lutoryż - Barwinek. Tym samym nastąpiło sprostowanie informacji, która teoretycznie mogła wprowadzać Zamawiającego w błąd.

Za dopuszczalnością takiego rozwiązania przemawia literalne brzmienie art. 24 ust. 8 Pzp: „Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy”. Zgodnie z ust. 9 tego artykułu: „Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8”.

Mając na uwadze domniemanie racjonalności ustawodawcy zastrzeżenie możliwości dokonania samooczyszczenia wykonawcy podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp z pewnością nie jest przypadkowe i z pewnością może się odnosić do stanów faktycznych tożsamy z przedmiotową sprawą. Naturalnym sposobem podjęcia działań, a następnie ich udowodnienia w zakresie procedury samooczyszczenia w przypadku podania zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji jest ich sprostowanie i podanie w ich miejsce informacji pełnych, prawdziwych pozwalających zamawiającemu na prawidłowe ustalenie okoliczności faktycznych — tj. zgodne z rzeczywistością. Przepis art. 24 ust. 9 ma charakter obligatoryjny. Oznacza to, że w każdym przypadku wskazania przez wykonawcę istnienia wobec niego podstawy wykluczenia zamawiający powinien umożliwić mu dokonanie samooczyszczenia. Obligatoryjność art. 24 ust. 9 Pzp polega również na tym, że jeżeli wykonawca przedstawi stosowne dowody na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp, zamawiający ma obowiązek dokonać oceny tych dowodów i nie wykluczać wykonawcy z postępowania, jeżeli uzna te dowody za wystarczające.

W toku rozprawy Odwołujący wniósł o przeprowadzenia dowodu z referencji z 30 listopada 2012 roku wystawionych na rzecz Pana R.D. potwierdzających prawdziwość informacji zawartych przez Odwołującego w Formularzu 2.2 - dowód nr 1.

Zamawiający 9 października 2019 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wniósł o jego oddalenie i o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, wskazując ponadto, że dokonał weryfikacji wyjaśnień Odwołującego w innych Oddziałach GDDKiA. W efekcie dokonał ustaleń sprzecznych z tymi wyjaśnieniami, tj:

1. Budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Lutoryż — Barwinek: w piśmie z dnia 11 września 2019 r. Odwołujący wskazał, że Pan R.D. uczestniczył wyłącznie w realizacji Opracowania STEŚ, a nie koncepcji programowej. Ponadto, z informacji uzyskanych przez Zamawiającego z Oddziału GDDKiA w Rzeszowie wynikało, że w zakresie koncepcji programowej drogi S19 na odcinku Lutoryż — Barwinek Pan R.D. nie pełnił żadnej oficjalnej funkcji. Ponadto, umowa została rozwiązana za porozumieniem stron i etap koncepcji programowej nie był wykonywany.
2. Budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku koniec obwodnicy Lublina — granica województwa lubelskiego i podkarpackiego: z informacji uzyskanych przez Zamawiającego z Oddziału GDDKiA w Lublinie wynikało, że Pan R.D. nie został wskazany jako projektant branży drogowej w odebranej w dniu 15 grudnia 2010 r. koncepcji programowej (Pan R.D. nie został wskazany w metryczkach części rysunkowej branży drogowej jako autor opracowania). Z informacji uzyskanych przez Zamawiającego w Oddziale GDDKiA w Lublinie w dokumentacji związanej z powyższą inwestycją nie występuje złożona przez Odwołującego Koncepcja programowa opatrzona nr archiwalnym 2006/088 z listopada 2011 r.
3. Budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku węzeł Zapacz — Sokołów: z informacji uzyskanych przez Zamawiającego z Oddziału GDDKiA w Rzeszowie wynikało,

że w zakresie STEŚ i koncepcji programowej drogi S19 na odcinku węzeł Zapacz — Sokołów Małopolski, dł. 43 km, klasa drogi S — Pan R.D. pełnił funkcję projektanta branży drogowej od 22 sierpnia 2011 r. do 29 października 2013 r., co oznaczało, że oficjalnie brał on udział w opracowaniu jedynie STEŚ Etap II dla w/w odcinka. Rozpoczęcie prac nad koncepcją programową miało miejsce w 8 maja 2015 r. Zamawiający uzyskał również pismo z 29 października 2013 r. potwierdzające zmianę Pana R.D. na Pana M.R. oraz pismo potwierdzające termin rozpoczęcia opracowywania Koncepcji Programowej. Z przekazanych dokumentów wynikało, że Pan R.D. nie pełnił funkcji projektanta drogowego na etapie koncepcji programowej.

4. Budowa autostrady A4 na odcinku Radymno — Korczowa: z informacji uzyskanych w Oddziale GDDKiA w Rzeszowie wynika, że Pan R.D. jako projektant w specjalności drogowej brał udział w opracowywaniu dokumentacji projektowej - projekt Budowlany autostrady A4 na odcinku Radymno — Korczowa.

W SIWZ w sposób precyzyjny wskazano, że Główny Projektant branży drogowej winien wykazać, że wykonał lub opracował na stanowisku projektanta drogowego dwa opracowania w zakresie Koncepcji programowej lub Projektu budowlanego. Odwołujący nie kwestionował, że STEŚ nie jest opracowaniem tożsamym z Koncepcją Programową lub Projektem budowlanym.

Zgodnie z Zarządzeniem nr 58 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z 23 listopada 2015 r. w sprawie dokumentacji do realizacji inwestycji, wprowadzono wzorcowe dokumenty dla poszczególnych etapów procesu inwestycyjnego, m. in. Dokument 2 STEŚ oraz Dokument 4 Koncepcja Programowa. Zgodnie z treścią obu dokumentów STEŚ jest opracowaniem projektowym ogólnym. Jego celem jest wstępne określenie zakresu rzeczowego i finansowego przedsięwzięcia oraz ustalenie jego efektywności, uściślenie przebiegu tras poszczególnych wariantów oraz ostateczne ustalenie typów oraz podstawowych parametrów technicznych obiektów budowlanych, dostarczenie Informacji do podjęcia wstępnej decyzji inwestorskiej w sprawie celowości, zakresu i horyzontu czasowego realizacji zadania inwestycyjnego, a także umożliwienie uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Natomiast Koncepcja Programowa stanowi materiał wykonywany po uzyskaniu decyzji właściwego organu o środowiskowych uwarunkowaniach dla wybranego wariantu przebiegu drogi i stanowi uszczegółowienie rozwiązań technicznych, przedstawieniem wariantowo: niwelety, węzłów, skrzyżowań, obiektów inżynierskich, układu dróg poprzecznych oraz dróg zapewniających dojazd do działek. Zakres przedmiotowy obu dokumentów jest zatem zupełnie odmienny i nie sposób stawiać pomiędzy nimi znaku równości. Odwołujący nie twierdził również, że w zakresie zakwestionowanym przez Zamawiającego miał wykonywać jakiegokolwiek opracowanie w zakresie Projektu budowlanego. Odwołujący podał Zamawiającemu informacje wskazujące na opracowanie przez Pana R.D. trzech opracowań w zakresie Koncepcji Programowej oraz jednego Projektu Budowlanego, w sposób, który mógł wywołać u Zamawiającego przekonanie o spełnieniu przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że ww. osoba wykonała cztery opracowania spełniające wymagania określone w SIWZ. Gdyby Zamawiający, oparł się tylko na podstawie informacji przekazanych przez

Odwołującego to mógłby stwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego.

Nawet w sytuacji, gdyby Zamawiający rzeczywiście z innych źródeł posiadał wiedzę o rzeczywistym stanie faktycznym „od początku”, to okoliczność taka nie wpływałaby na ocenę podania wprowadzających w błąd informacji przez Odwołującego. Fakt, że dla stwierdzenia niezgodności ze stanem rzeczywistym treści oświadczenia zawartego w wykazie osób Zamawiający musiał się posłużyć informacjami nie wynikającymi z tego oświadczenia, przesądzał o podaniu informacji wprowadzających w błąd, gdyż bez „zewnętrznych” informacji Zamawiający uznałby oświadczenia Odwołującego za prawdziwe.

Na potwierdzenie weryfikacji informacji podanych przez Odwołującego Zamawiający w toku rozprawy złożył następujące dowody:

1. Wydruk e-mail'a z 27 sierpnia 2019 r. - informacja od rzeszowskiego oddziału Zamawiającego - dowód nr 2,
2. Wydruk e-mail'a z 12 września 2019 r. - informacja od lubelskiego oddziału Zamawiającego - dowód nr 3,
3. Wydruk metryczki koncepcji programowej zadania "Budowa drogi ekspresowej S19 Kuźnica - Barwinek - dowód nr 4,

4. Kserokopia korespondencji z 29 października 2013 roku dotycząca zmiany na stanowisku Głównego projektanta inwestycji dot. budowy drogi ekspresowej Nisko - Stobierna - dowód nr 5.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zarzut nr 1 nie potwierdził się.

Zgodnie z punktem 7.2.3. IDW o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału osobowego. Wykonawcy musieli zatem wskazać osoby, które miały uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się odpowiednimi kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i wykształceniem odpowiednim do funkcji, jakie miały być im powierzone. Osoba proponowana do pełnienia funkcji Głównego Projektanta branży drogowej zgodnie z przytoczonym postanowieniem IDW musiała dysponować następującym minimalnym doświadczeniem i kwalifikacjami:

„ - osoba ta musi wykazać, że wykonała/opracowała na stanowisku projektanta drogowego 2 opracowania w zakresie Koncepcji programowej lub Projektu Budowlanego dla budowy drogi krajowej klasy A lub S lub GP albo ulicy klasy S lub GP o dł. min. 5 km;

- osoba ta musi posiadać uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności drogowej”.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba stwierdziła, że sposób, w jaki Odwołujący na potrzeby wykazania spełnienia powyższego udziału warunku w postępowaniu wypełnił stanowiący załącznik do oferty Formularz 2.2 był zgodny z opisem w uzasadnieniu odwołania. Między stronami nie było sporu, co do przedstawionego w uzasadnieniu odwołania stanu faktycznego w zakresie czynności dokonanych przez Zamawiającego w ramach oceny oferty Odwołującego oraz ich chronologii, wobec czego Izba uznała, że odpowiada on prawdzie.

W oparciu o dowody o numerach od 2 do 5 Izba uznała, że prawidłowe były także ustalenia Zamawiającego, co do faktycznego doświadczenia Pana R.D. i zadań jakie wykonywał, wobec czego Izba stwierdziła, że informacje zawarte w punktach od 1 do 3 Formularza 2.2 stanowiącego załącznik do oferty Odwołującego były obiektywnie nieprawdziwe.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W przedmiotowej sprawie nie budzi wątpliwości, że dane na temat doświadczenia zawodowego Pana R.D., które Odwołujący zawarł w Formularzu 2.2 mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd - skutek taki nie nastąpił ze względu na fakt, iż Zamawiający dokonał samodzielnej weryfikacji tych informacji. Dlatego Izba uznała za nietrafny argument Odwołującego, że niemożliwe było wprowadzenie w błąd Zamawiającego, ponieważ od początku był on świadomy stanu faktycznego - sporne zadania, których realizację Odwołujący przypisał Panu R.D. wykonane zostały na rzecz oddziałów Zamawiającego.

Obowiązkiem biorących udział w postępowaniu wykonawców jest podawanie zamawiającym prawdziwych, rzetelnych informacji. Uniknięcie wprowadzenia w błąd na skutek działań własnych zamawiającego nie wyłącza odpowiedzialności wykonawcy wynikającej z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. W przedmiotowej sprawie Zamawiający sprawdził dane dot. doświadczenia Pana R.D. w oparciu o wiedzę innych oddziałów GDDKiA i dopiero

wówczas doszedł do przekonania, że stan przedstawiony w Formularzu 2.2 Odwołującego nie odpowiada prawdzie. Nie wystąpiła tu zatem sytuacja, w której wprowadzenie zamawiającego w błąd nie mogło wystąpić - informacje wskazane przez Odwołującego nie były w sposób oczywisty nieprawdziwe.

Niewątpliwym jest również fakt, że dane dotyczące doświadczenia zawodowego Pana R.D. mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu - brak weryfikacji tych danych przez Zamawiającego mógł doprowadzić do wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Dla zaistnienia skutku w postaci wykluczenia z postępowania nie ma znaczenia kwestia winy wykonawcy, który przekazał zamawiającemu wprowadzające w błąd informacje. Istotne jest, że do takiego skutku może dojść w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa tego wykonawcy. W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie budzi wątpliwości fakt, że również ta przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp została wypełniona. W toku rozprawy Odwołujący nie kwestionował prawidłowości ustaleń Zamawiającego w zakresie doświadczenia Pana R.D. - Odwołujący podnosił, że nie był świadomy, iż posłużył się nieprawdziwymi informacjami, wobec czego działał w dobrej wierze, więc nie można mu przypisać winy. Izba wskazuje jednak, że przesłanka winy określona została w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów”. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, co w ocenie Izby było działaniem uzasadnionym i prawidłowym.

Zarzut nr 2 nie potwierdził się.

Pismem z 4 września 2019 roku Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie:

„Wykonawca w złożonym Formularzu 2.2. do pełnienia funkcji Głównego Projektanta specjalności drogowej zaproponował Pana R.D., oświadczając, że osoba ta posiada doświadczenie przy realizacji następujących zadań

1. Opracowanie STEŚ i koncepcji programowej drogi S19 na odcinku Lutoryż - Barwinek, dł. 97 km, droga klasy S, Pełniona funkcja: Projektant drogowy,
2. Opracowanie STEŚ i koncepcji programowej drogi S19 na odcinku koniec obwodnicy Lublina - granica woj. lubelskiego i podkarpackiego, dł. 36,7 km, droga klasy S, Pełniona funkcja: projektant drogowy,
3. Opracowanie STEŚ i koncepcji programowej drogi S19 na odcinku węzeł Zapacz - Sokołów Małopolski, dł. 43 km, droga klasy S, Pełniona funkcja: projektant drogowy,
4. Opracowanie projektu budowlanego autostrady A4 na odcinku Radymno - Korczowa, dł. 22 km, droga klasy A, Pełniona funkcja: projektant drogowy.

Z danych posiadanych przez Zamawiającego wynika, iż Pan R.D. na zadaniach pn.: Opracowanie STEŚ i koncepcji programowej drogi S19 na odcinku Lutoryż - Barwinek, Opracowanie STEŚ i koncepcji programowej drogi S19 na odcinku koniec obwodnicy Lublina - granica woj. lubelskiego i podkarpackiego oraz Opracowanie projektu budowlanego autostrady A4 na odcinku Radymno - Korczowa nie pełnił funkcji projektanta drogowego, a na zadaniu pn.: Opracowanie STEŚ i koncepcji programowej drogi S19 na odcinku węzeł Zapacz - Sokołów Małopolski brał udział jedynie w opracowaniu STEŚ Etap II dla tego odcinka”.

11 września 2019 r. Odwołujący udzielił na powyższe wezwanie następującej odpowiedzi:

„W odpowiedzi na pismo z dnia 4 września 2019 r. potwierdzamy, że p. R.D., główny projektant drogowy, jako pracownik firmy A. uczestniczył w realizacji następujących zadań:

1. Opracowanie STEŚ II drogi S19 na odcinku Lutoryż - Barwinek, dł. 97 km.
2. Opracowanie STEŚ i koncepcji programowej drogi S19 na odcinku koniec obwodnicy Lublina - granica woj. lubelskiego i podkarpackiego, dł. 36,7 km - załączamy stronę projektu z podpisem w tabeli rysunku, potwierdzające, że pełnił on funkcję projektanta.
3. Opracowanie STEŚ i koncepcji programowej drogi S19 na odcinku węzeł Zapacz -

Sokołów Małopolski, dł. 43 km - załączamy stronę projektu z podpisem w tabeli rysunku oraz pismo zatwierdzające osoby projektantów, potwierdzające, że pełnił on funkcję projektanta.

4. Opracowanie projektu budowlanego autostrady A4 na odcinku Radymno - Korczowa, dł. 22 km. - załączamy stronę projektu z podpisem w tabeli rysunku, potwierdzające, że pełnił on funkcję projektanta".

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wskazał, że sprostowanie informacji dotyczącej inwestycji określonej w punkcie pierwszym powinno stanowić podstawę do uznania, że dokonał on skutecznego samooczyszczenia w rozumieniu art. 24 ust. 8 Pzp.

Art. 24 ust. 8 Pzp stanowi, że wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu.

Literalne brzmienie przytoczonego przepisu wskazuje, że podstawowym warunkiem uznania samooczyszczenia za skuteczne jest przedstawienie wymienionych w treści przepisu dowodów przez dokonującego procedury self-cleaning'u wykonawcę. Samo sprostowanie nierzetelnej informacji nie jest takim dowodem.

Art. 24 ust. 8 Pzp wskazuje, że to podlegający wykluczeniu wykonawca ma być stroną aktywną self-cleaning'u, a podjęte przez niego działania mają jednoznacznie zmierzać do uniknięcia wykluczenia z postępowania. Samooczyszczenie nie może zatem zostać przeprowadzone w sposób dorozumiany. Tymczasem w wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego 11 września 2019 r. nie ma jakiegokolwiek informacji wskazującej na wolę dokonania samooczyszczenia przez tego wykonawcę. Zadaniem zamawiającego jest ocena złożonych przez wykonawcę dowodów, o których mowa w art. 24 ust. 8 Pzp, co wprost wynika z art. 24 ust. 9 Pzp: „Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8”. Oczekiwanie, że zamawiający uzna za prawidłowo dokonane samooczyszczenie sprostowanie przez wykonawcę nieprawidłowych informacji w ocenie Izby nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach prawa. Co szczególnie istotne - Odwołujący sprostował informacje dotyczące tylko jednej spośród z trzech inwestycji, na realizację których powołał się w celu wykazania należytego doświadczenia Pana R.D.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała zarzut nr 2 odwołania za niezasadny i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).