

WYROK
z dnia 28 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu **27 października 2020 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28 września 2020 r.** przez wykonawcę **A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AC DROGA A. C., ul. Rotmistrza W. Pileckiego 16/25, 62-400 Sępólno** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Sępolski, ul. Poznańska 20, 62-400 Sępólno**

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez nieuzasadnione uznanie, iż Odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia bez uzasadnienia faktycznego i dokonanie nieprawidłowej ich oceny oraz nieprawidłowej kwalifikacji, a także nieprawidłowej subsumpcji normy prawnej. W pozostałym zakresie oddać odwołanie.**
- 2. kosztami postępowania obciążyć Powiat Sępolski, ul. Poznańska 20, 62-400 Sępólno i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AC DROGA A. C., ul. Rotmistrza W. Pileckiego 16/25, 62-400 Sępólno tytułem wpisu od odwołania;**
 - 2.2. zasądza od Powiatu Sępolskiego, ul. Poznańska 20, 62-400 Sępólno rzecz A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AC DROGA A. C., ul. Rotmistrza W. Pileckiego 16/25, 62-400 Sępólno kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok -

w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koninie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone trybie przetargu nieograniczonego na: „*Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nad realizacją przedsięwzięcia pn. Budowa nowego odcinka drogi powiatowej nr 3040P pomiędzy m. Powidz a m. Niezgoda oraz rozbudowę drogi powiatowej nr 3054P na odcinku Niezgoda - Kochowo, prowadzonego w formule „zaprojektuj i wybuduj” - znak sprawy BZP.272.15.2020 zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 578358 - N - 2020, data zamieszczenia 26.08.2020 r. przez Powiat Sępolski, ul. Poznańska 20, 62-400 Sępólno zwane dalej: „Zamawiającym”.*

W dniu 23.09.2020 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” firmy A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AC DROGA A. C., ul. Rotmistrza W. Pileckiego 16/25, 62-400 Sępólno zwanego dalej: „AC DROGA A. C.” albo „Odwołującym”. Stwierdził:

„W dniu 14 września 2020 r. do Zamawiającego wpłynęła informacja, zgodnie z którą wskazany w ofercie przez Wykonawcę AC Droga A. C., Koordynator Zespołu Inżyniera Kontraktu tj. Pan P. B. nie posiada doświadczenia wskazanego w treści oferty tj.

- w pkt. 1 tabeli tj. doświadczenia na stanowisku Inspektora Nadzoru robót drogowych na budowie drogi wojewódzkiej nr 196 Obwodnica m. Murowana Goślina — budowa obwodnicy o długości 9,3 km przy wartości kontraktu 81.323.116,86 zł brutto w okresie od 19.07.2010 r. do 19.12.2011 r. W ww. inwestycja realizowana przez Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu była nadzorowana przez Pana G. M. z firmy zewnętrznej, świadczącej nadzór tj. Zachodnie Centrum Konsultingowe EURO INWEST sp. z o.o., a Pan P. B. jako pracownikatowy WZDW pełnił funkcję Kierownika Projektu.

- w pkt. 2 tabeli na stanowisku Inspektora Nadzoru robót drogowych na Rozbudowie drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań-Murowana Goślina-Wągrowiec na odcinku Murowana Goślina-Wągrowiec w systemie zaprojektuj i wybuduj, o wartości kontraktu 69.000.000,00 zł brutto, w okresie od 22.08.2012 r. do 28.11.2014 r. Nadzór inwestorski, przy tej inwestycji został zlecony firmie zewnętrznej Lafrentz Polska sp. z o.o., a bezpośredni nadzór inwestorski nad inwestycją pełnił Pan J. W. .

W związku z otrzymanymi informacjami Zamawiający w dniu 14 września 2020 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty we wskazanym powyżej zakresie wraz z przedłożeniem dowodów, potwierdzających prawdziwość złożonych oświadczeń.

W dniu 18 września 2020 r. do Zamawiającego wpłynęła odpowiedź Wykonawcy, który podał, że w załączeniu przekazuje pismo Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu znak: WZDW.WR1.0702-7/20 z dnia 17

września 2020 r., potwierdzające jednoznacznie okresy, w których Pan P. B. wskazany w ofercie do pełnienia funkcji koordynatora zespołu inżyniera kontraktu pełnił funkcję inspektora nadzoru robót drogowych. Na potwierdzenie wartości robót dla przedstawionych zadań nadzorowanych przez Pana P. B., Wykonawca wskazał link do strony internetowej WZDW w Poznaniu.

W treści pisma z dnia 17 września 2020 r. Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu podał wprost, że Pan P. B. :

1. Na zadaniu Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań-Murowana Goślina - Wągrowiec w terminie od dnia 22.08.2012 r. do dnia 02.11.2012 r. i od dnia 31.01.2014 r. do dnia 28.11.2014 r. pełnił funkcję inspektora nadzoru, natomiast od dnia 2.11.2012 do dnia 31.01.2014 r. nadzorował ww. budowę w charakterze Kierownika Projektu.

2. Na zadaniu Budowa obwodnicy miasta Murowana Goślina w ciągu drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań- Murowana Goślina- Wągrowiec w terminie od dnia 19.07.2010 do dnia 19.12.2011 r. nadzorował roboty na ww. budowie w charakterze Kierownika Projektu zgodnie z zaświadczeniem z dnia 18.12.2019 r., natomiast w dniach od 12.07.2012 r. do dnia 24.07.2012 r. pełnił funkcję Inspektora Nadzoru.

Z kolei z informacji podanych na stronie internetowej WZDW w Poznaniu, wskazanych przez Wykonawcę:

w odniesieniu do zadania dot. Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań-Murowana Goślina —Wągrowiec widnieje informacja o nadzorze inwestorskim prowadzonym przez Lafrentz Polska sp. z o.o. Informacje są dostępne pod adresem:

- pod adresem: <https://wzdw.pl/inwestycje/wrpo/104-droga-nr-196> dla zadania Budowa obwodnicy miasta Murowana Goślina w ciągu drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań- Murowana Goślina- Wągrowiec nadzór inwestorski pełniła firma Zachodnie Centrum Konsultingowe EURO INVEST sp. z o.o.

Dodatkowo w dniu 21 września 2020 r. Zamawiający otrzymał kopię dziennika budowy dla inwestycji Budowa obwodnicy miasta Murowana Goślina w ciągu drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań- Murowana Goślina-Wągrowiec, z którego wynika, że inspektorem nadzoru na przedmiotowej inwestycji, przez cały okres jej trwania do zakończenia robót był Pan G. M. .

W świetle treści oferty i otrzymanych wyjaśnień do oferty, a także dodatkowych informacji otrzymanych przez Zamawiającego, wskazanych powyżej tj., na stronie internetowej WZDW i w dzienniku budowy inwestycji pn.: Budowa obwodnicy miasta Murowana Goślina w ciągu drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań- Murowana Goślina- Wągrowiec , Zamawiający uznał, iż oferta złożona przez AC Droga A. C. wprowadziła Zamawiającego w błąd co do pozacenowego kryterium oceny ofert, jakim było Doświadczenie koordynatora zespołu inżyniera kontraktu.

W treści złożonej oferty Wykonawca AC Droga A. C. oświadczył, że Pan P. B. proponowany do realizacji przedmiotowego zamówienia w zakresie funkcji koordynatora Zespołu Inżyniera Kontraktu posiada następujące doświadczenie:

L.p	Nazwa inwestycji Podmiot na rzecz którego inwestycja została wykonana	Pełniona funkcja/ Zakres wykonywanych czynności	Wartość kontraktu	Termin pełnionej funkcji data rozpoczęcia (dzień, m-c, rok) data zakończenia (dzień, m-c, rok)
1,	Droga Wojewódzka nr 196 Obwodnica m. Murowana Goślina — budowa obwodnicy o dł 9,3 km Inwestor: Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu ul. Wilczak 51	Inspektor Nadzoru Robót Drogowych	81.323.116,86 zł brutto	19.07.2010 19.12.2011
2.	Rozbudowa Drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań — Murowana Goślina-Wągrowiec na odcinku Murowana Goślina — Wągrowiec w systemie zaprojektuj i wybuduj Inwestor: Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu ul. Wilczak 51	Inżynier-Inspektor Nadzoru Robót Drogowych	69 000 000,00 zł	22.08.201228.11.2014

W związku z powyższym w zakresie kryterium doświadczenie zawodowe koordynatora Zespołu Inżyniera

Kontraktu w pkt. 1 tabeli dla inwestycji pn.: Droga Wojewódzka nr 196 Obwodnicą. Murowana Goślina — budowa obwodnicy o dł 9,3 km, zostało zawarte nieprawdziwe oświadczenie, wskazujące na okres pełnienia funkcji inspektora nadzoru, bowiem jak wynika z pisma WZDW w Poznaniu oraz informacji zawartej na stronie internetowej WZDW, a ponadto w dzienniku budowy dla tej inwestycji, w okresie od 19 lipca 2010 r. do dnia 19 grudnia 2011 r. Pan P. B. był Kierownikiem Projektu, a zatem nie pełnił w tym okresie funkcji Inspektora nadzoru robót drogowych, jak podał w ofercie Wykonawca.

Wykonawca działając z należytą starannością musiał mieć świadomość, że doświadczenie koordynatora zespołu inżyniera kontraktu wymagane w ramach kryterium pozacenowego musiało zostać zdobyte na konkretnym stanowisku tj. Inspektora nadzoru robót drogowych. Do pełnienia tej funkcji wymagane są odpowiednie uprawnienia budowlane.

Jeżeli zatem doświadczenie zdobyte w ramach wskazanego w pkt. 1 tabeli zadania nie było realizowane na stanowisku wymaganym przez Zamawiającego, to nie został spełniony wymóg w tym zakresie opisany w SIWZ. Tym samym oświadczając w formularzu ofertowym, że Pan P. B. posiada doświadczenie zgodne z opisem kryterium, Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd.

Ponadto w zakresie kryterium doświadczenie zawodowe koordynatora Zespołu Inżyniera Kontraktu wpkt. 2 tabeli dla inwestycji pn.: Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań-Murowana Goślina — Wągrowiec, Wykonawca wskazał doświadczenie na stanowisku inspektora nadzoru robót drogowych w terminie od 22.08.2012 r. do 28.11.2014 r. Tymczasem, jak wynika z pisma WZDW w Poznaniu, Pan P. B. pełnił funkcję inspektora nadzoru w terminie od dnia 22.08.2012 r. do dnia 02.11.2012 r. i od dnia 31.01.2014 r. do dnia 28.11.2014 r., natomiast od dnia 2.11.2012 do dnia 31.01.2014 r. nadzorował ww. budowę w charakterze Kierownika Projektu. Wykonawca w treści ofert zawarł nieprawdziwe oświadczenie, wskazujące na okres pełnienia funkcji inspektora nadzoru robót drogowych od dnia 22.08.2012 r. do 28.11.2014 r., podczas, gdy nadzór nad przedmiotową inwestycją był przez niego pełniony w ograniczonym zakresie.

Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, iż Pan P. B. pełnił funkcję inspektora nadzoru robót drogowych na zakończonym kontrakcie, dotyczącym budowy/przebudowy/rozbudowy dróg o wartości minimum 20.000.000, 00 zł, mimo wezwania Zamawiającego, a przedstawione przez niego pismo WZDW w Poznaniu, wskazuje, że w terminach podanych przez Wykonawcę w ofercie p. P. B. nie pełnił funkcji inspektora nadzoru robót drogowych na zakończonych kontraktach, dotyczących budowy/przebudowy/rozbudowy dróg o wartości robót minimum 20.000.000,00 zł brutto.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy prawo zamówień publicznych, 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.

Bez wątpienia informacje podane przez Wykonawcę w treści oferty, a dotyczące pozacenowego kryterium oceny ofert, mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy prawo zamówień publicznych, Zamawiający wyklucza Wykonawcę AC Droga A. C. ul. Rtm. W. Pileckiego ..., 62-400 Słupca. Na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy prawo zamówień publicznych, ofertę Wykonawcy wykluczonego, uważa się za odrzuconą."

W dniu 08.10.2020 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej Wykonawcy – Konsorcjum Firm: 1) M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane CAMINO M. K.(Lider konsorcjum); 2) Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o., ul. Klonowa 10, 55-002 Kamieniec Wrocławski (Partner konsorcjum); z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Grzybowa 3/4,62-030 Luboń zwany dalej: 'Konsorcjum Camino'.

W dniu 28.09.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) AC DROGA A. C. wniośł odwołani na ww czynność z 23.09.2020 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (e-mailem). Zarzucił:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez uznanie, iż Odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia bez uzasadnienia faktycznego i dokonanie nieprawidłowej ich oceny oraz nieprawidłowej kwalifikacji, a także nieprawidłowej subsumpcji normy prawnej,

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez bezzasadne uznanie, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd Zamawiającego, mogącą mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem Wykonawcy z postępowania, podczas gdy w niniejszej sprawie nie zaistniały kumulatywnie przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a Zamawiający nie wykazał stopnia winy Odwołującego,

3. art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nieprawidłowe sporządzenie uzasadnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania w sposób ogólny, bez wskazania i odniesienia się do występowania kumulatywnie przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a także bez wskazania jakie to informacje Zamawiający uznał za prawdziwe, a jakie za nieprawdziwe i wywodzi z nich daleko idące skutki sankcyjne dla Odwołującego z jednoczesnym brakiem określenia stopnia winy w działaniu lub zaniechaniu Odwołującego i przywołania dowodów potwierdzających takie działanie lub zaniechanie Odwołującego;

4. art. 26 ust. 3 i ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub udzielenia dodatkowych wyjaśnień lub przedłożenia dodatkowych dokumentów i oświadczeń, potwierdzających spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy Zamawiający miał co do tej okoliczności wątpliwości bądź niepełną wiedzę, co skutkowało nieprawidłowym ustaleniem stanu faktycznego, a w konsekwencji uznaniu, że Wykonawca spełnia kumulatywnie przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i tym samym wprowadził Zamawiającego w błąd podając nieprawdziwe informacje;

5. art. 26 ust. 2f Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, tym samym zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wszystkich lub niektórych tylko oświadczeń potwierdzających, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, albowiem było to i jest niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na rozbieżności w zakresie składanych oświadczeń wiedzy i woli na podstawie posiadanych przez Odwołującego informacji i zmieniających się danych oraz informacji w toku prowadzonego postępowania, które zostały pozyskane od wystawcy dokumentu tj. Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu w różnym czasie. Wniośł:

1. uwzględnienia odwołania złożonego przez Odwołującego w całości;
2. unieważnienia czynności badania i oceny ofert,

3. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Wykonawcy z postępowania i odrzuceniu jego oferty;
4. dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z dokumentacji postępowania oraz dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności wskazane w niniejszym Odwołaniu.

W postępowaniu Zamawiający zastosował procedurę odwróconą zgodnie z art. 24 aa Pzp. Zgodnie z obowiązującą Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „SIWZ” - cz. V pkt 3 ppkt 3.3.1, warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie, iż Wykonawca ma doświadczenie, w realizacji w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch usług, polegających na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu lub Inwestora zastępczego lub tożsamej funkcji dla projektów o wartości nie mniejszej niż 25 000 000 zł brutto każdy projekt, przy czym co najmniej jeden z ww. projektów był wykonany w systemie zaprojektuj i wybuduj. Zgodnie z SIWZ cz. V pkt 3 ppkt 3.3.2 lit. e), Wykonawca musi wykazać dysponowanie kluczowym zespołem, posiadającym kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie i wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia, składającym się m.in. z jednej osoby posiadającej odpowiednie kwalifikacje zawodowe i uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej, posiadającej uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej drogowej zgodnie z ustawą Prawo budowlane lub uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń; posiadającej wykształcenie wyższe techniczne i doświadczenie zawodowe na stanowisku inspektora nadzoru robót drogowych. Osoba ta ma pełnić funkcję Koordynatora Zespołu Inżyniera Kontraktu. Zgodnie z SIWZ cz. XIII pkt 2 Tabela - Zamawiający wskazuje w opisie kryterium pozacenowego „Doświadczenie zawodowe Koordynatora Zespołu Inżyniera Kontraktu” o wadze 40%. Zamawiający wskazuje, że ocenie podlegać będzie doświadczenie zawodowe na stanowisku inspektora nadzoru robót drogowych zdobyte w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert przy co najmniej 1 zakończonym kontrakcie dotyczącym budowy/przebudowy/rozbudowy dróg o wartości robót minimum 20 000 000 zł brutto i tu Zamawiający przydzieli 20 pkt, a w przypadku wykazania się doświadczeniem zawodowym co najmniej 2 zakończonych kontraktów budowy/przebudowy/rozbudowy dróg o wartości robót minimum 20 000 000 zł brutto każdy, to w takim przypadku Zamawiający przydzieli 40 pkt. Wykonawca, którego oferta została najwyższej oceniona zobowiązany był, na wezwanie Zamawiającego, do złożenia m.in. wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za nadzór nad robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami. W odpowiedzi na ogłoszenie o przetargu nieograniczonym, w dniu 02.09.2020 r. Odwołujący złożył ofertę. W treści oferty jako osobę proponowaną do realizacji zamówienia w zakresie pełnienia funkcji Koordynatora Zespołu Inżyniera Kontraktu wskazał p. P. B. .

Odnosnie wymaganego doświadczenia, w formularzu ofertowym Odwołujący wskazał, iż p. P. B. pełnił funkcję Inspektora Nadzoru Robót Drogowych inwestycji „*Droga wojewódzka nr 196 Obwodnica m. Murowana Goślina - budowa obwodnicy o dł. 9,3km*”, (Wartość kontraktu -81.323.116,86 zł brutto) w okresie od dnia 19.07.2010 r. do dnia 19.12.2011 r., jak również Inżyniera - Inspektora Nadzoru Robót Drogowych inwestycji „*Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań - Murowana Goślina - Wągrowiec na odcinku Murowana Goślina - Wągrowiec w systemie zaprojektuj i wybuduj*” (wartość kontraktu - 69.000.000,00 zł brutto) w okresie od dnia 22.08.2012 r. do dnia 28.11.2014 r. W przypadku obu kontraktów inwestorem był Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu i to stamtąd Odwołujący pozyskał taką informację. Dodatkowo Wykonawca złożył oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania oraz oświadczenie w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w SIWZ w cz. V, a także oświadczenie, iż polega na zasobach następującego podmiotu - PHU BAUMARK ul. Świętojańska 106, 07-202 Wyszków, NIP:7621186909 w zakresie: wiedza i doświadczenie.

Pismem z 04.09.2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia oświadczenia o zobowiązaniu podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia poprzez wskazanie sposobu wykorzystania udostępnionych zasobów oraz zakresu udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia, jak również podania informacji, czy Wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom. Odwołujący wykonał zobowiązanie, w piśmie z dnia 07 września 2020r. informując, że PHU BAUMARK będzie realizowało jako podwykonawca usługę Inżyniera Kontraktu poprzez oddanie do dyspozycji Wykonawcy osoby wskazanej w ofercie oraz zasobów w postaci Inspektorów nadzoru inwestorskiego, załączając też oświadczenie PHU BAUMARK uszczegóławiające zakres udziału podwykonawcy oraz sposobu wykorzystania udostępnionych zasobów.

Pismem z 07.09.2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów i oświadczeń, m.in. wykazu wykonanych usług i osób. Odwołujący wykonał wezwanie Zamawiającego, w piśmie z dnia 10 września 2020r. załączając wykaz usług i osób. W tym ostatnim znajduje się informacja, iż p. P. B. posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń 79/85/Pw do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w zakresie dróg. Jako zakres wykonywanych czynności przez wskazaną osobę Odwołujący podał: „Inżynier- Inspektor Nadzoru Robót Drogowych”. Odwołujący wskazał również na fakt dysponowania pośredniego czynnościami realizowanymi przez p. P. B. .

Pismem z 11.09.2020 r. Zamawiający wskazał, iż „pełnienie nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi dla zadania Rozbudowa drogi krajowej nr 63 na odcinku przejścia przez Kolno - w systemie zaprojektuj i wybuduj”, wymienione w wykazie usług, nie spełnia wymagań Zamawiającego co do przedmiotu tej usługi, ponieważ obejmuje swoim zakresem wyłącznie usługę nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi, a nie usługę polegającą na pełnieniu funkcji inżyniera kontraktu lub inwestora zastępczego lub tożsamyh funkcji.

Wezwał również Wykonawcę do uzupełnienia wykazu osób, jak również do wskazania, na czym będzie polegało oddanie do dyspozycji osoby mającej sprawować funkcję Koordynatora Zespołu Inżyniera Kontraktu. W odpowiedzi z dnia 14 września 2020r. Odwołujący wyjaśnił, iż w jego ocenie usługa spełnia wszystkie warunki postawione przez Zamawiającego zgodnie z dokumentacją przetargową, a osoba wskazana w ofercie na stanowisko Inżyniera tj. p. P. B., jak i inspektorzy branżowi wskazani w wykazie osób są/będą zatrudnieni do realizacji przedmiotowego kontraktu przez podmiot trzeci, czyli PHU BAUMARK i zostaną oddelegowani do pełnienia powierzonych im funkcji na podstawie umowy zawartej pomiędzy firmą AC DROGA A. C., a podmiotem trzecim.

Pismem z 14.09.2020 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie kryterium doświadczenia Koordynatora Zespołu Inżyniera Kontraktu. Wedle treści pisma, w dniu 14.09.2020 r. do Zamawiającego wpłynęła informacja, zgodnie z którą Koordynator Zespołu inżyniera Kontraktu nie posiada wymaganego

doświadczenia wskazanego w treści oferty.

Według Zamawiającego, Odwołujący wskazał na doświadczenie p. P. B. na stanowisku Inspektora Nadzoru robót drogowych na budowie drogi wojewódzkiej nr 196 Obwodnica m. Murowana Goślina - budowa obwodnicy o długości 9,3 km przy wartości kontraktu 81.323.116,86 zł brutto w okresie od dnia 19.07.2010 r. do dnia 19.12.2011 r., gdy tymczasem wyżej wskazana inwestycja była realizowana przez Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu i była nadzorowana przez Pana G. M. z firmy zewnętrznej świadczącej nadzór tj. Zachodnie Centrum Konsultingowe EURO INWEST sp. z o.o., a p. P. B. jako pracownik etatowy Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu pełnił funkcję Kierownika Projektu.

W odpowiedzi z dnia 15.09.2020r. Odwołujący wyjaśnił, iż przystępując do postępowania przetargowego i podając zakres doświadczenia p. P. B., opierał się na zaświadczeniu wydanym przez Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, z którego wynikało, że Pan P. B. pełnił nadzór nad wskazanymi inwestycjami.

Odwołujący uszczegółowił, iż p. P. B. pełnił funkcję Inspektora nadzoru robót drogowych na zadaniu pod nazwą „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań - Murowana Goślina - Wągrowiec na odcinku Murowana Goślina - Wągrowiec” od dnia 31.01.2014r. do dnia 02.04.2014r. po wygaśnięciu umowy na nadzór z firmą Lafrentz Polska Sp. z o.o. Odwołujący przekazał także dokument - pismo WZDW.21.2221-3-78/10/11/12 - zgłoszenie zmiany inspektora nadzoru na podstawie zmiany decyzji ZRID - z którego wynika, że od dnia 12 lipca 2012 r. funkcję Inspektora nadzoru pełnił p. P. B. .

Uzupełniając pismo z 17.09.2020r. wysłane przez Odwołującego załączył pismo otrzymane z Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu znak: WZDW.WRI.0702-7/20 z 17.09.2020r. potwierdzające jednoznacznie okresy, w których p. P. B. wskazany w ofercie do pełnienia funkcji Koordynatora Zespołu Inżyniera Kontraktu pełnił funkcję Inspektora nadzoru robót drogowych.

Pismem z 22.09.2020r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wykluczeniu AC DROGA A. C. ze względu na fakt, iż zdaniem Zamawiającego zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wykonawca 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. Bez wątpienia informacje podane przez Wykonawcę w treści oferty, a dotyczące pozacenowego kryterium oceny ofert, mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, czynność Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującegoz przedmiotowego postępowania narusza wprost przepisy Pzp, co uzasadnia wnioski o jej unieważnienie i ponowne, tym razem prawidłowe przeprowadzenie badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, a w konsekwencji wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez bezzasadne uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu jest oczywisty, albowiem w niniejszym stanie faktycznym nie zaistniały kumulatywnie przesłanki wykluczenia Odwołującego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Wskazała, że zgodnie z cz. V pkt 3.3 ppkt 2 1) e) SIWZ, Zamawiający wymagał doświadczenia dla osoby mającej wykonywać funkcję Koordynatora Zespołu Inżyniera Kontraktu następujących kwalifikacji: „odpowiednie kwalifikacje zawodowe - *uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej, (...) uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej drogowej zgodnie z ustawą Prawo budowlane lub uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń; posiadającej wykształcenie wyższe techniczne i doświadczenie zawodowe na stanowisku inspektora nadzoru robót drogowych.*”

Jako iż p. P. B. posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w zakresie dróg nr 79/85/Pw, dysponowanie nim przez Odwołującego spełnia warunki wymagane przez Zamawiającego dotyczące doświadczenia Koordynatora Zespołu Inżyniera Kontraktu. Podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający nie wskazał, aby konieczne było zajmowanie przez taką osobą stanowiska Inspektora nadzoru inwestorskiego w całym okresie realizacji kontraktu. Posiadanie wymaganego doświadczenia będzie przedmiotem oceny w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert obowiązujących w przedmiotowym postępowaniu. Powyższe jest szczególnie istotne z tego powodu, iż Odwołujący przedłożył oświadczenia z których wynika, że p. P. B. posiada właściwe doświadczenie zawodowe wymagane przez Zamawiającego. Po pierwsze nie można uznać, że Zamawiający przedstawił dowód, choćby uprawdopodobnił, że Odwołujący celowo miał wprowadzić w błąd Zamawiającego, skoro posiadane doświadczenie p. P. B. i tak spełniało warunki udziału w postępowaniu i podlegałoby ocenie według reguł określonych w kryteriach pozacenowych określonych w postępowaniu.

W kryterium pozacenowym w cz. XIII pkt 1 ppkt 2, Tabela w SIWZ, Zamawiający wskazał, że ocenie podlegać będzie doświadczenie zawodowe Koordynatora Zespołu Inżyniera Kontraktu na stanowisku Inspektora nadzoru robót drogowych zdobyte w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, przy co najmniej 1 zakończonym kontrakcie dotyczącym budowy/przebudowy/rozbudowy dróg o wartości robót minimum 20 000 000 zł brutto - i tu Zamawiający przydzieli 20 pkt albo/lub/i co najmniej 2 zakończonych kontraktów dotyczących budowy/przebudowy/rozbudowy dróg o wartości robót minimum 20 000 000 zł brutto każdy - i tu Zamawiający przydzieli 40 pkt, z tym zastrzeżeniem, że w tym kryterium pozacenowym Wykonawca może otrzymać 40 pkt.

Co ważne, zgodnie z treścią SIWZ Zamawiający nie wskazał dodatkowych warunków, czy też ograniczeń w tym zakresie np. ograniczenie pełnienia Inspektora nadzoru robót drogowych przez cały okres realizacji kontraktu, a jedynie warunek zakończonego kontraktu (co najmniej 1 zakończony kontrakt lub co najmniej 2 zakończonych kontraktów) i odpowiedniej jego wartości. Mając na uwadze powyższe, dla ustalenia spełniania warunku przez Odwołującego w zakresie doświadczenia zawodowego i osobę wskazaną przez Odwołującego, czyli p. P. B., wystarczającym było pełnienie funkcji Inspektora nadzoru robót drogowych chociażby w ograniczonym czasowo zakresie w kontraktach wskazanych przez Odwołującego w wykazie.

Nawet więc jeśli przyjąć, że rzeczywiście Wykonawca omyłkowo podał błędne daty (precyzyjnie „błędna data”) pełnienia funkcji przez p. P. B. Inspektora nadzoru we wskazanych kontraktach, to taka sytuacja, przy niezmienionej cenie, powinna była i tak doprowadzić Zamawiającego do tej samej decyzji tj. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Tym samym, nie wykazując zaistnienia przesłanki błędnie przekazanych informacji mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Zamawiający nie powinien wykluczyć Odwołującego, którego oferta i tak była najkorzystniejsza, skoro ocena tych informacji po dokonanej korekcie dat w zakresie doświadczenia zawodowego p. P. B. nie uzasadniałaby wykluczenia Odwołującego. Podstawę do takiego

rozumowania i wywodzenia takich twierdzeń, daje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO), jak niżej:

Wyrok KIO z 7.02.2020 r., KIO 140/20, LEX nr 2911862.

Dla zaistnienia przesłanki z art. 24 ust 1 pkt 17 p.z.p., by można było mówić o istotnym wpływie informacji wprowadzających w błąd na decyzje zamawiającego w postępowaniu, konieczne jest wykazanie, że zamawiający podjąłby na podstawie informacji niewprowadzających w błąd inną decyzję niż na podstawie informacji wprowadzających w błąd. (...) Niezależnie od powyższego, skład orzekający podziela pogląd zawarty w treści orzeczenia Sądu Okręgowego w Katowicach z 13 września 2019 r., sygn. akt XIX Ga 953/19, że dla zaistnienia przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, by można było mówić o istotnym wpływie informacji wprowadzających w błąd na decyzje zamawiającego w postępowaniu, konieczne jest wykazanie, że zamawiający podjąłby na podstawie informacji niewprowadzających w błąd inną decyzję niż na podstawie informacji wprowadzających w błąd.

Zauważył, iż skoro nielogiczne byłoby przyjęcie, że wprowadzenie w błąd Zamawiającego miało być celowe, to nadal wysoce wątpliwe jest uznanie, by Odwołujący wykazał się lekkomyślnością lub niedbalstwem w zakresie swojego działania czy też zaniechania, podając informacje stanowiące podstawę przyjęcia takiego rozstrzygnięcia przez Zamawiającego. Odwołujący dochował należytej staranności podmiotu profesjonalnego, opierając się na wcześniejszych pozyskanych informacjach od inwestora - Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, a natychmiast po uzyskaniu skorygowanych danych/informacji, także uzupełnionych (uszczegółowionych przez WZDW) zgłosił je Zamawiającemu, czym swoimi czynnościami wypełnił działanie w zakresie dochowania należytej staranności w toku podejmowania czynności w prowadzonym postępowaniu.

Zauważył, iż Zamawiający nie rozważył ani nie uzasadnił w czynności wykluczenia Odwołującego celowości jego działania lub zaniechania, z jaką postacią winy mamy do czynienia po stronie Odwołującego, czy istnieją podstawy do skorzystania przez Zamawiającego z ustawowej przesłanki wykluczenia Wykonawcy. Tymczasem obowiązek taki jednoznacznie wynika z przepisu prawa tj. art. 24 ust. 17 Pzp, co potwierdza orzecznictwo KIO, jak niżej:

Wyrok KIO z 6.05.2019 r., KIO 682/19, LEX nr 2685643.

Wykluczenie wykonawcy na podstawie art 24 ust 1 pkt 17 p.z.p. możliwe jest w przypadku łącznego wystąpienia okoliczności, o których mowa w tej regulacji. Powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania znajduje zatem zastosowanie, jeżeli wykonawcy będzie można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzi do naruszenia przez niego zobowiązania.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez uznanie, iż Odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, uzasadnia fakt, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, część zakwestionowanych przezeń twierdzeń, danych, informacji była prawdziwa w rozumieniu wytycznych Sądu Najwyższego danych w wyroku z dnia 05 kwietnia 2002r. sygn. akt IICKN 1095/99 (OSNC 2003/3 poz. 42), gdzie „prawda” („prawdziwy” lub „prawdziwość” jakiś twierdzeń) rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli czy też wypowiedzi w znaczeniu logicznym z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”, które strona - w tym przypadku Odwołujący pozyskał). Odpowiada to - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Odwołujący pozyskał stosowne informacje od Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu i uznał je za prawdziwe, czyli zgodne ze stanem faktycznym.

Zgodnie z dziennikiem budowy dla projektu „Droga wojewódzka nr 196 Obwodnica m. Murowana Goślina - budowa obwodnicy o dł. 9,3km” p. P. B. w dniu 12 lipca 2012r. przyjął obowiązki jako inspektor nadzoru, a kierownikiem robót był p. M. B. . Nawet, jeśli wcześniej funkcje te sprawowały inne podmioty, to Zamawiający niezgodnie z prawdą stwierdził w uzasadnieniu czynności wykluczenia, iż funkcji takiej zgłoszona osoba nie pełniła, tym samym Zamawiający nieprawidłowo ocenił przekazane przez Odwołującego informacje w toku postępowania.

Z kolei z protokołów odbioru dla projektu „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań - Murowana Goślina - Wągrowiec” p. P. B. wskazany jest jako członek komisji odbiorowej i był pełniącym obowiązki Inspektora nadzoru, a jego podpis również widnieje na każdym z tych dokumentów. Dotyczy to:

- protokół odbioru częściowego nr 12/2014 roboty zaczęto 13.12.2013 r., zakończono 29.04.14r.
- protokół odbioru częściowego nr 13/2014 roboty zaczęto 29.04.2014 r., zakończono 29.05.14r.
- protokół odbioru częściowego nr 14/2014 roboty zaczęto 29.05.2014 r., zakończono 30.07.14r.
- protokół odbioru częściowego nr 15/2014 roboty zaczęto 30.07.2014 r., zakończono 28.08.14r.
- protokół odbioru częściowego nr 16/2014 roboty zaczęto 29.08.2014 r., zakończono 29.05.14r.
- protokół odbioru ostatecznego nr I/DM/2014

Jako iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie obowiązuje zasada prawdy formalnej, brak dokonania prawdziwych i właściwych ustaleń, tudzież przedstawienia motywów rozstrzygnięcia swojej decyzji przez Zamawiającego w oparciu o wszystkie dostępne informacje i dane, a nie tylko o wybrane dane i informacje, które „pasują do uprzednio obranej tezy” przez Zamawiającego, stanowi kolejne naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Taki też wniosek wynika z analizy dotychczasowego orzecznictwa KIO i Sądu Najwyższego, m.in. jak niżej:

Wyrok KIO z 7.03.2019 r., KIO 271/19, LEX nr 2676523.

Odnosząc się z kolei do kwestii wprowadzenia w błąd zamawiającego izba zwraca uwagę, że jako takie należy bez wątpienia zakwalifikować wszystkie informacje nieprawdziwe, czyli niemające odzwierciedlenia w rzeczywistości. W kwestii rozumienia co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, odwołać się należy do wytycznych dotyczących rozumienia tej kategorii zawartych w wyroku Sądu Najwyższego z 5 kwietnia 2002 r. IICKN1095/99 (OSNC 2003/3 poz. 42). W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy stwierdził (za sądem apelacyjnym), iż pojęcie „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art 780 § 1, art 834, art 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego

Wyrok SN z dnia 5 kwietnia 2002 r., II CKN 1095/99 (OSNC 2003/3 poz. 42)

We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

W związku z tym, oparcie czynności Zamawiającego na nieprawdziwych, choćby częściowo, motywach i ustaleniach stanu faktycznego, stanowi o wadliwości dokonanej czynności wykluczenia Odwołującego przez Zamawiającego. Zamawiający dokonał błędnej oceny stanu faktycznego, nie rozważył wszystkich istotnych informacji przedstawionych przez Odwołującego, w efekcie oparł czynność wykluczenia na nieprawdziwych okolicznościach i nieprawidłowym stanie faktycznym, co więcej nie zwrócił uwagi, że Odwołujący bazował na informacji pierwotnie pozyskanej w dniu 18.12.2019r. z treści wydanego Zaświadczenia z Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, gdzie nie można będzie przypisać mu jakiegokolwiek zawinienia. Odwołujący przyjął za oczywiste, że nie może i nie ma podstawy prawnej, aby kwestionować podane w nim informacje czy też dane, a w szczególności okresy sprawowania funkcji Inspektora przez p. P. B. .

Odwołujący korzystał z domniemania autentyczności treści dokumentu - zaświadczenia wystawionego przez Wielkopolski Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu. Bez względu jaki charakter ma to zaświadczenie tj. czy jest dokumentem urzędowym czy dokumentem prywatnym, to tego typu dokumenty zostały wyposażone przez ustawodawcę w domniemanie autentyczności. Oznacza to, że z samego faktu przedłożenia dokumentu należy wnioskować o jego pochodzeniu od osoby lub organu, który oznaczony jest na dokumencie jako wystawca i co do prawidłowej treści w nim zawartej. Domniemanie to może zostać obalone, gdyż zgodnie z postanowieniami art. 252 Kodeksu postępowania cywilnego strona, która zaprzecza prawdziwości dokumentu urzędowego albo twierdzi, że zawarte w nim oświadczenia organu, od którego dokument ten pochodzi, są niezgodne z prawdą, powinna okoliczności te udowodnić. Ta sama reguła dotyczy także dokumentu prywatnego.

W związku z powyższym Odwołujący mając na uwadze należyta staranność w zakresie przekazywanych informacji Zamawiającemu zarówno pierwotnie, jak i na etapie składania dalszych wyjaśnień wobec czynności dokonywanych przez Zamawiającego, po uzyskaniu sprostowanych (szczegółowych) informacji, pierwotnie wskazanych w Zaświadczeniu pochodzącym od Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, już w dniu 17.09.2020r. przekazał skorygowane daty pełnienia funkcji Inspektora nadzoru do Zamawiającego. Dlatego zdaniem Odwołującego nie można mu przypisać lekkomyślności czy też niedbalstwa w przekazywaniu informacji pochodzących bezpośrednio od podmiotu trzeciego jakim jest Wielkopolski Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, które w wyniku samokontroli (autokorekty) dokonał ten sam podmiot, który wystawił pierwotne zaświadczenie, a następnie je zmienił.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie uzasadnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Wykonawcy z postępowania w sposób lakoniczny i ogólny, nie odnoszący się do poszczególnych przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp uzasadnia fakt, iż całość rozważań dotyczących subsumpcji norm prawnych do stanu faktycznego postępowania sprowadzono do zacytowania treści przepisu wraz z dodatkiem, iż *„Bez wątpienia informacje podane przez Wykonawcę w treści oferty, a dotyczące pozacenowego kryterium oceny ofert, mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”*. Po opisanu stanu faktycznego postępowania, Zamawiający nie wskazał jednak ani trochę bardziej szczegółowo, które z przekazanych informacji uznaje za nieprawdziwe, jaki mają/miałyby wpływ na postępowanie, jakie i dlaczego oraz które z przesłanek zastosowanego przepisu zachodzą w związku z działaniem i zaniechaniem Odwołującego, czy zachodziły one kumulatywnie, a jeżeli tak, to na jakich zasadach, czy zachodzi lekkomyślność czy niedbalstwo w działaniu/zaniechaniu Odwołującego. W praktyce utrudnia to, a nawet uniemożliwia prawidłową kontrolę odwoławczą i już samo w sobie, uzasadnia kolejny zarzut naruszenia prawa. Narusza to również zasadę równego traktowania wykonawców, skoro pozbawia Odwołującego możliwości oceny zasadności podjętej decyzji przez Zamawiającego i dostosowanie swoich działań do wymagań Zamawiającego, co w przypadku zastosowania przez Zamawiającego procedury odwróconej powoduje, że pozostali wykonawcy będą mieli taką możliwość na kolejnym etapie prowadzonego postępowania. Pogląd ten jest ugruntowany w orzecznictwie KIO, o czym świadczy np.:

Wyrok KIO z 26.09.2019 r., KIO 1754/19, LEX nr 2726587.

Podkreślenie wymaga, jak czyniła to już Izba kilkakrotnie, że dla zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp niezbędne jest spełnienie wszystkich wskazanych w nim przesłanek. Zaś samo zacytowanie brzmienia tego przepisu nie może zostać uznane za wykazanie podstawy wykluczenia.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub udzielenia dodatkowych wyjaśnień lub dokumentów, potwierdzających spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy Zamawiający miał co do tej okoliczności wątpliwości bądź niepełną wiedzę, co skutkowało nieprawidłowym ustaleniem, że Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd jest uzasadniony przez fakt, że Odwołujący w swoich wyjaśnieniach natychmiast po wykryciu rozbieżności wnosił o możliwość ich weryfikacji i przedstawienia poprawnych danych, jednak Zamawiający takiej możliwości nie dał, zamiast tego wykluczył Wykonawcę, co nie jest prawidłowym działaniem w przypadku badania i oceny oferty najkorzystniejszej. Ten zarzut łączy się także z zarzutem naruszenia art. 26 ust. 2f Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, tym samym zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wszystkich lub niektórych tylko oświadczeń potwierdzających, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, albowiem było to i jest niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na rozbieżności w zakresie składanych oświadczeń wiedzy i woli na podstawie posiadanych przez Odwołującego informacji i zmieniających się danych oraz informacji w czasie trwania postępowania, które pozyskane zostały od wystawcy dokumentu tj. Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu. Celem Zamawiającego powinno być takie prowadzenie postępowania, aby wszystkie nieścisłości, niezgodności treści oferty z treścią wymagań określonych w SIWZ wyjaśnić, uzupełnić i w konsekwencji prawidłowo zbadać i ocenić ofertę, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. W przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający nie bierze pod uwagę wszystkich posiadanych przez siebie informacji, ocenia je tylko wybiórczo, nie analizuje pierwotnej treści oferty oraz dokumentów i oświadczeń złożonych przez Odwołującego w kontekście zmiany treści informacji pochodzącej od pierwotnego wystawcy dokumentu (zaświadczenia) jakim jest Wielkopolski Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu i nie ocenia stopnia winy Odwołującego, prawdziwości czy też nieprawdziwości przekazanych informacji przez Odwołującego, chociaż taką ocenę nakazuje mu ustawodawca, aby móc skorzystać z sankcji polegającej na wykluczeniu wykonawcy z prowadzonego postępowania. Zamawiający nie zadał sobie trudu, bo nie ma tego także w uzasadnieniu, aby ocenić czy faktycznie działania i zaniechania Odwołującego, w tym podanie informacji pochodzących od podmiotu trzeciego powinno zostać zakwalifikowane jako wprowadzenie Zamawiającego w błąd, które to może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

W efekcie pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają możliwość weryfikacji istotnej dla Zamawiającego - co okazało się w trakcie postępowania, a nie wynikającej wprost z treści SIWZ-nowej przesłanki, czyli

faktycznego okresu (przedziału czasu) pełnienia funkcji inspektora nadzoru w kontrakcie, a nie potwierdzenia jedynie pełnienia takiej funkcji w kontrakcie, co było wskazane w kryterium oceny ofert w SIWZ. Odwołujący takiej możliwości już nie ma, ze względu na wykluczenie i odrzucenie jego oferty, a potencjalnie inni wykonawcy mogą się „dostosować” do nowych wymagań Zamawiającego, chociaż należy podkreślić, że to działanie również należy ocenić jako sprzeczne z prawem. Przeczy to także poglądom wyrażanym w orzecznictwie KIO, jak niżej:

Wyrok KIO z 27.06.2019 r., KIO 1067/19, LEK nr 2713358.

Mając na względzie, iż art 24 ust 1 pkt 16 i 17 p.z.p. to przepisy o charakterze sankcyjnym, których konsekwencją jest wykluczenie wykonawcy z postępowania, nie jest dopuszczalna ich wykładnia rozszerzająca, a ich stosowanie winno mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach, w których okoliczności stanu faktycznego wskazują w sposób bezsporny na istniejące po stronie wykonawcy zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo (pkt 16) albo na lekkomyślność lub niedbalstwo (pkt 17), którego skutkiem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Skoro bowiem okoliczności w oświadczeniach pochodzących od Odwołującego były rozbieżne, a sam Odwołujący podjął działania z należytą starannością, aby je wyjaśnić, usunąć omyłki, to Zamawiający powinien uwzględnić złożone wyjaśnienia przez Odwołującego, ocenić czy Odwołujący działał w sposób zamierzony lub rażąco niedbale, albo co najmniej lekkomyślnie lub niedbale, wprowadzając Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, dając Odwołującemu możliwość do prawidłowego przedłożenia wykazu osób z uwzględnieniem szczegółowych informacji tj. pełnionych funkcji i czasu ich pełnienia w kontraktach na potwierdzenie posiadania wymaganego doświadczenia. Zamawiający nie może swoich wątpliwości zignorować lub arbitralnie ich rozstrzygać, albowiem rozstrzygnięcie - czy to korzystne dla Wykonawcy czy też nie, naruszyłoby bowiem art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż w Pzp nie ma zasady rozstrzygania wątpliwości w treści oferty na korzyść którejkolwiek ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 26.10.2020 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) AC DROGA A. C. złożył pismo Pełnomocnika Odwołującego zawierające pełnomocnictwo dla osoby mającej reprezentować Odwołującego na rozprawie oraz dowody.

Zamawiający w dniu 30.09.2020 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 27.10.2020 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddał w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu. Odnosząc się do przedstawionych przez Odwołującego zarzutów Zamawiający wskazuje, co następuje: Zamawiający w treści SIWZ wskazał, iż jednym z kryteriów oceny ofert jest Doświadczenie zawodowe koordynatora zespołu inżyniera kontraktu tj. zgodnie z rozdz. XIII ust. 1 SIWZ pkt. 2 w tabeli *Ocenie podlegać będzie doświadczenie zawodowe na stanowisku inspektora nadzoru robót drogowych zdobyte w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, przy:*

- *co najmniej 1 zakończonym kontrakcie dotyczącym budowy/przebudowy/rozbudowy dróg o wartości robót minimum 20 000 000 zł brutto – zamawiający przydzieli 20 pkt.*
- *co najmniej 2 zakończonych kontraktów dotyczących budowy/przebudowy/rozbudowy dróg o wartości robót minimum 20 000 000 zł brutto każdy – zamawiający przydzieli 40 pkt.*

Wykonawca A. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą AC Droga A. C. z siedzibą w Słupcy złożył ofertę, w której zadeklarował, iż w ramach kryterium doświadczenie zawodowe koordynatora zespołu inżyniera kontraktu, posiada następujące doświadczenie:

L.p	Nazwa inwestycji Podmiot na rzecz którego inwestycja została wykonana	Pełniona funkcja/ Zakres wykonywanych czynności	Wartość kontraktu	Termin pełnionej funkcji data rozpoczęcia (dzień, m-c, rok) data zakończenia (dzień, m-c, rok)
1.	Droga Wojewódzka nr 196 Obwodnica m.	Inspektor nadzoru robót drogowych	81.323.116,86zł brutto	19.07.2010– 19.12.2011
	Murowana Goślina – budowa obwodnicy o dł. 9,3 km Inwestor: Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu			

2.	Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań – Murowana Goślina – Wągrowiec na odcinku Murowana Goślina – Wągrowiec w systemie zaprojektuj i wybuduj Inwestor Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu	Inżynier- Inspektor nadzoru robót drogowych	69 000 000,00 zł brutto	22.08.2012 28.11.2014	–
----	---	---	-------------------------	--------------------------	---

W dniu 14.09.2020 r. do Zamawiającego wpłynęła informacja, zgodnie z którą wskazany w ofercie przez Wykonawcę AC Droga A. C., Koordynator Zespołu Inżyniera Kontraktu tj. Pan P. B. nie posiada doświadczenia wskazanego w treści oferty tj.:

-w pkt 1 tabeli tj. doświadczenia na stanowisku Inspektora Nadzoru robót drogowych na budowie drogi wojewódzkiej nr 196 Obwodnica m. Murowana Goślina – budowa obwodnicy o długości 9,3 km przy wartości kontraktu 81.323.116,86 zł brutto w okresie od 19.07.2010 r. do 19.12.2011 r. Ww. inwestycja realizowana przez Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu była nadzorowana przez Pana G. M. z firmy zewnętrznej, świadczącej nadzór tj. Zachodnie Centrum Konsultingowe EURO INWEST sp. z o.o., a Pan P. B. jako pracownik etatowy WZDW pełnił funkcję Kierownika Projektu nad przedmiotową inwestycją.

-w pkt 2 tabeli na stanowisku Inspektora Nadzoru robót drogowych na Rozbudowie drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań- Murowana Goślina- Wągrowiec na odcinku Murowana Goślina – Wągrowiec w systemie zaprojektuj i wybuduj, o wartości kontraktu 69.000.000,00 zł brutto, w okresie od 22.08.2012 r. do 28.11.2014 r. Nadzór inwestorski, przy tej inwestycji został zlecony firmie zewnętrznej Lafrentz Polska sp. z o.o., a bezpośredni nadzór inwestorski nad inwestycją pełnił Pan J. W..

W związku z otrzymanymi informacjami Zamawiający w dniu 14.09.2020 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty we wskazanym powyżej zakresie wraz z przedłożeniem dowodów, potwierdzających prawdziwość złożonych oświadczeń.

W dniu 18.09.2020 r. do Zamawiającego wpłynęła odpowiedź Wykonawcy, który podał, że w załączeniu przekazuje pismo Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu znak: WZDW.WR1.0702-7/20 z 17.09.2020 r., potwierdzające jednoznacznie okresy, w których Pan P. B. wskazany w ofercie do pełnienia funkcji koordynatora zespołu inżyniera kontraktu pełnił funkcję inspektora nadzoru robót drogowych. Na potwierdzenie wartości robót dla przedstawionych zadań nadzorowanych przez Pana P. B., Wykonawca wskazał link do strony internetowej WZDW w Poznaniu.

W treści pisma z 17.09.2020 r. Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu podał wprost, że Pan P. B.:
1.Na zadaniu Budowa obwodnicy miasta Murowana Goślina w ciągu drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań- Murowana Goślina- Wągrowiec **w terminie od dnia 19.07.2010 do dnia 19.12.2011 r. nadzorował roboty na ww. budowie w charakterze Kierownika Projektu** zgodnie z zaświadczeniem z 18.12.2019 r., natomiast w dniach od 12.07.2012 r. do dnia 24.07.2012 r. pełnił funkcję Inspektora Nadzoru.

2.Na zadaniu Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań-Murowana Goślina – Wągrowiec w terminie od dnia **22.08.2012 r. do dnia 02.11.2012 r.** i od dnia **31.01.2014 r. do dnia 28.11.2014 r.** pełnił funkcję inspektora nadzoru, natomiast **od dnia 2.11.2012 do dnia 31.01.2014 r. nadzorował ww. budowę w charakterze Kierownika Projektu.**

Z kolei z informacji podanych na stronie internetowej WZDW w Poznaniu, wskazanych przez Wykonawcę:

-w odniesieniu do zadania dot. Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań-Murowana Goślina – Wągrowiec widnieje informacja o nadzorze inwestorskim prowadzonym **przez Lafrentz Polska sp. z o.o.** Informacje są dostępne pod adresem:

-pod adresem: dla zadania Budowa obwodnicy miasta Murowana Goślina w ciągu drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań- Murowana Goślina- Wągrowiec **nadzór inwestorski pełniła firma Zachodnie Centrum Konsultingowe EURO INWEST sp. z o.o.**

Dodatkowo w dniu 21.09.2020 r. Zamawiający otrzymał kopię dziennika budowy dla inwestycji Budowa obwodnicy miasta Murowana Goślina w ciągu drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań- Murowana Goślina- Wągrowiec, który potwierdza, że inspektorem nadzoru na przedmiotowej inwestycji, przez cały okres jej trwania do zakończenia robót był Pan G. M.

W świetle treści oferty i otrzymanych wyjaśnień do oferty, a także dodatkowych informacji otrzymanych przez Zamawiającego, wskazanych powyżej tj. na stronie internetowej WZDWi w dzienniku budowy inwestycji pn.: Budowa obwodnicy miasta Murowana Goślina w ciągu drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań- Murowana Goślina- Wągrowiec, Zamawiający uznał, iż oferta złożona przez AC Droga A. C. wprowadziła Zamawiającego w błąd co do pozacenowego kryterium oceny ofert, jakim było Doświadczenie koordynatora zespołu inżyniera kontraktu.

W zakresie kryterium doświadczenie zawodowe koordynatora Zespołu Inżyniera Kontraktu w pkt. 1 tabeli dla inwestycji pn.: *Droga Wojewódzka nr 196 Obwodnica m. Murowana Goślina – budowa obwodnicy o dł 9,3 km* zostało zawarte przez Odwołującego nieprawdziwe oświadczenie, wskazujące na okres pełnienia funkcji inspektora nadzoru przez p. P. B., bowiem jak wynika z pisma WZDW w Poznaniu oraz informacji zawartej na stronie internetowej WZDW, a ponadto w dzienniku budowy dla tej inwestycji, w okresie od 19.07.2010 r. do dnia 19.12.2011 r. Pan P. B. był Kierownikiem Projektu, **a zatem nie pełnił w tym okresie funkcji Inspektora nadzoru robót drogowych**, jak podał w ofercie Wykonawca. Doświadczenie zdobyte w ramach wskazanego w pkt. 1 tabeli zadania nie było zatem realizowane na stanowisku wymaganym przez Zamawiającego, wymagającym pełnienia funkcji technicznych w branży drogowej.

Z kolei w zakresie kryterium doświadczenie zawodowe koordynatora Zespołu Inżyniera Kontraktu w pkt. 2 tabeli dla inwestycji pn.: Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań- Murowana Goślina – Wągrowiec, Wykonawca wskazał doświadczenie na stanowisku inspektora nadzoru robót drogowych w terminie od 22.08.2012 r. do 28.11.2014 r. Tymczasem, jak wynika z pisma WZDW w Poznaniu, Pan P. B. pełnił funkcję inspektora nadzoru w terminie od dnia

22.08.2012 r. do dnia 02.11.2012 r. (czyli przez 2 miesiące) i od dnia **31.01.2014 r. do dnia 28.11.2014 r.**, natomiast od dnia **02.11.2012 do dnia 31.01.2014 r.** nadzorował ww. budowę w charakterze Kierownika Projektu. Wykonawca w treści ofert zawarł nieprawdziwe oświadczenie, wskazujące na okres pełnienia funkcji inspektora nadzoru robót drogowych od dnia 22.08.2012 r. do 28.11.2014 r., podczas, gdy nadzór nad przedmiotową inwestycją był przez niego pełniony w ograniczonym zakresie, z ponad roczną przerwą tj. od dnia 03.11.2012 r. do dnia 30.01.2014 r. Na stronach internetowych inwestora WZDW w Poznaniu również nie ma p. P. B. jako inspektora nadzoru robót drogowych na wymienionych zadaniach.

Wykonawca przedstawił zatem nierzetelne informacje, co w oparciu o wyjaśnienia wykonawcy i pismo inwestora, a w konsekwencji złożył niezgodne z rzeczywistością oświadczenie w treści oferty. Zamawiający wykluczył Wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, podając przyczyny wykluczenia. Bez wątpienia informacje podane przez Wykonawcę w treści oferty, a dotyczące pozacenowego kryterium oceny ofert, mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stąd wprowadzenie w błąd Zamawiającego obligatoryjnie musiało skutkować wykluczeniem Wykonawcy z postępowań i było prawidłową czynnością w zaistniałej sytuacji. Zamawiający podaje, iż jego decyzja była w pełni zasadna. Załączono także dowody do odpowiedzi – ich lista w dalszej części uzasadnienia. Przedstawione dowody pozostają w zgodzie z treścią pisma Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu z 17.09.2020 r. z którego wynikało, iż p. P. B. w okresie od 19.07.2010 r. do dnia 19.12.2011 r. nadzorował roboty jako Kierownik Projektu. Dodatkowo, jak wynika z załączonego protokołu odbioru ostatecznego robót z 29.05.2012 r. nadal podczas tej czynności był kierownikiem projektu, a nie inspektorem nadzoru robót drogowych. W żadnym wypadku zaświadczenie z 18.12.2019 r., wydane przez Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, na które powołuje się Odwołujący nie dowodzi, iż p. P. B. pełnił funkcję techniczną na budowie tj. funkcję inspektora nadzoru robót drogowych. Z treści przedstawionego zaświadczenia wynika jedynie, że p. P. B. był zatrudniony przez WZDW w Poznaniu na stanowisku starszy inspektor nadzoru od stycznia 2010 r. do listopada 2019 r. i nadzorował wiele inwestycji prowadzonych przez inwestora, ale z ww. zaświadczenia nie wynika na jakim stanowisku nadzorował przedmiotową inwestycję. Co więcej w treści zaświadczenia wskazano wprost, że zadanie pn. Droga nr 196 obwodnica m. Murowana Goślina – budowa obwodnicy o dł. 9,3 km ma wartość robót 81.323 116,86 zł brutto, a termin rozpoczęcia inwestycji to 19.07.2010 r. a zakończenia to 19.12.2011 r. czyli sam inwestor podaje okres trwania inwestycji, na którą powołał się Odwołujący w ofercie, w czasie którego P. P. B. był Kierownikiem Projektu. Niezależnie od powyższego z ostrożności procesowej, odnosząc się do pisma WZDW z 17.09.2020 r. i do treści dziennika budowy nr 138/10 tom II część 14, wydanego w dniu 29.11.2011 r., przedstawionego jako dowód przez Odwołującego, Pan P. B. objął funkcję inspektora nadzoru w dniu 12.07.2012 r., ale przedmiotem pełnionej funkcji był nadzór nad robotami obejmującymi zjazdy, chodniki i ścieżki (ciągi pieszo-rowerowe). W dniu 24.07.2012 r. Pan P. B. wpisał do dziennika budowy „*Stwierdzam zakończenie robót nawierzchniowych odebrałem warstwę ścierną na zjazdach indywidualnych, (...) odebrałem nawierzchnię z kostki betonowej na chodnikach i ciągach pieszo-rowerowych (...)*”. Przedstawiony zakres nadzorowanych przez p. P. B. robót nie dotyczy zakończonego zadania dot. budowy obwodnicy m. Murowana Goślina o dł. 9,3 km, a wartość tych robót nie została przez Wykonawcę podana. W żadnym wypadku kierując się treścią oświadczeń i w/w dokumentów, wartość tych robót nie jest tożsama z wartością robót drogowych zakończonych w grudniu 2011 r., a tym samym również nie spełnia wymagań kryterium oceny ofert.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego, Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp: z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Pod pojęciem: „*Informacje wprowadzające w błąd zamawiającego*”, o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego zamawiającego. Jednocześnie podkreślić należy, iż w świetle ww. przepisu wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu (wyrok KIO z 10.07.2020 r., sygn. akt: KIO 736/20).

Bez wątpienia informacje podane przez Wykonawcę w treści oferty, a dotyczące pozacenowego kryterium oceny ofert, tj. podanie, że p. P. B. pełnił funkcję inspektora nadzoru robót drogowych na zadaniu pn. Budowa obwodnicy m. Murowana Goślina o dł. 9, 3 km, podczas, gdy w rzeczywistości był pracownikiem WZDW w Poznaniu zatrudnionym na stanowisku starszy inspektor nadzoru, a nad zadaniem dot. budowy obwodnicy pełnił funkcję kierownika projektu, a nie inspektora nadzoru robót drogowych, (inspektorem nadzoru robót drogowych był bowiem przez cały czas trwania inwestycji, aż do jej zakończenia p. G. M.), były informacjami niezgodnymi z rzeczywistością, a przez to mogły mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego, który przerwał badanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę, z uwagi na nierzetelne informacje Wykonawcy złożone w treści oferty. W związku z tym, jeżeli Wykonawca złożył nieprawdziwe oświadczenie co do posiadanego doświadczenia, będącego kryterium oceny ofert to ziszcza się przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, obligująca Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Podobnie orzekł KIO w wyroku z 26.05.2020 r., sygn. akt: KIO 576/20, gdzie stwierdził, że *Jeżeli odwołujący złożył nieprawdziwe oświadczenie o posiadaniu certyfikatów i deklaracji potwierdzających już na etapie składania ofert, że oferowane urządzenia spełniają wymagania stosownych norm, to ziszcza się przesłanka do wykluczenia odwołującego z postępowania określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych*”. Ponadto, jak wynika z Komentarza do art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy Prawo zamówień publicznych pod red. dr hab. Małgorzaty Sieradzkiej, opubl. w Legalis: „*Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ZamPublU oznacza, że zostały spełnione dwie przesłanki: 1) wykonawca przedstawił informacje, wprowadzające w błąd, które 2) miały lub mogły mieć wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w postępowaniu. "Jednym z koniecznych elementów wpisujących się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 ZamPublU jest istotny wpływ nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) na decyzje podejmowane przez podmiot zamawiający" (wyr. KIO 20.3.2017 r., Legalis)*”.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, Zamawiający podaje, że w przedmiotowym przypadku brak było podstaw do wzywania Odwołującego do złożenia, uzupełnienia, lub udzielenia dodatkowych wyjaśnień lub przedłożenia dodatkowych dokumentów i oświadczeń, potwierdzających spełnianie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Przepis art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych odnosi się do możliwości uzupełniania lub poprawiania lub udzielania wyjaśnień w zakresie dokumentów podmiotowych składanych wraz

z ofertą, a nie w zakresie treści oferty, co do której co najwyżej może znajdować zastosowanie przepis art. 87 ust. 1 wskazanej ustawy – tak KIO w wyroku z 18.12.2019 r., sygn. akt: KIO 2479/19.

Zamawiający podkreślił również, że doświadczenie koordynatora zespołu inżyniera kontraktu stanowiło kryterium pozacenowe oceny ofert, a nie warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, w zakresie kryterium doświadczenie koordynatora Zespołu Inżyniera Kontraktu w dniu 14.09.2020 r. W odpowiedzi otrzymał wyjaśnienia wraz z pismem WZDW w Poznaniu (datowane na dzień 17.09.2020r.), z którego wynika wprost, że w okresie wskazanym w treści oferty, Wykonawca nie pełnił funkcji inspektora nadzoru robót budowlanych. Z ostrożności wskazał na wyrok KIO z 08.06.2020 r., sygn. akt: KIO 600/20: „W przypadku złożenia nieprawdziwych informacji wyłączona jest możliwość uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, zaś ocenie zamawiającego podlegają wyłącznie dokumenty pierwotnie złożone przez wykonawcę wraz z ofertą. Jeżeli wykonawca winny jest wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu”.

Co więcej, Zamawiający nie widzi możliwości zastosowania art. 26 ust. 4 Pzp do poprawiania, czy też uzupełniania oświadczenia złożonego jako kryterium oceny ofert. Jak wynika z wyroku KIO z 11.06.2018 r. KIO 922/18: „*Wada oferty przejawiająca się jej niezgodnością treściową z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma charakter nieusuwalny i zasadniczy, której to wady nie da się sanować przy pomocy przepisu art. 87 ust. 1 lub art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986). Zastosowanie ww. przepisów prowadziłoby bowiem de facto do niedopuszczalnej negocjacji treści oferty odwołującego, po jej złożeniu.*” Niezasadny jest również zarzut niezastosowania art. 26 ust. 2f Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wszystkich lub niektórych tylko oświadczeń potwierdzających, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, ponieważ zdaniem Zamawiającego przedmiotowa regulacja nie ma zastosowania w niniejszej sprawie. Ewentualne uwzględnienie tego zarzutu skutkowałoby, naruszeniem nie tylko Pzp, ale także Pzp, gdyż zmianie uległby przedmiot oceny w ramach kryterium doświadczenie koordynatora zespołu inżyniera kontraktu. Z tej przyczyny również procedura z art. 26 ust. 3 lub ust. 4 Pzp nie mogłyby mieć zastosowania, gdyż prowadziłyby do zmiany treści oferty. Przyjęcie zatem odmiennego oświadczenia Wykonawcy w zakresie rodzaju pełnionej funkcji na zadeklarowanym zadaniu, czy też w zakresie okresu pełnienia tej funkcji, jak również ew. w zakresie wartości tego nowego/zmienionego zadania, stanowiłoby zmianę merytorycznej treści oferty. Idąc dalej, w żadnym wypadku nie można uznać, by informacje pozyskane przez Wykonawcę bezpośrednio od inwestora tj. Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu stanowiły o dochowaniu należytej staranności przez Wykonawcę, skoro z pism WZDW w Poznaniu jasno wynika, że w okresie deklarowanym w ofercie jako okres pełnienia funkcji inspektora nadzoru nad robotami drogowymi, p. P. B. pełnił funkcję kierownika projektu, a nie inspektora nadzoru robót drogowych. Przedmiotowe pisma WZDW w Poznaniu dodatkowo wskazują na niedbalstwo lub lekkomyślność Wykonawcy w zakresie podanych przez niego informacji, które to informacje Wykonawca sprawdził dopiero po otrzymaniu wezwania do wyjaśnień z 14.09.2020 r. Dopiero wtedy, Wykonawca zorientował się, że podane przez WZDW w Poznaniu okresy pełnienia funkcji nad zadaniem Budowa obwodnicy m. Murowana Goślina w ciągu drogi woj. Nr 196 nie pokrywają się z treścią oświadczenia złożonego w ofercie. Podobnie, nie sposób uznać, że deklarowane przez Odwołującego doświadczenie w zakresie drugiej inwestycji polegającej na Rozbudowie obwodnicy mogło podlegać poprawieniu, uzupełnieniu, czy też zmianie. Oświadczenie złożone przez Odwołującego w ramach kryterium oceny ofert nie podlega modyfikacjom na etapie badania i oceny ofert. Zamawiający podaje, że Wykonawca wskazał w treści oferty doświadczenie w okresie od dnia 22.08.2012 r. do dnia 28.11.2014 r. Tymczasem p. P. B. był inspektorem nadzoru nad przedmiotową inwestycją w okresie od 22.08.2012 r. do dnia 02.11.2012 r., a następnie od dnia 31.04.2014 r. do dnia 28.11.2014 r. Jednocześnie Odwołujący podał, że wartość przedmiotowej inwestycji wynosiła 69.000.000,00 zł. Odwołujący próbuje przerwę w pełnieniu funkcji wykazywać jako omyłkę, podlegającą poprawieniu, co zdaniem Zamawiającego jest niedopuszczalne. Przedstawienie nierzetelnych informacji w zakresie okresu pełnienia funkcji inspektora nadzoru, rzutuje na deklarowaną wartość zadania, objętego nadzorem. Każdy Wykonawca, jako profesjonalista powinien zdawać sobie sprawę z charakteru postępowania przetargowego w którym uczestniczy, a dokumenty nawet jeśli zostały przygotowane przez osoby trzecie (tu przez podmiot udostępniający zasoby), muszą być zweryfikowane przez Wykonawcę składającego ofertę pod kątem ich rzetelności i prawdziwości, w celu dochowania należytej staranności i prawidłowego przygotowania oferty. „*Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności*” (wyrok SA w Poznaniu z 08.03.2006 r., sygn. akt: I ACa 1018/05).

W związku z powyższym uzupełnianie oświadczeń, złożonych w ramach kryterium oceny ofert, czy też ich poprawianie przez Wykonawcę nie może mieć miejsca ani na etapie badania i oceny ofert, ani na etapie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Ponadto podkreślił, że kryterium oceny ofert obejmowało nie tylko doświadczenie na zakończonych kontraktach w ramach budowy/rozbudowy/przebudowy dróg, ale również dotyczyło wartości tych kontraktów, które powinny opiewać na kwotę co najmniej 20 mln zł brutto każdy. Inwestycja dot. budowy obwodnicy m. Murowana Goślina wg protokołów odbioru ostatecznego robót opiewa na kwotę 80 649 320,57 zł brutto, a wartość tego kontraktu wg zaświadczenia Inwestora to kwota 81.323.116,86 zł brutto. Nie sposób zatem uznać, by doświadczenie zdobyte przez p. P. B. już jako inspektor nadzoru przez 2 tygodnie po zakończeniu inwestycji, prowadzone na robotach typu zjazdy, ścieżki pieszorowerowe w okresie od 12.07.2012 r. do dnia 24.07.2012 r., dotyczyło zadania o wartości 81 323 116,86 zł. Podsumowując, Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości. Zdaniem Zamawiającego, w świetle powyższych okoliczności, uzupełnianie oświadczeń, złożonych w ramach kryterium oceny ofert, czy też ich poprawianie przez Wykonawcę nie może mieć miejsca ani na etapie badania i oceny ofert, ani na etapie postępowania odwoławczego przed KIO. Takie działanie Zamawiającego stanowiłoby naruszenie zasad postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w szczególności zasady równego traktowania wykonawców. Zwrócił uwagę na trafny wyrok KIO z 23.01.2020 r., sygn. akt: KIO 42/20, zgodnie z którym: „*Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy - to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SIWZ, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w*

postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, które to sobie sam Zamawiający zdefiniował w dokumentacji postępowania. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt, ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów w ofercie jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad (w tym art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych) określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują."

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności postanowień SIWZ, oferty Odwołującego oraz informacji o wykluczeniu.

Izba dopuściła jako dowód załączone przez Odwołującego do odwołania:

- 1) Kopia Pismo Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z 04.09.2020 r.;
 - 2) Kopia Pismo Wykonawcy (odpowiedź Odwołującego) z 07.09.2020 r. (w aktach wraz z poświadczeniem podmiotu trzeciego z 05.09.2020 r.);
 - 3) Kopia Pismo Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 Pzp z 07.09.2020 r.
 - 4) Kopia Pismo Wykonawcy (odpowiedź Odwołującego) z 10.09.2020 r. (w aktach wraz z m.in. wykazem osób wraz z zaświadczeniem WZDW w Poznaniu z 18.12.2019 r. /to ostatnie zaświadczenie WZDW w Poznaniu z 18.12.2019 r. także załączone do odwołania przez Odwołującego)
 - 5) Kopia Pismo Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 z 11.09.2020 r.
 - 6) Kopia Pismo Wykonawcy (odpowiedź Odwołującego) z 14.09.2020 r. (w aktach wraz z m.in. skorygowanym wykazem osób);
 - 7) Kopia Pismo Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp z 14.09.2020 r.;
 - 8) Kopia Pismo Wykonawcy (odpowiedź Odwołującego) z 15.09.2020 r. (w aktach wraz z pismem WZDW w Poznaniu z 12.07.2012 r. oraz pismem Odwołującego z 14.09.2020 r. do WZDW w Poznaniu);
 - 9) Kopia Pismo Wykonawcy (odpowiedź Odwołującego dodatkowa) z 17.09.2020 r. (po wydłużeniu przez Zamawiającego terminu na jej udzielnie – zgodnie z aktami postępowania) wraz z pismem WZDW w Poznaniu z 17.09.2020 r.;
 - 10) Kopia Zawiadomienie o wykluczeniu z 22.09.2020 r.;
 - 11) Kopia protokół odbioru częściowego nr 12/2014 roboty zaczęto 13.12.2013 r., zakończono 29.04.14r.;
 - 12) Kopia protokół odbioru częściowego nr 13/2014 roboty zaczęto 29.04.2014 r., zakończono 29.05.14r.;
 - 13) Kopia protokół odbioru częściowego nr 14/2014 roboty zaczęto 29.05.2014 r., zakończono 30.07.14r.;
 - 14) Kopia protokół odbioru częściowego nr 15/2014 roboty zaczęto 30.07.2014 r., zakończono 28.08.14r.;
 - 15) Kopia protokół odbioru częściowego nr 16/2014 roboty zaczęto 29.08.2014 r., zakończono 29.05.14r.;
 - 16) Kopia protokół odbioru ostatecznego nr 1/D/M/2014 z 22.11.2014 r.;
- /wszystkie protokoły dotyczą „Rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań - Murowana Goślina - Wągrowiec na odcinku Murowana Goślina - Wągrowiec”/;
- 17) Kopia wyciągu Dziennik budowy „Droga wojewódzka nr 196 Budowa Obwodnicy m. Murowana Goślina-budowa obwodnicy o dt. 9,3 km”, t. II cz. 14 z 29.11.2011 r.

Izba dopuściła dodatkowo jako dowód załączone przez Odwołującego do pisma Pełnomocnika Odwołującego :

- 1) Kopia pisma WZDW w Poznaniu z 01.10.2020 r.;
- 2) Kopia pisma /wniosku/ Odwołującego do WZDW w Poznaniu z 23. 09.2020r.;
- 3) Kserokopie wyciągów z dziennika budowy nr 274/12 t. I z dnia 22.08.2012 r. i nr 274/12 t.1 cz.3 z 15.07.2013r. /dotyczy „Rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań - Murowana Goślina - Wągrowiec na odcinku Murowana Goślina - Wągrowiec”/;
- 4) Kopia protokołu odbioru ostatecznego nr 1/D/M/2014 z 28.11.2014r. /dotyczy „Rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań - Murowana Goślina - Wągrowiec na odcinku Murowana Goślina - Wągrowiec”/;
- 5) Kopia zawiadomienie o zakończeniu budowy obiektu budowlanego nr WZDW.21.2221-3-78/10/11/12 dnia 25.07.2012r. /dotyczy „Budowy obwodnicy miasta Murowana Goślina w ciągu drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań — Murowana Goślina — Wągrowiec.”/.

Ponadto, Izba zaliczyła także jako dowód złożone przez Odwołującego na rozprawie:

- 1) Kopia pisma WZDW w Poznaniu z 19.10.2020 r. wraz z załącznikiem, tj. zaświadczeniem odnośnie p. P. B. . Jednocześnie z treści wynika, iż anuluje się wcześniejsze zaświadczenia wydane z dniem rozwiązania stosunku pracy, tj. dnia 28.12.2019 r.;
- 2) Kopia poświadczona za zgodność z oryginałem przez WZDW w Poznaniu Dziennik Budowy nr 274/12 Tom I z 22.08.2012 r. /dotyczy „Rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań - Murowana Goślina - Wągrowiec na odcinku Murowana Goślina - Wągrowiec”/;
- 3) Kopia poświadczona za zgodność z oryginałem przez WZDW w Poznaniu Dziennik Budowy nr 274/12 Tom I cz. 3 z 15.07.2013 r. /dotyczy „Rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań - Murowana Goślina - Wągrowiec na odcinku Murowana Goślina - Wągrowiec”/;
- 4) Kopia poświadczona za zgodność z oryginałem przez WZDW w Poznaniu protokołu odbioru ostatecznego nr 1/D/M/2014 z 22.11.2014 r.;
- 5) Kopia poświadczona za zgodność z oryginałem przez WZDW w Poznaniu zawiadomienia o zakończeniu budowy obiektu budowlanego z 25.07.2012 r. /WZDW.21.2221-3-78/10/11/12/;
- 6) Kopia pisma /wniosku/ Odwołującego do WZDW w Poznaniu z 23. 09.2020r. /załączona już wcześniej przed rozprawą/.

Jednocześnie, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie:

1. Pisma z 13.09.2020 r., 20.09.2020 r., 5.10.2020 r. drugiego Wykonawcy w postępowaniu M. K. Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane CAMINO M. K., wraz z załącznikami w tym w postaci:
2. Dziennika budowy nr 138/10 t. I wydanego dnia 13 lipca 2010 r. cz. 1 roboty drogowe dot. Budowy obwodnicy miasta Murowana Goślina w ciągu drogi woj. Nr 196 Poznań – Murowana Goślina – Wągrowiec, Inwestor: Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, z którego to dziennika wynika wprost, iż:
 - a) Inspektorem nadzoru robót drogowych na ww. inwestycji od dnia rozpoczęcia budowy tj. od dnia 19 lipca 2010 r. był p. G. M. .
3. Dziennik budowy nr 138/10 t. II cz. 13 z dnia 29.11.2011 r. , w którym również:
 - a) jako inspektor nadzoru robót drogowych widnieje p. G. M.,
 - b) ostatni wpis dokonany został przez kierownika robót w dniu 20.12.2011 r. o treści:” Informuję o zasadniczym ukończeniu robót budowlanych zadania „Budowa obwodnicy m. Murowana Goślina w ciągu drogi woj. Nr 196 P-ń – Wągrowiec”.
4. Protokołu nr 4/D/2012 odbioru ostatecznego robót z dnia 29.05.2012 r. „Droga nr 196 obwodnica m. Murowana Goślina – budowa obwodnicy o dł. 9,3 km”
 - a) W treści, którego p. P. B. widnieje jako członek komisji odbiorowej - kierownik projektu.
 - b) P. G. M. widnieje jako Inspektor Nadzoru.
 - c) Treść protokołu obejmowała:
 - przekazanie dokumentacji powykonawczej, wartość robót wg umowy w kwocie 80 649 320,57 zł brutto.
 - zabezpieczenie należytego wykonania umowy i okresy ważności tego zabezpieczenia,
 - termin rękojmi na wykonane roboty budowlane.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie, pismo procesowe Odwołującego, odpowiedź na odwołanie, w tym również załączony do tej odpowiedzi wyrok KIO z 20.07.2018 r. o sygn. akt: KIO 1319/18, a także stanowiska i oświadczenia stron złożonym ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy.

Odwołujący sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez uznanie, iż Odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia bez uzasadnienia faktycznego i dokonanie nieprawidłowej ich oceny oraz nieprawidłowej kwalifikacji, a także nieprawidłowej subsumpcji normy prawnej,
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez bezzasadne uznanie, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem Wykonawcy z postępowania, podczas gdy w niniejszej sprawie nie zaistniały kumulatywnie przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a Zamawiający nie wykazał stopnia winy Odwołującego,
3. art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nieprawidłowe sporządzenie uzasadnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania w sposób ogólny, bez wskazania i odniesienia się do występowania kumulatywnie przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a także bez wskazania jakie to informacje Zamawiający uznaje za prawdziwe, a jakie za nieprawdziwe i wywodzi z nich daleko idące skutki sankcyjne dla Odwołującego z jednoczesnym brakiem określenia stopnia winy w działaniu lub zaniechaniu Odwołującego i przywołania dowodów potwierdzających takie działanie lub zaniechanie Odwołującego;
4. art. 26 ust. 3 i ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub udzielenia dodatkowych wyjaśnień lub przedłożenia dodatkowych dokumentów i oświadczeń, potwierdzających spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy Zamawiający miał co do tej okoliczności wątpliwości bądź niepełną wiedzę, co skutkowało nieprawidłowym ustaleniem stanu faktycznego, a w konsekwencji uznaniu, że Wykonawca spełnia kumulatywnie przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i tym samym wprowadził Zamawiającego w błąd podając nieprawdziwe informacje;
5. art. 26 ust. 2f Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, tym samym zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wszystkich lub niektórych tylko oświadczeń potwierdzających, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, albowiem było to i jest niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na rozbieżności w zakresie składanych oświadczeń wiedzy i woli na podstawie posiadanych przez Odwołującego informacji i zmieniających się danych oraz informacji w toku prowadzonego postępowania, które zostały pozyskane od wystawcy dokumentu tj. WZDW w Poznaniu w różnym czasie.

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowych odwołań.

W tym zakresie, Izba przywołuje w szczególności okoliczności wynikające treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie w szczególności co do treści Rozdz. XIII ust.1 pkt 2 tabeli SIWZ. Podobnie w zakresie treści formularza ofertowego Odwołującego i wykazanej osoby w zakresie kryterium pozacenowego – Doświadczenie zawodowe koordynatora zespołu inżyniera kontraktu. Nadto, Izba powołuje się na korespondencje załączoną do odwołania między Zamawiającym a Odwołującym. Uznając zarazem że spór nie dotyczy stanu faktycznego, ale oceny zaistniałych okoliczności oraz złożonych dowodów w sprawie. W pozostałym zakresie, ustalenia Izby zostaną przywołane przy rozpatrywaniu stosownych zarzutów w dalszej części, jak również dokumenty oraz treść postanowień SIWZ.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za zasadny. Względem zaś zarzutu drugiego i trzeciego, Izba uznała, że podlegają one oddaleniu. Jednocześnie z uwagi na ich charakter Izba odniosła się do nich łącznie poniżej.

W pierwszej kolejności wymaga podkreślenia, że kryterium pozacenowe dotyczyło doświadczenia zawodowego na stanowisku Inspektora nadzoru robót drogowych zdobytego w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, przy co najmniej 1 (2) zakończonym (zakończonych) kontrakcie (kontraktów) dotyczącym (dotyczących) budowy/przebudowy/rozbudowy dróg o wartości robót minimum 20 mln zł. brutto (każdy) – Zamawiający miał przydzielić 20 (40) pkt. Jak więc widać konieczności wskazanie czasookresów wynikała jedynie co do ustalenia, że zdobyte doświadczenie miało miejsce w ciągu 10 lat przed upływem terminu składania ofert (co nie było sporne). Zamawiający nie określił wymogu, że oceniane będzie doświadczenie na stanowisku Inspektora nadzoru na zakończonym kontrakcie,

nabyte od początku jego trwania do końca, czy też nie krótsze niż 2, 3 miesiące na danym kontrakcie. Nadto, chodzi o doświadczenie nabyte „przy” co najmniej 1(2) zakończonym kontrakcie dotyczącym budowy/przebudowy/rozbudowy dróg o wartości robót minimum 20 mln zł brutto. Nie chodziło o doświadczenie w nadzorowaniu faktycznym robót o określonym zakresie, wielkości, czy też wartości przez danego Inspektora nadzoru na kontrakcie rzędu 20 mln. zł. Zgodnie z treścią wynika, bowiem, że wystarczy, że dana osoba nabyła doświadczenie „przy” takim kontrakcie, tj. zakończonym kontrakcie dotyczącym budowy /przebudowy/ rozbudowy dróg o wartości robót minimum 20 mln zł. brutto. W konsekwencji, przy takim, a nie innym kryterium pozacenowym (co Izba wyraźnie i dobitnie podkreśla) w pozycji dotyczącej „*Budowy obwodnicy miasta Murowana Goślina ciągu drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań — Murowana Goślina — Wągrowiec*” mogłyby gdyby taki przypadek nastąpił nawet dwie osoby lub więcej legitymować się stosownym doświadczeniem. Izba podkreśla, że w tym kryterium ważna dla Zamawiającego była tylko ilość, nie było dalszego doprecyzowania, a ściślej dalsza część informacji zawartej w opisie dotyczyła tylko tego „przy jakim kontrakcie i o jakiej wartości” takie oceniane doświadczenie miało zostać nabyte.

Z materiału dowodowego wynika, że pierwotnie Odwołujący wskazał w ramach tej inwestycji p. P. B. w okresie od 19.07.2010 r. do 19.12.2011 r., a zgodnie z pismem WZDW w Poznaniu z 17.09.2020 r. w terminie od dnia 19.07.2010 do dnia 19.12.2011 r. p. P. B. nadzorował roboty na ww. budowie w charakterze Kierownika Projektu, natomiast w dniach od 12.07.2012 r. do dnia 24.07.2012 r. pełnił funkcję Inspektora Nadzoru.

Izba także podkreśla, że ze złożonych przez Odwołującego na rozprawie dowodów wynika, że w tej pozycji nadal był to ten sam kontrakt realizowany przez tego samego Wykonawcę SKANSKA (poz. 2 zaświadczenia z 19.10.2020 r.), to że pan P. B. nadzorował go tylko przez 2 tygodnie (wcześniej jak wynika z dowodów załączonych w odpowiedzi do odwołania nadzorował go p. G. M., a p. P. B. był jedynie Kierownikiem Projektu), w innym okresie niż pierwotnie wskazany i w określonym zakresie, jest bez znaczenia i wpływu na wynik, gdyż Zamawiający przez taki, a nie inny opis kryterium nie nadał takiemu faktowi żadnego znaczenia prawnego, przy innym opisie Zamawiający miałby niewątpliwie racje i takie okoliczności winny skutkować wykluczeniem z art. 24 ust.1 pkt 17 Pzp. Zamawiający nie może abstrahować w swojej ocenie od treści opisu kryterium. Jednocześnie, Izba nie jest na tym etapie obligowana do oceny, czy w przedstawionych na rozprawie okolicznościach można było zawrzeć ze SKANSKA – aneks i dokończyć roboty, w ramach tej samej inwestycji. Złożone na rozprawie dowody przez Odwołującego potwierdzają, że de facto tak się stało. (różnica między wartością protokołu nr 4/D/2012 r. z 29.11.2012 r., a wartością wynikającą z zaświadczenia WZDW w Poznaniu z 19.10.2020 r. poz. 2 złożonego na rozprawie przez Odwołującego).

Odnosnie pozycji dotyczącej „*Rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 196 Poznań - Murowana Goślina - Wągrowiec na odcinku Murowana Goślina - Wągrowiec*”, wskazana osoba pełniła funkcje Inspektora nadzoru, choć w innym czasookresie i z przerwą. Wykonawca wskazał pierwotnie doświadczenie na stanowisku inspektora nadzoru robót drogowych w terminie od 22.08.2012 r. do 28.11.2014 r. Tymczasem, jak wynika z pisma WZDW w Poznaniu z 17.09.2020 r., Pan P. B. pełnił funkcję inspektora nadzoru w terminie od dnia 22.08.2012 r. do dnia 02.11.2012 r. (czyli przez 2 miesiące) i od dnia 31.01.2014 r. do dnia 28.11.2014 r., natomiast od dnia 02.11.2012 do dnia 31.01.2014 r. nadzorował ww. budowę w charakterze Kierownika Projektu. Jednakże z uwagi na wskazane wyżej okoliczności, i takie, a nie inne brzmienie opisu kryterium, Izba uznała, że zaistniał błąd, jak i poprzedni nie miał charakteru istotnego z punktu widzenia wskazanego wyżej opisu. W rezultacie nie rzutował on oraz poprzedni na wynik postępowania.

Jednocześnie, Izba nie podziela stanowisko, co do braku uzasadnienia faktycznego i prawnego, czy też braku podania stopnia winy, co więcej w treści informacji o wykluczeniu była informacja co do tego co Zamawiający uznał za prawdziwe, a co za nieprawdziwe. Można odwołać się w tym względzie do fragmentu na 1 i 2 str. przed tabelą oraz na 3 str. po tabeli. Jednocześnie, wskazując: „*Wykonawca działając z należytą starannością musiał mieć świadomość, że doświadczenie (...) musiałoby być zdobyte na określonym stanowisku. Jeżeli zatem doświadczenie zdobyte (...) w pkt 1 tabeli nie było realizowane na stanowisku (...).* Tym samym oświadczając w formularzu ofertowym, *Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd*”, Zamawiający tym samym określił, choć nie wprost stopień winy – referując do niedbalstwa. Kwestia tego, czy było to niedbalstwo zwykłe, czy też rażąco ma charakter oceny. Przy czym, Izba wskazuje, że Wykonawca składając oświadczenie jako profesjonalista określoną deklarację, winien upewnić się, czy stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, wynika więc z tego że miało ono raczej charakter rażącego. Podobnie wyrok KIO z 20.07.2018 r. o sygn. akt: KIO 1319/18, z którym Izba się w całości zgadza. Tym bardziej, że jak wynika, że stanu faktycznego w rozpoznawanej sprawie wykazana osoba nie jest pracownikiem Odwołującego. Pierwotne zaświadczenie WZDW w Poznaniu z 18.12.2019 r. (załączone przez Odwołującego odwołania) miało bardzo ogólny charakter i nie referowało ściśle do czasookresów dotyczących nadzoru, tym bardziej więc jako profesjonalista winien Odwołujący dokonać jego krytycznej analizy i weryfikacji. Dodatkowo należy też zaprzeczyć, że charakter tego dokumentu wystawionego przez WZDW w Poznaniu był taki jaki nadawał mu Odwołujący na rozprawie. W ocenie Izby bowiem, nie było w zakresie kompetencji WZDW w Poznaniu, czyli tego organu samorządowego, czyli w zakresie kompetencji ustawowych tego organu wydawania tego rodzaju zaświadczeń swoim byłym pracownikiem, w rezultacie nie można uznać, czy też nadawać szczególnego znaczenia (rygoru) temu dokumentowi, tzn. uznawać, że dokument ten miał walor dokumentu pochodzącego od instytucji publicznej.

Izba za orzecznictwem wskazuje co do niedbalstwa, że jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 marca 2004 r. sygn. akt IV CK 151/03, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika staranności. Ów wzorzec 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 uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02). W stosunku do profesjonalistów (do których pewnością należą wykonawcy oferujący swoje usługi na rynku zamówień publicznych) miernik należytej staranności należy ustalać przy zastosowaniu przepisu art. 355 § 2 k.c. Zgodnie z jego treścią, należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się z uwzględnieniem zawodowego charakteru tej działalności. Jak się wskazuje w orzecznictwie, prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania (por. uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 stycznia 2015r. sygn. akt I ACa 347/15). Od podmiotu takiego wymaga się posiadania niezbędnej wiedzy fachowej, która obejmuje nie tylko formalne kwalifikacje, ale również ustalone standardy wymagań (tak w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 7 maja 2015 r. sygn. akt I ACa 1666/14). Należyta staranność dłużnika, określona z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej przez niego

działalności gospodarczej, obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2012 r. sygn. akt ICSK330/11).

Pojęcie „rażącego niedbalstwa” jest nieostre i nie zawsze łatwe do oddzielenia od niedbalstwa zwykłego. W polskim orzecznictwie podkreśla się jednak konieczność obiektywizacji tego pojęcia, oceniając je w oderwaniu od elementów subiektywnych (jak np. stan psychiczny sprawcy). W tym zakresie, jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 marca 2010 r. sygn. akt IV CK 151/03: „*Rażące niedbalstwo jest wyższym od niedbalstwa stopniem winy nieumyślnej. Niedbalstwo określa się jako niedołożenie należytej staranności, tj. staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 k.c.). Za miernik należytej staranności uznaje się więc miernik obiektywny, odnoszący się do każdego, kto znajdzie się w określonej sytuacji, formułowany zatem np. dla profesjonalnego wykonawcy inwestycji budowlanych, lekarza określonej specjalności, nauczyciela wychowania fizycznego, kierowcy samochodowego, na podstawie takich dotyczących ich reguł, jak: zasady współżycia społecznego, szczegółowe normy prawne, pragmatyki zawodowe, zwyczaje itp. 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.*”. Ponadto, jak się wskazuje w piśmiennictwie w przypadku, gdy wykonanie zobowiązania wymaga specjalnych wiadomości lub umiejętności, za rażące niedbalstwo należy uznać także jego postępowanie poniżej minimalnego, elementarnego poziomu tych wiadomości lub umiejętności (takm.in. J. Dąbrowa, System Prawa Cywilnego, Tom III, Część 1, Prawo zobowiązań - część ogólna (red Z. Radwański) oraz M. Nestorowicz, System Prawa Prywatnego, Tom VII, Prawo zobowiązań - część szczegółowa (red. J. Rajski), str. 1009 -1010).

Wykonawca, jeśli tylko posiada możliwość ich weryfikacji, winien takiego sprawdzenia dokonać. Wykonawca winien sobie bowiem zdawać sprawę, że przekazywane informacje stanowią podstawę wydatkowania istotnych środków publicznych (w tym przypadku kilkudziesięciu milionów złotych), zaś odpowiedzialność wykonawcy za podanie informacji fałszywych jest w prawie polskim szczególnie rygorystyczna.

Powyższe jednakże miałyby istotny wpływ na wynik (a tak nie jest), gdyby treść opisu kryterium oczekiwała wykazaniem się nadzorem od początku do końca na danym kontrakcie, czy też w określonym zakresie robót, a nie jak w tym przypadku „przy” zakończonym kontrakcie dotyczącym budowy/ przebudowy/ rozbudowy dróg o wartości 20 mln zł. brutto. Należy podnieść, że w wyroku KIO z 20.07.2018 r. o sygn. akt: KIO 1319/18 była odmienna sytuacja i z uwagi na kluczowe brzmienie opisu kryterium zaistniało wprowadzenie w błąd mający istotny wpływ na wynik. W rozpoznawanej sprawie, z uwagi na okoliczności wskazane wyżej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W zakresie zarzutu czwartego oraz piątego, Izba uznała te zarzuty za podlegające oddaleniu. Podkreślenia wymaga, że chodziło o treść oferty, a nie dokumenty podmiotowe. Z też względów ich zastosowanie narzędzi prawnych przywołanych przez Odwołującego nie mogło mieć miejsca. Dopuszczalne było jedynie wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp, który zastosowała Zamawiający w przedmiotowej sprawie. Nadto, zasadnie podnosił Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie, że nie można zastąpić informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą. Przy czym, w tych okolicznościach sprawy z uwagi na taką a nie inną treść opisu kryterium pozacenowego zaistniały błąd nie miał istotnego wpływu na wynik.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Jednocześnie, w uwagi na uchylenie zakazu zawarcia umowy – postanowieniem KIOz 19.10.2020 r., sygn. akt: KIO/W 90/20, Izba jedynie uwzględniła odwołanie, nie nakazując Zamawiającemu żadnych czynności. Podkreślając, że art. 183 ust. 2 Pzp, przyznaje KIO kompetencje do uchylenia generalnego zakazu zawarcia umowy do czasu wydania orzeczenia w sprawie, wyłącznie w sytuacjach wyjątkowych, jeżeli negatywne konsekwencje tego zakazu dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, mogłyby przewyższyć wynikające z tego zakazu korzyści dla ochrony wszystkich interesów, co do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej, konieczne jest wykazanie, że brak uchylenia zakazu zawarcia umowy wywoła negatywne konsekwencje dla interesu publicznego, w stopniu przewyższającym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu własnego w uzyskaniu zamówienia. Jednocześnie, rozpoznając wniosek, o którym mowa w art. 183 ust. 2 Pzp, Izba nie rozstrzyga o zasadności lub niezasadności odwołania, które jest rozpoznawane w ramach odrębnego postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 2 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). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczanej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....