

Sygn. akt: KIO 2282/21

WYROK

z dnia 17 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący	Aleksandra Patyk
Członkowie:	Katarzyna Odrzywolska Katarzyna Poprawa
Protokolant:	

Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2021 r. przez wykonawcę Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu

prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Łodzi

przy udziale wykonawcy Mosty Katowice Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2282/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w punkcie I ppkt 2 petitum odwołania w zakresie jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła doświadczenia osoby dedykowanej przez Mosty Katowice Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach do pełnienia funkcji projektanta drogowego odnośnie zadania nr 1 podkryterium 2 wskazanego w formularzu 2.1a oraz doświadczenia osoby dedykowanej przez Mosty Katowice Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach do pełnienia funkcji geologa odnośnie zadań nr 1 - 4 wskazanych w formularzu 2.1c, a także w zakresie zarzutu zawartego w punkcie I ppkt 3 petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym

wykluczenie wykonawcy Mosty Katowice Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz odrzucenie oferty ww. Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz b ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 1/2 oraz Odwołującego

w części 1/4 oraz Wykonawcę wnoszącego sprzeciw w części % i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 22 200 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia dwa tysiące dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od Wykonawcy wnoszącego sprzeciw na rzecz Zamawiającego kwotę 900 zł 00 gr (słownie: dziewięćset złotych zero groszy) oraz Odwołującego kwotę 4 650 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćset pięćdziesiąt złotych zero groszy);

3.3. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 8 400 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy czterysta złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok -

w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 2282/21

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Łodzi [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na aktualizację STEŚ wraz z uzysk. ost. decyzji o środ. uwar. dla zad. „Bud. dr. eksp. S12 na odc. Piotrków Tryb. (A1) - Opoczno (gr. woj. maz.) oraz dr. eksp. S74 na odc.: Sulejów (S12) - gr. woj. świętokrz.” (znak postępowania: O.Ł.D3.2413.2.2021.mr).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 marca 2021 r. pod numerem 2021/S 048 - 120796.

W dniu 29 lipca 2021 r. wykonawca Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Mosty Katowice z Postępowania, pomimo faktu, że Mosty Katowice w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu;
2. art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Mosty Katowice z Postępowania, pomimo faktu, że Mosty Katowice 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;
3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie

wykluczenia wykonawcy Mosty Katowice z Postępowania, pomimo faktu, że Mosty Katowice nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a nie zachodzi możliwość uzupełnienia Wykazu osób;

4. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp - poprzez wybór oferty wykonawcy Mosty Katowice, pomimo faktu, że wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona, w związku z czym Zamawiający naruszył obowiązek udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych, a tym samym naruszył fundamentalną zasadę uczciwej konkurencji.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Mosty Katowice jako najkorzystniejszej;
2. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Mosty Katowice z Postępowania;
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Mosty Katowice;
4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy.

Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub pkt 10 ustawy Pzp

Wykonawca Mosty Katowice wskazały w ofercie informacje spełniające przesłanki

art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub pkt 10 ustawy Pzp - wskazując odnośnie Pana M. G. informacje sprzeczne z rzeczywistością. Otóż wskazano, że Pan M. G. podczas opracowywania dokumentacji projektowej dla zadania

Podkryterium 1 Zadanie 3:

- nazwa zadania: Budowa drogi ekspresowej S-10 na odcinku Bydgoszcz - Toruń Odcinek 2 - Węzeł Bydgoszcz-Południe - węzeł Toruń-Zachód (bez węzła)

pełnił funkcję projektanta drogowego, podczas gdy pełnił funkcję sprawdzającego dokumentacji branży drogowej. Odwołujący wskazał, że funkcja projektanta drogowego oraz funkcja sprawdzającego to dwie rozłączne funkcje, każda z nich występuje w toku procesu inwestycyjnego, lecz charakteryzują się innym zakresem obowiązków, a tym samym - innym zakresem doświadczenia. A zatem wykonawca Mosty Katowice podało w ofercie informacje niezgodne ze stanem faktycznym. Projektant branży drogowej kreuje rozwiązania projektowe a sprawdzający weryfikuje poprawność zastosowań projektowych. Ponadto nakład pracy sprawdzającego branży drogowej jest znacznie mniejszy niż projektanta branży drogowej. Nawiązując do powyższego wynagrodzenie sprawdzającego to średnio 1/5 wynagrodzenia projektanta branży drogowej dla tego samego projektu w obrębie jednej firmy, w przypadku zewnętrznych sprawdzających wynagrodzenie sięga 1/10 wynagrodzenia projektanta branży drogowej. Z uwagi na mniejszy nakład pracy na jedno stanowisko sprawdzającego przypada na 4-5 stanowisk projektantów w firmie. Na potwierdzenie słuszności powyższego poglądu Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 21 kwietnia 2021 roku w postępowaniu „Budowa obwodnicy Międzyborza w ciągu drogi krajowej 25” wykluczył wykonawcę Mosty Katowice - jako podstawę wskazując, że osoba wskazana jako Projektant funkcji tej nie pełniła. Zamawiający wprost stwierdził, że podstawą wykluczenia jest okoliczność: „Tym samym oświadczenie Wykonawcy złożone w Formularzu Kryteria pozacenowe nie odpowiada stanowi faktycznemu”.

Kolejną wskazaną w ofercie wykonawcy Mosty Katowice informacją spełniającą przesłanki art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub pkt 10 Ustawy PZP - jest informacja odnośnie Pana M. G. sprzeczna z rzeczywistością dla zadania

Podkryterium 3 Zadanie 1:

nazwa zadania: Projekt i budowa autostrady A-2 Stryków - Konotopa na odcinku od km 411+465,80 do km 431+500,00.

Pan M. G. opracowywał w/w dokumentację pełniąc funkcję projektanta branży

melioracyjnej, a nie - jak wskazał Wykonawca - Mosty Katowice - projektanta branży drogowej. Na potwierdzenie powyższego faktu Odwołujący załączył do odwołania pismo z GDDKiA Oddział Warszawa. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej w zakresie doświadczenia projektantów w trakcie realizacji w/w zadania. Zamawiający pismem z dnia 2 lipca 2021 roku wskazał, że: a. Nie potwierdza doświadczenia Pana M. G. jako projektanta branży drogowej; b. potwierdza doświadczenia Pana M. G. jako projektanta branży melioracyjnej.

Odwołujący wskazał, że funkcja projektanta drogowego oraz funkcja projektanta branży melioracyjnej to dwie rozłączne funkcje, każda z nich występuje w toku procesu inwestycyjnego, lecz charakteryzują się innym zakresem obowiązków, a tym samym - innym zakresem doświadczenia. A zatem wykonawca Mosty Katowice podało w ofercie informacje niezgodne ze stanem faktycznym.

W zakresie informacji podanych dla Pana P. P. Odwołujący wskazał, że z oficjalnych informacji publikowanych na stronie Państwowego Instytutu Geologicznego (www.pgi.gov.pl) w zakładce CBDG Dokumenty (pgi.gov.pl) wynika, że w zakresie doświadczenia p. P. P. w przypadku dokumentacji wskazanych w ofercie nie jest on wymieniony w spisie autorów opracowań wskazanych w ofercie w punktach 1 - 4 tabeli formularza 2.1c. Odwołujący wskazał, iż ww. informacje publikowane są przez Państwowy Instytut Geologiczny w Centralnej Bazie Danych Geologicznych, który jest zbiorem cyfrowych danych geologicznych.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że Mosty Katowice nie zasługiwały na uzyskanie punktacji w zakresie w/w kryteriów oceny ofert - a to wobec faktu, że wprowadził Zamawiającego w błąd a to poprzez przedstawienie Zamawiającemu przedmiotowych informacji, które miały one istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w Postępowaniu. Informacje te zarówno wprowadziły Zamawiającego w błąd, jak i należy je zakwalifikować jako informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wykonawca Mosty Katowice przeinaczył w sposób istotny fakty, dotyczące doświadczenia Pana M. G. i Pana P. P. . Takie zachowanie, jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 stycznia 2017 r. (sygn. KIO 98/17) charakteryzuje wykonawców, którzy usiłują wyłudzić zamówienie poprzez wprowadzenie zamawiającego w błąd co do swojej sytuacji podmiotowej albo którzy nie są w stanie w należyty sposób udokumentować spełnienia wymaganych warunków podmiotowych. Nie ulega również wątpliwości, że wykonawca Mosty Katowice przedstawiło wprowadzające w błąd informacje, które miały potencjalny wpływ na decyzje Zamawiającego. W doktrynie prawa zamówień publicznych ugruntowany jest pogląd, zgodnie z którym informacje dotyczące warunków udziału w postępowaniu, czy też kryteriów oceny ofert mogą wpłynąć na decyzje instytucji zamawiających w szczególności, jeśli dotyczą ofert najkorzystniejszych. Po pierwsze, uzupełnianie dokumentów podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny oferty jest niedopuszczalne, co wynika z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (zob. m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2017 r., sygn. KIO 290/17; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lutego 2018 r., sygn. KIO 235/18). Jest ono bowiem sprzeczne z dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że niezależnie od powyższego wykonawca Mosty Katowice nie

spełnia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca Mosty Katowice nie spełnia warunku określonego pkt 8.2.4 IDW w ppkt 2.3. Projekt wskazany w Formularzu 3.5 Wykaz osób to ten sam projekt, który wskazano w 2.1.c jako zadanie 2. Jak wykazano powyżej - Pan P. P. nie wykonał przedmiotowej dokumentacji. Dodać należy, że Zamawiający nie może w tym stanie faktycznym przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wezwać wykonawcy Mosty Katowice do uzupełnienia Wykazu osób i ewentualnie wziąć pod uwagę nowej treści wykazu - zgodnie z linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej powstałą na bazie dotychczas obowiązującego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie jest możliwe zamiana informacji nieprawdziwych, sprzecznych z rzeczywistością, na informacje prawdziwe, tak przykładowo Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 stycznia 2021 roku, KIO 3387/20. Ta linia orzecnicza ma pełne zastosowanie do obecnego stanu prawnego.

Zarzut naruszenia przepisów art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy

Pzp

Odwołujący wskazał, że w świetle argumentów przedstawionych w odwołaniu Zamawiający naruszył przepis art. 239 ust. 1 w zw. z przepisem art. 17 ust. 2 ustawy Pzp,

ponieważ w konsekwencji swoich bezprawnych działań dokonał wyboru oferty Mosty Katowice jako najkorzystniejszej, pomijając okoliczności, które winny skutkować wykluczeniem tego wykonawcy, bądź odrzuceniem jego oferty. Naruszając legalność wyboru wykonawcy, Zamawiający naruszył również zasadę uczciwej konkurencji, będącą jednym z fundamentów prawa zamówień publicznych, budującą zaufanie wykonawców do rynku zamówień publicznych (zob. P. Nowicki, Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiedzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją, Toruń 2019, TNOiK, s. 175; również: wyrok Trybunału z dnia 19 października 1977 r. w sprawach połączonych C-117/76 i C-16/77 Ruckdeschel i in., pkt 7, ECLI:EU:C:1977:160).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 września 2021 r. oświadczył, że:

1. uwzględni odwołanie w części zarzutów dotyczących osoby Pana M. G., wskazanego na stanowisko Projektanta Drogowego przez Mosty Katowice sp. z o.o.;
2. w związku z uwzględnieniem ww. zarzutów, zawiadamia, że wykona wnioski odwołania w całości, tj. unieważni czynność wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, wykluczy Przystępującego z Postępowania na podstawie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz odrzuci jego ofertę w związku z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że po przeanalizowaniu treści odwołania i zarzutów skierowanych wobec treści wykazu osób, złożonego w toku postępowania przez Przystępującego, uznał je za zasadne w części dotyczącej osoby Pana M. G. wskazanego na stanowisko Projektanta Drogowego. W zakresie dotyczącym osoby Pana P. P., wskazanego przez Przystępującego na stanowisko Geologa zarzuty w ocenie Zamawiającego są niezasadne.

Przedłożone przez Odwołującego dowody potwierdziły, że Pan M. G. nie pełnił funkcji projektanta drogowego, podczas realizacji kontraktu „Projekt i budowa autostrady A-2 Stryków - Konotopa na odcinku od km 411+465,80 do km 431+500,00”, wskazanego w ramach Podkryterium 2 (DP2), lecz jedynie funkcję projektanta branży melioracyjnej. Stwierzenie ww. okoliczności stanowi przedstawienie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego w zakresie kryteriów oceny ofert i winno skutkować koniecznością wykluczenia na podstawie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Zamawiający wymagał bowiem, aby premiowane w ramach jakościowych kryteriów oceny ofert doświadczenie Projektanta Drogowego zostało zdobyte przy opracowaniu dokumentacji projektowej: PB dla zrealizowanej w systemie Projektuj i Buduj budowy lub rozbudowy drogi lub ulicy klasy min. GP o długości min. 20 km, opracowaną w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (w funkcji projektanta lub sprawdzającego) (pkt. 21.1.2.2 SWZ). W celu wykazania ww. doświadczenia osoby skierowanej na to stanowisko, wykonawcy przedkładali Formularz 2.1a, w którym należało uzupełnić rolę - projektant lub sprawdzający. Przystępujący wskazał „projektant drogowy”, podczas gdy zadeklarowana osoba, pełniła jedynie rolę projektanta branży melioracyjnej.

W ocenie Zamawiającego było to niezgodne z wskazanym w SWZ określeniem „projektanta lub sprawdzającego”, gdyż zastrzeżone było (zarówno na gruncie warunków udziału w postępowaniu, jak i kryteriów oceny ofert), że jest to funkcja pełniona zgodnie z art. 20 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r., poz. 1333 z późn. zm.), co oznacza, że miała to być samodzielna funkcja techniczna. Dodatkowo, wszędzie tam, gdzie Zamawiający oczekiwał doświadczenia w konkretnej branży - było to jednoznacznie wskazane (np. w przypadku funkcji Projektant Mostowego - pkt 8.2.1 ust. 2 pkt 2 SWZ). W konsekwencji zaniechanie podania funkcji zgodnie ze stanem faktycznym oraz wskazanie innej funkcji Zamawiający traktuje jako wprowadzenie w błąd w rozumieniu przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp - także dlatego, iż mając świadomość treści warunku oraz kryterium, Przystępujący samodzielnie wprowadził w dedykowanym formularzu sformułowanie „projektanta drogowego” wobec osoby Pana M. G. .

Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 26 września 2019 r., sygn. akt KIO 1754/19 oraz KIO z dnia 8 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 600/20.

Zamawiający wskazał, że pozostałe zarzuty odwołania, dotyczące osoby Pana P. P.,

wskazanego przez Przystępującego na stanowisko Geolog nie potwierdziły się. Zamawiający wymagał, aby Geolog wykonał, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, jako autor lub współautor min. 1 dokumentację geologiczno-inżynierską ustalającą warunki posadowienia dla dróg lub ulic klasy min. GP o łącznej długości min. 20 km wraz z obiektami inżynierskimi każda. W ramach kryteriów oceny ofert pn. „Podkryterium 1 (ZG1) Geolog”, oceniane było doświadczenie przy opracowywaniu dokumentacji geologiczno-inżynierskich, określonych w sposób tożsamy jak w ramach warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucił, że Pan P. P. nie był wymieniony jako autor lub nie był w zespole przy opracowaniach geologicznych. Z materiałów zgromadzonych przez Zamawiającego w postępowaniu wynika natomiast, że niniejsza osoba brała udział przy opracowaniach dokumentacji geologiczno-inżynierskiej jako sprawdzający i widnieje na stronach tytułowych dokumentacji. Zdaniem Zamawiającego pełnienie funkcji sprawdzającego dokumentację upoważnia do zakwalifikowania osoby ją pełniącej jako współautora dokumentacji. W związku z powyższym Zamawiający, pomimo nie potwierdzenia się zarzutów w zakresie Pana P. P., uznaje za zasadną pozostałą część odwołania, co kwalifikuje decyzję Zamawiającego o uwzględnieniu wniosków odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 30 lipca 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Mosty Katowice Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 2 sierpnia 2021 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Przystępującego oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 19 lipca 2021 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach, w tym odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Mosty Katowice z dnia 9 września 2021 r. oraz piśmie procesowym Odwołującego z dnia 10 września 2021 r., a także ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 13 września 2021 r.

Wskazać należy, iż Zamawiający w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestnika skonkretyzował oświadczenie zawarte w odpowiedzi na odwołanie i oświadczył, że uwzględni zarzuty odwołania w części dotyczącej p. M. G. w zakresie referującym do pełnienia funkcji w ramach zadania dotyczącego projektu i budowy autostrady A2 Stryków - Konotopa.

Wobec uwzględnienia części zarzutów odwołania Przystępujący wniósł sprzeciw.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.:

1. pismo GDDKiA z dnia 2 lipca 2021 r.;
2. pisma GDDKiA Warszawa z dnia 13 sierpnia 2021 r. wraz z załącznikiem;
3. pisma GDDKiA Bydgoszcz z dnia 13 sierpnia 2021 r. wraz z załącznikiem;

4. pismo GDDKiA Wrocław z dnia 21 kwietnia 2021 r.

Ponadto Izba włączyła do akt sprawy dowody złożone przez Przystępującego, tj.:

1. referencje firmy Bogl & Krysl Polska Sp. z o.o.;
2. pismo Przystępującego L.dz. Mosty 2021/08/01146 z dnia 17.08.2021 r. wraz z referencją Bogl & Krysl Polska Sp. z o.o.;
3. korespondencję z Państwowym Instytutem Geologicznym;
4. oświadczenia firm Geoteko Serwis Sp. z o.o. oraz Geoteko Projekty i Konsultacje Geotechniczne Spółka z o.o.;
5. strony tytułowe dokumentacji geologiczno-inżynierskich.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt 8.2.4 IDW w ppkt 2.3 Zamawiający określił następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej osób: Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:

(...)

3. osoba proponowana do pełnienia funkcji GEOLOGA:

- wymagana liczba osób: 1;

Kwalifikacje:

posiada kwalifikacje do wykonywania, dozorowania i kierowania pracami geologicznymi kategorii VI lub VII.

Doświadczenie zawodowe:

wykonał, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, jako autor lub współautor min. 1 dokumentację geologiczno-inżynierską ustalającą warunki posadowienia dla dróg lub ulic klasy min. GP o łącznej długości min. 20 km wraz z obiektami inżynierskimi każda.

Zgodnie z punktem 9.2. IDW Zamawiający wykluczy wykonawcę:

- ppkt 8 który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie polega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

- ppkt 10 który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ramach kryteriów oceny ofert w pkt 21.1.2 IDW Zamawiający określił pozacenowe kryterium oceny w zakresie „Kryterium „Doświadczenie projektowe”(DP):

21.1.2.1 Podkryterium 1 (DPI):

W tym podkryterium można uzyskać maksymalnie 10 punktów:

Oferta Wykonawcy otrzyma 2 pkt za każdą wykazaną dokumentację projektową (powyżej 1 dokumentacji wymaganej w warunkach udziału w postępowaniu) STES lub STES-R lub KP lub PB dla budowy lub rozbudowy drogi lub ulicy klasy min. GP o długości min. 20 km, opracowaną w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (w funkcji

projektanta lub sprawdzającego) przez osobę proponowaną na stanowisko projektanta drogowego.

Punkty w tym podkryterium zostaną przyznane wg poniższych zasad:

za wykazane doświadczenie:

- 1 dokumentacja - 0 punktów,
- 2 dokumentacje - 2 punkty,
- 3 dokumentacje - 4 punkty,
- 4 dokumentacje - 6 punktów,
- 5 dokumentacji - 8 punktów,
- 6 dokumentacji - 10 punktów

21.1.2.2 Podkryterium 2 (DP2):

W tym podkryterium można uzyskać maksymalnie 5 punktów: Oferta Wykonawcy otrzyma 1 pkt za każdą wykazaną dokumentację projektową: PB dla zrealizowanej w systemie Projektuj i Buduj budowy lub rozbudowy drogi lub ulicy klasy min. GP o długości min. 20 km, opracowaną w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (w funkcji projektanta lub sprawdzającego) przez osobę proponowaną na stanowisko projektanta drogowego.

Punkty w tym podkryterium zostaną przyznane wg poniższych zasad:

za wykazane doświadczenie:

- 1 dokumentacja - 1 punkt,
- 2 dokumentacje - 2 punkty,
- 3 dokumentacje - 3 punkty,
- 4 dokumentacje - 4 punkty,
- 5 dokumentacji - 5 punktów.

W ramach kryteriów oceny ofert pkt 21.1.4 IDW Zamawiający określił pozacenowe kryterium oceny w zakresie „Kryterium „Zespół geologiczny”(ZG):

21.1.4.1 Podkryterium 1 (ZG1) Geolog

W tym podkryterium można uzyskać maksymalnie 7 punktów:

Doświadczenie (liczba dokumentacji) osoby wskazanej do pełnienia funkcji Geologa, posiadającej kwalifikacje do wykonywania, dozoru i kierowania pracami geologicznymi kategorii VI lub VII, zdobyte w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert przy opracowaniu dokumentacji geologiczno-inżynierskich ustalających warunki posadowienia dla drogi lub ulicy klasy min. GP o długości min. 20 km wraz z obiektami inżynierskimi każda.

Punkty w tym podkryterium zostaną przyznane wg poniższych zasad:

za wykazane doświadczenie:

- 1 dokumentacja - 0 punktów,
- 2 dokumentacje - 3 punkty,
- 3 dokumentacje - 5 punktów
- 4 dokumentacje - 7 punktów.

Wykonawca Mosty Katowice Sp. z o.o. w Formularzu 2.1a. Kryterium oceny ofert - Zespół projektowy w zakresie doświadczenia projektanta branży drogowej wskazał Pana M. G. .

Podkryterium 1

Zadanie 3:

- nazwa zadania: Budowa drogi ekspresowej S-10 na odcinku Bydgoszcz - Toruń Odcinek 2 - Węzeł Bydgoszcz-Południe - węzeł Toruń-Zachód (bez węzła).

W ramach ww. zadania wskazana osoba opracowała jako projektant drogowy (wskazać funkcję: projektant lub sprawdzający) dokumentację projektową STEŚ-R (wskazać rodzaj dokumentacji: STEŚ lub STEŚ-R lub KP lub PB) dla STEŚ (wskazać cel opracowania dokumentacji: budowy lub rozbudowy) drogi lub ulicy klasy S (wskazać klasę drogi) o długości 38,58 (wskazać długość drogi, dla której wskazana osoba opracowała dokumentację w ramach ww. zadania) km.

Dokumentacja, o której mowa powyżej była opracowana w dniu 11.12.2020 (podać datę opracowania ww. dokumentacji projektowej). Opracowanie dokumentacji projektowej (STEŚ, STEŚ-R, KP, PB) rozumiane jako doprowadzenie do etapu odbioru i przyjęcie Protokołem odbioru dokumentacji projektowej lub równoważnym dokumentem.

Podkryterium 2

Zadanie 1:

nazwa zadania: Projekt i budowa autostrady A-2 Stryków - Konotopa na odcinku od km 411+465,80 do km 431+500,00

W ramach ww. zadania wskazana osoba opracowała jako projektant drogowy (wskazać funkcję: projektant lub sprawdzający) dokumentację projektową PB (Projekt Budowlany) dla zrealizowanej w systemie Projektuj i Buduj budowy (wskazać cel opracowania dokumentacji: budowy lub rozbudowy) drogi lub ulicy klasy A (wskazać klasę drogi) o długości 20,03 km (wskazać długość drogi, dla której wskazana osoba opracowała dokumentację w ramach ww. zadania) km.

Dokumentacja, o której mowa powyżej była opracowana w dniu 30.09.2011 (podać datę opracowania ww. dokumentacji projektowej). Opracowanie dokumentacji projektowej (STEŚ, STEŚ-R, KP, PB) rozumiane jako doprowadzenie do etapu odbioru i przyjęcie Protokołem odbioru dokumentacji projektowej lub równoważnym dokumentem.

Wykonawca Mosty Katowice Sp. z o.o. w Formularzu 2.1c „Kryterium oceny ofert - Zespół geologiczny” na stanowisko Geologa wskazał pana P. P. . Wykonawca oświadczył, że ww. osoba zdobyła doświadczenie przy:

1. Opracowaniu dokumentacji geologiczno-inżynierskich ustalających warunki posadowienia dla drogi lub ulicy S3 na odcinku Miękowo-koniec obwodnicy Brzozowa wraz z rozbudową

odcinka Miękowo-Rzęśnia-odc. Obwodnica Brzozowa wraz z odcinkiem Brzozowo-

Miękowo (Zadanie1, 2a i 2b) pow. goleniowski, woj. zachodniopomorskie klasy S o długości 22,9 km wraz z obiektami inżynierskimi.

Data opracowania dokumentacji: 11.2016 r.

2. Opracowaniu dokumentacji geologiczno-inżynierskich ustalających warunki posadowienia dla drogi lub ulicy S10 na odcinku Bydgoszcz-Toruń woj. kujawsko-pomorskie klasy S o długości 50 km wraz z obiektami inżynierskimi.

Data opracowania dokumentacji: 08.2020 r.

3. Opracowaniu dokumentacji geologiczno-inżynierskich ustalających warunki posadowienia dla drogi lub ulicy S7 na odcinku Płońsk-Czosnów pow. płoński i nowodworski, woj. mazowieckie klasy S o długości 34,6 km wraz z obiektami inżynierskimi.

Data opracowania dokumentacji: 12.2018 r.

4. Opracowaniu dokumentacji geologiczno-inżynierskich ustalających warunki posadowienia dla drogi lub ulicy S19, DK65, S8 odcinek: węzeł „Dobrzyniewo” - węzeł „Białystok Zachód”, wraz z odcinkiem drogi krajowej nr 65 - węzeł „Sochonie” - Dobrzyniewo Duże, i w podłożu przebudowy odcinka drogi S-8 od km 633+900 do km 638+150 (zakres wynikający z budowy węzła „Białystok Zachód”), gm. Choroszcz, Dobrzyniewo Duże, Wasilków; pow. białostocki; woj. podlaskie klasy S; GP o długości 21,2 km wraz z obiektami inżynierskimi.

Data opracowania dokumentacji: 06.2018 r.

Jednocześnie w formularzu 3.5 Wykaz osób wykonawca Mosty Katowice wskazał dla

osoby dedykowanej na stanowisko Geologa - p. P. P. . Wykonawca oświadczył, że ww.

osoba posiada kwalifikacje do wykonywania, dozorowania i kierowania pracami geologicznymi kategorii VI-0363. Doświadczenie wskazanej osoby:

Nazwa zadania: Opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskich ustalających warunki posadowienia dla drogi ekspresowej S10 na odcinku Bydgoszcz-Toruń (woj. kujawsko-pomorskie). Wskazana osoba w ramach niniejszego zadania wykonała jako współautor dokumentację geologiczno-inżynierską ustalającą warunki posadowienia dla drogi klasy S o długości 50 km wraz z obiektami inżynierskimi. Okres opracowania dokumentacji w ramach zadania: od:do: 31.08.2020.

W dniu 19 lipca 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Mosty Katowice Sp. z o.o., która otrzymała łącznie 79,50 punktów, w tym w kryterium cena - 60 pkt, doświadczenie projektowe: w podkryterium DP1 - 6 pkt, w podkryterium DP2 - 1 pkt, w podkryterium DP3 - 0 pkt, w kryterium Zespół środowiskowy - 2,5 pkt, w kryterium Zespół geologiczny: w podkryterium ZG1 - 7 pkt, w podkryterium ZG2 - 3 pkt. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego, która otrzymała 51,47 pkt.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Mosty Katowice w zakresie jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła doświadczenia osoby dedykowanej przez ww. Wykonawcę do pełnienia funkcji projektanta drogowego (p. M. G.) odnośnie zadania nr 1 podkryterium 2 wskazanego w formularzu 2.1a oraz doświadczenia osoby dedykowanej przez ww. Wykonawcę do pełnienia funkcji geologa (p. P. P.) odnośnie zadań nr 1 - 4 wskazanych w formularzu 2.1c.

Stosownie do treści art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania lub niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej możliwe jest w przypadku łącznego wystąpienia okoliczności, o których mowa w tej regulacji. Powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania znajdzie 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 prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania.

Z kolei 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 mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Ponadto do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty.

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy zostały spełnione przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp warunkujące wykluczenie wykonawcy Mosty Katowice z postępowania.

Odnosząc się do doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko projektanta drogowego ocenianego w ramach podkryterium 1 oraz 2 (formularz 2.1a) wskazać należy, iż w punkcie 21.1.2.1 oraz 21.1.2.2 SWZ Zamawiający punktował doświadczenie osoby proponowanej przez wykonawcę na stanowisko projektanta drogowego zdobyte przy opracowaniu określonej dokumentacji projektowej (w funkcji projektanta lub sprawdzającego) w zakreślonym w specyfikacji terminie. W celu wykazania ww. doświadczenia osoby skierowanej na to stanowisko, wykonawcy przedkładali formularz 2.1a, w którym należało uzupełnić funkcję/rolę - projektant lub sprawdzający. Wykonawca Mosty Katowice w przedmiotowym formularzu oświadczył, że p. M. G. pełnił funkcję projektanta drogowego w ramach zadania nr 3 podkryterium nr 1 oraz zadania nr 1 podkryterium nr 2.

Odnosząc się do doświadczenia ww. osoby w ramach zadania nr 1 podkryterium nr 2 pn. „Projekt i budowa autostrady A-2 Stryków - Konotopa na odcinku od km 411+465,80 do km 431+500,00” wskazać należy, iż dowody przedłożone przez Odwołującego tj. pisma Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 2 lipca 2021 r. oraz 13 sierpnia 2021 r. potwierdzają, że p. M. G. w ramach ww. zadania nie pełnił funkcji projektanta drogowego, lecz funkcję projektanta branży melioracyjnej. Powyższe stanowisko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad znajduje także potwierdzenie w przedłożonym przez Odwołującego wykazie autorów Projektu Budowlanego dla ww. inwestycji. Co więcej, okoliczność, iż pan M. G. na ww. inwestycji pełnił funkcję projektanta branży melioracyjnej przyznał sam Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 9 września 2021 r.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, że „z warunku postawionego przez Zamawiającego natomiast w żaden sposób nie wynika, że proponowany projektant miał opracować dokumentację projektową PB w branży drogowej”. Odnosząc się do powyższego zauważyć należy, iż w ramach kryterium oceny ofert (doświadczenie projektowe DP) Zamawiający ocenił doświadczenie osoby proponowanej przez wykonawcę na konkretne stanowisko, tj. stanowisko projektanta drogowego. Ponadto wskazać trzeba, iż postanowienia SWZ należy czytać całościowo oraz z uwzględnieniem zasad logiki. Skoro zatem Zamawiający wymagał osoby na stanowisko projektanta drogowego, to nie może budzić wątpliwości, że w ramach kryteriów oceny ofert należało wykazać się doświadczeniem nabytym przez daną osobę podczas pełnienia funkcji projektanta drogowego (lub sprawdzającego), a nie projektanta innej branży. W ocenie Izby powyższe stanowisko Przystępującego zostało wykreowane na potrzeby przedmiotowego postępowania odwoławczego. Skoro wykonawca Mosty Katowice w treści formularza 2.1a samodzielnie oświadczył, iż p. M. G. w ramach ww. zadania opracował dokumentację projektową PB jako „projektant drogowy”, to był świadom wymagań Zamawiającego postawionych w powyższym zakresie. Co więcej, Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 9 września 2021 r. powoływał się na to, że p. M. G. pełnił funkcję projektanta branży drogowej na rzecz Bogl&Krysl Polska Sp. z o.o. w ramach ww. zadania, po rozwiązaniu umowy z chińską firmą COVEC, przedkładając jako dowód referencję znak: BK/2-13/01/1433/PR (bez daty). Zdaniem Izby dowodom złożonym przez Odwołującego należy przypisać jednak silniejszą mocą, jako że pisma GDDKiA z dnia 2 lipca oraz 13 sierpnia 2021 r. stanowią dokumenty urzędowe, a Przystępujący nie podważał ich prawdziwości ani nie twierdził, że zawarte w nich oświadczenia są niezgodne z prawdą.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że oświadczenie złożone przez Przystępującego jakoby p. M. G. w ramach ww. zadania pełnił funkcję projektanta drogowego było niezgodne z rzeczywistością. W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy Przystępującemu można przypisać choćby niedbalstwo lub lekkomyślność wpisujące się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Wykonawca Mosty Katowice składając swoje oświadczenia odnośnie doświadczenia osoby proponowanej do pełnienia funkcji projektanta drogowego, był świadom w jakim celu są one składane oraz tego, że uznanie ich za prawdziwe będzie rzutowało na liczbę uzyskanych punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert dotyczącego doświadczenia projektanta drogowego. Spełniona została także przesłanka, o której mowa w dalszej części ww. przepisu, tj. potencjalna możliwość wywierania istotnego wpływu na decyzję Zamawiającego, gdyż błąd popełniony przez Mosty Katowice dotyczył informacji, którymi wykonawca wykazywał się w celu oceny oferty w świetle ustanowionych w SWZ kryteriów oceny ofert, zatem wpływającymi na wybór oferty najkorzystniejszej, co potencjalnie mogło wypaczać wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Przechodząc z kolei do doświadczenia ww. osoby w ramach zadania nr 3 podkryterium nr 1 pn. „Budowa drogi ekspresowej S-10 na odcinku Bydgoszcz - Toruń Odcinek 2 - Węzeł Bydgoszcz-Południe - węzeł Toruń-Zachód (bez węzła)” za bezsporną między Stronami postępowania odwoławczego Izba uznała okoliczność że p. M. G. przy realizacji tego zadania pełnił funkcję sprawdzającego, a nie projektanta drogowego.

Powyższa okoliczność wynika ze złożonych przez Odwołującego dowodów, tj. pisma GDDKiA Oddział w Bydgoszczy z dnia 13 sierpnia 2021 r. oraz strony tytułowej opracowania dotyczącego ww. zadania, jak również została przyznana przez Przystępującego w piśmie procesowym z dnia 9 września 2021 r.

Izba nie podzieliła argumentacji Przystępującego, iż oświadczenie Wykonawcy jakoby p. M. G. w ramach ww. zadania pełnił funkcję projektanta drogowego stanowiło nieistotną omyłkę pisarską. Owa „omyłka” nie stanowiła błędu łatwego do zauważenia, czy też nie nasuwała się każdemu bez przeprowadzenia dodatkowych ustaleń czy wyjaśnień. Wskazać należy, iż pod pojęciem oczywistej omyłki pisarskiej rozumie się błąd pisarski lub inną niedokładność, która nasuwa się sama przez się każdemu, a jej poprawa nie powoduje zmiany sensu złożonego przez wykonawcę oświadczenia. Niezależnie od powyższego, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie sposób stwierdzić, by oświadczenie Przystępującego złożone w formularzu 2.1a, iż p. M. G. w ramach ww. zadania pełnił funkcję projektanta drogowego, mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Niezależnie bowiem od tego, czy p. M. G. w ramach rzeczony inwestycji pełnił funkcję projektanta drogowego czy też sprawdzającego, to w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert określonego w punkcie 21.1.2.1 SWZ Zamawiający punktował doświadczenie w pełnieniu każdej z ww. funkcji. Tym samym w powyższym zakresie nie zostały wypełnione łącznie przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, warunkujące wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia.

Ponadto Izba wskazuje, iż argumentacja Odwołującego jakoby p. M. G. wykonywał w ramach ww. zadania czynności sprawdzające tylko dla etapu drugiego i nie wykonywał ich dla Studium Techniczno - Ekonomiczno - Środowiskowego Etap I, a zatem w węższym zakresie niż wymagany przez Zamawiającego, wykraczała poza zarzuty sformułowane w odwołaniu, przez co nie mogła zostać wzięta pod uwagę przez Izbę.

Przechodząc następnie do analizy doświadczenia osoby dedykowanej na stanowisko geologa, tj. p. P. P. wskazać należy, iż w formularzu 2.1c Przystępujący oświadczył, że ww. osoba brała udział przy opracowaniu czterech dokumentacji geologiczno - inżynierskich wymaganych przez Zamawiającego. Jednocześnie w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4 ppkt 2.3 SWZ Przystępujący na stanowisko geologa wskazał p. P. P. legitymującego się doświadczeniem przy opracowaniu dokumentacji geologiczno - inżynierskich ustalających warunki posadowienia dla drogi ekspresowej S10 na odcinku Bydgoszcz - Toruń (woj. Kujawsko - pomorskie). Wykonawca oświadczył, że ww. osoba w ramach powyższego zadania wykonała jako współautor dokumentację geologiczno - inżynierską ustalającą warunki posadowienia dla drogi klasy S o długości 50 km wraz z obiektami inżynierskimi. Dodać należy, iż zadanie zawarte w wykazie osób (formularz 3.5), to tożsamy projekt, o którym mowa w punkcie 2 formularza 2.1c.

Za okoliczność niesporną między Stronami postępowania odwoławczego Izba uznała to, iż p. P. P. był sprawdzającym dokumentację geologiczno - inżynierską zawartą w formularzu 2.1c., a w konsekwencji wskazaną w formularzu 3.5 z uwagi na tożsamość inwestycji (zadanie 2). Powyższe zostało przyznane zarówno przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, Przystępującego w piśmie procesowym wraz z załączonymi dowodami w postaci stron tytułowych dokumentacji geologiczno - inżynierskich oraz oświadczeniami Geoteko Serwis Sp. z o.o. oraz Geoteko Projekty i Konsultacje Geotechniczne Spółka z o.o., jak również wynikało z przedłożonego przez Odwołującego dowodu zawierającego stanowisko GDDKiA Oddział Bydgoszcz z dnia 13 sierpnia 2021 r. wraz z załącznikiem. Wobec powyższego należało rozstrzygnąć, czy w świetle postanowień specyfikacji warunków zamówienia pełnienie funkcji sprawdzającego dokumentację uprawniało Zamawiającego do uznania, iż dana osoba zdobyła przewidziane w SWZ doświadczenie przy opracowaniu dokumentacji geologiczno - inżynierskich.

Odnosząc się do powyższego zagadnienia wskazać należy, iż w ramach warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4 ppkt 2.3 SWZ osoba proponowana przez wykonawcę do pełnienia funkcji geologa we wskazanym w SWZ okresie miała nabyć doświadczenie jako autor lub współautor odpowiedniej dokumentacji geologiczno - inżynierskiej. Z kolei zgodnie z punktem 21.1.4.1 SWZ Zamawiający w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert punktował doświadczenie osoby proponowanej przez wykonawcę na stanowisko geologa zdobyte przy opracowaniu dokumentacji geologiczno - inżynierskich ustalających warunki posadowienia dla drogi lub ulicy klasy min. GP o długości min. 20 km wraz z obiektami inżynierskimi. W ocenie składu orzekającego Izby przy wykładni pojęć użytych przez zamawiającego w SWZ, przy braku wskazania sposobu ich rozumienia w dokumentach zamówienia przez samego zamawiającego, należy sięgnąć co wykładni językowej. I tak, odnosząc się do spornego pojęcia „opracowania” wskazać należy, iż zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN pod tym pojęciem należy rozumieć: „opracować - opracowywać - pracując nad czymś, nadać temu określoną formę”. Z kolei

zgodnie z tym samym słownikiem: „Sprawdzać - skontrolować, zbadać, czy coś jest zgodne z prawdą, czy coś zostało zrobione prawidłowo”. Z powyższego wynika zatem, że wykładnia obu pojęć potwierdza ich różny charakter i znaczenie. W świetle takiego rozumienia pojęcia „opracować” nie można uznać, że pełnienie funkcji sprawdzającego dokumentację oznaczało, że osoba ta nabyła doświadczenie przy jej opracowaniu. Rację miał zatem Odwołujący, który wskazywał, że czym innym jest wykonanie/opracowanie określonego projektu, a czym innym jego weryfikacja czyli sprawdzenie. To autor/współautor opracowuje dany projekt, który z kolei sprawdzany jest przez inną osobę. Z dokonaną przez Odwołującego wykładnią językową postanowień SWZ nie polemizował zresztą Przystępujący, który swoje stanowisko oparł na twierdzeniu, że o współautorstwie wykonanych opracowań, o których mowa w formularzu 2.1c przesądzał zespołowy charakter realizacji zadań. W ocenie Izby sam fakt uczestniczenia w pracach szerszego zespołu nie przesądza, iż dana osoba nabyła doświadczenie w opracowaniu dokumentacji geologiczno - inżynierskiej. Istotny jest bowiem zakres wykonywanych czynności pozwalający ustalić, czy nabyte doświadczenie związane było z opracowaniem dokumentacji, czy też tylko z jej sprawdzeniem.

Podsumowując powyższe Izba uznała, że oświadczenie złożone przez Przystępującego jakoby p. P. P. w ramach zadań określonych w formularzu 2.1c opracował dokumentację geologiczno - inżynierską było niezgodne z rzeczywistością. W powyższym zakresie Przystępującemu można przypisać choćby niedbalstwo lub lekkomyślność wpisującą się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Powyższe oświadczenia zostały złożone przez Przystępującego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz oceny oferty wykonawcy w ramach kryterium pozacenowego, tym samym wykonawca był świadom w jakim celu są one składane. Spełniona została także przesłanka, o której mowa w dalszej części ww. przepisu, tj. potencjalna możliwość wywierania istotnego wpływu na decyzje Zamawiającego, gdyż błąd popełniony przez Mosty Katowice dotyczył informacji, którymi wykonawca wykazywał się w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu oraz oceny oferty w świetle ustanowionych w SWZ kryteriów oceny ofert, zatem wpływającymi na wybór oferty najkorzystniejszej, co potencjalnie mogło wypaczać wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż wykonawca Mosty Katowice winien zostać wykluczony z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a jego oferta odrzucona zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższego wskazać należy, iż Przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4 ppkt 2.3 SWZ, skoro osoba dedykowana na stanowisko geologa nie była autorem, czy współautorem opracowania dokumentacji geologiczno - inżynierskiej ustalającej warunki posadowienia dla drogi ekspresowej S10 na odcinku Bydgoszcz - Toruń, a jedynie sprawdzającym. W okolicznościach przedmiotowej sprawy brak było podstaw do nakazania Zamawiającemu wezwania wykonawcy Mosty Katowice do uzupełnienia wykazu osób w zakresie doświadczenia osoby proponowanej na stanowisko geologa, gdyż nie jest możliwa zamiana informacji nieprawdziwych, niezgodnych z rzeczywistością na informacje prawdziwe. Oferta wykonawcy Mosty Katowice podlegała zatem odrzuceniu również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego jakoby działaniu wykonawcy Mosty Katowice w zakresie omówionym powyżej referującym do oświadczeń w przedmiocie doświadczenia p. M. G. oraz p. P. P. można było przypisać rażące niedbalstwo, czy też zamierzone działanie, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp uznając, iż powyższe nie zostało wykazane w okolicznościach niniejszej sprawy.

W konsekwencji powyższego potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Mosty Katowice, pomimo faktu, że wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a jego oferta powinna zostać odrzucona zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 3 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia

Kosztami postępowania Izba obciążyła Zamawiającego w części %, Odwołującego w części 1/4 oraz Wykonawcę wnoszącego sprzeciw w części %. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł (łącznie 22 200 zł). Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu uwzględnionego przez Zamawiającego, co do którego Przystępujący wniósł sprzeciw (zarzut dotyczący doświadczenia p. M. G. w zakresie inwestycji A-2) i zasądziła od wykonawcy wnoszącego sprzeciw na rzecz Zamawiającego kwotę 900 zł stanowiącą % kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz na rzecz Odwołującego kwotę 4 650 zł stanowiącą % kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów wpisu od odwołania.

Za zasadne Izba uznała zarzuty dotyczące doświadczenia p. P. P. referujące do warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz pozacenowego kryterium oceny ofert oraz oddaliła zarzut dotyczący doświadczenia p. M. G. w zakresie inwestycji S-10. Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 8 400 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi przez Odwołującego z kwoty 18 600 zł, na którą składał się uiszczony wpis oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku (1/4 z kwoty 3 600 zł stanowiącej wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego).

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie: