

Sygn. akt KIO 59/22

WYROK

z dnia 27 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2022 r. przez wykonawcę W. S. "BRACIA S." W. S., 00-545 Warszawa, ul. Marszałkowska 58, 11 i 12, w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Sąd Apelacyjny we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy Transprojekt Gdański Sp. z o.o., ul. Zabytkowa 2, 80-253 Gdańsk zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę "BRACIA S." W. S. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.1. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze 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:

Sygn. akt KIO 59/22

Uzasadnienie

Zamawiający: nazwa: Sąd Apelacyjny we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Usługa pełnienia nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi w ramach zadania: „Budowa budynku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu przy ul. Zielińskiego, Piłsudskiego, Kolejowej wraz z przebudową układu drogowego w rejonie ul. Kolejowej i ul. Zielińskiego, Nr ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2021 ws 121-3197672021

Odwołujący: W. S. "BRACIA S." W. S., 00-545 Warszawa, ul. Marszałkowska 58, 11 i 12 wniósł odwołanie na:

1/ niezgodną z przepisami PZP czynność wykluczenia wykonawcy — W. S. z powodu przedstawienia przez Wykonawcę w wyniku niedbalstwa informacji wprowadzającej w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu — pomimo, że informacje przedstawione przez Wykonawcę nie były nieprawdziwe (działanie), ponadto, z ostrożności, gdyby Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, co do braku przyniosienia nieprawdziwości przedstawionych przez Wykonawcę informacji:

2/ niezgodną z przepisami PZP czynność na wykluczenia Wykonawcy z powodu przedstawienia przez Wykonawcę w wyniku niedbalstwa informacji wprowadzającej w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w Postępowaniu

— pomimo, że informacja przedstawiona przez Wykonawcę nie miała i nie mogła mieć istotnego wpływu, a tym samym wykluczenie Wykonawcy w oparciu o fakultatywną przesłankę wykluczenia miało charakter nieproporcjonalny w stosunku do dokonanego zawinienia (działanie).

Zamawiającemu zarzuca naruszenie:

1) art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP w zw. z rozdz. V ust. 2 pkt 2.3.2. SWZ w zw. z rozdz. VI ust. 9 pkt. 9.2 w zw. z rozdz. XIII ust. 4.3. SWZ — polegające na nieprawidłowym zastosowaniu przez Zamawiającego przesłanki wykluczenia wskazanej art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP, podczas gdy z treści uzasadnienia wykluczenia, korespondencji między Zamawiającym i Wykonawcą oraz SWZ wynika, że podstawą do wykluczenia Wykonawcy było podanie nieprawdziwej informacji co do spełniania warunku udziału w Postępowaniu — stąd podstawę prawną do wykluczenia Wykonawcy z Postępowania powinien stanowić art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP przewidujący bardziej rygorystyczne przesłanki Wykluczenia (tj. dodatkowo zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo), które w sprawie nie zostały spełnione, co skutkowało bezpodstawnym wykluczeniem Wykonawcy i odrzuceniem jego oferty;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP — polegające na zastosowaniu przez Zamawiającego jako podstawy do odrzucenia oferty Wykonawcy art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP pomimo braku przesłanek, co skutkowało bezpodstawnym wykluczeniem Wykonawcy i odrzuceniem jego oferty;

Opierając się na przedstawionych zarzutach wnosi o uwzględnienie odwołania oraz: nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy - Transprojekt Gdański Sp. z o. o., unieważnienia czynności wykluczenia Wykonawcy, prowadzenia dalszych czynności zgodnie z PZP i SWZ zmierzających do wyboru najkorzystniejszej oferty przy uwzględnieniu, że nie doszło do spełnienia przesłanek wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP.

W zakresie postępowania dowodowego wniósł o przeprowadzenie ich z dokumentów postępowania, w tym wymienionych i załączonych do odwołania, na okoliczność: braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP; wykazania przez Wykonawcę prawdziwych informacji, dotyczących spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert — w zakresie zdolności technicznej i zawodowej inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno budowlanej; braku możliwości wpływu podanych przez Wykonawcę informacji, dotyczących spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert — w zakresie zdolności technicznej i zawodowej inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno budowlanej na decyzję Zamawiającego podjęte w Postępowaniu; braku rażącego niedbalstwa po stronie Wykonawcy w sporządzeniu i przekazaniu informacji Zamawiającemu, dotyczących spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert — w zakresie zdolności technicznej i zawodowej inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno — budowlanej; rodzaju informacji stanowiącej — w ocenie Zamawiającego — podstawę do wykluczenia Wykonawcy, tj. okoliczności, że informacja ta dotyczyła spełnienia warunków udziału w postępowaniu a nie spełnienia kryteriów oceny ofert.

Wskazał, że jego oferta winna zostać wybrana jako najwyższej oceniona i spełniająca wymagania SWZ.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Wraz z wyborem oferty złożonej przez Transprojekt Gdański Sp. z o. o., Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Wykonawcy. Z uzasadnienia odrzucenia w piśmie z 30 grudnia 2021 r. wynika, że Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd co do informacji w zakresie kryteriów oceny ofert. Powyższe dotyczyć miało podanego doświadczenie inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno — budowlanej. Otóż Wykonawca w załączniku do złożonej oferty oraz w odpowiedzi na wezwanie do przedstawienia

podmiotowych środków dowodowych przedłożył wypełniony formularz załącznika I. 1 (Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia składany na potrzeby kryteriów oceny ofert) oraz wypełniony formularz załącznika I (Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia składany na potrzeby warunków udziału w postępowaniu). W obydwu ww. dokumentach wykazał doświadczenie inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno — budowlanej pana A. B. przez przywołanie realizacji 4 (czterech) robót budowlanych, polegających na budowie, przebudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej wraz z zagospodarowaniem terenu ze wskazaniem usługi jaką dana osoba w ramach roboty budowlanej pełniła.

W toku czynności weryfikacyjnych okazało się, że jedna ze wskazanych w wykazie osób — pan A. B. — de facto nie pełnił funkcji inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno — budowlanej przy robocie budowlanej polegającej na „Przebudowie i rozbudowie Stadionu Narodowego w Warszawie”. Co istotne, czynności weryfikacyjne polegały na wezwaniu Wykonawcy do wyjaśnienia, dlaczego wskazał pana A. B. jako osobę pełniącą funkcję inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno — budowlanej przy robocie budowlanej polegającej na „Przebudowie i rozbudowie Stadionu Narodowego w Warszawie” z ramienia inwestora PL.2021+ Sp. z o. o., podczas, gdy PL.2021+ Sp. z o. o. nie była inwestorem dla ww. roboty budowlanej. Wskazanie spółki PL.2021+ przez Zamawiającego było zapewne omyłką pisarską, gdyż Wykonawca w wykazie osób wskazał spółkę PL.2012+ Sp. z o. o., która de facto działała w roli inwestora przy Przebudowie i rozbudowie Stadionu Narodowego w Warszawie. Tym samym, wskazanie jako inwestora spółki PL.2012+ Sp. z o. o. przy robocie budowlanej polegającej na Przebudowie i rozbudowie Stadionu Narodowego w Warszawie nie było informacją nieprawdziwą. Niemniej, Wykonawca weryfikując wezwanie spostrzegł że wskutek omyłki podał nieprawidłową funkcję jaką pan A. B. pełnił przy Przebudowie i rozbudowie Stadionu Narodowego w Warszawie.

Otóż nie pełnił funkcji on inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno — budowlanej przy tej robocie budowlanej lecz funkcję „koordynatora ds. inwestycji”. Wyjaśniając zaistniałą sytuację, Wykonawca postanowił wskazać Zamawiającemu właściwą robotę budowlaną, która powinna zostać ujęta w wykazie osób na potrzeby spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, tj. w której pan A. B. pełnił funkcję inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjnobudowlanej. Wykonawca wyjaśnił że nieprawidłowość wynikała wskutek omyłki technicznej i nie była przejawem zamierzonego działania Wykonawcy. Powyższe, w ocenie Zamawiającego stanowiło wprowadzenie go w błąd, do czego miało dojść wskutek niedbalstwa Wykonawcy i mogło mieć wpływ na decyzje Zamawiającego w Postępowaniu. Jednocześnie, Zamawiający stwierdził, że Wykonawca składając wyjaśnienia z 28 i 29 października 2021 r. wprost przyznał się, że doszło do przedstawienia nieprawdziwych informacji. Stąd, Zamawiający wykluczył Wykonawcę i na tej podstawie odrzucił jego ofertę, podając jako podstawę prawną art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP.

Dokonując powyższe Zamawiający naruszył: art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP w zw. z rozdz. V ust. 2 pkt 2.3.2. SWZ w zw. z r. VI ust. 9 pkt. 9.2 w zw. z r. XIII ust. 4.3. SWZ,

A. Naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP w zw. z r. V ust. 2 pkt 2.3.2. SWZ w zw. z r. VI ust. 9 pkt. 9.2 w zw. z r. XIII ust. 4.3. SWZ .

Należy wskazać, że podana przez Wykonawcę informacja uznana przez Zamawiającego jako nieprawdziwa nie dotyczyła — z formalnego punktu widzenia — spełnienia kryteriów oceny ofert, lecz spełnienia kryteriów warunku udziału w Postępowaniu. Powyższe wynika z treści SWZ oraz korespondencji między Zamawiającym a Wykonawcą prowadzonej po tym jak oferta Wykonawcy została wybrana w Postępowaniu jako najkorzystniejsza, a Wykonawca został wezwany do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych. W szczególności wyjaśnienia Wykonawcy zawarte w piśmie z 12 października 2021 r. wraz z załącznikami: wykaz osób uwzględniający kryterium doświadczenia inspektorów nadzoru, stanowiące odpowiedź na wezwanie Zamawiającego (z 11.10.2021 r.) do wyjaśnień przedłożonych podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazu osób.

Z przedstawionych wyjaśnień jasno wynikało, które roboty budowlane zrealizowane przez pana A. B. pełniącego funkcje inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno — budowlanej powinny być brane pod uwagę pod uwagę przez Zamawiającego w kontekście spełnienia kryterium oceny ofert, a która usługa zrealizowana przez pana A. B. pełniącego funkcję inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno — budowlanej powinna być brana pod uwagę przez Zamawiającego w kontekście spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Robota budowlana, której wskazanie okazało się być nieprawidłowe w dalszej kolejności stanowiło podstawę do wykluczenia Wykonawcy w związku z podaniem nieprawdziwej informacji. Informacja, która miałaby być nieprawdziwa dotyczyła spełnienia warunków udziału, a nie spełnienia kryteriów oceny ofert. Norma art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP nie dotyczy wykluczenia ze względu na informacje dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dla naruszeń w tym zakresie ustawodawca stworzył normę art. 109 ust 1 pkt 8 PZP, który jednak wymaga wykazania przez zamawiającego działania wykonawcy z

zamiarem wprowadzenia w błąd, lub rażące niedbalstwo wykonawcy, czego Zamawiający w niniejszej sprawie nie czyni. Stąd, wykluczenie na podstawie art. 109 ust 1 pkt 10 PZP nie może mieć miejsca w okolicznościach, które Zamawiający podaje w uzasadnieniu odrzucenia oferty i wykluczenia Wykonawcy z Postępowania. Na marginesie, nawet gdyby Zamawiający zastosował art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP jako podstawę prawną wykluczenia, to należałoby uznać że nie zostałyby ziszczone przesłanki zastosowania ww. artykułu — nie tylko w postaci podania informacji nieprawdziwej i wpływu na decyzje zamawiającego w postępowaniu, ale również jeżeli chodzi o przesłanki zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa w przedstawieniu nieprawdziwej informacji. Tym samym, drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy jako stanowiące przejaw rażącego niedbalstwa. Z kolei przez zamierzone działanie chodzi o sytuacje, kiedy wykonawca celowo wprowadza zamawiającego w błąd, chcąc potwierdzić spełnianie warunków, kryteriów selekcji lub brak podstaw wykluczenia. Przez zamierzone działanie należy w szczególności rozumieć takie działanie, w którym działający przejawia naganną intencję w postaci chęci wprowadzenia w błąd (oszustwo), licząc że działanie to mu się opłaci. Przekładając powyższe na stan faktyczny przedmiotowej sprawy, należy uznać, że nie sposób przypisać Wykonawcy ani zamiaru, ani rażącego niedbalstwa w podaniu informacji, co do której nieprawdziwość zarzuca Zamawiający (tj. wskazanie poszczególnych robót budowlanych na dowód spełniania przesłanki udziału w postępowaniu, w której pan A. B. pełnił funkcję inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno — budowlanej). Brak jest bowiem logiki w takim działaniu Wykonawcy, który miałby w wyniku zamierzonego działania bądź rażącego niedbalstwa przedstawiać Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, skutkujące odrzuceniem jego oferty na etapie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy był w posiadaniu innych informacji na dowód, że wskazywana osoba spełniała warunek udziału w postępowaniu przez inne, posiadane na moment składania oferty, doświadczenie.

Wykonawca nie miał żadnego interesu we wskazywaniu informacji nieprawdziwych. Powyższe działanie Wykonawcy należałoby interpretować raczej w kategorii drobnej omyłki lub wzajemnego nieporozumienia, a nie zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa — tym bardziej że Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach obszernie wyjaśnił przyczynę podania nieprawidłowej informacji, wskazując, że wynikała ona ze zwyczajnej omyłki technicznej (błąd w procesie „kopiuj-wklej”) oraz wskazał bezzwłocznie informacje prawidłową. Co więcej, pan A. B. pełnił funkcję koordynatora ds. inwestycji przy robocie budowlanej: „Przebudowa i rozbudowa Stadionu Narodowego w Warszawie”, będąc zatrudnionym przez spółkę pod firmą PL.2012+ Sp. z o. o. Powyższe oznacza, że wskazanie przez Wykonawcę w wykazie osób pana B. jako pełniącego funkcje inspektora nadzoru przy tej robocie budowlanej nie było informacją podaną bezmyślnie i bez żadnej podstawy w stanie faktycznym. Wykonawca wiedział bowiem, że pan A. B. uczestniczył w robocie budowlanej : Przebudowa i rozbudowa Stadionu Narodowego w Warszawie”, gdzie inwestorem była spółka PL.2012+ Sp. z o. o. Informację taką Wykonawca uzyskał bezpośrednio od pana A. B. . Stąd istniał powód, aby Wykonawca nie mógł natychmiastowo dopatrzeć się dokonanej omyłki w procesie „kopiuj-wklej” i zauważyć, że nieprawidłowo wskazał funkcje, jaką pan A. B. pełnił przy Przebudowie i rozbudowie Stadionu Narodowego. Omyłkę Wykonawca zauważył w momencie gdy został wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnienia rozbieżności stwierdzonych w przedstawionym wykazie osób. Wykonawca bezzwłocznie wyjaśnił rozbieżności zgodnie z zapytaniem, wskazując jednocześnie robotę budowlaną, w której pan A. B. pełnił funkcje inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjnobudowlanej. Tym bardziej zatem nie sposób dopatrywać się w omyłce Wykonawcy rażącego niedbalstwa i zamierzonego działania.

B. Naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP. Zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych oraz stanowiskiem doktryny przepis może zostać zastosowany tylko i wyłącznie wtedy, gdy spełnione zostaną łącznie 3 przesłanki: 1) lekkomyślności lub niedbalstwo Wykonawcy, 2) przedstawienie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, 3) możliwy istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie Odwołującego nie doszło do spełnienia przesłanek: 1) przedstawienie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, 2) możliwy istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ad. 1) Brak podania informacji nieprawdziwej przez Wykonawcę. Co do zasady informacja podana przez Wykonawcę, zarówno co do spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert — w zakresie zdolności technicznej i zawodowej inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno — budowlanej była prawdziwa. Powyższe wynika z: treści wykazu osób przedstawionego przez Wykonawcę na potrzeby kryteriów oceny ofert, w którym wymienione zostały inne zrealizowane przez pana A. B. pełniącego funkcję inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno — budowlanej roboty budowlane, które świadczyły jednocześnie o spełnieniu przez Wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, pisma Wykonawcy z 28.10.2021 r. w przedmiocie wyjaśnień co do przedstawionego wykazu osób w zakresie robót budowlanych realizowanych przez inspektorów nadzoru. W przywołanym piśmie Wykonawca wprost wskazuje, że: Oświadczam, że Wykonawca nie chciał wprowadzić w błąd Zamawiającego —

a powyższa omyłka techniczna została wykonana w sposób niezamierzony. Oświadczam, że p. A. B. w dniu składania ofert posiadał doświadczenie wymagane przez Zamawiającego w SWZ oraz pełnił funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika robót budowlanych lub kierownika budowy na innej niż wskazana w załączniku 1.1 do SWZ zakończonej robocie budowlanej, polegającej na budowie, przebudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej wraz z zagospodarowaniem terenu na stanowisku Inspektora nadzoru inwestorskiego specjalności konstrukcyjna — budowlanej a także pełnił funkcję koordynatora inspektorów nadzoru (kierownika projektu). W dalszej części pisma z 28 października 2021 r. Wykonawca, w celu rozwiania wszelkich wątpliwości, wskazał prawidłową robotę budowlaną, w której pan B. pełnił funkcję inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno — budowlanej na potwierdzenie spełnienia przesłanek udziału w Postępowaniu — była to informacja prawdziwa i aktualna na dzień złożenia oferty. Zdaniem Odwołującego podanie ww. informacji na etapie weryfikacji oferty w zakresie procedury składania podmiotowych środków po jej wybraniu jako najkorzystniejszej było dopuszczalne zgodnie z SWZ. Pan A. B. posiadał de facto doświadczenie pozwalające na spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz spełnienia kryterium oceny ofert w momencie składania oferty — zgodnie z SWZ. Złożenie wykazu osób w jego pierwotnym brzmieniu zawierało zatem w swej wartości semantycznej prawdziwą informację o tym, iż oferta Wykonawcy spełnia wymagania SWZ: informacja w swej istocie w tym zakresie była prawdziwa. Nie była tylko poprawna w zakresie, w jakim przywołano argument na potwierdzenie informacji prawdziwej. Zgodnie z SWZ (Rozdz. VIII ust. 11 pkt 11.2. SWZ) wraz ofertą Wykonawca zobowiązany był przedstawić wykaz osób wraz ze wskazaniem ich doświadczenia na potrzeby kryterium oceny ofert. Co ważne, przedstawiony przez Wykonawcę wraz z ofertą wykaz osób na potrzeby kryterium oceny ofert zawierał prawdziwe informacje co do zrealizowanych robót budowlanych, w których pan A. B. pełnił funkcję inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno — budowlanej. Chodzi tu bowiem o 3 roboty budowlane zrealizowane przez pana A. B., co do których Zamawiający nie zgłaszał nieprawidłowości (tj. (1) Rozbudowa i przebudowa zajezdni tramwajowej Warszawa-Żoliborz, (2) Przebudowa i rozbudowa ośrodka sportowego Hutnik w Warszawie, (3) Adaptacja powierzchni na Szczyt NATO. Jeżeli chodzi o usługę, co do której Zamawiający zgłosił nieprawidłowość i której wskazanie stanowiło w jego ocenie podanie informacji nieprawdziwej, to przedstawiona ona została przez Wykonawcę w wykazie osób na potrzeby spełnienia warunków udziału w Postępowaniu jako podmiotowy środek dowodowy, do którego przedstawienia — zgodnie z SWZ (Rozdz. VI ust. 9 pkt 9.2 SWZ) — wykonawcy są wzywani po wyborze ich oferty jako najkorzystniejszej. Co istotne, zgodnie z SWZ (Rozdz. XIII ust. 4.4. SWZ) Zamawiający zastrzegł, iż w przypadku, gdyby na skutek czynności weryfikacyjnych podejmowanych m.in. w zakresie procedury składania podmiotowych środków dowodowych z art. 126 ust. 1 ustawy PZP lub ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia z art. 128 ust. 1 ustawy PZP, doszło do następczej zmiany osoby skierowanej do pełnienia funkcji inspektora nadzoru w stosunku do osoby wskazanej w wykazie osób na potrzeby kryteriów oceny ofert, nowa osoba będzie mogła być brana pod uwagę. Uznać należy, że skoro Zamawiający dopuścił możliwość zmiany osoby inspektora wskutek czynności weryfikacyjnych w zakresie procedury Składania podmiotowych środków dowodowych, to tym bardziej Zamawiający dopuścił, aby wskutek czynności weryfikacyjnych w zakresie procedury składania podmiotowych środków dowodowych mogło dojść do zmiany tylko poszczególnych robót budowlanych zrealizowanych przez danego inspektora, a wskazanych w wykazie osób na potrzeby spełnienia warunków udziału w Postępowaniu do czego de facto doszło w przedmiotowej sprawie: Wykonawca wskutek czynności weryfikacyjnych w zakresie procedury składania podmiotowych środków dowodowych przedstawił właściwą robotę budowlaną na potwierdzenie tego, że de facto spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Tym samym, uznać należałoby, że wskutek dopuszczalnych procedur weryfikacyjnych przewidzianych w SWZ i PZP doszło do usunięcia wszelkich nieprawidłowości, a tym samym do zniwelowania skutków podania niepoprawnego argumentu na potwierdzenie prawdziwej informacji i zastąpienia go prawdziwym argumentem — tj. wskazaniem odpowiedniej usługi, która przez omyłkę nie została pierwotnie przywołana. Reasumując — w sprawie nie doszło do podania nieprawdziwych informacji. Co najwyżej doszło do podania niepoprawnego argumentu (roboty budowlanej zrealizowanej przez pana A. B. jako pełniącego funkcję inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno — budowlanej) na potwierdzenie prawdziwej informacji, jaką jest spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Co więcej, wskutek dopuszczonych przez SWZ procedur doszło do zweryfikowania przedstawionych podmiotowych środków dowodowych i zniwelowania skutków podania przez Wykonawcę niepoprawnego argumentu na potwierdzenie prawdziwej informacji i zastąpienia go poprawnym argumentem — tj. wskazaniem odpowiedniej roboty budowlanej, która przez omyłkę nie została pierwotnie przywołana. Stąd, należałoby uznać, że w sprawie nie doszło do spełnienia przesłanki wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP w postaci przedstawienia informacji nieprawdziwej, a tym samym nie mogło dojść do wykluczenia Wykonawcy.

Ad. 2 Brak możliwości istotnego wpływu przedstawionej informacji nieprawdziwej na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Nawet jeżeli rzeczywiście doszłoby do przedstawienia Zamawiającemu informacji nieprawdziwej (czemu Odwołujący zaprzecza), to wciąż brak jest

podstaw do wykluczenia Wykonawcy— z uwagi na brak możliwości istotnego wpływu przedstawionej informacji nieprawdziwej na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu. Zgodnie z prezentowanym w orzecznictwie i doktrynie stanowiskiem, aby móc wykluczyć danego wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 PZP należy ustalić, czy doszło w realiach konkretnej sprawy do wprowadzenia w błąd, a jeśli tak, to czy był to błąd istotny. Aby 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. Dalej, należy mieć na względzie to, że Prawo Zamówień Publicznych stanowi implementację do polskiego porządku prawnego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych. Zgodnie z art. 57 Dyrektywy Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, który był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59. Zatem interpretacja przepisów krajowych powinna uwzględniać fakt, że podstawą wykluczenia powinno być tylko „poważne wprowadzenie w błąd”. Interpretację tej klauzuli generalnej powinno dokonywać się z uwzględnieniem 101 uwagi wprowadzającej do Dyrektywy, zgodnie z którą to uwagą, stosując fakultatywne podstawy wykluczenia instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności, a drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Co więcej, nie można w taki sposób odczytywać poszczególnych postanowień SWZ, aby utracić z pola widzenia naczelną cel postępowania prowadzonego w oparciu o treść PZP, jakim jest umożliwienie zamawiającemu wyboru najlepszej oferty. Nie można zatem dokonywać takiej wykładni postanowień SWZ, odwołujących się do kwalifikacji i doświadczenia zawodowego, aby nie uznawać kwalifikacji i doświadczenia zawodowego takich osób, których kwalifikacje lub doświadczenie zawodowe spełniają wymagania wskazane w SWZ lub są od nich większe. Przekładając powyższe na stan przedmiotowej sprawy, należy uznać, co następuje: Po pierwsze, Zamawiający podjąłby taką samą decyzję w Postępowaniu jaka podjął przed weryfikacją podanej informacji, tj: dokonał wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej — bez względu na to czy informacja podana mu przez Wykonawcę w zakresie pojedynczej roboty budowlanej zrealizowanej przez pana A. jako pełniącego funkcję inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno — budowlanej była prawdziwa bądź nie. Jest tak, ponieważ już z przedstawionego przez Wykonawcę wraz z ofertą wykazu osób na potrzeby spełnienia kryteriów oceny ofert wynikało, że Wykonawca spełnia jednocześnie warunki udziału w Postępowaniu co do zdolności technicznej i zawodowej w branży konstrukcyjno — budowlanej. Stąd podanie w późniejszym czasie — na etapie przedstawiania podmiotowych środków dowodowych przez Wykonawcę, jako tego którego oferta została oceniona najwyżej — nieprawdziwej informacji w zakresie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu co do zdolności technicznej i zawodowej w branży konstrukcyjno — budowlanej nie mogłoby w żadnym razie skutkować uznaniem, że Wykonawca w ogóle nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu, gdyż okoliczność ta została wykazana już na wcześniejszym etapie Postępowania, z czego Zamawiający doskonale zdawał sobie sprawę. Powyższe, co najwyżej mogłoby mieć wpływ na zmniejszenie ilości punktów przyznanych Wykonawcy poprzez dokonanie przez Zamawiającego aktualizacji ilości punktów w kryterium Doświadczenia inspektorów nadzoru budowlanego i dokonania aktualizacji rankingu ofert sporządzonego celem wyboru oferty najkorzystniejszej — zgodnie z SWZ (Rozdz. XIII ust. 4 pkt 4.4. SWZ) — przez zaliczenie jednej z robót budowlanych wskazanej w kryterium oceny ofert w zakresie Doświadczenia inspektorów nadzoru inwestorskiego do roboty budowlanej potwierdzającej spełnienie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego lub technicznego. Niemniej, nawet zmniejszenie w ten sposób ilości przyznanych Wykonawcy punktów w kryterium Doświadczenie inspektorów nadzoru inwestorskiego nie mogłoby mieć wpływu na czynności dokonane przez Zamawiającego w Postępowaniu i oferta Wykonawcy wciąż byłaby najwyżej oceniona i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Podkreślić przy tym należy, że w tym przypadku zmiana oceny oferty Wykonawcy zostałaby dokonana na etapie Postępowania, w którym wszystkie możliwe oferty zostały już złożone — brak jest zatem takiej możliwości, aby podanie nieprawdziwej informacji i skutkujące tym zmniejszenie ilości punktów przyznanych Wykonawcy mogło mieć jakikolwiek wpływ w stosunku do potencjalnych podmiotów, które mogły, lecz nie wzięły udziału w Postępowaniu. Po drugie, jako iż podanie nieprawdziwej informacji przez Wykonawcę nie mogło mieć istotnego wpływu na decyzje podjęte przez Zamawiającego w sprawie, należy uznać, że wkluczenie Wykonawcy i odrzucenie jego oferty było działaniem nieproporcjonalnym w stosunku do dokonanego przez Wykonawcę zawinienia. Wskazać przy tym należy, że Wykonawca — w pismach z 28 i 29 października 2021 r. — wyjaśnił, że do wskazania niepoprawnej roboty budowlanej w wykazie osób doszło przez omyłkę techniczną oraz, że w żadnym wypadku nie miał on zamiaru wprowadzić Zamawiającego w błąd. Wykonawca czynnie współdziałał z Zamawiającym celem wyjaśnienia zaistniałej sytuacji, składając przy tym klarowne i wystarczające wyjaśnienia — zgodnie z żądaniami i pytaniami Zamawiającego. Z wyjaśnień

Wykonawcy jasno wynikało, że nie tylko spełnia on podane w ofercie kryterium oceny w zakresie Doświadczenia inspektorów nadzoru budowlanego, ale również że de facto spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Tym samym, oferta jest najkorzystniejsza, a jej wykluczenie przez Zamawiającego stanowi przejaw niewspółmiernie rygorystycznego stosowania fakultatywnych przesłanek wykluczenia wskazanych z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP, co w okolicznościach sprawy przeczy naczelnemu celowi postępowania, jakim jest umożliwienie Zamawiającemu wyboru najlepszej oferty.

C. Podsumowanie Mając na uwadze dotychczas przedstawioną argumentację, należy uznać iż Zamawiający nie został wprowadzony w błąd przez Wykonawcę. Niemniej, nawet, gdyby przyjąć inaczej, to biorąc pod uwagę okoliczności przedmiotowej sprawy należałoby uznać, że błąd nie mógł istotnie wpłynąć na decyzję Zamawiającego w Postępowaniu. Ponadto, błąd nie był poważny w rozumieniu art. 57 Dyrektywy, a wykluczeniu Wykonawcy sprzeciwiała się zasada proporcjonalności. W świetle podniesionych niniejszym zarzutów naruszenia oraz powołanych okoliczności nie ulega wątpliwości, że dokonane naruszenia przepisów PZP miały istotny wpływ na wynik Postępowania. Przez istotny wpływ należy rozumieć przede wszystkim wybór określonej oferty, ale także ustalenie kręgu wykonawców kwalifikowanych do dalszej części postępowania i wszystkie te czynności lub zaniechania, które umożliwiają (lub uniemożliwiają) wykonawcy udział w postępowaniu lub jego konkretnej fazie. W przedmiotowej sprawie odrzucenie oferty Wykonawcy w związku z jego wykluczeniem w sposób oczywisty rzutować będzie na uzasadniony interes Odwołującego, ponieważ oferta przez niego złożona została najwyższej oceniona pod kątem kryteriów oceny ofert przyjętych w Postępowaniu i nawet została już wybrana przez Zamawiającego.

Załączono odpisy dokumentów (dowodów) wymienionych w treści pisma.

Zamawiający: Skarb Państwa - Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości i podtrzymał stanowisko wyrażone w treści zaskarżonej czynności.

1. Okoliczności stanu faktycznego

Zgodnie z warunkiem w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - Rozdział V ust. 2 pkt 2.3 ppkt 2.3.2. SWZ - o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który (...) wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować w okresie wykonywania zamówienia i skieruje do jego realizacji osoby posiadające uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń lub odpowiadające im równoważne uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów w specjalności: (.)

Konstrukcyjno-budowlanej, która w okresie 10 lat przed terminem składania ofert w Postępowaniu pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika robót budowlanych lub kierownika budowy na co najmniej jednej zakończonej robocie budowlanej, polegających na budowie, przebudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej wraz z zagospodarowaniem terenu, która to osoba pełnić będzie obowiązki Inspektora nadzoru inwestorskiego specjalności konstrukcyjno-budowlanej a także funkcję koordynatora inspektorów nadzoru.

W świetle Rozdziału VI ust. 6 SWZ: Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w r. V ust. 1 i 2 SWZ. Dokumentem potwierdzającym spełnianie przez wykonawcę zacytowanego powyżej warunku udziału w Postępowaniu był - zgodnie z R. VI ust. 9 pkt. 9.2 - wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, - w zakresie określonym w Rozdz. V ust. 2 pkt 2.3.2. SWZ wymogów względem tych osób.

Jednocześnie, w Rozdziale XIII ust. 4 pkt. 4.2 SWZ Zamawiający ustanowił pozacenowe kryterium oceny ofert pn.: Doświadczenie inspektorów nadzoru inwestorskiego następującej treści (zakres relewantny do rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania):

W kryterium „Doświadczenie Inspektorów nadzoru inwestorskiego” Zamawiający przyzna punkty za dodatkowe, ponad wymagane wykazanie się jedną usługą na potrzeby warunku udziału w Postępowaniu doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia w

następujący sposób:

Ilość punktów przyznana za doświadczenie - inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjnobudowlanej, pełniącego rolę Koordynatora inspektorów nadzoru:

- 3 pkt. za wykazanie się realizacją jednej usługi zgodnej z opisem usługi wskazanej jako warunek udziału w Postępowaniu, ponad usługę która wykazana będzie na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu o których mowa w Rozdz. V pkt 2.2 SWZ
- 6 pkt. za wykazanie się realizacją dwóch usług zgodnych z opisem usługi wskazanej jako warunek udziału w Postępowaniu, ponad usługę która wykazana będzie na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu o których mowa w Rozdz. V pkt 2.2 SWZ
- 10 pkt. za wykazanie się realizacją trzech lub więcej usług zgodnych z opisem usługi wskazaną jako warunek udziału w Postępowaniu, ponad usługę która wykazana będzie na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu o których mowa w R. V pkt 2.2 SWZ

Opisane powyżej dodatkowe doświadczenie inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oceniane było na podstawie załączonego do oferty i stanowiącego jego treść załącznika nr 1.1 do SWZ. Zgodnie bowiem z postanowieniem Rozdziału XIII ust. 4 pkt 4.3 SWZ:

Celem wykazania doświadczenia inspektorów nadzoru inwestorskiego wskazanych powyżej, Wykonawca zobowiązany jest wypełnić Załącznik nr 1.1. do SWZ, w której zobowiązany jest wskazać doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia. Wykazane doświadczenie jest doświadczeniem wykazywanym niezależnie od doświadczenia wymaganego w celu spełniania warunków udziału w Postępowaniu i ma na celu jedynie punktację oferty Wykonawcy. W związku z powyższym, w przypadku nie podania (nie wpisania) w Załączniku nr 1.1. do SWZ danych osoby skierowanej do realizacji zamówienia oraz informacji na temat jej doświadczenia zawodowego, albo podania któregośkolwiek z tych elementów osobno (tzn. tylko danych osobowych bez wykazania doświadczenia lub wskazania samego doświadczenia bez podania imienia i nazwiska tej osoby), Zamawiający nie przyzna punktów i uzna, iż Wykonawca dysponuje osobą, którą może skierować do realizacji zamówienia, ale osoba ta nie posiada wyższych, niż określone jako minimalne (w opisie warunków) dla udziału w postępowaniu kwalifikacji zawodowych. W tej sytuacji Zamawiający przyzna Wykonawcy w niniejszym kryterium 0 punktów. Również w przypadku niezłączenia do oferty Wykazu osób - Załącznika nr 1.1. do SWZ przyznanych zostanie 0 punktów. Wykaz ten stanowi treść oferty i nie podlega uzupełnieniu.

Z uwagi na okoliczność, że przytoczone powyżej pozacenowe kryterium oceny ofert referowało do treści jednego z warunków udziału w Postępowaniu, premiując wykonawców za dodatkowe (wykraczające ponad wymóg wynikający z treści warunku udziału w Postępowaniu) doświadczenie personelu, Zamawiający we wspomnianym powyżej

postanowieniu Rozdziału VI ust. 9 pkt. 9.2 zawarł uwagę, zgodnie z którą: (...) wykaz osób o którym mowa w niniejszym punkcie (tj. składany na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu - przyp. Autorów) powinien zawierać te same osoby co wskazane w wykazie osób złożonym wraz z ofertą na potrzeby kryteriów oceny ofert i będzie wskazywał usługę (usługa nadzoru świadczona przez daną osobę) niewymienioną w wykazie osób złożoną z ofertą na potrzeby kryteriów.

W konsekwencji obowiązkiem wykonawcy było załączenie do oferty wykazu osób sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 1.1 do SWZ, który służył Zamawiającemu ocenie ofert w kryterium Doświadczenie inspektorów nadzoru inwestorskiego. Następnie, wykonawca którego oferta została oceniona najwyżej, poddawany był ocenie podmiotowej, w ramach której wzywany był do złożenia m.in. wykazu osób mającego potwierdzać spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, który - jak wskazano powyżej - (...) powinien zawierać te same osoby co wskazane w wykazie osób złożonym wraz z ofertą na potrzeby kryteriów oceny ofert i będzie wskazywał usługę (usługa nadzoru świadczona przez daną osobę) niewymienioną w wykazie osób złożoną z ofertą na potrzeby kryteriów. Istotnie, w Rozdziale XIII ust. 4 pkt 4.4 SWZ, na który powołuje się Odwołujący na str. 10 odwołania, znalazło się postanowienie umożliwiające dokonywanie zmian w treści wykazu osób, jednak dotyczyło ono *expressis verbis* podmiotowych środków dowodowych ergo wykazu osób składanego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu (a więc jedynie przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona), nie zaś wykazu osób składanego na potrzeby kryteriów oceny ofert, który każdy wykonawca powinien był załączyć do oferty. Zgodnie bowiem z postanowieniem Rozdziału XIII ust. 4 pkt 4.3 in fine SWZ Wykaz ten (wykaz osób załączony do oferty - przyp. Autorów) stanowi treść oferty i nie podlega uzupełnieniu.

Odwołujący załączył do oferty wykaz osób składany na potrzeby kryteriów oceny ofert,

sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 1.1 do SWZ, w którym jako inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności konstrukcyjno-budowlanej wskazał Pana A. B., mającego rzekomo doświadczenie nabyte przy realizacji zamówienia pn.: Przebudowa i

rozbudowa Stadionu Narodowego w Warszawie na rzecz inwestora PL2012+ sp. z o.o.

(omyłkowo określanego w części późniejszej korespondencji z Odwołującym mianem PL2021+ sp. z o.o.). Dowód: - wykaz osób załączony do oferty Odwołującego (str. 1-2, kol. a, c i d), w dokumentacji Postępowania.

W wyniku dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert oferta Odwołującego została najwyższej oceniona (Zamawiający przyznał Odwołującemu punkty w kryterium Doświadczenie inspektorów nadzoru inwestorskiego z uwzględnieniem doświadczenia Pana A. B. zdobytego w związku z realizacją wspomnianej powyżej inwestycji), wobec czego Odwołujący został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych z pouczeniem o treści uwagi z Rozdziału VI ust. 9 pkt. 9.2., zgodnie z którą wykaz osób o którym mowa w niniejszym punkcie powinien zawierać te same osoby co wskazane w wykazie osób złożonym wraz z ofertą na potrzeby kryteriów oceny ofert i będzie wskazywał usługę (usługa nadzoru świadczona przez daną osobę) niewymienioną w wykazie osób złożoną z ofertą na potrzeby kryteriów).

W odpowiedzi Odwołujący przedstawił wykaz osób na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu, w odniesieniu do Pana A. B., wbrew przytoczonemu powyżej pouczeniu, powielił informację dotyczącą wspomnianej powyżej inwestycji, z czego Odwołujący nota bene usiłuje obecnie skorzystać twierdząc, jakoby formalną podstawą wykluczenia z Postępowania powinna być nieprawdziwość informacji dotyczącej spełniania warunków udziału w Postępowaniu, nie zaś kryteriów oceny ofert.

Dowód: - wykaz przedstawiony przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie jw. (str. 2, kol. a, c i d), w dokumentacji Postępowania.

Weryfikacja dokumentów podmiotowych doprowadziła do wyboru dnia 13.10.2021 r. oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Po wyborze oferty Odwołującego Zamawiający powziął informację o nieprawdziwości oświadczenia dotyczącego doświadczenia nabytego przez Pana B. w związku z realizacją inwestycji z poz. 1 wykazu, które stanowiło podstawę uznania oferty Odwołującego za najwyższej ocenioną. W konsekwencji dnia 27.10.2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty, wskazując na powyższe i załączając do wezwania wykaz przedstawiony wraz z ofertą.

W odpowiedzi Wykonawca stwierdził m.in., że podanie w wykazie osób informacji dotyczącej doświadczenia Pana B. związanego z realizacją zamówienia z poz. 1 wykazu, stanowiło omyłkę techniczną, precyzując w kolejnym piśmie, w odpowiedzi na dodatkowe wezwanie Zamawiającego, że ww. osoba w ogóle nie świadczyła usług w związku ze wspomnianym zamówieniem.

Powyższe ustalenie w obszarze prawdziwości informacji przedstawionych w wykazie osób załączonym do oferty stanowiło podstawę decyzji o unieważnienia wyboru oferty Odwołującego i, w konsekwencji, jej odrzucenia jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, na zasadzie art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Uzasadniając decyzję Zamawiający wskazał explicite na posłużenie się przez Odwołującego nieprawdziwymi informacjami w wykazie osób złożonym na potrzeby kryterium oceny ofert.

2. Ustosunkowanie do zarzutów odwołania

W świetle przedstawionych okoliczności zarzut odwołania jest niezrozumiały, zasada się bowiem na stwierdzeniu, że czynność wykluczenia- z formalnego punktu widzenia - nie dotyczyła nieprawdziwości informacji podlegającej ocenie w kryterium oceny ofert a w ramach warunku udziału w Postępowaniu. W konsekwencji Odwołujący twierdzi, że podstawą ewentualnego wykluczenia go z Postępowania powinien być przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, przewidujący sankcję wykluczenia za posłużenie się nieprawdziwymi informacjami w warunkach zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Zamawiający przypuszcza, że stanowisko Odwołującego wynika z faktu, że decyzja o wykluczeniu go z Postępowania zapadła dopiero po weryfikacji jego sytuacji podmiotowej. Nie jest jednak istotny moment podjęcia takiej decyzji (zgodnie bowiem z art. 110 ust. 1 Pzp wykonawca może zostać wykluczony na każdym etapie postępowania, ale jej podstawa. Ta zaś została określona jednoznacznie, zarówno na etapie prowadzenia korespondencji z Odwołującym, jak i w zaskarżonej odwołaniem decyzji, w których to Zamawiający odnosił się wyłącznie do wykazu osób złożonego wraz z ofertą na potrzeby przyznania punktów w

kryteriach pozacenowych. Właśnie w ofercie Odwołującego (załączonym do niej wykazie osób) doszło do posłużenia się nieprawdziwą informacją po raz pierwszy i gdyby Odwołujący nie powieili jej bezpodstawnie (tj. wbrew postanowieniu Rozdziału VI ust. 9 pkt. 9.2 SWZ) w wykazie osób składanym na potrzeby weryfikacji warunku udziału w Postępowaniu, nie twierdziłby obecnie bezzasadnie, że nieprawdziwa informacja dotyczyła wyłącznie jego sytuacji podmiotowej. W świetle przedstawionych okoliczności nieprawdziwe jest zawarte na str. 10 odwołania stwierdzenie: Jeżeli chodzi o usługę, co do której Zamawiający zgłosił nieprawidłowość, i której wskazanie stanowiło w jego ocenie podanie informacji nieprawdziwej, to przedstawiona ona została przez Wykonawcę w wykazie osób na potrzeby spełnienia warunków udziału w Postępowaniu jako podmiotowy środek dowodowy, do którego przedstawienia - zgodnie z SWZ (Rozdz. VI ust. 9 pkt 9.2 SWZ) - wykonawcy są wzywani po wyborze ich oferty jako najkorzystniejszej.

W konsekwencji należy stwierdzić, że wywody odwołania dotyczące przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp i znaczenia użytych w niej pojęć zamierzonego działania, czy rażącego niedbalstwa są prawnie obojętne. Nawet gdyby jednak uwzględnić to stanowisko, to należałoby przypomnieć, że art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp (stanowiący odpowiednik przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, dalej „dPzp”) obejmuje szersze spektrum informacji niż przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp (odpowiednik art. 24 ust. 1 pkt 16 dPzp) i dotyczy wszelkich informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że informacje dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu zaliczają się do wspomnianej kategorii ergo - wbrew twierdzeniom Odwołującego -art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp również może stanowić podstawę wykluczenia z postępowania z uwagi na przedstawienie zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd, dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że przedstawiona przez Odwołującego nieprawdziwa informacja dotyczyła spełniania warunku udziału w Postępowaniu, to i tak podlegałby wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, co oznacza, że zarzucany Zamawiającemu „formalny błąd” nie miałby wpływu na wynik Postępowania.

W odniesieniu natomiast do dalszej argumentacji odwołania Zamawiający, zwraca uwagę na zmianę stanowiska Odwołującego odnośnie prawdziwości informacji o doświadczeniu Pana A. B. . Wyjaśniając tę kwestię w październiku ub. roku Odwołujący kategorycznie twierdził, że (...) usługa wskazana w poz. 1 nie była w ogóle świadczona przez ww. osobę, podczas gdy na str. 8-10 odwołania przekonuje jednak o prawdziwości spornej informacji, określając ją mianem niepoprawnego argumentu. (pismo z 29.10.2021 r.)

Nie ma znaczenia podnoszony w korespondencji i w odwołaniu argument o posiadaniu przez Pana B. innego doświadczenia, ponieważ zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby zastępowanie informacji nieprawdziwych innymi, prawdziwymi, jest niedopuszczalne. Tytułem przykładu Zamawiający wskazuje na wyrok KIO 3387/20, w którym Izba stwierdziła, że (...) w pełni podziela zatem stanowisko Zamawiającego, rzeczywiście uprzednio wielokrotnie wyrażone w orzecznictwie Izby, że nieprawdziwej czy wprowadzającej w błąd informacji, mogącej mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez instytucję zamawiającą, nie można w trybie art. 26 ust. 3 pzp zastępować informacją prawdziwą. Jeżeli wykonawca winny jest przedstawienia w złożonym na potrzeby prowadzonego postępowania oświadczeniu lub dokumencie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna.

Nawiasem mówiąc argumentacja o dodatkowym, „prawdziwym”, doświadczeniu Pana B. jest o tyle zbędna do oceny zasadności postawionego przez Odwołującego zarzutu, że - jak wspomniano - nieprawdziwa informacja została podana w wykazie służącym ocenie oferty Odwołującego w kryterium pozacenowym, ten zaś - zgodnie z postanowieniem Rozdziału XIII ust. 4 pkt 4.3 in fine SWZ - stanowi niepodlegającą uzupełnieniu treść oferty. Stąd, dalsza argumentacja o możliwości poprawienia lub uzupełnienia i wykazu, zgodnie z R.XIII ust. 4 pkt 4.4. SWZ, jest chybiona, bowiem odnosi się do innego dokumentu - wykazu osób będącego podmiotowym środkiem dowodowym. W konsekwencji wnioszek Odwołującego o możliwości zmiany osoby inspektora nadzoru w zakresie procedury składania podmiotowych środków dowodowych z art. 126 ust. 1 PZP, poprawienia lub uzupełnienia z art. 128 ust. 1 ustawy PZP, jest oderwany od stanu faktycznego w przedmiotowej sprawie.

W kwestii braku istotnego wpływu nieprawdziwych informacji na decyzje Zamawiającego podejmowane w Postępowaniu przypomnieć należy, że art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp nie wymaga, aby zamawiający podjął jakąkolwiek decyzję w postępowaniu na podstawie nieprawdziwej informacji, regulacja znajduje bowiem zastosowanie również, gdy nieprawdziwa informacja może wpłynąć na decyzje zamawiającego, zatem wpływ może mieć potencjalny charakter.

Ad casum niewymagany na gruncie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp skutek nastąpił, ponieważ Zamawiający najwyżej ocenił ofertę i przystąpił do badania sytuacji tego wykonawcy. W konsekwencji, rozważania Odwołującego, jakoby jego oferta w każdym przypadku i tak została uznana za najkorzystniejszą (odwołanie, str. 12) nie mają znaczenia z co najmniej następujących względów.

Po pierwsze - wspomniane powyżej zastrzeżenie nie wynika z treści przywołanego przepisu, który - jak wspomniano - posługuje się ogólną kategorią potencjalnego wpływu na decyzje zamawiającego. Bez znaczenia jest zatem czy i jaką decyzję zamawiający podjąłby, gdyby nieprawdziwej informacji mu nie przedstawiono.

Po drugie - art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp ma, zdaniem Zamawiającego, charakter gwarancyjny przez to, że chroni instytucje zamawiające przed wykonawcami nierzetelnymi, którzy z naruszeniem wzorca staranności z art. 355 § 2 kc. W zachowaniu Odwołującego Zamawiający dopatrywał się niedbalstwa, określanego właśnie mianem zachowania odbiegającego od właściwego wykonawcy miernika należytej staranności. Biorąc pod uwagę argumentację Odwołującego o rzekomej prawdziwości informacji w wykazie osób służącym ocenie oferty w kryterium pozacenowym, należy dojść do wniosku, że Odwołujący nie zweryfikował informacji o doświadczeniu Pana B. na etapie przygotowania oferty. Wniosek ów potwierdza Odwołujący wskazując na str. 5 odwołania, że (...) Wykonawca weryfikując wezwanie do złożenia wyjaśnień Zamawiającego, spostrzegł że wskutek omyłki podał nieprawidłową funkcję jaką pełnił W/w przy Przebudowie i rozbudowie Stadionu Narodowego; nie pełnił wymaganej funkcji, lecz funkcję „koordynatora ds. inwestycji”.

Po trzecie - akcentowaną przez Odwołującego zasadę proporcjonalności w ocenie przesłanek zastosowana fakultatywnych podstaw wykluczenia należy, rozpatrywać przez pryzmat przepisu art. 109 ust. 3 Pzp, który nie odnosi się do przedmiotowej sytuacji i okoliczności wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Zamawiający starannie ocenił okoliczności związane z posłużeniem się nieprawdziwymi informacjami, w tym ich przeznaczenie i wagę dla dalszego biegu Postępowania uznając, że nie są to jedynie drobne nieprawidłowości. Wiarygodności Odwołującemu odbiera również okoliczność, że na etapie postępowania odwoławczego usiłuje jednak przekonywać o prawdziwości spornych informacji, podczas gdy w Postępowaniu była to okoliczność przez Odwołującego przyznana.

Zamawiający uznaje zaskarżoną odwołaniem czynność za proporcjonalną do wagi stwierdzonego przezeń uchybienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Transprojekt Gdański sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazał na stan faktyczny, w szczególności fakt, iż Odwołujący wraz z ofertą Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia na potrzeby KRYTERIÓW oceny Ofert, w którym w poz. 1.

Wskazał osobę inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności konstrukcyjno — budowlanej na wskazanym zadaniu, co do której późniejsze ustalenia wskazały, że informacja nie była zgodna z rzeczywistością tak co do pełnionej funkcji, jak inwestycji pn. Przebudowa i rozbudowa Stadionu Narodowego, gdzie inwestorem była spółka PL.2012+Sp. z o.o.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca złożył na potrzeby WARUNKÓW udziału w postępowaniu wykaz zawierający osoby, którym przypisane zostało doświadczenie tożsame jak wskazane w wykazie z ofertą. Podkreślił, że podanie informacji nie mających potwierdzenia w rzeczywistości, a które mogą wpływać na decyzje Zamawiającego lub zostały podane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, skutkuje obowiązkiem wykluczenia takiego wykonawcy.

Stwierdził, że w omawianym postępowaniu doszło do zastąpienia informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą. Zamawiający oceniając wyjaśnienia Odwołującego z 28 i 29 października 2021 r. podjął prawidłową decyzję odnośnie wykluczenia wykonawcy.

W omawianym postępowaniu Odwołujący „podmienił” nieprawdziwą informację informacją prawdziwą — a Zamawiający słusznie uznał taką „podmianę” za nieskuteczną. Żaden przepis ustawy Pzp nie służy do zastępowania informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi.

Uzasadnienie lekkomyślności lub niedbalstwa przy przedstawianiu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego obejmuje przypadki braku staranności wykonawcy przy przedstawianiu informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, np. o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia, ustaleniu, czy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części

składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Norma zawarta w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp dotyczy również wykluczenia ze względu na informacje dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Nie jest tak, jak chciałby Odwołujący, że w przypadku podania nieprawdziwej informacji Zamawiający może użyć wyłącznie normy z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp tj. normy przewidującej działanie umyślne lub rażące niedbalstwo Wykonawcy.

Przyjęcie toku rozumowania Odwołującego oznaczałoby, że Zamawiający nie może wykluczyć z postępowania Wykonawcy, który z powodu lekkomyślności lub niedbalstwa podał niezgodną z rzeczywistością informację w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp jest normą o charakterze generalnym.

Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnić się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że podanie przez Odwołującego informacji, że Pan A. B. pełnił funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności

konstrukcyjno — budowlanej na zadaniu Przebudowa i rozbudowa Stadionu Narodowego w Warszawie dla Inwestora PL.2012+Sp. z o.o. zamiast informacji, że pełnił wymaganą funkcję inspektora na zadaniu „Przebudowa wraz ze zmianą sposobu użytkowania obiektu magazynowo — socjalnego na budynek biurowy na działce nr Ew. 550 obręb 0005 Cząstków Mazowiecki gm. Czosnów” dla Inwestora Inter Cars S.A.” jest tylko omyłką techniczną. Stwierdził, że nie ma podstaw do twierdzenia, że nastąpiła omyłka podlegająca sprostowaniu. Wyraził stanowisko, że pod pozorem sprostowania omyłki nie można doprowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia lub jakiegokolwiek zmiany, która wpłynie na zmianę treści oświadczenia woli. Przystępujący wskazuje, że nieprawdziwa informacja nie dotyczyła tylko funkcji, która to okoliczność została przyznana przez Odwołującego ale również osoby inwestora oraz samej budowy. Podana przez Odwołującego informacja (obojętnie czy w odniesieniu do kryterium czy warunku) jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością i wprowadziła Zamawiającego w błąd. Podanie informacji najpierw w Wykazie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia składanym na potrzeby KRYTERIÓW oceny ofert a następnie w Wykazie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia składanym na potrzeby WARUNKÓW udziału w postępowaniu jest co najmniej wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Przystępujący nie może podzielić stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym: „z przedstawionych przez Wykonawcę wyjaśnień jasno wynikało, które roboty budowlane zrealizowane przez pana A. B. pełniącego funkcję inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno — budowlanej powinny być brane pod uwagę przez Zamawiającego w kontekście spełnienia kryterium oceny ofert, a która usługa zrealizowana przez pana A. B. pełniącego funkcję inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno — budowlanej powinna być brana pod uwagę przez Zamawiającego w kontekście spełniania warunków udziału w Postępowaniu. I tak — jako robota budowlana, która powinna być brana pod uwagę przez Zamawiającego w kontekście spełnienia warunków udziału w postępowaniu została wykazana robota budowlana polegająca na „Przebudowie rozbudowie Stadionu Narodowego w Warszawie” (...) Tym samym, informacja, która miała być nieprawdziwa dotyczyła spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, a nie spełnienia kryteriów oceny ofert”.

Z takim stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić, gdyż Odwołujący nie wskazał usługi dodatkowej na spełnienie warunku udziału w postępowaniu na usługę pn. „Przebudowie rozbudowie Stadionu Narodowego w Warszawie” (...) usunął z wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia składany na potrzeby WARUNKÓW udziału w postępowaniu, stąd twierdzenie, że usługa ta winna być brana pod uwagę na spełnienie warunku udziału w postępowaniu jest nielogiczne. Niemniej, okoliczność ta nie ma znaczenia dla istoty rozpoznawanej sprawy.

Przystępujący przytoczył postanowienia pkt 9.2 dot. Wymogu złożenia wykazu w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu z uwagą:

„ UWAGA: wykaz osób, o którym mowa w niniejszym punkcie powinien zawierać te same osoby co wskazane w wykazie osób złożonym wraz z ofertą na potrzeby kryteriów oceny ofert i będzie wskazywał usługę (usługa nadzoru świadczona przez daną osobę) niewymienioną w wykazie osób złożoną z ofertą na potrzeby kryteriów.”

Z uwagi na fakt, że złożony przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia składany na potrzeby WARUNKÓW udziału w postępowaniu zawierał tożsame usługi co Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia składany na potrzeby KRYTERIÓW oceny ofert tj. nie wskazywał usługi niewymienionej w wykazie osób złożonym z ofertą na potrzeby kryteriów, Zamawiający w dniu 11.10.2021 r. wezwał Odwołującego do złożenia wykazu osób z podaniem innego doświadczenia jak wskazane w wykazie na potrzeby kryteriów oceny ofert. Pismem z dnia 12.10.2021 r. Odwołujący oświadczył: „W nawiązaniu do pisma z dnia 11.10.2021 r. — w załączeniu przesyłam wykaz osób, uwzględniający kryterium doświadczenia inspektorów nadzoru”. Do pisma dołączył Załącznik nr 1 do SWZ tj. Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia składany na potrzeby WARUNKÓW udziału w postępowaniu, ponownie niezawierający innego doświadczenia jak wskazane w wykazie na potrzeby kryteriów oceny ofert (nie wskazujący usługi niewymienionej w wykazie osób złożonym z ofertą na potrzeby wymagane dla oceny wartości kryterium pozacenowego).

W toku rozprawy strony i uczestnik podtrzymali zaprezentowane stanowiska.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak

również biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach,

jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów nie zasługuje na uwzględnienie.

Podzielając uzasadnione spostrzeżenie przystępującego, że w odwołaniu nie sformułowano wprost zarzutu dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej, uznaje się, że pomimo braku formalnego w tym zakresie, z treści żądania odwołania, by nakazać unieważnienie tej czynności, wypływa naturalny wniosek o jej zakwestionowaniu, zważywszy przy tym, iż właśnie unieważnienie czynności wyboru byłoby konieczną i oczywistą czynnością w razie uwzględnienia odwołania prowadzącego do unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania.

Uznając zatem, że niedokładność odwołania w tym zakresie nie stanowi przeszkody do rozpoznania sprawy, sprawa podlega rozpatrzeniu.

W ocenie składu orzekającego zaskarżona wprost czynność wykluczenia odwołującego z postępowania oraz czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego nie naruszyły przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności wskazanych przez Odwołującego, a także postanowień specyfikacji warunków zamówienia.

Izba podziela jako uzasadnione merytoryczne stanowisko zamawiającego oraz przystępującego znajdując potwierdzenie tej oceny w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie postępowania dowodowego skład orzekający oparł się na dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem, zgodnie z wnioskiem Odwołującego, treści następujących dokumentów: 1) Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę realizacji zamówienia złożony na potrzeby kryteriów oceny ofert przedstawiony przez Wykonawcę wraz ze złożoną ofertą. 2) Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia złożony na potrzeby spełniania warunków udziału w postępowaniu przedstawiony przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie do przedstawięcia przedmiotowych środków dowodowych. 3) Pismo do Zamawiającego z 11 października 2021 r. w przedmiocie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie przedstawionego wykazu osób. 4) Pismo Wykonawcy z dnia 12 października 2021 r. wraz z załącznikiem: wykaz osób uwzględniający kryterium doświadczenia inspektorów nadzoru (odpowiedź na pismo Zamawiającego z 11 października 2021 r.) 5) Pismo Zamawiającego z 27 października 2021 r. w przedmiocie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie przedłożonego wykazu osób. 6) Pismo Wykonawcy z 28 października 2021 r. (odpowiedź na pismo Zamawiającego z 27 października 2021 r.) 7) Pismo Zamawiającego z 29 października 2021 r. w przedmiocie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie przedłożonego wykazu osób. 8) Pismo Wykonawcy z 29 października 2021 r. (odpowiedź na

pismo Zamawiającego z 29 października 2021 r.) 9) Pismo Zamawiającego z 30 grudnia 2021 r. w przedmiocie wyboru oferty w Postępowaniu oraz odrzuceniu oferty Wykonawcy.

Stan faktyczny sprawy jest niesporny. W szczególności należy zauważyć, że w złożonej ofercie odwołującego zawarty był wymagany postanowieniami swz wykaz osób, który służył Zamawiającemu ocenie ofert w kryterium oceny ofert określony jako Doświadczenie inspektorów nadzoru inwestorskiego. Następnie, wykonawca - odwołujący, którego oferta została oceniona najwyżej, poddany był ocenie podmiotowej, w ramach której wzywany był do złożenia m.in. wykazu osób mającego potwierdzać spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, który zawierał te same osoby co wskazane w wykazie osób złożonym wraz z ofertą na potrzeby kryteriów oceny ofert. Na podstawie wykazu w ofercie i realizacji przekraczających wymóg minimalny była dokonywana ocena w ramach kryteriów. W toku postępowania ustalono, że w obydwu wykazach przedstawiono w poz. 1 informację o osobie inspektora, inwestorze i inwestycji, które to informacje nie były zgodne z rzeczywistością (ustalenia niesporne i przyznane).

Odwołujący zasadnie powołał postanowienie zawarte w Rozdziale XIII ust. 4 pkt 4.4 SWZ, umożliwiające dokonywanie zmian w treści wykazu osób, jednak dotyczyło ono podmiotowych środków dowodowych, czyli wykazu osób składanego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu, zatem przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, nie zaś wykazu osób składanego na potrzeby kryteriów oceny ofert, który załączano do oferty. Natomiast zgodnie z postanowieniem Rozdziału XIII ust. 4 pkt 4.3 in fine SWZ Wykaz osób załączony do oferty nie podlega uzupełnieniu.

Powyższa zasada potwierdzona jest w istocie przepisami ustawy. Po pierwsze bowiem spełnienie warunków udziału w postępowaniu jako dotyczące podmiotowych środków dowodowych może być potwierdzane, a także uzupełnione i poprawione na zasadach art. 126 i 128 pzp. Po drugie jednak, a rzecz ujmując chronologicznie, jako że stwierdzenie dotyczy oferty, nie ma podstaw do jej uzupełnienia, zmiany treści, czy poprawienia, co jednoznacznie wynika z art. 223 ustawy pzp. Zasadę niezmienności treści oferty oraz dokumentów na potwierdzenie z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert potwierdza także art. 107 ust. 2 ustawy pzp także w sytuacji przyjęcia, że dokumenty te nie stanowią wprost treści oferty, lecz są jej załącznikiem.

Należy zatem zauważyć, że w postępowaniu doszło do przedstawienia nieprawdziwych informacji, a jak na to wskazuje opis okoliczności faktycznych zawarty także w wyjaśnieniach z 28 listopada 2021 r., do przedstawienia nieprawdziwych informacji doszło w warunkach niedbalstwa wynikającego z niezachowania należytej staranności przy sporządzaniu wykazu osób służącego ocenie oferty w kryterium pozacenowym. Ta istotna informacja skutkowałą wadliwym przeprowadzeniem przez zamawiającego procesu oceny oferty Wykonawcy,

wyrażającego się przyznaniem jej zawyżonej liczby punktów. Tym samym, przedstawienie w wyniku niedbalstwa nieprawdziwych informacji wprowadziło Zamawiającego w błąd i miało istotny wpływ na czynność oceny oferty Wykonawcy, skutkując pierwotnie jej wyborem jako najkorzystniejszej. Zatem skutkiem wprowadzenia w błąd były istotne czynności podjęte zamawiającego jako dalej idące, przewidziane w przepisie, a nie tylko potencjalna możliwość podjęcia takich czynności. Wobec dokonanych ustaleń stwierdzić należy, że ziściła się przesłanka odrzucenia oferty, jako złożonej przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust.1 pkt 10 Ustawy. Termin podjęcia decyzji jest zgodny z przepisem art. 110 ust. 1 Pzp, bowiem wykonawca może zostać wykluczony na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, co nastąpiło po potwierdzeniu zaistniałych okoliczności faktycznych.

W świetle powyższego, ponawiając stwierdzenie o zasadności czynności zamawiającego w postępowaniu, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

