Sygn. akt: KIO 1504/22

WYROK

z dnia 23 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska
Agata Mikołajczyk
Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2022 r. przez wykonawcę: Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - 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 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie wykonawcy Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z postępowania i odrzucenie jego oferty oraz art. 109 ust. 1 pkt 8 i/ lub 10 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Mosty Katowice Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w zakresie, w jakim wykonawca ten wskazał w ofercie na stanowisko geologa Panią A. W. i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz odrzucenia jego oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym wykluczenie z postępowania 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 tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 a ustawy Prawo zamówień publicznych, jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu;

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego w części 1/2, zamawiającego w części 1/4 i wykonawcę wnoszącego sprzeciw: Mosty Katowice Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w części 1/4, i:

2.1. 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 oraz kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego i odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników;

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 1 950 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc dziewięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;

2.3. zasądza od wykonawcy wnoszącego sprzeciw: Mosty Katowice Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach na rzecz odwołującego kwotę 3 750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;

2.4. zasądza od wykonawcy wnoszącego sprzeciw: Mosty Katowice Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach na rzecz zamawiającego kwotę 900 zł 00 gr (słownie: dziewięćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 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 : .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 1504/22

UZASADNIENIE

Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi (dalej: „zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - zwanej dalej "ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości szacunkowej

powyżej progów unijnych pn. „Aktualizacja Studium Techniczno - Ekonomiczno - Środowiskowego wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla zadania „Budowa drogi ekspresowej S12 na odcinku Piotrków Trybunalski (A1) - Opoczno (gr. woj. mazowieckiego) oraz drogi ekspresowej S74 na odcinku: Sulejów (S12) - gr. woj. świętokrzyskiego)", znak sprawy:

O/Ł.D3.2413.17.2021.ig (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 10 lutego 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 233- 613993.

W dniu 6 czerwca 2022 r. przez wykonawcę: Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec zaniechań i czynności zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego jak złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania, pomimo faktu, że odwołujący nie podlega wykluczeniu

i w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

2. art. 109 ust. 1 pkt 8 i/ lub 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Mosty Katowice Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej „Mosty Katowice") z postępowania, pomimo faktu, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu lub w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowania;

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 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. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez

zaniechanie wykluczenia wykonawcy Mosty Katowice z postępowania, pomimo faktu, że wykonawca Mosty Katowice na podstawie wyroku KIO 22/82/21 z 17 września 2021 r. został wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w postępowaniu na „Aktualizację STEŚ wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla zadania „Budowa drogi ekspresowej S12 na odcinku Piotrków Trybunalski (A1) - Opoczno (gr. woj. mazowieckiego) oraz drogi ekspresowej S74 na odcinku: Sulejów (S12) - gr. woj. świętokrzyskiego)", (znak postępowania:

O.Ł.D3.2413.2.2021.mr)" a jednocześnie nie udowodnił zamawiającemu, że spełnia przesłanki określone w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp;

5. 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.

Zarzucając powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Mosty Katowice jako najkorzystniejszej; dokonania ponownej oceny ofert; unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty; wykluczenia wykonawcy Mosty Katowice z postępowania i odrzucenia jego oferty a ponadto obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca: Mosty Katowice Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej „przystępujący").

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie. W złożonym piśmie procesowym poinformował, że uwzględnia odwołanie w części odnoszącej się do zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, w zakresie, w jakim przystępujący wskazał w ofercie na stanowisko Geologa Panią A. W., ze skutkiem wezwania do szczegółowych wyjaśnień, w tym przedstawienia ewentualnych dowodów na twierdzenia wykonawcy. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Wobec powyższego, przystępujący na posiedzeniu w dniu 20 czerwca 2022 r., działając na podstawie art. 523 ustawy Pzp, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w części.

Odwołujący w piśmie procesowym z 15 czerwca 2022 r., złożonym do akt sprawy, zaprezentował swoje stanowisko odnoszące się do argumentacji zawartej w piśmie zgłaszającym przystąpienie, złożonym 10 czerwca 2022 r. przez Mosty Katowice.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w wersji elektronicznej, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postepowania odwoławczego, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Wskutek podjętych przez zamawiającego czynności tj. wykluczenia odwołującego z postępowania oraz zaniechania czynności, do których był zobowiązany tj. wykluczenia wykonawcy Mosty Katowice, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia, poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Spowoduje to poniesienie przez odwołującego szkody w postaci utraty możliwości wykonania zamówienia i osiągnięcia przychodu i zysku z jego realizacji.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z pkt 6 specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ") jest: Aktualizacja Studium Techniczno-Ekonomiczno-Środowiskowego wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o środowiskowych

uwarunkowaniach dla zadania „Budowa drogi ekspresowej S12 na odcinku Piotrków Trybunalski (A1) - Opoczno (gr. woj. mazowieckiego) oraz drogi ekspresowej S74 na odcinku: Sulejów (S12) - gr. woj. świętokrzyskiego)".

Z kolei w pkt 8 SWZ opisano warunki, które musi spełnić wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, w tym w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, dotyczące osób wskazanych do realizacji zamówienia. W odniesieniu do osoby proponowanej do pełnienia funkcji projektanta drogowego opisano wymagania w następujący sposób: wymagana liczba osób: 1; doświadczenie zawodowe: wymóg doświadczenia przy opracowaniu, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, 1 dokumentacji projektowej: STEŚ lub STEŚ-R lub KP - wraz z opracowaniem materiałów do wniosku o wydanie decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych lub PB - wraz z opracowaniem materiałów do ponownej oceny oddziaływania na środowisko, dla budowy lub rozbudowy dróg lub ulic klasy min. GP o łącznej długości minimum 20 km, na stanowisku Projektanta Drogowego lub Sprawdzającego dokumentacji branży drogowej. Z kolei dla osoby proponowanej 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.

Izba ustaliła ponadto, że przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opisano w pkt 9 SWZ, w tym zamawiający przewidział dodatkowe przesłanki wykluczenia: (pkt 9.2.8) z postępowania wykluczony zostanie wykonawca, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega 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; (pkt 9.2.10) 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.

Z kolei kryteria oceny ofert zostały wskazane w pkt 21 SWZ. Przy dokonywaniu

wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający stosować będzie następujące kryteria oceny

środowiskowy - 10% = 10 pkt; (d) Zespół geologiczny - 10% = 10 pkt. Opisując zasady przyznawania punktów w Kryterium „Doświadczenie projektowe”(DP) zamawiający w pkt 21.1.2. wskazał, że kryterium „Doświadczenie projektowe” będzie rozpatrywane, w zakresie Podkryterium 1 i 2, na podstawie informacji dotyczących doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji projektanta drogowego, przekazanych przez wykonawcę w formularzu „Kryterium oceny ofert - doświadczenie projektowe” oraz, w zakresie Podkryterium 3, na podstawie informacji wskazanej w Formularzu Oferty. Dalej, w opisie Podkryterium 1 (pkt 21.1.2.1) znalazły się zapisy: 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) STEŚ lub STEŚ-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.

Z akt postępowania, przekazanych przez zamawiającego wynika, że w złożonym wraz z ofertą Formularzu 2.1a Kryterium oceny ofert - zespół projektowy odwołujący na stanowisko Projektanta Drogowego wskazał Pana J. S., jako jego doświadczenie wpisując 6 projektów. W zakresie objętym odwołaniem podano dane: Kryterium „Doświadczenie projektowe”: Projektant drogowy. Z kolei na potwierdzenie posiadania przez niego doświadczenia, zgodnie z opisem podkryterium zawartym w pkt 21.1.2.1. IDW - Tom I SWZ odwołujący przedstawił poniższe informacje i oświadczył,
że osoba posiada doświadczenie przy realizacji wskazanego zadania/zadań: (Zadanie 3) nazwa zadania: Koncepcja Programowa budowy obwodnicy Metropolii Trójmiejskiej. W ramach ww. zadania wskazana osoba opracowała jako projektant (wskazać funkcję: projektant lub sprawdzający) dokumentację projektową KP (wskazać rodzaj dokumentacji: STEŚ lub STEŚ-R lub KP lub PB) dla budowy (wskazać cel opracowania dokumentacji: budowy lub rozbudowy) drogi lub ulicy klasy S + GP (wskazać klasę drogi) o długości 39,7 + 9,7 (wskazać długość drogi, dla której wskazana osoba opracowała dokumentację w ramach ww. zadania) km. Dokumentacja, o której mowa powyżej była opracowana w dniu 06.04.2020 (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. (Zadanie 4) nazwa zadania: Opracowanie Koncepcji Programowej dla zadania p.n.: Budowa drogi ekspresowej S1 od węzła Kosztowy II w Mysłowicach do węzła Suchy Potok w Bielsku-Białej. W ramach ww. zadania wskazana osoba opracowała jako projektant (wskazać funkcję: projektant lub sprawdzający) dokumentację projektową KP (wskazać rodzaj dokumentacji: STEŚ lub STEŚ-R lub KP lub PB) dla budowy (wskazać cel opracowania dokumentacji: budowy lub rozbudowy) drogi lub ulicy klasy S + GP (wskazać klasę drogi) o długości 39,7 + 9,7 (wskazać długość drogi, dla której wskazana osoba opracowała dokumentację w ramach ww. zadania) km. Dokumentacja, o której mowa powyżej była opracowana w dniu 06.04.2020 (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.

Mając na uwadze, że wskazane wyżej zadania dotyczyły opracowania dokumentacji dla różnych zadań, ale według podanych informacji zostały opracowane w tym samym dniu, tj. 6 kwietnia 2020 r. i dotyczyły drogi o takiej samej długości 39,7 + 9,7 km, zamawiający zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie. Odpowiadając na wezwanie zamawiającego, odwołujący w piśmie z 13 maja 2022 r. wyjaśnił,
że w formularzu 2.1a. „Kryterium oceny ofert - Zespół projektowy”, prawidłowe dane dotyczące Zadania 3 są następujące: nazwa zadania: Koncepcja Programowa budowy obwodnicy Metropolii Trójmiejskiej. W ramach ww. zadania wskazana osoba opracowała jako projektant (wskazać funkcję: projektant lub sprawdzający) dokumentację projektową KP (wskazać rodzaj dokumentacji: STEŚ lub STEŚ-R lub KP lub PB) dla budowy (wskazać cel opracowania dokumentacji: budowy lub rozbudowy) drogi lub ulicy klasy S + GP (wskazać klasę drogi) o długości 30,71 + 6,8 (wskazać długość drogi, dla której wskazana osoba opracowała dokumentację w ramach ww. zadania) km. Dokumentacja, o której mowa powyżej była opracowana w dniu 01.12.2020 (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. Ponadto oświadczył, że dane dotyczące Zadania 4, w formularzu 2.1a. „Kryterium oceny ofert - Zespół projektowy" złożonym wraz z ofertą zostały wskazane prawidłowo.

Zamawiający, pismem z 26 maja 2022 r., poinformował odwołującego, że działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, odrzucił złożoną przez niego ofertę, jako złożoną przez wykonawcę wykluczonego z postępowania. Dalej stwierdził, że wykonawca został wykluczony z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, tj. 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 uzasadnieniu faktycznym argumentował, że w przedmiotowym przypadku ziściły się wszystkie przesłanki konieczne do zastosowania powyższego przepisu względem wykonawcy. Kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia personelu wykonawcy, jak również sposób oceny ofert w kryterium opisanym przez zamawiającego w pkt 21.1.2 i dalszych IDW nie mogą budzić żadnych wątpliwości. Bez wątpienia informacje dotyczące Zadania nr 3 przekazane przez wykonawcę w Formularzu 2.1a. „Kryterium oceny ofert - Zespół projektowy" mają walor informacji nieprawdziwych. Nie polega na prawdzie informacja, że dokumentacja projektowa KP dla budowy drogi lub ulicy klasy S + GP, o której mowa w Zadaniu nr 3, wykonana była dla odcinka drogi o długości 39,7 + 9,7 km, a także, że dokumentacja ta była opracowana w dniu 06.04.2020 r. Bez wątpienia, co ustalono w toku postępowania, tego rodzaju informacje przekazane przez wykonawcę należy uznać za nieprawdziwe. Nie budzi też żadnych wątpliwości, że omawiane informacje podane przez wykonawcę w formularzu „Kryterium oceny ofert - Zespół projektowy" wprowadzały zamawiającego w błąd, bowiem na ich podstawie zamawiający pozostawał w błędzie co do doświadczenia Pana J. S. wskazanego do pełnienia funkcji Projektanta drogowego. Co istotne, takie fałszywe przekonanie zamawiającego mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego, ponieważ w ich wyniku mógł on przyznać wykonawcy maksymalną ilość punktów, co mogło wprost prowadzić do uznania przez zamawiającego, że oferta wykonawcy powinna być wybrana w przedmiotowym postępowaniu jako oferta najkorzystniejsza. Przypomniał również, że na kanwie kumulatywnego wypełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp konieczne jest odniesienie się okoliczności dotyczących zawinionego działania wykonawcy. Wskazał, że działanie wykonawcy należy oceniać w kontekście należytej staranności, jaka powinna być przypisana profesjonaliście, który występuje na danym rynku branżowym. W tym aspekcie wymagane jest odwołanie się do art. 8 ustawy Pzp, który stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Tym samym do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 355 § 1 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Oznacza to, że przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (wyrok Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (wyrok Sądu Najwyższego z 23 października2003 r., sygn. akt V CK 311/02). W stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, ponieważ przepis art. 355 § 2 k.c. stanowi, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Bez wątpienia za profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Przesądza to o tym, że należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Stanowisko zaprezentowane wyżej jest utrwalone w orzecznictwie Izby. Biorąc powyższe pod uwagę zamawiający stwierdził, że w przedmiotowym stanie faktycznym wykonawcy można przypisać niedbalstwo, polegające na braku staranności w zakresie deklaracji w złożonym dokumencie, tj. w formularzu „Kryterium oceny ofert - Zespół projektowy", nieodpowiadających faktom funkcjonującym w rzeczywistości. Jednak gdyby stanąć na stanowisku, że opisanemu zachowaniu wykonawcy nie można przypisać niedbalstwa to niewątpliwie cechuje je daleko posunięta lekkomyślność, która podobnie jak niedbalstwo wypełnia dyspozycję przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. W omawianym przypadku, przy założeniu, że podane przez wykonawcę w formularzu „Kryterium oceny ofert - Zespół projektowy" informacje na temat doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Projektanta drogowego są nieprawdziwe, wykonawca podlega wykluczeniu, a jego ofertę należało odrzucić.

Ponadto Izba ustaliła, że wykonawca Mosty Katowice, w złożonym wraz z ofertą Formularzu 2.1c - Kryterium oceny ofert (zespół geologiczny) wskazał na stanowisko Geologa - Panią A. W. . Zamawiający, 11 maja 2022 r. działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwał następnie wykonawcę do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami. W dniu 19 maja 2022 r. przystępujący złożyły podmiotowe środki dowodowe, w tym „Wykaz osób - formularz 3.5" , w którym na stanowisko Geologa wskazano Panią A. W. . Z kolei na stanowisko Projektanta drogowego wskazano Pana M. G., zaś opisując doświadczenie tej osoby wpisano jako projekt nr 1 zamówienie pn. „Budowa drogi S3 Legnica (A4) - Lubawka, od km 0+000,00 do km 69+632,05 - odcinek II" i doświadczenie zdobyte w funkcji sprawdzającego.

Zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp podnosząc, że na wezwanie zamawiającego wykonawca przedłożył „Wykaz osób", w którym jako podstawę dysponowania osobą, która ma pełnić funkcję Geologa - p. A. W. oraz osobą, która ma pełnić funkcję Hydrologa - p. J. K., wskazano „Dysponowanie pośrednie (umowa o współpracę)". Zamawiający poprosił o wyjaśnienie, czy umowa o współpracę, na podstawie której wykonawca będzie dysponował ww. osobami została zawarta pomiędzy wykonawcą a tymi osobami (dysponowanie bezpośrednie), czy też pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim, udostępniającym ww. osoby (dysponowanie pośrednie) ? W odpowiedzi na powyższe w piśmie z 25 maja 2022 r. Mosty Katowice wskazały: wyjaśniamy, że umowa o współpracę na podstawie której wykonawca będzie dysponował osobami wymienionymi w ww. piśmie, została zawarta pomiędzy wykonawcami a tymi osobami.

Skład orzekający ustalił także, że wykonawca Mosty Katowice w złożonym wraz z ofertą JEDZ zasygnalizował zamawiającemu, że zachodzą wobec niego okoliczności, które wymagają podjęcia procedury samooczyszczenia. Z tej przyczyny pismem z 11 maja 2022 r. zamawiający zwrócił się do przystępującego o uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, a dotyczących procedury „self-cleaning". W odpowiedzi na powyższe wezwanie 16 maja 2022 r. przystępujący złożył zamawiającemu dokumentację, która stanowiła podstawę oceny, czy w świetle stanu faktycznego dotyczącego tego wykonawcy możliwe jest przyjęcie, że mimo wystąpienia wobec niego przesłanki wykluczenia złożone wyjaśnienia oraz dowody pozwalają na uznanie go za wykonawcę wiarygodnego i dającego rękojmię należytego wykonania umowy. Część z przekazanych dokumentów dotyczyła stanu faktycznego, skutkującego zaistnieniem wobec niego przesłanki wykluczenia, na dowód czego wykonawca przekazał szereg dokumentów. Z kolei pozostałe zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa przystępującego i zawierały szczegółowy opis podjętych przez niego działań zaradczych, pozwalających na wykazanie, że podjął on odpowiednie i adekwatne do sytuacji działania, pozwalające na uznanie go za wykonawcę wiarygodnego i dającego rękojmię należytego wykonania umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało w części na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 a ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i art. 16 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania stwierdzając, że odwołanie w tym zakresie zasługuje na uwzględnienie.

Jak ustalił skład orzekający, zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania, powołując się na przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. W piśmie z 26 maja 2022 r., uzasadniając swoją decyzję stwierdził, że informacje podane przez odwołującego w formularzu „Kryterium oceny ofert - Zespół projektowy" wprowadzały zamawiającego w błąd, bowiem na ich podstawie pozostawał on w błędzie co do

doświadczenia Pana J. S. wskazanego do pełnienia funkcji Projektanta drogowego. Z kolei owo fałszywe przekonanie zamawiającego mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego, ponieważ w ich wyniku mógł on przyznać wykonawcy maksymalną ilość punktów, co mogło wprost prowadzić do uznania przez zamawiającego, że oferta wykonawcy powinna być wybrana w przedmiotowym postępowaniu jako oferta najkorzystniejsza.

Oceniając poprawność czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu, należy w pierwszej kolejności przypomnieć treść przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Zgodnie z tą normą z postępowania wyklucza się 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. W ust. 2 przepisu ustawodawca wskazał ponadto, że aby wykluczyć wykonawcę na podstawie przesłanek wymienionych w ust. 1 - musi przewidzieć taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Tym samym, aby wypełnić hipotezę art. 109 ust. 1 pkt 10, wszystkie przesłanki zawarte w tym przepisie muszą wystąpić łącznie, a dodatkowo konieczne jest, aby zamawiający wskazał w dokumentach zamówienia, że taką sankcję w stosunku do wykonawcy przewiduje. Nie ulega wątpliwości, że brak wykazania zaistnienia chociażby jednej z wyżej opisanych okoliczności jest niewystarczające do stwierdzenia, że zamawiający winien wykluczyć wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W okolicznościach niniejszej sprawy należało zatem rozważyć czy: (1) doszło do przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd; (2) przedstawienie informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa; (3) przedstawienie takiej informacji mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

W zakresie pierwszego warunku tj. czy doszło do przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która to informacja wprowadziła zamawiającego w błąd Izba stwierdziła, że w okolicznościach niniejszej sprawy doszło w istocie do przedstawienia takich danych które były nieprawdziwe tj. niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, a które to miały znaczenie dla danego postępowania. Nie było bowiem kwestią sporną, że odwołujący w złożonym wraz z ofertą Formularzu 2.1a pn. Kryterium oceny ofert - Zespół projektowy, w odniesieniu do doświadczenia Pana J. S. w zakresie Zadania nr 3 i nr 4 podał identyczne dane odnośnie daty opracowania dokumentacji dla obu różnych zadań, wskazując dzień 6 kwietnia 2020 r. jako zakończenie świadczenia usług, jak też dotyczące kilometrażu drogi w obu tych zadaniach, dla których podano następującą wielkość: 39,7 +9,7. Zamawiający dostrzegł, że informacje odnoszące się do obu zadań są jednakowe, co wzbudziło jego wątpliwości, stąd zwrócił się do odwołującego, w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie opisywanego zagadnienia. W złożonych wyjaśnieniach odwołujący przyznał, że prawidłowe dane dla Zadania nr 3 są następujące: data opracowania dokumentacji - 1 grudnia 2020 r., długość drogi - 30,71 + 6,8. Treść pisma potwierdza zatem, że w formularzu podano informacje, które były niezgodne z prawdą a dotyczyły one daty zakończenia projektu, jak też kilometraż drogi.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że przedmiotowy formularz był składany w celu przyznania wykonawcom punktów w kryterium oceny ofert i to w oparciu o dane w nim przedstawione, zamawiający decydował czy wykonawca otrzyma taką, czy inną liczbę punktów. Tym samym co do zasady należy podzielić twierdzenia zamawiającego, że w odniesieniu do doświadczenia Pana J. S. w zakresie jednego z opisywanych zadań, wykonawca podał informacje nieprawdziwe, czym wprowadził zamawiającego w błąd, w rozumieniu cytowanej normy art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Pozytywnie należy odpowiedzieć również na pytanie, czy zaistniała druga przesłanka, wymieniona w treści przepisu tj., że przedstawienie informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy. W tym zakresie, jak trafnie dostrzegł zamawiający w piśmie informującym odwołującego o wykluczeniu go z postępowania, działanie wykonawcy w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może być to również działanie nieumyślne, tj. działanie niedbałe. Konstrukcja omawianego przepisu w istocie pozwala na przyjęcie, że zachowanie wykonawcy przy podaniu informacji zamawiającemu podlega ocenie na kanwie przepisu art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Dodatkowo, w stosunku do profesjonalistów, miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa

się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Należyta staranność profesjonalisty nakłada zatem na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby szczegółowo weryfikował, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Taka należyta staranność jest wymagana wobec uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w szczególności, gdy dochodzi do prezentacji danych, na podstawie których zamawiający podejmuje decyzje w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy w zakresie oceny oferty w ramach kryteriów. Konieczne jest zatem, aby wykonawca weryfikował podawane informacje, także w zakresie możliwych, popełnionych błędów. Tym samym błędy, dostrzeżone przez zamawiającego, a następnie skorygowane przez odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - należy ocenić negatywnie przez pryzmat wymaganej od wykonawcy staranności.

Niemniej stwierdzić należy, że samo spełnienie dwóch opisywanych wyżej przesłanek nie jest wystarczające dla stwierdzenia, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania. Konieczne jest bowiem, aby ziścił się także element dotyczący tego, iż przedstawienie danej informacji mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Z kolei w odniesieniu do tego elementu zarówno w orzecznictwie, jak też doktrynie spotkać można dwa poglądy.

Zamawiający, podejmując decyzję o wykluczeniu odwołującego, co wynikało zarówno z treści pisma informującego go o podjęciu powyższej decyzji, jak też z pisma procesowego oraz stanowiska prezentowanego na rozprawie przychylał się w tym zakresie do poglądu, zgodnie z którym zakres stosowania normy winien być interpretowany szeroko. W praktyce oznacza to tyle, że hipotezą przedmiotowej normy należy objąć także te sytuacje, w których zamawiający nie podjął, na podstawie przekazanych mu nieprawdziwych informacji, jakichkolwiek decyzji, a wystarczającym jest samo ich przekazanie.

Drugi z poglądów, za którym opowiada się skład orzekający w przedmiotowej sprawie, koncentruje się na kwestiach czy i w jaki sposób przedstawiane przez wykonawcę informacje, czy to dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czy też w zakresie oceny w ramach kryterium oceny ofert, mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z nim, w okolicznościach danej sprawy każdorazowo należy ustalić, czy doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd, a jeśli tak, to czy był to błąd istotny.

Z kolei 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 decyzję inną, niż na podstawie informacji wprowadzających w błąd. Dokonując oceny istotności wpływu nie można bowiem abstrahować od wpływu na wynik postępowania, w czym przejawia się jego kwalifikowany charakter.

Do takich wniosków prowadzą zarówno racje wykładni literalnej, jak też pro unijna wykładnia tej regulacji. Ustawa Pzp stanowi bowiem 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 tejże 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. W konsekwencji również interpretacja przepisów krajowych powinna uwzględniać fakt, że podstawą wykluczenia powinno być tylko „poważne wprowadzenie w błąd". Jak trafnie zauważył odwołujący, wykładni tej klauzuli generalnej powinno dokonywać się z uwzględnieniem 101 uwagi wprowadzającej do Dyrektywy, zgodnie z którą, 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 stracić z pola widzenia tego, jaki jest naczelny cel postępowania prowadzonego w oparciu o treść przepisów ustawy Pzp, a celem tym jest umożliwienie zamawiającemu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przekładając powyższe na okoliczności rozpoznawanej sprawy, należy zatem wziąć pod uwagę, że jak wynika z brzmienia SWZ, wykonawca mógł otrzymać punkty w przypadku, gdy osoba wskazana przez niego na stanowisko projektanta drogowego realizowała dokumentację spełniającą łączne wszystkie poniższe warunki: (a) wykonała dokumentację projektową STEŚ lub STEŚ-R lub KP lub PB; (b) dokumentacja dotyczyła budowy lub rozbudowy drogi lub ulicy klasy min. GP; (c) droga miała długość min. 20 km; (d) przedmiotowa dokumentacja została opracowana w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert; (e) osoba sprawowała funkcję projektanta lub sprawdzającego. Jeśli z kolei porównamy dane, podane w odniesieniu do zadania 3, które pierwotnie błędne, zostały następnie przez odwołującego skorygowane, to niezależnie które z informacji weźmie się pod uwagę - zadanie to spełnia warunki określone w SWZ. Zamawiający podjąłby zatem taką samą decyzję w postępowaniu niezależnie, czy przedstawione dane zostały podane błędnie, czy też na podstawie danych po ich korekcie. Co jednak kluczowe w każdym przypadku wykonawca, w ramach kryterium oceny ofert, otrzymałby taką samą liczbę punktów.

W konsekwencji w omawianej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, kiedy omyłkowo podana w formularzu część danych, odnoszących się do długości drogi oraz daty opracowania dokumentacji, pozostawała bez istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Zadanie 3, które jest podstawą wykluczenia, spełnia wszystkie warunki wymagane przez zamawiającego, a skoro tak nie można twierdzić, że błędne podanie w formularzu danych dla tego zadania wpływa w sposób istotny na decyzje podejmowane w postępowaniu. W konsekwencji brak jest zatem elementu w postaci istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu i nie sposób stwierdzić, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Izba uwzględniła także zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8 i/ lub 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Mosty Katowice pomimo, że wykonawca ten, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd, przedstawiając w złożonym wraz z ofertą Formularzu 2.1c - Kryterium oceny ofert informacje w zakresie, w jakim wskazał na stanowisko Geologa - Panią A. W. .

Podobnie, jak to miało miejsce w odniesieniu do odwołującego Izba rozważyła czy w okolicznościach niniejszej sprawy spełnione zostały przesłanki objęte hipotezą normy prawnej art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp a zatem czy: (1) doszło do przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd; (2) przedstawienie informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa; (3) przedstawienie takiej informacji mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

W zakresie pierwszego elementu tj. czy doszło do przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która to informacja wprowadziła zamawiającego w błąd Izba stwierdziła, że w okolicznościach niniejszej sprawy doszło w istocie do przedstawienia w ofercie takich danych, które były nieprawdziwe tj. niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, a które to miały znaczenie dla przedmiotowego postępowania. Powyższe Izba stwierdziła, poddając z jednej strony analizie akta niniejszej sprawy, jak też biorąc pod uwagę treść dowodów przedłożonych przez odwołującego w toku postępowania odwoławczego.

Nie budzi wątpliwości, że wykonawca Mosty Katowice wskazał w złożonym wraz z ofertą Formularzu 2.1c - Kryterium oceny ofert (zespół geologiczny) na stanowisko Geologa - Panią A. W. . Następnie, wezwany przez zamawiającego w dniu 11 maja 2022 r., w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do przedstawienia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami - w „Wykazie osób - formularz 3.5” , ponownie na stanowisko Geologa wskazał Panią A. W. . Jako podstawę dysponowania wpisano: dysponowanie pośrednie (umowa o współpracę). Oświadczenie to wzbudziło wątpliwość zamawiającego, z tego powodu wezwał przystępującego pismem z 19 maja 2022 r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp prosząc o wyjaśnienie, czy umowa o współpracę, na podstawie której

wykonawca będzie dysponował ww. osobami została zawarta pomiędzy wykonawcą a tymi osobami (dysponowanie bezpośrednie), czy też pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim, udostępniającym ww. osoby (dysponowanie pośrednie). W odpowiedzi z 25 maja 2022 r. przystępujący wskazał, że umowa o współpracę na podstawie której wykonawca będzie dysponował osobami wymienionymi w ww. piśmie, została zawarta pomiędzy wykonawcami a tymi osobami.

Złożone w tym zakresie przez Mosty Katowice oświadczenie było niezgodne z rzeczywistością, gdyż jak wykazał w toku postępowania odwoławczego odwołujący - Pani A. W. nie pozostawała w jakimkolwiek stosunku prawnym, który jakkolwiek umożliwiałby przystępującemu wskazanie jej jako personelu tego wykonawcy, przeznaczonego na potrzeby realizacji zamówienia.

Pani A. W. od 1 maja 2022 r. jest zatrudniona na podstawie umowy o pracę u odwołującego, wcześniej pozostawała natomiast w stosunku pracy z firmą HPC POLGEOL S.A. Poproszona o wyjaśnienia w zakresie dotyczącym dysponowania jej osobą

i wskazania jej w ofercie przez Mosty Katowice, złożyła oświadczenie datowane na 3 czerwca 2022 r., w którym stwierdziła, że na dzień składania ofert tj. 14 marca 2022 r. nie tylko nie pozostawała w żadnym stosunku prawnym z Mosty Katowice (wbrew oświadczeniu złożonemu przez przystępującego, że pomiędzy nim a wskazanymi osobami została zawarta umowa) i nie miała nigdy zawartej umowy z Mosty Katowice. Ponadto stwierdziła, że nawet nie wyraziła nigdy zgody na taką współpracę a w okresie, kiedy pozostawała w stosunku pracy z firmą HPC POLGEOL S.A. nikt nie kontaktował się z nią w sprawie świadczenia usług w ramach przedmiotowego zamówienia. Powyższe wynika z dowodu przedłożonego przez odwołującego i załączonego do odwołania.

Tym samym, skoro wbrew złożonemu przez przystępującemu w ofercie oświadczeniu, nie istniał żaden stosunek prawny pomiędzy Panią A. W. a wykonawcą Mosty Katowice, doszło do przekazania zamawiającemu informacji niezgodnych z rzeczywistością w zakresie, w jakim ten oświadczył, że dysponuje osobą Pani

A. W., a umowa o współpracę na podstawie której wykonawca będzie dysponował jej osobą, została zawarta pomiędzy Mosty Katowice a Panią A. W. .

Podkreślić należy, że oświadczenie w tym przedmiocie złożone w toku postępowania przez Mosty Katowice było jednoznaczne, precyzyjne i miało wywołać u zamawiającego przekonanie, że przystępujący rzeczywiście osobą tą dysponuje, podczas gdy Pani A. W. wbrew temu co twierdził wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie tylko, że nie miała żadnej umowy zawartej w przystępującym, nie była nawet świadoma,
że osoba jej jest wskazywana jako mająca pełnić funkcję geologa w przedmiotowym zamówieniu.

Z kolei wyjaśnienia składane przez Mosty Katowice w piśmie z 10 czerwca 2022 r. - przystąpieniu do postępowania odwoławczego pozostają w sprzeczności zarówno z treścią wyjaśnień składanych zamawiającemu w toku postępowania, jak też z treścią złożonej przez tego wykonawcę oferty.

Składane przez przystępującego oświadczenia o tym, że współpracuje z HPC POLGEOL S.A. z siedzibą w Warszawie i na mocy zawartego porozumienia strony zobowiązały się do wzajemnego delegowania pracowników w ramach świadczonych usług, jak też zamiarze zaangażowania tego podmiotu jako podwykonawcy i podmiotu trzeciego udostępniającego swój personel wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia - należy ocenić za niewiarygodne i składane wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego. Z kolei dowody, składane na okoliczność wykazania, że HPC POLGEOL S.A. miało delegować Panią A. W. (będącą wówczas w okresie wypowiedzenia, zmierzającego do rozwiązania umowy z tym podmiotem) do realizacji zamówienia, są sprzeczne z treścią oferty złożonej przez Mosty Katowice w postępowaniu.

Jak wynika z akt sprawy, w zakresie podwykonawstwa oferta przystępującego zawiera oświadczenie, że nie dokonał on dotychczas wyboru ofert podwykonawców, stąd wbrew jego stanowisku nie miał podstaw, na dzień złożenia oferty w postępowaniu, aby twierdzić, że powierzył HPC POLGEOL S.A. jakikolwiek zakres jako podwykonawcy, w tym w zakresie geologii. Tym samym nie sposób też twierdzić, że na ówczesnym etapie podjęta została decyzja, że Pani A. W., jako pracownik HPC POLGEOL S.A. zostanie delegowana do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Fakt udostępnienia przez HPC POLGEOL S.A. zasobów na rzecz przystępującego nie wynika także z innych dokumentów, które do oferty mogły zostać załączone (takim dokumentem mogłoby być np. zobowiązanie HPC POLGEOL S.A. do udostępnienia zasobów na rzecz Mosty Katowice w trybie art. 118 ustawy Pzp). Z kolei w formularzu JEDZ przystępujący oświadczył, że na potrzeby udziału w postępowaniu nie będzie polegał na

zdolnościach innych podmiotów w oparciu o art. 118 ustawy Pzp. W konsekwencji, na obecnym etapie nie może nawet twierdzić, że dysponował osobą Pani A. W. w sposób pośredni, za pomocą swojego podwykonawcy HPC POLGEOL S.A., a już z pewnością (w szczególności w świetle przedstawionego przez odwołującego dowodu w postaci

oświadczenia Pani A. W.), że istniała podstawa, aby mógł on

w treści formularza oświadczyć, że na podstawie zawartego porozumienia dysponuje osobą Pani A. W., którą skieruje do realizacji zamówienia.

Nie ulega zatem wątpliwości, że w niniejszym przypadku, w odniesieniu do osoby Pani A. W. doszło do podania informacji niezgodnej z rzeczywistością.

Pozytywnie należy odpowiedzieć również na pytanie, czy zaistniała druga przesłanka, wymieniona w treści przepisu tj., że przedstawienie informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy. Tu z kolei aktualne pozostają wywody w zakresie, w jakim Izba odniosła się do tego elementu w odniesieniu do przesłanki wykluczenia z postępowania odwołującego.

W tym przypadku, inaczej niż w odniesieniu do informacji przekazanych przez odwołującego, ziścił się dodatkowo trzeci element dotyczący tego, iż przedstawienie takiej informacji mogło mieć, a nawet miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Oświadczenie Mosty Katowice co do dysponowania osobą, wskazaną na stanowisko geologa nie tylko pozwoliło wykonawcy na ubieganie się o to zamówienie, gdyż zamawiający stwierdził, że spełniony został warunek udziału w postępowaniu, ale też pozwoliło na przyznanie punktów w kryterium oceny ofert.

Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp nie potwierdził się natomiast

w odniesieniu do osoby Pana M. G., który został wymieniony w dokumencie „Wykaz osób -

formularz 3.5" i wskazany na stanowisko Projektanta drogowego.

Odwołujący zarzucał, że Mosty Katowice, opisując nabyte przez niego doświadczenie wpisało jako projekt nr 1 zamówienie: pn. „Budowa drogi S3 Legnica (A4) - Lubawka, od km 0+000,00 do km 69+632,05 - odcinek II" i doświadczenie zdobyte w funkcji sprawdzającego. Z kolei według informacji posiadanych przez odwołującego pan M. G. był sprawdzającym tylko dla części zakresu branży drogowej, tj. dla: (a) Systemu zarzadzania ruchem; (b) Systemu sterowania ruchem; (c) Projektu wzmocnienia podłoża, a zatem nie można tego doświadczenia uznać za doświadczenie zdobyte na stanowisku sprawdzający w funkcji projektanta drogowego.

Z zarzutem tym nie sposób zgodzić się, mając na uwadze treść warunku udziału w postępowaniu, który został sformułowany w odniesieniu do wymagań w zakresie dysponowania osobą do pełnienia funkcji projektanta drogowego. Zgodnie z jego brzmieniem

osoba proponowana do pełnienia tej funkcji winna posiadać doświadczenie przy opracowaniu, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, 1 dokumentacji projektowej: STEŚ lub STEŚ-R lub KP - wraz z opracowaniem materiałów do wniosku o wydanie decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych lub PB - wraz z opracowaniem materiałów do ponownej oceny oddziaływania na środowisko, dla budowy lub rozbudowy dróg lub ulic klasy min. GP o łącznej długości minimum 20 km, na stanowisku Projektanta Drogowego lub Sprawdzającego dokumentacji branży drogowej.

Nie było sporne, że na wyżej wskazanym projekcie Pan M. G. pełnił funkcję sprawdzającego, czego potwierdzeniem jest informacja uzyskana z GDDKiA Oddział we Wrocławiu, z treści której jednoznacznie wynika, że Pan M. G. w ramach realizacji wskazanej dokumentacji budowlanej w ramach odcinka II, pełnił funkcję Sprawdzającego (dowód zamawiającego: korespondencja e-mail z dnia 15 czerwca 2022 r. z Kierownikiem Projektu

GDDKiA we Wrocławiu). Odwołujący tego faktu nie kwestionował, stwierdzając jedynie, że Pan M. G. był sprawdzającym tylko dla części zakresu branży drogowej i dowodził, że ww. doświadczenie nie jest wystarczające do potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu.

Z takim twierdzeniem nie sposób zgodzić się, mając na uwadze literalną treść warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu. Nie stanowiło bowiem wymogu, opisanego w SWZ, legitymowania się doświadczeniem w funkcji sprawdzającego w zakresie branży drogowej, w odniesieniu do pełnej dokumentacji projektu drogowego. Jak trafnie zauważył zamawiający różny jest zakres realizowanych projektów, a w konsekwencji także stopień złożoności dokumentacji, którą należy wykonać w ramach poszczególnych zadań. Pan M. G., będąc sprawdzającym nawet części dokumentacji drogowej dla projektu o dużej złożoności, mógł zatem nabyć doświadczenie większe od tego, którym legitymowały się inne osoby, wykonujące te czynności w projektach o mniejszym zakresie. Stąd też zamawiający nie sformułował w treści warunku udziału w postępowaniu żadnych dodatkowych wymagań co do stopnia złożoności dokumentacji, która miała być realizowana.

Tym samym, mając na uwadze treść warunku udziału w postępowaniu, Izba uznała, że zarzut powyższy należy uznać za nieuzasadniony. Wykonawca Mosty Katowice w dokumencie „Wykaz osób-formularz 3.5" nie przedstawił żadnych nieprawdziwych danych, gdyż w projekcie pt. S3 Legnica - Lubawka II wskazana na stanowisko projektanta drogowego osoba zdobyła doświadczenie w funkcji sprawdzającego w zakresie, jaki był wystarczający w myśl sformułowanego w treści SWZ warunku.

W konsekwencji należy uznać, że zgłoszony zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Mosty Katowice potwierdził się, ale jedynie w aspekcie doświadczenia Pani A. W., z kolei w odniesieniu do doświadczenia Pana M. G. należało go uznać za niezasadny.

W związku z powyższym, należało uznać także za zasadne zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 b ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Mosty Katowice z postępowania z tego powodu, że wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a w omawianej sprawie nie zachodzi możliwość uzupełnienia Wykazu osób z tego powodu, że wykonawca podał w odniesieniu do Pani A. W. dane, niezgodne z rzeczywistością, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania.

Izba uznała także, że nie zasługują na uwzględnienie zarzuty naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Mosty Katowice z postępowania, pomimo faktu, że wykonawca ten w innym postępowaniu został wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a jednocześnie nie udowodnił zamawiającemu, że spełnia przesłanki określone w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

Jak ustalił skład orzekający wykonawca Mosty Katowice, na wezwanie zamawiającego z 11 maja 2022 r., złożył dokumentację, która miała stanowić podstawę dla oceny, czy w świetle stanu faktycznego dotyczącego tego wykonawcy możliwe jest przyjęcie, że mimo wystąpienia wobec niego przesłanki wykluczenia złożone wyjaśnienia oraz dowody pozwalają na uznanie go za wykonawcę wiarygodnego i dającego rękojmię należytego wykonania umowy. Część, spośród przekazanych dokumentów, miała na celu rzetelne wyjaśnienie stanu faktycznego, skutkującego zaistnieniem wobec niego przesłanki wykluczenia. Pozostałe dokumenty, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa przystępującego, zawierały opis podjętych przez niego działań zaradczych, celem wykazania, że podjął on odpowiednie i adekwatne do sytuacji działania, pozwalające na uznanie go za wykonawcę wiarygodnego i dającego rękojmię należytego wykonania umowy.

Zamawiajacy dokumenty te poddał ocenie, w efekcie stwierdzając, że środki te mają przełożenie na rzeczywistą sytuację wykonawcy, obejmują zarówno środki techniczne, organizacyjne, jak i kadrowe i w konsekwencji uznał, że są one wystarczające dla wykazania rzetelności wykonawcy.

Z kolei odwołujący, formułując powyższy zarzut, nie kwestionował treści złożonych dokumentów stwierdzając, że dla oceny skuteczności ziszczenia się przesłanek określonych w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp nie mają znaczenia załączniki do samooczyszczenia, ani też sam dokument samooczyszczenia. Koncentrował się jedynie na kwestii, że skoro wykonawca Mosty Katowice nadal podaje w ofertach informacje niezgodne z rzeczywistością, to ziściła się przesłanka określona w cytowanym przepisie tj., że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, niezbędnych do zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu. Stan faktyczny niniejszej sprawy, w ocenie odwołującego wykazuje, że w organizacji wykonawcy Mosty Katowice w rzeczywistości nie dokonano żadnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które miałyby zapobiegać podawaniu w ofertach informacji niezgodnych z rzeczywistością.

Izba stwierdziła, że tak sformułowany zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przypomnieć należy, że stosownie do treści przepisu art. 110 ust. 3 ustawy Pzp, za dokonanie oceny, czy podjęte przez wykonawcę środki należy uznać za wystarczające dla wykazania rzetelności, odpowiedzialny jest zamawiający. Oceny tej dokonuje na podstawie analizy przedstawionych dokumentów i to one są kluczowe dla stwierdzenia czy zaistniała w danych okolicznościach podstawa do uznania, że dany wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, czy też takie przesłanki nie zaistniały. Tym samym bez dokonania analizy tych dokumentów (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, czego odwołujący nie kwestionował), ale też oceny pod kątem ziszczenia się przesłanek opisanych w treści art. 110 ust. 3 ustawy Pzp, nie sposób stwierdzić, że w niniejszej sprawie wystąpiły wszystkie przesłanki dla zastosowania tego przepisu.

Zgodzić należało się tym samym z zamawiającym, że jeśli w ramach przysługującej mu swobody, dokonał on ustaleń faktycznych w oparciu o przedstawione przez Mosty Katowice dowody i uznał, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu z tego postępowania, a nie sposób też uznać, że istnieją podstawy merytoryczne do kwestionowania podjętej decyzji, gdyż odwołujący nie odniósł się w żaden sposób do kwestii czy ocena dokonana przez zamawiającego, oparta na złożonych przez przystępującego dokumentach, była właściwa - zarzut w tym zakresie podlegał oddaleniu.

W konsekwencji Izba, rozpoznając niniejszą sprawę, uznała za zasadne dwa (spośród czterech) zarzutów sformułowanych przez odwołującego w treści złożonego odwołania, z których to jeden zamawiający uwzględnił (a odnośnie którego przystępujący wniósł sprzeciw).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz §7 ust. 2 pkt 3 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. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący : .....

Członkowie: .....