Sygn. akt: KIO 1918/22

WYROK

z dnia 11 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Agata Mikołajczyk
Aneta Mlącka

Członkowie:
Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2022 r. przez Odwołującego - Europrojekt Gdańsk Spółka Akcyjna, ul. Nadwiślańska 55, 80-680 Gdańsk, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział GDDKiA w Gdańsku, ul. Sękocin Stary, ul. Subisława 5, 80-354 Gdańsk

przy udziale

Wykonawcy - Transprojekt Gdański Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Zabytkowa 2, 80-253 Gdańsk zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego 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;

2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika Zamawiającego.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 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 1918/22

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego - GDDKiA Oddział w Gdańsku na wykonanie koncepcji programowej z wariantowaniem przebiegu trasy wraz z materiałami do decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach budowy drogi krajowej na odc. Lubiatowo-droga ekspresowa S6 w podziale na 2 zadania (nr ref. O.GD.D-3.2411.11.2022), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 kwietnia 2022 r. pod numerem 2022/S 067-177644, wobec czynności z 11.7.2022 r. polegającej na ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej (Transprojekt Gdańsk S.A.), Wykonawca Europrojekt Gdańsk S.A. wniósł w dniu 21.7.2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1918/22).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Transprojekt

Gdańsk S.A., jako najkorzystniejszej, podczas gdy najkorzystniejszą według kryteriów ofertę złożył Odwołujący;

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 i art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty z powodu rzekomego złożenia nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, podczas gdy:

a) Odwołujący nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd, gdyż doświadczenie zawodowe pana R. K. wskazane w formularzu 2.1 oferty jest prawidłowe i zgodne z rzeczywistym zakresem wykonanych prac projektowych w ramach inwestycji pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Godziszewo - węzeł autostrady A1 - Stanisławie";

b) Informacja przedstawiona przez Odwołującego nie miała, ani nie mogła mieć wpływu na decyzje Zamawiającego, gdyż nawet bez zakwestionowania przez Zamawiającego doświadczenia zawodowego Odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert, a jego oferta była najkorzystniejsza niezależnie od zakwestionowanych pozycji;

c) Wykluczenie Odwołującego byłoby nieproporcjonalne i pozbawione słuszności w świetle art. 16 pkt 1 i 3 Pzp oraz wykładni dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, będącej podstawą dla polskiej ustawy pzp w

zakresie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp;

3. Art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia wątpliwości w zakresie oferty

Odwołującego pomimo faktu, iż Zamawiający jest obowiązany szczegółowo wyjaśnić

treść oferty wykonawcy przed jego wykluczeniem z postępowania i odrzuceniem jego oferty, podczas gdy żądanie do złożenia wyjaśnień z 7.6.2022 r. nie było precyzyjne i nie pozwoliło Odwołującemu wyjaśnić szczegółów oferty, a jednocześnie wyjaśnienia zawierały omyłki widoczne na pierwszy rzut oka, co uzasadniało ponowne wezwanie Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania oferty i wyboru oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca

Transprojekt Gdański Sp. z o.o. Swoje stanowisko Przystępujący przedstawił w piśmie procesowym z 5.08.2022 r.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości (pismo z 5.08.2022 r.).

Zamawiający odniósł się do podstawy odrzucenia oferty Odwołującego wynikającej z przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, tj. stwierdzonej podstawy wykluczenia z postępowania wykonawcy, 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 informacji i dowodów, którymi dysponuje Zamawiający wynika, że Pan R. K. brał udział w przedsięwzięciu realizowanym w systemie „projektuj i buduj" jako sprawdzający branży drogowej (na etapie projektu budowlanego) rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Godziszewo - węzeł autostrady A1 Stanisławie, klasy technicznej G, o długości poniżej 10 km. Jego doświadczenie oceniane było w dwóch podkryteriach kryterium pozacenowego DP1 i DP2. Zamawiający przeprowadził czynności zmierzające do wyjaśnienia rzeczywistego zakresu prac występując zarówno do wykonawcy jak i inwestorów o przedstawienie dodatkowych informacji. Podejmując decyzje o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu jego oferty Zamawiający uznał na podstawie dowodu uzyskanego od inwestora, iż prace projektowe dotyczyły rozbudowy odcinka drogi klasy technicznej G o długości 9,4 km (pismo ZDW w Gdańsku nr WPI.421.153.1249.2021.AM z 4.10.2021 r.). Również przyjmując sposób liczenia długości drogi wskazany przez Odwołującego (uwzględniający odcinki dróg bocznych) długość projektowanego odcinka drogi nie przekroczyła 10 km.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniach zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków również nie formułowano w pismach procesowych, jak i w toku posiedzenia niejawnego przed otwarciem rozprawy.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku oceny jego oferty i wyboru oferty konkurencyjnej, co pozbawia go szansy na uzyskanie zamówienia i realizację. Ponadto konsekwencje wprowadzenia zamawiającego w błąd są daleko bardziej dotkliwe dla wykonawcy wykluczanego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy, gdyż zgodnie z art. 111 pkt 6 Ustawy wykluczenie wykonawcy następuje na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego postawą wykluczenia.

Rozpoznając odwołania Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym złożone przedmiotowe środki dowodowe.

Zamawiający w swz - tom I - Instrukcja dla Wykonawców w rozdziale 1 pkt 9.2 ppkt przewidział stosowanie fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania opisanych w przepisach art. 109 ust. 1 Ustawy, w tym zastosowaną wobec Odwołującego podstawę z pkt 10 dotyczącą wykonawcy, 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.

Opis kryteriów oceny ofert zawarty został w pkt 21.1.2.1 IDW. Zamawiający określił:

Podkryterium 1 (DP1) IDW - „Oferta otrzyma 3 pkt za każdą wykazaną dokumentację projektową (powyżej 1 dokumentacji wymaganej w warunkach udziału w postępowaniu): STEŚ-R lub KP lub PB dla budowy lub rozbudowy drogi lub ulicy klasy min. G o długości min. 10 km, opracowaną w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert przez osobę proponowaną na stanowisko projektanta drogowego na

stanowisku/stanowiskach:

- Projektanta Drogowego lub

- Sprawdzającego dokumentacji branży drogowej".

W tym podkryterium Wykonawcy mogli uzyskać maksymalnie 15 punktów. W ramach kryterium pozacenowego - zgodnie z treścią pkt 21.1.2.1 Tom I SWZ.

Podkryterium 2 (DP2) IDW - "Oferta otrzyma 1 pkt za każdą wykazaną dokumentację projektową: PB dla zrealizowanej w systemie „projektuj i buduj" budowy lub rozbudowy drogi lub ulicy klasy min. G o długości min. 10 km, opracowaną w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert przez osobę proponowaną na stanowisko projektanta

drogowego na stanowisku/stanowiskach:

- Projektanta Drogowego lub

- Sprawdzającego dokumentacji branży drogowej".

W ramach tego podkryterium możliwe było uzyskanie maksymalnie 5 punktów. W ramach kryterium pozacenowego - zgodnie z treścią pkt 21.1.2.2 Tom I SWZ.

W ofercie Odwołujący w formularzu 2.1 „Kryterium oceny ofert - Doświadczenie projektowe" w opisie doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia - Pana R. K. wskazał między innymi na jego udział w przedsięwzięciu realizowanym w systemie „projektuj i buduj", jako sprawdzający branży drogowej (na etapie projektu budowlanego) rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Godziszewo - węzeł autostrady A1 Stanisławie, klasy technicznej G, o długości 10 km (poz. 4 Podkryterium 1 oraz poz. 4 Podkryterium 2). W podkryterium DP1 wykonawca wskazał łącznie sześć projektów, co pozwoliłoby uzyskać maksymalną liczbę punktów - 15 (3 pkt za każdą wykazaną dokumentację projektową powyżej 1 dokumentacji wymaganej w warunkach udziału w postępowaniu). W podkryterium DP2 wskazał 5 projektów, co pozwoliłoby uzyskać maksymalną ilość punktów - 5 (1 punkt za każdą wykazaną dokumentację projektową).

Pismem z 7 czerwca 2022 r. Zamawiający wystąpił do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 Ustawy. W wezwaniu wskazał na posiadaną informację dotyczącą projektu budowlanego rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Godziszewo - węzeł autostrady A1 - Stanisławie, klasy technicznej G, o długości ok. 9,4 km, wskazanego w formularzu 2.1 jako obejmującego odcinek drogi o długości 10 km (pismo Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku z 4.10.2021 r. nr WPI.421.153.1249.2021.AM).

Wykonawca w piśmie z 14 czerwca 2022 r. odniósł się do wątpliwości Zamawiającego wskazując, iż zadanie „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Godziszewo - węzeł autostrady A1 - Stanisławie" oprócz zaprojektowania przebudowy drogi wojewódzkiej nr 224, polegało również na zaprojektowaniu przebudowy połączeń drogi wojewódzkiej nr 224 z drogą wojewódzką nr 222 oraz drogami powiatowymi nr 2714G, 2801G, 2802G, 2808G i 2223G, a także drogami gminnymi nr 197165G, 197030G. Wszystkie te drogi w obrębie inwestycji planowane były do realizacji w klasie technicznej G, co dało łączną długość dróg objętych projektowaniem w ilości powyżej 10 km.

Zamawiający zweryfikował te informacje u inwestorów i na tej podstawie stwierdził, że wprowadzały w błąd, co do długości drogi klasy technicznej G.

W zawiadomieniu z 11.07.2022 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający wskazał, iż oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy. W uzasadnieniu tej czynności wskazał na informacje uzyskane od inwestora, tj. Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, jako odpowiedź na wystąpienie wystosowane w ramach jednego z wcześniejszych postępowań dotyczące długości projektowanego odcinak drogi, tj. ok 9,4 km. Ponadto, po otrzymaniu wyjaśnień od wykonawcy Zamawiający dodatkowo zweryfikował informacje u zarządców dróg powiatowych oraz gminnych o podanie klas technicznych tych dróg wg ich ewidencji. W świetle zgromadzonego materiału dowodowego bezspornym dla Zamawiającego było, iż doświadczenie p. R. K. zdobyte przy przedsięwzięciu jako sprawdzający branży drogowej (na etapie projektu budowlanego) dotyczyło rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 224, klasy technicznej G, o długości poniżej 10 km. Jako zasadniczą Zamawiający wskazał okoliczność, iż inwestycja Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku obejmowała jedynie przebudowę, a nie rozbudowę dróg powiatowych i gminnych (na krótkich odcinkach - z uwagi na konieczność dowiązania nowego układu drogowego do stanu istniejącego). Dodatkową

kwestią jest okoliczność, iż drogi te są klas technicznych D, L i Z, tj. niższych aniżeli wymagana w IDW klasa techniczna G.

Na rozprawie Izba dopuściła dowody złożone przez strony i uczestnika dotyczące projektowanej drogi wojewódzkiej 224 i na tej podstawie ustaliła istotne okoliczności mające znaczenie dla rozpoznawanej sprawy.

Izba zważyła.

Istota sporu sprowadzała się do ustalenia, czy informacja zawarta w formularzu 2.1 oferty dotycząca doświadczenia pana R. K. wynikającego z wykonania prac projektowych w ramach inwestycji pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Godziszewo - węzeł autostrady A1 - Stanisławie", a dokładnie potwierdzona oświadczeniem wykonawcy długość projektowanej drogi, wynosiła nie mniej niż 10 km. W przypadku uznania przez skład orzekający, że długość ta była krótsza, a informacja nieprawdziwa, należało rozstrzygnąć, czy Zamawiający prawidłowo zastosował przepisy Ustawy nakazujące wykluczyć wykonawcę i odrzucić jego ofertę.

Odnosząc się do pierwszej kwestii skład orzekający ustalił w oparciu o wyjaśnienia samego Odwołującego, jak i dowody przeprowadzone na rozprawie z dokumentacji projektowej drogi wojewódzkiej nr 224, iż podana w uzasadnieniu odrzucenia oferty długość drogi (ok 9,4 km) została potwierdzona przez inwestora i wynikała z przeliczenia kilometrażu projektowanego odcinak. Zamawiający na rozprawie i w odpowiedzi na odwołanie dokonywał tych przeliczeń uwzględniając dodatkowe okoliczności podniesione w odwołaniu. Strony nie były w sporze co do ustalenia, iż przyjmując kilometraż początku i końca odcinak, różnica wyniesie poniżej 10 km. Odwołujący to przyznał, wskazując jednocześnie na przyjęty sposób liczenia długości drogi, dla którego należało, w jego ocenie, doliczyć odcinki dróg niższej klasy (powiatowe i gminne), na ich połączeniach z projektowanym odcinkiem drogi wojewódzkiej nr 224 (skrzyżowania i ronda). Ten sposób liczenia długości drogi został przez wykonawcę określony dopiero w odwołaniu i skomentowany na rozprawie. Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty dysponował lakoniczną informacją od wykonawcy zawartą w wyjaśnieniach z 14 czerwca 2022 r. oraz informacjami, zweryfikowanymi u inwestora i zarządców dróg, co do długości drogi i klasy dróg krzyżujących się w ramach projektowanej rozbudowy.

Należy podkreślić, iż składając wyjaśnienia w postępowaniu wykonawca powinien był odnieść się do tych okoliczności, które podnosił dopiero w odwołaniu, gdyż w wezwaniu wprost Zamawiający oczekiwał wykazania długości odcinka projektowanej drogi, która według informacji uzyskanej od zarządcy drogi była poniżej 10 km. Zamawiający na podstawie informacji dotyczącej długości odcinka drogi odrzucił ofertę wykonawcy, a ten w odwołaniu prezentował szereg nowych argumentów, które w ocenie składu orzekającego mógł podnieść w wyjaśnieniach. Ze złożonych wyjaśnień Zamawiający mógł jedynie wywnioskować, iż dla długości odcinka należy również uwzględnić drogi w obrębie projektowanej inwestycji (bez wskazania ich długości wyliczonej przez Odwołującego dopiero w odwołaniu). Wykonawca ponownie zapewnił Zamawiającego, iż długość drogi przekracza 10 km, co w odwołaniu zostało opisane wartością 10,021 km. W wyjaśnieniach wykonawca zawarł informację wprowadzającą Zamawiającego w błąd, co do zakresu rzeczowego prac projektowych wskazując, jak tłumaczył w odwołaniu omyłkowo, iż projekt obejmował zaprojektowanie przebudowy połączeń drogi z drogami powiatowymi i gminnymi. Zamawiający również z uwagi na tą informację uznał, iż doświadczenie wskazanej osoby nie spełnia kryterium oceny i potwierdza wprowadzenie w błąd oświadczeniem złożonym w ofercie.

Niezależnie od oceny skutku braku precyzji wyjaśnień wykonawcy na pytanie dotyczące kwestionowanej długości odcinka drogi, należało odnieść się do zasadniczej kwestii dotyczącej długości projektowanego odcinka drogi, która była kluczowa dla stwierdzenia, czy informacja zawarta w formularzu 2.1 odpowiadała rzeczywistemu stanowi. Ze stanowisk stron i złożonych dowodów (rysunków dotyczących projektowanej drogi wojewódzkiej nr 224) wynika jedna istotna kwestia sporna związana z liczeniem długości odcinka drogi. Zdaniem

Odwołującego nie należy sprowadzać wyliczeń do różnicy w kilometrażu początku i końca projektowanego odcinka drogi wojewódzkiej nr 224, ale należy również doliczyć odcinki połączeń dróg powiatowych i gminnych, tj. skrzyżowań i rond, projektowanych w klasie G. Zasadnicza różnica sprowadzała się do wyliczenia długości ronda, gdyż Zamawiający uznawał za prawidłowe liczenie w osi drogi, a Odwołujący dodatkowo uwzględniał obwiednię ronda. Jak wyjaśniał wykonawca na rozprawie: na przykładzie ronda, iż strony odmiennie

traktują sposób liczenia długości, tj. Odwołujący uwzględnia również obwód ronda (tzw. obwiednię), Zamawiający natomiast liczy długość w osi drogi. Odwołujący wyjaśnia, że dla obliczenia długości drogi uwzględnił długość drogi w osi dla drogi głównej kategorii G, a następnie obliczył długość całego ronda po obwodzie. W przypadku skrzyżowań z drogami różnych kategorii spór dotyczy ustalenia, czy do długości drogi można zaliczyć wyłącznie długość drogi głównej liczonej po osi, czy również do tej długości należy doliczyć element drogi bocznej od osi drogi głównej do granicy pasa drogowego (jest to element drogi bocznej, który mieści się w projektowanym pasie drogowym drogi głównej). W celu wykazania prawidłowości swojego sposobu liczenia długości drogi Odwołujący przedstawił pismo z 1.08.2022 r. Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, w którym potwierdzono zakres przedsięwzięcia obejmujący, m.in. przebudowę skrzyżowań dróg wojewódzkich nr 222 i 224 oraz przebudowę skrzyżowań z innymi drogami. Dla zadania rozbudowy drogi w obszarze pasów dróg wojewódzkich był wymóg przyjęcia klasy G. Ponadto, jako potwierdzenie praktyki liczenia długości drogi, jaką przyjął dla ronda, Odwołujący odwołał się do opisu w ewidencji dróg, w której uwzględnia się nie tylko długość skrzyżowania dróg liczoną w osi, ale dodatkowo długość obwiedni całego ronda. Na tą okoliczność przedstawił opis przedmiotu zamówienia dla zadania dotyczącego „Aktualizacja ewidencji dróg powiatowych na terenie (...)", w tym uwagę dotyczącą pomiaru kilometrażu. Zgodnie z pkt 2.3 początek drogi stanowią przecięcie osi krzyżujących się dróg (określone punktem referencyjnym). Długość drogi, która nie posiada wspólnych przebiegów z innymi drogami, powinna być równa różnicy kilometraża końca i początku danego odcinka drogi (pkt 2.4). Do kilometraża dróg nie wlicza się obwiedni po rondzie, którą należy wliczyć tylko do kilometrażu lokalnego i dalej do powierzchni skrzyżowania (pkt 2.5).

W oparciu o przeprowadzone dowody skład orzekający uznał, iż długość projektowanego odcinak drogi wojewódzkiej nr 224 nie przekraczała 10 km, a informacja podana w formularzu 2.1 oferty wprowadzała Zamawiającego w błąd. Izba nie przyjęła, jako prawidłowego do obliczenia długości odcinka drogi przy rondach i skrzyżowaniach, sposobu wskazanego w odwołaniu. Analiza materiału dowodowego prowadzi do wniosku, iż Odwołujący do długości drogi wlicza powierzchnię ronda, co faktycznie prowadzi do podwójnego liczenia tego samego obiektu dwoma metodami, tj. zarówno w osi jezdni oraz dla obwiedni po rondzie. Obrazując ten sposób liczenia długości przez Odwołującego Przystępujący wskazał, iż dla ronda długości zostały policzone trzy razy, tj. dwa promienie w ciągu drogi wojewódzkiej, jeden promień w ciągu drogi dojazdowej i trzeci raz dla obwiedni ronda. W ocenie składu orzekającego nie może być to uznane za prawidłowe liczenie długości drogi, co potwierdza również dowód powołany przez Odwołującego dla przedstawienia praktyki liczenia długości drogi. Zgodnie z pkt 2.5 obwiednia po rondzie wliczana jest do powierzchni skrzyżowania. Nie jest to równoznaczne z długością drogi liczoną w osi jezdni na podstawie kilometrażu. Mając na uwadze różnice dotyczące szerokości dróg projektowanych skrzyżowań z drogami powiatowymi i gminnymi, tj. mniejsze niż 3,5 m (3 m. pasa drogi w kierunku Marianka, w kierunku Turze), również doliczona przez Odwołującego długość odcinak drogi gminnej lub powiatowej (liczona w osi drogi) nie mogła być zaliczona, gdyż nie spełniała jednego z parametrów dla drogi klasy G.

Ponieważ w sprawie nie budziło sporu to, że bez doliczania obwiedni rond do długości drogi liczonej w osi, długość drogi jest krótsza niż 10 km, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo, podejmując się weryfikacji danych zawartych w ofercie, ustalił rzeczywistą długość projektowanego odcinka drogi, do czego wykonawca mógł się rzeczowo odnieść w odpowiedzi na wezwanie z 7 czerwca 2022 r. Podawane w odpowiedzi na odwołanie różne wielkości stanowiły wyłącznie reakcję na nowe argumenty wykonawcy, których wcześniej nie podnosił w postępowaniu, co jednak nie wpływało na stwierdzenie, że projektowany odcinek drogi wojewódzkiej nr 224 był długości krótszej niż 10 km.

Przechodząc dalej do oceny znaczenia, jakie dla sytuacji wykonawcy w postępowaniu miało stwierdzenie podania nieprawdziwej informacji, należało ocenić w sposób indywidulany okoliczności, w jakich doszło do złożenia nieprawdziwej informacji, w celu ustalenia, czy spełnione zostały przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy. Mając na uwadze orzecznictwo dotyczące stosowania fakultatywnej przesłanki wykluczenia, nie każde przekazanie informacji niezgodnych w jakimkolwiek stopniu z rzeczywistością nawet w sposób nieumyślny (np. w skutek zwykłej pomyłki) powoduje konieczność wykluczenia z postępowania. Ocena zachowania wykonawcy w zakresie przygotowania oferty powinna być dokonywana w konkretnym stanie faktycznym sprawy i zawierać konieczne ustalenia co do spełnienia przez niego ustawowych przesłanek lekkomyślności bądź niedbalstwa. (tak w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 8.09.2021 r., sygn. akt XXIII Zs 58/21).

Mając powyższe na względzie skład orzekający uznał, iż wykonawca w pełni świadomie potwierdził informację o długości odcinka drogi, niezgodnie ze stanem rzeczywistym. Do takiego wniosku skłania przede wszystkim wiedza wykonawcy o zakresie projektowanej drogi i jej kilometrażu, co musiało być analizowane w momencie podawania informacji

Zamawiającemu, jak i składania wyjaśnień. Należy zauważyć, iż wykonawca powołał się na doświadczenie prokurenta spółki, a zatem w całości ponosi odpowiedzialność za prawdziwość prezentowanych Zamawiającemu informacji. Mając na uwadze zasady liczenia długości dróg, dokonywanej przez pomiar kilometrażu w osi jezdni, wykonawca musiał mieć świadomość tego, że dla potwierdzenia spełnienia kryterium, sam kilometraż będzie niewystarczający, a pomimo to potwierdził wartość spełniającą kryterium oceny oferty. Podając informację o dłuższym odcinku drogi, niż jego kilometraż powinien był na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty, wykazać prawdziwość oświadczenia, czego nie uczynił. Przeciwnie, poprzestał na ogólnikowym (również błędnym) opisaniu zakresu projektu bez odniesienia do długości drogi i wyjaśnienia okoliczności związanych z pracami projektowymi, które pozwoliłyby Zamawiającemu zweryfikować informacje, jakie pozyskał u inwestora. Co ważne wykonawca miał tą wiedzę otrzymując wezwanie, w którego treści Zamawiający wskazał wprost na informacje jakie posiada - odmienne od wskazanych przez wykonawcę. Nie jest zatem prawdziwe twierdzenie, iż wezwanie było ogólnikowe i nie pozwalało wykonawcy na złożenie szerszych wyjaśnień. Wiedza techniczna Odwołującego o projekcie pozwalała na rzeczowe przedstawienie argumentów, których nie ujął w wyjaśnieniach, a dopiero w odwołaniu. W ocenie Izby okoliczności te wskazują na lekkomyślność wykonawcy, wyrażającą się we wskazaniu projektu, którego parametry budziły uzasadnione wątpliwości i nie zostały ostatecznie usunięte, gdyż rzeczywisty zakres projektu nie pozwalał na jego wskazanie do oceny oferty.

Należy zauważyć, iż doświadczenie wskazane w formularzu 2.1 służyło ocenie oferty w kryterium pozacenowym i nie miało wpływu na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, ale na wynik oceny oferty Odwołującego, który wskazał maksymalną ilość projektów, dla której Zamawiający zobowiązany został zapisami swz do przyznania maksymalnej liczby punktów w obu podkryteriach DP1 i DP2 - łącznie 20 pkt.

Skład orzekający nie miał wątpliwości, że gdyby nie działania Zamawiającego i jego ostrożność w ocenie oświadczeń wykonawcy, oferta Odwołującego uzyskałaby maksymalną liczbę punktów. Zarówno oświadczenie złożone w ofercie, jak i zapewnienia wykonawcy w wyjaśnieniach były jednoznaczne i miały na celu utwierdzenie Zamawiającego w tym, że doświadczenie wskazanej osoby uzasadniało przyznanie punktów w kryterium oceny.

Odnosząc się natomiast do oceny, czy decyzja o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty nie narusza zasady proporcjonalności skład orzekający miał na uwadze konieczność uwzględnienia przy tej ocenie wprowadzonej na skutek ostatniej nowelizacji Ustawy podstawy łagodzącej sankcje przewidziane dla tego przypadku. Izba miała na uwadze wytyczne, jakie w tym zakresie dał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 16.12.2021 r., sygn. XXIII Zs 122/21 wskazując, iż brzmienie aktualne dawnego przepisu art. 24 zostało złagodzone (zasada proporcjonalności), co w ocenie Sądu dodatkowo wskazuje, iż prawidłową była ocena KIO co do tego, iż wykluczenie wykonawcy powinno być ostatecznością, co pozwala wykorzystać mechanizm uzupełnienia dokumentu, czy też zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem. Sąd wyjaśnił, iż możliwość optymalizacji swojej oferty należy rozumieć w ten sposób, że ustawodawca nie ustanawia odpowiedzialności wykonawcy za istnienie zdolności do realizacji zadania po stronie podmiotu trzeciego, ale za organizację zasobów i rzeczywiste ich udostępnienie na potrzeby realizacji kontraktu. W efekcie sankcja w postaci wykluczenia z udziału w postępowaniu dotyka wyłącznie podmiot, który zadeklarował, że osobiście posiada dane zasoby, czyli podmiot trzeci udostępniający potencjał. Znajduje to potwierdzenie w wyroku TSUE w sprawie C-210/20 z 3.06.2021 r., w którym Trybunał uznał, iż podmiot powinien móc zastąpić podmiot trzeci, tak jak ma możliwość podjąć działania naprawcze w procesie wykazywania własnej rzetelności. Co szczególnie istotne Trybunał uznał, że wykonawca nie powinien być wykluczony z postępowania z powodu naruszenia popełnionego nie bezpośrednio przez niego, lecz przez podmiot, na którego zdolności zamierza on polegać wobec którego nie dysponuje żadnym środkiem kontroli. Podobnie w sprawie C-395/18.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy skład orzekający uznał, iż sankcja wykluczenia z postępowania Odwołującego nie narusza zasady proporcjonalności. Przede wszystkim nieprawdziwość informacji nie miała charakteru błahego, chociaż można byłoby uznać, iż różnica 21 m przy skali doświadczenia, jakie posiada wskazana osoba nie wpływa zasadniczo na ocenę jego umiejętności i wiedzę. Znaczenie tej informacji miało inny ciężar gatunkowy wynikający z faktu, iż doświadczenie wskazanej osoby nie mogło być punktowane w kryterium oceny ofert, a w tym celu zostało przedstawione. Zgodnie bowiem z opisem podkryteriów punktowane w PD1 były każde dodatkowe doświadczenie ponad wymagane dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dla wywołania efektu, jakiego oczekiwał wykonawca (uzyskania maksymalnej punktacji) wystarczyło wskazać inwestycję bez szczegółowego opisywania, czy też załączania dowodów. Faktycznie ocena oferty opierała się na oświadczeniu wykonawcy, co wymaga szczególnej dbałości o rzetelność danych. Co ważne, to wykonawca odpowiadał za rzetelność informacji

i nie ma podstawy do poszukiwania odpowiedzialności u innych podmiotów. To wykonawca sam dopuścił się naruszenia, a tym samym nie można poszukiwać okoliczności łagodzących konsekwencje wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Odnosząc się na koniec do kwestii związanej z brakiem wpływu na wynik oceny skład orzekający uznał, iż wnioski Odwołującego w tym zakresie również nie były prawidłowe. Przede wszystkim należy podkreślić, iż informacja dotycząca danej inwestycji miałaby wpływ na ocenę oferty, gdyby Zamawiający zastosował kryteria oceny ofert, co pozwoliłoby wykonawcy uzyskać maksymalną liczbę punktów w jednym z kryteriów. Na ... złożonych ofert tylko jedna (poza ofertą Odwołującego) uzyskała maksymalną punktację w tym kryterium, co wskazuje na znaczenie każdej pojedynczej inwestycji punktowanej w ofercie Odwołującego. Wykonawca nie przedstawił innych spełniających kryterium oceny inwestycji, które mogłyby złagodzić wpływ nieprawdziwej informacji na wynik oceny oferty. W ocenie składu orzekającego nie jest również prawidłowe oczekiwanie, iż Zamawiający podejmując decyzję o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego powinien przeanalizować, jak kształtowałaby się ranking ofert z udziałem oferty Odwołującego, dla której obniżono by punktację. Taki wniosek jest niedopuszczalny co najmniej z tej przyczyny, że do oceny w kryterium Zamawiający ma obowiązek przyjąć wyłącznie oferty niepodlegające odrzuceniu, co może oznaczać, iż część ofert odrzucana z innych przyczyn (gdyby taka sytuacja miała miejsce) zmieniłaby wynik oceny wykonawcy, który podlegać powinien wykluczeniu z postępowania z uwagi na podanie informacji nieprawdziwej co do kryterium oceny ofert. Powyższe prowadzi wprost do wniosku, iż takie oczekiwanie naruszałoby fundamentalną zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Skoro podstawa wykluczenia z postępowania istniała już w momencie złożenia oferty (i nie podlegała możliwości naprawy), to należy przyjąć, iż nie może być uchylona w oparciu o analizy porównawcze z innymi ofertami.

Mając powyższe na uwadze skład orzekający uznał, iż spełnione zostały przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy, a w konsekwencji oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a). Ponieważ Izba oddaliła odwołanie w zasadniczym dla wyniku rozstrzygnięcia zarzucie, również pozostałe zarzuty nie zostały uwzględnione. W szczególności, nie było podstaw do zakwestionowania wyniku oceny oferty wskazanej jako najkorzystniejsza, co czyniło jej wybór zgodny z Ustawą i warunkami opisanymi w swz.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust. 2 pkt 1

oz. 2437).

Na poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis w wysokości 15.000,00 zł. oraz koszty pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł i obciążyła nimi Odwołującego

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....

Członkowie: