Sygn. akt KIO 353/24

WYROK

Warszawa, dnia 21.02.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2024 r. przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego:

A. wykonawcy Flize Gres Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Prokowie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami od 1 do 2 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy Flize Gres Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Prokowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w 2/3 zamawiającego i w 1/3 odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

4. Zasądza od zamawiającego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku na rzecz odwołującego Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie kwotę 15 733 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy siedemset trzydzieści trzy złote, zero groszy) z tytułu proporcjonalnego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego.

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

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 353/24

Uzasadnienie

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest „Rozbudowa DW nr 515 w Dzierzgoniu – etap I”, numer: 41/WZP/2023/PN/WRI.

Wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 29 sierpnia 2023 r. pod numerem 2023/S 165-521306.

W dniu 1 lutego 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako: „Odwołujący) wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, tj. wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności badania i oceny oferty wykonawcy Flize Gres oraz zaniechania czynności odrzucenia oferty ww. wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) oraz pkt 7) ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233; dalej: „znku”) i art. 14 ust. 1 znku oraz pkt 7.5.2. SWZ, a także art. 16 pkt 1) ustawy PZP, mające istotny wpływ na wynik Postępowania, przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Flize Gres, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na podaniu w celu przysporzenia korzyści majątkowej (tj. uzyskania zamówienia)

wbrew prawu i dobrym obyczajom

niezgodnych z prawdą informacji w wykazie osób złożonym Zamawiającemu w Postępowaniu najpierw w dniu 17.11.2023 r., a następnie w dniu 29.11.2023 r., że wskazany w tym wykazie p. W. W. jako kierownik budowy posiada doświadczenie wymagane w pkt 7.5.2. SWZ, w sytuacji, gdy złożone w tym wykazie zapewnienia nie były zgodne z rzeczywistością, co Zamawiający ustalił w toku Postępowania i czego Flize Gres nie negowało w toku dalszej korespondencji z Zamawiającym;

2. art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na skierowaniu w dniu 04.01.2024 r. do Flize Gres wezwania w trybie przewidzianym tym przepisem do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie spełnienia warunku zdolności zawodowej personelu wykonawcy w odniesieniu do

osoby kierownika budowy, w sytuacji gdy brak było podstaw do wystosowania takiego wezwania, gdyż uprzednio przedstawione podmiotowe środki dowodowe w zakresie ww. warunku nie były niekompletne, ani nie zawierały błędów, lecz zawierały informacje niezgodne z rzeczywistością, skutkiem czego nie podlegają one uzupełnieniu w trybie przewidzianym tym przepisem;

3. art. 16 pkt 1) oraz 2) ustawy PZP w zw. z art. 116 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) oraz pkt 7) ustawy PZP i pkt 7.5.4. SWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Flize Gres, pomimo że wykonawca ten nie posiada wymaganych zdolności do realizacji zamówienia z uwagi na zaangażowanie deklarowanego przez siebie personelu (a konkretnie p. M. R., który miałby pełnić funkcję kierownika budowy) w inne przedsięwzięcia inwestycyjne, co może mieć negatywny wpływ na realizację inwestycji Zamawiającego, a jednocześnie wprowadzenie w błąd Zamawiającego do co możliwości posiadania zdolności zawodowej dla realizacji zamówienia przejawiającej się w możliwości zaangażowania p. M. R. w wykonanie zamówienia,

ewentualnie (w przypadku uznania przez Izbę, iż wezwanie z dnia 04.01.2024 r. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP było uzasadnione i dopuszczalne)

4. art. 128 ust. 4 ustawy PZP w zw. z art. 116 ust. 2 ustawy PZP w zw. z pkt 7.5.4. SWZ polegające na zaniechaniu wezwania Flize Gres do złożenia wyjaśnień w zakresie dysponowania osobą p. M. R. na czas realizacji zamówienia w kontekście zaangażowania ww. osoby w inne przedsięwzięcia inwestycyjne, na skutek czego nie zweryfikowano, czy Flize Gres powołując się na skierowanie do realizacji p. R. posiada wymagane SWZ zdolności zawodowe i będzie w stanie je utrzymać w toku realizacji inwestycji na rzecz Zamawiającego

a w konsekwencji ww. zarzutów

5. art. 16 pkt 1) i 2) ustawy PZP oraz art. 17 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 znku oraz art. 14 ust. 1 znku, poprzez:

5.1. bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Flize Gres, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą i została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

5.2. zaakceptowanie wbrew zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania, uzupełnienia przez Flize Gres wykazu osób, o nową osobę mającą pełnić funkcji kierownika budowy, która to zmiana miała zastąpić informacje/podmiotowe środki dowodowe niezgodnie z rzeczywistością, tym samym dopuszczenie w Postępowaniu do zastąpienia informacji nieprawdziwej prawdziwą, a przez to

nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty wykonawcy Flize Gres Sp. z o.o. Sp. k. z uwagi na to, że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał, że Zamawiający w ramach Postępowania przewidział jako jeden z warunków udziału warunek zdolności zawodowej personelu Wykonawcy opisany w pkt. 7.5.2. SWZ zmodyfikowanym Zmianą nr 2 z 22.09.2023 r. Warunek ten dotyczył m.in. doświadczenia osoby mającej pełnić w ramach inwestycji funkcję kierownika budowy:

„Kierownik budowy: Uprawnienia - Posiadanie uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej drogowej lub równoważne,

Doświadczenie - Posiadający doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika budowy przez minimum 70% czasu trwania robót (czas trwania robót to okres od przejęcia terenu budowy do podpisania protokołu odbioru końcowego robót) na co najmniej dwóch zadaniach, w tym na jednym w terenie zabudowanym, w ramach których wykonano budowę lub rozbudowę lub przebudowę drogi klasy minimum Z* wraz z budową lub rozbudową lub przebudową uzbrojenia podziemnego o wartości robót w w/w zakresie minimum 20 000 000,00 zł netto** każde”.

Po opublikowaniu informacji z otwarcia ofert Zamawiający pismem z dnia 08.11.2023 r. wezwał Flize Gres do złożenia

dokumentu JEDZ oraz podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu osób, którego wzór stanowił załącznik nr 5 do Rozdziału II SWZ. Flize Gres odpowiedziało pismem z 17.11.2023 r., przedkładając m.in. wykaz osób, w którym wskazało, iż do realizacji inwestycji skierowany zostanie jako kierownik budowy p. W. W. Flize Gres zadeklarowało, iż ww. osoba posiada doświadczenie pozwalające uznać, że wykonawca spełnia warunek z pkt 7.5.2. SWZ.

Zamawiający pismem z 27.11.2023 r. wezwał Flize Gres w trybie art. 128 ust. 1 pzp do „uzupełnienia oświadczenia „Wykaz osób" zgodnie z załącznikiem nr 5 do Rozdziału II SWZ,

ponieważ treść złożonego w dniu 17 listopada 2023 r. oświadczenia nie potwierdza spełnienia

przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu". W dalszej części tego pisma Zamawiający wyjaśnił, że Flize Gres złożyło wykaz osób na nieaktualnym formularzu, który nie uwzględniał Zmiany nr 2. Niezależnie od tego pisma, Zamawiający w dniu 27.11.2023 r. wystąpił do innych zamawiających publicznych, których dotyczyły zadania wskazane w wykazie osób dotyczącym p. W. celem zweryfikowania prawdziwości przedstawionych informacji odnośnie deklarowanego doświadczenia ww. osoby.

Flize Gres pismem z dnia 29.11.2023 r. przedstawiło wykaz osób na formularzu uwzględniającym Zmianę nr 2. W rzeczonym wykazie osób ponownie wskazano p. W. W., jako osobę mającą pełnić funkcję kierownika budowy i zapewniono (udzielając każdorazowo odpowiedzi „TAK" na pytania zawarte w formularzu), że p. W. spełnia warunek doświadczenia, czego dowodem jest jego udział przy realizacji zadań wymienionych w kolumnie nr 4 formularza.

W grudniu 2023 r. Zamawiający otrzymał odpowiedzi od Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie oraz Dyrekcji Rozbudowy Miasta Gdańska (tj. zamawiających publicznych zadań referencyjnych wskazanych wykazie osób Flize Gres odnośnie p. W.), z których wynika, że wbrew zapewnieniom Flize Gres zadania referencyjne dla p. W. nie potwierdzają doświadczenia ww. osoby w stopniu wymaganym przez Zamawiającego. Co więcej, informacje te pozostają w sprzeczności z odpowiedziami i informacjami przekazanymi przez Flize Gres, które okazują się być niezgodne z rzeczywistością.

Zamiast odrzucić na tym etapie ofertę Flize Gres, jako niespełniającą warunków udziału w postępowaniu (ze względu na brak wymaganego doświadczenia personelu) i złożoną w warunkach wprowadzenia w błąd oraz przedstawienia nieprawdziwych informacji, Zamawiający zdecydował się ponowić w dniu 04.01.2024 r. wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 pzp.

W piśmie nr WZP.26.41.2023.IS L.p. 16 Zamawiający przedstawił wyniki weryfikacji informacji przekazanych przez Flize Gres u zamawiających zadań referencyjnych wskazanych dla p. W. i uznał, że konieczne jest powtórzenie czynności wezwania do złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu osób.

W odpowiedzi na to wezwanie Flize Gres pismem z dnia 08.01.2024 r. złożyło „nowy" wykaz osób, w którym w miejsce p. W. W. wskazało p. M. R., jako osobę, która ma pełnić funkcję kierownika budowy i spełniać warunek doświadczenia postawiony przez Zamawiającego. Co istotne, Flize Gres nie kwestionowało zasadności wezwania z dnia 04.01.2024 r., ani

zawartych tam twierdzeń. Nie polemizowało z twierdzeniem, iż zadania przy których pracował p. W. nie dowodzą wymaganego w SWZ stopnia doświadczenia, wbrew zapewnieniom składanym przez tego wykonawcę.

Zdaniem Odwołującego powyższe zachowanie Zamawiającego było nieuprawnione, gdyż powinien on uznać, że wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, a jego oferta powinna zostać odrzucona.

Naruszenie wskazanych w petitum Odwołania przepisów pzp i znku wynika w ocenie Odwołującego z tego, że oferta Flize Gres została wybrana choć ww. wykonawca:

- po pierwsze - złożył nieprawdziwe oświadczenie w zakresie istotnych dla przetargu informacji dot. spełnienia warunku zdolności zawodowej (doświadczenia) personelu wykonawcy w odniesieniu do osoby kierownika budowy, którą to funkcję miał sprawować p. W. W.;

- po drugie – pośrednio dokonując zmiany osoby kierownika budowy bez jakiejkolwiek polemiki z twierdzeniami Zamawiającego odnośnie braku wymaganego doświadczenia p. W., przyznał się do wprowadzenia w błąd Zamawiającego odnośnie spełnienia ww. warunku z wykorzystaniem zasobu osobowego w postaci p. W.;

- po trzecie, dokonał zastąpienia nieprawdziwej informacji dot. warunku zdolności zawodowej personelu wykonawcy, informacją prawdziwą. W takich okolicznościach sprawy Zamawiający nie wyciągnął wobec Flize Gres żadnych konsekwencji uznając, że wskazanie innego sposobu spełnienia warunku udziału w Postępowaniu (poprzez wskazanie innej osoby, która miałaby pełnić funkcję kierownika budowy) w tym przypadku jest dopuszczalne.

Mając na uwadze argumentację przedstawioną w uzasadnieniu Zarzutu nr 1, Odwołujący uważa, że Zamawiający nie miał podstaw, aby kierować do Flize Gres w dniu 04.01.2024 r. wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 pzp do złożenia kolejnego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnienie warunku zdolności zawodowej (doświadczenia) personelu wykonawcy.

O ile wezwanie Zamawiającego z dnia 27.11.2023 r. można uznać za uzasadnione w świetle ww. przepisu, gdyż wykaz osób złożony przez Flize Gres pismem z 17.11.2023 r. obarczony był błędem (został złożony na nieaktualnym

formularzu), o tyle wezwanie z 04.01.2024 r. nie mieściło się w granicach tego przepisu.

Wykaz osób, który Flize Gres złożyło w dniu 29.11.2023 r. nie był bowiem ani niekompletny, ani nie zawierał błędów. Dokumentami obarczonymi błędami są dokumenty, które zostały fizycznie złożone oraz są formalnie poprawne, jednak nie potwierdzają spełniania

odpowiednich wymagań. W przypadku wykazu osób przedstawionego przez Flize Gres pismem z 29.11.2023 r. mamy jednak do czynienia z odmienną sytuacją (nieobjętą hipotezą przepisu art. 128 ust. 1 pzp) – przedstawieniem podmiotowych środków dowodowych, które zawierają informacje niezgodne z rzeczywistością odnośnie doświadczenia personelu Flize Gres.

Podanie informacji, które mijają się z rzeczywistością nie stanowi błędu, lecz jest podaniem nieprawdy i wprowadzeniem w błąd. W tym kontekście nie sposób twierdzić, aby Flize Gres nie miało wiedzy odnośnie doświadczenia p. W. W. Wszak Flize Gres to profesjonalny wykonawca robót budowlanych, który nie pierwszy raz bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Należy wymagać od niego zgodnie ze wzorem należytej staranności weryfikacji danych prezentowanych Zamawiającemu, przy czym przebieg korespondencji pomiędzy ww. podmiotem, a Zamawiającym świadczy, iż treść informacji przekazywanych przez Flize Gres odnośnie doświadczenia p. W. nie jest wynikiem tylko i wyłącznie niedbalstwa w weryfikacji danych.

W zakresie zarzutu nr 3 Odwołujący wskazał, że p. M. R. zawarł w dniu 28.11.2023 r. z Powiatem Nowodworskim umowę dot. pełnienia nadzoru inwestorskiego nad przebudową 4 dróg powiatowych: 2329G Wiśniówka; 2316G Płonina; 2344G Tuja i 2334G Ostaszewo. Ww. umowa została zawarta po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o nr SR.272.u.16.2023.RG (dalej „Postępowanie SR.272.u.16.2023.RG").

Odwołujący przedstawił również szeroką argumentację związaną z warunkami realizacji przez p. R. ww. umów, z której wywiódł, że p. M. R. nie będzie w stanie pogodzić pełnienia funkcji kierownika budowy na inwestycji, którą miałby realizować Flize Gres z pełnieniem nadzoru inwestorskiego w związku z inwestycją realizowaną na rzecz Powiatu Nowodworskiego.

Powyższe jego zdaniem powinno doprowadzić do skorzystania przez Zamawiającego z dyspozycji art. 116 ust. 2 ustawy PZP i uznaniem, że zaangażowanie ww. wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia lub ewentualnie stanowić podstawę do skierowania do Przystępującego wezwania z żądaniem złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 19 lutego 2024 r. odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający, wnosząc o jego oddalenie w całości. Jak wskazywał Zamawiający nie odnajduje on na gruncie niniejszej sprawy podstaw do uznania, że działanie Flize Gres wyczerpało przesłanki czynu

nieuczciwej konkurencji. Stan ten bowiem dla swego zaistnienia wymaga, aby przedstawione informacje były obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne ze stanem rzeczywistym. Na skutek podania takich informacji zamawiający nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym. Tymczasem na gruncie niniejszej sprawy nie sposób mówić o tym, jakoby Flize Gres złożył niezgodne z prawdą oświadczenie o spełnianiu warunków zdolności zawodowej (doświadczenia) swojego personelu w odniesieniu do osoby kierownika budowy, skoro dokumentami dołączony do pisma z dnia 8 stycznia 2024 r. wykazał powyższe w sposób niewątpliwy.

W odniesieniu do twierdzeń Odwołującego jakoby Flize Gres dokonał zastąpienia informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą Zamawiający wskazuje, że brak jest podstaw do takiego uznania. Sam fakt, że przedstawiony podmiotowy środek dowodowy pozostawiał wątpliwości czy p. W. spełniał wymagania zdolności zawodowej nie jest równoznaczny z możliwością przyjęcia, że nie spełniał. Brak jest również jakichkolwiek podstaw do przyjęcia takiego domniemania. Fakt, że Flize Gres nie dążył do wykazania powyższej kwestii a zamiast tego dokonał zmiany osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy pozostaje kwestią neutralną dla oceny spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu i nie może być podstawą do wyciągania wobec Flize Gres jakichkolwiek negatywnych konsekwencji. Odwołujący nie przedstawił również żadnych dowodów potwierdzających, że wskazana pierwotnie osoba nie spełniała wymagań co do doświadczenia wskazanego w SWZ.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący dokonuje nieuprawnionej nadinterpretacji pewnych okoliczności faktycznych, która służyć ma osiągnięciu korzystnej dla siebie sytuacji w postępowaniu. Wskazać w tym miejscu należy, że Zamawiający nie przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia przesłanki wykluczenia wykonawcy określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp. W przypadku, gdy Zamawiający przesłanki takiej w sposób wyraźny i niewątpliwy nie przewidział, nie może na jej podstawie wykluczyć Wykonawcy z postępowania.

Jak dodał Zamawiający nie jest uprawnione utożsamianie niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu z zaistnieniem podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp (abstrahując już od okoliczności, że w niniejszym postępowaniu Flize Gres spełnia warunki udziału w postępowaniu). Za informacje wprowadzające w błąd należy uznać informacje nieprawdziwe lub błędne. Tym czasem Flize Gres nie podał informacji, które wprowadzałyby w błąd Zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 Zamawiający wskazał, że pierwsze wezwanie w trybie ww. przepisu nastąpiło, jak słusznie zauważył odwołujący, z uwagi na nieaktualny formularz, na

którym Flize Gres złożył „Wykaz osób". Tym samym wezwanie to dotyczyło kwestii stricte formalnych. Po ponownym złożeniu przez ww. Wykonawcę „Wykazu osób" Zamawiający przystąpił do badania jego treści i doszedł do wniosku, że złożony środek dowodowy obarczony jest błędem. Zamawiający owszem mógł i powinien powyższy błąd dostrzec na początkowym etapie badania dokumentu, jednakże tak się nie stało. Wobec tego, z uwagi na fakt, że złożony środek obarczony był błędem, co determinowało konieczność zastosowania art. 128 ust. 1 Pzp, zaś Zamawiający na wcześniejszym etapie błędu tego się nie dopatrzył, powtórzył czynność wezwania. Zamawiający wyszedł bowiem ze słusznego założenia, że jego działania i zaniechania nie mogą wywoływać negatywnych konsekwencji dla Wykonawcy. Jednocześnie Zamawiający uważa, że pomimo powtórzenia czynności nie sposób jej uznać za „ponowną". Powyższe wynika z faktu, że pierwotne wezwanie dotyczyło zupełnie odmiennych kwestii. W ocenie Zamawiającego to treść wezwania, jego przedmiot, mają wyłączne znaczenie dla oceny czy doszło do ponownego wezwania. Zakaz ponownego wezwania miałby zastosowanie wtedy, gdyby pomimo wyczerpującej i jasnej treści Wykonawca nie poprawił zaistniałego błędu, nie uzupełnił braku. W przypadku gdy wezwanie dotyczyło zupełnie innych kwestii nie sposób mówić o jakimkolwiek wadliwym działaniu Wykonawcy a tym samym nie sposób wyciągać z tego faktu, wobec niego negatywnych konsekwencji.

Zdaniem Zamawiającego nie budzi wątpliwości, że użyte w art. 128 ust. 1 Pzp sformułowanie „nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu" oznacza sytuację, gdy wykonawca nie złożył wymaganego oświadczenia lub dokumentu (brak wymaganego oświadczenia lub dokumentu). W żadnym przepisie Prawa zamówień publicznych ustawodawca nie wyjaśnia, na czym polega złożenie oświadczenia lub dokumentu niekompletnego lub zawierającego błędy. Zdaniem UZP „dokument (oświadczenie) jest niekompletny, jeżeli wprawdzie został fizycznie przedłożony, ale nie spełnia określonych przez zamawiającego wymagań formalnych (np. nie został podpisany, jest nieczytelny lub jego kopia nie została potwierdzona za zgodność z oryginałem). Od tych dwóch przypadków należy odróżnić dokumenty (oświadczenia) zawierające błędy. Są to dokumenty, które zostały fizycznie złożone oraz są formalnie poprawne, jednak nie potwierdzają spełniania odpowiednich wymagań" (Prawo zamówień publicznych. Komentarz., red. H. Nowak, M. Winiarz, s. 468.).

W zakresie zarzutu nr 3 Zamawiający wskazał, że przywołany przez Odwołującego przepis art. 116 ust. 2 Pzp zawiera uprawnienie Zamawiającego, nie zaś jego obowiązek. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że na obecnym etapie postępowania nie nabrał wątpliwości co do posiadania przez Wykonawcę wymaganych zdolności ze względu m.in. na

zaangażowanie zasobów zawodowych Flize Gres w inne przedsięwzięcia gospodarcze, mogące mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Zamawiający dodał, że pomimo zastrzeżenia w SWZ, że Zamawiający „uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że skieruje do realizacji zamówienia osoby legitymujące się uprawnieniami i doświadczeniem, określonymi w poniższej tabeli (…)" to nie wskazał on ani w SWZ ani w pozostałych dokumentach postępowania (np. SWRZ) w jakim wymiarze skierowana osoba ma pełnić funkcję kierownika budowy. Wobec powyższego braku zastrzeżenia wymiaru nie sposób, aby Zamawiający miał jakiekolwiek podstawy, aby nabrać wątpliwości co do posiadanych przez Wykonawcę wymaganych zdolności.

W ocenie Zamawiającego, skoro nie zastrzegł on takiego warunku to niedopuszczalne jest jego stawianie na obecnym etapie postępowania, a co za tym idzie wyciąganie wobec Flize Gres negatywnych konsekwencji. Jednocześnie nie sposób takich wątpliwości podjąć na podstawie przedstawionych przez Odwołującego informacji dotyczących pełnienia przez niego nadzoru inwestorskiego dla Powiatu Nowodworskiego, skoro jedna z tych inwestycji już się zakończyła, zaś trzy pozostałe zakończą się w terminie 90 dnia od dnia 1 marca 2024 r. Oznacza to, że powoływane przez Odwołującego podstawy do powzięcia wątpliwości wobec Flize Gres częściowo się zdezaktualizowały.

Nadto jak wskazywał Zamawiający, dla analizy całokształtu sytuacji wymagane byłoby przeanalizowanie zapisów umowy z Powiatem, pod kątem chociażby możliwości zapewnienia zastępstwa na czas nieobecności p. R. Powszechną jest bowiem sytuacja, w której osoby posiadające uprawnienia, w oczekiwaniu na intratniejsze zatrudnienie, dla zapewnienia zarobku podejmują inne zatrudnienie, przewidując jednocześnie możliwość wyznaczenia zastępstwa. Powyższe potwierdza fakt, że jak sam Odwołujący wskazał, p. R. w postępowaniu SR.272.u.16.2023.RG zaoferował swoją obecność dla każdej z 3 części zadania – 3 razy w tygodniu (w różne dni). Oznacza to, że p. R. dla osobistego spełnienia powyższych wymagań musiałby pełnić funkcję przez 9 dni w tygodniu, co biorąc pod uwagę 7 dniowy tydzień determinuje konieczność zapewnienia zastępstwa na tej inwestycji Jednocześnie wskazać należy, że wykonawca może wykazać posiadanie przez siebie deklarowanego potencjału, na przykład wskazując na sposób organizacji pracy, wykorzystania potencjału osobowego lub sprzętowego, czy uwarunkowania lokalizacyjne. Nie jest bowiem wykluczona taka organizacja pracy lub robót, że dane osoby czy sprzęt, stosownie do zakresu i wymogów zadania do wykonania i potrzeb oraz posiadanych umiejętności będą odpowiednio przesuwane w ramach harmonogramów realizacji poszczególnych zadań. Nie można twierdzić w takim wypadku, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie warto wspomnieć, że

zaangażowanie w momencie składania oferty nie oznacza, że zasoby nie będą dostępne w trakcie realizacji umowy.

<u>Stanowisko Przystępującego:</u>

W dniu 19 lutego 2024 r. pismo procesowe złożył wykonawca Flize Gres Sp. z o.o. Sp. k. (dalej jako: „Przystępujący"), w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości i przedstawił stosowną argumentację.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Flize Gres Sp. z o.o. Sp. k., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy.

Dodatkowo Odwołujący zgłaszał wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodów z dokumentów na okoliczności wskazywane przy ich składaniu. Izba postanowiła dopuścić wszystkie ww. wnioskowane dowody w poczet materiału dowodowego i przeprowadzić na ich podstawie dowody.

Wskazać jednak należy, że zdaniem Izby, dowody z dokumentów, o których przeprowadzenie wnioskował Odwołujący, są nieprzydatne do wydania rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie. Dowody te odwoływały się do czynności podjętych w ramach innego postępowania, prowadzonego niemal 10 lat temu i dotyczyły sytuacji zgoła innej, niż ta, która zaistniała na gruncie niniejszej sprawy. Z tego względu Izba odmówiła mocy dowodowej ww. dokumentom i uznała, że dowody te nie stanowią materiału przydatnego do wydania rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego

przedmiotem jest „Rozbudowa DW nr 515 w Dzierzgoniu – etap I", numer:

41/WZP/2023/PN/WRI.

Zgodnie z pkt 7.5.2 SWZ Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia:

„Kierownik budowy: Uprawnienia - Posiadanie uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej drogowej lub równoważne,

Doświadczenie - Posiadający doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika budowy przez minimum 70% czasu trwania robót (czas trwania robót to okres od przejęcia terenu budowy do podpisania protokołu odbioru końcowego robót) na co najmniej dwóch zadaniach, w tym na jednym w terenie zabudowanym, w ramach których wykonano budowę lub rozbudowę lub przebudowę drogi klasy minimum Z* wraz z budową lub rozbudową lub przebudową uzbrojenia podziemnego o wartości robót w w/w zakresie minimum 20 000 000,00 zł netto** każde."

W dniu 8 listopada 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia dokumentu JEDZ oraz podmiotowych środków dowodowych.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący złożył stosowne dokumenty w dniu 17 listopada 2023 r., w tym m. in. załącznik nr 5 do SWZ – wykaz osób, w którym na kierownika budowy wskazał p. W. W..

Przystępujący opisując doświadczenie ww. osoby wskazał na następujące inwestycje, w których pełniła ona funkcję kierownika budowy:

1) Modernizacja drogi wojewódzkiej nr 964 Kasina-Uście Solne ETAP I – (Kasina Wielka – Wieliczka) – opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót;

2) Przebudowa infrastruktury tramwajowej w ul. Budzysza, Stryjewskiego i Nowotnej w Gdańsku w ramach Gdańskiego;

3) Modernizacja linii kolejowej E65 – odcinek Warszawa – Gdynia Etap I w Polsce -obszar LCS Malbork - Układy drogowe (funkcja kierownika robót drogowych).

Ponadto Przystępujący oświadczył, poprzez wpisanie odpowiedzi „TAK", m. in., że:

- wskazane zadania obejmowały budowę lub rozbudowę lub przebudowę drogi o wartości minimum 20 000 000,00 zł netto;

- wskazane zadania obejmowały budowę lub rozbudowę lub przebudowę drogi w terenie zabudowanym;

- wskazane zadania obejmowały budowę lub rozbudowę lub przebudowę uzbrojenia podziemnego;

- wykazana funkcja pełniona była przez minimum 70% czasu trwania robót (czas trwania robót to okres od przejęcia terenu budowy do podpisania protokołu odbioru końcowego robót).

W dniu 27 listopada 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP do uzupełnienia oświadczenia „Wykaz osób" stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ.

W treści pisma Zamawiający wskazał, że zamieścił na stronie prowadzonego postępowania

ZMIANĘ NR 2, w której (w następstwie zmiany IDW) udostępnił wykonawcom zaktualizowany Załącznik nr 5 do SWZ. Zgodnie z treścią kolumny nr 6 do zaktualizowanego załącznika wykonawca powinien był udzielić odpowiedzi TAK/NIE na następujące pytanie:

Czy zadanie obejmowało budowę lub rozbudowę lub przebudowę drogi wraz z budową lub rozbudową lub przebudową uzbrojenia podziemnego o wartości robót w w/w zakresie minimum 20 000 000,00 zł netto.

Natomiast złożone przez Przystępującego oświadczenie zostało złożone na formularzu nieuwzględniającym tejże zmiany. Z tego względu powinno ono zostać uzupełnione.

Tego samego dnia Zamawiający wystąpił do innych zamawiających o udostępnienie informacji dotyczących deklarowanego doświadczenia Przystępującego.

W dniu 29 listopada Przystępujący uzupełnił wymagane dokumenty.

Na stanowisko kierownika budowy ponownie wskazana została ta sama osoba. Jako doświadczenie referencyjne wskazano na inwestycje:

1) Modernizacja drogi wojewódzkiej nr 964 Kasina-Uście Solne ETAP I – (Kasina Wielka – Wieliczka) – opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót;

2) Przebudowa infrastruktury tramwajowej w ul. Budzysza, Stryjewskiego i Nowotnej w Gdańsku w ramach Gdańskiego;

Na wszystkie pytania wskazane w wykazie, a dotyczące spełniania przez doświadczenie referencyjne wymagań stawianych przez treść warunków udziału w postępowaniu udzielono odpowiedzi „TAK".

Pismem z dnia 1 grudnia 2023 r. Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie udzielił Zamawiającemu następującej informacji: „Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie potwierdza, iż p. W. W. w ramach zadania pn. Modernizacja drogi wojewódzkiej nr 964 Kasina – Uście Solne, etap I – opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót (realizowanego na podstawie umowy nr 37/2008/ZDW z dnia 03.04.2008 r. przez Wykonawcę POLDIM S.A. Tarnów) pełnił funkcję Kierownika budowy – w okresie od dnia 01.10.2009 r. do dnia 02.12.2010 r. Zadanie to w kontekście etapu wykonawczego (wykonania robót) było realizowane w okresie od dnia 28.04.2008 r. (moment przekazania Wykonawcy placu budowy) do dnia 02.12.2010 r. (data zakończenia robót). (…)"

Pismem z dnia 12 grudnia 2023 r. Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska udzieliła Zamawiającemu następującej informacji: „Uprzejmie informujemy, że Pan W. W. pełnił funkcję kierownika budowy na zadaniu „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w ulicach Budzysza, Stryjewskiego i Nowotnej w Gdańsku w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej – etap IV A" od 04.03.2019r do 29.01.202, co stanowi ok. 73% czasu trwania Umowy, liczonej od dnia przejęcia terenu budowy do dnia podpisania odbioru końcowego.

Potwierdzamy również, że zakres przebudowy obejmował drogę klasy Z.

Natomiast wartość robót drogowych wynosiła ok 10 mln zł netto."

W dniu 4 stycznia 2024 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie do uzupełnienia załącznika nr 5 do SWZ – wykazu osób. W uzasadnieniu pisma Zamawiający wskazał na braki w wykazywanym doświadczeniu p. W. W. w związku z uzyskaniem informacji od innych zamawiających, tj. w odniesieniu do inwestycji:

- „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w ulicach Budzysza, Stryjewskiego i Nowotnej w Gdańsku w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej – etap IV A" – według Inwestora wartość zrealizowanych robót branży drogowej wyniosła ok 10 mln zł netto, zaś wymagana przez Zamawiającego minimalna wartość robót winna wynosić minimum 20 mln zł netto.

- Modernizacja drogi wojewódzkiej nr 964 Kasina – Uście Solne, etap I – opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót – okres realizacji robót obejmował 31 miesięcy, przy czym p. W. W. pełnił funkcję Kierownika budowy przez okres 13 miesięcy, co stanowi ok. 42% czasu trwania robót. Wymagany przez Zamawiającego minimalny czas pełnienia funkcji Kierownika budowy na zadaniu określony został na min. 70% czasu trwania robót.

W związku z tym Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia wykazu osób w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego wykonawcy.

W dniu 08.01.2024 r. Przystępujący przedłożył nowy wykaz, w którym wykazał nową osobę do pełnienia funkcji kierownika budowy.

W dniu 22.01.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadnienie prawne:

Zarzut nr 1:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1233 – dalej: „ustawa uznk"). Wskazana ustawa w art. 3 ust. 1 definiuje czyn nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Przykładowe czyny nieuczciwej konkurencji zostały wskazane w art. 3 ust. 2 ww. ustawy, a także opisane w przepisach od art. 5 do art. 17g. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 października 2002 r. III CKN 271/01 uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym, przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu szczegółowego, ujętego w ramach Rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ("Czyny nieuczciwej konkurencji", art. 5-17) lub deliktu w nim nie ujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 ustawy.

W niniejszej sprawie Odwołujący zachowanie Przystępującego kwalifikował jako naruszenie generalnej klauzuli wyrażonej w art. 3 ust. 1 oraz delikt wskazany w art. 14 ust. 1 ustawy uznk.

Zgodnie z ww. przepisami:

art. 3 ust. 1: Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

art. 14 ust. 1: Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

Przechodząc od powyższych ogólnych uwag w pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, że w pełni podziela pogląd zaprezentowany w wyroku KIO z dnia 21 stycznia 2022 r., KIO 5/22, w którym wskazano, że brak wskazania przez Zamawiającego fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku należytej weryfikacji wszystkich oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu. Szczególne znaczenie w tym kontekście należy przypisać oświadczeniom, na podstawie których oceniana jest podmiotowa sytuacja wykonawcy oraz przedmiotowa zgodność jego oferty z określonymi przez zamawiającego wymaganiami, cechami lub kryteriami. Od tych oświadczeń bowiem w głównej mierze zależy wynik postępowania.

Sam brak ustanowienia w postępowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd nie uniemożliwia odrzucenia oferty w sytuacji, gdy zachowanie danego wykonawcy spełnia przesłanki do uznania go za czyn nieuczciwej konkurencji. Nie można uznać, że jeżeli Zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, to nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacji w celu uzyskania zamówienia.

W niniejszej sprawie w zasadzie bezspornym jest fakt, że informacje podane pierwotnie przez Przystępującego w wykazie osób nie potwierdzały spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia. Powyższe przyznał Zamawiający w piśmie z dnia 4 stycznia 2024 r., stanowiącym wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, wskazując na konkretne braki w zakresie inwestycji referencyjnych powołanych przez Przystępującego w wykazie osób dla potwierdzenia doświadczenia p. W. W..

W przypadku inwestycji pn. „Modernizacja drogi wojewódzkiej nr 964 Kasina – Uście Solne Etap I – (Kasina Wielka – Wieliczka)" nie zostały spełnione wymagania dotyczące pełnienia funkcji Kierownika budowy przez min. 70% czasu trwania robót (czas pełnienia tejże funkcji przez p. W. W. na inwestycji wynosił ok 42% czasu trwania robót).

Natomiast w przypadku inwestycji pn. „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w ulicach Budzysza, Stryjewskiego i Nowotnej w Gdańsku w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej, etap IVa" nie został spełniony wymóg wartości robót branży drogowej, która

wyniosła ok 10 mln zł netto, a Zamawiający wymagał minimalnej wartości minimum 20 mln zł netto.

Powyższe informacje zostały przez Zamawiającego uzyskane od podmiotów, na których rzecz realizowane były inwestycje referencyjne, w trybie art. 128 ust. 5 ustawy PZP.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że zgodnie z wykazem osób złożonym przez Przystępującego na prawidłowym formularzu oświadczył on, że:

1) p. W. W. brał udział jako kierownik budowy w realizacji inwestycji pn. „Modernizacja drogi wojewódzkiej nr 964 Kasina-Uście Solne ETAP I – (Kasina Wielka – Wieliczka) – opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót". Ponadto oświadczył on, poprzez wpisanie odpowiedzi „TAK", że:

a. zadanie obejmowało budowę lub rozbudowę lub przebudowę drogi wraz z budową lub rozbudową lub

przebudową uzbrojenia podziemnego o wartości robót w w/w zakresie minimum 20 000 000,00 zł netto (TAK*/NIE*),

b. zadanie obejmowało budowę lub rozbudowę lub przebudowę drogi wraz z budową lub rozbudową lub przebudową uzbrojenia podziemnego w terenie zabudowanym (TAK*/NIE*) oraz, że

c. wykazana funkcja pełniona była przez minimum 70% czasu trwania robót (czas trwania robót to okres od przejęcia terenu budowy do podpisania protokołu odbioru końcowego robót) (TAK/NIE),

2) p. W. W. brał udział jako kierownik budowy w realizacji inwestycji pn. „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w ul. Budzysza, Stryjewskiego i Nowotnej w Gdańsku w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej – etap IVa". Ponadto oświadczył on, poprzez wpisanie odpowiedzi „TAK", że:

a. zadanie obejmowało budowę lub rozbudowę lub przebudowę drogi wraz z budową lub rozbudową lub przebudową uzbrojenia podziemnego o wartości robót w w/w zakresie minimum 20 000 000,00 zł netto (TAK*/NIE*),

b. zadanie obejmowało budowę lub rozbudowę lub przebudowę drogi wraz z budową lub rozbudową lub przebudową uzbrojenia podziemnego w terenie zabudowanym (TAK*/NIE*) oraz, że

c. wykazana funkcja pełniona była przez minimum 70% czasu trwania robót (czas trwania robót to okres od przejęcia terenu budowy do podpisania protokołu odbioru końcowego robót) (TAK/NIE).

Z powyższego widać więc, że w wykazie osób Przystępujący w sposób niebudzący wątpliwości oświadczył nieprawdę. Przystępujący oświadczył bowiem, że w zadaniu z punktu

1 funkcja kierownika robót była pełniona przez p. W. W. przez min. 70% czasu trwania robót, w sytuacji gdy było to ok. 42%.

Z kolei w zadaniu z punktu 2 Przystępujący oświadczył, że zadanie obejmowało budowę lub rozbudowę lub przebudowę drogi wraz z budową lub rozbudową lub przebudową uzbrojenia podziemnego o wartości robót w w/w zakresie minimum 20 mln zł netto, w sytuacji gdy wartość tych robót wynosiła ok. 10 mln zł netto.

Przekazanie przez Przystępującego nieprawdziwych informacji jest więc niewątpliwie i ma oparcie w zebranym materiale dowodowym. Rację ma Odwołujący, że najlepszymi dowodami na to, że Przystępujący dopuścił się poświadczenia nieprawdy jest sama dokumentacja postępowania, z której jasno wynika, iż przekazywane przez niego informacje nie odpowiadały prawdzie (w szczególności chodzi o wykaz osób oraz informacje od podmiotów zewnętrznych, uzyskane przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 5 ustawy PZP).

Tym samym zdaniem Izby za wykazany uznać należy fakt, iż w pierwotnie złożonym wykazie osób (uzupełnionym następnie w dniu 29 listopada 2023 r.) Przystępujący złożył nieprawdziwe oświadczenia dotyczące doświadczenia p. W. W., które to oświadczenia miały na celu wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, mogły wprowadzić zamawiającego w błąd i miały bezpośredni wpływ na wynik postępowania przetargowego.

Przy czym należy mieć na uwadze, że by można mówić o „wprowadzeniu w błąd" istotna jest treść przedstawionej zamawiającemu informacji i to, jaki skutek mogła ona wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od tego, czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło (tak też: Wyrok SO w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych z dnia 11.10.2021 r. XXIII Zs 80/21).

Zdaniem Izby oświadczenie nieprawdy w celu uzyskania zamówienia jest czynem nieuczciwej konkurencji. Wykonawca, który oświadcza nieprawdę, dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami. Co więcej – narusza także interes innych przedsiębiorców, którzy konkurując z nieuczciwym wykonawcą tracą szansę na uzyskanie zamówienia. W takiej sytuacji narażony jest również interes Zamawiającego, który może udzielić zamówienia podmiotowi niemającemu odpowiednich kompetencji do jego zrealizowania. Spełniona jest więc dyspozycja art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy uznk.

Trudno przypuszczać by nieprawdziwe oświadczenie Przystępującego zostało złożone z innych względów niż próba celowego wprowadzenia w błąd zamawiającego lub z powodu rażącego niedopełnienia ciążących na nim obowiązków związanych z profesjonalnym

charakterem jego działalności. Nie było bowiem podstaw by sądzić, iż błędnie interpretuje on treść warunków udziału w postępowaniu lub, że nieprawdziwe oświadczenie jest wynikiem omyłki.

Charakter błędów w treści wykazu jest zasadniczy (42% czasu do 70% wymaganych przez Zamawiającego oraz 10 mln wartości robót przy 20 mln wymaganych przez Zamawiającego). Przystępujący nie popełnił błędu, którego skala mogłaby uzasadniać tezę, że np. w szczegółach nie zapoznał się z wartością robót drogowych inwestycji referencyjnej, ale mniej więcej wiedział, że spełnia ona wymagania postawione przez Zamawiającego w tym postępowaniu.

Zdaniem Izby możliwe jest w tym zakresie przypisanie Przystępującemu co najmniej rażącego niedbalstwa. Skala popełnionych błędów, tj. różnica w doświadczeniu deklarowanym a faktycznie zdobytym jest na tyle duża, iż można z całą pewnością stwierdzić, że Przystępujący rażąco nie dopełnił ciążących na nim obowiązków związanych z weryfikacją informacji składanych w oświadczeniach na poczet udziału w przetargach. Za takim potraktowaniem

zachowania Przystępującego przemawia również profesjonalny charakter jego działalności, jako podmiotu stale trudniącego się udziałem w przetargach publicznych. W sposób rażący odstąpiono od wzorca zachowania profesjonalisty.

Co więcej, zdaniem Izby złożenie przez Przystępującego nieprawdziwego oświadczenia celem potwierdzenia spełniania wymagań przetargu, daje się również zakwalifikować co najmniej jako sprzeczne z dobrymi obyczajami. Informacje podawane w postępowaniu o zamówienie są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, zatem ich podanie powinno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego, zawodowego charakteru prowadzonej przez wykonawców działalności. Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do skrupulatności i rzetelności przy wypełnianiu przez wykonawców oświadczeń na potrzeby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, zwłaszcza w zakresie weryfikacji faktycznego zakresu inwestycji referencyjnych powoływanych na potwierdzanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Niedochowanie ww. wymogom i złożenie oświadczenia nieprawdziwego świadczy o naruszeniu przez wykonawcę co najmniej dobrych obyczajów.

Niewątpliwie poprzez złożenie nieprawdziwego oświadczenia naruszony został także interes pozostałych oferentów, którzy utracili szansę na uzyskanie zamówienia wobec nieuczciwego podejścia Przystępującego. Z tego względu, zdaniem Izby, spełnione zostały przesłanki

niezbędne do odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy uznk.

Zdaniem Izby opisywane zachowanie Przystępującego nie daje się jednak zakwalifikować jako delikt opisany w art. 14 ust. 1 ustawy uznk. Zakres stosowania art. 14 ogranicza w znacznej mierze wymóg działania sprawcy "[...] w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody [...]". Wymóg ten wprowadza do przepisu warunek znacznie dalej idący niż przewidziane art. 3 ust. 1 zagrożenie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. Delikt z art. 14 ZNKU jest spełniony tylko wtedy, gdy sprawca działa świadomie, a zatem z winy umyślnej (tak: Art. 14 ZNKU red. Szwaja 2019, wyd. 5/M. Kępiński/J. Kępiński – Legalis).

W niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał bezsprzecznie, że Przystępującemu można przypisać celowe działanie. Zdaniem Izby można Przystępującemu przypisać co najmniej rażące niedbalstwo, które jest jedną z postaci winy nieumyślnej. Tym samym nie będzie miał zastosowania art. 14 ustawy uznk.

Zarzut nr 2:

Zasadność zarzutu nr 1 przesądza także o zasadności zarzutu nr 2. Skoro Zamawiający powziął informację o tym, że Przystępujący złożył w wykazie nieprawdziwe informacje to nie powinien był wzywać go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ustawy PZP.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Zdaniem Izby sytuacja jaka zaistniała w niniejszej sprawie nie kwalifikuje się pod dyspozycję ww. przepisu. Przekazanie w wykazie informacji nieprawdziwych nie jest równoznaczne z tym, że podmiotowy środek dowodowy zawiera błędy lub jest niekompletny. Za błędny należałoby uznać dokument, w którym np. wykonawca oświadcza, że legitymuje się określonym doświadczeniem, ale opis tego doświadczenia nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu – jednak podawane informacje są zgodne z prawdą (po prostu wykonawca podał doświadczenie o zbyt małej wartości, zakresie lub z innych względów nieodpowiadające treści warunku udziału ewentualnie nie przedstawił w opisie doświadczenia wszystkich elementów pozwalających na jego zweryfikowanie pod kątem zgodności z warunkiem). W takiej sytuacji zasadnym jest skorzystanie z dyspozycji art. 128 ustawy PZP i wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

Tymczasem w niniejszej sprawie Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w sytuacji, gdy wiedział, iż pierwotnie przekazane informacje były nieprawdziwe.

Podkreślić należy, że gdyby Zamawiający nie skorzystał z dyspozycji art. 128 ust. 5 ustawy PZP i nie uzyskał odpowiednich informacji od innych zamawiających, Przystępujący uzyskałby zamówienie na podstawie nieprawdziwych informacji przedłożonych w wykazie doświadczenia. Dlatego Zamawiający, który mówiąc krótko, „przyłapał" Przystępującego na oświadczeniu nieprawdy nie powinien był wzywać go do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, które nie były obarczone błędem ani nie były niekompletne. Podanie informacji, które mijają się z rzeczywistością nie stanowi błędu, lecz jest po prostu oświadczeniem nieprawdy, z nastawieniem na wprowadzenie zamawiającego w błąd i uzyskanie zamówienia. Tym samym tzw. druga szansa, o której mówi art. 128 nie przysługuje.

Zamawiający jak i Przystępujący w pismach procesowych zdają mylić się istotę postawionego zarzutu. Odwołujący nie kwestionował tego, że wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z dnia 4 stycznia 2024 r. nie było dopuszczalne, gdyż Zamawiający już raz uprzednio wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w tym trybie (wezwanie z dnia 27/11/2023 r. związane ze złożeniem wykazu na nieaktualnym wzorze). Zdaniem Odwołującego nie było dopuszczalnym skierowanie wezwania z tego względu, że pierwotnie złożony wykaz zawierał informacje nieprawdziwe, a tym samym Zamawiający został wprowadzony w błąd, co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty

Przystępującego.

Słusznie wskazywał Odwołujący, że przepis art. 128 ust. 1 ustawy PZP nie dotyczy sytuacji, w których wykonawca przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, a tym samym uznać należy, że Zamawiający w sposób nieuprawniony wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów pismem z dnia 4 stycznia. Postawiony zarzut uznać należy więc za zasadny.

Zarzut nr 3:

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego dotyczącej zarzutu nr 3.

Zgodnie z art. 116 ust. 2 ustawy PZP oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne

przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Bezspornym był fakt, że p. R. jest zaangażowany w inne przedsięwzięcia gospodarcze. Zamawiający i Przystępujący nie kwestionowali powyższego. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał jednak by mogło to mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Do takiego stanowiska przekonał Izbę fakt, że w dokumentacji niniejszego zamówienia nie zostało określone w jakim wymiarze osoba skierowana do realizacji zamówienia na stanowisko kierownika budowy ma pełnić swoje obowiązki.

Ponadto jedna z inwestycji wskazywanych przez Odwołującego w treści odwołania już się zakończyła (fakt niezakwestionowany), co częściowo dezaktualizuje wyliczenia wskazywane w treści odwołania.

Co więcej, Przystępujący wskazywał na zapisy umów z inwestycji wskazywanych przez Odwołującego jako te, w których zaangażowanie p. R. mogłoby negatywnie wpłynąć na realizację zamówienia, z których wynika, że jego obowiązki mogą zostać powierzone innym osobom za zgodą i akceptacją zamawiającego pod warunkiem, że będą one spełniać wszystkie wymogi dotyczące stażu pracy i kwalifikacji żądane w SWZ oraz złożyły dodatkowo oświadczenia o przyjęciu obowiązków inspektora inwestorskiego wynikających w ustawy Prawo budowlane. Nie jest więc wykluczone, że p. R. nie będzie musiał w pełnym wymiarze osobiście pełnić obowiązków na ww. inwestycjach.

Nie można również wykluczyć podwykonawstwa na tychże inwestycjach.

Powyższe argumenty zdaniem Izby nakazują twierdzić, iż nie zostało wykazane twierdzenie, że zaangażowanie p. R. w inne przedsięwzięcia gospodarcze mogło mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia, a więc zarzut należało oddalić.

Zarzut ewentualny został postawiony pod warunkiem uznania przez Izbę, że wezwanie z dnia 04.01.2024 r. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP było uzasadnione i dopuszczalne. Zdaniem Izby było dokładnie na odwrót, a więc zarzut ewentualny nie podlegał rozpoznaniu.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 2 ust. 2 pkt 2, § 5 i § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Odwołujący postawił trzy zarzuty zasadnicze, z których dwa okazały się zasadne, a jeden okazał się niezasadny oraz zarzut ewentualny, który nie był rozpatrywany przez Izbę (Izba

uznała bowiem, iż wezwanie z dnia 04.01.2024 r. nie było dopuszczalne). Wobec powyższego uzasadnionym było rozdzielenie kosztów postępowania odwoławczego obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu (3), które Izba uwzględniła (2), do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła (1).

Przewodniczący: ……