

Sygn. akt: KIO 3136/24

KIO 3154/24

WYROK

Warszawa, dnia 1 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Członkowie: Emilia Garbala

Ernest Klauziński

Protokolant: R Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 29 sierpnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Eksametr Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie – Lider oraz Miliarium Spółka z o.o. z siedzibą w Kielcach – Partner w postępowaniu o sygn. akt KIO 3136/24, B. w dniu 30 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu o sygn. akt KIO 3154/24,

w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Świętokrzyskie – Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 3136/24 wykonawcy R. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R. Ś. Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie "PROSTA PROJEKT" z siedzibą w Piotrkowicach,

przy udziale uczestników po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt KIO 3136/24:

- 1) wykonawcy PROKOM Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu,
- 2) wykonawcy INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,
- 3) wykonawcy ZDI sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu,

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 3154/24:

- 1) wykonawcy Prokom Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu,
- 2) wykonawcy ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu
- 3) wykonawcy R. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R. Ś. Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie "PROSTA PROJEKT" z siedzibą w Piotrkowicach

orzeka:

KIO 3136/24

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu nr 3, nr 5, nr 6 i nakazuje Zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - b) wezwanie wykonawcy R. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R. Ś. Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie "PROSTA PROJEKT" z siedzibą w Piotrkowicach do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale IX ust. 2 pkt 2.4.1. SWZ,
 - c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego w części 1/2 i Zamawiającego w części 1/2 i:
 - 3.1. 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 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

3.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy).

KIO 3154/24

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie odrzucenia oferty INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP oraz wykluczenia z postępowania INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 111 pkt 5 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP i nakazuje Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b) unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty wykonawcy INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,
- c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

- a. 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 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
- b. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą wpis od odwołania oraz koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 3136/24

KIO 3154/24

U z a s a d n i e

I. KIO 3136/24:

Zamawiający – Województwo Świętokrzyskie – Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zarządzanie i nadzór nad realizacją inwestycji pn.: „Budowa DW 723 od budowanego węzła w ciągu DK 77 do istniejącego śladu DW 723 w m. Sandomierz o dł. ok. 1,35 km – w systemie zaprojektuj i zbuduj”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 kwietnia 2024 r. pod numerem: 240880-2024.

W dniu 29 sierpnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Eksametr Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie – Lider oraz Miliarium Spółka z o.o. z siedzibą w Kielcach – Partner wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

- 1. Wyborze najkorzystniejszej oferty, badaniu i ocenie ofert,
- 2. Błędnej ocenie oferty Odwołującego w zakresie dotyczącym kryterium „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu” i w rezultacie nieprzyznanie maksymalnej ilości punktów ofercie Odwołującego,
- 3. Zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie dotyczącym kryterium „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu”, w sytuacji wystąpienia po stronie Zamawiającego wątpliwości dotyczących realizacji jednego z zadań wskazywanych przez Odwołującego w zakresie ww. kryterium, mającego wpływ na przyznanie ofercie maksymalnej liczby punktów.
- 4. Zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy R Ś. Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie PROSTA-PROJEKT (dalej jako: „PROSTA-PROJEKT”), w sytuacji w której wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.
- 5. Błędnej ocenie oferty PROSTA-PROJEKT, poprzez przyznanie jej 20, zamiast 10 punktów, w ramach

kryterium „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu”.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) Art. 239 ust. 1-2 w zw. z art. 17 ust. 1-2 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego w zakresie kryterium „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu” w sposób niezgodny z określonymi w Rozdziale XX ust. 2 pkt 2 lit. a) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), a w konsekwencji poprzez przyznanie niższej, niż maksymalna liczby punktów w zakresie kryterium „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu” - co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty niebędącej ofertą najkorzystniejszą.
- 2) art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących jednego z zadań wskazywanych przez Odwołującego w zakresie kryterium „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu” w sytuacji, w której informacje zamieszczone w ofercie Odwołującego wzbudzały wątpliwości Zamawiającego.
- 3) Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PROSTA-PROJEKT w sytuacji, w której wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
- 4) Art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PROSTA-PROJEKT, mimo, iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje.
- 5) Ewentualnie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania PROSTA-PROJEKT do uzupełnień w sytuacji, w której złożone wyjaśnienia dot. Podmiotowych środków dowodowych wskazywały, że doświadczenie wskazane przez PROSTA-PROJEKT nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.
- 6) Art. 239 ust. 1-2 w zw. z art. 17 ust. 1-2 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę oferty PROSTA-PROJEKT w zakresie przyznania punktów w ramach kryterium „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu” w sytuacji, w której doświadczenie to nie spełniało wymagań postawionych w kryterium.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) Unieważnienia czynności wyboru oferty PROSTA-PROJEKT, jako najkorzystniejszej.
- 2) Nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem, że oferta Odwołującego w zakresie kryterium „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu” powinna otrzymać 20 punktów, a oferta PROSTA-PROJEKT 10 punktów.
- 3) Wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty Odwołującego.
- 4) Odrzucenie oferty wykonawcy PROSTA-PROJEKT, jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu, względnie nakazanie Zamawiającemu wezwanie wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.
- 5) Zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego, według norm przepisanych.
- 6) Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodów z dokumentów:
 - a) Wniosku o udzielenie informacji publicznej z 10.06.2024 r., znak: Em/KP/091/2024,
 - b) Pisma Zamawiającego z 12.06.2024 r. znak: ŚZDW.022.25.2024.N-WP-ZM,
 - c) Wniosku o udzielenie informacji publicznej z 18.06.2024 r., znak: Em/KP/092/2024,
 - d) Pisma Zamawiającego z 28.06.2024 r. znak: ŚZDW.R-WR.4170.973.00. 15.2024.AWR,
 - na fakt rzeczywistej wartości inwestycji zrealizowanej przez Zamawiającego w ramach umowy „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 973 odc. Busko-Zdrój - Nowy Korczyn - Borusowa wraz z budową przeprawy mostowej na rzece Nidzie oraz rzece Wiśle / Budowa obwodnicy m. Zbludowice”, a tym samym na fakt rzeczywistej wartości zadania inwestycyjnego nadzorowanego przez Inżyniera Kontraktu wskazanego przez Odwołującego na potrzeby wykazana kryteriów oceny oferty.
 - e) Dokumentu „Szczegółowa Specyfikacja Techniczna Zarządzanie i nadzór nad realizacją inwestycji pn. Budowa obwodnicy m. Zbludowice”,
 - na fakt rzeczywistego zakresu usługi realizowanej przez Inżyniera Kontraktu w ramach pełnienia nadzoru nad realizacją inwestycji pn. Budowa obwodnicy m. Zbludowice.

Ponadto Odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodów z dokumentów przywołanych w uzasadnieniu Odwołania, na

okoliczności tam wskazane.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Eksametr Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie – Lider oraz Miliarium Spółka z

o.o. z siedzibą w Kielcach – Partner, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 września 2024 r. (pismo z dnia 6 września 2024 r.) wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca R. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R. Ś. Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie "PROSTA PROJEKT" z siedzibą w Piotrkowicach.

Izba stwierdziła, że wykonawca R. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R. Ś. Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie "PROSTA PROJEKT" z siedzibą w Piotrkowicach zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego skutecznie przystąpili wykonawcy:

1. PROKOM Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu,
2. INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,
2. ZDI sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy, tj. PROKOM Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ZDI sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego.

Przystępujący R. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R. Ś. Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie "PROSTA PROJEKT" z siedzibą w Piotrkowicach pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2024 r. (pismo z dnia 5 września 2024 r.) wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący PROKOM Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu przy zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wniósł o uwzględnienie odwołania.

Przystępujący INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2024 r. (pismo z dnia 6 września 2024 r.) wniósł o uwzględnienie odwołania w części dotyczącej zarzutów nr 3, 4 i 6, w tym ewentualnie zarzutu nr 5.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 239 ust. 1-2 ustawy PZP:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zgodnie z art. 17 ust. 1-2 ustawy PZP:

1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:
 - 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.
2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 16 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zgodnie z art. 116 ust. 1 ustawy PZP, w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na

odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

8) 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;

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.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w podmiotowych środkach 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, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępujących, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestników postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została

wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępujących, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nr 3, nr 5, nr 6 znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie w powyższym zakresie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważyła, że zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1-2 w zw. z art. 17 ust. 1-2 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego w zakresie kryterium „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu” w sposób niezgodny z określonymi w Rozdziale XX ust. 2 pkt 2 lit. a) Specyfikacji Warunków Zamówienia, a w konsekwencji poprzez przyznanie niższej, niż maksymalna liczby punktów w zakresie kryterium „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu” - co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty niebędącej ofertą najkorzystniejszą, jak również art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących jednego z zadań wskazywanych przez Odwołującego w zakresie kryterium „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu” w sytuacji, w której informacje zamieszczone w ofercie Odwołującego wzbudzały wątpliwości Zamawiającego, są w ocenie Izby niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba zważy, iż w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz ofertach odrzuconych z dnia 20 sierpnia 2024 r., Zamawiający wskazał, że: „Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. konsorcjum firm Konsorcjum: Eksametr Sp. z o.o. – Lider, Miliarium Sp. z o.o. – Partner, w załączniku nr 11, dot. kryterium oceny ofert wskazali 3 kontrakty obejmujące nadzór nad zadaniami inwestycyjnymi realizowanymi w

formule „zaprojektuj i wybuduj” dla drogi klasy min. G, jednak wartość tylko dwóch kontraktów stanowiła co najmniej 30 000 000,00 zł brutto. W poz. nr 3, „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 973 odc. Busko-Zdrój - Nowy Korczyn - Borusowa wraz z budową przeprawy mostowej na rzece Nidzie oraz rzece Wiśle / Budowa obwodnicy m. Zbludowice” Wykonawca podał łączną wartość zadania inwestycyjnego na ponad 30 mln zł brutto, na co składa się wartość brutto nadzorowanego kontraktu, tj. 29 838 886,73 zł oraz wartość usługi nadzoru, tj. 574 267,32 zł. Dodanie do wartości nadzorowanego zadania inwestycyjnego wartości usługi nadzoru nad tym zadaniem jest działaniem nieprawidłowym, ponieważ Wykonawca sprawował nadzór tylko nad robotami budowlanymi, a nie nad swoim kontraktem, zatem Zamawiający nie może go uznać za spełniający postawiony warunek”.

Izba wskazuje, iż zgodnie z rozdziałem XX ust. 2 pkt 2 lit. a) SWZ (Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert), Zamawiający opisał kryterium doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu w następujący sposób: „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu (D) – waga kryterium 20% - 20 pkt a) Punkty przyznawane w kryterium „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu” będą przyznawane ofertom niepodlegającym odrzuceniu, za doświadczenie zawodowe spełniające warunek udziału w postępowaniu określony w punkcie 2.4.2.1 Rozdziału VIII SWZ – tj. co najmniej jeden kontrakt obejmujący nadzór nad zadaniem realizowanym w formule „zaprojektuj i wybuduj w zakresie inżynierii komunikacyjnej w okresie od początku do końca, tj. od przekazania placu budowy do podpisania protokołu odbioru końcowego lub wystawienia Świadczenia Przejęcia w trybie Subklauzuli 10.1 dla kontraktów realizowanych w oparciu o warunki FIDIC lub uzyskania pozwolenia na użytkowanie, dla drogi klasy minimum G, o wartości zadania inwestycyjnego co najmniej 30 000 000,00 zł brutto (30 mln PLN brutto) każde zadanie i będą liczone według zasad:

- wykonanie jednego kontraktu – 0 pkt
- wykonanie 2 kontraktów – 10 pkt
- wykonanie 3 lub więcej kontraktów – 20 pkt”

Jednocześnie w rozdziale XX ust. 2 pkt 2 lit. b) SWZ, Zamawiający wskazał, iż: „Wykonawca dokona wpisu liczby wykonanych kontraktów przez Inżyniera Kontraktu w pkt. IV ust. 4 formularza OFERTA oraz załączy do oferty załącznik nr 11 - KRYTERIUM OCENY OFERT „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu”.

W związku tak opisanymi wymogami przez Zamawiającego, Odwołujący złożył ofertę wraz z załącznikiem nr 11, wskazując trzy zadania, w tym sporne zadanie nr 3, w którym Odwołujący wskazał: „Zadanie pn. Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 973 odc. Busko Zdrój –Nowy

Korczyn –Borusowa wraz z budową przeprawy mostowej na rzece Nidzie oraz rz. Wiśle/Budowa obwodnicy m. Zbludowice/

a) Nazwa Zmawiającego/Zlecającego Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach b) Wartość zadania inwestycyjnego: powyżej 30 mln zł brutto, w tym:

-Wartość brutto nadzorowanego kontraktu: 29 838 886,73 zł

-Wartość usługi nadzoru: 574 267,32 zł”.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż w załączniku nr 11 do SWZ, Zamawiający m.in. wprowadził zapis, który nie był modyfikowany na etapie ogłoszenia SWZ, gdzie w punkcie b) należało wpisać: „Wartość brutto nadzorowanego kontraktu.....”.

Izba chciałaby w tym miejscu zwrócić uwagę, iż Odwołujący wskazał prawidłowo dla zadania 1 „Zadanie pn. Budowa Trasy Świętokrzyskiej na odc. ul. Wybrzeże Szczecińskie do ul. Zabranieckiej, w tym: b. odc. ul. Tysiąclecia ul. Zabraniecka” i dla zadania 2 „Zadanie pn. Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 766 na odcinku Pińczów –Węchadłów do skrzyżowania z DW768 dł. Ok. 27,0 km /Budowa obwodnicy Pińczowa” - „Wartość brutto nadzorowanego kontraktu: powyżej 30 mln zł brutto”, przy czym jednocześnie w ocenie Izby Odwołujący zmodyfikował wzór formularza, tj. załącznika nr 11 dla zadania 3 we wspomnianym punkcie b) poprzez następujący opis: „Wartość zadania inwestycyjnego: powyżej 30 mln zł brutto, w tym: -Wartość brutto nadzorowanego kontraktu: 29 838 886,73 zł -Wartość usługi nadzoru: 574 267,32 zł”

W ocenie Izby, tak zmodyfikowana pozycja w punkcie b) załącznika nr 11 do SWZ, doprowadziła do tego, iż Odwołujący de facto podał łączną wartość inwestycji, nazywając ją w formularzu „wartością zadania inwestycyjnego: powyżej 30 mln zł brutto”, na którą składa się wartość brutto nadzorowanego kontraktu w wysokości 29 838 886,73 zł (czyli tak, jak to wynika z opisanego w punkcie b) załącznika nr 11 do SWZ) oraz wartość usługi nadzoru: 574 267,32 zł.

Poza tym, Izba zwraca uwagę, iż rozumienie pojęcia kontraktu jako zadania inwestycyjnego odnoszącego się do robót budowlanych, wynika z dowodów wniesionych przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie w postaci pytań Odwołującego i wniosków o zmianę SWZ z dnia 9 maja 2024 r. oraz 14 maja 2024 r. złożonych na etapie ogłoszenia o

zamówieniu, o czym świadczą słowa Odwołującego odpowiednio z dnia 9 maja 2024 r.: „W związku z powyższym, zwracamy się z wnioskiem o zmianę wartości robót w Rozdziale IX Warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Inżyniera Kontraktu na 25 000 000,00 zł brutto (25 mln zł brutto)” oraz z dnia 14 maja 2024 r.: „Doświadczenie zawodowe na stanowiskach

kierowniczych, np. Inżynier Kontraktu, Z-ca Inżyniera Kontraktu, Dyrektora Kontraktu, Z-ca Dyrektora Kontraktu, Inżynier Rezydent, Z-ca Inżyniera Rezydenta, Przedstawiciel Inżyniera, Zastępca Przedstawiciela Inżyniera, Kierownik Projektu ze strony Zamawiającego, w zakresie inżynierii komunikacyjnej, przy czym co najmniej 1 kontrakt obejmował nadzór nad zadaniem realizowanym w formule „zaprojektuj i wybuduj”, w ramach którego sprawował nadzór nad procesem zaprojektowania i budowy zadania inwestycyjnego w okresie od początku do końca, tj. od przekazania placu budowy do podpisania protokołu odbioru końcowego lub wystawienia Świadectwa Przejęcia w trybie Subklauzuli 10.1 dla kontraktów realizowanych w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub uzyskania pozwolenia na użytkowanie, dla drogi klasy minimum G, o wartości zadania inwestycyjnego co najmniej 25 000 000,00 zł brutto (25 mln PLN brutto) każde zadanie).” Co istotne, na powyższe pytania Odwołującego, Zamawiający w dniu 10 maja 2024 r. oraz 16 maja 2024 r. udzielił jednoznacznej odpowiedzi, iż „podtrzymuje zapisy SWZ”.

Biorąc powyższe pod uwagę, rację ma Zamawiający, że dodanie do wartości nadzorowanego kontraktu (zadania inwestycyjnego) wartości usługi nadzoru jest działaniem nieprawidłowym, zwłaszcza że sam Odwołujący wskazał wartość brutto nadzorowanego kontraktu: 29 838 886,73 zł, wobec wymaganych co najmniej 30 mln zł brutto. Innymi słowy, zdaniem Izby, gdyby Odwołujący posiadał wartość brutto nadzorowanego kontraktu o wartości co najmniej 30 mln zł brutto w zadaniu 3, to wpisałby np. „powyżej 30 mln zł brutto”, tak, jak to uczynił przy zadaniu 1 i 2.

Nadto Izba zważa, iż wartości usługi nadzoru nie można wliczyć do wartości zadania inwestycyjnego, ponieważ usługa nadzoru jest odrębnym zadaniem przedsięwzięcia inwestycyjnego, polegającym na sprawowaniu nadzoru nad zadaniem inwestycyjnym, tj. nad robotami budowlanymi. Tym samym, Izba podziela argumentację Zamawiającego, iż „nie ma żadnych podstaw do sumowania wartości tych dwóch kontraktów”, zwłaszcza że pojęcie „zadanie inwestycyjne” i pojęcie „inwestycja” nie są pojęciami tożsamymi. W ocenie Izby, z dowodów wniesionych przez Odwołującego na posiedzeniu w postaci uchwały nr 3684/18 Zarządu Województwa Świętokrzyskiego z dnia 28 marca 2018 r. w sprawie sprawozdania z wykonania budżetu województwa za 2017 rok oraz z dowodu w postaci Załącznika nr 10 do Regionalnego planu transportowego województwa świętokrzyskiego na lata 2021-2030 – Wykaz wieloletnich przedsięwzięć województwa świętokrzyskiego na lata 2023-2030, wynika, iż mowa jest w nich o „zadaniu”, co zdaniem Izby należy rozumieć jako „inwestycję”.

Warto w tym miejscu podkreślić, iż pojęcie „inwestycja” jest pojęciem szerszym od pojęcia „zadanie inwestycyjne”, ponieważ na inwestycję składają się nakłady finansowe przeznaczone na realizację przedsięwzięcia inwestycyjnego, składającego się z jednego lub kilku zadań, np.

roboty budowlane, nadzór inwestorski, wykup gruntów, badania archeologiczne, promocje itp., na co słusznie zwrócił również uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie.

W tym miejscu należy zauważyć, że w opisie kryterium oceny ofert wymagana wartość odnosi się do „zadania inwestycyjnego”. Mimo zatem używania przez Zamawiającego różnych pojęć w ww. kryterium, w ocenie Izby jasnym jest, że wymagana w nim wartość nie może obejmować także wartości usługi nadzoru, gdyż wykraczałoby to poza „zadanie inwestycyjne” i musiałoby stanowić część szerszej rozumianego „zadania” (inwestycji).

Odnosząc się z kolei do dowodów Odwołującego w postaci wniosków o udostępnienie informacji w trybie informacji publicznej z dnia 10.06.2024 r. oraz z dnia 18.06.2024 r., Izba zważa, że odnosiły się one do wskazania przez Zamawiającego ostatecznej całkowitej wartości zadania inwestycyjnego pod nazwą „Budowa obwodnicy m. Zbludowice(Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 973 na odc. Busko-Zdrój –Nowy Korczyn –Borusowa wraz z budową przeprawy mostowej na rz. Nidzie oraz rz. Wiśle /Budowa obwodnicy m. Zbludowice)”, czy też potwierdzenia, że „Inżynier Kontraktu, pracujący na podstawie umowy nr 6/45/76/B/2016/2017 z dnia 19.05.2017r. (nazwa usługi: Zarządzanie i nadzór nad realizacją inwestycji pn. Budowa obwodnicy m. Zbludowice) sprawował nadzór nad:

- Wykonywanym przez Wykonawcę robót budowlanych projektem linii rozgraniczających;
- Wykonywanym przez Wykonawcę robót budowlanych projektem podziału nieruchomości;
- Wykonywanymi przez Wykonawcę robót budowlanych inwentaryzacji działek objętych ZRID i znajdujących się na nich obiektów, drzew, krzewów, zasiewów, ogrodzeń itp.;
- Procesem przejęcia nieruchomości objętych ZRID z osobami przekazującymi nieruchomości objęte wyłączeniem;
- Pracą z ramienia Wykonawcy usługi Nadzoru Inwestorskiego innych Ekspertów Kluczowych, Personelu Pomocniczego;
- Obsługą laboratoryjną z ramienia Wykonawcy usługi Nadzoru Inwestorskiego”.

Izba zważa, że Zamawiający w odpowiedzi na powyższe pytania wskazał w piśmie z dnia 12.06.2024 r., iż chodzi tu o „inwestycję”, o czym świadczą słowa: „całkowita wartość zrealizowanej inwestycji wynosi 44 223 294,00 zł” oraz w piśmie z dnia 28.06.2024 r. potwierdził, iż Inżynier Kontraktu sprawował nadzór nad różnymi pracami opisanymi w piśmie z dnia 18.06.2024 r.

Na marginesie Izba zważa, iż Zamawiający również w dniu 2 września 2024 r. podtrzymał swoje stanowisko, udzielając następującej odpowiedzi na wniosek Odwołującego o udostępnienie

informacji w trybie informacji publicznej z dnia 22.08.2024 r.: „podana w piśmie znak: ŚZDW.022.25.2024.N-WP-ZM z dnia 12.06.2024 roku kwota 44 223 294,00 zł nie dotyczy zadania inwestycyjnego, lecz odnosi się do całkowitej wartości inwestycji (nakładów) zrealizowanej pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 973 na odc. Busko-Zdrój - Nowy Korczyn - Borusowa wraz z budową przeprawy mostowej na rz. Nidzie oraz rz. W/śle/Budowa obwodnicy m. Zbludowice. Na ww. kwotę składały się następujące elementy:

- 1) Roboty budowlane stanowiące zadanie inwestycyjne wykonane w formule „zaprojektuj i wybuduj” – 29 838 886,73 zł oraz dodatkowe badania archeologiczne - 159 100,00 zł 2) Zarządzanie i nadzór nad zadaniem inwestycyjnym - 574 267,32 zł
- 3) Promocja projektu współfinansującego wykonanie ww. zadania inwestycyjnego- 32 340,00 zł
- 4) Wykup gruntów przeznaczonych pod realizację ww. zadania inwestycyjnego- 13 304 033,10 zł
- 5) Pozostałe koszty i opłaty- 314 666,85 zł”.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, wartość brutto nadzorowanego kontraktu w wysokości 29 838 886,73 zł wskazana przez Odwołującego w Załączniku nr 11 do SWZ w zadaniu 3, jednoznacznie odnosi się do robót budowlanych stanowiących zadanie inwestycyjne wykonane w formule „zaprojektuj i wybuduj” na kwotę 29 838 886,73 zł wskazane w pkt 1 odpowiedzi Zamawiającego z dnia 2 września 2024 r., przy czym Izba nie podziela przy tym argumentacji Odwołującego, iż „Zamawiający błędnie przyjął również, że w skład wartości zadania inwestycyjnego nie wlicza się wartości wykupu nieruchomości pod inwestycję”.

Z tego też względu zarzut nr 1 jest w ocenie Izby niezasadny, a w konsekwencji Zamawiający słusznie nie przydzielił punktów Odwołującemu za zadanie 3.

Odnosząc się z kolei do zarzutu nr 2, Izba zważa, iż zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Izba zważa, że przepis art. 223 ust. 1 ustawy PZP, jest przepisem, który jest uprawnieniem i jednocześnie obowiązkiem Zamawiającego, ale materializuje się wyłącznie w przypadku powstania wątpliwości, co do treści złożonej oferty, co do sposobu jej rozumienia.

W ocenie Izby przepis ten referuje w sposób oczywisty do sytuacji, kiedy treść oferty zawiera niejasności, których nie można wyeliminować w inny sposób, jak właśnie na skutek złożenia przez wykonawcę wyjaśnień. Inaczej mówiąc, przepis dotyczy stanów faktycznych, w których po stronie Zamawiającego powstają wątpliwości co do znaczenia treści wyrażonej w ofercie. W doktrynie i orzecznictwie akcentuje się, że zastosowanie powyższego przepisu będzie uzasadnione wyłącznie, gdy cel wyjaśnień nakierowany będzie na dokonanie wykładni treści oświadczenia woli wykonawcy niejasnego dla Zamawiającego. Zamawiający jest zatem uprawniony zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP w sytuacji powzięcia uzasadnionych wątpliwości, przykładowo co do poprawności zaoferowania przedmiotu zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba zważa, iż Zamawiający jednoznacznie wskazał w odpowiedzi na odwołanie, iż „nie miał żadnych wątpliwości oceniając ofertę Wykonawcy. Z załącznika nr 11 w sposób oczywisty wynika, że wartość nadzorowanego kontraktu w poz. nr 3 jest poniżej 30 mln PLN, zatem zadanie to nie zostało ujęte przy punktacji”, a co potwierdza zdaniem Izby, iż Zamawiający nie miał podstaw do powzięcia jakichkolwiek wątpliwości, co do treści złożonej wraz z ofertą załącznika nr 11 do SWZ, co do sposobu jego rozumienia i wskazanej wartości brutto nadzorowanego kontraktu w zadaniu 3.

Z tego też względu zarzut ten w ocenie Izby jest niezasadny.

Z kolei w odniesieniu do podniesionego w uzasadnieniu odwołania zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 4 ustawy PZP, Izba po pierwsze wskazuje, iż przepis ten nie dotyczy kryteriów oceny ofert, a po drugie w uzasadnieniu odwołania Odwołujący nie podaje żadnych okoliczności faktycznych, które miałyby świadczyć o naruszeniu przez Zamawiającego ww. normy prawnej.

Z tego też względu zarzut ten w ocenie Izby podlega oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PROSTA-PROJEKT w sytuacji, w której wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jest on w ocenie Izby zasadny.

Izba zważa, iż Zamawiający w rozdziale IX ust. 2 pkt 2.4.1. SWZ (Warunki udziału w postępowaniu) wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej: „Doświadczenie zawodowe

– Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował (zakończył), co najmniej 1 usługę zarządzania i nadzoru nad realizacją zadania, polegającego na budowie lub przebudowie drogi klasy minimum G w systemie zaprojektuj i wybuduj o wartości nie mniejszej niż 30 000 000,00 zł brutto (30 mln PLN brutto) każde zadanie”.

Izba zważy, iż w dniu 29 lipca 2024 r. Przystępujący został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych m.in. do złożenia: „Wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane -wzór wykazu stanowi załącznik nr 5 do SWZ, wraz z załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy”.

Na ww. wezwanie, Przystępujący w dniu 6 sierpnia 2024 r. złożył Załącznik nr 5 do SWZ-Wykaz Usług, wskazując nazwę Zamawiającego, tj. Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi, ul. Sienkiewicza 3, 90-113 Łódź; wartość nadzorowanego zadania: 69 302 722,34 zł brutto; przedmiot zamówienia: Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn.: Część A: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją zadania „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 485 na odcinku przejścia przez Pabianice” Część B: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją zadania „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 485 węzeł Pabianice Płd. na SS - Belchatów Odcinek węzeł Pabianice Płd. na SS - Dłutów”. Zadanie polegało na rozbudowie drogi klasy G w formule zaprojektuj i wybuduj. Wartość nadzorowanych robót powyżej 30 000 000,00 zł brutto oraz czas realizacji usługi: 21.01.2019 - 31.12.2020.

Jednocześnie Izba zważy, iż z dowodu w postaci umowy nr 12/2019 z dnia 21 stycznia 2019 r. wynika, że zadania wskazane przez Przystępującego w Części A i B były realizowane w ramach konsorcjum, tj. w składzie Prokom Construction sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, Biuro Inżynierskie VIA Regia Sp. z o.o. z siedzibą w Kamieńcu Wrocławskim oraz R Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R Ś. Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie "PROSTA PROJEKT" jako Partner konsorcjum.

W związku z powyższym, Zamawiający pismem z dnia 12 sierpnia 2024 r. wezwał wykonawcę PROSTA-PROJEKT do uzupełnienia JEDZ oraz wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych, wskazując: „Ponadto, Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wzywa Państwa do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści przedłożonych podmiotowych środków dowodowych we wskazanym poniżej zakresie. Zamawiający, w Rozdziale IX ust. 2 pkt 2.4.1. SWZ, określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości tj. „o udzielnie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące między innymi zdolności technicznej lub zawodowej – „Doświadczenie zawodowe -Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował (zakończył), co najmniej 1 usługę zarządzania i nadzoru nad realizacją zadania, polegającego na budowie lub przebudowie drogi klasy minimum G w systemie zaprojektuj i wybuduj o wartości nie mniejszej niż 30 000 000,00 zł brutto (30 mln PLN brutto) każde zadanie. W przedłożonym Wykazie usług powołują się Państwo na doświadczenie w realizacji zamówienia przez konsorcjum. Wyjaśnienia wymaga zatem w jakim zakresie zamówienie to zostało wykonane samodzielnie przez Państwa Firmę, a więc jakie jest faktycznie Państwa doświadczenie i czy jest ono wystarczające na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu”.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 13 sierpnia 2024 r. Przystępujący wyjaśnił, iż: „Nawiązując do pisma znak PP/24/OFE/KW/1326 przesłanego w dniu 08.08.2024r. oraz do załączonego wykazu usług, informujemy, że w ramach zadania pn.: „Część A: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją zadania „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 485 na odcinku przejścia przez Pabianice” Część B: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją zadania „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 485 węzeł Pabianice Płd. na SS - Belchatów Odcinek węzeł Pabianice Płd. na SS - Dłutów”, realizowanego w formule „zaprojektuj i wybuduj”, firma Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie PROSTA-PROJEKT, Piotrkowice, ul. Kielecka 37, 26-020 Chmielnik, zarządza inwestycją oraz pełniła kompleksowy nadzór inwestorski w zakresie m.in. branży drogowej, elektrycznej, teletechnicznej, wodno-kanalizacyjnej. Łączna wartość nadzorowanych robót budowlanych przekraczała 30 mln zł brutto.”.

Warto w tym miejscu powołać się na wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt), w którym to wyroku w motywie 62 Trybunał wskazał, iż „Tym samym, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach

danego zamówienia publicznego”, w motywie 63 „(...), wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców, czy też w motywie 64 „Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału”.

W związku z powyższym, w sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, to doświadczenie tego wykonawcy należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, czyli jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego

zamówienia publicznego (tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 grudnia 2018 o sygn. akt KIO 2534/18). W podobnym duchu wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 października 2017 o sygn. akt. KIO 1987/17, w którym Izba wskazała, iż: „niewystarczające jest w ocenie Izby powoływanie się na potencjał całego konsorcjum - bez wyraźnego wskazania jaką część - i o jakiej wartości - realizował Odwołujący (występujący poprzednio w konsorcjum)”.

Przechodząc na kanwę niniejszej sprawy, w ocenie Izby, wyjaśnienie Przystępującego z dnia 13 sierpnia 2024 r., że: „firma Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie PROSTA-PROJEKT, Piotrkowice, ul. Kielecka 37, 26-020 Chmielnik, zarządza inwestycją oraz pełniła kompleksowy nadzór inwestorski w zakresie m.in. branży drogowej, elektrycznej, teletechnicznej, wodno-kanalizacyjnej. Łączna wartość nadzorowanych robót budowlanych przekraczała 30 mln zł brutto” jest zdaniem Izby wyjaśnieniem bardzo ogólnym, z którego nie wynika, jaki był faktyczny zakres czynności realizowanych przez Przystępującego, nie wskazując ani konkretnych zadań lub etapów, przy których Przystępujący brał udział, ani nie wskazując, czy sprawował nadzór nad procesem opracowania dokumentacji projektowej. Co istotne Przystępujący nie przedłożył żadnych dowodów do ww. wyjaśnień potwierdzających zakres jego udziału w zadaniu Części A i B, czy też jego udział w opracowaniu dokumentacji projektowej dla zadania w Części A i B.

Odnosząc się z kolei do dowodów wniesionych przez Przystępującego, Izba zważyła, iż z dowodu w postaci umowy nr 12/2019 z dnia 21.01.2019 r. wynika, iż przedmiot umowy zarówno do zadania w Części A i B obejmował w szczególności m.in. nadzór oraz kontrolę nad opracowaniami i weryfikację dokumentacji projektowych, jednakże w ocenie Izby z powyższego zdania nie można wywnioskować, iż R.Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R.Ś.

Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie "PROSTA PROJEKT" jako członek konsorcjum brał udział w opracowaniu i weryfikacji dokumentacji projektowych.

Należy bowiem zwrócić uwagę, iż z § 10 ust. 3 umowy wynika, że osobą sprawdzającą dokumentację projektową – specjalność inżynierska drogowa był Pan P. N., a nie Pan R.Ś., czy też osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę czy umowy zlecenia przez Przystępującego wskazane w dowodach złożonych do pisma procesowego z dnia 5 września 2024 r. Powyższe potwierdza również poświadczenie wykonania usługi z dnia 10 marca 2021 r., z którego wynika, że Pan R.Ś. pełnił funkcję Z-cy Inżyniera Kontraktu, Inżyniera Rezydenta, Inspektora nadzoru robót drogowych, natomiast Pan P. N. był osobą sprawdzającą dokumentację projektową w specjalność inżynierskiej drogowej. Nie zmieniają optyki Izby także pozostałe dowody w postaci protokołu przekazania placu budowy, gdzie Pan R.Ś. został wpisany jako osoba pełniąca funkcję Zastępcy Inżyniera Rezydenta/Inspektora nadzoru robót drogowych, protokoły odbioru ostatecznego i przekazania do eksploatacji dla zadania w Części A i B, czy też dowód w postaci pisma Zarządu Dróg Wojewódzkich w Łodzi z dnia 22 stycznia 2024 r., z których wynika, że Pan R.Ś. pełnił funkcję Inspektora nadzoru robót drogowych. Tym samym z dowodów tych nie wynika, aby R.Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R.Ś. Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie "PROSTA PROJEKT" sprawował nadzór nad procesem opracowania dokumentacji projektowej.

Izba odnieść się jeszcze do wskazanych przez Przystępującego branż w wyjaśnieniach z dnia 13 sierpnia 2024 r., konfrontując powyższe wyjaśnienia z dowodami w postaci umów o pracę i umowy zlecenia dołączonymi do pisma procesowego. Izba zważyła, iż po pierwsze Przystępujący nie przedstawił żadnego dowodu świadczącego o podpisaniu jakiegokolwiek umowy z Panem B.Ś. jako osoby pełniącej funkcję inspektora nadzoru branży telekomunikacyjnej (teletechnicznej). Po drugie umowa o pracę z Panem M. B. pełniącym funkcję technologa została zawarta w dniu 31 stycznia 2023 r. na czas nieokreślony od dnia 1 lutego 2023 r., z kolei umowa zlecenia z Panem L. W. pełniącym funkcję inspektora nadzoru branży elektrycznej została zawarta 4 marca 2024 r. na okres od 4 marca 2024 r. do 31 grudnia 2024 r., co oznacza w ocenie Izby, iż z ww. dowodów nie sposób twierdzić, że Przystępujący posiada doświadczenie w branży teletechnicznej lub elektrycznej, na co de facto wskazywał Przystępujący w swoich wyjaśnieniach, że względu na to, iż umowa nr 12/2019 została zawarta w dniu 21 stycznia 2019 r. na zadania w Części A i B i zakończona 31.12.2020 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby, z wyjaśnień, jak również z materiału dowodowego nie wynika, aby Przystępujący wskazując w Wykazie Usług realizację zadania w Części A i B w systemie zaprojektuj i wybuduj jako członek konsorcjum, spełniał warunek udziału w

postępowaniu opisany w rozdziale IX ust. 2 pkt 2.4.1. SWZ. Tym samym, w ocenie Izby, R.Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R.Ś. Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie "PROSTA PROJEKT" nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

To z kolei skutkuje tym, iż przed odrzuceniem oferty Wykonawcy, po stronie Zamawiającego powstaje obowiązek wezwania Wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie m.in. podmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w podmiotowych środkach 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, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie Wykaz usług stanowiący załącznik nr 5 do SWZ przedstawiony przez Przystępującego zawiera błędy i jako taki podlega uzupełnieniu, ponieważ dokument ten został fizycznie złożony, jest formalnie poprawny, ale nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zwłaszcza w kontekście wezwania

Zamawiającego na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy PZP i złożonych wyjaśnień Przystępującego z dnia 13 sierpnia 2024 r.

Z tego też względu zarzut ewentualny, tj. zarzut nr 5, jest zasadny.

Odnosząc się z kolei do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PROSTA-PROJEKT, mimo, iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje, jest on w ocenie Izby niezasadny.

Izba zważa, że zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, 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, z kolei w myśl art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy

PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym obie podstawy wykluczenia zostały wprowadzone przez Zamawiającego także w rozdziale X ust. 1 pkt 2 lit. d i f SWZ (Podstawy wykluczenia z postępowania).

Izba zważa, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP przede wszystkim dotyczy sytuacji, w której Wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności. Wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Zamierzone działanie będzie miało miejsce wtedy, kiedy Wykonawca wie, że podlega wykluczeniu, a mimo to składa oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu, wprowadzając w błąd Zamawiającego albo, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu / kryterium selekcji, a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia lub kryterium selekcji, przy czym informacje te mogły 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.

Z kolei rażące niedbalstwo jest niedbalstwem szczególnym, którego rozmiar i waga przekracza brak zwykłej staranności.

Izba chciałaby w tym miejscu również zwrócić uwagę, iż, aby doszło do naruszenia przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, muszą zostać spełnione łącznie trzy przesłanki:

1. musi dojść do przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd,
2. przedstawienie wprowadzających w błąd informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa,
3. przedstawione informacje muszą charakteryzować się tym, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba zważa, że niedbalstwo można określić jako przeciwieństwo staranności, niepodjęcie określonych działań czy czynności przez lekceważenie ich znaczenia, albo wykonanie zadania w sposób niestaranny, bez dbałości o dokładność, rzetelność czy zgodność z ewentualnymi wymaganiami (prawnymi, technicznymi, formalnymi itp.). Z kolei lekkomyślność jest naruszeniem zasad ostrożności, polegającą na dopuszczeniu przez wykonawcę możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd przez przedstawienie informacji i jego bezpodstawnej

ocenie, że to nie nastąpi.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, Izba chciałaby podkreślić, iż informacje zawarte w Wykazie Usług, nie są informacjami, które jednoznacznie świadczyłyby o zatajeniu informacji, czy też o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego. Nawet, gdyby uznać, że informacje te wprowadziły w błąd Zamawiającego, to w ocenie Izby informacje przedstawione w Wykazie Usług Przystępujący złożył w dobrej wierze, czyli błędnym, ale usprawiedliwionym przekonaniu, że są one prawdziwe.

Jednakże, co istotne, Odwołujący nie wykazał, tj. nie udowodnił, by oświadczenie zawarte w Wykazie Usług Przystępującego zostało złożone w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, czy też w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

Tym samym, w ocenie Izby, zarzut ten jest niezasadny.

Odnosząc się do ostatniego zarzutu, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1-2 w zw. z art. 17 ust. 1-2 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę oferty PROSTA - PROJEKT w zakresie przyznania punktów w ramach kryterium „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu” w sytuacji, w której doświadczenie to nie spełniało wymagań postawionych w kryterium, jest on w ocenie Izby zasadny.

Izba zważa, że zgodnie z rozdziałem XX ust. 2 pkt 2 lit. a) SWZ (Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert), Zamawiający opisał kryterium doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu w

następujący sposób: „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu (D) – waga kryterium 20% - 20 pkt a) Punkty przyznawane w kryterium „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu” będą przyznawane ofertom niepodlegającym odrzuceniu, za doświadczenie zawodowe spełniające warunek udziału w postępowaniu określony w punkcie 2.4.2.1 Rozdziału VIII SWZ – tj. co najmniej jeden kontrakt obejmujący nadzór nad zadaniem realizowanym w formule „zaprojektuj i wybuduj w zakresie inżynierii komunikacyjnej w okresie od początku do końca, tj. od przekazania placu budowy do podpisania protokołu odbioru końcowego lub wystawienia Świadectwa Przejęcia w trybie Subklauzuli 10.1 dla kontraktów realizowanych w oparciu o warunki FIDIC lub uzyskania pozwolenia na użytkowanie, dla drogi klasy minimum G, o wartości zadania inwestycyjnego co najmniej 30 000 000,00 zł brutto (30 mln PLN brutto) każde zadanie i będą liczone według zasad:

- wykonanie jednego kontraktu – 0 pkt
- wykonanie 2 kontraktów – 10 pkt
- wykonanie 3 lub więcej kontraktów – 20 pkt”

Jednocześnie w rozdziale XX ust. 2 pkt 2 lit. b) SWZ, Zamawiający wskazał, iż: „Wykonawca dokona wpisu liczby wykonanych kontraktów przez Inżyniera Kontraktu w pkt. IV ust. 4 formularza OFERTA oraz załączy do oferty załącznik nr 11 - KRYTERIUM OCENY OFERT „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu”.

W związku tak opisanymi wymogami przez Zamawiającego, Przystępujący złożył ofertę wraz z załącznikiem nr 11, wskazując trzy zadania, w tym zadanie nr 3, w którym Przystępujący wskazał: „Zadanie pn. Nadzór inwestorski nad realizacją zadania pn.: Część B:

Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją zadania „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 485 węzeł Pabianice Płd. na SS - Bełchatów Odcinek węzeł Pabianice Płd. na SS - Dłutów”

- a) Nazwa Zamawiającego/Zlecającego Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi ul. Sienkiewicza 3, 90-113 Łódź
- b) Zakres umowy na nadzór nad procesem zaprojektowania i budowy zadania inwestycyjnego w okresie od podpisania umowy nadzoru do podpisania protokołu odbioru końcowego lub wystawienia świadectwa przejęcia
- c) Data zawarcia umowy na nadzór 21.01.2019
- d) Data podpisania protokołu końcowego inwestycji 31.12.2020
- e) Pełniona funkcja Z-ca Inżyniera Kontraktu/ Inżynier Rezydent
- f) Nadzór nad procesem zaprojektowania i wybudowania: TAK / NIE*
- g) Okres pełnienia funkcji: od 21.01.2019 do 31.12.2020
- h) Wartość brutto nadzorowanego kontraktu powyżej 30 mln zł”.

Biorąc powyższe pod uwagę, z zadania nr 3 „Część B” wynika jednoznacznie, że Pan R Ś. pełnił funkcję Z-cy Inżyniera Kontraktu / Inżyniera Rezydenta oraz Inspektora Nadzoru robót drogowych w tym zadaniu, co wynika z dowodów w postaci protokołu z przekazania placu budowy oraz protokołu odbioru ostatecznego i przekazania do eksploatacji.

Należy przy tym zwrócić również uwagę, że punkty w kryterium „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu” przyznawane są za doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zadania w zakresie zaprojektowania i wybudowania oraz wartości brutto nadzorowanego kontraktu, przy czym doświadczenie wskazane dla Inżyniera Kontraktu w ramach zadania nr 3 Części B, jest jednocześnie doświadczeniem, wskazanym dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu w Wykazie Usług. Jak już Izba wskazywała powyżej, ani z wyjaśnień Przystępującego z dnia 13 sierpnia 2024 r. ani z materiału dowodowego, nie wynika, aby Pan

R Ś., czy też osoby przez niego zatrudnione na podstawie umowy o pracę lub zlecenia sprawowały nadzór nad dokumentacją projektową lub nadzór w zakresie branży teletechnicznej lub elektrycznej w ramach zadania nr 3 Części B.

Tym samym, w ocenie Izby, Zamawiający przedwcześnie przyznał Przystępującemu maksymalną ilość punktów, tj. 20 pkt., zwłaszcza że z wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu nie wynika, które z zadań, w jakim zakresie oraz o jakiej wartości nadzorował Inżynier kontraktu wykonawcy PROSTA-PROJEKT. Izba zważa, że dopiero z pisma procesowego Przystępującego możemy się dowiedzieć, jaka była wartość robót budowlanych w zadaniu dla Części A i B. I tak w zadaniu dla części B w branży drogowej wartość ta wyniosła 25 170 929,10 zł netto, w branży teletechnicznej – 320 000,00 zł netto, w branży sanitarnej – 6 224 130,44 zł netto, w branży elektrycznej – 1 000 000,00 zł netto, z kolei dla zadania w Części A wartość w branży drogowej wyniosła 13 671 133,13 zł netto, w branży teletechnicznej - 525 100,00 zł netto, w branży sanitarnej – 4 484 000,00 zł netto, w branży elektrycznej – 1 262 600, 00 zł netto.

Z tego też względu, w ocenie Izby zarzut ten jest zasadny.

Nadto Izba zważa, że pozostałe dowody nie miały istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

II. KIO 3154/24:

Zamawiający – Województwo Świętokrzyskie – Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Zarządzanie i nadzór nad realizacją inwestycji pn. Budowa DW 723 od budowanego węzła w ciągu DK 77 do istniejącego śladu DW 723 w m. Sandomierz odł. 1,35 km – w systemie zaprojektuj i zbuduj. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 kwietnia 2024 r. pod numerem 240880-2024.

W dniu 30 sierpnia 2024 r. wykonawca INKO Consulting Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec odrzucenia jego oferty i dokonania wyboru oferty R. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R. Ś. Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie PROSTA-PROJEKT. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że nie wprowadził on Zamawiającego w błąd ani nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd;
- 2) art. 111 pkt 5 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, mimo że dokonał on skutecznego samooczyszczenia ani nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd;
- 3) art. 239 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia złożył JEDZ w którym na pytanie: „Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji: a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) zataił te informacje; c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?” została udzielona odpowiedź: „TAK”.

Odwołujący podniósł, że w celu dokonania samooczyszczenia przedłożył wyjaśnienia, zawierające szczegółowe informacje dotyczące wcześniejszych naruszeń, w tym daty, rodzaje naruszeń oraz podjęte kroki naprawcze. W treści wyjaśnienia Odwołujący wskazał postępowania, z których został wykluczony z postępowania. Odwołujący opisał także działania naprawcze, takie jak zmiany w procedurach wewnętrznych, reorganizacji działu ofertowania oraz wprowadził nowe systemy kontrolne. Zgodnie z dołączonymi załącznikami do dokumentu samooczyszczenia Uchwały Zarządu z 2022 i 2023 r. dokumentują przeprowadzenie reorganizacji personelu, co obejmuje zatrudnienie nowych specjalistów ds. kontroli jakości oraz

audytu. Wdrożono nowy system sprawozdawczości i kontroli, który pozwala na bieżące monitorowanie realizowanych projektów oraz wykrywanie ewentualnych nieprawidłowości na wczesnym etapie. Odwołujący uzyskał w dniu 4 maja 2023 r. Certyfikat wydany przez Polskie Centrum Badań i Certyfikacji S.A. potwierdzający, że spełnia on wymagania PN-EN ISO 9001:2015-10 w zakresie świadczenia kompleksowej usługi zarządzania kontraktem oraz pełnienia nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych. Odwołujący zgodnie z dokumentem samooczyszczenia utworzył struktury audytu wewnętrznego, które mają za zadanie regularne przeprowadzanie audytów wewnętrznych oraz raportowanie wyników Zarządowi. Ponadto, dokument Samooczyszczenie zawiera załączniki, które potwierdzają wdrożenie opisanych środków zaradczych, w tym protokoły z audytów wewnętrznych oraz raporty z działań naprawczych.

Odwołujący wskazał, że w toku analizy dokumentów dotyczących braku podstaw wykluczenia Zamawiający zwrócił uwagę na przedstawioną przez Odwołującego listę postępowań, w ramach których podlegał on wykluczeniu. W związku z wątpliwościami co do złożonych wyjaśnień, Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących samooczyszczenia, tj. do wskazania podania powodu niewykazania postępowania Zarządzanie i nadzór nad realizacją inwestycji „Budowa obwodnicy m. Nowy Korczyn” w ramach samooczyszczenia w obecnie toczącym się postępowaniu. Odwołujący wskazał, że zgodnie z twierdzeniami Zamawiającego, Odwołujący podlegał w tym czasie wykluczeniu, a 5 lutego 2024 r. złożył JEDZ, w którym na pytanie: „Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji: a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) zataił te informacje; c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?” została udzielona odpowiedź: „NIE”. W ramach ww. postępowania w wyniku pozytywnej weryfikacji Odwołującego pod kątem braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału

w postępowaniu Zamawiający 9 lutego 2024 r. dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a 26 lutego 2024 r. z Odwołującym została zawarta umowa.

Odwołujący podał, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnił, że zgodnie z

przepisem art. 111 pkt 5 ustawy Pzp wykluczenie w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, następuje na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Tym samym podstawą zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego jest w przypadku opisanym przez Odwołującego okoliczność wykluczenia z postępowania przez Zamawiającego w oparciu o przesłankę opisaną w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy. Odwołujący ponadto wskazał, że wykluczenie jest czynnością Zamawiającego, tym samym, aby wykluczenie zaistniało czynność taka musi zostać dokonana zgodnie z przepisami ustawy i stać się prawomocna. Odwołujący wskazał również, że Zamawiający nie jest uprawniony do badania podstaw wykluczenia dotyczących innego postępowania niż tego, którego dotyczy procedura wyjaśniająca.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty podał, że w aktualnie prowadzonym postępowaniu Odwołujący został wykluczony za wprowadzenie Zamawiającego w błąd w dniu 05.02.2024 r. tj. za informacje przedstawione w JEDZ złożonym w zupełnie innym postępowaniu znak ŚZDW.N-WZ.222.1.71.2023.JŚ, którego przedmiotem było Zarządzanie i nadzór nad realizacją inwestycji „Budowa obwodnicy m. Nowy Korczyn” z którego wykonawca nie został wykluczony. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że w jego ocenie samooczyszczenie Odwołującego w obecnym postępowaniu należy uznać za niewystarczające. Jednocześnie Zamawiający nie wskazał przyczyn ani argumentów podjęcia decyzji o niewystarczającym charakterze samooczyszczenia Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że nie podał żadnych nieprawdziwych informacji ani nie wprowadził Zamawiającego w błąd. Jak wynika z treści dokumentu samooczyszczenia Odwołujący podał wszystkie nazwy postępowań, z których decyzją Zamawiającego został wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Zaznaczył, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Tylko podleganie wykluczeniu powoduje obowiązek Zamawiającego odrzucenia oferty. W niniejszej sprawie Zamawiający uzasadnia wykluczenie Odwołującego podaniem rzekomo nieprawdziwych informacji w oświadczeniach składanych w innym prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu. Zamawiający w postępowaniu na zarządzanie i nadzór nad realizacją inwestycji „Budowa obwodnicy m. Nowy Korczyn” nie wykluczył Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, a tym samym próba wykazania, że w oparciu o tą przesłankę wykonawca miałby podlegać wykluczeniu w kolejnych postępowaniach w związku z oświadczeniami złożonymi ówczesnie, nie może być skuteczna.

Odwołujący – powołując się na orzecznictwo – podniósł, że wystąpienie fakultatywnych przesłanek wykluczenia musi zostać stwierdzone decyzją zamawiającego, który miał zostać

wprowadzony w błąd, a podnoszenie przez Zamawiającego zarzutów odnoszących się do okoliczności istniejących w innym postępowaniu jest spóźnione. Nie jest rolą Zamawiającego ocena zdarzeń jakie wystąpiły we wcześniejszych postępowaniach. Dopiero prawomocna decyzja Zamawiającego w tym zakresie oznacza, że wykonawca podlega i tylko w tej sytuacji znajduje zastosowanie art. 111 pkt 4 ustawy Pzp. Ponadto, Izba może jedynie stwierdzić, czy doszło do wprowadzenia w błąd w danym postępowaniu, co w niniejszej sprawie nie było możliwe bez stwierdzenia, że do wprowadzenia w błąd doszło w innych postępowaniach przetargowych, w których oświadczenia Odwołującego nie były kwestionowane. Tym samym skład orzekający musiałby się odnieść do okoliczności związanych z informacjami przekazanymi przez Odwołującego w postępowaniu na zarządzanie i nadzór nad realizacją inwestycji „Budowa obwodnicy m. Nowy Korczyn”, oceną w jaki sposób mogło mieć to znaczenie dla oceny oferty, przy uwzględnieniu decyzji Zamawiającego o wyborze oferty, a są to okoliczności wykraczające poza stan faktyczny sprawy w postępowaniu, w którym odwołanie jest wniesione i nie mogą być wzięte pod uwagę nawet w świetle art. 552 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro zgodnie z orzecznictwem nawet Izba nie ma uprawnienia do analizy wcześniejszych postępowań i oświadczenia w nich składanych to tym bardziej takiego uprawnienia nie posiada Zamawiający. Zamawiający oceniając przesłanki wykluczenia danego wykonawcy z postępowania musi oceniać stan faktyczny istniejący w danym postępowaniu, co nie może obejmować okoliczności, które dotyczyć miały innych zamawiających i nie zostały one potwierdzone wyrokiem, lub ostateczną decyzją zamawiających o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Przyjęcie odmiennego stanowiska mogłoby spowodować brak pewności obrotu gospodarczego, a w przetargach publicznych mogłoby całkowicie zaburzyć funkcjonowanie danych podmiotów na rynku. Zdaniem Odwołującego, samo wskazanie na uchybienia, jakich rzekomo miałyby się dopuścić Odwołujący w innych postępowaniach, nie może mieć znaczenia dla oceny czynności i decyzji o wyborze oferty w obecnym postępowaniu. Oceniając zatem oświadczenia Odwołującego i dokument samooczyszczenia, jakie zostały złożone w niniejszym postępowaniu, należy – zdaniem Odwołującego – stwierdzić, że nie doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, gdyż tylko czynności dokonane przez Odwołującego w tym postępowaniu mają znaczenie dla oceny wiarygodności Wykonawcy.

Odnosząc się do kwestionowania skuteczności samooczyszczenia Odwołujący podniósł, że przeprowadził self-cleaning z uwzględnieniem wdrożenia środków naprawczych. Odwołujący przedstawił wszystkie okoliczności faktyczne wszystkich przypadków, w których doszło do nieprawidłowości. Dokument Samooczyszczenie zawiera załączniki, które potwierdzają wdrożenie opisanych środków zaradczych, w tym protokoły z audytów wewnętrznych oraz raporty z działań naprawczych. Skuteczność wdrożonych środków została potwierdzona w dokumentach przedstawiających wyniki audytów oraz oceny jakości realizowanych projektów,

które nie wykazały żadnych poważnych naruszeń od czasu wprowadzenia nowych procedur. Oświadczenie to zawiera wszystkie elementy wymagane przez ustawę dla skutecznego samooczyszczenia, tj. zawiera informację o naprawieniu szkody, zawiera wyczerpujące wyjaśnienie faktów i okoliczności oraz udowodnił, że podjął konkretne środki techniczne,

organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu. Pomimo złożenia przez Odwołującego obszernego samooczystczenia, Zamawiający kwestionuje sposób, w jaki Odwołujący dokonał stosownych czynności naprawczych, wskazując, że są one niewystarczające. Odwołujący podniósł, że nie ma jednego, konkretnego sposobu, jak wykonawca ma wykazać samooczystczenie, a sam sposób takiego wykazania zależy głównie od rodzaju i przyczyn zdarzenia, którego samooczystczenie dotyczy. Ponadto, Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał jedynie, że samooczystczenie jest niewystarczające, nie podając powodów takiej oceny. Zamawiający nie wskazał, na czym ta niewystarczalność miałaby polegać, w szczególności jakie czynności Odwołującego w ramach samooczystczenia miały znaczenie dla negatywnej oceny samooczystczenia.

Odwołujący podkreślił, że podstawa wykluczenia nie może być domniemywana, tym bardziej, że rodzi dla wykonawcy istotne skutki. Odwołujący powołał się na przepis art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i wskazał na spoczywający na Zamawiającym obowiązek podania precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania. Podkreślił, że wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w złożonych dokumentach. Podniósł w związku z tym, że odrzucenie jego oferty może być rozpatrywane w niniejszym postępowaniu tylko przez pryzmat art. 109 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp w zakresie wskazanym w piśmie Zamawiającego z 20 sierpnia 2024 r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W punkcie X.1 ppkt 2 SWZ Zamawiający przewidział zastosowanie fakultatywnych przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7, 8, 9 i 10 ustawy Pzp.

Odwołujący złożył w postępowaniu dokument JEDZ, w którym na pytanie:

Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji:

- a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;
- b) zataił te informacje;
- c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez

instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz

- d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?

Udzielił odpowiedzi: „TAK”, załączając dokument mający potwierdzać samooczystczenie, zawierający informacje kilkakrotnym wykluczeniu z postępowań na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Pismem z 19 lipca 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego – na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp – do wyjaśnienia przyczyny niewykazania w ramach samooczystczenia postępowań, w których podano w JEDZ (lub oświadczeniu dot. postępowań krajowych) nieprawdziwe informacje, a które nie zakończyły się wniesieniem odwołania. Zamawiający wskazał, że takim postępowaniem jest przykładowo postępowanie prowadzone przez Zamawiającego, tj. Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach, znak: ŚZDW.N-WZ.222.1.71.2023.JŚ, którego przedmiotem było Zarządzanie i nadzór nad realizacją inwestycji „Budowa obwodnicy m. Nowy Korczyn”.

Odwołujący złożył następujące wyjaśnienia:

(...) podstawą zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego jest w przypadku opisanym przez Wykonawcę okoliczność wykluczenia z postępowania przez Zamawiającego w oparciu o przesłankę opisaną w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy. Wykonawca uprzejmie zauważa, że wykluczenie jest czynnością Zamawiającego, tym samym aby zaistniała czynność taka musi zostać dokonana zgodnie z przepisami ustawy p.z.p. i stać się prawomocna.

A contrario w sytuacji, w której Zamawiający nie wykluczył Wykonawcy z postępowania zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wynikający z przepisu art. 111 pkt 5 ustawy p.z.p. nie powstaje. Jak zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 marca 2023 roku w sprawie o sygn. akt KIO 539/23 „Przyjęcie poglądu, iż Zamawiający na etapie toczącego się obecnie postępowania jest uprawniony do badania zaistnienia podstaw wykluczenia wykonawcy w innym postępowaniu skutkowałoby brakiem pewności i przejrzystości prawa, bowiem każdy zamawiający przez okres 1 roku miałby prawo badać prawidłowość czynności innych zamawiających podjętych w innych postępowaniach wobec danego wykonawcy. W świetle art. 111 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Powyższa przesłanka aktualizuje się dopiero w sytuacji, w

której dany zamawiający skutecznie wykluczył wykonawcę z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ww. ustawy.

Reasumując powyższe, Wykonawca zgodnie z przepisem art. 110 p.z.p. zobligowany jest wskazać Zamawiającemu

wyłącznie te postępowania, w których doszło do jego wykluczenia, a nie postępowania, w których Wykonawca hipotetycznie mógłby zostać wykluczony. Wykonawca nie jest ani uprawniony ani zobowiązany do analizy, czy w danym konkretnym rozstrzygniętym postępowaniu powinien być wykluczony, czy też nie. Jeżeli Zamawiający nie wykluczył Wykonawcy z postępowania, to Wykonawca nie został wykluczony.

Mając na względzie powyższe Wykonawca uprzejmie informuje, że w swoim oświadczeniu o samooczyszczeniu wskazał Zamawiającemu wszystkie postępowania, dla których zaktualizowała się przesłanka opisana przepisem art. 111 pkt 5 ustawy p.z.p.

Pismem z 20 sierpnia 2024 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, w uzasadnieniu tej czynności wskazując:

(...) Do JEDZ Wykonawca załączył obszerny dokument w sprawie samooczyszczenia, z którego wynika, że został kilkukrotnie wykluczony z postępowań na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (...)

Z powyższych informacji wynika, że Wykonawca podlega wykluczeniu na podst. art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp co najmniej do 16.10.2024 r., chyba że dokona skutecznego samooczyszczenia. Ponadto Wykonawca przedstawił działania naprawcze, jakie podjął w celu wykazania swojej rzetelności oraz wyeliminowania podobnych zdarzeń w przyszłości.

W przytoczonym dokumencie Wykonawca nie wykazał jednak postępowania prowadzonego uprzednio przez Zamawiającego – ŚZDW w Kielcach, w którym w wyniku podania nieprawdziwych informacji wprowadził Zamawiającego w błąd, co miało istotny na wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego (postępowanie znak: ŚZDW.N-WZ.222.1.71.2023.JŚ, którego przedmiotem było Zarządzanie i nadzór nad realizacją inwestycji „Budowa obwodnicy m. Nowy Korczyn”). W dniu 05.02.2024 r. (czyli w okresie podlegania wykluczeniu z postępowania) Wykonawca złożył JEDZ, w którym na pytanie:

„Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji: a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) zataił te informacje; nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję

zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?” została udzielona odpowiedź: „NIE”.

Należy zaznaczyć, że w dokumentach zamówienia Zamawiający przewidział możliwość wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

W wyniku pozytywnej weryfikacji Wykonawcy pod kątem braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający w dniu 09.02.2024 r. dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a w dniu 26.02.2024 r. z Wykonawcą została zawarta umowa.

W ramach procedury wyjaśniającej Wykonawca został wezwany do podania powodu niewykazania tego postępowania w ramach samooczyszczenia w obecnie toczącym się postępowaniu. Wykonawca udzielił wyjaśnień, z których wynika, że nie był zobligowany do jego wykazania, ponieważ nie został z niego wtedy wykluczony.

Nie sposób zgodzić się z Wykonawcą. Zgodnie z brzmieniem art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wystarczy, aby Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu. Oznacza to, że nie musiało dojść do wykluczenia Wykonawcy z postępowania lub do wydania orzeczenia KIO (przywołany przepis nic o tym nie mówi). Wykluczenie Wykonawcy, zgodnie z art. 111 ust. 5 ustawy Pzp może nastąpić w ciągu 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, a zawarte w nim sformułowanie „będącego podstawą wykluczenia” oznacza podstawę aktualnego, bieżącego wykluczenia. Jak wynika z komentarza „Prawo zamówień publicznych” pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza: „Przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp nie wymaga, aby wprowadzenie w błąd nastąpiło w danym, konkretnym postępowaniu. Podstawę wykluczenia mogą również stanowić wcześniejsze zdarzenia, jakie zaszły w poprzednich postępowaniach. Zgodnie z art. 111 pkt 5 Pzp chodzi o zdarzenia zaistniałe w okresie ostatnich 2 lat przed wykluczeniem”.

Warunkiem skutecznego samooczyszczenia jest m. in., zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, wyczerpujące wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych z nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami ścigania lub zamawiającym. Zatem nie można uznać, że

w obecnym postępowaniu Wykonawca dokonał skutecznego samooczyszczenia, ponieważ zupełnie zignorował fakt przedstawienia Zamawiającemu nieprawdziwych informacji w uprzednio prowadzonym postępowaniu.

Ponadto działania naprawcze podejmowane przez Wykonawcę są nieskuteczne, skoro trwają od 2022 roku i Wykonawca nadal nie zrozumiał (co należy przypisać przynajmniej rażącemu niedbalstwu), że każdorazowe wprowadzenie Zamawiającego w błąd w danym postępowaniu generuje nowe zdarzenie, będące podstawą wykluczenia.

Zatem w aktualnie prowadzonym postępowaniu Wykonawca został wykluczony za wprowadzenie Zamawiającego w błąd w dniu 05.02.2024 r. (data złożenia JEDZ) w postępowaniu znak ŚZDW.NWZ.222.1.71.2023.JŚ, którego przedmiotem było Zarządzanie i nadzór nad realizacją inwestycji „Budowa obwodnicy m. Nowy Korczyn”. Wykonawca nie został wówczas z niego wykluczony, ponieważ w przekazanym dokumencie JEDZ, przedstawił nieprawdziwą informację, że nie podlega wykluczeniu. Tym samym Wykonawca pozbawił Zamawiającego możliwości rzetelnej oceny jego oferty pod kątem przesłanek wykluczenia z postępowania, a siebie samego – dokonania skutecznego samooczyszczenia.

W ocenie Zamawiającego samooczyszczenie Wykonawcy w obecnym postępowaniu należy uznać za niewystarczające. Zgodnie z art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp oferta ww. Wykonawcy, z uwagi na wykluczenie go z postępowania, została odrzucona.

Izba ustaliła następujący stan prawny:

Zgodnie z art. 239 ust. 1-2 ustawy PZP:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zgodnie z art. 111 pkt 5 ustawy PZP, wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

8) 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.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępujących, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestników postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba stwierdziła, że wykonawca R Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R Ś. Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie "PROSTA PROJEKT" z siedzibą w Piotrkowicach, wykonawca Prokom Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, wykonawca ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępujących, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zakresie odrzucenia oferty INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz naruszenia art. 111 pkt 5 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zakresie wykluczenia z postępowania INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie w powyższym zakresie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Zamawiający w postępowaniu znak ŚZDW.N-WZ.222.1.71.2023.JŚ, którego

przedmiotem było Zarządzanie i nadzór nad realizacją inwestycji „Budowa obwodnicy m. Nowy Korczyn” nie wykluczył INKO Consulting sp. z o.o. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP. W konsekwencji w ocenie Izby, Odwołujący nie może obecnie znajdować się w okresie wykluczenia, o którym mowa w art. 111 pkt 5 ustawy PZP. Nie zaistniał bowiem przypadek, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, do którego odsyła art. 111 pkt 5 ustawy PZP. Już tylko ten fakt powoduje, że nie zachodzi podstawa wykluczenia Odwołującego wynikająca z art. 111 pkt 5 ustawy PZP w ramach niniejszego postępowania.

Należy przede wszystkim zauważyć, że art. 111 pkt 5 ustawy PZP wyraźnie odnosi się do przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP. Świadczą o tym zawarte w tych przepisach słowa: „w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8”. Oznacza to, że dwuletni okres wykluczenia biegnący „od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia” nie znajduje zastosowania w dowolnych okolicznościach, a jedynie wtedy, gdy rzeczywiście doszło do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania mają charakter sankcyjny i z tego powodu należy je interpretować ściśle. Tym samym nie jest

zasadna argumentacja Zamawiającego, iż przesłanki wykluczenia Odwołującego zachodzą także w przypadku wprowadzenia w błąd Zamawiającego w innym postępowaniu. W ocenie Izby jest wręcz odwrotnie, ponieważ zastosowanie zasady ścisłej wykładni podstaw wykluczenia prowadzi do wniosku, że skoro w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP nie ma wprost odniesienia do innych postępowań, to znaczy, że przepis ten ma zastosowanie wyłącznie w tym postępowaniu, które aktualnie dany Zamawiający prowadzi i ocenia w nim ziszczenie się wobec niego przesłanek zawartych w ww. przepisie.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, że w obecnym postępowaniu o udzielenie zamówienia brak jest podstaw, aby stwierdzić, że Zamawiający został wprowadzony w błąd oświadczeniami składanymi przez Odwołującego. Samo wskazanie przez Zamawiającego na uchybienia do jakich miałby się dopuścić Odwołujący w innych postępowaniach nie może mieć znaczenia dla oceny czynności i decyzji o wyborze oferty w obecnym postępowaniu.

Pomijając w tym miejscu, czy rzeczywiście w tamtym postępowaniu (znak ŚZDW.N-WZ.222.1.71.2023.JŚ, którego przedmiotem było Zarządzanie i nadzór nad realizacją inwestycji „Budowa obwodnicy m. Nowy Korczyn”) doszło do wprowadzenia w błąd Zamawiającego, przede wszystkim należy stwierdzić, że wykluczenie wykonawcy w obecnie prowadzonym postępowaniu z powodu ewentualnego wprowadzenia w błąd Zamawiającego w innym postępowaniu musiałoby być wynikiem dokonania rozszerzającej wykładni art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, ponieważ przepis ten w swej literalnej treści nie odnosi się do innych postępowań. Taka wykładnia byłaby też niedopuszczalna, gdyż jak wskazano już powyżej, podstawy wykluczenia ze względu na swój sankcyjny charakter muszą być interpretowane ściśle.

Warto w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2024 r. o sygn. akt KIO 2382/24, w którym Izba wskazała: „W tym miejscu nie sposób pominąć także zasady pewności prawa, która w przypadku przyjęcia argumentacji Odwołującego doznałaby niewątpliwie uszczerbku. Uznanie, że dopuszczalne jest wykluczenie wykonawcy w danym postępowaniu z powodu wprowadzenia przez niego w błąd zamawiającego w innym postępowaniu (mimo że w tym innym postępowaniu nie stwierdzono takiego faktu) prowadziłoby bowiem do sytuacji, w której przez okres roku lub 2 lat każdy zamawiający w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia mógłby w istocie kwestionować czynności podjęte wobec danego wykonawcy w innych postępowaniach. Takie sięganie wstecz do innych, zakończonych już postępowań, skutkowałoby nie tylko pomieszczeniem ról poszczególnych zamawiających w poszczególnych postępowaniach, ale też wobec upływu czasu utrudniałoby

wykonawcom ewentualną obronę i przede wszystkim pozbawiałoby ich pewności, że decyzje podjęte wobec nich w danym postępowaniu nie będą wzruszane w innych postępowaniach”, a Izba w pełni się zgadza z poglądem tamtejszego składu orzekającego.

Odnosząc się natomiast do kwestionowania przez Zamawiającego skuteczności samooczystczenia, stwierdzając w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz ofertach odrzuconych z dnia 20 sierpnia 2024 r., że są one niewystarczające, nie podając przy tym przyczyny takiej oceny stanu rzeczy, jedynie wskazując, iż Odwołujący „zupełnie zignorował fakt przedstawienia Zamawiającemu nieprawdziwych informacji w uprzednio prowadzonym postępowaniu”, to Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż Odwołujący nie musiał przedstawiać w dokumencie samooczystczenia uprzednio prowadzonego postępowania, tj. postępowania znak ŚZDW.N-WZ.222.1.71.2023.JŚ, którego przedmiotem było Zarządzanie i nadzór nad realizacją inwestycji „Budowa obwodnicy m. Nowy Korczyn”, ze względu na to, że Odwołujący nie został z niego wykluczony.

Konkludując, w obecnym postępowaniu, Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 111 pkt 5 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, a w konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP. Tym samym, Zamawiający naruszył również art. 239 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP.

Nadto Izba zważa, że nie odnosiła się zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 7 i 10 ustawy PZP, ponieważ nie były one podstawą wykluczenia Odwołującego w niniejszym postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 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. 2020 r.

poz. 2437), obciążając kosztami postępowania o sygn. akt KIO 3136/24 Odwołującego w części 1/2 i Zamawiającego w części 1/2 oraz w sprawie o sygn. akt KIO 3154/24 Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: