

Sygn. akt: KIO 3352/24

WYROK

Warszawa, dnia 14 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2024 r. przez wykonawcę Biuro Inżynierskie Via Regia spółka z o.o. z siedzibą w Kamieńcu Wrocławskim w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa -Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

- A. wykonawcy INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ARCUS sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Firma Inżynierska ARCUS sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Krakowie oraz POSCON sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz powtórzenie czynności oceny ofert, w tym przyznanie ofercie Odwołującego 0 pkt w Podkryterium 2.2. Główny Specjalista ds. rozliczeń.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 312 zł 65 gr (słownie: trzysta dwanaście złotych

sześćdziesiąt pięć groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 912 zł 65 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset dwanaście złotych sześćdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3352/24

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu prowadzi w imieniu Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław – Kłodzko, zadanie 4 - odc. Węzeł Łagiewniki Zachód (bez węzła) - węzeł Niemcza (z węzłem), długości ok. 9,34 km” (dalej: „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej seria S 65/2024 nr 1922502024 z dnia 02.04.2024 r.

I. W dniu 14 października 2024 r. wykonawca Biuro Inżynierskie Via Regia spółka z o.o. z siedzibą w Kamieńcu Wrocławskim (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, pomimo że nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty wymienione w tym przepisie, zaś Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania; czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, pomimo że nie zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy sformułowane w tym przepisie oraz zaniechania przypisania ofercie Odwołującego 0 pkt w Podkryterium 2.2.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”):

- 1) art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i adekwatności;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, poprzez jego błędne i bezzasadne zastosowanie przez Zamawiającego, który błędnie ocenił treść złożonych przez Odwołującego oświadczeń i dokumentów dotyczących jednego z kryteriów oceny ofert, tj. Podkryterium 2.2 Główny Specjalista ds. rozliczeń;
- 3) art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, poprzez jego błędne i bezzasadne zastosowanie, pomimo że w zaistniałym stanie faktycznym nie zachodzą wymienione tam przesłanki wykluczenia Odwołującego, mające polegać na tym, że 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;
- 4) art. 134 ust. 1 pkt 18), art. 239 i art. 247 ustawy Pzp, w związku z zapisami pkt 21 IDW, w tym dot. Podkryterium 2.2, poprzez zaniechanie ich zastosowania, a w konsekwencji braku wyliczenia dla oferty Odwołującego odpowiedniej liczby punktów wg postanowień

pkt 21 IDW, w tym braku przypisania ofercie Odwołującego 0 pkt dla Podkryterium 2.2.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a także unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- dokonania ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego i przyznania ofercie Odwołującego odpowiedniej liczby punktów w poszczególnych kryteriach zgodnie z opisem sformułowanym w pkt 21 SWZ, w tym dla Podkryterium 2.2 Główny Specjalista ds. rozliczeń – 0 pkt, zamiast przyjęcia, że zachodzi przesłanka wykluczenia wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp.

II. Pismem wniesionym w dniu 8 października 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili:

1. Wykonawca INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. W piśmie wniesionym w dniu 8 października 2024 r. wykonawca przedstawił stanowisko w sprawie - uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.
2. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ARCUS sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Firma Inżynierska ARCUS sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Krakowie oraz POSCON sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku W piśmie wniesionym w dniu 7 października 2024 r. wykonawcy przedstawili stanowisko w sprawie - uznali zarzuty odwołania za niezasadne i wnieśli o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zaskarżone czynności Zamawiającego

Pismem z dnia 6 września 2024 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu. Tym samym pismem Zamawiający zawiadomił również o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) ustawy Pzp.

Dokonanie ww. czynności Zamawiający uzasadnił w następujący sposób:

„Wykonawca został wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, tj. w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie

zamówienia. W pkt 21.1.3.2. IDW Zamawiający jako jedno z kryteriów oceny ofert wskazał Podkryterium 2.2 Główny Specjalista ds. rozliczeń – max. ilość punktów – 7.

Osoba wskazana na stanowisko Głównego Specjalisty ds. rozliczeń powinna legitymować się doświadczeniem przy rozliczaniu zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont Obiektu Budowlanego zgodnie z poniższą definicją o wartości robót co najmniej 200 000 000,00 PLN netto, w okresie minimum 12 miesięcy w ramach 1 zadania liczoną wstecz od daty wystawienia Świadczenia Przejęcia i obejmującym datę wystawienia Świadczenia Przejęcia (wydanego zgodnie z subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla zadań realizowanych w oparciu o FIDIC) lub podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zadań, dla których nie wystawia się Świadczenia Przejęcia na stanowisku/stanowiskach ds. rozliczeń:

- Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 2 punkty.
- Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 5 punktów.
- Za 1 zadanie potwierdzające wszystkie powyższe wymagania w okresie minimum 18 miesięcy, Wykonawca

otrzyma 7 punktów.

- Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.
- Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań, Wykonawca otrzyma 0 punktów.

W Formularzu 2.2. „Kryteria pozacenowe – Doświadczenie personelu Konsultanta”, w którym do pełnienia funkcji Głównego Specjalisty ds. rozliczeń wskazano p. M.M., gdzie na potwierdzenie posiadanego doświadczenia zgodnie zapisem kryterium kryterium zawartym w pkt. 21.1.3.2. IDW – Tom I SWZ, wskazano:

Zadanie 1:

- nazwa zadania: Pełnienie nadzoru Projekt POliŚ 5.2-5: Prace na liniach kolejowych nr 140, 148, 157, 159, 173, 689, 691 na odcinku Chybie – Żory – Rybnik – Nędza/Turze
- okres 31 m-cy (podać w pełnych miesiącach) liczony wstecz od wystawienia Świadczenia Przejęcia (zgodnie z Subklauzulą 10.1 WK dla FIDIC) lub końcowego Protokołu odbioru robót lub dokumentu równoważnego (dla zadań, dla których nie wystawia się Świadczenia Przejęcia):
- rodzaj zadania (budowa/przebudowa/remont Obiektu Budowlanego): budowa

i przebudowa

- wartość robót netto PLN: _ok 373mln netto

na stanowisku: specjalista ds. rozliczeń

Zgodnie z wiedzą pozyskaną przez Zamawiającego p. M.M. w ramach zadania pn. „Pełnienie nadzoru Projekt POliŚ 5.2-5: Prace na liniach kolejowych nr 140, 148, 157, 159, 173, 689, 691 na odcinku Chybie – Żory – Rybnik_ Nędza/Turze” pełnił funkcję Specjalisty ds. zaopatrzenia i jakości materiałów.

W związku z powyższym Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy pismem nr O/WR.D-3.2410.1.2024.22.ap z dnia 19.06.2024 r. o wyjaśnienie rozbieżności.

W odpowiedzi Wykonawca wyjaśnił: „w treści złożonego przez nas Formularza 2.2 w pozycji dla podkryterium 2.2 tj. specjalista ds. rozliczeń, dla ujętego tam przez nas p. M.M. omyłkowo wpisaliśmy zadanie pod nazwą „Pełnienie nadzoru Projekt POliŚ 5.2-5: Prace na liniach kolejowych nr 140, 148, 157, 159, 173, 689, 691 na odcinku Chybie – Żory – Rybnik – Nędza/Turze”.

Wykonawca dodatkowo wskazał inne zadanie, na którym p. M.M. pełnił wymaganą funkcję: „naszym zamiarem było umieszczenie tam zadania nr 2004/PL/16/C/PE/031/B1 pod nazwą „Docelowy system oczyszczania – Rozbudowa i modernizacja Wrocławskiej Oczyszczalni Ścieków” o wartości 276 mln PLN, realizowanego na rzecz zamawiającego publicznego MPWiK sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, w okresie 5.VI'2009 ÷ 4.IV.'2012, gdzie p. M.M. pełnił funkcję specjalisty ds. rozliczeń”

Powyższe potwierdza, że p. M.M. na zadaniu pn. „Pełnienie nadzoru Projekt POliŚ 5.2-5: Prace na liniach kolejowych nr 140, 148, 157, 159, 173, 689, 691 na odcinku Chybie – Żory – Rybnik – Nędza/Turze” nie nabył doświadczenia przy rozliczaniu zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont Obiektu Budowlanego zgodnie z poniższą definicją o wartości robót co najmniej 200 000 000,00 PLN netto, w okresie minimum 12 miesięcy w ramach 1 zadania liczoną wstecz od daty wystawienia Świadczenia Przejęcia i obejmującym datę wystawienia Świadczenia Przejęcia (wydanego zgodnie z subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla zadań realizowanych w oparciu o FIDIC) lub podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zadań, dla których nie wystawia się Świadczenia Przejęcia) na stanowisku ds. rozliczeń.

Złożone przez Wykonawcę oświadczenie w zakresie doświadczenia osoby dedykowanej do pełnienia funkcji Głównego Specjalisty ds. rozliczeń, były niezgodne z rzeczywistością, a błąd Wykonawcy dotyczył informacji wpływających na wynik postępowania. Zamawiający wskazuje, że nie mógł w odniesieniu do omawianego zadań przyznać Wykonawcy 0 pkt. Należy podkreślić, że taki sposób oceny oferty wskazywałby na sytuację, w której wykazane przez potencjalnych Wykonawców zadania nie potwierdzają warunków opisanych w 8 IDW, ale są zgodne z rzeczywistością. Podobny pogląd wyraża wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie Wydział XXIII Ga 849/18 z dnia 20 lipca 2018r., który zmienił rozstrzygnięcie KIO 550/18 z dnia

18 kwietnia 2018r., uznając, iż: „zapis SIWZ, zgodnie z którym, za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełnienia powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 pkt” nie stanowi podstawy do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli wykazane zostanie w postępowaniu, że wykonawca wprowadził lub próbował wprowadzić zamawiającego w błąd co do tego, że powinien on uzyskać dodatkowe punkty w kryterium oceny ofert(...). Nie jest też tak, że Zamawiający wprowadzając w SWZ zapisy dotyczące procedury weryfikacyjnej zakładała priori, że otrzyma nieprawdziwe oświadczenia wykonawców i dopuszczając taką sytuację obwarował jedynie sankcją nieprzyznania punktów. Zamawiający przewidział procedurę weryfikacji i przyznania ewentualnie 0 pkt, w sytuacjach gdy wskazane osoby, bądź zadania nie potwierdzają spełniania wymagań SWZ, oraz jednocześnie podanie danych w tym zakresie nie stanowi okoliczności o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp(...) Zgodnie z wyrokiem KIO 1747/18 z dnia 18 września 2018 r.: „Odnosząc się do argumentacji odwołującego dotyczącej postanowienia SIWZ, zgodnie z

którym, za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania wymagań określonych w podkryterium Wykonawca otrzyma 0 punktów, należy podkreślić, że postanowienie to należy rozumieć jako odnoszące się do zawartych w ofercie informacji, które wprawdzie nie potwierdzają spełnienia wymagań, ale są zgodne ze stanem rzeczywistym. Postanowienie to nie ma zastosowania do podanych przez Wykonawcę informacji, które są nieprawdziwe”.

W przedmiotowej sprawie istota rzeczy tkwi nie w tym, że opisane w ofercie doświadczenie p. M.M. nie spełnia wymagań określonych w podkryterium, ale w tym, że w ramach tego doświadczenia Wykonawca podał informacje nieprawdziwe, dlatego przydzielenie 0 pkt w kryterium oceny ofert nie może mieć zastosowania w niniejszej sprawie. Mając na uwadze przedstawione powyżej dowody oraz okoliczności, Zamawiający informuje co następuje. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wyklucza 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. Powyższa przesłanka do wykluczenia wykonawcy z postępowania została wprost przywołana w pkt 9.2. ppkt. 10) IDW. Weryfikacja oświadczenia Wykonawcy dotyczącego doświadczenia p. M.M., dokonana przez Zamawiającego, w przedstawionym powyżej zakresie wykazała, że jest ono nieprawdziwe. Powyższe oznacza, że Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd i podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp mającego zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zaakcentowania wymaga, że za wprowadzające w błąd zamawiającego należy uznać wszystkie informacje nieprawdziwe, czyli nie mające odzwierciedlenia w rzeczywistości. Zamawiający, oceniając czy informacje podane przez wykonawcę wprowadzają go w błąd, powinien się ograniczyć

wyłącznie do jednoznacznego ustalenia, czy dana informacja jest prawdziwa, czy nieprawdziwa. Aby uznać informację za wprowadzającą w błąd nie jest zatem istotne ustalenie, jaka przyczyna spowodowała, że wykonawca taką informację przedstawił (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23.06.2021 o sygn. akt XXIII Zs 33/21). Podstawa wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp może być zastosowana wtedy, gdy działanie wykonawcy cechuje wina nieumyślna. Należy przy tym brać pod uwagę obydwie postaci winy nieumyślnej, czyli niedbalstwo i lekkomyślność. Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie (wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23.06.2021, sygn. akt XXIII Zs 33/21; z dnia 20.07.2018 r., sygn. akt XXIII Ga 849/18 i z dnia 19.10.2019 r. sygn. akt XXIII Ga 1392/18). Wykonawca jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych winien dochować należytej staranności (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp) przy przekazywaniu Zamawiającemu oświadczeń istotnych dla oceny oferty.

Zawodowy charakter działalności Wykonawcy uzasadnia oczekiwanie, że przed złożeniem oferty powinien on we własnym zakresie zweryfikować doświadczenia osób wskazywanych w ofercie (vide: uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r. IV CK 151/03), zwłaszcza że wymagania Zamawiającego zostały opisane w sposób nie pozwalający na dowolność interpretacyjną, zaś od wskazywanego przez Wykonawcę w ofercie doświadczenia personelu zależało przyznawanie przez Zamawiającego punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnić się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Model należytej staranności zakłada również znajomość przepisów prawa i wynikających z nich następstw. Wykonawca składając zatem Zamawiającemu oświadczenie niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, powinien i mógł przewidzieć konsekwencje swojego braku rzetelności, w tym przypadku w postaci wykluczenia z postępowania (por. wyrok KIO z dnia 09.06.2021 r. o sygn. akt KIO 1319/21; wyrok KIO z dnia 14.03.2022 r. o sygn. akt KIO 449/22; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23.06.2021 o sygn. akt XXIII Zs 33/21). W treści art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp ustawodawca wskazał na informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Oznacza to, że ustawodawca przewidział obowiązek wykluczenia wykonawcy nie tylko w przypadku przedstawienia przez niego informacji mających wpływ na decyzje zamawiającego, ale także takich, które jedynie mogą mieć taki wpływ. W przedmiotowej sprawie wskazanie przez Wykonawcę nieprawdziwej informacji dot. doświadczenia p. M.M. mogło mieć wpływ na decyzje zamawiającego i był to wpływ istotny, ponieważ związany

z przyznawaniem punktów w ramach kryteriów oceny ofert. W związku z czym, wprowadzenie zamawiającego w błąd w ww. zakresie mogło mieć wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu. W tym kontekście zwrócić wypada uwagę na to, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp posługuje się sformułowaniem "mogące mieć wpływ". Istotna jest zatem sama możliwość, a nie skutek, co prowadzi z kolei do wniosku, iż dla zastosowania sankcji przewidzianej w tym przepisie wystarczającym jest aby zaistniała możliwość takiego wpływu. Tym samym ziszcila się przesłanka dotycząca informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Między niezgodnym z rzeczywistym stanem rzeczy przedstawionym w oświadczeniu przez wykonawcę, a czynnościami zamawiającego w postępowaniu istnieje zatem związek przyczynowo-skutkowy. Wszystkie przesłanki wymagane w art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp zostały więc spełnione (por. wyrok KIO z dnia 09.06.2021 o sygn. akt KIO 1309/21, 1325/21; wyrok KIO z dnia 09.06.2021 r. o sygn. akt KIO 1319/21; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23.06.2021 o sygn. akt XXIII Zs 33/21). Jednocześnie nie wchodzi w rachubę zaniechanie wykluczenia Wykonawcy w związku z stwierdzonymi w postępowaniu okolicznościami, a jedynie obniżenie przyznanej temu Wykonawcy punktacji. Przepis zawarty w art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych nie dopuszczają takiego działania (por. wyrok KIO z dnia 09.06.2021 o sygn. akt KIO 1309/21, 1325/21; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23.06.2021 o sygn. akt XXIII Zs 33/21). Reasumując, Wykonawca co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił w ofercie nieprawdziwą informację, przez co wprowadził Zamawiającego w błąd. Działanie to mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w zakresie liczby punktów przyznanych ofercie Wykonawcy. Powyższe prowadzi do wniosku, że Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp.”

Stanowisko Odwołującego przedstawione w odwołaniu

We wniesionym odwołaniu Odwołujący nie kwestionował ustaleń faktycznych Zamawiającego odnośnie doświadczenia p. M.M. przedstawionych w zawiadomieniu z 6 września 2024 r., natomiast ponownie wyjaśnił, że popełnił błąd ludzki kopiując niewłaściwy opis zadania z tabelki w CV p. M.M. Odwołujący stwierdził w szczególności, że nie miał zamiaru wprowadzenia w błąd Zamawiającego, co miało by mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący pomylił się na swoją niekorzyść, co jednoznacznie wskazuje, że nie zachodzą przesłanki opisane w przywołanym przez Zamawiającego przepisie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp. Jak wynika wprost z treści uzasadnienia Zamawiającego w jego zawiadomieniu o wyborze oferty, Zamawiający w ogóle nie pozostawał w błędzie względem omyłkowo przedstawionych przez Odwołującego informacji jw., ponieważ Zamawiający posiadał wiedzę

w tym temacie, cytując zapis ze str. 10: Zgodnie z wiedzą pozyskaną przez Zamawiającego p. M.M. w ramach zadania pn. „Pełnienie nadzoru Projekt POLiS 5.2-5: Prace na liniach kolejowych nr 140, 148, 157, 159, 173, 689, 691 na odcinku Chybie – Żory – Rybnik – Nędza/Turze” pełnił funkcję Specjalisty ds. zaopatrzenia i jakości materiałów. Następnie jak wskazano powyżej, Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia tej kwestii, co jednoznacznie świadczy o pozostawieniu przez Zamawiającego co najwyżej w wątpliwości, a nie w błędzie, o którym mowa w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp. Konstrukcja przesłanki wykluczenia sformułowana w ww. przepisie polega na tym, że wszystkie wymienione tam elementy muszą wystąpić kumulatywnie, co oznacza, że jeżeli zabraknie którejkolwiek z nich, to nie podstaw do wykluczenia wykonawcy. Odwołujący myśląc o sobie, sam sobie zaszkodził, ponieważ zadanie, które zamierzał umieścić w Formularzu 2.2 dałoby mu punkty, przesądzając o wygranej Odwołującego w całym postępowaniu. Na poparcie prawidłowości doświadczenia p. M.M. w Podkryterium 2.2 dla zadania, które miało się tam zgodzić z zamiarem Odwołującego znaleźć, Odwołujący przedstawił dowód w postaci poświadczenia z dnia 1 kwietnia 2014 roku wystawionego przez Inżyniera Rezydenta – dr inż. J. R.. Odwołujący wskazał, że lekkomyślność będzie polegać na tym, że wykonawca przedstawia informacje, przewidując możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, ale bezpodstawnie sądzi, że skutku tego uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności. Natomiast niedbalstwo zachodzi, jeżeli wykonawca nie ma w ogóle wyobrażenia co do możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, choć przy dołożeniu należytej staranności powinien był skutek ten sobie wyobrazić - tak w uzasadnieniu wyroku KIO 3712/21 z dnia 17 stycznia 2022 r. Tymczasem, w omawianym przypadku, żadna z ww. sytuacji nie miała miejsca. Omyłka Odwołującego była nieświadoma, brak było jakiegokolwiek przewidywania wprowadzenia zamawiającego w błąd, omyłkowa informacja nie wprowadziła Zamawiającego w błąd, co zaś najistotniejsze – nie stanowi ona o korzyści dla Odwołującego. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku KIO 732/23 z dnia 4 kwietnia 2023r.: Istotą obydwu przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 p.z.p.) jest wyeliminowanie z możliwości ubiegania się o zamówienia wykonawców nieuczciwych, którzy poprzez swoje zachowanie (wprowadzenie w błąd zamawiającego) w sposób istotny wpływają na podejmowane przez niego decyzje. Przesłanka nie obejmuje więc sytuacji, która miała miejsce w Postępowaniu, gdzie osoba wypełniająca Formularz 2.2 omyłkowo skopiowała informację, myśląc o niekorzyści Odwołującego i pozbawiając jego ofertę dodatkowych punktów, które dałyby mu wygraną. Omawiane zdarzenie nie miało wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, ani na wynik postępowania, w ten sposób, że nieuczciwy wykonawca pozyskałby dzięki temu zamówienie. W omawianym stanie faktycznym brak w ogóle tej cechy nieuczciwości.

Wyjaśnienia Odwołującego złożone w toku Postępowania

W piśmie z dnia 20 czerwca 2024 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z 19 czerwca 2024 r., Odwołujący wskazał, że w treści złożonego Formularza 2.2 w pozycji dla podkryterium 2.2 tj. specjalista ds. rozliczeń, dla ujętego tam p. M.M. omyłkowo wpisał zadanie pod nazwą „Pełnienie nadzoru Projekt POLiS 5.2-5: Prace na liniach kolejowych nr 140, 148, 157, 159, 173, 689, 691 na odcinku Chybie – Żory – Rybnik – Nędza/Turze”, podczas gdy jego zamiarem było umieszczenie tam zadania nr 2004/PL/16/C/PE/031/B1 pod nazwą „Docelowy system oczyszczania – Rozbudowa i modernizacja Wrocławskiej Oczyszczalni Ścieków” o wartości 276 mln PLN, realizowanego na rzecz zamawiającego publicznego MPWiK sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, w okresie 5.VI.2009 ÷ 4.IV.2012, gdzie p. M.M. pełnił funkcję specjalisty ds. rozliczeń. O powyższej omyłce zdecydował wyłącznie zwykły błąd ludzki osoby, która kopiowała dane dot. doświadczenia z CV p. M.M. (w załączeniu) do treści rzeczowego Formularza 2.2. Na dowód powyższego, Odwołujący przedstawił plik z CV p. M.M., z którego kopiowano dane i gdzie na str. 6 pod pozycją nr 3 znajduje się zadanie wpisane omyłkowo do Formularza 2.2, zaś na str. 5 pod pozycją nr 1 na dole tabeli umieszczone jest zadanie, które omyłkowo nie zostało zamieszczone w tym formularzu.

Stanowisko Izby

Izba uznała, że w stanie faktycznym, jaki zaistniał w rozpoznanej sprawie, nie wystąpiły wszystkie przesłanki składające się na podstawę wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem 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. O lekkomyślności można mówić w sytuacji, gdy wykonawca zdaje sobie sprawę z tego, że przedstawiając zamawiającemu określone informacje może wprowadzić go w błąd, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego nie dojdzie. Natomiast w przypadku niedbalstwa wykonawca nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że przedstawiając zamawiającemu określone informacje wprowadzi go w błąd. Nie było sporu co do tego, że Odwołujący podał w formularzu ofertowym jedno zadanie, które nie spełniało wymogów określonych w Podkryterium 2.2., a przede wszystkim Odwołujący podał niezgodną z rzeczywistością informację odnośnie zatrudnienia wskazanej osoby na stanowisku specjalisty ds. rozliczeń. Według Zamawiającego należy tę sytuację potraktować jako przedstawienie informacji wprowadzających go w błąd. Natomiast Odwołujący podnosił, że doszło w tym zakresie do ludzkiej omyłki – zamiast zadania, które miało zostać wpisane do formularza oferty, omyłkowo wpisane inne. Należy zauważyć, że Odwołujący zarówno w toku Postępowania, jak i w toku

postępowania odwoławczego, konsekwentnie wskazywał na inne zadanie, które miał

zamiar wpisać do formularza oferty i które – w jego ocenie - spełnia wymogi zawarte w opisie kryterium. Zadanie to nie zostało zakwestionowane jako spełniające wymogi określone w opisie kryterium ani przez Zamawiającego, ani przez uczestników po stronie Zamawiającego. W związku z tym, jak i uwzględniając złożony przez Odwołującego dowód, Izba przyjęła, że ww. zadanie spełnia te wymogi. Mając to na uwadze, w ocenie składu orzekającego Izby okoliczności faktyczne sprawy wskazują, że istotnie doszło po stronie Odwołującego do omyłki – za nielogiczne należałoby uznać działanie wykonawcy polegające na podaniu w formularzu oferty zadania w sposób oczywisty niespełniającego wymogów Zamawiającego w sytuacji, gdy inne zadanie takie wymogi spełnia. Zdaniem składu orzekającego, uwzględniając fakt zaistniałej omyłki, należy w szerszy sposób patrzeć na przesłankę wprowadzenia w błąd, tj. nie sprowadzając jej wyłącznie do faktu podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji – informacji niezgodnych z rzeczywistością. Istotnie, ww. zadanie podane w formularzu oferty nie spełnia wymogów Zamawiającego - Odwołujący podał niezgodną z rzeczywistością informację odnośnie zatrudnienia wskazanej osoby na stanowisku ds. rozliczeń. Jednakże wymogi Zamawiającego spełnia inne zadanie, które omyłkowo nie zostało wpisane do formularza oferty. Ocena działania wykonawcy powinna być w takiej sytuacji dokonywana w odniesieniu do ilości punktów, która zgodnie z jego oświadczeniem ofertowym winna zostać przyznana ofercie. Dokonując w ten sposób oceny nie można stwierdzić, że Zamawiający został wprowadzony w błąd – uwzględniając bowiem zadanie omyłkowo niezawarte w formularzu oferty (zamiast tego, które nie powinno się tam znaleźć), ilość punktów w ramach tego Podkryterium jest taka, jak wynika z treści formularza oferty. Oczywiście, treść oferty, w tym na potrzeby oceny w kryterium, nie podlega uzupełnieniu w toku postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednakże powyższa analiza ma w ocenie składu orzekającego znaczenie w kontekście badania zaistnienia przesłanki wprowadzenia w błąd. Należy również zauważyć, że omyłka jaka zaistniała po stronie Odwołującego, była na jego niekorzyść – zamiast zadania dającego mu punkty w kryterium wpisano inne, nieprzysparzające punktów. Natomiast ratio legis regulacji zawartej w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp jest ochrona zamawiających, a w ten sposób interesu publicznego, przed nieuczciwym i nierzetelnym działaniem wykonawców. Należy zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że nie każdy przypadek przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością powinien skutkować zastosowaniu przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Intencją ustawodawcy nie było wykluczanie wykonawców z postępowań na okres roku w przypadku dopuszczenia się zwykłej omyłki na własną niekorzyść, w sytuacji gdy – biorąc pod uwagę zadanie omyłkowo niepodane w formularzu ofertowym – liczba punktów w podkryterium byłaby taka jak wynikająca z oświadczenia ofertowego wykonawcy. W związku z powyższym, w ocenie składu orzekającego Izby sankcję wykluczenia z Postępowania należy w tym przypadku uznać za zbyt surową i niezajdującą uzasadnienia w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp – za

wystarczające należy uznać przyznanie ofercie Odwołującego 0 pkt w Podkryterium 2.2.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: