

WYROK

z dnia 11 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 lutego 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 29 stycznia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **TRANSPROJEKT GDAŃSKI sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Koncepcja programowa budowy drogi ekspresowej S6 na odcinku Lębork (wraz z obwodnicą Lęborka) – obwodnica Trójmiasta* (nr postępowania GDDKiA-O/Gd-ZP/60/L-1/2014)

prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy: **TECHNITAL S.p.A z siedzibą w Mediolanie reprezentowanego przez TECHNITAL S.p.A S.A Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku: unieważnienie wyboru oferty, a także – w ramach powtórzonych czynności najkorzystniejszej w postępowaniu – wykluczenie z postępowania TECHNITAL S.p.A z siedzibą w Mediolanie reprezentowanego przez TECHNITAL S.p.A S.A Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie za złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża przystępującego – TECHNITAL S.p.A z siedzibą w Mediolanie reprezentowanego przez TECHNITAL S.p.A S.A Oddział w Polsce**

1

z siedzibą w Warszawie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – TRANSPROJEKT GDAŃSKI sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od przystępującego – TECHNITAL S.p.A z siedzibą w Mediolanie reprezentowanego przez TECHNITAL S.p.A S.A Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie** na rzecz **odwołującego – TRANSPROJEKT GDAŃSKI sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika
- 2.3. zasądza od przystępującego – TECHNITAL S.p.A z siedzibą w Mediolanie reprezentowanego przez TECHNITAL S.p.A S.A Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie** na rzecz **zamawiającego – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Sygn. akt KIO 177/15**Uzasadnienie**

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”}, postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Koncepcja programowa budowy drogi ekspresowej S6 na odcinku Lębork (wraz z obwodnicą Lęborka) – obwodnica Trójmiasta* (nr postępowania GDDKiA-O/Gd-ZP/60/I-1/2014).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 września 2014 r. pod nr 2014/S_186-328466, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {<http://gddkia.gov.pl>}, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również w skrócie: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

19 stycznia 2015 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu: TRANSPROJEKT GDAŃSKI sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku {dalej również w skrócie: „Transprojekt”} zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez TECHNITAL S.p.A. z siedzibą w Mediolanie reprezentowanego przez TECHNITAL S.p.A. S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie {dalej również w skrócie: „Technital”}.

29 stycznia 2015 r. Odwołujący wniósł – w formie pisemnej {pismo z 27 stycznia 2015 r.} – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego, a także od zaniechania wykluczenia przez Zamawiającego z postępowania Technital.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 – przez ich niezastosowanie i niewykluczenie Technital z siedzibą w Mediolanie jako Wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz nieuznanie oferty tego Wykonawcy za odrzuconą.
2. {a w konsekwencji} Art. 7 ust. 1 i 3 – przez ich niezastosowanie i niezapewnienie równego traktowania wykonawców, jak również przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz udzielenie zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy pzp.

Sygn. akt KIO 177/15

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Technital.
2. Wykluczenia Wykonawcy Technital oraz uznania jego oferty za odrzuconą.
3. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
4. Uznania za najkorzystniejszą oferty Odwołującego.

Odwołujący ponadto sprecyzował zarzut przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.
{ad zarzutu nr 1}

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Natomiast według art. 24 ust. 4 pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Złożenie nieprawdziwych informacji jest stanem faktycznym i polega na rozbieżności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistym stanem rzeczy.

Nieprawdziwe informacje mogą być zawarte w oświadczeniach i dokumentach składanych przez wykonawcę (np. we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dokumentach składanych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, ofercie, wyjaśnieniach treści oferty). Z kolei informacje mają wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli ich złożenie przesądza o wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ocenie ofert lub możliwości uznania oferty za najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił, że w przedmiotowym postępowaniu Wykonawca Technital złożył nieprawdziwą informację mającą wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący podał, że zgodnie z rozdziałem 1 pkt 7.2 pkt 3 lit. b ppkt 2 SIWZ:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: Dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

Potencjał kadrowy: Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i wykształceniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, które spełniają następujące wymagania:

Osoba proponowana do pełnienia funkcji Projektanta drogowego:

– wymagana liczba osób: 2 osoby Doświadczenie zawodowe:

4

Sygn. akt KIO 177/15

Wykonanie dwóch koncepcji programowych lub dwóch projektów budowlanych lub jednej koncepcji programowej i jednego projektu budowlanego budowy drogi w przekroju dwujezdniowym, klasy co najmniej S, każdy o długości trasy zasadniczej minimum 10 km.

Odwołujący zrelacjonował również, że dla wykazania spełnienia powyższego warunku Wykonawca Technital w poz. 2 formularza 3.3 pn. *Potencjał kadrowy – osoby zdolne do wykonania zamówienia* wskazał jako *Projektanta branży drogowej* pana mgr inż. T. N. oraz podał, że osoba ta spełnia postawiony przez Zamawiającego wymóg doświadczenia zawodowego (wykonanie dwóch koncepcji programowych lub dwóch projektów budowlanych lub jednej koncepcji programowej i jednego projektu budowlanego budowy drogi w przekroju dwujezdniowym, klasy co najmniej S, każdy o długości trasy zasadniczej minimum 10 km), dzięki wykonaniu projektu budowlanego i projektu wykonawczego budowy drogi ekspresowej S-17 odcinek Kurów - Lublin - Piaski, część 2, zadanie 3, od km 1+200 do km 11+200, odcinek: węzeł Dąbrowica (bez węzła) - węzeł Lubartów. Klasa drogi S, przekrój drogi:2x2, długość odcinka: 10 km.

Odwołujący podniósł, że – jak wynika z zawartości projektu budowlanego dla budowy drogi ekspresowej S-17 odcinek Kurów - Lublin - Piaski, część 2, zadanie 3 – odcinek węzeł „Dąbrowica” - węzeł „Lubartów” (wraz z węzłem), którego projektantem był pan mgr inż. T. N., obejmował odcinek o długości 9,59 km. Zgodnie z informacją zawartą w pkt 3.1.1 projektu budowlanego: *Początek trasy jest zlokalizowany w gminie Jastków, w okolicach węzła Dąbrowica, w pikietażu 1+610,00 natomiast jej koniec znajduje się w okolicach węzła Lubartów w pikietażu 11+200,00.*

Odwołujący dodał, że informacja o tym, że projektowany odcinek nie obejmuje 10 km, a 9,59 km, znajduje się również na stronie kontraktu: www.sl7lublin.pl. Zgodnie z informacją zawartą na tej stronie: *Zakres robót na Kontrakcie 3 obejmuje: Budowę dwujezdniowej drogi ekspresowej S17 na odcinku od km 1+610,00 (połączenie z zadaniem nr 2) do km 11+200,00 wraz z odcinkiem drogi krajowej Nr 19 klasy GP, stanowiącej wjazd do Lublina, od km 303+014 do km 306+044. Przekrój drogi ekspresowej: dwujezdniowy, po 3 pasy ruchu w każdym kierunku, Przekrój drogi krajowej Nr 19: dwujezdniowy po 3 pasy ruchu. Długość odcinka drogi S17/S12 9,59 km...*

Odwołujący stwierdził również, że informacja o tym, że projektowany odcinek rozpoczyna się w km 1+610,00, a kończy w km 11+200,00, wynika również z planu orientacyjnego przedmiotowej inwestycji.

Odwołujący podsumował, że Wykonawca Technital złożył nieprawdziwe informacje, a informacje te miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania, gdyż oferta Wykonawcy

została uznana za najkorzystniejszą ofertę złożoną w postępowaniu. Dla Odwołującego nie ulega wątpliwości, że informacja podana przez Wykonawcę Technital nie jest zgodna

5

Sygn. akt KIO 177/15

ze stanem rzeczywistym.

Odwołujący podkreślił, że w omawianej sytuacji nie może być mowy o pomyłce lub przypadku. Dla Odwołującego nie ulega wątpliwości, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem Wykonawcy mającym na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie wynikiem omyłki. Z opisanego wyżej stanu faktycznego wynika, że Wykonawca w dniu składania ofert nie działał w dobrej wierze. Przy jasnych i jednoznacznych zapisach SIWZ nie może być mowy o błędnej interpretacji SIWZ przez Wykonawcę. Wykonawca wiedząc, że informacje są nieprawdziwe (pan mgr inż. T. N. wykonywał projekt budowlany dla wymienionego zadania), przedłożył je Zamawiającemu w celu spełnienia wymogów udziału w postępowaniu, a tym samym uzyskania zamówienia. Nie może być zatem mowy o jakimkolwiek braku świadomości Wykonawcy odnośnie długości spornego odcinka bądź też o niejednoznacznych zapisach SIWZ w tym zakresie. Wykonawca działał z pełną świadomością wprowadzenia Zamawiającego w błąd, celowo i z premedytacją podając nieprawdziwe informacje.

Odwołujący podkreślił również, że jeżeli Wykonawca złożył w swojej ofercie nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, niemożliwe jest zastosowanie art. 26 ust. 3 pzp, gdyż zgodnie z tym przepisem uzupełnieniu podlega dokument niezłożony lub wadliwy.

Odwołujący powołał się na to, że stanowisko takie potwierdza wyrok Izby z 24 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1098/08), w którym Izba orzekła, że *złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia wynikającego z art. 26 ust 3 p.z.p., gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem, o którym mowa w art. 26 ust 3 ustawy p.z.p., który można sanować..* {ad zarzutu nr 2}

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 7 ust. 1 pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Natomiast z ust. 3 wynika, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a zamówienia chce udzielić wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy pzp. W konsekwencji naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp Zamawiający chce udzielić zamówienia Wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

6

Sygn. akt KIO 177/15

Odwołujący dodał, że Zamawiający wykluczył z postępowania innego wykonawcę (Egis Polska Inżynieria ap. z o.o.), z uwagi na fakt, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

2 lutego 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Technital S.p.A. z siedzibą w Mediolanie reprezentowanego przez Technital S.p.A. S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania – a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

3 lutego 2015 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że – działając na podstawie art. 186 ust. 1 pzp, odnosząc się do treści odwołania wniesionego 29 stycznia 2015 r. przez Transporojekt Gdański sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku – uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu.

Zamawiający wyjaśnił, że zweryfikował pozytywnie twierdzenia przedstawione w odwołaniu. Zwrócił się do inwestora zadania na etapie projektu budowlanego (GDDKiA Oddział w Lublinie), w ramach którego pan T. N. pełnił funkcję projektanta branży drogowej, o udzielenie wyjaśnień co do zakresu prac przez niego zrealizowanych. W odpowiedzi GDDKiA Oddział w Lublinie potwierdził, że pan T. N. brał udział w pracach na tym zadaniu jako *Projektant branży drogowej*, jednak zadanie to obejmowało odcinek od km 1+610 do km 11+200,00 (długość odcinka 9,59 km), a nie, jak przedstawił Wykonawca Technital, od km 1+200 do km 11+200 (długość odcinka 10 km).

5 lutego 2015 r. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec powyższego uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Izba nie miała podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego, gdyż zgodnie

7

Sygn. akt KIO 177/15

z art. 186 ust. 4 ustawy pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba rozpoznaje odwołanie.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia i sprzeciwie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

Zgodnie z pkt 7.2 pkt 3 lit. b ppkt 2 instrukcji dla wykonawców, stanowiącej tom I s.i.w.z. {dalej również w skrócie: „IDW”}, jednym z warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu dotyczącym dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest dysponowanie do pełnienia funkcji *Projektanta drogowego* co najmniej dwoma osobami, każda z następująco opisanym doświadczeniem: *wykonanie dwóch koncepcji programowych lub dwóch projektów budowlanych lub jednej koncepcji programowej i jednego projektu budowlanego budowy drogi w przekroju dwujezdniowym, klasy co najmniej S, każdy o długości trasy zasadniczej minimum 10 km.* {pogrubienia pochodzą z dokumentu źródłowego}

Zgodnie z pkt 8.1.3 IDW na potwierdzenie spełniania m.in. tego warunku należało złożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług lub kontrolę jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Dodatkowo Zamawiający w rozdziale 3 s.i.w.z. zamieścił gotowe formularze oświadczeń dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym *Formularz 3.3. Potencjał kadrowy – osoby zdolne do wykonania zamówienia*. Zawiera on w szczególności wzór tabeli, w której Zamawiający oczekiwał podania funkcji danej osoby w realizacji zamówienia, przepisania wymagań określonych w IDW dla danej funkcji, podania

Sygn. akt KIO 177/15

potwierdzających spełnianie wymagań, a także podania podstawy dysponowania daną osobą.

{IDW – w dokumentacji postępowania}

Technital złożył ofertę z najniższą ceną, która jest jedynym kryterium oceny ofert w tym postępowaniu.

{zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – w dokumentacji postępowania}

W dokumentacji oferty Technital przedstawił wypełniony i podpisany formularz 3.3, czyli oświadczył, że składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, przedkłada wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, celem wykazania spełniania opisanego przez Zamawiającego warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W szczególności w poz. 2 i 3 wypełnionej tabeli wskazano dwie osoby do pełnienia funkcji projektanta branży drogowej.

Z wypełnionego formularza 3.4 pn. *Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia* wynika, że osoby te zostały udostępnione przez podwykonawcę

{oferta Technital – w dokumentacji postępowania}

Pismem z 8 stycznia 2015 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, wezwał Technital do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu m.in. w zakresie poz. 2 i 3, zwracając się o potwierdzenie bądź zaprzeczenie faktu pełnienia przez osoby wskazane na stanowisko projektanta drogowego takiej funkcji na zadaniach opisanych w wykazie załączonym do oferty.

{pismo z 8 stycznia 2015 r. – w dokumentacji postępowania}

W piśmie z 14 stycznia 2015 r. Technital wyjaśnił, że osoby te brały udział w realizacji zadania jako członek zespołu projektowego, lecz nie pełniły funkcji projektanta drogowego.

Ponadto Technital powołał się na to, że jego zdaniem w pkt 7.2 pkt 3 lit. b ppkt 2 IDW nie było jednoznacznie wskazane, że osoby te miały pełnić funkcję projektanta drogowego podczas realizacji dokumentacji projektowych o charakterystykach wskazanych przez Zamawiającego, a kwestia ta nie została również doprecyzowana na etapie pytań i odpowiedzi dotyczących SIWZ. Stąd Technital wywiódł, że osoby te wykonywały opisane w wykazie dokumentacji projektowe, natomiast nie pełniły funkcji projektantów drogowych.

Niezależnie od powyższego Technital oświadczył, że jeżeli Zamawiający żądał wskazania osób, które konkretnie pełniły funkcję projektanta drogowego podczas realizacji dokumentacji projektowych o charakterystyce podanej w IDW – to dysponował na dzień składania ofert i dysponuje takimi projektantami oraz składa poprawioną wersję formularza 3.3, przedstawiając tym samym osoby proponowane (m.in.) do funkcji projektanta

Sygn. akt KIO 177/15

drogowego, które pełniły funkcje projektantów drogowych na wskazanych w {uzupełnionym} formularzu projektach.

W szczególności w załączonym do wyjaśnień wykazie (w którym Technital ponownie oświadczył, że składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, przedkłada wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, celem wykazania spełniania opisanego przez Zamawiającego warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia) w poz. 2 wskazano do pełnienia funkcji projektanta branży drogowej, spełniającego wymaganie wykonania dwóch koncepcji programowych lub dwóch projektów budowlanych lub jednej koncepcji programowej i jednego projektu budowlanego budowy drogi w przekroju dwujezdniowym, klasy co najmniej S, każdy o długości trasy zasadniczej minimum 10 km, mgr. inż. T. N., dla którego podano następujący opis kwalifikacji zawodowych i doświadczenia potwierdzającego spełnianie tego wymagania: *Uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności drogowej*

1. **Projektant budowlany i projektant wykonawczy budowy drogi ekspresowej S-17**
odcinek Kurów - Lublin - Piaski, część 2, zadanie 3, od km 1+200 do km 11+200,
odcinek: węzeł Dąbrowica (bez węzła) – węzeł Lubartów. Klasa drogi S, przekrój drogi:
2x2, długość odcinka: 10 km.
Funkcja: projektant drogowy.

2. **Projektant budowlany i projektant wykonawczy budowy drogi ekspresowej S-17**
odcinek Kurów - Lublin - Piaski, część 2, zadanie 4, od km 11+200 do km 21+250,
odcinek: węzeł Lubartów (bez węzła) do km 21+240,00. Klasa drogi S, przekrój drogi:
2x2, długość odcinka: 10 km.
Funkcja: projektant drogowy.

Podstawę dysponowania ww. osobą opisano następująco: *Umowa cywilnoprawna w sposób bezpośredni.*

{pismo z 14 stycznia 2015 r. wraz z załącznikiem – w dokumentacji postępowania}

Projekt budowlany budowy drogi ekspresowej S-17 na odcinku Kurów - Lublin - Piaski, część 2, zadanie 3 – przy którym projektantem w specjalności drogowej był mgr inż. T. N. – dotyczył odcinka węzeł Dąbrowica (bez węzła) - węzeł Lubartów o długości 9,59 km, od km 1+1610 do km 11+200.

{1} projekt budowlany dla obiektu: budowa drogi ekspresowej s17 odcinek Kurów - Lublin - Piaski, część 2, zadanie 3: odcinek węzeł „Dąbrowica” - węzeł „Lubartów” (wraz z węzłem) i odcinek drogi krajowej nr 19 klasy GP: węzeł „Lubartów” - granica administracyjna miasta Lublina; jednostka projektowania: DHV Polska sp. z o.o. Warszawa, podwykonawcy: Drogmost Lubelski sp. z o.o. Lublin, Drogprojekt sp. z o.o. Lublin; Warszawa, kwiecień

10

Sygn. akt KIO 177/15

2011 r.

– tom 1 – projekt zagospodarowania terenu – s. 2 zespół projektowy; s. 14 pkt 3

Projektowane zagospodarowanie terenu, pkt 3.1 Planowany układ komunikacyjny, pkt 3.1.1 Trasa główna (wyciąg załączony do odwołania i złożony na rozprawie przez Zamawiającego);

– tom 2 – projekt drogowy – s. 2 zespół projektowy; s. 23 pkt 4 Opis stanu projektowanego, pkt 4.1 Droga główna, pkt 4.1.1 Rozwiązanie w planie sytuacyjnym (wyciąg złożony na rozprawie przez Przystępującego);

– plan orientacyjny inwestycji z zaznaczeniem granicy pomiędzy zadaniami nr 2, 3 i 4 (na wydruku ze strony <http://www.gddkia.gov.pl> złożony na rozprawie przez Przystępującego; w powiększeniu załączony do odwołania)}

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę, która została sklasyfikowana na drugim miejscu. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanym Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

I. {przesłanki zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp}

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp wynika zatem, że wykluczenie na tej podstawie wykonawcy z postępowania możliwe jest w razie łącznego zaistnienia dwóch przesłanek: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe, czyli nieodpowiadające rzeczywistości informacje, po drugie – informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, czyli na wybór oferty najkorzystniejszej.

Art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp nie ustala jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub

Sygn. akt KIO 177/15

ustawy pzp adekwatny jest {na co Krajowa Izba Odwoławcza wskazała uprzednio w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 372/10} pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. (sygn. akt II CKN 1095/99; opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): *Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.*

Hipoteza art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp obejmuje takie nieprawdziwe informacje, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Przy czym rozróżnienie poczynione w aktualnie obowiązującym brzmieniu przepisu służy wyłącznie usunięciu wątpliwości, że jego zastosowanie obejmuje również nieprawdziwe informacje składane w postępowaniach wieloetapowych na etapie kwalifikacji podmiotowej. W takim przypadku, w odróżnieniu od postępowań jednoetapowych lub etapu złożenia oferty, takie nieprawdziwe informacje, co najwyżej, mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Reasumując, w zależności od trybu postępowania lub etapu, na którym się aktualnie znajduje nieprawdziwe informacje albo mają wpływ albo mogą mieć wpływ na jego wynik.

Z obu powyżej wyszczególnionych przesłanek traktowanych łącznie wynika z kolei związek przyczynowo-skutkowy, polegający na tym, że nieprawdziwe informacje wypaczyły lub mogą wypaczyć wynik postępowania, który przedstawiałby się inaczej, gdyby wykonawca nie podał nieprawdziwych informacji, a zamawiający nie wziął ich pod uwagę jako odpowiadających rzeczywistemu stanowi rzeczy.

Wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp powinna być dokonywana przy uwzględnieniu treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.; dalej: „dyrektywa 2004/18/WE” lub „dyrektywa klasyczna”). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji.

Sygn. akt KIO 177/15

Porównanie z pierwszą przesłanką art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp prowadzi do wniosku, że hipoteza przepisu dyrektywy obejmuje zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym w obu przypadkach ma to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Z kolei wpływ nieprawdziwych informacji na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp można uznać za przesłankę odpowiadającą poważnemu wprowadzeniu w błąd zamawiającego, o którym mowa w przepisie dyrektywy. W zakresie tych przesłanek, pomimo różnic sformułowań, interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp w zgodzie z przepisem dyrektywy nie budziła dotychczas większych wątpliwości.

Jednakże art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, w odróżnieniu od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, wprost odwołuje się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. Konieczność uwzględnienia tej przesłanki przy stosowaniu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp potwierdza aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych.

W orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp z uwzględnieniem art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE zajęto również stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) wskazał, że przepis ten ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z powyższego Sąd wywiódł, że nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd.

W ocenie składu orzekającego Izby o ile nie budzi wątpliwości, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy klasycznej, wymaga przypisania winy wykonawcy, o tyle wskazany przepis dyrektywy klasycznej nie zawęży postaci tej winy wyłącznie do winy umyślnej (zamiaru bezpośredniego i ewentualnego). Nie ma zatem podstaw, aby wyłączać spod zakresu zastosowania tej podstawy wykluczenia przypadków poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwymi informacjami złożonymi w wyniku niedbalstwa wykonawcy.

Izba wzięła pod uwagę stanowisko jakie zajęł Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą

Sygn. akt KIO 177/15

w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej. Komisja Europejska w prowadzonym na postawie rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1; z późn. zm) wykluczyła tych wykonawców na podstawie 94 lit. b tego rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji. Sąd stwierdził, że w przypadku gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. (...) Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego... {por. pkt 75 i 119 wyroku}.

Zdaniem składu orzekającego Izby, co prawda, powyższy wyrok dotyczył stosowania przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak treść przepisu art. 94 lit. b rozporządzenia finansowego, tak jak art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, odwołuje się do winy wykonawcy (kandydata) składającego nierzetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy. Wydaje się, że wina, o której mowa w oby tych przepisach dotyczących analogicznej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, powinna być interpretowana w taki sam sposób.

Reasumując, dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp konieczne jest stwierdzenie, że: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, po drugie – stanowiło to poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, po trzecie – wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa.

W praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż wymaga dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby

zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań

14

Sygn. akt KIO 177/15

świadków. Natomiast wykonawca z łatwością może uwolnić się od odpowiedzialności oświadczając, że nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd, a podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem omyłki lub też niesprawdzenia informacji uzyskanej od kogoś innego.

Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03}. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02}. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

II. {spełnienie przesłanek art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp w odniesieniu do Technital}

W pierwszej kolejności Izba zważyła, że złożone przez Technital wyjaśnienia i uzupełniony wykaz zawierają nieprawdziwą informację dotyczącą dysponowania przez Technital dwoma osobami posiadającymi doświadczenie w wykonaniu dwóch projektów budowlanych obejmujących budowę drogi klasy S w przekroju dwujezdniowym o długości trasy zasadniczej co najmniej 10 km. Ściśle rzecz biorąc, nie odpowiada prawdzie zawarta w poz. 2 uzupełnionego wykazu informacja, że mgr inż. T. N. wykonał jako projektant drogowy projekt budowlany budowy drogi ekspresowej S17 dla odcinka węzeł Dąbrowica (bez węzła) – węzeł Lubartów od km 1+200 do km 11+200, czyli o długości trasy zasadniczej 10 km, gdyż ten projekt budowlany dla części 2, zadania 3 budowy odcinka drogi ekspresowej S-17 Kurów – Lublin – Piaski dotyczył trasy zasadniczej o długości 9590 m, której początek

15

Sygn. akt KIO 177/15

przypadał od km 1+610.

Taki stan rzeczy jednoznacznie wynika z projektu budowlanego dla tego obiektu budowlanego, który zarówno w tomie 1 – projekcie zagospodarowania terenu, jak i w tomie II – projekcie drogowym zawiera opis, że trasa (droga) główna rozpoczyna się w pikietażu 1+610 (gdzie kończy się zadanie 2), a kończy w pikietażu 11+200 (gdzie zaczyna się zadanie 4), co znajduje również odzwierciedlenie na mapie orientacyjnej inwestycji.

Zdaniem składu orzekającego Izby faktu tego nie zmienia argumentacja Przystępującego, który z jednej strony kładł nacisk na brak wpływu nieprawdziwej informacji na wynik przedmiotowego postępowania {o czym poniżej}, z drugiej strony jednocześnie podnosił, że informacja podana w wykazie jest jednak, z rozmaitych względów, prawdziwa. Po pierwsze – powołał się na okoliczność, że w projekcie drogowym można znaleźć fragmenty, w których znajdują się odniesienia do pikietażu 1+100. Po drugie – wskazywał,

że pierwotnie odcinek objęty zadaniem 3 miał początek w pikietażu 1+100, ale ostatecznie, z uwagi na podział nieruchomości dla uzyskania tzw. decyzji ZRID (zgody na realizację inwestycji drogowej), został przesunięty na pikietaż 1+610, a odcinek o długości 510 m, już po jego opracowaniu, został formalnie włączony do zadania 2 – co potwierdził oświadczeniem zawartym w piśmie z 5 lutego 2015 r. Biura Usług Projektowych „Drogoprojekt” sp. z o.o. Lublin z 5 lutego 2015 r., które wykonywało dokumentację projektową sąsiadującego zadania 2. Po trzecie – argumentował, że węzeł Lubartów obejmuje również odcinek drogi krajowej nr 19, który na długości około 1150 m zaprojektowany został jako droga klasy S o takich samych parametrach jak droga ekspresowa S17. Dodatkowo Przystępujący tłumaczył pomyłką wskazanie w uzupełnionym wykazie pikietażu 1+200 zamiast pikietażu 1+100, co było jego intencją.

W ocenie składu orzekającego Izby powyższa argumentacja jest wewnętrznie niespójna i nie zasługuje na uwzględnienie jako uświadczenie zaprzeczenia oczywistym faktom znanym Przystępującemu. Po pierwsze, postulowane wydłużenie o 1150 m odcinka drogi krajowej nr 19 nie odpowiada żadnej ze wskazywanych przez Technital długości zaprojektowanego odcinka drogi ekspresowej S17. Przede wszystkim, ten poprzeczny do drogi głównej odcinek drogi krajowej, nie zalicza się według dokumentacji projektowej, w tym przedstawionej przez Przystępującego, do trasy zasadniczej drogi ekspresowej. Po drugie, to co Przystępujący nazywa formalnym podziałem pomiędzy zadanie 2 a 3 wyznacza, jak sam jednocześnie przyznaje, zakres opracowań projektowych wykonanych dla tych zadań. Tymczasem uzupełniony wykaz odnosić się miał do dokumentacji wykonanych przez daną osobę jako projektanta drogowy. Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów, ani nawet nie twierdził, że w dokumentacji projektowej dla zadania 2 mgr inż. T. N. wskazany jest jako projektant drogowy. Po trzecie, występujące sporadyczne odniesienia w projekcie drogowym

16

Sygn. akt KIO 177/15

do pikietażu 1+100, w kontekście uwarunkowań geologiczno-inżynierskich projektowanej drogi, parametrów geometrycznych i profili podłużnych jezdni, nie zmieniają faktu, że całościowo, w tym w zakresie elementów zlokalizowanych w bezpośrednim sąsiedztwie trasy głównej, projekt dotyczy odcinka od pikietażu 1+610, co wynika wprost z opisu i planów sytuacyjnych.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że powyżej zidentyfikowane nieprawdziwe informacje miały również wpływ na wynik przedmiotowego postępowania zamówieniowego, gdyż to na ich podstawie Zamawiający uznał, że Technital spełnia warunek udziału w postępowaniu, co w konsekwencji umożliwiło uznanie oferty złożonej przez Przystępującego za najkorzystniejszą.

Z uwagi na powyższe Przystępujący bezskutecznie powoływał się na to, że nie ma znaczenia, czy w uzupełnionym wykazie zawarł nieprawdziwą informację, gdyż wykazał spełnianie warunku wykazem załączonym do oferty. Podstawą czynności Zamawiającego, od której zostało wniesione odwołanie, był uzupełniony wykaz. Jeżeli Przystępujący uważał, że wykaz załączony do oferty jest wystarczający, winien poprzestać na złożeniu wyjaśnień prezentujących jego stanowisko odnośnie interpretacji warunku, a nie jednocześnie składać wykaz na poczet wykazania warunku zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego. W takim przypadku Zamawiający najprawdopodobniej wykluczyłby Technital za niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, od czego to Przystępujący musiałby się odwołać.

Nawet jeżeli przyjąć, że spór o rozumienie warunku podlega rozpoznaniu w ramach przesłanki oceny wpływu nieprawdziwych informacji z uzupełnionego wykazu na wynik przedmiotowego postępowania, rację należy przyznać Zamawiającemu. Zdaniem składu orzekającego Izby z opisu sposobu oceny spełniania warunku wynikało, że Zamawiający wymaga dysponowania na stanowisko projektanta drogowego osobami, które mają doświadczenie w wykonaniu opracowań projektowych, czyli były ich autorami – projektantami, którzy w takim charakterze podpisali te dokumenty i ponoszą odpowiedzialność za ich fachową rzetelność.

Nie zasługuje na uwzględnienie pogląd Przystępującego, który na poczet takiego doświadczenia chciałby zaliczyć faktyczne wykonywanie w ramach zespołu projektowego prac projektowych przez osoby, które nie są uwidocznione jako projektant w wykonanym

opracowaniu, nie podpisały w tym charakterze projektu i nie ponoszą odpowiedzialności względem zamawiającego ten projekt.

Izba uznała również, że Przystępujący, co najmniej, nie dołożył należytej staranności przy składaniu Zamawiającemu informacji o doświadczeniu mgr. inż. T. N., którego wskazał przecież jako zasób własny. Przystępujący jako profesjonalista nie może powoływać się na

17

Sygn. akt KIO 177/15

to, że podał takie informacje, jakie otrzymał od tej osoby. Obowiązkiem Przystępującego, który we własnym imieniu podał te informacje dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, było sprawdzenie ich zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Okoliczności wskazują, że takie sprawdzenie nie nastęczało trudności. Przystępujący sam na rozprawie przedstawił dokumentację projektową, w której wprost podano, że droga główna objętego nią odcinka rozpoczyna się w pikiecieżu 1+610,00. Natomiast złożony przez Przystępującego na rozprawie dowód, który jego zdaniem miał potwierdzać, że dołożył w tym zakresie należytej staranności, świadczy wręcz o rażącym niedbalstwie z jego strony. Abstrahując od tego, że złożony na rozprawie wydruk ze strony internetowej GDDKiA został wykonany 6 lutego 2015 r., zawiera on mapę orientacyjną inwestycji, która w powiększeniu załączonym do odwołania jednoznacznie wskazuje na powyżej ustalony stan rzeczy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Izby nie przypadkiem przedstawiony przez Przystępującego wydruk urywa się w najistotniejszym miejscu, czyli przed opisem podstawowych parametrów technicznych zadania 3. Z pewnością w opisie tym znajdowała się informacja, że inwestycja obejmuje drogę dwujezdniową klasy S o długości 9,59 km.

Na negatywną ocenę staranności Przystępującego wpływa również okoliczność, że zawarł nieprawdziwą informację uzupełnionym w wykazie, który – jak sam oświadczył w wyjaśnieniach i samym wykazie, tym różnił się od wykazu pierwotnego, że wskazywał na osoby mające doświadczenie w pełnieniu funkcji projektanta drogowego, czyli osoby, które wykonały projekt budowlany drogi klasy S o długości trasy zasadniczej minimum 10 km.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, uprzednio wyrażone wielokrotnie w orzecznictwie Izby, że nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania nie można zastępować informacją prawdziwą w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Jeżeli wykonawca winny jest poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnienie warunku, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna. Należy zauważyć, że ustawa pzp w art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 statuuje odrębne i niezależne od siebie podstawy wykluczenia z postępowania, a zatem wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie musi się wiązać z wykluczeniem za niewykazanie spełnienia tych warunków. Odmienne stanowisko oznaczałoby również, że w ramach przesłanki wpływu na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp mieści się badanie, czy wykonawca składający nieprawdziwą informację był już wzywany do uzupełnienia dokumentów. W konsekwencji prowadziłoby to do takiej interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, zgodnie z którą nie podlega wykluczeniu

18

Sygn. akt KIO 177/15

wykonawca, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli uczynił to po raz pierwszy tzn. nie był wzywany do zastąpienia nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnienie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnienie tego warunku.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie ma jednak wątpliwości, że nieprawdziwe informacje zostały zawarte w uzupełnionym wykazie. Co prawda, Przystępujący uzupełnił go z własnej inicjatywy, jednak oczywiste jest, że gdyby tego nie uczynił, zostałyby do tego wezwany przez Zamawiającego. Przystępujący doskonale zdawał sobie sprawę ze stanowiska Zamawiającego, a zatem wiedział dokładnie, jaki brak ma uzupełnić celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący sam

potraktował wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 pzp do wyjaśnień jako jednocześnie wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Z kolei Zamawiający wziął pod uwagę uzupełnione dokumenty przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednokrotność uzupełniania tego samego braku w trybie art. 26 ust. 3 pzp jest powszechnie akceptowana w doktrynie i orzecznictwie, gdyż służy zapewnieniu przestrzeganiu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czyli podstawowych zasad postępowania z art. 7 ust. 1 pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3, a w konsekwencji również art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych miało istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit b oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Przystępującego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, a także uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które zasądzono na podstawie rachunków przedstawionych do zamknięcia rozprawy, jednak z ograniczeniem wysokości tych kosztów do kwoty 3600 zł.

Przewodniczący: