

Sygn. akt: KIO 2526/23

WYROK

z dnia 12 września 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Członkowie: Joanna Gawdzik-Zawalska

Małgorzata Jodłowska

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 września 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad** w Warszawie – **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad** Oddział w Łodzi

przy udziale wykonawcy **TRANSPROJEKT Gdańsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie** i nakazuje Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 18 sierpnia 2023 r. oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie;

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi na rzecz Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczonego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika strony w kwocie 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 2526/23

Uzasadnienie

Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi (dalej: „Zamawiający” lub „GDDKiA”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Opracowanie Studium Techniczno-Ekonomiczno-Środowiskowego z elementami Koncepcji Programowej (STEŚ-R) wraz z materiałami do uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz Dokumentów Przetargowych dla przedsięwzięcia pn.: „Budowa drogi ekspresowej na odcinku od węzła „Łódź Południe” (A1) do węzła „Kozenin” (S74), numer referencyjny: O/ŁO.D-3.2421.3.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 7 marca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S 047-137267.

18 sierpnia 2023 r. Zamawiający opublikował informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez TRANSPROJEKT Gdański Sp. z o.o. i odrzuceniu oferty wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący lub „Multiconsult”), który wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dotyczących:

- 1)wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji zaniechania wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej;
- 2)wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty TRANSPROJEKT Gdański Sp. z o.o., ewentualnie
- 3)wezwania do wyjaśnień treści oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez ich błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na to, że podlega on wykluczeniu z postępowania, pomimo że Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd, a wskazany w Formularzu 2.2.3 (formularz „Kryterium oceny ofert - Zespół geologiczny”) B. N., posiada wymagane przez Zamawiającego dodatkowo punktowane doświadczenie w ramach „Podkryterium 2 (ZG2) Geofizyk” (pkt 21.1.3.2 Specyfikacji Warunków Zamówienia – dalej: „SWZ”),
- 2)art. 239 ust. 1 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert obowiązującymi w postępowaniu powinna ona zostać uznana za najkorzystniejszą,
- 3)art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieproporcjonalny ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów Pzp

ewentualnie

- 4)art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie przyznania 1 pkt w ramach Kryterium ZG2 i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na to, że Odwołujący rzekomo podlega wykluczeniu z Postępowania pomimo, że Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd, a w sytuacji gdyby Izba uznała, że wskazany w Formularzu 2.2.3 B. N., nie posiada wymaganego przez Zamawiającego dodatkowo punktowanego doświadczenia w ramach „Podkryterium 2 (ZG2) Geofizyk” za zadanie 2: „Budowa autostrady A2 Warszawa - Kukuryki na odcinku obw. Siedlec w km ok. 561+500 do węzła "Cicibór" (z węzłem) w km ok. 625+000”, dopuszczalnym było odjęcie przez Zamawiającego 1 punktu za ww. zadanie oraz przyznanie 1 punktu za pozostałe dwa zadania zgodne z kryterium ZG2

ewentualnie

- 5)art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego w toku badania i oceny ofert do wyjaśnień treści oferty w części Formularza 2.2.3 i wskazanego w nim doświadczenia B. N. w zadaniu 2: „Budowa autostrady A2 Warszawa - Kukuryki na odcinku obw. Siedlec w km ok. 561+500 do węzła "Cicibór" (z węzłem) w km ok. 625+000”.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie odwołania oraz uwzględnienie go w całości, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności wyboru ofert z dnia 18 sierpnia 2023 r.,
- 2)powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3)dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej przyznając maksymalną liczbę punktów w ramach Kryterium ZG2,

ewentualnie

- 4)dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, przyznając 1 punkt w ramach Kryterium ZG2,

ewentualnie

- 5)wezwanie Odwołującego do wyjaśnień treści oferty.

Przedstawiając stan faktyczny Odwołujący podał, że w postępowaniu Zamawiający otrzymał oferty od 5 wykonawców, w tym Odwołującego. Zamawiający 28 czerwca 2023 r. po raz pierwszy poinformował o wyborze jako

najkorzystniejszej oferty TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. Oferta Multiconsult została na podstawie art. 226 ust. pkt 2 lit. a, odrzucona z uwagi na to, że zdaniem Zamawiającego Odwołujący 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 – co stanowi fakultatywną przesłankę wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Zamawiający w sposób nieuprawniony przyjął, że Odwołujący podał nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia członkini zespołu Odwołującego – Pani A. W.. Jak wskazuje Zamawiający w piśmie z 28 czerwca 2023 r.: Wykonawca w złożonym Formularzu 2.2.3. „Kryterium oceny ofert – zespół geologiczny” oświadczył, że w ramach zadania nr 3 Pani A W. zdobyła doświadczenie jako współautor przy opracowaniu dokumentacji geologiczno-inżynierskich ustalających warunki posadowienia dla drogi lub ulicy "Budowa drogi ekspresowej S19 Lublin - Lubartów od węzła Lubartów Północ (wraz z węzłem) do węzła Lublin Rudnik (bez węzła)". Stwierdzenie takie nie jest prawdą, gdyż Projekt Prac Geologicznych (dot. DŚ.II.7441.17.2019.EWL) jest dokumentem określającym cel i zasady prowadzenia robót geologicznych, i nie stanowi, wymaganego przez Zamawiającego w kryterium, opracowania Dokumentacji geologiczno-inżynierskiej ustalającej warunki posadowienia dla drogi. Powyższa czynność Zamawiającego została zaskarżona odwołaniem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1971/23), które zostało przez Zamawiającego w całości uwzględnione i nie spotkało się ze sprzeciwem przystępujących – wykonawców TRANSPROJEKT Gdański sp. z o.o. oraz IVIA S.A. Wobec czynności wyboru oferty z 28 czerwca 2023 wpłynęło również odwołanie wykonawcy IVIA S.A. (sygn. akt KIO 2010/23), zmierzające do wykluczenia z postępowania wykonawcy TRANSPROJEKT Gdański sp. z o.o., na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Zamawiający uwzględnił w całości odwołanie, które po sprzeciwie TRANSPROJEKT Gdański sp. z o.o. zostało przez Izbę oddalone. Zamawiający 18 sierpnia 2023 r., ponownie poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy TRANSPROJEKT Gdański sp. z o.o., po raz drugi odrzucając ofertę Odwołującego wskazując na ponowne rzekome wprowadzenie Zamawiającego w błąd i zmaterializowanie się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, tym razem odnosząc się do doświadczenia B. N. wskazanego w ramach „Podkryterium 2” (ZG2) Geofizyk, jakoby jeden z trzech wskazanych projektów nie spełniał wymogu tego kryterium.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp Odwołujący stwierdził, że zgodnie pkt 21.1.3 SWZ Kryterium „Zespół geologiczny” było oceniane na podstawie informacji dotyczących doświadczenia osób wskazanych do pełnienia funkcji geologa, geofizyka i hydrogeologa przekazanych przez Wykonawcę w formularzu „Kryterium oceny ofert – Zespół geologiczny”. Zamawiający na etapie składania ofert nie wymagał żadnych dodatkowych dokumentów wskazujących na dokładny zakres zrealizowanych zadań czy referencji mających na celu potwierdzenie informacji wskazanych w Formularzu 2.2.3. W ramach tego kryterium można było uzyskać maksymalnie 10 punktów, a liczba punktów w kryterium obliczona według następującego wzoru: $ZG = ZG1 + ZG2 + ZG3$ (gdzie ZG2 oznacza podkryterium 2 – Geofizyka, w którym można być uzyskać maksymalnie 2 pkt). Zgodnie z pkt 21.1.3.2 dodatkowo punktowane było: „Doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Geofizyka, zdobyte w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert przy opracowaniu jako autor lub współautor dokumentacji geologiczno-inżynierskich zawierających wyniki badań geofizycznych lub raportów geofizycznych lub dokumentacji badań geofizycznych dla drogi lub ulicy klasy min. GP o przekroju 2x2 długości min. 20 km każda”. Odwołujący na potwierdzenie dysponowania personelem posiadającym punktowane doświadczenie wskazał 3 projekty zrealizowane przez B. N., w tym zadanie nr 2, w którym był współautorem dokumentacji geologiczno-inżynierskich zawierających wyniki badań geofizycznych dla drogi lub ulicy klasy A (wskazać klasę drogi) o przekroju 2x2 o długości 63,5 (wskazać długość drogi, dla której wskazana osoba opracowała dokumentację w ramach ww. zadania) km, wykonanej w ramach zadania Budowa autostrady A2 Warszawa - Kukuryki na odcinku obw. Siedlec w km ok. 561+500 do węzła "Cicibór" (z węzłem) w km ok. 625+000, (podać nazwę zadania). Data opracowania dokumentacji: 09.09.2020.

Zdaniem Odwołującego wskazane przez niego doświadczenie w zrealizowaniu 3 dokumentacji potwierdza spełnienie wymagań SWZ dla otrzymania maksymalnej liczby 2 dodatkowych punktów w ramach ww. kryterium oceny ofert. Zamawiający natomiast w uzasadnieniu odrzucenia oferty zakwestionował wskazane w formularzu Zadanie 2, jakoby (i) nie potwierdzało ono doświadczenia wymaganego dla uzyskania dodatkowego 1 pkt w ramach tego kryterium oraz (ii) stanowiło wprowadzenie Zamawiającego w błąd skutkujące wykluczeniem Odwołującego z postępowania.

Odwołujący stwierdził, że bezspornym w sprawie jest, że B. N. nie opracowywał ww. raportu z badań geofizycznych dla Zadania 2. Zamawiający w treści podkryterium ZG2, w żaden sposób nie wymagał, aby osoba, która jest autorem/współautorem dokumentacji geologiczno-inżynierskich sporządzała również raport z badań geofizycznych – a wyłącznie zawierała wyniki badań geofizycznych. Zamawiający nie wymagał, aby raport był częścią dokumentacji geologiczno-inżynierskiej. Zamawiający nie określił również co rozumie pod pojęciem, że dokumentacja geologiczno-inżynierska ma zawierać wyniki badań geofizycznych. Kluczowym aspektem, wskazującym na posiadanie wymaganego

doświadczenia przez wskazaną w ofercie osobę było sporządzenie dokumentacji geologiczno-inżynierskich dla drogi lub ulicy klasy min. GP o przekroju 2x2 długości min. 20 km każda – czego Zamawiający w żaden sposób nie kontestuje. Zamawiający w uzasadnieniu zarzuca Odwołującemu, że B. N. „nie opracował Raportu z badań geofizycznych” w Zadaniu 2, podczas gdy w Ofercie Multiconsult wyraźnie przekreślił raporty geofizyczne oraz dokumentację badań geofizycznych.

Następnie Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 21.1.3.2 SWZ Zamawiający dodatkowo punktował doświadczenie przy opracowaniu jako autor lub współautor dokumentacji geologiczno-inżynierskich „zawierających wyniki badań geofizycznych lub raportów geofizycznych lub dokumentacji badań geofizycznych dla drogi lub ulicy klasy min. GP o przekroju 2x2 długości min. 20 km każda”. Użyta w treści kryterium alternatywa „lub” oznacza, że jeżeli dokumentacja geologiczno-inżynierska zawierała wyniki badań geofizycznych to nie musiała zawierać raportów geofizycznych (czy dokumentacji badań geofizycznych), których brak zarzuca Odwołującemu Zamawiający.

Zdaniem Odwołującego przy braku sformułowania w SWZ innej definicji, za Słownikiem Języka Polskiego PWN należy przyjąć, że „zawierać” oznacza w kontekście użytym przez Zamawiającego „składać się z jakichś elementów” lub „być składnikiem czegoś lub znajdować się w obrębie czegoś”. Nie jest zdaniem Odwołującego w żaden sposób uprawnione, dopiero na etapie powtórnej oceny ofert stawianie znaku równości i traktowanie wyrażenia „zawierać” jako synonim słowa „opracować” – które w powszechnym rozumieniu mają odmienne znaczenia. Jak stwierdził sam Zamawiający, B. N. uwzględnił w treści dokumentacji Zadania 2 wyniki badań geofizycznych, należało tym samym uznać, iż Zadanie 2 uprawnia do przyznania dodatkowego punktu w ramach kryterium.

W ocenie Odwołującego, mając na względzie charakter dokumentacji geologiczno-inżynierskiej i funkcjonalny aspekt wyników badań geofizycznych w nich uwzględnianych, całkowicie uzasadnione jest przyjęcie, że w wypadku sporządzania dokumentacji, o której mowa kryterium ZG2 uprawnione jest przyjęcie, że „zawrzeć” oznacza funkcjonalnie to samo co „uwzględnić”, „brać pod uwagę” czy „wykonywać w oparciu o” – co potwierdzają również stosowane powszechnie w branży „Wytyczne wykonywania badań podłoża gruntowego na potrzeby budownictwa drogowego” (dalej jako „Wytyczne...”). Gdyby natomiast Zamawiający wymagał oprócz wykonania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej wykonania również badań geofizycznych/raportów geofizycznych/dokumentacji badań geofizycznych ponad ich zawarcie w dokumentacji, powinien wyraźnie taki obowiązek wyartykułować w treści kryterium.

Odwołujący wskazał na „Wytyczne...” wprowadzone do stosowania w GDDKiA 27 czerwca 2019 r. zarządzeniem nr 22 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad (GDDKiA). „Wytyczne badań podłoża budowlanego na potrzeby budownictwa drogowego” zostały opracowane przez konsorcjum naukowe w składzie: Państwowy Instytut Geologiczny – PIB (lider), Akademia Górniczo-Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie (partner), Politechnika Warszawska (partner). Jak wskazuje Państwowy Instytut Geologiczny – PIB: „Przedmiot i zakres stosowania "Wytycznych..." nawiązuje do potrzeb Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, jako zamawiającego (w świetle ustawy prawo zamówień publicznych) oraz jako Zarządzającego drogami krajowymi na podstawie ustawy o drogach publicznych. "Wytyczne..." dostosowano do sposobu prowadzenia inwestycji drogowych przez GDDKiA na etapach przygotowania, realizacji i eksploatacji zgodnie z Zarządzeniami GDDKiA nr 17/2009 i 58/2015. Rozpoznanie podłoża budowlanego inwestycji drogowej jest wieloetapowe, zaś kontrakty prowadzone są w dwóch formułach: "Projektuj i buduj" (P&B) oraz "Buduj" (B). Zamawiający (GDDKiA) ponosi ryzyko za badania podłoża budowlanego na etapach studiów i etapie koncepcji programowej w formule "Projektuj i buduj" oraz na etapie projektu budowlanego w przypadku formuły "Buduj". Spodziewanym efektem wdrożenia "Wytycznych..." powinno być zmniejszenie ryzyka w zakresie rozpoznania podłoża budowlanego ze strony Zamawiającego (GDDKiA). W związku z tym w dokumencie założono obligatoryjny minimalny zakres prac dokumentacyjnych w tym badań podłoża budowlanego na tych etapach procesu inwestycyjnego, gdzie ryzyko za badania podłoża budowlanego ponosi Zamawiający. W części I „Wytycznych...” dot. „Wytycznych badań podłoża budowlanego w drogownictwie” pkt 8.5.3 wyraźnie wskazano, że dokumentację geologiczno-inżynierską „wykonuje się w oparciu o wyniki prac kartograficznych, wierceń, pomiarów geodezyjnych, badań geofizycznych, sondowań, badań laboratoryjnych, pomiarów hydrogeologicznych oraz badań środowiskowych w przypadku stwierdzenia zanieczyszczeń”. Co więcej jest dokumentem, który „ma charakter syntezy obejmującej wszystkie wykonane, zinterpretowane i ocenione wyniki badań oraz zebrane i przeanalizowane informacje o obszarze badań”.

Nadto, jak wynika z pkt 2.1 „Wytycznych...” (str. 23-25) w pierwszej kolejności należy wykonać badania geofizyczne, a następnie wykorzystać ich wyniki do zaprojektowania wierceń i sondowań oraz badań laboratoryjnych (PRG – projekt robót geologicznych, lub PBG – program badań geotechnicznych). Następnie należy wykonać wiercenia, sondowania i badania laboratoryjne. Po wykonaniu kompletu badań należy sporządzić dokument przedstawiający wyniki badań podłoża budowlanego zgodnie z rozdziałem 8.5 – w naszym przypadku jest to dokumentacja geologiczno-

inżynierska (DGI). (Dowód nr 1: Wytyczne wykonywania badań podłoża gruntowego na potrzeby budownictwa drogowego, Cz. I Wytyczne badań podłoża budowlanego w drogownictwie - str. 23-25). Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy Odwołujący wyjaśnił, że wskazana w ofercie dokumentacja dla Zadania 2, zawierała wyniki badań geologicznych, szeroko się do nich odnosząc i je interpretując. (Dowód nr 2: Spis treści dokumentacji geologiczno-inżynierskiej – odcinek VI ; Dowód nr 3: Wyciąg z dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla odcinek VI ; Dowód nr 4: Spis treści dokumentacji geologiczno-inżynierskiej – odcinek VII; Dowód nr 5: Wyciąg z dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla odcinek VII; Dowód nr 6: Spis treści dokumentacji geologiczno-inżynierskiej – odcinek VIII; Dowód nr 7: Wyciąg z dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla odcinek VIII; Dowód nr 8: Spis treści dokumentacji geologiczno-inżynierskiej – odcinek IX; Dowód nr 9: Wyciąg z dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla odcinek IX).

Powyższe dokumenty potwierdzają, że w Zadaniu 2 wykonano badania geofizyczne i powstał raport. Następnie zostały wykonane wiercenia i sondowania, a dokumentacja geologiczno-inżynierska uwzględniła zarówno wyniki wierceń, sondowań oraz badań geofizycznych. Ponadto, Odwołujący zaznaczył, że na każdym przekroju drogi wykonanym w Zadaniu 2 jest informacja, że uwzględniła wyniki badań geofizycznych. Gdyby nie wykorzystano wyników badań geofizycznych – przekroje pomiędzy otworami wyglądałyby zupełnie inaczej. Informacja ta, drobnym drukiem znajduje się po lewej stronie każdego przekroju. (Dowód nr 10: Przykładowe 12 przekrojów (z ok. 130) wykonanych w Zadaniu 2 uwzględniających wyniki badań geofizycznych).

Zważywszy na fakt, iż B. N. posiadał na dzień składania ofert wymagane w kryterium doświadczenie w zrealizowaniu jako współautor trzech dokumentacji geologiczno-inżynierskich dla drogi lub ulicy klasy min. GP o przekroju 2x2 długości min. 20 km każda, które zawierały wymagane wyniki badań geofizycznych – nie może być mowy o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd, który winien był przyznać Odwołującemu dodatkowe 2 pkt w ramach kryterium ZG2.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 dotyczącego zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, Multiconsult stwierdził, że czynności i zaniechania Zamawiającego opisane w ramach zarzutu nr 1 prowadzą do wniosku, że Zamawiający bezzasadnie zaniechał wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, przyznając maksymalną liczbę punktów w ramach Kryterium ZG2. W konsekwencji, Zamawiający naruszył także art. 239 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3 dotyczącego naruszenie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności, Odwołujący podał, że w jego ocenie, kwalifikacji prawnej czy w danej sytuacji doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp należy dokonywać przez pryzmat zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 16 pkt 3 Pzp.

Sankcja w postaci odrzucenia oferty jest środkiem nieproporcjonalnym i jako taka jest niezgodna z art. 16 pkt 3 Pzp. Tym bardziej, iż Zamawiający był uprawniony do wezwania Odwołującego do wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, jak również był uprawniony do przyznania mniejszej liczby punktów w ramach poza-cenowych kryteriów oceny ofert. Zamawiający oceniając złożone w postępowaniu oferty stosował różny miernik staranności. Jak wynika z uzasadnienia informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 28 czerwca oraz 18 sierpnia 2023 – jedyną ofertą, która została odrzucona za rzekome wprowadzenie Zamawiającego w błąd jest oferta Odwołującego. Zamawiający w zakresie podkryterium 1 (ZG1) przyznał wykonawcy IVIA S.A. mniejszą liczbę punktów, stwierdzając, iż wskazany projekt nie odpowiada treści ww. kryterium: „Wykonawca, który złożył ofertę nr 1 na potwierdzenie posiadania przez wskazaną osobę wymaganego doświadczenia wykazał 4 dokumentacje. Dokumentacja geologiczno- inżynierska dla „Budowa autostrady A2 Warszawa-Kukuryki na odcinku Biała Podlaska od węzła „Cicibór” (bez węzła) w km 625+000 do granicy Państwa w km ok. 657+113”, klasy A o przekroju 2x2 o długości 32,113 km wraz z obiektami inżynierskimi, w trakcie opracowania kompleksowej dokumentacji projektowej została podzlecona dwóm podwykonawcom, z czego jeden podwykonawca opracował kompleksową dokumentację dla odcinka X o długości 15,87 km, natomiast drugi podwykonawca opracował kompleksową dokumentację dla odcinka XI– 16,43 km. Wskazany przez Wykonawcę Geolog opracował dokumentację dla odcinka X. Z powyższego wynika, że osoba wskazana do pełnienia funkcji Geologa zdobyła doświadczenie na odcinku X o długości 15,87 km, tj. krótszym niż wymagane 20 km, dlatego też Zamawiający nie przyznał punktów za tę dokumentację.”Zamawiający oceniając ofertę IVIA S.A. i stwierdzając niezgodność jednego referencyjnego projektu z treścią kryterium ZG1 poprzestał na odjęciu jednego punktu i zaniechał wykluczenia tego wykonawcy za wprowadzenie w błąd – jak postąpił względem oferty Odwołującego. Multiconsult nie stawia w tym zakresie zarzutu, natomiast wskazuje ww. okoliczność, aby uwypuklić naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające również na stosowaniu „różnych standardów” oceny ofert. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż brak przyznania dodatkowego 1 pkt w ramach kryterium ZG1 i uzyskanie nieznacznie niższej punktacji w dalszym ciągu skutkowałby wyborem jako najkorzystniejsza oferty Odwołującego. Zastosowanie nieproporcjonalnego

środka w postaci wykluczenia z postępowania, zamiast ew. obniżenia punktacji (które z uwagi na okoliczności wskazane w Zarzucie nr 1 i tak nie powinno mieć miejsca) w bezpośredni sposób pozbawia Odwołującego zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutu ewentualnego (zarzutu nr 4), dotyczącego zaniechania wyboru oferty Odwołującego i przyznania 1 pkt w ramach Kryterium ZG2, Odwołujący wskazał, że w sytuacji, gdyby Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego prezentowanej w uzasadnieniu do Zarzutu nr 1 oraz mając na względzie, iż wykluczenie Multiconsult za rzekome wprowadzenie Zamawiającego w błąd stanowi naruszenie zasad proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – zasadny jest ewentualny zarzut Odwołania naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Przyjmując hipotetycznie, że brak było podstaw do przyznania 1 punktu w ramach Kryterium ZG2 za Zadanie 2, Zamawiający był uprawniony do odjęcia punktu oraz przyznanie 1 punktu za pozostałe dwa zadania zgodne z kryterium ZG2 – w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutu ewentualnego (zarzutu nr 5), dotyczącego zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, Odwołujący stwierdził, że nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że Zamawiający miał podstawy do powzięcia wątpliwości, że w jakikolwiek sposób wskazane Zadaniu 2 projekt nie odpowiada wymogom SWZ (co z uwagi na okoliczności wskazane w uzasadnieniu do zarzutu nr 1 nie powinno mieć miejsca) to winien był w pierwszej kolejności wezwać Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia treści oferty w części dot. informacji o doświadczeniu Geofizyka (Podkryterium 2 (ZG2)). Tymczasem Zamawiający, bazując na wewnętrznych ustaleniach zaniechał wyjaśnienia swoich wątpliwości pomijając, że informacje znajdujące się w Formularzu 2.2.3 jako stanowiące część treści oferty podlegają wyjaśnieniu na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp. Zamawiający sam bowiem zastrzegł w pkt 21.1.3 SWZ odnoszącym się do Kryterium „Zespół geologiczny” (ZG), że *Oceny będą podlegały jedynie informacje zawarte w Formularzu „Kryterium oceny ofert - Zespół geologiczny” (Formularz 2.2.3.) złożonym wraz z ofertą oraz „Przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp może mieć zastosowanie jedynie w zakresie wyjaśnienia treści złożonych ofert. W następstwie czynności złożenia wyjaśnień Wykonawca nie może uzupełniać Formularza „Kryterium oceny ofert – Zespół geologiczny” w zakresie kryterium „Zespół geologiczny” o dodatkowe zadania nieujęte w Formularzu lub dokonywać ich zmiany*”. Tym samym, ewentualne wątpliwości wynikające z Formularza 2.2.3 mogły być przedmiotem wyjaśnień treści oferty.

Odwołujący podkreślił, że podstawą faktyczną odrzucenia oferty było wprowadzenie Zamawiającego w błąd, polegające na przedstawieniu – w ocenie Zamawiającego – informacji niezgodnych ze stanem rzeczywistym. Biorąc pod uwagę, jak daleko idące konsekwencje wynikają z takiego ustalenia (odrzucenie oferty), oraz mając na względzie, że zarzut wprowadzenia w błąd poprzez przedstawienie nieprawdziwych okoliczności (czyli poprzez złożenie nieprawdziwego oświadczenia), jest zarzutem popełnienia przestępstwa z art. 297 § 1 Kodeksu karnego, należy z całą stanowczością stwierdzić, że Zamawiający powinien był dołożyć wyższej staranności w celu stwierdzenia niezgodności oświadczenia Wykonawcy ze stanem faktycznym. Jakkolwiek obowiązek wezwania do wyjaśnień nie wynika wprost z Pzp, to jednak należy uznać, że wezwanie mieści się w katalogu środków, które Zamawiający nie tyle może, co powinien wykorzystać w celu rzetelnego zbadania treści oferty oraz podstaw jej odrzucenia lub wykluczenia wykonawcy.

Do odwołania zostały załączone: Dowód nr 1: Wytyczne wykonywania badań podłoża gruntowego na potrzeby budownictwa drogowego, Cz. I Wytyczne badań podłoża budowlanego w drogownictwie - str. 23-25; Dowód nr 2: Spis treści dokumentacji geologiczno-inżynierskiej – odcinek VI; Dowód nr 3: Wyciąg z dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla odcinek VI; Dowód nr 4: Spis treści dokumentacji geologiczno-inżynierskiej – odcinek VII; Dowód nr 5: Wyciąg z dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla odcinek VII; Dowód nr 6: Spis treści dokumentacji geologiczno-inżynierskiej – odcinek VIII; Dowód nr 7: Wyciąg z dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla odcinek VIII; Dowód nr 8: Spis treści dokumentacji geologiczno-inżynierskiej – odcinek IX; Dowód nr 9: Wyciąg z dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla odcinek IX; Dowód nr 10: Przykładowe 12 przekrojów wykonanych w Zadaniu 2 uwzględniających wyniki badań geofizycznych.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska odnośnie zarzutu nr 1 Zamawiający podał, że Odwołujący prawidłowo identyfikuje, iż zgodnie z pkt 21.1.3 SWZ Podkryterium 2 (ZG2), Zamawiający przyznawał punkty w przypadku wykazania doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji Geofizyka, zdobytego w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert przy opracowaniu jako autor lub współautor dokumentacji geologiczno-inżynierskich zawierających wyniki badań geofizycznych lub raportów geofizycznych lub dokumentacji badań geofizycznych dla drogi lub ulicy klasy min. GP o przekroju 2x2 długości min. 20 km każda. Zamawiający wskazał przy tym, że punkty w tym podkryterium zostaną przyznane wg poniższych zasad, za wykazane doświadczenie: 1) 1 dokumentacja – 0 punkt, 2) 2 dokumentacje – 1 punkty, 3) 3 dokumentacje – 2 punktów. Zamawiający, umożliwił tym samym przedstawienie

alternatywnie:

- 1) Dokumentacji geologiczno-inżynierskich zawierających wyniki badań geofizycznych;
- 2) Raportów geofizycznych;
- 3) Dokumentacji badań geofizycznych których osoba skierowana do pełnienia funkcji Geofizyka powinna być autorem lub współautorem.

W związku z powyższym, Dokumentacja Geologiczno-Inżynierska (dalej zwana: „DGI”) dotycząca zadania pn. Budowa autostrady A2 Warszawa-Kukuryki na odcinku obw. Siedlec w km ok. 561+500 do węzła „Cicibór” (z węzłem) w km ok. 625+000, (dalej zwana: „DGI Zadanie nr 2”) nie stanowi wymaganego przez Zamawiającego dokumentu.

Po pierwsze, DGI dla Zadania nr 2 przedstawiona przez Odwołującego jako potwierdzająca dodatkowo punktowane doświadczenie Pana B. N., nie zawiera wyników badań geofizycznych, a jedynie wskazuje, iż szczegółowe wyniki wykonanego rozpoznania geofizycznego przedstawiono w ramach odrębnego opracowania, tj. Raportu z badań geofizycznych. Wbrew natomiast twierdzeniom Odwołującego zawartym na str. 7-8 Odwołania, Zamawiający wymagał, aby DGI zawierała wyniki badań geofizycznych, a tym samym, powinny zostać w niej ujęte oraz stanowić jeden z jej elementów. Odwołujący przy tym zdaje się całkowicie pomijać, że w ramach tego Podkryterium Zamawiający punktował doświadczenie osoby skierowanej do pełnienia funkcji Geofizyka, zatem podnoszone w tej chwili stanowisko jakoby kluczowym aspektem wskazującym na posiadanie wymaganego doświadczenia przez wskazaną w ofercie osobę było sporządzenie dokumentacji geologiczno-inżynierskich dla drogi lub ulicy klasy min. GP o przekroju 2x2 długości min. 20 km każda, w sytuacji, gdy nie zawiera ona wyników badań geofizycznych, stanowi o całkowitym niezrozumieniu przez Odwołującego doświadczenia oczekiwanego przez Zamawiającego od osoby na stanowisku Geofizyka. Oczywiście jest bowiem, że to właśnie doświadczenie w przeprowadzeniu/analizie badań geofizycznych stanowi walor, który powinien być brany pod uwagę przy ocenie doświadczenia osoby pełniącej funkcję Geofizyka. Zamawiający tym samym dopuścił możliwość powołania się nie tylko na doświadczenie jako autor/współautor DGI zawierających wyniki badań geofizycznych, ale również raportów geofizycznych lub dokumentacji badań geofizycznych, gdyż kluczowe pozostawało, aby osoba ta, bez względu na rodzaj dokumentu, posiadała kompetencje w przeprowadzeniu/analizie badań geofizycznych w ramach realizacji udzielonego zamówienia. DGI dla Zadania nr 2 nie zawiera natomiast wyników badań geofizycznych przedstawionych w jakiegokolwiek formie, np. przekrojów geofizycznych, kart badań, wykresów, schematu interpretacji, surowych danych geofizycznych, a nawet opisu wyników tych badań w części tekstowej opracowania. Oznacza to, że ww. DGI nie zawiera wyników badań geofizycznych w żadnej formie, którą Zamawiający mógłby uznać za spełniającą wymagania kryterium. Dowody nr 2-9 przedstawione przez Odwołującego jako załączniki do Odwołania jednoznacznie potwierdzają to, że DGI dla Zadania nr 2 nie zawiera wyników badań geofizycznych, a jedynie powołuje się na treść odrębnego opracowania, które te wyniki rzeczywiście zawiera.

Dodatkowo Zamawiający zwrócił uwagę na inny fragment DGI, na którą powołuje się Odwołujący, gdzie wskazano podstawę prawną opracowania. Mając bowiem już na uwadze chociaż powyższy fragment DGI dla Zadania 2, trzeba zauważyć, że argumentacja Odwołującego dotycząca rzekomo funkcjonalnie tożsamego znaczenia pojęć zawierać oraz brać pod uwagę czy wykonywać w oparciu o jest całkowicie pozbawiona znaczenia, gdyż już chociażby powyższy przykład pokazuje, że sformułowanie DGI w oparciu o wskazane wyżej normy czy akta prawne, nie oznacza, iż DGI je zawiera, gdyż oczywiście jest, że one stanowiły jedynie podstawę do przygotowania DGI, a podmiot który przygotowywał w oparciu o ich treść DGI, nie nabył żadnego doświadczenia związanego z opracowaniem tychże Polskich Norm/aktów prawnych.

Kolejno, mając na uwadze brak wyników badań geofizycznych w DGI dla Zadania nr 2, Zamawiający zbadał czy Pan B. N. jest autorem/współautorem Raportu z badań geofizycznych, do którego referuje przedmiotowa DGI, co skutkowało ustaleniem, że nie pozostawał on w kręgu autorów/ współautorów tegoż opracowania, a tym samym, nie posiada również doświadczenia jako autor/współautor raportu z badań geofizycznych. Finalnie zatem Pan B. N. uczestnicząc w przygotowaniu DGI dla Zadania nr 2 nie realizował zadań z zakresu przygotowania/analizy/weryfikacji badań geofizycznych.

Wbrew zatem pogładowi forsowanemu przez Odwołującego, daleko idące znaczenie ma fakt, że Pan B. N. nie pozostawał chociażby współautorem Raportu z badań geofizycznych sporządzonego w ramach DGI dla Zadania 2, a jednocześnie sama DGI, której jest współautorem, nie zawiera wyników badań geofizycznych, bowiem to oznacza, że Pan B. N. nie nabył w ramach sporządzania tej DGI żadnego doświadczenia związanego z badaniami geofizycznymi, podczas gdy Podkryterium ZG2 umożliwia otrzymanie dodatkowych punktów za doświadczenie osoby skierowanej do pełnienia funkcji Geofizyka. Specjalistyczna wiedza z zakresu geofizyki oraz umiejętność prawidłowego przeprowadzenia/analizy tego rodzaju badań ma doniosłe znaczenie dla Zamawiającego, z uwagi na charakter

przedmiotu zamówienia. Zgodnie natomiast z wyrokiem KIO z dnia 24 marca 2023 r., sygn. akt KIO 636/23: Zamawiający przede wszystkim powinien kierować się koniecznością wyboru wykonawcy, który będzie miał doświadczenie adekwatne do przedmiotu zamówienia, a zatem zdolnego do zrealizowania zamówienia, nie zaś wyłącznie tym, aby Odwołujący miał możliwość wzięcia udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do argumentacji odwołania dotyczącej Wytycznych, Zamawiający wskazał, że Wytyczne badań podłoża budowlanego w drogownictwie (dalej zwane: „Wytycznymi”) na które powołuje się Odwołujący, zostały wprowadzone do stosowania 27 czerwca 2019 r., natomiast DGI dla Zadania nr 2 została wykonana w ramach zadania, dla którego postępowanie przetargowe zostało zakończone wyborem oferty najkorzystniejszej w dniu 19 czerwca 2018, a więc ponad rok przed wprowadzeniem Wytycznych. Co za tym idzie, powoływanie się przez Odwołującego na obecnie stosowane Wytyczne celem uzasadnienia treści DGI, która nie mogła ich uwzględniać, jest bezzasadne i jest irrelevantne dla oceny zasadności twierdzeń Odwołującego. Wytyczne te wobec powyższego nie zostały wskazane jako podstawa sporządzenia DGI dla Zadania nr 2. (dowód: zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Opracowanie elementów Koncepcji Programowej inwestycji pn. „Budowa autostrady A2 Warszawa-Kukuryki na odcinku obw. Siedlec w km ok. 561+500 do węzła „Cicibór” (z węzłem) w km ok. 625+000” z 9 czerwca 2018 r.; - wyciąg z DGI dla Zadania nr 2.) Niemniej jednak, okoliczność, że w pierwszej kolejności są wykonywane wyniki badań geofizycznych, a dopiero po wykonaniu kompletu niezbędnych badań, w oparciu o te wyniki, jest sporządzana np. DGI, pozostaje bez znaczenia dla faktu, że Zamawiający w ramach Podkryterium ZG2 wymagał, aby DGI takie wyniki zawierała, aby móc otrzymać punkty z tego tytułu za doświadczenie osoby wskazywanej na stanowisko Geofizyka.

Twierdzenie Odwołującego, że Pan B. N. zdobył doświadczenie jako autor/współautor DGI dla Zadania nr 2 zawierającej wyniki badań geofizycznych pozostaje niezgodne z prawdą, a tym samym, Odwołujący wprowadził w błąd Zamawiającego co do tej informacji.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 Zamawiający podał, że prawidłowo ustalił, że Odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd. Jednocześnie, w przypadku stwierdzenia przez Izbę, iż nie zachodzą wobec wykonawcy przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, oferta Odwołującego nie uzyskałaby dodatkowych punktów w ramach Podkryterium ZG2, z przyczyn opisanych w ramach oceny zasadności zarzutu nr 1, a tym samym, wciąż jego oferta nie stanowiłaby oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 Zamawiający wskazał, że Odwołujący uzasadnia rzekomą nierówność w traktowaniu wykonawców, powołując się na nieprzyznanie przez Zamawiającego punktów wykonawcy IVIA sp. z o.o. w odmiennym podkryterium (tj. Podkryterium ZG1 Geolog) oraz na podstawie zupełnie innych przesłanek niż stanowiące przyczynę odrzucenia oferty Odwołującego. Już zatem chociażby powyższe uniemożliwia stwierdzenie, że Zamawiający wobec różnych wykonawców w tychże samych okolicznościach stosował różny miernik staranności, jak wskazuje Odwołujący.

Nie jest również tak, że Zamawiający zaniechał przyznania Odwołującemu mniejszej liczby punktów w danym kryterium, podczas gdy taką metodologię przyznawania punktów zastosował w stosunku do innych wykonawców, co miałyby świadczyć o dalej idącym rygoryzmie Zamawiającego przy ocenie oferty Odwołującego. Odwołujący bowiem zdaje się pomijać, że jego oferta została odrzucona z uwagi na identyfikację przesłanek do jego wykluczenia, a tym samym, Zamawiający w ogóle nie badał zasadności przyznania mu jakichkolwiek punktów w ramach Podkryterium ZG2, w przeciwieństwie do oferty wykonawcy IVIA sp. z o.o.

W związku z powyższym, Zamawiający nie mógł przyznać chociażby częściowych punktów za doświadczenie nabyte przez Pana B. N. w związku z autorstwem w przygotowaniu w pozostałych dwóch DGI wskazanych w Formularzu 2.2.3. Nie sposób tym samym czynić zarzutu Zamawiającemu jakoby w kontekście odjęcia jednego punktu wykonawcy IVIA sp. z o.o., wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty miałyby pozostawać nieproporcjonalne. Odwołujący błędnie bowiem zdaje się wywodzić, że przedstawienie DGI niezgodnej z wymogami postawionymi przez Zamawiającego w ramach Podkryterium ZG2, która mogła wywołać mylne wrażenie po stronie Zamawiającego, że Pan B. N. nabył doświadczenie z zakresu właściwego do pełnienia funkcji Geofizyka, powinno być oceniane w tożsamy sposób jak w przypadku DGI, która również nie uprawiała do nabycia dodatkowych punktów, jednak z jej treści wprost wynikało, że osoba wskazywana do pełnienia funkcji Geologa opracowała tę dokumentację dla odcinka krótszego niż wymagany.

W związku z powyższym, również zarzut naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności należy uznać za chybiony.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 Zamawiający podkreślił, że nawet gdyby oferta Odwołującego nie podlegała

wykluczeniu, a Zamawiający przyznałby mu dodatkowe punkty w Podkryterium ZG2, z pominięciem punktów za doświadczenie wskazywane w ramach Zadania nr 2, to wciąż jako najkorzystniejsza w rankingu utrzymywałaby się oferta wykonawcy Transprojekt Gdański sp. z o.o. (dowód: symulacja badania oceny ofert w przypadku przyznania Odwołującemu maksymalnej liczby punktów w ramach Podkryterium ZG2 oraz punktów częściowych).

Rozpoznanie ewentualnego zarzutu nr 4 Odwołania zgodnie z żądaniem Odwołującego i przyznanie mu punktów w ramach Podkryterium ZG2 z wyłączeniem punktów za Zadanie nr 2, pozostawałoby wobec powyższego bez wpływu na wynik prowadzonego przez Zamawiającego postępowania. Zgodnie natomiast z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Oceniając zasadność zarzutu nr 5 w zakresie w jakim Odwołujący zarzuca naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 223 ust. 1 Pzp Zamawiający zaznaczył, że przepis ten co do zasady ma charakter dyspozytywny, formułując jedynie uprawnienie Zamawiającego do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Jedynie zaistnienie obiektywnych przesłanek uzasadniających wezwanie wykonawcy do wyjaśnień mogłoby stanowić podstawę do skonstruowania zarzutu naruszenia przepisów Pzp przez Zamawiającego w oparciu o powyższy przepis.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący w żaden sposób nie wykazał na czym mogłyby polegać wątpliwości powstałe po stronie Zamawiającego. Co więcej, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający bazując na wewnętrznych ustaleniach zaniechał wyjaśnienia swoich wątpliwości, podczas gdy w żadnym miejscu Zamawiający nie wskazywał, aby jakiegokolwiek wątpliwości powziął. Odwołujący zatem zdaje się niesłusznie oceniać, że przedstawienie informacji wprowadzających w błąd, aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek niejako wyjaśniania tego błędu, podczas gdy w rzeczywistości okoliczność wprowadzenia w błąd w Zamawiającego niejako powinna prowadzić do pozbawienia wykonawcy możliwości naprawienia tego zaniechania.

Co więcej, nie jest jasne w jaki sposób Odwołujący chciałby „naprawić” identyfikowaną wadliwość oświadczenia dotyczącego autorstwa Pana B. N., jeżeli DGI dla Zadania nr 2 nie zawiera wyników badań geofizycznych, a Pan B. N. nie jest autorem/współautorem Raportu z badań geofizycznych, do którego ta DGI referuje.

Do pisma zostały załączone: zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Opracowanie elementów Koncepcji Programowej inwestycji pn. „Budowa autostrady A2 Warszawa-Kukuryki na odcinku obw. Siedlec w km ok. 561+500 do węzła „Cicibór” (z węzłem) w km ok. 625+000” z dnia 9 czerwca 2018 r.; wyciąg z DGI dla Zadania nr 2; symulacja badania oceny ofert w przypadku przyznania Odwołującemu maksymalnej liczby punktów w ramach Podkryterium ZG2 oraz punktów częściowych.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca TRANSPROJEKT Gdański sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący” zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikiem postępowania.

W piśmie z 8 września 2023 r. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie stwierdzając m.in., że skoro wyniki badań geofizycznych zawarte są w Raporcie z badań geofizycznych a raport z badań geofizycznych nie stanowi części / elementu dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, to wykazana przez Odwołującego dokumentacja geologiczno-inżynierska nie zawiera wyników badań geofizycznych. Przystępujący przedstawił także argumentację opartą na załączonym do pisma wyciągu z Wytocznych, których zastosowanie w analizowanej sprawie kwestionuje Zamawiający.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego, załączone do ww. pism stron postępowania oraz złożone przez: Odwołującego w postaci decyzji administracyjnej z 9 września 2020 r. zatwierdzającej DGI dla zadania nr 2, wyciągu z DGI opracowanej przez p. B. N. z czerwca 2020 r. dla zamówienia pn. Budowa drogi ekspresowej S19 Lublin-Lubartów od węzła Lubartów Północ (wraz z węzłem) do węzła Lublin Rudnik (bez węzła), poprawioną symulację wyniku postępowania w odpowiedzi na symulację załączoną do odpowiedzi na odwołanie.

Izba przyjęła w poczet dowodów także złożony przez Przystępującego wyciąg z Wytocznych wykonywania badań podłoża gruntowego na potrzeby budownictwa drogowego opracowanych przez Państwowy Instytut Geologiczny – Państwowy Instytut Badawczy, Akademia Górniczo Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie, Politechnika Warszawska, uznając go jednak za nieprzydatny dla rozpoznania sprawy, z uwagi na to, iż stosownie do art. 525 ust. 4 Pzp czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, a Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że Wytoczne te nie

mają zastosowania w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący podał w szczególności, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu. Unieważnienie niezgodnych z Pzp czynności Zamawiającego polegających na bezzasadnym odrzuceniu oferty Odwołującego skutkować będzie wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej, umożliwiając zawarcie z Zamawiającym umowy i realizację zamówienia. Ewentualne nieuwzględnienie odwołania pozbawi Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, czego skutkiem będzie poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby uzyskując zamówienie.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

W postępowaniu zostało złożonych 5 ofert, w tym oferta Odwołującego oznaczona numerem 2.

W pkt 21 SWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert.

Cena (C) - 60 % = 60 pkt; Doświadczenie projektowe (DP) – 20% = 20 pkt; Zespół geologiczny (ZG) – 10% = 10 pkt; Zespół środowiskowy (ZŚ) – 10% = 10 pkt.

Zamawiający dokona oceny ofert przyznając punkty w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert, przyjmując zasadę, że 1 punkt = 1%. Badaniu w kryteriach oceny ofert podlegać będą oferty niepodlegające odrzuceniu. (...)

21.1.3. Kryterium „Zespół geologiczny” (ZG)

Kryterium „Zespół geologiczny” będzie rozpatrywane na podstawie informacji dotyczących doświadczenia osób wskazanych do pełnienia funkcji geologa, geofizyka i hydrogeologa przekazanych przez Wykonawcę w formularzu „Kryterium oceny ofert – Zespół geologiczny”. W tym kryterium można uzyskać maksymalnie 10 punktów, a faktyczna liczba punktów w kryterium zostanie obliczona według następującego wzoru: $ZG = ZG1 + ZG2 + ZG3$ (...). Punkty w tym kryterium zostaną przyznane na podstawie informacji zawartych w Formularzu „Kryterium oceny ofert - Zespół geologiczny”.

UWAGA:

- *Ocenie będą podlegały jedynie informacje zawarte w Formularzu „Kryterium oceny ofert - Zespół geologiczny” (Formularz 2.2.3.) złożonym wraz z ofertą.*
- *Przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp może mieć zastosowanie jedynie w (...)*

Stosownie do postanowień pkt 21.1.3.2 SWZ: Podkryterium 2 (ZG2) Geofizyk

W tym podkryterium można uzyskać maksymalnie 2 punktów. Doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Geofizyka, zdobyte w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert przy opracowaniu jako autor lub współautor dokumentacji geologiczno-inżynierskich zawierających wyniki badań geofizycznych lub raportów geofizycznych lub dokumentacji badań geofizycznych dla drogi lub ulicy klasy min. GP o przekroju 2x2 długości min. 20 km każda. Punkty w tym podkryterium zostaną przyznane wg poniższych zasad: za wykazane doświadczenie:

- *1 dokumentacja – 0 punkt,*
- *2 dokumentacje – 1 punkty,*
- *3 dokumentacje – 2 punktów.*

W Formularzu 3.2.3 Kryterium oceny ofert – Zespół Geologiczny Odwołujący w spornym zakresie podał: (...) *przedkładam niniejszy formularz w celu wykazania doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, o którym mowa w kryterium oceny ofert opisanym w pkt 21.1.3. IDW.*

Funkcja	Imię i nazwisko osoby wskazanej do pełnienia funkcji	Informacje dotyczące doświadczenia
Podkryterium 2 (ZG2) Geofizyk	B. N.	<p>Osoba wskazana w kolumnie nr 2 jest:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. autorem/współautorem * dokumentacji geologicznoinżynierskich zawierających wyniki badań geofizycznych/raportów geofizycznych/dokumentacji badań geofizycznych* dla drogi lub ulicy klasy S (wskazać klasę drogi) o przekroju 2x2 o długości ok. 68 (wskazać długość drogi, dla której wskazana osoba opracowała dokumentację w ramach ww. zadania) km, wykonanej w ramach zadania S19 na odcinku Ploski - Chlebczyn (podać nazwę zadania). Data opracowania dokumentacji: 20.08.2019 r. (podać dzień/miesiąc/rok) 2. autorem/współautorem * dokumentacji geologicznoinżynierskich zawierających wyniki badań geofizycznych/raportów geofizycznych/dokumentacji badań geofizycznych* dla drogi lub ulicy klasy A (wskazać klasę drogi) o przekroju 2x2 o długości 63,5 (wskazać długość drogi, dla której wskazana osoba opracowała dokumentację w ramach ww. zadania) km, wykonanej w ramach zadania Budowa autostrady A2 Warszawa - Kukuryki na odcinku obw. Siedlec w km ok. 561+500 do węzła "Cicibór" (z węzłem) w km ok. 625+000, (podać nazwę zadania). Data opracowania dokumentacji: 09.09.2020 (podać dzień/miesiąc/rok) 3. autorem/współautorem * dokumentacji geologicznoinżynierskich zawierających wyniki badań geofizycznych/raportów geofizycznych/dokumentacji badań geofizycznych* dla drogi lub ulicy klasy S (wskazać klasę drogi) o przekroju 2x2 o długości ok. 23,80 (wskazać długość drogi, dla której wskazana osoba opracowała dokumentację w ramach ww. zadania) km, wykonanej w

Pismem z 18 sierpnia 2023 r. Zamawiający zawiadomił o wyniku postępowania oraz odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego, podając: Zamawiający, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, działająca na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, **odrzuca ofertę nr 2** złożoną przez Wykonawcę **Multiconsult Polska sp. z o. o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa, ponieważ została złożona przez Wykonawcę wykluczonego z postępowania**

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 postępowaniu zastosowano fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawców, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. W związku z powyższym w pkt 9.2 IDW Zamawiający poinformował, że z postępowania wykluczy 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.

W pkt 21.1 IDW Zamawiający jako jedno z kryteriów oceny ofert wskazał kryterium Zespół geologiczny (ZG), któremu przypisano wagę 10%. Na kryterium Zespół geologiczny składają się 3 podkryteria, w tym podkryterium 2 (ZG2) o wadze 2%. W pkt 21.1.3. IDW Zamawiający wskazał, że podkryterium będzie rozpatrywane na podstawie oferty Wykonawcy – formularza „Kryterium oceny ofert – Zespół geologiczny”. Ocenie poddane zostanie doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji geofizyka wykazane w ww. formularzu.

Złożone przez Wykonawcę oświadczenia w zakresie doświadczenia osoby dedykowanej do pełnienia funkcji Geofizyka były niezgodne z rzeczywistością i dotyczyły informacji mogącej wpływać na wynik postępowania skutkując jego wypaczeniem.

W Formularzu 2.2.3. „Kryterium oceny ofert – zespół geologiczny” Wykonawca wskazał doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Geofizyka – Pana B. N., w tym:

Zadanie 2: "Budowa autostrady A2 Warszawa - Kukuryki na odcinku obw. Siedlec w km ok. 561+500 do węzła "Cicibór"

(z węzłem) w km ok. 625+000", w ramach którego (jak wskazał Wykonawca) wskazana osoba brała udział jako współautor przy opracowaniu **Dokumentacji Geologiczno-Inżynierskich zawierających wyniki badań geofizycznych dla drogi klasy A przekroju 2x2 o długości 63,5 km wraz z obiektami inżynierskimi.**

Po badaniu doświadczenia Pana B. N. Zamawiający ustalił, że był on współautorem Dokumentacji Geologiczno-Inżynierskiej (DGI) oraz, że **dokumentacja ta nie zawierała wyników badań geofizycznych.**

Dla przedmiotowej inwestycji przed sporządzeniem Dokumentacji Geologiczno-Inżynierskiej (DGI) opracowane zostały Raporty z badań geofizycznych.

Skład autorski w/w Raportów badań geofizycznych przedstawia się następująco:

Z powyższego wynika, że **p. B. N. nie opracował Raportu z badań geofizycznych.**

Po przeanalizowaniu treści Dokumentacji Geologiczno-Inżynierskiej (DGI) stwierdzono, że opracowana w późniejszym terminie DGI nie zawierała wyników badań geofizycznych, a jedynie je uwzględniała, czym Wykonawca wprowadził w błąd Zamawiającego.

Wykonawca w złożonym Formularzu 2.2.3. „Kryterium oceny ofert – zespół geologiczny” oświadczył, że w ramach zadania nr 2 Pan B. N. zdobył doświadczenie jako współautor przy opracowaniu dokumentacji geologiczno-inżynierskich zawierających wyniki badań geofizycznych dla drogi lub ulicy "Budowa autostrady A2 Warszawa - Kukuryki na odcinku obw. Siedlec w km ok. 561+500 do węzła "Cicibór" (z węzłem) w km ok. 625+000". Stwierdzenie takie **nie jest prawdą**, gdyż dokumentacja przedstawiona w tym zadaniu nie zawierała wyników badań geofizycznych.

Wykonawca twierdząc, że Pan B. N. zdobył doświadczenie jako współautor przy opracowaniu dokumentacji geologiczno-inżynierskich zawierających wyniki badań geofizycznych dla drogi lub ulicy w ramach zadania "Budowa autostrady A2 Warszawa - Kukuryki na odcinku obw. Siedlec w km ok. 561+500 do węzła "Cicibór" (z węzłem) w km ok. 625+000", podał nieprawdziwe informacje, które mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd, dlatego też wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania a jego oferta odrzuceniu.

Należy wskazać, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp stanowi, że 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.

Przyglądając się podstawom wykluczenia zawartym w art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp przede wszystkim wskazać należy, że z tego punktu widzenia celem Zamawiającego jest wyeliminowanie wykonawców, którzy w toku postępowania przedstawiają informacje wprowadzające go w błąd. Zgadzając się z M. Stachowiak stwierdzić należy, że do katalogu tego rodzaju informacji należy zaliczyć takie informacje, które nie są zgodne z rzeczywistością, istniejącym stanem faktycznym. Są to więc informacje nieprawdziwe, oddające fałszywie stan faktyczny, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający pozostaje w błędzie, czyli ma mylne wyobrażenie o rzeczywistości lub też nie ma jakiegokolwiek wyobrażenia o niej (taką definicję błędu podaje Z. Radwański [w:] System prawa prywatnego, t. 1, Prawo cywilne – część ogólna, red. M. Safjan, Warszawa 2008, s. 397). Niezbędnym jest także, aby informacje przedstawiane przez wykonawcę mogły mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w postępowaniu. Będą to informacje, które były wymagane do przedstawienia przez wykonawcę we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofercie lub inne przekazywane przez wykonawcę w toku postępowania w celu uzyskania zamówienia publicznego, wyznaczone odpowiednimi przepisami. Z orzecznictwa KIO wynika, że mogą to być w szczególności informacje dotyczące produktu oferowanego (wyrok KIO z 10.01.2020 r., KIO 2620/19, LEX nr 2923302), dotyczące zgodności z parametrami określonymi przez zamawiającego (wyrok KIO z 25.06.2019 r., KIO 1036/19, LEX nr 2712290), informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy czy też odrzucenia jego oferty (wyrok KIO z 31.12.2019 r., KIO 2517/19, LEX nr 2814627).

Podkreślić należy, że dyspozycja art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp wskazuje, że aby wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie powołanego przepisu koniecznym jest wskazanie, że wykonawca informacje wprowadzające w błąd przedstawił w sposób zawiniony. Z tym, że wystarczające jest wykazanie winy nieumyślnej w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy stwierdzić należy, że w przedmiotowym przypadku ziściły się wszystkie przesłanki konieczne do zastosowania przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp względem Wykonawcy. Kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia personelu wykonawcy, jak również sposób oceny ofert w kryterium opisanym przez Zamawiającego w pkt 21.1.3 i dalszych IDW niemogą budzić żadnych wątpliwości. Bez wątpienia informacje dotyczące Zadania nr 2 przekazane przez Wykonawcę w Formularzu 2.2.3. „Kryterium oceny ofert – zespół geologiczny” mają walor

informacji nieprawdziwych. Nie polega na prawdzie informacja, że Pan B. N. brał udział przy opracowaniu dokumentacji geologiczno inżynierskiej zawierającej wyniki badań geofizycznych. Bez wątplenia, co ustalono w toku postępowania, tego rodzaju informacje przekazane przez Wykonawcę należy uznać za nieprawdziwe. Nie budzi żadnych wątpliwości, że omawiane informacje podane przez Wykonawcę w formularzu „Kryterium oceny ofert – zespół geologiczny” wprowadzały Zamawiającego w błąd, bowiem na ich podstawie Zamawiający pozostawał w błędzie co do doświadczenia Pana B. N. wskazanego do pełnienia funkcji Geofizyka.

Co istotne, takie fałszywe przekonanie Zamawiającego mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, ponieważ w ich wyniku mógł on przyznać Wykonawcy maksymalną ilość punktów, co mogło wprost prowadzić do uznania przez Zamawiającego, że oferta Wykonawcy powinna być wybrana w przedmiotowym postępowaniu jako oferta najkorzystniejsza.

Na kanwie kumulatywnego wypełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp konieczne jest odniesienie się okoliczności dotyczących zawinionego działania Wykonawcy. Wskazać należy, że działanie Wykonawcy należy oceniać w kontekście należytej staranności, jaka powinna być przypisana profesjonalście, który występuje na danym rynku branżowym. W tym aspekcie wymagane jest odwołanie się do art. 8 ustawy Pzp, który stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Tym samym do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 355 § 1 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Oznacza to, że 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 (wyrok Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK151/03). 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 (wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). W stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, ponieważ przepis art. 355 § 2 k.c. stanowi, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Bez wątplenia za profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Przesądza to o tym, że należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Stanowisko zaprezentowane wyżej jest utrwalone w orzecznictwie Izby.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że w przedmiotowym stanie faktycznym Wykonawcy można przypisać niedbalstwo, polegające na braku staranności w zakresie deklaracji w złożonym dokumencie, tj. w formularzu „Kryterium oceny ofert – zespół geologiczny”, nieodpowiadających faktom funkcjonującym w rzeczywistości. Jednak gdyby stanąć na stanowisku, że opisanemu zachowaniu Wykonawcy nie można przypisać niedbalstwa to niewątpliwie cechuje je daleko posunięta lekkomyślność, która podobnie jak niedbalstwo wypełnia dyspozycję przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp. W omawianym przypadku, przy założeniu, że podane przez Wykonawcę w formularzu „Kryterium oceny ofert – zespół geologiczny” informacje na temat doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko geofizyka są nieprawdziwe, Wykonawca podlega wykluczeniu, a jego ofertę należało odrzucić.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp: Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 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.

Z przepisu tego wynika, że dla jego zastosowania musi łącznie wystąpić: przekazanie przez wykonawcę informacji mogących wprowadzić zamawiającego w błąd, przekazanie takich informacji powinno nastąpić w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa oraz ww. informacje muszą charakteryzować się tym, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego.

W przypadku odrzucenia oferty wykonawcy i jej zaskarżenia, Izba ocenia zasadność tej czynności z uwzględnieniem treści jej uzasadnienia przedstawionego przez Zamawiającego w informacji o jej dokonaniu.

W okolicznościach analizowanej sprawy spór dotyczy oświadczenia Odwołującego złożonego w Formularzu 2.2.3. „Kryterium oceny ofert – zespół geologiczny”, dotyczącego doświadczenia pana B. N. jako osoby wskazanej przez Odwołującego do pełnienia funkcji geofizyka (Podkryterium 2 (ZG2) w zakresie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej (dalej również: „DGI”), sporządzonej w ramach zadania nr 2: "Budowa autostrady A2 Warszawa - Kukuryki na odcinku obw. Siedlec w km ok. 561+500 do węzła "Cicibór" (z węzłem) w km ok. 625+000", a ściślej tego czy w rozumieniu SWZ zawierała ona wyniki badań geofizycznych.

Zdaniem Zamawiającego wprowadzenie go w błąd przez Odwołującego nastąpiło poprzez złożenie oświadczenia w ww. zakresie, że Pan B. N. zdobył doświadczenie jako współautor przy opracowaniu dokumentacji geologiczno-inżynierskiej zawierającej wyniki badań geofizycznych, które nie jest prawdą, ponieważ dokumentacja przedstawiona w tym zadaniu nie zawierała wyników badań geofizycznych. W ocenie Zamawiającego o powyższym świadczy to, iż w przypadku tego zadania brak jest załączenia raportu z badań geofizycznych. Zamawiający nie kwestionuje przy tym, że wyniki tych badań mogły zostać uwzględnione w tej dokumentacji, jednak w ocenie Zamawiającego użytego w opisie kryterium wyrazu „zawiera” nie można rozumieć jako „uwzględnia”.

Ze stanowiska prezentowanego przez Przystępującego wynika, że za wypełnieniem przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowania przemawia to, że do referencyjnej DGI nie został załączony dokument zawierający wyniki badań geofizycznych, bowiem nie został załączony raport z tych badań. W piśmie z 8 września 2023 r. Przystępujący zaznaczył, iż *skoro*:

- *wyniki badań geofizycznych zawarte są w Raporcie z badań geofizycznych,*

- *Raport z badań geofizycznych nie stanowi części/elementu dokumentacji geologiczno-inżynierskiej*

To wskazana przez Odwołującego dokumentacja geologiczno-inżynierska nie zawiera wyników badań geofizycznych.

Przystępujący stwierdził również, że *samo uwzględnienie wyników badań geofizycznych, zawartych w odrębnym raporcie, którego autorem bądź współautorem nie jest B. N., nie jest i nie może być utożsamiane z zawarciem wyników badań geofizycznych w dokumentacji geologiczno-inżynierskiej.* Zdaniem Przystępującego nie sposób tak samo traktować pozornie zbieżnych określeń: „zawierać” oraz „uwzględniać”, bowiem określenie „zawierać” wymaga „fizycznej obecności” jakiegoś nośnika/dokumentu/oświadczenia, czego nie wymaga określenie „uwzględniać”.

Według Odwołującego natomiast złożone przez niego oświadczenie jest zgodne z prawdą, ponieważ referencyjna dokumentacja zawierała wyniki badań geofizycznych. Użyte w SWZ sformułowanie „zawiera” oznacza bowiem, że DGI zawierająca wyniki badań sporządzonych przez specjalistów z zakresu geofizyki, to także taka w której zostały one wykorzystane (użyte) do sporządzenia tej dokumentacji, i tym samym spełnia ona wymóg dla uzyskania dodatkowego punktu w kryterium oceny ofert. Tym bardziej, że na każdym z profili podłużnych modelu geologicznego podłoża, o którym mowa w DGI i które są częścią DGI została zamieszczona informacja, że profil został określony na podstawie wyników przeprowadzonych badań geofizycznych, na które jest wskazanie w tekście tej dokumentacji. Nadto w przypadku tej klasy drogi, tj. autostrady nie jest możliwe, aby DGI nie zawierała wyników badań geofizycznych. Chodzi o specyfikę drogi i wytyczne Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (GDDKiA), która wymaga, aby na podstawie badań geofizycznych zostało wyinterpretowane to, co jest pomiędzy punktami (otworami). DGI wymieniona w formularzu oferty na pozycji 2 zawiera te wyniki. Zamawiający nie wymagał, aby wskazana osoba sporządziła badania geofizyczne, a jedynie, aby były one zawarte w dokumentacji przez nią sporządzonej. Są to dwa odrębne dokumenty o różnym charakterze, opracowywane w różnych okresach.

W ocenie Izby nie można podzielić stanowiska Zamawiającego i Przystępującego.

Jak wyżej ustalono Zamawiający jako jedno z kryteriów oceny ofert wskazał kryterium Zespół geologiczny (ZG), któremu przypisano wagę 10%. Na kryterium to składają się 3 podkryteria, w tym podkryterium 2 (ZG2) o wadze 2%, w którym w przypadku legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu trzech zadań odpowiadających wymogom kryterium przez wskazaną do pełnienia funkcji geofizyka osobą, wykonawca mógł uzyskać 2 punkty w kryterium oceny ofert. Zamawiający wskazał, że podkryterium będzie rozpatrywane na podstawie oferty Wykonawcy – formularza „Kryterium oceny ofert – Zespół geologiczny”. Ocenie poddane zostanie doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji geofizyka wykazane w ww. formularzu. W odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji geofizyka zostało podane, iż będzie punktowane: *Doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Geofizyka, zdobyte w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert przy opracowaniu jako autor lub współautor dokumentacji geologiczno-inżynierskich zawierających wyniki badań geofizycznych lub raportów geofizycznych lub dokumentacji badań geofizycznych dla drogi lub ulicy klasy min. GP o przekroju 2x2 długości min. 20 km każda”.*

Odwołujący na potwierdzenie dysponowania personelem posiadającym punktowane doświadczenie wskazał 3

projekty zrealizowane przez pana B. N. Zamawiający nie kwestionuje doświadczenia pana B. N. zdobytego na zadaniach nr 1 i 3.

W sprawie nie ma sporu co do tego, że szczegółowe wyniki badań geofizycznych dla zadania nr 2, są zawarte w raporcie z badań geofizycznych wykonanych metodą tomografii elektrooporowej dla wstępnego rozpoznania budowy geologicznej na potrzeby inwestycji „Budowa autostrady A2 Warszawa – Kukuryki na odcinku obw. Siedlec w km ok. 561+500 do węzła „Cicibór” z węzłem w km ok. 625+000”, na co, jak wynika z pisma Zamawiającego z 18 sierpnia 2023 r., jest wskazanie w referencyjnej DGI, której współautorem jest osoba wskazana przez Odwołującego do pełnienia funkcji geofizyka. Nie ma też sporu, że Pan B. N. nie był autorem ani współautorem tego raportu.

Jak wynika z analizy stanowisk uczestników postępowania, przedmiot sporu dotyczy w istocie sposobu rozumienia wyrazu: „zawiera”, użytego przez Zamawiającego w opisie kryterium. Zamawiający nie kwestionuje bowiem samej przedmiotowej DGI.

W związku z tym zauważenia wymaga, że redakcja spornego kryterium wskazuje, że dla zdobycia dodatkowych punktów wykonawca winien wskazać osobę, która legitymuje się doświadczeniem jako *autor/ współautor*:

- *dokumentacji geologiczno-inżynierskich zawierających wyniki badań geofizycznych lub*

- *raportów geofizycznych lub*

- *dokumentacji badań geofizycznych*

dla drogi lub ulicy wskazanej klasy.

Z opisu kryterium wynika zatem, że Zamawiający zamierzał honorować doświadczenie w sporządzeniu każdego z ww. dokumentów również niezależnie, czyli za wystarczające uznawał także doświadczenie w wykonaniu jednego z nich dla danego zadania, na co wskazuje użycie alternatywy „lub”. Dotyczy to każdego z trzech ww. dokumentów. Zamawiający nie wskazał bowiem, że w przypadku pierwszego z ww. dokumentów, wymagane jest, aby wskazana osoba była także autorem/ współautorem drugiego dokumentu, tj. raportu geofizycznego. Wymagał jedynie, aby dokumentacja geologiczno-inżynierska, a więc odrębny dokument, zawierała wyniki badań geofizycznych, nie precyzując, co rozumie pod pojęciem „zawiera”.

Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku języka polskiego PWN przez „zawierać” należy rozumieć m.in.: o wypowiedzi, książce, filmie, itp. „mieścić w sobie jakieś treści”, z kolei przez: „zawierać się” w odniesieniu do jakiejś treści, idei, myśli należy rozumieć „być wyrażonym w wypowiedzi, książce, filmie, itp.”; „polegać na czymś”.

Na etapie oceny ofert nie jest możliwe dokonywanie zmiany SWZ, w tym wprowadzanie zawężającego rozumienia wprowadzonych w SWZ postanowień. Nie jest zatem obecnie możliwe wprowadzenie wymagania, aby wskazana osoba była autorem/współautorem dwóch z ww. dokumentów dla referencyjnego zadania, tj. jak w analizowanej sprawie: dokumentacji geologiczno-inżynierskiej zawierającej wyniki badań geofizycznych oraz raportu geofizycznego sporządzonego dla tego zadania. Nie jest dopuszczalne wyłączenie jednego z możliwych sposobów rozumienia użytego w SWZ wyrazu „zawiera”, zwłaszcza w sytuacji, gdy także celowościowa wykładnia opisu kryterium, prowadzi do wniosku, że DGI zawierająca wyniki badań geofizycznych to także taka, w której zostały one uwzględnione / wykorzystane (użyte) do sporządzenia tej dokumentacji.

Skoro Zamawiający zamierzał przyznać dodatkowe punkty za doświadczenie w opracowaniu DGI zawierającej wyniki badań geofizycznych oraz odrębnie za doświadczenie w opracowaniu samego raportu geofizycznego, to oznacza, że nie jest uprawnione obecnie prezentowane stanowisko, z którego wynika, że skoro wskazana osoba nie była również autorem/ współautorem raportu z badań geofizycznych, to nie wystarczy, aby wyniki tych badań były zwarte w DGI w tym znaczeniu, że dokumentacja ta została sporządzona z ich uwzględnieniem.

W ocenie Izby w świetle brzmienia kryterium oraz stanowiska Zamawiającego, zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie, przez zawarcie wyników badań geofizycznych w dokumentacji geologiczno-inżynierskich, należy uznać także ich uwzględnienie w tej dokumentacji.

Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie kluczowe dla niego było, aby osoba wskazana do pełnienia funkcji geofizyka, bez względu na rodzaj dokumentu, tj. jednego z trzech wymienionych w ww. kryterium oceny ofert, posiadała kompetencje w przeprowadzeniu/analizie badań geofizycznych w ramach realizacji zamówienia. Oznacza to zatem, że Zamawiający przy ocenie dodatkowo punktowanego doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji geofizyka, zamierzał brać pod uwagę doświadczenie nie tylko w przeprowadzeniu, ale też w analizie badań geofizycznych. Jest zrozumiałym, że wykorzystanie wyników badań geofizycznych w dokumentacji geologiczno-inżynierskiej wiąże się z ich uprzednią analizą.

Skoro zatem pan B. N. był współautorem jednego ze wskazanych przez Zamawiającego dokumentów, przy sporządzaniu którego zostały uwzględnione wyniki badań geofizycznych, zawarte w raporcie geofizycznym wskazanym w treści tej dokumentacji, to oznacza, że posiada on oceniane przez Zamawiającego kompetencje i wpisuje się cel stawiany temu kryterium. Nie ma bowiem sporu co do tego, że dokumentacja geologiczno-inżynierska, której współautorem był pan B. N., uwzględnia wyniki badań zawarte w raporcie wykonanym przed jej sporządzeniem. Zamawiający nie zakwestionował bowiem stanowiska Odwołującego, z którego wynika, że wyniki badań geofizycznych zostały wykorzystane (użyte) do sporządzenia dokumentacji, że na każdym z profili podłużnych modelu geologicznego podłoża, o którym w niej mowa została zamieszczona informacja, że został on określony na podstawie wyników przeprowadzonych badań geofizycznych. Oznacza to, że przez autorów dokumentacji geologiczno-inżynierskiej została przeprowadzona analiza wyników badań geofizycznych, a z treści tej dokumentacji wynika, w jakim raporcie zostały te wyniki zawarte. Nadto na rozprawie Zamawiający przyznał, że ma wgląd do tego raportu.

Zwraca przy tym uwagę, że z dowodu przedłożonego przez Odwołującego w postaci decyzji nr 179/20/PE.I z 9 września 2020 r. wydanej przez Marszałka Województwa Mazowieckiego w sprawie zatwierdzenia Dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla inwestycji pn. „Budowa autostrady A2 Warszawa – Kukuryki na odcinku obwodnica Siedlec w km ok. 561+500 do węzła „Cicibór” z węzłem w km ok. 625+000” wynika, że o jej zatwierdzenie wystąpił Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad oraz, że spełnia ona wymagania określone w § 2, 19 i 23 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 18 listopada 2016 r. (Dz.U. poz. 2033) w sprawie dokumentacji hydrologicznej i dokumentacji geologiczno-inżynierskiej.

Z tych względów trudno uznać za uzasadnione stanowisko Zamawiającego, który obecnie próbuje nadać nowe brzmienie opisowi przedmiotowego kryterium oceny ofert, tj. pomijając pierwszą alternatywę „lub”, użytą przy wskazywaniu honorowanych dokumentów, wywodzi, że niezależnie od tego, że po niej występuje wskazanie na raport geofizyczny, a więc odrębny dokument, taki raport powinien być elementem pierwszego z dokumentów. Skoro natomiast taki raport nie został załączony do DGI oraz jego autorem/ współautorem nie jest pan B. N., to nastąpiło podanie przez Odwołującego informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego.

Zauważenia przy tym wymaga, że nawet jeśli przyjąć, że prezentowane przez Zamawiającego i Przystępującego stanowisko, to nie próba zmiany SWZ, lecz dopuszczalna jedna z interpretacji postanowień SWZ, która miałaby być możliwa z uwagi na to, że nie są one w tym zakresie wystarczająco jasne, to zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem, wątpliwości w tym zakresie nie mogą negatywnie skutkować dla wykonawcy, bowiem to Zamawiający jest autorem SWZ i to na nim ciąży obowiązek precyzyjnego określenia jej postanowień.

Z tych względów, w ocenie Izby, należy uznać, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony uznał za wprowadzenie go w błąd tym, iż - jak stwierdził w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego – wykonawca ten jedynie uwzględnił wyniki badań geofizycznych w DGI. W ocenie Izby, skoro Odwołujący uwzględnił te wyniki w dokumentacji geologiczno-Inżynierskiej, to zważywszy na sposób redakcji kryterium oraz cel jakiemu ono służyło, dokumentacja, której wskazana osoba jest współautorem, zawiera wyniki badań geofizycznych. Odwołujący w swojej ofercie nie przedstawił zatem informacji, która byłaby niezgodna z rzeczywistym stanem rzeczy, a w konsekwencji nie wypełniła się pierwsza z łącznych przesłanek dla zastosowania przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Badanie zaistnienia pozostałych przesłanek jest zatem bezcelowe.

W konsekwencji uwzględnienia ww. zarzutu oraz wobec ustalenia, że Zamawiający nie dokonał oceny oferty Odwołującego uznając, iż wykonawca podlega wykluczeniu, za zasadne na tym etapie postępowania należy także uznać pozostałe zarzuty odwołania, w tym zarzut dotyczący dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem oceny oferty Odwołującego.

Wobec uwzględnienia zarzutu podstawowego, zarzuty ewentualne nie podlegają rozstrzygnięciu.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie stwierdzono naruszenie przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku

postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit b 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).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....