

WYROK

Warszawa, dnia 18 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński
Bartosz Stankiewicz
Joanna Stankiewicz-Baraniak
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2025 r. przez Odwołującego – wykonawcę TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu w którym Zamawiającym jest Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53, 00-874 Warszawa, a prowadzącym postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów
przy udziale uczestnika wykonawcy PROMOST CONSULTING spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

- 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę w wysokości 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą równowartość kosztów poniesionych przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53, 00-874 Warszawa, a prowadzącym postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów (zwana dalej „Zamawiającym”), prowadzi w przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm.), (zwanej dalej jako: „Pzp” lub „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Wykonanie Studium Techniczno-Ekologiczno-Środowiskowego (STES) oraz Materiałów do wniosku o wydanie Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (DUŚ) dla zadań w podziale na części:
Część 1. „Budowa nowego przebiegu DK9 klasy GP na odcinku od obwodnicy Nowej Dęby do drogi ekspresowej S74 w

województwie podkarpackim”,

Część 2. „Budowa drogi łączącej obwodnicę Nowej Dęby z obwodnicą Kolbuszowej w ciągu DK9 (odc. Komorów – Cmolas),

Część 3. „Budowa drogi łączącej obwodnicę Kolbuszowej w ciągu DK9 z autostradą A4 węzeł Rzeszów Zachód (odc. Widelka – A4 Rzeszów Zachód)”, znak sprawy: O/RZ.D-3.2421.19.2024 (zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 września 2024 r. pod numerem 186/2024 571936-2024

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 27 marca 2025 r. wykonawca TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie w zakresie następujących czynności Zamawiającego, podjętych oraz zaniechanych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części 3:

1. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności wyboru oferty wykonawcy Promost Consulting Sp. z o.o. sp. k. (dalej: „Promost”) jako najkorzystniejszej;
2. zaniechania odrzucenia oferty Promost, pomimo iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP w związku z pkt 7.5.2. SWZ i art. 16 pkt 1) ustawy PZP, poprzez ich zaniechanie odrzucenia oferty Promost, pomimo że Promost nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.
2. art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy PZP w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „UZNK”) oraz art. 14 ust. 1 UZNK, a także pkt 7.5.2. SWZ i art. 16 pkt 1) ustawy PZP, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Promost, mimo że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji
3. art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na skierowaniu w dniu 5 marca 2025 r. do Promost wezwania w trybie przewidzianym tym przepisem do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie spełnienia warunku zdolności zawodowej personelu, w odniesieniu do osoby Geologa, pomimo braku podstaw do wystosowania takiego wezwania.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności oceny ofert,
- 2.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3.odrzucenie oferty Promost;
- 4.ponowną ocenę ofert.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania,/oraz poniósł bądź może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy PZP. Odwołujący ma interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Zamawiający dokonał istotnych czynności z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, na skutek czego Odwołujący stracił szansę na uzyskanie zamówienia. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Szkoda Odwołującego polega na nieuzyskaniu przychodu w wysokości ceny oferty.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP w związku z pkt 7.5.2. SWZ i art. 16 pkt 1) ustawy PZP, poprzez ich zaniechanie odrzucenia oferty Promost, pomimo

że Promost nie spełnia warunków udziału w postępowaniu Odwołujący wskazał, że czynność Zamawiającego polegające na wezwaniu do uzupełnienia Wykazu osób była nieuprawniona

i niezgodna z PZP. Zamawiający powinien odrzucić ofertę Promost – zamiast wzywać Promost

do zastąpienia informacji informacją prawdziwą. Naruszenie wskazanych Odwołania przepisów pzp

i znku wynika w ocenie Odwołującego z tego, że oferta Promost została wybrana choć ww. wykonawca:

- po pierwsze - złożył w Wykazie osób oświadczenie zawierające nieprawdziwe informacje w zakresie istotnych dla przetargu informacji dot. spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. posiadania zdolności zawodowej (doświadczenia) personelu wykonawcy w odniesieniu do osoby geologa;
- po drugie - przyznał się do wprowadzenia w błąd Zamawiającego odnośnie spełnienia

ww. warunku – a to poprzez dokonanie zmiany doświadczenia;

–po trzecie, dokonał zastąpienia nieprawdziwej informacji dot. warunku zdolności zawodowej personelu wykonawcy, informacją prawdziwą. W takich okolicznościach sprawy Zamawiający nie wyciągnął wobec Promost żadnych konsekwencji uznając, że wskazanie innego sposobu spełnienia warunku udziału w Postępowaniu (poprzez wskazanie innego doświadczenia, które miało spełnić wymagania) w tym przypadku jest dopuszczalne.

W pierwszej kolejności Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie miał podstaw prawnych, aby kierować do Promost w dniu 5 marca 2025 r. wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 pzp do złożenia kolejnego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnienie warunku zdolności zawodowej (doświadczenia) personelu wykonawcy.

Wykaz osób, który Promost złożyło w dniu 20 lutego 2025 r. nie był bowiem ani niekompletny, ani nie zawierał błędów – zatem nie spełniły się przesłanki wezwania o uzupełnienie wskazane w art. 128 ust. 1 PZP. Dokumentami obciążonymi błędami są dokumenty, które zostały fizycznie złożone oraz są formalnie poprawne, jednak nie potwierdzają spełniania odpowiednich wymagań.

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

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

Skutek przedstawienia w podmiotowych środkach dowodowych informacji nieprawdziwych jest zdaniem Odwołującego jeden – otóż nie ma zastosowania przepis art. 128 ust. 1 PZP – gdyż nie jest dopuszczalne zastąpienie informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi. Przykładowo Odwołujący wskazał tutaj orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 84/23 oraz z dnia 19 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 886/22 oraz Sądu Okręgowego w Warszawie w wyroku z dnia 11 marca 2024 r., sygn. akt XXIII Zs 1/24 a także w wyroku z dnia 11 lipca 2024 r., sygn. akt XXIII Zs 54/24.

Odwołujący zwrócił uwagę, że analogiczna sytuacja była już przedmiotem orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 26 lutego 2024 r. sygn. akt 353/24. Odwołujący wywodzi z powyższego wyroku, że zachowanie się Promost realizuje przesłankę złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że w niniejszej sprawie mamy niesporny stan faktyczny – Promost podał w Wykazie osób nieprawdziwe informacje, a obecnie należy tylko dokonać subsumpcji tego niespornego stanu faktycznego pod wskazaną przez Odwołującego normę prawną.

Zdaniem Odwołującego działanie wykonawcy polegające na podaniu nieprawdziwych informacji niewątpliwie wyczerpuje znamiona czynu określonego w art. 14 ust. 1 UZNK, który stanowi, że: *„czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody”*. Zamawiający zidentyfikował nieprawdziwe informacje w Wykazie osób, jednakże umknęło Zamawiającemu, że podanie nieprawdziwych informacji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia m.in. w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Tym samym Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, co oznacza, że jest on zobowiązany do stworzenia warunków do uczciwego konkurowania przez wykonawców o uzyskanie zamówienia, jak też do eliminowania zachowań sprzecznych z prawem lub etyką. Zasadą uczciwej konkurencji jest bowiem prawdziwość rozpowszechnianych informacji (E. Nowińska [w:] K. Szczepanowska-Kozłowska, E. Nowińska, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2022, art. 14). Prawda winna być definiowana jako zgodność z rzeczywistością.

Jakkolwiek w SWZ Zamawiający nie zastrzegł wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP, to tak rażący przypadek przedstawienia przez Promost ewidentnie nieprawdziwych informacji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na:

1) działaniu sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażającym lub naruszającym interes innego przedsiębiorcy lub klienta - w myśl art. 3 ust. 1 UZNK.

2) rozpowszechnianiu nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody zgodnie z art. 14 ust. 1 UZNK:

W zakresie czynu nieuczciwej konkurencji wskazanego w art. 14 ust. 1 UZNK Odwołujący wskazuje na następujące poglądy:

1) Przepis, o którym mowa, obejmuje odpowiednim zakazem rozpowszechnianie zarówno informacji nieprawdziwych, jak i prawdziwych, ale niepełnych, przedstawionych wybiórczo, albo tak dobranych, że choć są jako takie prawdziwe, łącznie wywołują u odbiorcy błędne przeświadczenie (E. Nowińska [w:] K. Szczepanowska-Kozłowska, E. Nowińska, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. II, Warszawa 2022, art. 14).

2) Jak podkreślono w wyroku SA w Warszawie z 15.05.2015, I ACa 1458/14 - przedmiotem ochrony z przepisu art. 14 jest prawdziwość i rzetelność informacji dotyczących zarówno własnego, jak i cudzego przedsiębiorstwa.

Tym samym opisany powyżej stan faktyczny w ocenie Odwołującego w pełni realizuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji uregulowanego w art. 14 ust. 1 UZNK. Przywołany wyżej art. 14 ust. 1 UZNK ma istotne znaczenie dla przedsiębiorców z uwagi na pewność obrotu gospodarczego i przejawia się w prawnej dyskwalifikacji działań podważających wiarygodność a tym samym zakłócających przejrzystość rynku. W tym miejscu podkreślić należy, że zupełnie inną wagę i charakter miałyby działania polegające na nieścisłym lub mylnym prezentowaniu informacji przez Promost w postępowaniu przetargowym, a inną - przedstawianie tak bezspornie nieprawdziwych informacji. Dlatego też takie działanie powinno być oceniane nie tylko przez pryzmat naruszenia przepisów ustawy Pzp, ale też jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami i obowiązującymi przepisami - w tym przypadku UZNK.

W przedstawionym powyżej stanie faktycznym w ocenie Odwołującego trudno przypuszczać, aby nieprawdziwe oświadczenia Promost zostały złożone z innych względów niż próba celowego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, uzyskanie zamówienia i wyeliminowanie - w sposób nieuczciwy - konkurencji.

Zdaniem Odwołującego, zachowanie Promost wyczerpuje także znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bowiem Promost celowo, rażąco niedbale, przekazał Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością dążąc do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tym samym dopuszcza się działania sprzecznego z prawem i dobrymi obyczajami, a jedynym celem jest uzyskanie zamówienia i wyeliminowanie - w sposób nieuczciwy - konkurencji, która przekazując informacje zgodne z prawdą nie ma szans na uzyskanie zamówienia.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2024r., KIO 802/24 - informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, więc ich przekazywanie powinno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego, zawodowego charakteru prowadzonej przez wykonawców działalności (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.). Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do skrupulatności i rzetelności przy składaniu przez wykonawców oświadczeń na potrzeby przetargów, zwłaszcza w zakresie weryfikacji faktycznego zakresu inwestycji referencyjnych powoływanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W ustalonym stanie rzeczy trudno przypuszczać, aby nieprawdziwe oświadczenia przystępującego zostały złożone z innych względów niż próba celowego wprowadzenia zamawiającego w błąd lub z powodu rażącego niedopełnienia ciążących na nim obowiązków, związanych z profesjonalnym charakterem prowadzonej działalności. Nie było bowiem podstaw, żeby sądzić, iż przystępujący błędnie interpretuje treść warunku, czy że nieprawdziwe informacje zostały podane w wyniku omyłki. Za takim potraktowaniem zachowania przystępującego przemawia również zawodowy charakter prowadzenia działalności.

Na potwierdzenie, że takie działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji Odwołujący wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 5/22, który także dotyczył podania nieprawdziwych informacji w celu uzyskania jak największej liczby punktów. Powyższe stanowisko Izby zostało ugruntowane w kolejnych wyrokach

Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. wyrok z dnia 21 lutego 2024 r., sygn. akt KIO 353/24; wyrok z dnia 10 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3102/23; wyrok z dnia 1 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3025/22).

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego sam fakt złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji automatycznie powoduje zaistnienie podstawy odrzucenia oferty. Niewątpliwie zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest jedną z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych, dlatego też uzasadnionym jest odrzucenie oferty wykonawcy, który narusza przedmiotową regułę. Podanie przez Promost nieprawdziwych informacji, spowodowały wybór Promost, a tym samym może to doprowadzić do zawarcia umowy, która podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 pkt. 1 PZP.

Jak wynika z powyższego – Zamawiający nie był uprawniony do wystosowania w dniu 5 marca 2025 r. do Promost wezwania o uzupełnienie Wykazu na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie spełnienia warunku zdolności zawodowej personelu, w odniesieniu do osoby Geologa, pomimo braku podstaw do wystosowania takiego wezwania.

W piśmie z dnia 11 kwietnia 2025 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca PROMOST CONSULTING spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie Wykonawca ten ponadto w piśmie z dnia 15 kwietnia 2025 r. przesłał pismo procesowe zawierające argumentację na poparcie wniosku o oddalenie odwołania wraz z dowodami.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia wykonawcy PROMOST CONSULTING spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (dalej „przystępujący Promost” lub „Przystępujący”).

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;*

- art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;*

- art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta*

- art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – *Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody*

- art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

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

2) *zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.*

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

W pkt. 8.2.4 pkt b) SWZ, Zamawiający w zakresie warunków udziału w postępowaniu w części dotyczącej osób,

dla części 3 wskazał:

Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednimi do funkcji jakie zostaną im powierzone.

Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania: (...)

3. Osoby proponowane do pełnienia funkcji Geologa:

Wymagana liczba osób: 1 osoba

Posiadanie kwalifikacji do wykonywania, dozorowania i kierowania pracami geologicznymi kategorii VI lub VII albo uznane odpowiednie kwalifikacje do wykonywania zawodów regulowanych w dziedzinie geologii, albo osoba świadcząca usługi transgraniczne mającą uznane kwalifikacje w zakresie geologii.

Wymagane doświadczenie: doświadczenie przy opracowaniu co najmniej 1 dokumentacji geologiczno-inżynierskiej (DGI) lub studium geologiczno-inżynierskiego (SGI) dla dróg lub ulic klasy min. G o długości min. 7,0 km wraz z obiektami inżynierskimi opracowaną w okresie 10 lat przed upływem terminu składania ofert na stanowisku/stanowiskach: autora lub współautora.

Na str. 13 IDW w wyjaśnieniach do ww. warunków w tiret 4 w zakresie wykazu osób wskazano:

„ Przez opracowanie DGI lub DH nie należy rozumieć opracowania dodatku do DGI lub DH.”*

W dniu 12 lutego 2025 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Promost o złożenie podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 126 ust. 1 ustawy PZP, w tym Wykazu osób.

W dniu 20 lutego 2025 r. Promost złożył odpowiedź w ramach wezwania, przedstawiając Wykaz osób, w ramach którego dla funkcji Geologa wskazano Pana W.K., zaś jako doświadczenie potwierdzające spełnianie wymagań określonych w pkt 8.2.4.b) ppkt. 3 IDW SWZ wskazano, iż posiada on kwalifikacje do wykonywania, dozorowania i kierowania pracami geologicznymi kategorii VI lub VII albo uznane odpowiednie kwalifikacje do wykonywania zawodów regulowanych w dziedzinie geologii albo osoba świadcząca usługi transgraniczne mającą uznane kwalifikacje w zakresie geologii, która opracowała dokumentację geologiczno- inżynierską(DGI)/ studium geologiczno-inżynierskiego (SGI).

Jako zadanie potwierdzające ww. kwalifikacje podano zadanie pn. Budowa drogi ekspresowej S19 Lublin-Lubartów od węzła Lubartów Północ (wraz z węzłem) do węzła Lublin Rudnik (bez węzła), na odcinku od km 79+772,51 do km 102+809,90, gm. Lubartów, Niemce, pow. lubartowski, lubelski, woj. Lubelskie dla drogi lub ulicy klasy S o łącznej długości 23,037 km wraz z obiektami inżynierskimi.

Na stanowisku: autor/współautor

Data opracowania (zakończenia): 07.10.2022 r.

Zamawiający w dniu 5 marca 2025 r. wystosował do Promost wezwanie o uzupełnienie dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 pzp:

„Z informacji posiadanych przez Zamawiającego wynika, że podana przez Wykonawcę dokumentacja na potwierdzenie doświadczenia posiadanego przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji geologa dotyczyła opracowania dodatku do DGI.

W związku z powyższym Zamawiający prosi o uzupełnienie wykazu osób o nowe zadanie dla Pana W.K. potwierdzającego doświadczenie przy opracowaniu co najmniej 1 dokumentacji geologiczno -inżynierskiej (DGI) lub studium geologiczno-inżynierskiego (SGI) dla dróg lub ulic klasy min. G o długości min. 7,0 km wraz z obiektami inżynierskimi opracowaną w okresie 10 lat przed upływem terminu składania ofert na stanowisku/stanowiskach: autora lub współautora

lub

złożenia nowego wykazu osób w zakresie funkcji geologa, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, wykształcenia i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, potwierdzający, że osoba skierowana do pełnienia funkcji geologa posiada kwalifikacje do wykonywania, dozorowania i kierowania pracami geologicznymi kategorii VI lub VII albo uznane odpowiednie kwalifikacje do wykonywania zawodów regulowanych w dziedzinie geologii, albo osoba świadcząca usługi transgraniczne mającą uznane kwalifikacje w zakresie geologii oraz posiada doświadczenie przy opracowaniu co najmniej 1 dokumentacji geologiczno- inżynierskiej (DGI) lub studium geologiczno-inżynierskiego (SGI) dla dróg lub ulic klasy min. G o długości min. 7,0 km wraz z obiektami inżynierskimi opracowaną w okresie 10 lat przed upływem terminu składania ofert na stanowisku/stanowiskach: autora lub współautora”.

W odpowiedzi na w/w wezwanie Promost w dniu 10 marca 2025 r. odnosząc się do przedstawionego w wykazie zadania złożył wyjaśnienia, zgodnie z którymi:

„wykonana została dokumentacja na etapie sporządzania Projektu Budowlanego (PB), stanowiącą Tom XV dokumentacji projektowej dla Inwestycji, której pełna nazwa brzmi (strona tytułowa w załączeniu. Wskazane wyżej opracowanie (dDGI) według rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 18 listopada 2016 r. spełnia takie same wymagania jak dokumentacja geologiczno-inżynierska oraz podlega takim samym procedurom i zatwierdzeniom urzędowym jak dokumentacja geologiczno-inżynierska. Dodatek do Dokumentacji geologiczno-inżynierskiej podlega takim samym rygorom wykonalności jak DGI. Z powyższego wynika iż sporządzenie dDGI potwierdza doświadczenie do pełnienia funkcji geologa (w tym wypadku Pana W.K. nr uprawnień VII 1384,) w równym stopniu co sporządzenie DGI.

Dokumentacja ta, z przyczyn – formalno-administracyjnych została nazwana dodatkiem do dokumentacji geologiczno-inżynierskiej (dDGI). Sytuacja taka wynika z faktu, iż badania geologiczne dla tej Inwestycji na etapie PB były kontynuacją/rozszerzeniem badań z etapu Koncepcji Programowej (KP) i stanowiły dalszy ciąg badań nad rozpoznaniem podłoża gruntowego. Na etapie PB nastąpiła konieczność dostosowania rozpoznania podłoża gruntowego do zmian w rozwiązaniach projektowych powstałych w trakcie procesu projektowego w stosunku do rozwiązań z KP. Dlatego też z przyczyn administracyjnych uznano iż na etapie PB zostanie sporządzona (zgodnie z załączoną stroną tytułową) Dokumentacja geologiczno – inżynierska (DGI), w formie dodatku do DGI wykonanej na etapie KP, a zawierającej wyniki zarówno nowo wykonanych badań jak również wyniki badań zawartych w DGI z etapu KP. DGI z etapu KP oraz dDGI z etapu PB, zawierają wyniki badań dla tej samej Inwestycji i jako takie, w toku postępowań administracyjnych stanowią ciągłość dokumentacyjną. Wskazane wyżej opracowanie (dDGI) według rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 18 listopada 2016 r. spełnia takie same wymagania jak dokumentacja geologiczno-inżynierska oraz podlega takim samym procedurom i zatwierdzeniom urzędowym jak dokumentacja geologiczno-inżynierska. Dodatek do Dokumentacji geologiczno-inżynierskiej podlega takim samym rygorom wykonalności jak DGI. Z powyższego wynika iż sporządzenie dDGI potwierdza doświadczenie do pełnienia funkcji geologa (w tym wypadku Pana W.K. nr uprawnień VII 1384,) w równym stopniu co sporządzenie DGI.

Jednocześnie Promost uzupełnił doświadczenie Pana W.K. przesyłając wykaz zawierający inne zadanie. Po uzyskaniu powyższych wyjaśnień i uzupełnienia, Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Promost.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, treść postawionych zarzutów oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do podniesionego zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 3 UZNK, oraz art. 14 ust. 1 UZNK Izba wskazuje, że w zakresie okoliczności, czy w postępowaniu mamy do czynienia z naruszeniem wyżej cytowanego przepisu ustawy Pzp wskazać należy, iż ustawa w zakresie definicji czynu nieuczciwej konkurencji odsyła do przepisów UZNK.

Stosownie do artykułu 3 tej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Za czyny nieuczciwej konkurencji uważa się: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.

Stosownie do art. 14 ust. 1 tejże ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, w przypadku podnoszenia zarzutów czynu nieuczciwej konkurencji ważne jest skonkretyzowanie takiego czynu, którego popełnienia dopuścił się określony przedsiębiorca, a także konkretne określenie, jakiego rodzaju dobrym obyczajom przedsiębiorca uchybił. Uznanie zaś konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz kwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu (wyrok SN z 11 października 2002 r., III KKN 271/01).

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę rozpoznawanej sprawy, zauważyć należy, że podstawą podnoszonego przez Odwołującego zarzutu (jak również pozostałych), miała być okoliczność, iż Przystępujący:

po pierwsze - złożył w Wykazie osób oświadczenie zawierające nieprawdziwe informacje w zakresie istotnych dla przetargu informacji dot. spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. posiadania zdolności zawodowej (doświadczenia) personelu wykonawcy w odniesieniu do osoby geologa;

po drugie - przyznał się do wprowadzenia w błąd Zamawiającego odnośnie spełnienia ww. warunku – a to poprzez dokonanie zmiany doświadczenia;

po trzecie, dokonał zastąpienia nieprawdziwej informacji dot. warunku zdolności zawodowej personelu wykonawcy, informacją prawdziwą. W takich okolicznościach sprawy Zamawiający nie wyciągnął wobec Przystępującego żadnych konsekwencji uznając, że wskazanie innego sposobu spełnienia warunku udziału w Postępowaniu (poprzez wskazanie innego doświadczenia, które miało spełnić wymagania) w tym przypadku jest dopuszczalne.

Odwołujący podnosił, że opracowanie wskazane w wykazie osób na potwierdzenie spełniania wymagań określonych w pkt 8.2.4.b) ppkt 3 IDW SWZ nie jest dokumentacją geologiczno-inżynierską, ale jest dodatkiem do takiej dokumentacji. Na poparcie powyższego Odwołujący wskazywał,

iż w ogólnodostępnych bazach Państwowego Instytutu Geologicznego w zakresie przedmiotowej dokumentacji wskazywana w wykazie dokumentacja widnieje jako *Dodatek do dokumentacji geologiczno-inżynierskiej określającej warunki geologiczno-inżynierskie na potrzeby posadowienia obiektów budowlanych inwestycji liniowej dla zadania: Budowa drogi ekspresowej S19 Lublin-Lubartów od węzła Lubartów Północ (wraz z węzłem) do węzła Lublin Rudnik (bez węzła), na odcinku od km 79+772,51 do km 102+809,90, gm. Lubartów, Niemce, pow. lubartowski, lubelski, woj. Lubelskie dla drogi lub ulicy klasy S o łącznej długości 23,037 km wraz z obiektami inżynierskimi.*

W ocenie Izby tak przedstawiona argumentacja nie może być podstawą dla oceny, iż doszło do naruszenia przepisów wskazanych jako podstawa postawionych zarzutów. Nie zostało bowiem wykazane, aby Przystępujący w sposób niebudzący wątpliwości oświadczył nieprawdę w treści składanego dokumentu.

Niekwestionowane przez Odwołującego były podane przez Przystępującego informacje odnośnie udziału osoby pana W.K. jako autora/współautora dokumentacji, daty jej sporządzenia jak również nazwy i parametrów zadania dla którego dokumentacja została opracowana. Bezsporny jest również fakt, iż opracowana dokumentacja stanowiła dodatek do dokumentacji geologiczno-inżynierskiej w rozumieniu przepisów Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 18 listopada 2016 r. w sprawie dokumentacji hydrogeologicznej i dokumentacji geologiczno-inżynierskiej (Dz. U. z 2016 r. poz. 2033) (dalej „Rozporządzenie”).

Istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy pozostało zatem czy za nieprawdziwą należy uznać informację przedstawioną przez Przystępującego, że Pan W.K. opracował dokumentację geologiczno-inżynierską dla wskazanego w wykazie zadania. W ocenie Izby złożone w tym zakresie przez Przystępującego oświadczenie nie stanowi nieprawdziwej, mijającej się z rzeczywistością informacji.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż w świetle przepisów rozporządzenia dodatek do dokumentacji geologiczno-inżynierskiej stanowi rodzaj dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, sporządzanej w sytuacjach określonych w przepisach. Do opracowania dodatku stosuje się odpowiednio wszystkie przepisy odnośnie zawartości i musi on spełniać tożsame wymagania jak dokumentacja geologiczno-inżynierska (zgodnie z § 3 oraz 4 rozporządzenia). Okoliczność ta przywoływana przez Zamawiającego jak i Przystępującego nie była przez Odwołującego kwestionowana. Na potrzeby przedmiotowego postępowania Zamawiający wprowadził w treści SWZ w zakresie postawionego warunku w zakresie doświadczenia geologa wyjaśnienie, zgodnie z którym poprzez opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej (DGI) lub dokumentacji hydrogeologicznej (DH) należy rozumieć doprowadzenie do zatwierdzenia DGI lub DH przez właściwy organ administracji geologicznej, a nadto że przez opracowanie DGI lub DH nie należy rozumieć opracowania dodatku do DGI lub DH. W świetle powyższej treści SWZ stwierdzić należy, iż Zamawiający na potrzeby prowadzonego postępowania wprowadził określone rozumienie terminu *opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej*, jak również zawęził zakres tego rodzaju opracowań, które mogą potwierdzać spełnianie postawionego warunku udziału w postępowaniu wyłączając z niego opracowania stanowiące dodatek do dokumentacji geologiczno-inżynierskiej.

Powyższe nie przekreśla jednak samo w sobie prawdziwości informacji przekazanej przez Przystępującego w złożonym wykazie osób w odniesieniu do osoby Pana W.K.. W świetle okoliczności przedmiotowego postępowania oraz treści złożonych dokumentów stwierdzić należy,

iż o ile przedstawione doświadczenie nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, to jednak podawanych informacji nie należy uznać za nieprawdziwe.

Bezpodstawne jest również twierdzenie Odwołującego, jakoby Przystępujący poprzez dokonanie zmiany doświadczenia przyznał się do wprowadzenia w błąd Zamawiającego odnośnie spełnienia ww. warunku. Przeczy temu wprost treść pisma Przystępującego z dnia 10 marca 2025 r.

w którym wyjaśnia on okoliczności, które w jego ocenie przemawiają za uznaniem przedstawionego pierwotnie opracowania za potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie osoby Geologa, jednocześnie

przedstawiając dodatkowe doświadczenie na potwierdzenie spełniania wymagań określonych w pkt 8.2.4.b) ppkt. 3 IDW SWZ.

W konsekwencji uznać należy, że Odwołujący nie wykazał, aby w okolicznościach przedmiotowej sprawy Przystępujący posłużył się nieprawdziwymi informacjami w zakresie istotnych dla przetargu informacji dot. spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. posiadania zdolności zawodowej (doświadczenia) personelu wykonawcy w odniesieniu do osoby geologa. Powyższe przesądza, że Zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż doszło do złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 pkt 7 ustawy Pzp.

W konsekwencji w ocenie Izby oddaleniu podlegały również pozostałe zarzuty odwołania.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba orzekła jak w sentencji.

Zgodnie z art. 575 ustawy Pzp Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Biorąc pod uwagę powyższe, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r.

#x200ew sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).