

WYROK

Warszawa, 26 sierpnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Aleksandra Kot
Piotr Kozłowski
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 lipca 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PROMOST CONSULTING sp. z o.o. sp.k. PROMOST CONSULTING sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PROMOST CONSULTING sp. z o.o. sp.k., PROMOST CONSULTING sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PROMOST CONSULTING sp. z o.o. sp.k., PROMOST CONSULTING sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PROMOST CONSULTING sp. z o.o. sp.k., PROMOST CONSULTING sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie na rzecz zamawiającego Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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:.....

Członkowie:.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie – prowadzący postępowanie – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie Studium Techniczno Ekonomiczno-Środowiskowego (STEŚ) 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”.*

21 lipca 2025 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PROMOST CONSULTING sp. z o.o. sp.k., PROMOST CONSULTING sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i bezzasadne uznanie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”), w sytuacji gdy oferta wykonawcy nie została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, oraz wynikające z zarzutu 1:
2. Naruszenie art. 16 ustawy Pzp przez doprowadzenie do naruszenia zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji, co wyraża się w odstąpieniu przez zamawiającego od oceny oferty odwołującego z zastosowaniem

warunków zamówienia określonych w SWZ w ich literalnym brzmieniu, bezprawnym odrzuceniu oferty odwołującego oraz dokonaniu wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza,

3. Naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza, co prowadzi do sytuacji udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty TPF sp. z o.o.,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 4) ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia 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 niezasadne odrzucenie oferty odwołującego pozbawiło go szansy na uzyskanie zamówienia, podczas gdy przywrócenie jego oferty do postępowania spowoduje, iż jego oferta będzie ofertą ocenioną najwyżej. Kalkulując punkty, jakie odwołujący powinien otrzymać, gdyby jego oferta nie została odrzucona, uzyskałby on więcej punktów niż aktualnie wybrany wykonawca (jedyń, którego oferta nie podlegała odrzuceniu). Odwołujący posiada zatem interes we wniesieniu odwołania i kwestionowaniu czynności zamawiającego.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania, wskazał, że w opisie kryterium oceny *Doświadczenie Głównego projektanta drogowego* ustalono, że dodatkowe punkty będą przyznawane za „każdą wykazaną (począwszy od 2 wykonanej dokumentacji) dokumentację projektową STEŚ lub STEŚ-R lub KP lub PB dla budowy drogi lub ulicy klasy min. G o długości min. 9,5 km, opracowaną w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert przez osobę wskazaną w ofercie na stanowisko Głównego Projektanta Drogowego na stanowisku/stanowiskach: Projektanta drogowego lub Sprawdzającego dokumentacji branży drogowej (Rozdz. 21, pkt 21.1. pkt 2) 2.1. SWZ).

Kryterium to nawiązuje do warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. 8 pkt 8.2. ppkt 8.2.4. lit. B) SWZ (...począwszy od 2 wykonanej dokumentacji..), gdzie wskazano, iż wymagane doświadczenie dla Głównego Projektanta Drogowego to wymóg doświadczenia przy opracowaniu co najmniej 1 dokumentacji projektowej: *Studium Techniczno-Ekologiczno-Środowiskowego (STEŚ) lub Studium Techniczno-Ekologiczno-Środowiskowego z elementami Koncepcji Programowej (STEŚ-R), Koncepcji Programowej (KP) lub Projektu Budowlanego (PB), budowy dróg lub ulic, klasy min. G, o łącznej długości min. 9,5 km, opracowaną w okresie 10 lat przed upływem terminu składania ofert na stanowisku Projektanta Drogowego lub Sprawdzającego dokumentacji branży drogowej.*

W tej części SWZ wyjaśniono także, że: *Poprzez „opracowanie” dokumentacji STEŚ, STEŚ-R, KP, PB i SGI należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Protokołu odbioru dokumentacji projektowej lub równoważnego dokumentu.*

Powszechne znaczenie słowa „opracowywać” to «pracując nad czymś, nadać temu określoną formę» (internetowy słownik języka polskiego PWN).

Z treści SWZ wynika zatem, że dodatkowe punkty winny być przyznane za każdą (począwszy od 2 wykonanej dokumentacji) dokumentację projektową STEŚ lub STEŚ-R lub KP lub PB opracowaną przez osobę wskazaną w ofercie na stanowisko Głównego Projektanta Drogowego na stanowisku/stanowiskach: Projektanta drogowego lub Sprawdzającego dokumentacji branży drogowej, przy czym nie jest wymagane wykonanie całego ww. opracowania, a wystarczające jest doświadczenie przy opracowywaniu ww. dokumentacji (czyli wykonanie np. jednej z jej części). Zamawiający wskazał w SWZ, że *„opracowanie dokumentacji KP to doprowadzenie do wystawienia Protokołu odbioru dokumentacji projektowej lub równoważnego dokumentu.* Nie może budzić wątpliwości, że wykonanie przez Pana J.K. części ogólnej KP, istotnej części KP, doprowadziło do wystawienia *Protokołu odbioru dokumentacji projektowej lub równoważnego dokumentu.* Bez wkładu Pana J.K. w opracowanie tej dokumentacji odbiór nie mógłby nastąpić. Jest rzeczą oczywistą, że dokumentacja taka jak KP jest opracowywana przez zespół osób, a nie pojedynczego projektanta. Przyjmując zatem interpretację zamawiającego za właściwą, że doświadczenie w wykonaniu KP nabywa się tylko wykonując całe KP, należy stwierdzić, że nigdy w takim przypadku osoba będąca członkiem zespołu, który opracowywał KP nie będzie mogła twierdzić, że opracowała KP, czy też, że posiada doświadczenie *przy opracowaniu KP.* Członek zespołu opracowującego KP realizuje powierzone mu fragmenty tego opracowania.

W Formularzu 2.3.1. („Kryteria pozacenowe”) odwołujący oświadczył, że Pan J.K. *pracując na stanowisku Projektanta drogowego/Sprawdzającego opracował: KP dla budowy drogi Opracowanie dokumentacji dla zadania pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 833 Chodel - Kraśnik (nazwa odcinka drogi/nazw ulicy, miasto) klasy G o długości 25,5 km, Dokumentacja opracowana na zlecenie: Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie została odebrana Protokołem odbioru (lub dokumentem równoważnym).*

Na pytanie zamawiającego wykonawca wyjaśnił, że: *Pan J.K. brał udział w opracowaniu Koncepcji programowej na zadaniu „Opracowanie dokumentacji dla zadania pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 833 Chodel – Kraśnik” w roli*

Głównego Projektanta do początku realizacji ww. zadania do momentu złożenia do zamawiającego (Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie) Części Ogólnej ww. opracowania (w załączeniu przesłano zamawiającemu skan strony tytułowej opracowania wraz z pełnomocnictwem). Z przyczyn organizacyjnych wykonawcy Główny Projektant p.J. w trakcie realizacji ww. usługi został zmieniony na Pana M.S.. Po zmianie funkcji Pan J.K. nadal jednak nadzorował oraz weryfikował prowadzone prace projektowe ww. zadania do jego zakończenia. (funkcja sprawdzającego nie była wymagana przez zamawiającego podczas realizacji usługi).

A zatem, niezależnie od powyższego, z oświadczenia odwołującego wynikało ponadto, że Pan J.K. nie wykonał tylko części ogólnej KP. W każdym z pozostałych etapów opracowywania KP nadzorował jego powstawanie oraz weryfikował prowadzone prace projektowe ww. zadania do jego zakończenia. W opisie kryterium oceny zamawiający wyraźnie tymczasem zaznaczył, że dodatkowe punkty zostaną przyznane za doświadczenia również na stanowisku *Sprawdzającego dokumentacji branży drogowej*.

A zatem z powyższego w świetle zapisów SWZ wynika, że Pan J.K. zdobył wymagane doświadczenie podczas opracowania KP dla budowy drogi *Opracowanie dokumentacji dla zadania pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 833 Chodel - Kraśnik (nazwa odcinka drogi/nazw ulicy, miasto) klasy G o długości 25,5 km”*. Z treści opisu kryterium oceny nie wynika, aby do uzyskania dodatkowych punktów w kryterium *doświadczenia Projektanta drogowego* osoba wskazana do pełnienia funkcji projektanta musiała być autorem całego KP czy wszystkich jego części. A zatem nawet jeżeli wskazana osoba wykonywała tylko dany etap opracowania lub wykonywała tylko elementy tych opracowań, czy też była osobą sprawdzającą dokumentację projektową, a opracowanie zostało ostatecznie odebrane, to zdobyła stosowne doświadczenie przy opracowaniu tej dokumentacji i uzasadnione jest przyznanie jej punktów w przedmiotowym kryterium. W analogicznej sprawie wypowiedziała się KIO w wyroku z 18 lipca 2022 r. (KIO 1653/22).

W ocenie odwołującego nie doszło zatem do złożenia nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia Pana J.K. ani do czynu nieuczciwej konkurencji.

W pierwszym akapicie pisma wyjaśniającego złożonego na wezwanie zamawiającego odwołujący wskazywał, iż Pan J.K. brał udział w opracowaniu koncepcji programowej i do zakończenia jej wykonania nadzorował jej powstawanie oraz weryfikował prowadzone prace projektowe.

W opisie kryterium przedmiotowego postępowania wskazano, że punkty będą przyznane za każdą (począwszy od 2 wykonanej dokumentacji) dokumentację projektową. Jeżeli zastanowić się nad tym, która to jest ta pierwsza, to oczywiście chodzi o tą wymaganą na poczet spełnienia warunku doświadczenia. A w tej części SWZ wyraźnie mowa jest o doświadczeniu przy wykonywaniu dokumentacji. Niejasności SWZ nie mogą rodzić negatywnych skutków dla wykonawców (vide: wyrok KIO z 3 kwietnia 2024 r., sygn. akt KIO 862/24, wyrok KIO z 21 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 26/11, wyrok KIO z 24 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO 1096/10).

Aby mówić o czynie nieuczciwej konkurencji, należy wykazać działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli narusza lub zagraża interes klienta lub przedsiębiorcy. Działanie wykonawcy nie było sprzeczne z prawem. Według doktryny pojęcie „sprzeczności z prawem” należy rozumieć jako zachowania sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, wydanym na jej podstawie akcie wykonawczym, mającą bezpośrednie zastosowanie umową międzynarodową. Zamawiający wskazał jedynie na czyn opisany w art. 14 ust. 1 uznk, tymczasem nie jest prawdą ani to, że wykonawca rozpowszechniał nieprawdziwe informacje o swoim przedsiębiorstwie, ani to, że miało to na celu przysporzenie korzyści lub wyrządzenie szkody. Ponadto odwołujący nie podał informacji nieprawdziwych, Pan J.K. brał przecież czynny udział w opracowaniu KP, ani nie narusza dobrych obyczajów. Dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Co istotne, dla wykazania czynu nieuczciwej konkurencji konieczne jest nie tylko ustalenie, że działanie przedsiębiorcy jest sprzeczne z prawem czy dobrymi obyczajami, ale również stwierdzenie, że działanie to narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta (vide: wyrok KIO z 25.03.2022 r., sygn. akt KIO 635/22).

Twierdzenie zamawiającego o przedstawieniu informacji nieprawdziwych oparte jest na założeniu, że: *Z informacji posiadanych przez Zamawiającego wynikało, że Pan J.K. nie brał udziału w opracowaniu KP dla powyższego zadania jako projektant drogowy ani jako sprawdzający dokumentacji branży drogowej*. Taki powód zamawiający wskazał w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty. Tymczasem jest zupełnie przeciwnie, Pan J.K. brał udział w opracowywaniu KP.

Konsekwencją naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp było także naruszenie art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy.

Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 16 ustawy Pzp. Art. 16 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz proporcjonalności. Oznacza to m.in., że ocena wszystkich ofert powinna być dokonywana w jednakowy sposób i opierać się o te same kryteria oraz warunki określone w SWZ w ich literalnym

brzmieniu. Zaburzenie tej zasady następuje m.in. w przypadku odstąpienia przez zamawiającego od oceny oferty odwołującego według zasad opisanych w SWZ oraz wyboru oferty innego wykonawcy, mniej korzystnej, podczas gdy oferta odwołującego spełniała wszystkie wymogi, a więc nie podlega odrzuceniu i jest ofertą najkorzystniejszą. Tego typu praktyki prowadzą do uprzywilejowania wybranych wykonawców, ograniczając w ten sposób konkurencję i naruszając podstawowe zasady postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. W orzecznictwie wskazuje się, że nieuzasadnione preferowanie pewnych podmiotów oraz ułatwianie im zdobycia zamówienia oznacza naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Art. 17 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający powinien udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza, stanowi naruszenie tego przepisu i prowadzi do udzielenia zamówienia podmiotowi, który nie został wybrany zgodnie z zasadami prawa zamówień publicznych. Konsekwencją niewłaściwego wyboru oferty jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie spełnia wymogów określonych w SWZ lub którego oferta nie uzyskała najwyższej punktowanej oceny zgodnie ze wskazanymi kryteriami oraz w konsekwencji pozbawienie innych wykonawców, w tym przypadku odwołującego, możliwości uzyskania zamówienia, mimo prawidłowego spełnienia wszystkich warunków.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, że odwołujący wraz z Formularzem oferty złożył Formularz 2.3.1. „Kryteria pozacenowe”, gdzie w zakresie doświadczenia Głównego projektanta drogowego wskazał 5 zadań wykonanych przez Pana J.K., w tym zadanie: *Opracowanie dokumentacji dla zadania pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 833 Chodel – Kraśnik*, realizowane dla Zarządu Dróg Wojewódzkich w Lublinie.

Zamawiający uznał, że zadanie nie spełnia określonych w pkt. 21.2) ppkt 2.1 IDW warunków, a tym samym odwołujący nie był uprawniony do uzyskania dodatkowych 5 punktów w ramach tego kryterium. W Informacji o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał, że przyznanie punktów za zadanie, którego nie wykonała osoba wskazana do pełnienia funkcji Głównego projektanta drogowego, spowodowałoby, że oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza na część 1. Odwołujący w swoim odwołaniu nie ustosunkował się do powyższej kwestii, nie wniósł w tym zakresie zarzutu. W związku z wykazaniem przez odwołującego jedynie 4 zadań spełniających wymagania w zakresie kryterium doświadczenia Głównego projektanta drogowego to oferta przystępującego uplasowała się na pierwszej pozycji rankingu ofert.

W ocenie zamawiającego błędne jest założenie przyjęte przez odwołującego (*de facto* wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego), że do otrzymania punktów w ramach kryterium doświadczenia Głównego projektanta drogowego wystarczające jest doświadczenie przy opracowywaniu ww. dokumentacji (czyli wykonanie, jak w przypadku Pana J.K., jednej, wstępnej jego części). Powyższe nie wynika z literalnego brzmienia postanowień IDW w zakresie kryterium doświadczenia Głównego projektanta drogowego. Odwołujący argumentuje, wskazując wyłącznie na nierozzerwalny związek pomiędzy ww. kryterium a warunkiem udziału w postępowaniu określonym w pkt 8.2.4. lit. b) dla osoby proponowanej do pełnienia funkcji Głównego projektanta drogowego. Odwołujący wskazał przy tym, że w opisie kryterium przedmiotowego postępowania wskazano, że punkty będą przyznane za każdą (począwszy od 2 wykonanej dokumentacji) dokumentację projektową. A tym samym według odwołującego w tej części SWZ wyraźnie mowa jest o doświadczeniu przy wykonywaniu dokumentacji.

Odwołujący w odwołaniu przeprowadza analizę znaczenia sformułowania „przy opracowaniu”, jednak zapomina, że powyższe odnosi się jedynie do warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.2.4.b) IDW, a nie do określonego w pkt. 21.1.2.1 IDW kryterium pozacenowego doświadczenia Głównego projektanta drogowego.

W tym zakresie postanowienia IDW są jednoznaczne i nie dają pola wykonawcom do żadnych wątpliwości.

Według opisu tego kryterium przyznanie wykonawcy dodatkowych punktów było możliwe, gdy osoba wskazana do pełnienia funkcji projektanta drogowego posiadała doświadczenie w opracowaniu dokumentacji projektowych: STEŚ lub STEŚ-R lub KP lub PB na stanowisku Projektanta drogowego lub Sprawdzającego dokumentację branży drogowej do momentu, gdy dokumentacja została odebrana przez zamawiającego i został wystawiony Protokół odbioru tej dokumentacji lub dokument równoważny. Z tego opisu nie wynika, aby osoba, która ewentualnie opracowała jedynie wstępną część danej dokumentacji, mogła uzyskać dodatkowe punkty w kryterium doświadczenia Projektanta drogowego. Zatem jeśli wskazana osoba wykonywała tylko wstępny etap opracowań, nie zdobyła stosownego doświadczenia w opracowaniu tej dokumentacji w rozumieniu zastosowanego przez zamawiającego kryterium pozacenowego, w związku z czym brak było uzasadnienia dla przyznania jej dodatkowych punktów w przedmiotowym kryterium. Zamawiający podsumował, że argumentacja odwołującego w zakresie tego zarzutu oparta jest na rozszerzającej wykładni wymagania, a tym samym zarzut podlegać powinien oddaleniu.

Czyn nieuczciwej konkurencji.

W niniejszej sprawie okoliczności opisane w pkt II pisma są związane z przyczyną odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż podanie przez odwołującego nieprawdziwych informacji wyczerpuje w

ocenie zamawiającego znamiona czynu określonego w art. 3 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie zamawiającego odwołujący niewątpliwie w Formularzu 2.3.1. Kryteria pozacenowe podał informacje nieprawdziwe. Zamawiający co prawda w dokumentach zamówienia nie wskazał fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, jednak nie zwalnia to zamawiającego z obowiązku należytej weryfikacji wszystkich oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu. Szczególne znaczenie w tym kontekście należy przypisać oświadczeniom, na podstawie których oceniana jest podmiotowa sytuacja wykonawcy z określonymi przez zamawiającego wymaganiami lub kryteriami. Od tych oświadczeń w głównej mierze zależy bowiem wynik postępowania. Sam brak ustanowienia w postępowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd nie uniemożliwia odrzucenia oferty w sytuacji, gdy zachowanie danego wykonawcy spełnia przesłanki do uznania go za czyn nieuczciwej konkurencji. Nie można uznać, że jeżeli zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, to nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacje w celu uzyskania zamówienia.

Zamawiający, uznając zarzuty odwołania za bezpodstawne, wskazuje po pierwsze, że ustalając, czy doszło do czynu nieuczciwej konkurencji zbadał, czy zaszły przesłanki określone w art. 3 ust. 1 znku (tzw. klauzula generalna czynu nieuczciwej konkurencji) i ustalił, że w przypadku oferty odwołującego zostały spełnione łącznie następujące przesłanki:

- działanie podjęte zostało w związku z działalnością gospodarczą,
- działanie to wskazywało na sprzeczność z dobrymi obyczajami,
- doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta

Po drugie, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy 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. Natomiast art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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. Zdaniem zamawiającego oświadczenie nieprawdy w celu uzyskania zamówienia jest czynem nieuczciwej konkurencji. Wykonawca, który oświadcza nieprawdę, dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami. Co więcej, narusza także interes innych przedsiębiorców, którzy konkurując z nieuczciwym wykonawcą tracą szansę na uzyskanie zamówienia. W takiej sytuacji narażony jest również interes zamawiającego, który może udzielić zamówienia podmiotowi nieuprawnionemu. Spełniona jest więc dyspozycja art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy uznk. Trudno przypuszczać, by nieprawdziwe oświadczenie odwołującego zostało złożone z innych względów niż próba celowego wprowadzenia w błąd zamawiającego lub z powodu rażącego niedopełnienia ciężących na nim obowiązków związanych z profesjonalnym charakterem jego działalności. Sam odwołujący w piśmie z 13 marca 2025 r. wyjaśnia, że: *Wskazanie doświadczenia pana J.K. w opracowaniu ww. usługi wynikło z niewiedzy osoby odpowiedzialnej za przygotowanie oferty o zmianie osoby pełniącej funkcję Głównego projektanta w trakcie realizacji usługi*. Informacje podawane w postępowaniu o zamówienie są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, zatem ich podanie powinno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego, zawodowego charakteru prowadzonej przez wykonawców działalności. Należyta staranność wykonawcy określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do skrupulatności i rzetelności przy wypełnianiu przez wykonawców oświadczeń na potrzeby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, zwłaszcza w zakresie weryfikacji doświadczenia powoływanego celem otrzymania dodatkowych punktów w kryteriach pozacenowych określonych w postępowaniu. Niedochowanie ww. wymogom i złożenie oświadczenia nieprawdziwego świadczy o naruszeniu przez wykonawcę co najmniej dobrych obyczajów. 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*. 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). Natomiast, jak podkreślono w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 15.05.2015 r., I ACa 1458/14, przedmiotem ochrony z przepisu art. 14 jest prawdziwość i rzetelność informacji dotyczących zarówno własnego, jak i cudzego przedsiębiorstwa. Zamawiający w tym miejscu powołuje się na wyrok KIO 3025/22.

Odwołanie w zakresie przedmiotowego zarzutu ogranicza się w zasadzie do próby wykazania, że podane przez odwołującego w Formularzu 2.3.1. Kryteria pozacenowe informacje są prawdziwe.

Przystępujący TPF złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazał, że cała

argumentacja odwołującego zawarta w odwołaniu w zakresie informacji zawartych w Formularzu 2.3.1 (KRYTERIA POZACENOWE) została zbudowana na treści SWZ, która nie ma zastosowania do oceny oświadczeń zawartych w Formularzu 2.3.1 „Kryteria pozacenowe”. Istotą podstawy oceny odwołującego jest fakt, że zamawiający odmiennie sformułował wymagania dla warunku udziału w postępowaniu, a inaczej wymagania dla kryterium oceny ofert. Odwołujący co prawda przytacza na stronie 4 odwołania postanowienia Rozdziału 21, pkt 21.1. pkt 2) 2.1. SWZ, tj. wytyczne w zakresie wymaganego doświadczenia głównego projektanta drogowego w ramach kryterium oceny ofert, ale już w następnym akapicie stwierdza, że: *Kryterium to nawiązuje do warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. 8 pkt 8.2. ppkt 8.2.4. lit. B)* i w dalszej części odwołania wywodzi swoje racje opierając je wyłącznie na postanowieniach SWZ w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, pomimo iż sporne doświadczenie Pana J.K. zostało wykazane w ramach kryterium oceny ofert przy odmiennych wymaganiach zamawiającego. Mając na uwadze powyższe różnice w brzmieniu SWZ, przystępujący nie znajduje wyjaśnienia, dlaczego odwołujący twierdzi w odwołaniu, iż zapisy Rozdz. 21, pkt 21.1. pkt 2) 2.1. SWZ nawiązują do warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdz. 8 pkt 8.2. ppkt 8.2.4. lit. B). Nietrudno zauważyć, iż zapisy te są od siebie różne i niezależne, oraz że zamawiający w opisie kryterium oceny ofert nie odwołał się w ogóle – wbrew twierdzeniom odwołującego – do rozdziału 8 „Warunki udziału w postępowaniu”. Logiczne wydaje się, że zamawiający w ramach spełnienia warunku udziału w postępowaniu wymagał jedynie wykazania się przez Głównego projektanta drogowego doświadczeniem przy opracowaniu co najmniej 1 dokumentacji projektowej, natomiast w odniesieniu do kryterium oceny ofert (czyli poczynawszy od 2 wykazanej dokumentacji) zamawiający z ww. sformułowania zrezygnował, ograniczając się do zapisu o konieczności opracowania dokumentacji. Różne określenie przez zamawiającego wymagań dla warunku udziału i dla kryterium oceny ofert jest uprawnieniem zamawiającego. Zamawiający celowo inaczej określił te wymagania na etapie kształtowania treści SWZ. Jeśli zaś odwołujący uważa, że wymagania powinny być takie same – to na odpowiednim etapie powinien skorzystać ze środków ochrony prawnej i wnieść odwołanie.

Wobec powyższych różnic w brzmieniu SWZ cała argumentacja odwołującego, poczynawszy od wykładni literalnej przyminka „przy”, przez wysnuwanie wniosków na tej podstawie, jakoby zamawiający w ramach kryterium nie wymagał opracowania dokumentacji, a jedynie udziału przy opracowaniu dokumentacji, tj. opracowania jakiegoś elementu dokumentacji projektowej, jest całkowicie bezprzedmiotowa, gdyż odnosi się do warunków udziału w postępowaniu, a nie kryterium oceny ofert. Tym samym argumentacja ta powinna zostać pominięta, gdyż nie ma żadnego wpływu na ocenę prawidłowości czynności zamawiającego.

Również dowody, na które powołuje się odwołujący, stanowiące załączniki do wyjaśnień z 13.03.2025 roku nie stanowią potwierdzenia, iż wykonawca nie przedstawił w formularzu 2.3.1 informacji niemających potwierdzenia w stanie faktycznym. Pierwszy dowód stanowi skan pierwszej strony części dokumentacji projektowej, tj. części ogólnej – co w świetle brzmienia wymagań w zakresie kryterium oceny ofert jest bez znaczenia, gdyż zamawiający wymagał opracowania dokumentacji, a nie – jak tego dowodzi odwołujący – udziału przy opracowaniu dokumentacji. Drugi dowód stanowi skan pełnomocnictw dla Pana J.K., przy czym pełnomocnictwa te udziela się w zakresie kierowania projektem z ramienia PROMOST oraz reprezentowania zamawiającego, a nie Projektanta drogowego lub Sprawdzającego dokumentacji branży drogowej. Tak więc również ten dowód jest bezprzedmiotowy w zakresie formularza 2.3.1. Co więcej, cała argumentacja odwołującego zdaje się być jedynie próbą ratowania zaistniałej sytuacji i nie jest spójna z wyjaśnieniami, jakie odwołujący złożył zamawiającemu, w których niejako przyznał się do podania informacji niemających potwierdzenia w stanie faktycznym. W ww. piśmie wskazano: *Wskazanie doświadczenia pana J.K. w opracowaniu ww. usługi wynikało z niewiedzy osoby odpowiedzialnej za przygotowanie oferty o zmianie osoby pełniącej funkcję Głównego projektanta w trakcie realizacji usługi. Działania takiego nie można poczytywać za zamierzone lub za rażące niedbalstwo po stronie wykonawcy. Nie było to też wprowadzenie zamawiającego w błąd, które zgodnie z doktryną i orzecnictwem musi nastąpić w sposób zawiniony. (...) Z daleko posuniętej ostrożności Wykonawca wskazuje, że w celu zapobieżenia powstawaniu podobnych rozbieżności w przyszłości, podjął w ramach swojej organizacji stosowne kroki. W pierwszej kolejności w przypadku wykazów dotyczących doświadczenia osób w pełnieniu określonych funkcji weryfikowany będzie czas okres realizacji umowy. W związku z tym w ramach struktur Wykonawcy będzie obowiązywała dwuetapowa weryfikacja dotycząca doświadczenia osób w wskazywanych w formularzach ofertowych: pierwsza w oparciu o kopie wskazanych opracowań, referencji, a następnie w oparciu o protokoły odbioru danej dokumentacji.*

Kwestia braku czynu nieuczciwej konkurencji – brak interesu we wniesieniu odwołania w przypadku oceny oferty. Odwołujący podnosi także, że w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji. Nawet jeżeli uznać, że odwołujący nie dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czemu przystępujący przeczy, to i tak niewątpliwie wskazane przez odwołującego doświadczenie Pana J.K. zdobyte w ramach na zadanu pn.: *KP dla budowy drogi Opracowanie dokumentacji dla zadania pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 833 Chodel - Kraśnik”* nie zasługuje na przyznanie dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert, co zaś skutkować będzie przyznaniem w ramach tego kryterium

15 punktów, a nie maksymalnych 20 punktów. Tak więc odwołujący zostanie i tak sklasyfikowany na 2 miejscu za przystępującym.

Tak więc odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania, gdyż nawet jego uwzględnienie nie będzie skutkowało zmianą wyniku postępowania. Nawet gdyby oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu, to i tak ocena tej oferty skutkowałaby zajęciem przez odwołującego 2 pozycji na liście rankingowej ofert.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza, podziеляjąc stanowisko zamawiającego i przystępującego (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15) *Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów*), wskazuje, co następuje.

W informacji o wyborze oferty zamawiający wskazał, iż: *Zgodnie z pkt. 16.5 IDW ofertę stanowi wypełniony Formularz 2.1. „Oferta” oraz Formularz 2.3.1 „Kryteria pozacenowe”, składany w celu uzyskania punktów w ramach kryteriów pozacenowych.* W pkt. 21.1 IDW zamawiający wskazał między innymi, że punkty w ramach kryterium doświadczenia Głównego projektanta drogowego będą przyznawane za dokumentację projektową opracowaną w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert. Równocześnie zamawiający wskazał, że wykonawca, który wykaże, że Projektant drogowy wykonał 5 dokumentacji spełniających kryteria określone przez zamawiającego – otrzyma 20 pkt.

Odwołujący wraz z ofertą złożył Formularz 2.3.2 Kryteria pozacenowe, w którym w zakresie kryterium doświadczenia Głównego projektanta drogowego wskazał dokumentację opracowaną przez pana J.K.. Odwołujący jako doświadczenie Pana J.K. w pkt 5 Formularza 2.2.1. Kryteria pozacenowe wskazał: *Opracowanie dokumentacji dla zadania pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 833 Chodel-Kraśnik realizowane dla Zarządu Dróg Wojewódzkich w Lublinie”* Z informacji posiadanych przez zamawiającego wynikało,

że Pan J.K. nie brał udziału w opracowaniu koncepcji programowej dla powyższego zadania ani jako projektant drogowy, ani jako sprawdzający dokumentacji branży drogowej. Zamawiający pismem z 10.03.2025 r. wezwał odwołującego do wyjaśnienia ww. rozbieżności. Odwołujący w odpowiedzi potwierdził, że Pan J.K. brał udział w opracowaniu koncepcji programowej na zadaniu *Opracowanie dokumentacji dla zadania pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 833 Chodel-Kraśnik* w roli Głównego Projektanta od początku realizacji ww. zadania do momentu złożenia do zamawiającego (Zarządu Dróg Wojewódzkich

w Lublinie) Części ogólnej ww. opracowania, a następnie z przyczyn organizacyjnych został zmieniony na Pana M.S., a wskazanie doświadczenia Pana J.K.

w opracowaniu ww. usługi wynikało z niewiedzy osoby odpowiedzialnej za przygotowanie oferty o zmianie osoby pełniącej funkcję Głównego projektanta w trakcie realizacji usługi.

W związku z powyższym zamawiający stwierdził, że odwołujący w formularzu Kryteria pozacenowe w zakresie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Głównego projektanta drogowego podał informacje nieprawdziwe. W ocenie zamawiającego podanie przez odwołującego nieprawdziwych informacji wyczerpuje znamiona czynu określonego w art. 3 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 uzk.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy 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.

Biorąc zatem pod uwagę treść powołanego wyżej przepisu, w okolicznościach sprawy, w których Izba stwierdzi, że naruszenie przepisów ustawy Pzp miało miejsce, jednakże z uwagi na okoliczność, iż naruszenie to nie miało lub nie ma istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba zobowiązana jest do oddalenia odwołania.

Zgodnie z przepisem art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Z okoliczności sprawy ustalonych w toku postępowania odwoławczego w ocenie Izby wynika, że zamawiający wykazał stosownymi dowodami złożonymi na rozprawie, że Pan J.K. nie pełnił funkcji projektanta branży drogowej na zadaniu *Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 833 Chodel-Kraśnik*. Dowodami tymi są:

Dowód nr 1:

1) Pismo Zarządu Dróg Wojewódzkich w Lublinie (zamawiający dla ww. usługi)

z 29 stycznia 2025 roku,

2) Pierwsze strony Koncepcji programowej dla ww. inwestycji (8 stron)

Dowód nr 2:

1) Wykaz osób (zał. E) wykonawcy Promost Consulting T. Siwowski sp.j. złożony przez tego wykonawcę w rzeczonym zadaniu – odwołujący na rozprawie nie zaprzeczył, że złożył taki wykaz wraz z osobami tam wymienionymi, z którego wynika, że osobą wyznaczoną do pełnienia funkcji projektanta specjalności drogowej był Pan T.B., a nie – jak twierdził odwołujący – Pan J.K..

Dowód nr 3:

1) Pismo Zarządu Dróg Wojewódzkich w Lublinie z 3 lutego 2017 roku aprobowane zmianę dotychczasowego projektanta specjalności drogowej Pana T.B. na Pana M.S. – odwołujący nie zaprzeczył powyższej okoliczności.

Wszystkie ww. dowody mają decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania, z uwagi na okoliczność, iż nieuwzględnienie w ramach kryteriów oceny ofert ww. zadania, tj. *Rozbudowy drogi wojewódzkiej Nr 833 Chodel-Kraśnik* powoduje uzyskanie przez odwołującego niższej liczby punktów, co przy zsumowaniu liczby punktów uzyskanych w ramach kryterium ceny oraz kryterium doświadczenia głównego projektanta drogowego DGP1 plasuje ofertę odwołującego na drugim miejscu w rankingu ofert – pierwsze miejsce zajmuje bowiem oferta przystępującego.

Wobec braku jakichkolwiek zarzutów względem oferty przystępującego wykonawcy TPF, wynik postępowania nie ulegnie zmianie, czego skutkiem musi być oddalenie odwołania.

Odnosząc się zaś do podstawy odrzucenia oferty odwołującego, czego konsekwencją było wniesienie odwołania i postawienie zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Izba wskazuje, że wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie Sądu Zamówień Publicznych z 28 lutego 2025 r. Zs XXIII 2/25 (wyrok oddalający skargę na wyrok Izby z 19 listopada 2024 r. KIO 3913/24), że nie jest dopuszczalne przy braku stosowania w danym postępowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia zastępowanie zarzutu naruszenia przepisów określających te przesłanki zarzutem złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, cyt.: *Przechodząc do kolejnych zarzutów skargi, w ocenie Sądu Okręgowego zarówno zarzut nr 3 (przy uwzględnieniu kwestii podnoszonych w uzasadnieniu zarzutu nr 2), jak i zarzut nr 4 nie zasługiwały na uwzględnienie. W obu powołanych zarzutach skarżący wywodzi, że pomimo iż stan faktyczny ustalony przez Izbę nie uzasadnia wykluczenia wykonawcy Geotechnologies na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi na naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Z powyższym nie sposób się zgodzić. Katalog fakultatywnych przesłanek wykluczenia został zasadniczo dostosowany do listy przesłanek wskazanych w art. 57 ust. 4 dyrektywy klasycznej. W ocenie Sądu, sprzeczna z art. 57 ust. 4 lit h) dyrektywy klasycznej jest zatem wykładnia, zgodnie z którą pomimo braku przewidzenia w dokumentach zamówienia fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, złożenie informacji nieprawdziwych/niepotwierdzających spełnienia warunku udziału w postępowaniu stanowi podstawę odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 16 Pzp w zw. z art. 3 uznk i uniemożliwia wezwanie takiego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ustawy Pzp. 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. Wedle ust. 2 tego przepisu, jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. W rezultacie swoboda Zamawiającego w przedmiocie uwzględnienia bądź nieuwzględnienia przesłanek fakultatywnych wykluczenia w danym zamówieniu występuje tylko do etapu unormowania warunków udziału w postępowaniu i ich ogłoszenia w zakresie SWZ. Natomiast jeśli zamawiający nie przewidzi możliwości danego wykluczenia fakultatywnego w ogłoszeniu o zamówieniu, to nawet w przypadku zaistnienia przesłanki fakultatywnej opisanej w ustawie Pzp, nie jest uprawniony do wykluczenia konkretnego wykonawcy w oparciu o szeroko rozumiane przesłanki w tym na podstawie innych ustaw. Takie działanie, nie tylko pozostawałoby w sprzeczności z przepisami prawa, lecz także godziłoby w zasadę przejrzystości - wykonawca po zapoznaniu się z treścią ogłoszenia i dokumentacją zamówienia musi umieć stwierdzić, czy odpowiada warunkom udziału, czy nie podlega wykluczeniu i czy jest w stanie złożyć ofertę na warunkach oczekiwanych przez zamawiającego - nie podlegającą odrzuceniu. Jasność i jednoznaczność procedur udzielania zamówień publicznych stanowi bowiem podstawową gwarancję zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania. Podkreślić należy, że wymóg zachowania przejrzystości dotyczy zarówno informacji o zamiarze udzielenia zamówienia, jak i informacji dotyczących przebiegu postępowania i podejmowanych w jego ramach decyzjach. Tak rozumiana zasada przejrzystości wypływa z zasady równości i jest ściśle związana z zasadą pewności prawa, przez co przede wszystkim należy rozumieć przewidywalność działań instytucji zamawiających. Tymczasem, stanowisko skarżącego dopuszcza „prześwietlanie” ofert konkurencji w świetle wszystkich przepisów prawa - i umożliwienie zamawiającym wykluczanie wykonawców/odrzucać ich ofert w oparciu o niespełnianie wymogów nieujawnionych na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast przewidzianych w każdym dowolnym*

akcie prawa powszechnie obowiązującego w Polsce, bez względu na jego faktycznych związek z danym zamówieniem. Odnosząc się zaś ściśle do zarzutów skargi, podkreślić należy, że skoro w ogłoszeniu o zamiarze udzielenia zamówienia i dokumentacji zamówienia Zamawiający nie zawarł konkretnej, fakultatywnej przesłanki wykluczenia, to obejmieniem przepisów na niekorzyść innych wykonawców, niż skarżący, byłoby zastosowanie w tym przypadku art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jak wskazuje się w orzecznictwie, zasada proporcjonalności to zachowanie adekwatne do danej sytuacji, tym samym musi być ono właściwe w okolicznościach danej sprawy, co oznacza, że podejmowane działania muszą odpowiadać założonym celom (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 marca 2017 r., KIO 371/17). W tym zakresie wielokrotnie wypowiadały się organy orzecznicze takie jak Trybunał Europejski oraz Trybunał Konstytucyjny i choć tezy ujęte w orzeczeniach tych organów dotyczą innego poziomu normatywnego, jakim jest zgodność przepisów bezwzględnie obowiązującego prawa i norm usytuowanych hierarchicznie znacznie wyżej to mają one charakter uniwersalny i pozwalają bez trudu na ich przeniesienie na poziom oceny zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Samo rozumienie zasady proporcjonalności pozostaje bowiem bardzo zbliżone, niezależnie od punktu odniesienia, dla którego jest ona oceniana i konstruowana. Zatem wypracowane w orzecznictwie obu Trybunałów metody oceny i badania spełnienia zasady proporcjonalności mogą być z powodzeniem stosowane i przeniesione na poziom zupełnie niższy, tj. na poziom oceny czynności Zamawiającego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z wyrokiem Trybunału Europejskiego z dnia 22 listopada 2005 roku w sprawie C-144/05 Werner Mangold „Poszanowanie zasady proporcjonalności wymaga mianowicie, by każde ograniczenie prawa podmiotowego w możliwie najwyższym stopniu godziło wymogi równego traktowania z realizowanym celem” (zob. podobny wyrok z dnia 19 marca 2002 r. – 10037 w sprawie C-476/99 Lommers Analiza tego orzeczenie pozwala przyjąć, że ocena dotyczy tego, czy przyjęte założenia są skorelowane z celami jakie mają zostać osiągnięte. To natomiast prowadzi do wniosku, który można łatwo przenieść na grunt zamówień publicznych, że przyjęte przez Zamawiającego wymagania muszą być adekwatne do uzyskania zamierzonego w danym postępowaniu celu. W rezultacie za całkowicie nieuprawnione należy uznać wywodzenie sankcji o charakterze eliminacyjnym w postaci wykluczenia wykonawcy czy odrzucenia jego oferty w drodze wykładni z zasad ogólnych prowadzenia postępowania, w szczególności z art. 16 ustawy Pzp. Zwłaszcza, że w odniesieniu do fakultatywnych przesłanek wykluczenia w motywie 101 dyrektywy klasycznej wskazano dodatkowo, iż „stosując fakultatywne podstawy, wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności”. Za rażące naruszenie zasady proporcjonalności oraz przejrzystości postępowania należałoby uznać nakładanie na wykonawcę sankcji o charakterze eliminacyjnym wbrew temu, że w danym postępowaniu nie przewidziano danej fakultatywnej przesłanki wykluczenia. Niezasadne okazały się zatem zarzuty skargi, wywodzące, że podanie przez Geotechnologies niepełnych informacji dot. spełnienia warunku udziału w postępowaniu, stanowiło podstawę do odrzucenia jego oferty z uwagi na wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie podania nieprawdziwych informacji co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie udziału referencyjnych osób w realizacji zamówienia.

Zdaniem Izby zamawiający niestosujący w przedmiotowym postępowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawców, w przypadku stwierdzenia podania przez wykonawcę informacji nieprawdziwych, a z uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego wprost taka okoliczność wynika [cyt.: W związku z powyższym Wykonawca w formularzu Kryteria pozacenowe w zakresie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Głównego projektanta drogowego podał informacje nieprawdziwe. W ocenie Zamawiającego podanie przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji wyczerpuje znamiona czynu określonego w art. 3 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „znku”), nie może następnie przyporządkować takich okoliczności jako czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby, skoro zamawiający zdecydował się na takie sformułowanie treści dokumentów zamówienia, to powinien mieć świadomość powyższego wyroku Sądu Okręgowego.

W przedmiotowym postępowaniu o wiele prostszym, logiczniejszym, a przede wszystkim odpowiadającemu obowiązującym przepisom działaniem zamawiającego byłoby po prostu nieprzyznanie punktów wykonawcy za ww. zadanie w ramach kryteriów oceny ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....