

WYROK
z dnia 24 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EGIS Poland Sp. z o.o., PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, ul. Sulisława 5, 80-354 Gdańsk**

przy udziale wykonawcy **Transprojekt Gdański Sp. z o.o., ul. Partyzantów 72, 80-254 Gdańsk** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EGIS Poland Sp. z o.o., PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa** 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: EGIS Poland Sp. z o.o., PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EGIS Poland Sp. z o.o., PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa** na rzecz **Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad**

1

Oddział w Gdańsku, ul. Sulisława 5, 80-354 Gdańsk kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Generalna Dyрекcja Dróg Krajowych Oddział w Gdańsku, ul. Subisława 5, 80-354 Gdańsk (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) pn.: „Projekt budowy drogi ekspresowej S7 na odcinku Koszwały - Kazimierzowo”. Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę wyższą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8

ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2012/S 16-025523.

W dniu 10 maja 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Egis Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa i PxM Projekt-Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Mazowiecka 25, 30-019 Kraków (dalej „Odwołujący”) od czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz uznania jego oferty za odrzuconą w myśl art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, a tym samym od wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Transprojekt Gdański Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu złożenia rzekomo nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia Pana Macieja Szarkowskiego w odniesieniu do wykonywanego w latach 70-tych zadania: Autostrada A4 relacji Wrocław-Kraków, odcinek obejmujący węzły Nogawczyce i Kleszczów, dł. 25 km, które to informacje mają wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, podczas gdy twierdzenie takie Zamawiający oparł na informacji uzyskanej od Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Opolu, odnoszącej się do mającej ten sam przedmiot inwestycji, lecz realizowanej w latach 90-tych, a także poprzez niewykluczenie wykonawcy TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. z uwagi na fakt złożenia przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania dotyczących faktu wykonania przez pana Tadeusza Stefanowskiego jako projektanta

3

branży mostowej projektu budowlanego i wykonawczego budowy mostu przez Wisłę koło Kwidzyna wraz z dojazdami w ciągu DK nr 90, podczas gdy projekt budowlany dla tego obiektu mostowego został opracowany przez Pana Adama Nadolnego oraz Pana Mariusza Łuckiego;

- 2) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez niewezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do rozbieżności pomiędzy oświadczeniem złożonym przez niego w wykazie robót a informacjami pozyskanymi przez Zamawiającego od Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Opolu;
- 3) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, mimo że brak podstaw do tego wobec bezzasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 4) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Transprojekt Gdański Sp. z o.o., mimo że - wobec braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania - oferta Odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a tym samym Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców.

Podnosząc te zarzuty, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- 3) unieważnienia czynności uznania oferty Odwołującego za odrzuconą,
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz z wykluczeniem wykonawcy TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. i odrzuceniem oferty tego Wykonawcy.
Ponadto wnosił o:
- 5) przeprowadzenie dowodu z zeznań Macieja Szarkowskiego na okoliczność, że Pan Maciej Szarkowski wykonał jako projektant projekt w fazie założeń techniczno-techniczny (odpowiadające obecnemu projektowi ekonomicznym oraz projekt budowlanemu i projektowi wykonawczemu) dla realizowanego w latach 70-tych

25 zadania: Autostrada A4

relacji Wrocław-Kraków, obejmujący odcinek o długości

km, w tym węzły Nogawczyce i Kleszczów (klasa drogi - A, przekrój dwujezdniowy z węzłami drogowymi, Obwodem Utrzymania Drogi i Miejscem Obsługi Podróżnych);

- 6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym.

4

Odwołujący wskazywał, że jego oferta zawiera najniższą cenę spośród ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, a zatem jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy Pzp (zgodnie z zapisami SIWZ cena stanowi jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej). W tej sytuacji bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą powoduje, że ma on interes w uzyskaniu tego zamówienia, a nadto może ponieść, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, szkodę w postaci utraconych korzyści z realizacji zamówienia.

Zamawiający przesłał Odwołującemu za pośrednictwem faksu informację o wykluczeniu go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uznaniu jego oferty za odrzuconą oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. dnia 30 kwietnia 2012 r., zatem wnosząc niniejsze odwołanie, Odwołujący dochował terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu 10 maja 2012 r.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, co następuje.

1. W zakresie podania rzekomo nieprawdziwej informacji w ofercie Odwołującego:

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pismem z dnia 30 kwietnia 2012 r., Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, uznaniu jego oferty za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Transprojekt Gdański Sp. z o.o. Jako faktyczną podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał okoliczność, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, które dotyczyły doświadczenia osoby podanej do pełnienia funkcji Projektanta drogowego - Pana Macieja Szarkowskiego, nabytego przy sporządzeniu projektu budowlanego i wykonawczego budowy autostrady A4 Wrocław - Kraków, odcinek o długości ok. 25 km, obejmujący węzły Nogawczyce - Kleszczów (droga klasy A, o przekroju dwujezdniowym z węzłami drogowymi, Obwodem Utrzymania Drogi i Miejscem Obsługi Podróżnych). Zamawiający oparł to twierdzenie na informacjach uzyskanych od Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Opolu, z których wynika, iż Pan Maciej Szarkowski nie był projektantem tego odcinka autostrady A4, a nadto przedmiotowy odcinek autostrady liczy tylko 17,45 km, a dokumentacja projektowa nie zawiera rozwiązań projektowych w zakresie Miejsca Obsługi Podróżnych i Obwodu Utrzymania Drogi. Odwołujący zauważał, że Oddziały Generalnej

5

Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Gdańsku i Opolu pominęły jednak istotną kwestię. Mianowicie informacje, w oparciu o które Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dotyczyły dokumentacji projektowej sporządzonej dla tej inwestycji w latach 90-tych, której autorem rzeczywiście nie jest Pan Maciej Szarkowski. Tymczasem doświadczenie, którym legitymuje się Pan Maciej Szarkowski i które było wskazane w Formularzu 3.3. Potencjał Kadrowy, odnosi się do realizacji dokumentacji dla tejże inwestycji w latach 70-tych. Dokumentacja ta była wykonywana na rzecz Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Katowicach. Dokumentacja z lat 70-tych obejmowała wykonanie projektu w fazie założeń techniczno-ekonomicznych oraz projektu technicznego (odpowiadające obecnemu projektowi budowlanemu i projektowi wykonawczemu) dla wskazanego w Formularzu 3.3. Potencjał Kadrowy odcinka Autostrady A4, spełniającego wszystkie elementy warunku

udziału w niniejszym postępowaniu.

Dowody:

- zeznanie Macieja Szarkowskiego,
- oświadczenie Pana Macieja Szarkowskiego z dnia 9 maja 2012 r. wraz z załączonym życiorysem potwierdzonym przez reprezentanta SWECO Infraprojekt Sp. z o.o. (dawniej Krakowskie Biuro Projektów Dróg i Mostów Transprojekt Sp. z o.o.)

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej „przesłanka nieprawdziwości informacji, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zachodzi wówczas, gdy złożone przez wykonawcę informacje nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistym (obiektywnym) stanie faktycznym ustalonym w sposób pewny, tj. niebudzący żadnych wątpliwości” (tak np. KIO w wyroku z dnia 22 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 267/12). W niniejszej sprawie, w świetle przedstawionych przez Odwołującego dowodów, nie sposób stwierdzić, aby w ofercie Odwołującego znalazły się jakiegokolwiek tak rozumiane nieprawdziwe informacje. Oświadczenie Odwołującego, iż Pan Maciej Szarkowski jest autorem dokumentacji projektowej spełniającej wymagania SIWZ jest bowiem oświadczeniem zgodnym z rzeczywistością, choć odnosi się do innej dokumentacji niż ta, którą miał na myśli Zamawiający podejmując decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Powyższe oznacza także, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania w oparciu o niepełne informacje, a tym samym bezpodstawnie, bowiem - jak wynika z przywołanych dowodów - Pan Maciej Szarkowski wykonał jako projektant branży drogowej projekt budowlany i projekt wykonawczy dla realizowanego w latach 70-tych zadania: Autostrada A4 relacji Wrocław-Kraków, odcinek obejmujący węzły Nogawczyce i Kleszczów

6

o długości 25 km, zatem wykluczenie Odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest niezasadne.

Odwołujący podnosił, iż warto zwrócić uwagę, że wykluczenie wykonawcy na skutek podania nieprawdziwych informacji to radykalna czynność zamawiającego powodująca bezwzględne wyeliminowanie wykonawcy z postępowania, stąd podanie nieprawdziwych informacji musi być wykazane w sposób nie budzący wątpliwości (tak wyrok KIO z dnia 2 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1214/10; wyrok KIO z dnia 19 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1691/11). Trudno przyjąć, aby takim niebudzącym wątpliwości dowodem złożenia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji, zwłaszcza w świetle dowodów przedstawionych przez Odwołującego wraz z odwołaniem, było pismo GDDKiA Oddział w Opolu, które stało się podstawą do podjęcia przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Jak wynika z uzasadnienia decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, przedmiotowe pismo wskazuje, iż inwestycja, do której miałoby się odnosić oświadczenie Odwołującego zawarte w Formularzu 3.3. Potencjał Kadrowy, ma całkowicie inne parametry (inna długość odcinka, brak rozwiązań projektowych w zakresie Miejsca Obsługi Podróżnych i Obwodu Utrzymania Drogi). Tak wiele różnic pomiędzy inwestycją opisaną przez Odwołującego w wykazie robót a inwestycją opisaną przez GDDKiA Oddział w Opolu oczywistym czyni pytanie o tożsamość tychże inwestycji (i o racjonalność działania Odwołującego). Skoro zaś taka wątpliwość winna była zrodzić się po stronie Zamawiającego, to w ślad za nią Zamawiający obowiązany był wdrożyć względem Odwołującego procedurę z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp (tak KIO w wyroku z dnia 21 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 264/12). Zaniechanie przez Zamawiającego wdrożenia względem Odwołującego procedury z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp celem wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy oświadczeniem Odwołującego zawartym w Formularzu 3.3. Potencjał Kadrowy a oświadczeniami GDDKiA Oddział w Opolu jest w niniejszej sprawie tym bardziej zadziwiające, że Zamawiający w sposób wręcz drobiazgowy weryfikował inne oświadczenia Odwołującego oraz oświadczenia składane przez innych wykonawców. Ta niekonsekwencja Zamawiającego co do stopnia szczegółowości wyjaśnień oświadczeń poszczególnych wykonawców stanowi naruszenie, wynikającej z art. 7 ustawy Pzp, zasady równego traktowania wykonawców. Jak przypomina bowiem KIO w wyroku z dnia 1 marca 2012 r., sygn. akt KIO 360/12, „naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp następuje zazwyczaj, gdy

dochodzi do nadużycia pewnej instytucji uregulowanej w ustawie Pzp lub zaniechania jej zastosowania wobec tylko niektórych wykonawców i odmiennego zastosowania tej instytucji wobec pozostałych - mimo faktu, iż wykonawcy ci znajdują się w analogicznej sytuacji prawnej i faktycznej".

7

Ponadto Odwołujący zauważał, iż nie sposób pominąć, iż to Zamawiającego obciąża obowiązek udowodnienia, że zaistniały wszystkie przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania, wymienione w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w tym zamiar bezpośredni lub zamiar ewentualny po stronie wykonawcy. Jak bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 grudnia 2011 r. sygn. akt: KIO 2698/11, przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, a nie w okolicznościach niekwalifikowanych wewnętrznym zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wyzyskania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Tej jednak przesłanki nie sposób uznać za udowodnioną przez Zamawiającego, bo nawet gdyby przyjąć, iż oświadczenia Odwołującego rzeczywiście zawierają jakąkolwiek informację nieprawdziwą, czemu przeczą przedstawione przez Odwołującego dowody, to Odwołujący, przygotowując ofertę, dołożył należytej staranności i podał w niej wyłącznie informacje, które uprzednio zweryfikował pod względem ich prawdziwości.

Skoro zatem nie zaistniały podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania, uznanie jego oferty za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp należy ocenić jako niezasadne. Oznacza to, iż wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. został dokonany z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

2. W zakresie podania nieprawdziwej informacji w ofercie Transprojekt Gdański Sp. z o.o.:

Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza - Transprojekt Gdański Sp. z o.o. - podał w swojej ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania dotyczące wykonania przez pana Tadeusza Stefanowskiego jako projektanta branży mostowej projektu budowlanego i wykonawczego budowy mostu przez Wisłę koło Kwidzyna wraz z dojazdami w ciągu DK nr 90, podczas gdy w rzeczywistości projekt budowlany dla tego obiektu mostowego został opracowany przez Pana Adama Nadolnego oraz Pana Mariusza Łuckiego.

Dowody:

- oświadczenie Pana Adama Nadolnego, które wpłynęło do Zamawiającego dnia 9 maja 2012r.,
- kopia pierwszej strony projektu architektoniczno-budowlanego wykonanego przez Transprojekt Gdański Sp. z o.o. na zlecenie Zamawiającego w sierpniu 2009 r., z której wynika, że autorami projektu w branży mostowej byli Adam Nadolny i Mariusz Łucki, a sprawdzającym Stefan Filipiuk.

8

Biorąc pod uwagę fakt, iż zlecającym wykonanie spornego projektu był sam Zamawiający, a zlecenie to wykonał wykonawca Transprojekt Gdański Sp. z o.o. (przez co Zamawiający miał możliwość łatwej weryfikacji prawdziwości informacji zawartych w ofercie wykonawcy Transprojekt Gdański Sp. z o.o.) oraz opisany powyżej drobiazgowy sposób weryfikacji oferty Odwołującego oraz - jak wynika z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo Zamawiającego z dnia 30 kwietnia 2012r.) - również ofert innych wykonawców, zdziwienie budzić może, że Zamawiający nie zweryfikował oświadczeń zawartych w ofercie wykonawcy Transprojekt Gdański Sp. z o.o. w Formularzu 3.3. Potencjał Kadrowy w zakresie pana Tadeusza Stefanowskiego i nie wykluczył tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Co więcej, ta niekonsekwencja Zamawiającego co do stopnia szczegółowości wyjaśnień oświadczeń poszczególnych wykonawców stanowi naruszenie, wynikającej z art. 7 ustawy Pzp, zasady równego traktowania wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Odwołującego zarzuty odwołania są w pełni uzasadnione, a odwołanie zasługuje w całości na uwzględnienie.

W dniu 11 maja 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 14 maja 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Transprojekt Gdański Sp. z o.o., ul. Partyzantów 72, 80-254 Gdańsk (dalej także jako „Przystępujący”). Przystępujący wskazywał, iż jego interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, to znaczy na korzyść Zamawiającego, wynika z faktu, że oferta Przystępującego została przez Zamawiającego wybrana jako najbardziej korzystna w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Złożenie przedmiotowego odwołania przez Odwołującego i jego ewentualne uwzględnienie przez KIO uniemożliwiłoby Przystępującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Tym samym Przystępujący posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, a co a tym idzie także w przystąpieniu do niniejszego postępowania odwoławczego. Przystępujący wskazuje, że zarzuty Odwołującego wobec czynności Zamawiającego są bezzasadne, w związku z czym jego odwołanie zasługuje na oddalenie.

W uzasadnieniu Przystępujący podnosił, iż Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz uznania jego oferty za odrzuconą w myśl art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, a tym samym od wyboru

9

jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego. Podniesione w odwołaniu zarzuty wobec czynności Zamawiającego są bezzasadne z następujących powodów:

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp:

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez:

- (a) bezzasadne wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- (b) niewykluczenie Przystępującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ad (a)

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest bezzasadny, albowiem - wbrew odmiennej ocenie Odwołującego - Odwołujący w istocie rzeczy złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania dotyczące doświadczenia zawodowego osoby podanej do pełnienia funkcji Projektanta drogowego, Pana Macieja Szarowskiego, wskazując, że osoba ta wykonała projekt budowlany i wykonawczy budowy autostrady A4 Wrocław-Kraków na odcinku ok. 25 km obejmującym węzły Nogawczyce Kleszczów (klasa drogi: A, o przekroju 2 jezdniowym z węzłami drogowymi, Obwodem Utrzymania Drogi i Miejscem Obsługi Podróżnych), podczas gdy z informacji przekazanych Zamawiającemu przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu (tj. Inwestora rzekomo realizowanego przez Pana Macieja Szarowskiego projektu budowlanego i wykonawczego) jednoznacznie wynika, iż:

- Pan Szarkowski nie był projektantem autostrady A4 Wrocław-Kraków na odcinku Nogawczyce-Kleszczów,
- przedmiotowy odcinek autostrady liczy tylko 17,45 km,
- projekt budowlany i wykonawczy autostrady nie zawiera rozwiązań projektowych w zakresie Miejsca Obsługi Podróżnych oraz Obwodu Utrzymania Drogi.

Tym samym, Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje co do dysponowania wymaganym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej "SIWZ") doświadczeniem zawodowym, które to informacje miały lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, albowiem ewentualne uznanie prawdziwości tychże informacji przez Zamawiającego skutkowałoby koniecznością uznania przez Zamawiającego, że Odwołujący spełnia

W ocenie Przystępującego, także opierając się na oświadczeniu pisemnym Pana inż. Macieja Szarkowskiego (załączonym do odwołania) nie sposób jest uznać, że Odwołujący wykazał fakt dysponowania przez tą osobę doświadczeniem zawodowym wymaganym przez Zamawiającego zgodnie z treścią SIWZ.

Ad(b)

Uzasadniając - w kontekście wymogów zawartych w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - iż, przysługuje mu środek ochrony prawnej w postaci odwołania, Odwołujący argumentuje, iż jego oferta zawierała najniższą cenę spośród ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a zatem jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy Pzp, gdyż zgodnie z zapisami SIWZ cena stanowiła jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wskazuje, iż w tej sytuacji bezpodstawne wykluczenie go z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą powoduje, że ma on interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a nadto może ponieść w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp szkodę w postaci utraconych korzyści w realizacji zamówienia.

W ocenie Przystępującego, opierając się na przytoczonej powyżej argumentacji Odwołującego można - w świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - uznać, iż Odwołującemu przysługuje w niniejszej sprawie środek ochrony prawnej w postaci odwołania jedynie w takim zakresie, w jakim jego odwołanie oparte jest na zarzucie naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez - zdaniem Odwołującego - bezzasadne wykluczenie go z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do którego to zarzutu Przystępujący odniósł się wyżej pod lit. (a).

W ocenie Przystępującego, na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołującemu nie przysługuje jednak środek prawny w postaci odwołania w zakresie, w jakim jego odwołanie oparte jest na domniemanym zarzucie naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie Przystępującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem w tym zakresie nie zachodzi kumulatywne spełnienie obu przesłanek wynikających z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności nie został wykazane, że Odwołujący poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie Przystępującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na poparcie prawidłowości powyższego wniosku Przystępujący przytaczał dwa wyroki KIO zapadłe na gruncie analogicznych stanów faktycznych:

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (w składzie trzyosobowym) z dnia 31 stycznia 2011 r. , KIO 99/11, w uzasadnieniu którego czytamy *[podkreślenia, wytłuszczenia autorstwa Przystępującego]*:

„(...) W zakresie podnoszonego przez Odwołującego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy T. Medical Sp. z o.o. z siedzibą w L., należało uznać, iż zarzut powyższy nie znalazł potwierdzenia. W pierwszym rzędzie wymagało dostrzeżenia, że w zakresie popierania powyższego zarzutu Odwołującemu nie sposób przyznać posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia, względnie możliwości poniesienia szkody w związku z zarzucanymi naruszeniami, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przywołanym przepisem, uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. W świetle brzmienia tego przepisu, Odwołujący ma wykazać już posiadanie nie interesu prawnego (jak to było na gruncie przepisów przed nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych) - ale interesu w uzyskaniu konkretnego zamówienia, z jednoczesną możliwością poniesienia szkody. Wskazany interes oraz

możliwość poniesienia szkody - w zakresie zarzutu podnoszonego w odniesieniu do drugiej kwestionowanej w odwołaniu czynności Zamawiającego - tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy T. Medical Sp. z o.o. nie występuje. Niezależnie bowiem od uznania bądź nieuznania zasadności powyższego zarzutu, w okolicznościach sprawy, oferta Odwołującego, jest najtańszą spośród złożonych w postępowaniu, interes tego wykonawcy realizuje się poprzez posiadanie, względnie utrzymanie statusu wykonawcy, którego oferta jest ważna i nie podlegająca odrzuceniu. Wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty niżej ocenione (droższe, przy jedynym kryterium oceny ofert stanowiącym cenę) nie rzutują bowiem na sytuację wykonawcy wyżej ocenionego, w sposób który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody - odrzucenie bądź nie ofert innych wykonawców, których oferty okazały się droższe od oferty Odwołującego pozostaje neutralne dla tego wykonawcy. (...) W konsekwencji wobec potwierdzenia się zasadności odrzucenia oferty Odwołującego, traci on status uczestnika tego przedmiotowego postępowania przetargowego, z uwagi na skuteczne odrzucenie jego oferty, nie ma on interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień publicznych w podnoszeniu zarzutu w odniesieniu do oferty uznanej za najkorzystniejszą, Z tych względów Izba nie odniesie do nich merytorycznie (...)"

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4 maja 2010, KIO 617/10 w uzasadnieniu którego czytamy [podkreślenia, wytłuszczenia autorstwa Przystępującego]:

12

"(...) II. W zakresie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Przystępującego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, co następuje:

zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej stwierdza, że Odwołujący w zakresie postawionego zarzutu nie posiada interesu prawnego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 ZamPublU07.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ZamPublU07 środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Należy stwierdzić, iż w świetle zebranego materiału dowodowego, zakładając iż oferta Odwołującego w rankingu ofert znajduje się na pierwszym miejscu w żądaniu przez Odwołującego odrzucenia oferty Przystępującego nie można dopatrzeć się istnienia interesu prawnego. Podobnie w przypadku żądania unieważnienia przedmiotowego postępowania. Zgodnie z przyjętą linią orzecniczą interes prawny korzystającego ze środków ochrony prawnej, musi wiązać się z możliwością uzyskania zamówienia (podobnie wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/ UZP 1330/08, czy wyrok Sądu Okręgowego w Kr. z dnia 25 kwietnia 2006 r.. sygn. akt (...)"

Tym samym stwierdzić należy, iż zarzuty Odwołującego dotyczące rzekomego podania nieprawdziwych informacji przez Przystępującego w zakresie doświadczenia Tadeusza Stefanowskiego są bezprzedmiotowe dla niniejszego postępowania odwoławczego, a co za tym idzie nie powinny być rozpatrywane w jego toku.

Niezależnie od powyższej konstatacji, w kontekście twierdzeń Odwołującego zawartych w punkcie pkt 2 uzasadnienia odwołania, z daleko posuniętej ostrożności procesowej Przystępujący stwierdza, iż z całą mocą zaprzecza twierdzeniom Odwołującego jakoby jego oferta zawierała jakiekolwiek nieprawdziwe informacje. Przystępujący oświadcza, że zawarte w jego ofercie informacje dotyczące w szczególności doświadczenia zawodowego Pana Tadeusza Stefanowskiego są prawdziwe - niezależnie od załączonych do odwołania dowodów w postaci oświadczenia Pana Adama Nadolnego oraz kopii pierwszej strony projektu z sierpnia 2009 r.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4. ustawy Pzp:

Odwołujący zakwestionował także czynność odrzucenia jego oferty pod względem formalnym, twierdząc, że Zamawiający zobowiązany był do poprzedzenia tej czynności wezwaniem Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

obowiązek złożenia wyjaśnień dotyczy jedynie sytuacji, gdy załączone do oferty dokumenty lub oświadczenia budzą wątpliwości Zamawiającego. Obowiązek ten nie dotyczy natomiast sytuacji, gdy Zamawiający poweźmie wiarygodne i nie budzące wątpliwości informacje, z których wynika, że załączone do oferty dokumenty lub oświadczenia zawierają informacje nieprawdziwe - w takim wypadku Zamawiający zobligowany jest zastosować art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wyjaśniać można jedynie informacje, które znajdują się w ofercie, ale z jakich powodów są niejasne, niepełne (tak wyrok KIO 1702/11). Ponadto w wyroku KIO 1749/11, teza 3, stwierdza się: „Art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. jest przepisem restrykcyjnym, powodującym konieczność wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu bez możliwości zastosowania instytucji określonej w art. 26 ust. 3 p.z.p. Powinien być zatem interpretowany ściśle.” W ocenie Przystępującego wyrok ten znajduje analogiczne zastosowanie w odniesieniu do instytucji przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Skoro Zamawiający uzyskał u źródła (w Oddziale Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Opolu) informację, iż Odwołujący złożył nieprawdziwe oświadczenia w przedmiocie doświadczenia Macieja Szarkowskiego, to bezzasadne w świetle przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, oraz niedopuszczalne w świetle art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp byłoby wzywianie do złożenia wyjaśnień. Zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający mogą zwracać się o wyjaśnienie treści przedłożonych dokumentów lub oświadczeń. Prawo do uzyskania wyjaśnień nie oznacza uprawnienia do domagania się jakichkolwiek dodatkowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku lub prawdziwość oświadczenia. W szczególności Zamawiający, który wobec któregoś z wykonawców powziął wątpliwości co do rzetelności oświadczeń, nie może - jeśli nie zażądał tego, wszczynając postępowanie - zwrócić się o przedłożenie dokumentów potwierdzających spełnianie kwestionowanego warunku. W tym stanie rzeczy, ewentualne zwrócenie się przez Zamawiającego do Odwołującego sprowadzałoby się jedynie do przedłużenia postępowania, nie prowadziłoby zaś do jakiegokolwiek weryfikacji informacji uzyskanych z Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Opolu. Jedynie na marginesie należy podkreślić, że Zamawiający nie miał i nadal nie ma żadnych podstaw do uznania, że informacja pochodząca z Oddziału Generalnej Dyrekcji dróg Krajowych i Autostrad w Opolu jest nieprawdziwa.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp

Przystępujący stwierdzał, że zarzut ten należy uznać za bezzasadny w świetle zawartych powyżej wywodów Przystępującego odnoszących się do bezzasadności zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

Przystępujący podnosi, że zarzut ten jest bezzasadny, albowiem Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, to znaczy na podstawie kryterium jakim była cena.

Biorąc pod uwagę powyższe Przystępujący wnosil i wywodził jak na wstępie.

W dniu 22 maja 2012 r. Odwołujący przesłał faksem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w odpowiedzi na stanowisko Przystępującego, pismo datowane na 9 maja 2012 r. zawierające dodatkową argumentację.

I. Zarzuty odnoszące się do podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania

a) zarzut zaniechania przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp

Zgodzić należy się ze stanowiskiem Przystępującego do postępowania, iż w razie stwierdzenia przez Zamawiającego, że wykonawca złożył w swojej ofercie nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, po jego stronie powstaje

obowiązek wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bez możliwości zastosowania względem niego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odnoszącego się do uzupełnienia oferty. Niemniej jednak, aby reguła ta znalazła zastosowanie, w pierw Zamawiający musi nabrać pewności, że dana informacja jest rzeczywiście nieprawdziwa. To na nim bowiem spoczywa ciężar udowodnienia tej okoliczności, co wielokrotnie było podkreślane przez Krajową Izbę Odwoławczą, np.:

wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 49/12:

„Zaistnienie przesłanek wykluczenia, wynikających z komentowanego przepisu (*art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp - przypis autora*), powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp, nie zostaną zachowane.”

wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2812/11

„Zarzucana wykonawcy nieprawdziwość poświadczanych przez niego informacji nie może budzić możliwych do zinterpretowania na korzyść wykonawcy wątpliwości. Wykorzystując terminologią procesu karnego można zobrazować powyższe wywody w ten sposób, iż stwierdzenie podania nieprawdziwych informacji nie może opierać się li tylko na poszlakach zamiast na pewnych dowodach”.

15

wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO 412/10

„Dopiero wyzbycie się wszelkich wątpliwości w tym zakresie pozwoli na jednoznaczne postawienie zarzutu posługiwania się przez wykonawcę nieprawdziwymi informacjami, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania”.

wyrok KIO z dnia 29 marca 2011r. sygn. akt KIO 513/11

„Podstawą argumentacji zawartej w uzasadnieniu wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie może być też wyłącznie przypuszczenie, czy domniemanie zamawiającego, wynikające z działań podjętych przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia.”

W ocenie Odwołującego, oświadczenie uzyskane przez Zamawiającego od GDDKiA Oddział Opole nie miało takiego charakteru, aby ponad wszelką wątpliwość wskazywało na złożenie przez Odwołującego nieprawdziwych informacji, o czym szerzej poniżej.

W formularzu 3.3, odnośnie p. Szarkowskiego, Odwołujący zawarł następujące oświadczenie:

„Projektant: Wykonał projekt budowlany i wykonawczy budowy autostrady A4 Wrocław - Kraków na odcinku ok. 25 km obejmującym węzły Nogawczyce - Kleszczów (klasa drogi: A o długości, o przekroju 2 - jezdniowym z węzłami drogowymi, obwodem utrzymania drogi i miejscem obsługi podróżnych)”.

Natomiast Zamawiający pozyskał od GDDKiA informację, jak twierdzi w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego, iż Pan Szarkowski nie był projektantem autostrady A4 Wrocław - Kraków na odcinku Nogawczyce - Kleszczów, a nadto, że wskazany odcinek autostrady liczy tylko 17,45 km i nie obejmuje Miejsca Obsługi Podróżnych, ani Obwodu Utrzymania Drogi. Już samo zestawienie tychże informacji wskazuje, iż Odwołujący i GDDKiA Oddział Opole mówią o innych odcinkach autostrady (Odwołujący o odcinku o długości ok. 25 km obejmującym m. in. wskazane węzły, zaś GDDKiA Oddział Opole o odcinku pomiędzy tymi węzłami). Nadto dalsze, oczywiste różnice pomiędzy elementami dokumentacji projektowej, do których odnosi się Odwołujący i GDDKiA Oddział Opole, zasadną czynią wątpliwość, czy odnoszą się one do tego samego projektu. I właśnie nad tą wątpliwością Zamawiający, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO, nie mógł przejść do porządku dziennego.

b) zarzut złożenia nieprawdziwych informacji

Procedura wyjaśniająca, której wykonania w niniejszej sprawie zaniechał Zamawiający, w sposób jednoznaczny prowadzi do wniosku, iż informacje podane przez Odwołującego są zgodne z rzeczywistością. Powyższe potwierdza w pierwszej kolejności

16

treść oświadczenia projektanta - Pana M. Szarkowskiego - załączonego do odwołania. Okoliczności faktyczne wskazane w oświadczeniu Pana Szarkowskiego znajdują potwierdzenie w udało się pozyskać oświadczeniach innych podmiotów, które Odwołującemu. I tak:

- pismem z dnia 2 maja 2012r. Odwołujący zwrócił się do GDDKiA O. Katowice z zapytaniem, czy Pan Szarkowski widnieje jako projektant lub sprawdzający w odniesieniu do dokumentacji projektowej dla zadania dotyczącego autostrady A-4 Wrocław Kraków, realizowanego w latach siedemdziesiątych,
- w odpowiedzi na to zapytanie, GDDKiA Oddział Katowice w dniu 8 maja 2012 r., potwierdziła, iż faktycznie taka dokumentacja była wykonywana w latach siedemdziesiątych, a jej wykonawcą było: Krakowskie Biuro Projektów Dróg i Mostów „Transprojekt”,
- z kolei spółka Krakowskie Biuro Projektów Dróg i Mostów „Transprojekt”, obecna nazwa Sweco Infraprojekt Sp. z o.o., w oświadczeniu z dnia 16 maja 2012 r., jak również potwierdzając życiorys Pana M. Szarkowskiego, potwierdziła, iż to on był autorem projektu z lat siedemdziesiątych,
- GDDKiA Oddział Opole, odpowiadając w dniu 21 maja 2012 r. na zapytanie Odwołującego, stwierdziła jedynie, iż ze względu na upływ czasu nikt z obecnych jej pracowników nie jest w stanie przypomnieć sobie faktu wykonania dokumentacji w latach siedemdziesiątych, a dokumentacja archiwalna uległa zniszczeniu w powodzi w 1997r. Zaznaczenia wymaga jednak, iż GDDKiA Oddział Opole nie zaprzeczyła we wskazanym oświadczeniu ani temu, że taka dokumentacja była wykonana w latach 70-tych, ani że jej autorem był Pan Szarkowski.

Uprzedzając ewentualne wątpliwości, przyznać należy, iż ani GDDKiA w Katowicach, ani GDDKiA w Opolu nie wskazała wprost Pana Szarkowskiego jako autora dokumentacji projektowej z lat siedemdziesiątych, co tłumaczyć należy brakiem dokumentacji źródłowej oraz upływem czasu. Niemniej w świetle oświadczenia GDDKiA w Katowicach dokumentacja, na którą powołuje się Odwołujący, rzeczywiście była wykonywana i to przez firmę zatrudniającą Pana Szarkowskiego. Z kolei firma zatrudniającego Pana Szarkowskiego, potwierdziła fakt wykonania tejże dokumentacji przez Pana Szarkowskiego. Oświadczenia te wraz z oświadczeniem samego Pana Szarkowskiego, tworzą całość potwierdzająca stanowisko Odwołującego. a tym samym przerzucając na Zamawiającego konieczność udowodnienia, iż Pan Szarkowski nie był jednak autorem spornego projektu. Temu ciężarowi dowodu Zamawiający nie podołał.

II. Zarzuty co oferty Przystępującego do postępowania.

17

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO „okoliczność podania nieprawdziwych informacji może pojawić się na każdym etapie postępowania (a więc także po wyborze najkorzystniejszej oferty - przypis autora), a Zamawiający, w przypadku jej ujawnienia, jest zawsze zobowiązany do rzetelnego ustosunkowania się do takiej sytuacji i zweryfikowania (wszelkimi dostępnymi środkami) podanych przez wykonawcę informacji” (wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 93/11).

W niniejszej sprawie Zamawiający po wyborze najkorzystniejszej oferty otrzymał informację, iż osoba wskazana w ofercie Przystępującego do postępowania jako projektant branży mostowej nie jest autorem projektu budowlanego wskazanego w wykazie doświadczenia tej osoby. Znamienne jest jednak, iż sporny projekt budowlany był realizowany na zlecenie tegoż Zamawiającego, a co za tym idzie Zamawiający i bez informacji ze strony podmiotów trzecich, miał wiedzę, która winna była skutkować weryfikacją przez Zamawiającego oświadczeń Przystępującego do postępowania pod kątem ich zgodności ze stanem rzeczywistym. Zamawiający, pomimo pojawienia się względem Przystępującego do postępowania tak poważnego zarzutu, jakim jest zarzut złożenia nieprawdziwych informacji, nie podjął żadnych działań, choć w celu zweryfikowania innych oświadczeń wykonawców pozyskiwał informacje od szeregu instytucji krajowych, a nawet zagranicznych. Opisane zachowanie Zamawiającego wskazuje na naruszenie przez niego szeregu przepisów Pzp, wobec którego Odwołujący nie może pozostawać bierny. Co do zaś

kwestii samego interesu Odwołującego w stawianiu tegoż zarzutu, wskazać należy, iż krajowe regulacje odnoszące się do korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, stanowią implementację postanowień prawa wspólnotowego. Na gruncie zaś prawa wspólnotowego postulowane jest jak najszersze dopuszczenie korzystania z wykonawców ze środków ochrony prawnej, właśnie z powołaniem się na szerokie rozumienie interesu we wnoszeniu tychże środków. I tak, Europejski Trybunał Sprawiedliwości w swoich orzeczeniach zawarł następujące tezy:

- „państwa członkowskie nie mogą nadawać pojęciu „interes w uzyskaniu zamówienia” takiego znaczenia, które pozbawiałoby wspomnianą dyrektywę zamierzonego skutku” (Orzeczenie ETS z dnia 19 czerwca 2003r. w sprawie C-410/01 (ECR 2003, str. I 6413), pkt 32-35 oraz orzeczenia z dnia 12 lutego 2004 r. w sprawie C-230/02, pkt 40),
- wykonawca ma prawo kwestionować każdą decyzję zamawiającego, niezależnie od jej treści i formy (wyrok wydany w sprawie nr C-81/98 ECR I-07671, cyt. za Z. Raczkiewicz, Zamówienia publiczne w orzeczeniach ETS, Przetargi Publiczne 2008, str. 47),

18

-
- dostępność procedur odwoławczych określonych przez dyrektywę 89/665/EWG nie jest ograniczona wyłącznie do podmiotów zainteresowanych zdobyciem danego zamówienia, którzy zostali poszkodowani, bądź którym grozi poszkodowanie na skutek podejrzanego przez nich naruszenia przepisów przez zamawiającego (wyrok w sprawie nr C-249/01 (ECR I-06319), cyt. za jw. str. 48).

Konieczność poddawania pojęcia „interes”, do którego odnosi się przepis art. 179 Pzp, szerokiej wykładni uwzględniającej regulacje i cele prawa wspólnotowego, zwłaszcza po nowelizacji tegoż przepisu, podkreślana jest w orzecznictwie zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów (por. np. postanowienie SN z dnia 27.05.2010r., sygn. akt III CZP 25/10).

Na szerokie rozumienie pojęcia „interes” KIO powołała się także w wyroku z dnia 11 lipca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 1329/11, w którym wskazała, iż „interes prawny może być rozumiany też jako wnoszenie środków prawnych w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia, kontroli legalności decyzji zamawiającego prowadzącej do skutku w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z prawem, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą (interes prawny sensu largo).”

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego, stwierdzić należy, iż nie sposób odmówić Odwołującemu prawa do konstruowania zarzutów względem oferty Przystępującego do postępowania (a właściwie związanych z oceną tejże oferty zaniechań Zamawiającego), nawet jeżeli uwzględnienie innych zarzutów Odwołującego doprowadzi do takiej sytuacji, w której oferta Przystępującego do postępowania nie będzie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą.

Do pisma załączone zostały załączniki: pismo do GDDKiA Katowice wraz z odpowiedzią, oświadczenie SWECO Infraprojekt sp. z o.o., pismo do GDDKiA Opole wraz z odpowiedzią.

Na posiedzeniu przed Izbą Przystępujący złożył pismo z 21 maja 2012 r., w którym wnosił o: oddalenie odwołania, zasądzenie od Odwołującego na rzecz Przystępującego kosztów zastępstwa prawnego uprawdopodobnionych załączonymi do przedmiotowego pisma fakturami. Równocześnie w uzupełnieniu stanowiska zawartego w piśmie z dnia 14 maja 2012 r., odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania wskazywał, co następuje;

19

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Przystępujący podnosił że Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

poprzez:

- (a) bezzasadne wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- (b) niewykluczenie Przystępującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ad (a)

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest bezzasadny, albowiem - wbrew odmiennej ocenie Odwołującego - Odwołujący w istocie rzeczy złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, dotyczące doświadczenia zawodowego osoby podanej do pełnienia funkcji Projektanta drogowego, Pana Macieja Szarowskiego, wskazując że osoba ta wykonała projekt budowlany i wykonawczy budowy autostrady A4 Wrocław-Kraków na odcinku ok. 25 km obejmującym węzły Nogawczyce Kleszczów (klasa drogi: A, o przekroju 2 jezdniowym z węzłami drogowymi, Obwodem Utrzymania Drogi i Miejscem Obsługi Podróżnych), podczas gdy z informacji przekazanych Zamawiającemu przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu (tj. Inwestora rzekomo realizowanego przez Pana Macieja Szarowskiego projektu budowlanego i wykonawczego) jednoznacznie wynika, iż:

- Pan Szarkowski nie był projektantem autostrady A4 Wrocław-Kraków na odcinku

- Nogawczyce- Kleszczów,

- przedmiotowy odcinek autostrady liczy tylko 17,45 km,

- projekt budowlany i wykonawczy autostrady nie zawiera rozwiązań projektowych w zakresie Miejsca Obsługi Podróżnych oraz Obwodu Utrzymania Drogi.

W odwołaniu Odwołujący podnosił, że Pan Maciej Szarkowski, wbrew oświadczeniom Generalnej Dyrekcyj Dróg Krajowych i Autostrad w Opolu wykonywał projekt techniczny autostrady A4 Wrocław-Kraków na odcinku ok. 25 km obejmującym węzły Nogawczyce Kleszczów (klasa drogi: A, o przekroju 2 jezdniowym z węzłami drogowymi, Obwodem Utrzymania Drogi i Miejscem Obsługi Podróżnych).

Z twierdzeniami Odwołującego w tym zakresie nie sposób się zgodzić z następujących względów.

Przed wszystkim Przystępujący podkreślał, że Zamawiający, posługując się dokumentem urzędowym tj. pismem z dnia 23 kwietnia 2012 r. GDDKiA-O/Op-RI/410/03/2012 pochodzącym od Generalnej Dyrekcyj Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Opole, udowodnił na etapie badania ofert zasadność wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z analizy rzeczonego dokumentu wynika, że dla danego odcinka drogi ekspresowej powstał jeden projekt budowlany, autorstwa innego niż

20

wskazany przez Odwołującego projektanta i nie obejmujący MOP i OUA. Przystępujący wskazywał, że w tym miejscu należy podkreślić, że na zasadzie art. 190 ust. 1 zd. pierwsze ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Zatem, jeżeli Zamawiający na etapie badania ofert stwierdził, że wykonawca złożył w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wyniki postępowania, to zadaniem wykonawcy jest przedstawienie dowodów na okoliczność przeciwną. Powyższe stanowisko jest zgodne z jednolitą linią orzecniczą Izby. I tak, dla przykładu, w wyroku z dnia 7 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 949/10 Izba orzekła, że Krajowa Izba Odwoławcza nie pełni funkcji sądu polubownego, lecz jako organ państwowy rozpoznaje sprawę w kontrydiktoryjnym procesie. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11), wyrok z dnia 8 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1147/10.

Kontradyktoryjność postępowania determinuje zobowiązanie Odwołującego do przeprowadzenia dowodu potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania. W tym zakresie Przystępujący powołuje się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 40/12, że na etapie postępowania odwoławczego przy zarzucie niezgodnego z prawem wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Odwołującego obciąża obowiązek dowodowy wykazania, że informacja, którą podał w ofercie nie była nieprawdziwa.

W ocenie Przystępującego, Odwołujący nie zaoferował zaś wystarczających dowodów dla wykazania prawdziwości swych twierdzeń. W szczególności Odwołujący nie wykazał, by Maciej Szarkowski w istocie wykonał wymagany przez Zamawiającego projekt.

W szczególności Odwołujący zaś nie wykazał, że wykonał dla wskazanego odcinka autostrady A4 projekt budowlany i wykonawczy. Tymczasem z literalnego brzmienia pkt 7.2. pkt 3 b wynika, że Zamawiający wymagał wykazania przez oferenta dwóch osób

21

posiadających minimalne doświadczenie i kwalifikacja w postaci wykonania (zaprojektowania) co najmniej jednego projektu budowlanego i wykonawczego budowy lub rozbudowy drogi klasy technicznej S lub A lub ulicy klasy technicznej S projektowanej w przekroju dwujezdniowym z co najmniej dwoma węzłami drogowymi oraz co najmniej jednym OUD i co najmniej jednym MOP o długości odcinka (trasy zasadniczej) co najmniej 20 km. Zamawiający w sposób wyraźny wskazał, że wymaga doświadczenia w zakresie wykonania projektu budowlanego i wykonawczego, nie zaś dokumentów o charakterze zbliżonym lub podobnym. Ponieważ przedmiotem zamówienia publicznego jest wykonanie projektu budowy drogi ekspresowej, w skład którego to projektu wchodzić będzie m.in. projekt budowlany i wykonawczy, w pełni uzasadnione są wymagania Zamawiającego w zakresie minimalnego doświadczenia i kwalifikacji osób proponowanych do pełnienia funkcji Projektanta drogowego.

Jedynie na marginesie należy podkreślić, że Odwołujący nie wniósł odwołań od postanowień SIWZ w zakresie postanowień dotyczących wymagań stawianych przez Zamawiającego w zakresie doświadczenia i kwalifikacji osób zaproponowanych do pełnienia funkcji Projektantów drogowych. Nie zakwestionowanie omawianych zapisów SIWZ w przepisany terminie, uniemożliwia zaś podnoszenie zarzutów w tej materii na obecnym etapie postępowania.

Wreszcie należy podkreślić, że abstrahując od argumentów dotyczących sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że pojęcie Projektu Technicznego jest równoznaczne z pojęciami Projektu budowlanego i wykonawczego. W opinii Przystępującego zakres tych pojęć, wbrew twierdzeniom Odwołującego nie jest zaś tożsamy. Pojęcie projektu budowlanego zostało opisane w art. 34 ustawy prawo budowlane. Projektem budowlanym jest dokument obrazujący rodzaj i zakres planowanych robót budowlanych, na podstawie, którego powinno być możliwe uzyskanie pozwolenia na budowę i - w dalszej kolejności - prowadzenie robót budowlanych. Prawodawca określił treść projektu budowlanego, zastrzegając jednocześnie, że zakres i treść projektu budowlanego powinny być dostosowane do specyfiki i charakteru obiektu oraz stopnia skomplikowania robót budowlanych (art. 34 ust. 2 prawa budowlanego). Projekt budowlany powinien składać się z dwóch podstawowych części; projektu architektoniczno — budowlanego projektu zagospodarowania działki lub terenu, na którym jest planowane prowadzenie robót budowlanych. Dodatkowo, stosownie do potrzeb — projekt powinien zawierać: oświadczenia właściwych przedsiębiorców zajmujących się dostawą energii elektrycznej, wody, gazu i innych mediów zobowiązujące do dostarczania tych mediów na teren budowy, oświadczenia właściwych

22

przedsiębiorców o warunkach przyłączenia obiektów do sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, elektroenergetycznych i telekomunikacyjnych umowę zawartą między inwestorem, a zarządcą drogi publicznej o możliwości wykorzystania pasa

drogi publicznej, o budowie (przebudowie) drogi publicznej w zakresie wynikającym z inwestycji nie drogowej lub o możliwości przejazdu po drodze publicznej pojazdu nienormatywnego, w zakresie wynikającym z potrzeb inwestycji nie drogowej wyniki badań geologiczno — inżynierskich oraz geotechniczne warunki posadowień obiektów budowlanych.

Projekt wykonawczy jest opracowaniem wykonanym na podstawie projektu budowlanego (jest to uszczegółowienie projektu budowlanego w stopniu większym niż wymagany przez prawo budowlane), które wskazuje szczegółowo rozwiązania m.in. geometryczne, konstrukcyjne, technologiczne, materiałowe, wyposażenia oraz zawiera Specyfikacje techniczne, przedmiary, kosztorysy dla obiektów budowlanych będących przedmiotem robót budowlanych. Celem opracowania projektowego jest uzyskanie niezbędnych materiałów dla potrzeb wykonania, odbioru i rozliczenia robót budowlanych. Regulacje dotyczące projektu wykonawczego zostały zawarte w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego, a uszczegółowione w zarządzeniu nr 17 GDDKiA z dn. 11 maja 2009 r. w sprawie stadiów i składu dokumentacji projektowej dla dróg i mostów w fazie przygotowania zadań.

Dowód: rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, programu funkcjonalno - użytkowego, a uszczegółowione w zarządzeniu nr 17 GDDKiA z dn. 11 maja 2009 r. w sprawie stadiów i składu dokumentacji projektowej dla dróg i mostów w fazie przygotowania zadań, wydruk ze strony internetowej Wielkopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa.

Tymczasem projekt techniczny inwestycji (opisany w uchwale nr 110 Rady Ministrów - Monitor Polski z 1969 roku nr 28 poz. 220) został przez ustawodawcę opisany jako zbiór dyspozycji wiążących realizatorów inwestycji, ustala on w zwięzłej formie graficznej, modelowej, cyfrowej i opisowej zakres oraz sposób prawidłowego i zgodnego z dyrektywami cyklami wykonania wszystkich robót, dostaw i czynności nim objętych oraz osiągnięcie efektu gospodarczego stanowiącego cel inwestycji. Projekt taki zgodnie z § 30 powołanej uchwały powinien zawierać: podstawowe dane charakteryzujące zadanie inwestycyjne, szczegółowy plan zagospodarowania terenu, sporządzony dla zadania inwestycyjnego,

23

projekt obiektów budowlanych i robót, rysunki robocze, kosztorysy i zestawienia kosztów zadania, wskaźniki techniczno - ekonomiczne, charakteryzujące główne rozwiązania w projekcie. Porównanie ww. zakresów pojęcia projektu budowlanego, projektu wykonawczego i projektu technicznego, nie pozwala przyjąć twierdzeń Odwołującego o rzekomej tożsamości tychże pojęć. Zakres pojęcia projektu technicznego jest bowiem zbliżony do pojęcia projektu wykonawczego. Uzasadnione jest twierdzenie, że Pan Maciej Szarkowski nie wykonał projektu spełniającego wymagania budowlanego i wykonawczego w rozumieniu aktualnie obowiązujących przepisów prawa. Niezależnie od tego należy podkreślić, że w związku ze zmianami norm oraz wytycznych projektowych wymagania dotyczące opracowań odbiegają znacznie od wymogów projektowych w latach 70 - tych. I już chociażby z tego względu doświadczenie w zakresie rozwiązań projektowych z lat 70 – tych ma niewiele wspólnego z obecnie obowiązującymi standardami projektowymi.

Ad(b)

Uzasadniając - w kontekście wymogów zawartych w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp — iż, przysługuje mu środek ochrony prawnej w postaci odwołania, Odwołujący argumentuje, iż jego oferta zawierała najniższą cenę spośród ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a zatem jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy Pzp, gdyż zgodnie z zapisami SIWZ cena stanowiła jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej). Odwołujący wskazuje, iż w tej sytuacji bezpodstawne wykluczenie go z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą powoduje, że ma on interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a nadto może ponieść w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp szkodę w

postaci utraconych korzyści w realizacji zamówienia.

W ocenie Przystępującego, opierając się na przytoczonej powyżej argumentacji Odwołującego można - w świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - uznać, iż Odwołującemu przysługuje w niniejszej sprawie środek ochrony prawnej w postaci odwołania jedynie w takim zakresie, w jakim jego odwołanie oparte jest na zarzucie naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez - zdaniem Odwołującego - bezzasadne wykluczenie go z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do którego to zarzutu Przystępujący odniósł się wyżej pod lit. (a).

W ocenie Przystępującego, na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołującemu nie przysługuje jednak środek prawny w postaci odwołania w zakresie, w jakim jego odwołanie oparte jest na domniemanym zarzucie naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie Przystępującego z przedmiotowego

24

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem w tym zakresie nie zachodzi kumulatywne spełnienie obu przesłanek wynikających z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności nie zostało wykazane, że Odwołujący poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie Przystępującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na poparcie prawidłowości powyższego wniosku Przystępujący przytacza dwa wyroki KIO zapadłe na gruncie analogicznych stanów faktycznych:

wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (w składzie trzyosobowym) z dnia 31 stycznia 2011 r., KIO 99/11, w uzasadnieniu, którego czytamy [*podkreślenia, wytłuszczenia autorstwa Przystępującego*]:

„(...) W zakresie podnoszonego przez Odwołującego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy T. Medical Sp. z o.o. z siedzibą w L., należało uznać, iż zarzut powyższy nie znalazł potwierdzenia. W pierwszym rzędzie wymagało dostrzeżenia, że w zakresie popierania powyższego zarzutu Odwołującemu nie sposób przyznać posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia, względnie możliwości poniesienia szkody w związku z zarzucanymi naruszeniami, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przywołanym przepisem, uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. W świetle brzmienia tego przepisu, Odwołujący ma wykazać już posiadanie nic interesu prawnego (jak to było na gruncie przepisów przed nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych) - ale interesu w uzyskaniu konkretnego zamówienia, z jednoczesną możliwością poniesienia szkody. Wskazany interes oraz możliwość poniesienia szkody - w zakresie zarzutu podnoszonego w odniesieniu do drugiej kwestionowanej w odwołaniu czynności Zamawiającego - tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy T. Medical Sp. z o.o. nie występuje. Niezależnie, bowiem od uznania bądź nieuznania zasadności powyższego zarzutu, w okolicznościach sprawy, oferta Odwołującego, jest najtańszą spośród złożonych w postępowaniu, interes tego wykonawcy realizuje się poprzez posiadanie, względnie utrzymanie statusu wykonawcy, którego oferta jest ważna i nie podlegająca odrzuceniu. Wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty niżej ocenione (droższe, przy jedynym kryterium oceny ofert stanowiącym cenę) nie rzutują bowiem na sytuację wykonawcy wyżej ocenionego, w sposób który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody - odrzucenie bądź nie ofert innych wykonawców, których oferty okazały się droższe od oferty Odwołującego pozostaje neutralne dla tego wykonawcy. (...) W konsekwencji wobec potwierdzenia się zasadności odrzucenia oferty Odwołującego, traci on

25

status uczestnika tego przedmiotowego postępowania przetargowego, z uwagi na skuteczne odrzucenia jego oferty, nie ma on interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w podnoszeniu zarzutów w odniesieniu do oferty uznanej za najkorzystniejszą. Z tych względów Izba nie odniesie do nich merytorycznie. (...) ”

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4 maja 2010, KIO 617/10 w uzasadnieniu, którego czytamy [podkreślenia, wytłuszczenia autorstwa Przystępującego]:

„(...) II. W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Przystępującego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, co następuje:

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej stwierdza, że Odwołujący w zakresie postawionego zarzutu nie posiada interesu prawnego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 ZamPublU07. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ZamPublU07 środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Należy stwierdzić, iż w świetle zebranego materiału dowodowego, zakładając, iż oferta Odwołującego w rankingu ofert znajduje się na pierwszym miejscu w żądaniu przez Odwołującego odrzucenia oferty Przystępującego nie można dopatrzeć się istnienia interesu prawnego. Podobnie w przypadku żądania unieważnienia przedmiotowego postępowania. Zgodnie przyjętą linią orzecniczą interes prawny korzystającego ze środków ochrony prawnej, musi wiązać się z możliwością uzyskania zamówienia (podobnie wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1330/08, czy wyrok Sądu Okręgowego w Kr. z dnia 25 kwietnia 2006 r., sygn. akt (...)"

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jest skierowany, przeciwko ofercie droższej od oferty Odwołującego i nie ma związku z wykluczeniem Odwołującego. Odwołujący nie ma zatem interesu w jego podnoszeniu, ponieważ jego uwzględnienie lub brak uwzględnienia nic ma wpływu na jego sytuację. Jeżeli zarzuty dotyczące wykluczenia Odwołującego zostaną uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą, oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą, a Odwołujący nie będzie miał interesu w kwestionowaniu czynności niewykluczenia przez Zamawiającego ofert innych wykonawców. Jeżeli zaś Krajowa Izba Odwoławcza potwierdzi skuteczność wykluczenia Odwołującego, to straci on status wykonawcy określony w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, a co za tym idzie możliwość zaskarżania czynności Zamawiającego (wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 8 września 2004 roku UZP/ZO/0-1399/04, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2011 roku KIO/UZP 1329/11).

26

W tych okolicznościach zdaniem Przystępującego stwierdzić należy, iż zarzuty Odwołującego dotyczące rzekomego podania nieprawdziwych informacji przez Przystępującego w zakresie doświadczenia Tadeusza Stefanowskiego są bezprzedmiotowe dla niniejszego postępowania odwoławczego, a co za tym idzie nie powinny być rozpatrywane w jego toku. Z daleko posuniętej ostrożności procesowej, Przystępujący zaprzeczał jednak twierdzeniom Odwołującego, jakoby jego oferta zawierała jakiegokolwiek nieprawdziwe informacje. Przystępujący oświadczał, że zawarte w jego ofercie informacje dotyczące w szczególności doświadczenia zawodowego Pana Tadeusza Stefanowskiego są prawdziwe. W tym zakresie Przystępujący przedstawia pierwszą stronę projektu budowlanego budowy mostu przez Wisłę koło Kwidzyna wraz z dojazdami w ciągu DK nr 90 wraz z oświadczeniem Inwestora o odbiorze ww. projektu.

Dowód: odpis pierwszej strony projektu budowlanego i mostu przez Wisłę koło Kwidzyna wraz z dojazdami w ciągu DK nr 90, oświadczenie Zamawiającego o przyjęciu ww. projektu

Równocześnie Przystępujący podkreślał, że Pan Tadeusz Stefanowski jest projektantem, który wykonał szereg innych projektów budowlanych i wykonawczych, które spełniają wymagania postawione przez Zamawiającego w pkt. 7.2. pkt. 3 b SIWZ, między innymi wykonał on:

1. Projekt budowlany i wykonawczy budowy Mostu Siekierkowskiego przez Wisłę w Warszawie o długości całkowitej 827 m, długości najdłuższego przęsła 250m i obciążeniu klasy A;
2. Projekt budowlany i wykonawczy budowy mostu przez Wisłę w Grudziądzu w ciągu Autostrady A1 o długości całkowitej 1604,80m i długości najdłuższego przęsła 410m i obciążeniu klasy A.

Dowód: pierwsza strona projektu budowlanego i wykonawczego budowy Mostu Siekierkowskiego przez Wisłę w Warszawie o długości całkowitej 827 m, długości

najdłuższego przęsła 250m i obciążeniu klasy A, pierwsza strona projektu budowlanego i wykonawczego budowy mostu przez Wisłę w Grudziądzu w ciągu Autostrady A1 o długości całkowitej 1604,80m i długości najdłuższego przęsła 410m i obciążeniu klasy A.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy podkreślić, że w tym stanie rzeczy tym bardziej nieuzasadnione są zarzuty Odwołującego dotyczące rzekomego braku doświadczenia Pana Tadeusza Stefanowskiego. Z punktu widzenia Przystępującego nie miałoby bowiem żadnego sensu przedstawianie rzekomo nieprawdziwego oświadczenia dotyczącego projektu budowlanego i wykonawczego budowy mostu przez Wisłę koło Kwidzyna wraz z dojazdami w ciągu DK nr 90 w sytuacji, gdy Pan Tadeusz Stefanowski dysponował kwalifikacjami i

27

doświadczeniem zdobytym w projektowaniu innych obiektów spełniających wymagania SIWZ.

Przystępujący, powołując się na art. 185 ust. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 231 kodeksu postępowania cywilnego wskazuje, że sąd może uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów (domniemanie faktyczne). Możliwość ustalenia faktów w sposób przewidziany w art. 231 kodeksu postępowania cywilnego tylko w razie braku bezpośrednich środków dowodowych i jest w istocie wnioskowaniem (rozumowaniem sądu orzekającego), u podstaw którego leży ustawowe domniemanie, pozwalające na oparcie ustaleń faktycznych na uznaniu za ustalone faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy -pod warunkiem, że wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych w sposób niewątpliwy faktów (por. orz. SN z 12 kwietnia 2001 r., II CKN 410/2000, nie publ).

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp Przystępujący wskazywał, iż Odwołujący zakwestionował także czynność odrzucenia jego oferty pod względem formalnym, twierdząc, że Zamawiający zobowiązany był do poprzedzenia tej czynności wezwaniem Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zdaniem Przystępującego zarzut ten jest bezzasadny, albowiem określone tym przepisem uprawnienie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczy jedynie sytuacji, gdy załączone do oferty dokumenty lub oświadczenia budzą wątpliwości Zamawiającego. Uprawnienie to nie dotyczy natomiast sytuacji, gdy Zamawiający poweźmie wiarygodne i nie budzące wątpliwości informacje, z których wynika, że załączone do oferty dokumenty lub oświadczenia zawierają informacje nieprawdziwe - w takim wypadku Zamawiający zobligowany jest zastosować art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Skoro Zamawiający uzyskał u źródła (w Oddziale Generalnej Dyrekcji dróg Krajowych i Autostrad w Opolu) informację, iż Odwołujący złożył nieprawdziwe oświadczenia w przedmiocie doświadczenia Macieja Szarkowskiego, to bezzasadne w świetle przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, oraz niedopuszczalne w świetle art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, byłoby wzywanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień. Przystępujący wskazywał, że godzi się wskazać, że ustawa Pzp nie przewiduje stosowania art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do dokumentów lub oświadczeń w sytuacji, gdy ich treść jest jednoznaczna i nieprawdziwa. Na poparcie prawidłowości powyższego wniosku Przystępujący następujące wyroki KIO:

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 12 października 2009 r. KIO/UZP 1223/09 [*podkreślenia, wytluszczenia autorstwa Przystępującego*]:

28

"Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp [*obecnie art. 24 ust. 2pkt. 3 Pzp –przypis Przystępującego*] stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Cytowana norma prawna ma charakter bezwzględnie obowiązujący, zatem obowiązkiem zamawiającego jest wykluczenie wykonawcy w sytuacji, gdy zarzut podania nieprawdziwych informacji znajduje potwierdzenie. Gdyby w tej mierze istniały jakiegokolwiek wątpliwości, informacje byłyby niepełne, nie potwierdzałyby warunku udziału w postępowaniu, bądź zawierały nieścisłości zamawiający

mógłby je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 p.z.p."

Podanie nieprawdziwej informacji, nie podlega konwalidacji przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w miejsce dokumentu niezgodnego z prawdą, innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Uzupełnieniu w myśl art. 26 ust. 3 p.z.p. - podlega dokument niezłożony, lub dokument wadliwy. Takiego charakteru nie ma dokument Zawierający nieprawdziwe dane, którym bez wątpliwości jest wykaz osób przeznaczonych do realizacji zamówienia - pozycja 26, złożony przez wybranego wykonawcę.

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 7 października 2010 r. KIO/UZP 2117/10 [podkreślenia, wyłuszczenia autorstwa Przystępującego]:

„Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uzupełnieniu podlega dokument niezłożony lub dokument wadliwy. Natomiast dokument zawierający nieprawdziwe dane nie ma charakteru określonego we wskazanym przepisie. Złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informacji nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 powyżej wskazanej ustawy Pzp, który można sanować. W konsekwencji, działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego stwierdził fakt podania nieprawdziwych informacji”.

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 24 października 2008 r. KIO/UZP 1098/08 [podkreślenia, wyłuszczenia autorstwa Przystępującego]:

„Żądanie wyjaśnień jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem Zamawiającego”.

29

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 10 czerwca 2009 r. KIO/UZP 666/09; KIO/UZP 667/09; KIO/UZP 668/09; KIO/UZP 669/09; KIO/UZP 679/09 [podkreślenia, wyłuszczenia autorstwa Przystępującego]:

„P.z.p. nie ma rozróżnia skutków podania nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania, ze względu na postać winy wykonawcy (wina umyślna czy niedbalstwo), dlatego nie ma znaczenia, że wykonawca nie miał zamiaru podawać nieprawdziwych informacji; dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja, mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Gdyby w tej mierze istniały jakiegokolwiek wątpliwości, informacje byłyby niepełne (nie potwierdzałyby spełnienia warunku udziału w postępowaniu) bądź zawierały nieścisłości, Zamawiający mógłby je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp”.

Poprawność czynności Zamawiającego w omawianym zakresie potwierdzają, w opinii Przystępującego następujące orzeczenia: z dnia 12 października 2011 r. sygn. akt KIO 2079/11, z dnia 7 października 2011 r. sygn. akt KIO 2088/11, z dnia 2 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1088/11, z dnia 6 maja 2011 r. sygn. akt KIO 869/11, z dnia 4 lutego 2011 r. sygn. akt KIO 137/11, z dnia 28 września 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1966/10, KIO/UZP 1981/10, z dnia 18 sierpnia 2010 r. sygn. akt 1687/10 z dnia 13 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1616/10 i z 2 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 115/10.

W tym miejscu, jedynie na marginesie Przystępujący wskazuje, że zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający w razie wątpliwości co do treści przedłożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów mogą zwracać się o ich wyjaśnienie. Prawo do uzyskania wyjaśnień nie oznacza uprawnienia do domagania się jakichkolwiek dodatkowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku lub prawdziwość oświadczenia. W szczególności Zamawiający, który wobec któregośkolwiek z wykonawców powziął wątpliwości, co do rzetelności oświadczeń, nie może — jeśli nie zażądał tego, wszczynając postępowanie — zwrócić się o przedłożenie dokumentów potwierdzających spełnianie kwestionowanego warunku. W tym stanie rzeczy, ewentualne

zwrócenie się przez Zamawiającego do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o złożenie wyjaśnień, sprowadzałoby się jedynie do przedłużenia postępowania, nie prowadziło zaś do jakiegokolwiek weryfikacji informacji uzyskanych z Oddziale Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Opolu. Jedynie na marginesie należy podkreślić, że tak na etapie oceny ofert jak i obecnie brak jest podstaw do uznania, że informacja pochodząca z Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Opolu jest nieprawdziwa.

30

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 4. ustawy Pzp Przystępujący wskazywał, że zarzut ten należy uznać za bezzasadny w świetle zawartych powyżej wywodów Przystępującego odnoszących się do bezzasadności zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp Przystępujący podnosił, że zarzut ten jest bezzasadny, albowiem Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, to znaczy na podstawie kryterium, jakim była cena.

Biorąc pod uwagę powyższe Przystępujący wnosil i wywodził jak dotychczas.

W postępowaniu przed Izbą Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z 22 maja 2012 r.. Podnosił w niej, iż Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- „1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
3. unieważnienie czynności uznania oferty Odwołującego za odrzuconą,
4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz z wykluczeniem wykonawcy Transprojekt Gdański Sp. z o.o. i odrzuceniem oferty tego wykonawcy”.

Zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający przekazał kopię odwołania innym Wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego (pismo Nr GDDKiA-O/Gd - R-2/JW/284/448/2012 z dnia 11.05.2012 r.). Na wezwanie Zamawiającego odpowiedział Przystępujący, zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący w swoim piśmie z dnia 14 maja 2012 r., dotyczącym przystąpienia do postępowania odwoławczego, wykazał swój interes oraz przedstawił uzasadnienie.

Zamawiający podnosił, iż po przeanalizowaniu dokumentów w sprawie, wnosi o:

- 1) oddalenie odwołania w całości z uwagi na bezzasadność podniesionych w nim zarzutów,
- 2) pominięcie i w konsekwencji nierozpoznawanie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie Przystępującego z uwagi na to, że Odwołującemu w tym zakresie nie przysługuje prawo wniesienia skutecznego odwołania, wobec nie wykazania przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, warunkujących prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej,
- 3) przeprowadzenie dowodu z dokumentów powołanych w niniejszym piśmie,

31

-
- 4) zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

Odnosząc się do treści odwołania Zamawiający podnosił, że zarzuty w nim zawarte są bezzasadne.

Na wstępie Zamawiający wnosil o niedopuszczenie do przeprowadzenia dowodu z zeznań Pana Macieja Szarkowskiego na wnioskowaną przez Odwołującego tezę dowodową. Treść oświadczenia Pana Macieja Szarkowskiego, dołączonego do odwołania, jest jednoznaczna. Oświadczeniu temu nie sposób nadać innej treści poprzez dodatkowe wyjaśnienia lub zeznania, czy poprzez jeszcze inną czynność. Tezy będące przedmiotem dowodu z zeznań zostały już stwierdzone innymi dowodami (oświadczenie Pana Macieja

Szarkowskiego z dnia 09 maja 2012 r. załączone do odwołania). W związku z powyższym zgłoszony dowód jest zbędny i na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp powinien ulec odrzuceniu. Z tych przyczyn wniosek Odwołującego w przedmiocie przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka jest - w ocenie Zamawiającego - bezprzedmiotowy i powinien zostać oddalony. Dalsze postępowanie dowodowe prowadziłyby do nieuzasadnionego przedłużenia sprawy oraz nie wniosłoby żadnych nowych okoliczności.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez:

- a) bezzasadne wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- b) niewykluczenie Przystępującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ad. a)

Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wobec złożenia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Odwołujący wskazał w Formularzu 3.3 POTENCJAŁ KADROWY Pana Macieja Szarkowskiego jako kandydata na stanowisko projektanta drogowego. Według oświadczenia Odwołującego ujętego w ofercie Pan Maciej Szarkowski wykonał projekt budowlany oraz projekt wykonawczy budowy autostrady A4 Wrocław - Kraków na odcinku ok. 25 km obejmującym węzły Nogawczyce - Kleszczów (klasa drogi: A, o przekroju 2 jezdniowym z węzłami drogowymi, Obwodem Utrzymania Drogi i

32

Miejscem Obsługi Podróżnych). Zamawiający wystąpił przy piśmie o sygnaturze GDDKiA-O/Gd - P-2js - 410/219/2012 z dnia 18 kwietnia 2012 r. do podmiotu zlecającego powyżej wskazany projekt budowlany oraz projekt wykonawczy, tj. Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, z prośbą o weryfikację oświadczenia Odwołującego w zakresie dokumentacji projektowej przedmiotowego odcinka autostrady A4. Inwestor w piśmie o sygnaturze GDDKiA-O/Op-RI/410/03/2012 z dnia 23 kwietnia 2012 r. poinformował Zamawiającego, iż Pan Maciej Szarkowski nie jest projektantem autostrady A4 na odcinku Nogawczyce - Kleszczów, załączając kserokopię strony tytułowej projektu budowlanego, na podstawie której należy przypisać autorstwo dokumentacji projektowej Panu J. Wieczorek i Panu J. Chołowiejskiemu. Nadto GDDKiA O/Opole wskazała, że ww. odcinek autostrady A4 liczy tylko 17,45 km a dokumentacja projektowa autostrady nie zawiera rozwiązań projektowych w zakresie Miejsca Obsługi Podróżnych oraz Obwodu Utrzymania Drogi. Zgodnie z SIWZ osoba proponowana do pełnienia funkcji projektanta drogowego winna legitymować się doświadczeniem w wykonaniu (zaprojektowaniu) co najmniej jednej dokumentacji projektowej, składającej się z projektu budowlanego i wykonawczego budowy lub rozbudowy drogi klasy technicznej S lub A lub ulicy klasy technicznej S projektowanej w przekroju dwujezdniowym z co najmniej dwoma węzłami drogowymi oraz co najmniej jednym Obwodem Utrzymania Drogi i co najmniej jednym Miejscem Obsługi Podróżnych o długości odcinka (trasy zasadniczej) co najmniej 20 km. Zatem z informacji uzyskanej od GDDKiA O/Opole wynika nadto, że dokumentacja projektowa autostrady A4 na odcinku Nogawczyce - Kleszczów nie spełnia warunków SIWZ Zamawiającego w zakresie długości trasy zasadniczej, wyposażenia autostrady zaprojektowanej w ramach przedmiotowej dokumentacji w Miejsce Obsługi Podróżnych oraz Obwód Utrzymania Drogi. Informacje podane przez Odwołującego w ofercie odnośnie doświadczenia Pana Macieja Szarkowskiego miały na celu wykazanie spełnienia jednego z wymagań SIWZ zawartego w pkt 7.2.3)b)1) TOMU I, postawionego wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym zdolnym do wykonania zamówienia (osoba proponowana do pełnienia funkcji projektanta drogowego). W przedmiotowym postępowaniu jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej jest cena. Odwołujący złożył ofertę zawierającą najniższą cenę. Wobec powyższego nieprawdziwe informacje złożone przez Odwołującego w ofercie w zakresie doświadczenia Pana Macieja

Szarkowskiego bez wątpienia miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania przetargowego. W świetle powyższego powzięcie przez Zamawiającego wiarygodnej (nadto odpowiednio udokumentowanej) i jednoznacznej informacji o złożeniu przez Odwołującego nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, zobowiązywało Zamawiającego - na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - do wykluczenia Odwołującego z prowadzonego postępowania.

33

Zgodnie z art. 24 ust. 3 ustawy Pzp w Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 30 kwietnia 2012 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu w przedmiotowym postępowaniu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę złożoną przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający uznał za odrzuconą. Wobec powyższego zarzut Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego art. 24 ust. 4 ustawy Pzp jest również bezpodstawny i nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy.

W zakresie podnoszonej przez Odwołującego w odwołaniu tezy wykonania przez Pana Macieja Szarkowskiego w latach 70-tych ubiegłego wieku projektu w fazie założeń techniczno-ekonomicznych oraz projektu technicznego (rzekomo odpowiadające obecnemu projektowi budowlanemu i projektowi wykonawczemu) Zamawiający wyjaśnia co następuje. Zgodnie z pkt 7.2.3)b)I) TOMU I SIWZ Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są zobowiązani do wykazania dysponowaniem odpowiednim potencjałem kadrowym zdolnym do wykonania zamówienia - w tym przypadku w zakresie osób proponowanych do pełnienia funkcji projektanta drogowego. Zgodnie z SIWZ osoba wskazująca do pełnienia funkcji projektanta drogowego winna legitymować się w co doświadczeniem wykonaniu (zaprojektowaniu) najmniej jednej dokumentacji projektowej, składającej się z projektu budowlanego i wykonawczego budowy lub rozbudowy drogi klasy technicznej S lub A lub ulicy klasy technicznej S projektowanej w przekroju dwujezdniowym z co najmniej dwoma węzłami drogowymi oraz co najmniej jednym Obwodem Utrzymania Drogi i co najmniej jednym Miejscem Obsługi Podróżnych o długości odcinka (trasy zasadniczej) co najmniej 20 km (podkreślenie własne). Zamawiający wymagał posiadania doświadczenia w wykonaniu (jako projektant) łącznie dwu konkretnych i odrębnych dokumentacji projektowych - projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego drogi o ww. parametrach i wyposażeniu. Analizując ustawodawstwo polskie poczynawszy od roku 1978 (okres przywoływany przez Odwołującego w życiorysie Pana Macieja Szarkowskiego, będącym integralnym składnikiem odwołania) należy stwierdzić, iż pojęcie „projekt budowlany” funkcjonuje w obrocie prawnym od dnia 1 stycznia 1995 r. (data wejścia w życie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane). Ustawodawca posługuje się tym pojęciem dopiero od daty wejścia w życie ww. ustawy. Zgodnie z przedmiotową ustawą z 1994 r. projekt budowlany jest istotnym elementem, niezbędnym do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę. Do dnia 1 stycznia 1995 r. obowiązywała ustawa z dnia 24 października 1974 r. prawo budowlane, która posilkowała się pojęciem „projektu technicznego”, również niezbędnego do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę. Ustawa utraciła moc w dniu 1 stycznia 1995 r. w wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane. Pojęciem użytym w odwołaniu „projekt w fazie założeń techniczno-

34

ekonomicznych” ww. akty prawne w ogóle nie operują. Tym samym tego typu dokumentację należy zaliczyć do projektu wstępnego (studialnego), wyłączonego spod regulacji przepisów prawa. Oprócz podstawowej różnicy w nazewnictwie obu projektów w ww. aktach prawnych, występują zasadnicze różnice w wymaganym składzie „projektu technicznego” oraz „projektu budowlanego”. Ustawa z dnia 24 października 1974 r. prawo budowlane i akty wykonawcze do niej nie precyzowały z jakich elementów powinien składać się projekt techniczny drogi. Z kolei ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane w art. 34 ust. 3 precyzyjnie określa, iż projekt budowlany powinien zawierać m.in.:

a) projekt zagospodarowania działki lub terenu, sporządzony na aktualnej mapie, obejmujący: określenie granic działki lub terenu, usytuowanie, obrys i układy istniejących i projektowanych obiektów budowlanych, sieci uzbrojenia terenu, sposób odprowadzania lub

oczyszczania ścieków, układ komunikacyjny i układ zieleni, ze wskazaniem charakterystycznych elementów, wymiarów, rzędnych i wzajemnych odległości obiektów, w nawiązaniu do istniejącej i projektowanej zabudowy terenów sąsiednich;

b) projekt architektoniczno - budowlany określający funkcję, formę i konstrukcję obiektu budowlanego, jego charakterystykę energetyczną i ekologiczną oraz proponowane niezbędne rozwiązania techniczne, a także materiałowe, ukazujące zasady nawiązania do otoczenia, a w stosunku do obiektów budowlanych, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 4 - również opis dostępności dla osób niepełnosprawnych;

c) w zależności od potrzeb, wyniki badań geologiczno - inżynierskich oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów budowlanych (komentarz Zamawiającego: w przypadku inwestycji autostradowych bezwzględnie wymagane specyfiką obiektów - wynika to z odrębnych przepisów).

W związku z powyższym jednoznacznie należy stwierdzić, iż „projekt techniczny” oraz „projekt budowlany” stanowią całkowicie odmienne dokumentacje projektowe -zarówno w zakresie definicji jak i składu. Nie sposób uznać je za tożsame, co wywodzi Odwołujący. Nadto Zamawiający podkreśla, że w SIWZ (str. 3 Specyfikacji P-10.30) została zawarta definicja projektu budowlanego. Definicja jednoznacznie wskazuje, że mowa o projekcie budowlanym w rozumieniu ustawy [1], tj. ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane. Na tej podstawie nie sposób uznać doświadczenia w wykonaniu projektu technicznego w rozumieniu ustawy z dnia 24 października 1974 r. prawo budowlane jako wykonanie projektu budowlanego w myśl ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane.

Jak wskazano wcześniej osoba proponowana do pełnienia funkcji projektanta drogowego powinna legitymować się doświadczeniem w wykonaniu również projektu wykonawczego drogi o wskazanych w SIWZ parametrach i wyposażeniu. Zgodnie z definicją

35

zawartą na str. 3 i 4 Specyfikacji SP-10.30 (składnik SIWZ) oraz §5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego projekt wykonawczy jest odrębnym opracowaniem, które powinno uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych. Projekt techniczny z lat 70-tych przywoływany przez Odwołującego co do definicji i zawartości nie jest tożsamy z projektem wykonawczym. Ponadto projekt wykonawczy stanowi odrębne opracowanie projektowe (obok projektu budowlanego), a takiego Pan Maciej Szarkowski nie wykonał.

W związku z powyższym nie sposób uznać, iż legitymowanie się przez Pana Macieja Szarkowskiego wykonaniem projektu technicznego autostrady A4 na odcinku wskazanym w odwołaniu, spełnia wymagania SIWZ w zakresie wykonania projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego.

Nadto Zamawiający wskazuje, iż Oferta oraz odwołanie zawierają łącznie trzy różne, sprzeczne ze sobą, oświadczenia w zakresie doświadczenia Pana Macieja Szarkowskiego. W ofercie Odwołujący oświadczył, iż Pan Maciej Szarkowski wykonał projekt budowlany oraz projekt wykonawczy budowy autostrady A4 Wrocław - Kraków na odcinku ok. 25 km obejmującym węzły Nogawczyce - Kleszczów (klasa drogi: A, o przekroju 2 jezdniowym z węzłami drogowymi, Obwodem Utrzymania Drogi i Miejscem Obsługi Podróżnych). W odwołaniu Odwołujący i Pan Maciej Szarkowski poprzez oświadczenie, będące integralnym składnikiem odwołania, twierdzą, że Pan Maciej Szarkowski wykonał projekt w fazie założeń techniczno-ekonomicznych oraz projekt techniczny budowy autostrady A4 Wrocław - Kraków na odcinku ok. 25 km obejmującym węzły Nogawczyce - Kleszczów (klasa drogi: A, o przekroju 2 jezdniowym z węzłami drogowymi, Obwodem Utrzymania Drogi i Miejscem Obsługi Podróżnych). Z kolei w życiorysie Pana Macieja Szarkowskiego podpisanym przez przedstawiciela SWECO Infraprojekt Sp. z o.o., stanowiącym integralny składnik odwołania, oświadczone, że Pan Maciej Szarkowski wykonał materiały do wskazań lokalizacyjnych i materiały do decyzji lokalizacyjnej oraz projekt budowlany autostrady A4 na odcinku Nogawczyce - Kleszczów, długości około 25 km. Zatem w życiorysie nie wspomina się już

ani o projekcie technicznym ani o projekcie wykonawczym a jedynie o projekcie budowlanym, który jako samodzielne opracowanie nie spełnia wymagań SIWZ (Zamawiający wymagał doświadczenia w wykonaniu łącznie projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego danego odcinka drogi). Powyższe zasadnicze różnice (sprzeczności) w trzech oświadczeniach Odwołującego, w ocenie Zamawiającego potwierdzają fakt złożenia

36

przez Odwołującego w ofercie nieprawdziwych informacji, mających bezpośredni wpływ na wynik prowadzonego postępowania przetargowego. Z powyższych dokumentów jednoznacznie wynika, że Odwołujący w ofercie (formularz 3.3 - Potencjał Kadrowy) wskazał doświadczenie p. Macieja Szarkowskiego odpowiadające wymaganiom SIWZ, ale nie znajdujące potwierdzenia ani w informacjach uzyskanych przez Zamawiającego, ani też w dokumentach złożonych wraz z odwołaniem.

Zamawiający powoływał przy tym opinię sporządzoną przez Pana mgr inż. Jana Kosiedowskiego - Wiceprezesa Izby Projektowania Budowlanego, Przewodniczącego Regionu Północnego z/s w Gdańsku, potwierdzającą stanowisko Zamawiającego w zakresie braku podstaw do uznania, iż projekt w fazie założeń techniczno-ekonomicznych oraz projekt techniczny odpowiadają projektowi budowlanemu oraz projektowi wykonawczemu (DOWÓD Nr 1 - w załączeniu).

Niezależnie od powyższego, w kontekście twierdzeń Odwołującego, iż Pan Maciej Szarkowski wykonał projekt w fazie założeń techniczno-ekonomicznych oraz projekt techniczny budowy autostrady A4 Wrocław- Kraków na odcinku ok. 25 km obejmującym węzły Nogawczyce - Kleszczów (klasa drogi: A, o przekroju 2 jezdniowym z węzłami drogowymi, Obwodem Utrzymania Drogi i Miejscem Obsługi Podróżnych), Zamawiający z daleko posuniętej ostrożności z całą mocą zaprzecza twierdzeniom Odwołującego jakoby projekt techniczny, sporządzony w latach 70-tych, dotyczący budowy autostrady A4 Wrocław - Kraków na odcinku węzeł Nogawczyce - Kleszczów zawierał rozwiązania projektowe w zakresie Miejsca Obsługi Podróżnych oraz Obwodu Utrzymania Drogi. Jako dowód w sprawie Zamawiający przedkłada dokument urzędowy, tj. pismo o sygnaturze GDDKiA-O/OP-D-9/mmK/026/OŚ.A4/3/2012 z dnia 17 maja 2012 r. sporządzone przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, w którym ww. urząd oświadcza, iż projekt techniczny, opracowany w latach 70-tych dla przedmiotowego odcinka autostrady A4, nie zawiera Miejsca Obsługi Podróżnych i Obwodu Utrzymania Drogi (DOWÓD Nr 2 - w załączeniu). Dalej GDDKiA O/Opole stwierdza, iż Miejsca Obsługi Podróżnych na ww. odcinku autostrady zostały zaprojektowane dopiero w latach 2003 - 2005, przez Pana J. Wieczorek i W. Nawrockiego. Z kolei Obwód Utrzymania Drogi - w świetle ww. pisma GDDKiA O/Opole oraz pisma GDDKiA-O/Op-RI/410/03/2012 z dnia 23 kwietnia 2012 r. ujętego w aktach przedmiotowego postępowania - nie został zaprojektowany w projekcie technicznym z lat 70-tych, w projekcie budowlanym i wykonawczym z roku 2001 jak i w projektach z lat 2003-2005. Tym samym nawet gdyby przyjąć - choć jak wskazano wyżej nie ma ku temu podstaw - że wykonanie projektu w fazie założeń techniczno-ekonomicznych oraz projektu technicznego odpowiada wymaganemu w SIWZ wykonaniu projektu

37

budowlanego oraz projektu wykonawczego, to z powyższych dokumentów jednoznacznie wynika, że Pan Maciej Szarkowski nie zaprojektował Miejsca Obsługi Podróżnych i Obwodu Utrzymania Drogi. Oświadczenie w tym zakresie Odwołującego, złożone w ofercie Formularzu 3.3. - Potencjał kadrowy stanowi więc samodzielnie podstawę do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wobec złożenia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Nadto Zamawiający podnosi, iż oświadczenie Odwołującego zawarte w ofercie co do doświadczenia Pana Macieja Szarkowskiego nie może być zmieniane zeznaniami świadków, czy oświadczeniami strony, co do rzeczywistych intencji wykonawcy składającego ofertę. Wbrew interpretacji przedstawionej w odwołaniu - literalna wykładnia przepisu art. 24 ust. 2

pkt 3 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że obowiązek wykluczenia wykonawcy powstaje niezależnie od przyczyn złożenia nieprawdziwych informacji, w szczególności intencji wykonawcy, zamierzonego działania błędu czy nawet omyłki. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, złożenie nieprawdziwych informacji nie jest przez ustawodawcę uzależnione od winy wykonawcy czy też stanu jego świadomości. Zatem do złożenia nieprawdziwej informacji może dojść nawet przez omyłkę, działanie pod wpływem błędu co do rzeczywistego stanu rzeczy wywołanego własnym, ale także cudzym działaniem (tak np. KIO w wyroku KIO z dnia 18 stycznia 2012 r., KIO 40/12, podobnie KIO w wyroku z dnia 9 lutego 2012 r., KIO 213/12)

Zamawiający dodatkowo wskazywał, że - zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO - złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje, nie podlega uzupełnieniu w trybie przewidzianym art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Niedopuszczalne jest bowiem zastępowanie nieprawdziwych informacji informacjami prawdziwymi.

Ad. b)

W związku z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp Odwołującemu nie przysługuje środek ochrony prawnej w postaci odwołania w zakresie, w jakim jego odwołanie oparte jest na domniemanym zarzucie naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie Przystępującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem w tym przypadku nie zachodzi kumulatywne spełnienie obu przesłanek wynikających z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W szczególności nie zostało wykazane, że Odwołujący poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie Przystępującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia

38

publicznego. Zamawiający przypomina, iż w przedmiotowym postępowaniu jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej jest cena, a Odwołujący złożył ofertę zawierającą cenę najniższą. Na poparcie prawidłowości powyższego wniosku Zamawiający przywoływał cztery wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, które zapadły na gruncie analogicznych stanów faktycznych: KIO/UZP 617/10 z dnia 4 maja 2010 r. (w składzie trzyosobowym), KIO 99/11 z dnia 31 stycznia 2011 r. (również w składzie trzyosobowym), KIO 1422/11 z dnia 19 lipca 2011 r. oraz KIO 1680/11 z dnia 23 sierpnia 2011 r. W wyroku KIO 99/11 z dnia 31 stycznia 2011 r. Izba przyjęła: „Niezależnie bowiem od uznania bądź nieuznania zasadności powyższego zarzutu, w okolicznościach sprawy, oferta Odwołującego, jest najtańszą spośród złożonych w postępowaniu, interes tego wykonawcy realizuje się poprzez posiadanie, względnie utrzymanie statusu wykonawcy, którego oferta jest ważna i nie podlegająca odrzuceniu. Wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty niżej ocenione (droższe, przy jedynym kryterium oceny ofert stanowiącym cenę) nie rzutują bowiem na sytuację wykonawcy wyżej ocenionego, w sposób który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody - odrzucenie bądź nie ofert innych wykonawców, których oferty okazały się droższe od oferty Odwołującego pozostaje neutralne dla tego wykonawcy. (...) W konsekwencji wobec potwierdzenia się zasadności odrzucenia oferty Odwołującego, traci on status uczestnika tego przedmiotowego postępowania przetargowego, z uwagi na skuteczne odrzucenie jego oferty, nie ma on interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w podnoszeniu zarzutów w odniesieniu do oferty uznanej za najkorzystniejszą. Z tych względów Izba nie odniesie do nich merytorycznie”.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż Odwołujący - wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - nie wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku zaniechania wykluczenia Przystępującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu. Również z uwagi na bezzasadność sformułowanych w odwołaniu zarzutów co do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Wobec powyższego zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego w związku z rzekomym złożeniem przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji jest nieuprawniony i nie powinien być rozpoznawany

merytorycznie.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp

W ocenie Zamawiającego zarzut Odwołującego, naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w wyniku niedokonania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie powyżej

39

przywołanego przepisu, jest bezzasadny. Określony tym przepisem obowiązek złożenia wyjaśnień dotyczy jedynie sytuacji, w której załączone do oferty dokumenty lub oświadczenia budzą wątpliwości Zamawiającego. Obowiązek ten nie dotyczy z pewnością sytuacji, gdy Zamawiający poweźmie wiarygodne i nie budzące wątpliwości informacje z których wynika, że załączone do oferty dokumenty lub oświadczenia zawierają informacje nieprawdziwe - w takim wypadku Zamawiający zobligowany jest zastosować art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w ofercie nie można uznać za „błąd” lub „nieścisłość” podlegające uzupełnieniu lub wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 3 lub art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż jest to samoistna przesłanka wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Wyjaśnić można jedynie informacje, które znajdują się w ofercie, ale z jakiś powodów są niejasne, niepełne (wyrok KIO 1702/11 z dnia 22 sierpnia 2011 r.). Analogiczne stanowisko przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 431/11 z dnia 15 marca 2011 r.: „Należy zauważyć, że wyjaśnienia wymagają informacje budzące wątpliwości zamawiającego powstałe w toku badania ofert wykonawców. Tym samym przy braku wątpliwości, nie zachodzą przesłanki kierowania zapytania do wykonawcy”.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

Zamawiający stoi na stanowisku, że zasady spełnienia warunków udziału w postępowaniu jak i Opis Przedmiotu Zamówienia były w analizowanej sprawie czytelne, jednoznaczne. Odwołujący jako profesjonalny wykonawca mógł w sposób pełny, obiektywny i prawidłowy sporządzić ofertę. Zamawiający z jednakową szczegółowością badał ofertę Odwołującego jak i Przystępującego, w tym poprzez występowanie na piśmie do innych podmiotów, dla których w przeszłości zamówienia realizowali Odwołujący i Przystępujący, z prośbą o weryfikację oświadczeń złożonych w ofercie przez Odwołującego i Przystępującego (dowody licznych pisemnych zapytań zawarto w aktach postępowania). W związku z powyższym nie sposób zgodzić się z zarzutem Odwołującego o nierównym traktowaniu wykonawców. W świetle powyższego zarzut Odwołującego, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp jest całkowicie bezpodstawny.

Konkludując, Zamawiający stwierdzał, że podkreślić trzeba jednak, że dowód naruszenia zasad wyrażonych w art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp spoczywa w całości na Odwołującym i nie został on udowodniony. Podobnie jak nie został udowodniony przez Odwołującego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

40

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający - GDDKiA Oddział w Gdańsku - wnosil jak na wstępie.

Do odpowiedzi załączono dowody nr 1 i 2 wymienione w treści pisma, tj.:

1. Opinia sporządzona przez Pana mgr inż. Jana Kosiedowskiego - Wiceprezesa Izby Projektowania Budowlanego, Przewodniczącego Regionu Północnego z/s w Gdańsku
2. Pismo o sygnaturze GDDKiA-O/OP-D-9/mmk/026/OŚ.A4/3/2012 z dnia 17.05.2012 r.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie dwujezdniowej drogi ekspresowej S7 klasy technicznej S o przekroju 2x2.

Modyfikacją SIWZ z 3 lutego 2012 r. Zamawiający ustalił w zakresie wymaganego potencjału kadrowego następujące wymagania w odniesieniu do Projektanta drogowego (pkt 7.2.3)b) IDW: Potencjał kadrowy ppkt 1: "Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i wykształceniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby które spełniają następujące wymagania:

1) Osoby proponowane do pełnienia funkcji Projektanta drogowego

- *minimalna liczba osób: 2 osoby,*
- *wymagane minimalne doświadczenie i kwalifikacje każdej z dwóch osób:*
 - *uprawnienia budowlane bez ograniczeń do projektowania w specjalności drogowej,*
 - *wykonanie (zaprojektowanie) co najmniej jednej dokumentacji projektowej, składającej się z projektu budowlanego i wykonawczego budowy lub rozbudowy drogi klasy technicznej S lub A lub ulicy klasy technicznej S projektowanej w przekroju dwujezdniowym z co najmniej dwoma węzłami drogowymi oraz co*

41

najmniej jednym Obwodem Utrzymania Drogi i co najmniej jednym Miejscem Obsługi Podróżnych o długości odcinka (trasy zasadniczej) co najmniej 20 km".

Odwołujący wskazał w Formularzu 3.3 Potencjał kadrowy Pana Macieja Szarkowskiego jako kandydata na stanowisko Projektanta drogowego 2 (pozycja 2). W kolumnie piątej "Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie potwierdzające spełnienie wymagań" Odwołujący podał w odniesieniu do osoby Pana Macieja Szarkowskiego następujące informacje dotyczące jego doświadczenia: "Projektant: Wykonał projekt budowlany i wykonawczy budowy autostrady A4 Wrocław - Kraków na odcinku ok. 25 km obejmującym węzły Nogawczyce -Kleszczów (klasa drogi: A o długości, o przekroju 2-jezdniowym z węzłami drogowymi, obwodem utrzymania drogi i miejscem obsługi podróżnych". Analogiczny zapis znalazł się również w uzupełnionym w związku z wezwaniem zamawiającego Formularzu 3.3 POTENCJAŁ KADROWY (wezwanie do uzupełnienia nie dotyczyło Projektanta drogowego).

Zamawiający pismem z 18 kwietnia 2012 r. GDDKiA-O/Gd - P-2js - 410/219/2012 wystąpił do Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu o wskazanie czy Pan Maciej Szarkowski jest autorem projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego budowy autostrady A4 na odcinku Nogowczyce – Kleszczów. Ponadto Zamawiający prosił o podanie danych charakteryzujących ww. projekt budowlany i wykonawczy tj. długości zaprojektowanego odcinka klasy technicznej A, liczby zaprojektowanych węzłów drogowych, liczby zaprojektowanych Miejsc Obsługi Podróżnych, liczby zaprojektowanych Obwodów Utrzymania Autostrady (OUA). Zamawiający prosił także o załączenie kserokopii strony tytułowej projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego branży drogowej wskazującej dane autorów.

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu w piśmie z 23 kwietnia 2012 r. GDDKiA-O/Op-RI/410/03/2012 poinformowała Zamawiającego, iż długość autostrady na odcinku Nogowczyce - Kleszczów to 17,54 km drogi klasy "A", liczba węzłów na tym odcinku - 2 (Łany, Kleszczów), liczba MOP na tym odcinku - 0, liczba OUA na tym odcinku - 0. Jednocześnie informowano, iż w pozwoleniu na budowę figuruje jedynie Biuro Projektowe, które wykonywało przedmiotowy projekt (kopia przekazana w załączeniu), lecz na karcie tytułowej Projektu Budowlanego figurują nazwiska projektantów Panów J. Wieczorek i Pan J. Chołoniewski (kopia w załączeniu). W piśmie stwierdzano, iż: "Reasumując GDDKiA O/Opole nie potwierdza informacji, że Pan Maciej Szarkowski był projektantem autostrady na odcinku Nogowczyce - Kleszczów".

Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wobec złożenia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zamawiający podnosił, iż Odwołujący wskazał w Formularzu 3.3 Potencjał kadrowy Pana Macieja Szarkowskiego jako kandydata na stanowisko Projektanta drogowego. Według Odwołującego Pan Maciej Szarkowski wykonał projekt budowlany oraz projekt wykonawczy budowy autostrady A4 Wrocław - Kraków na odcinku ok. 25 km obejmującym węzły Nogawczyce - Kleszczów (klasa drogi: A, o przekroju 2 jezdniowym z węzłami drogowymi, Obwodem Utrzymania Drogi i Miejscem Obsługi Podróżnych). Z informacji przekazanych Zamawiającemu przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu wynika, że Pan Szarkowski nie był projektantem autostrady A4 Wrocław - Kraków na odcinku Nogawczyce - Kleszczów. Ponadto ww. odcinek autostrady A4 liczy tylko 17,54 km, a projekt budowlany i wykonawczy autostrady nie zawiera rozwiązań projektowych w zakresie Miejsca Obsługi Podróżnych oraz Obwodu Utrzymania Drogi. Na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę Odwołującego uznano za odrzuconą.

W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła brak przesłanek do odrzucenia odwołania, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz uiszczone od niego wpis.

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z uwagi na spełnienie przez tego wykonawcę przesłanek skuteczności przystąpienia określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania (dokumentacja okazana w oryginale), w tym ogłoszenie o zamówieniu wraz z modyfikacjami, SIWZ wraz z modyfikacjami, protokół postępowania, ofertę Odwołującego, uzupełnienie oferty z 16 kwietnia 2012 r., pismo Zamawiającego z 18 kwietnia 2012 r. do Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Opolu dotyczące weryfikacji oświadczenia Odwołującego w zakresie dokumentacji projektowej przedmiotowego odcinka autostrady A4, odpowiedź udzieloną przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad w Opolu, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z informacją o wykonawcach wykluczonych i ofertach odrzuconych z 30 kwietnia 2012 r., odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, pismo Odwołującego datowane na 9 maja 2012 r. (wpływ do Prezesa KIO 22 maja 2012 r. faksem) wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie

Zamawiającego z 22 maja 2012 r. wraz z załącznikami, pismo Przystępującego z 21 maja 2012 r. wraz z załącznikami, zeznania świadka Pana Macieja Szarkowskiego na okoliczność wykonania przez niego dokumentacji projektowej dla przedmiotowego odcinka autostrady A4 wykazanego w Formularzu 3.3. Potencjał kadrowy, w tym wykonania dokumentacji w fazie założeń techniczno-ekonomicznych i projektu technicznego w latach 70-tych ubiegłego wieku. Załączoną do odpowiedzi na odwołanie opinię sporządzoną przez Pana mgr inż. Jana Kosiedowskiego - Wiceprezesa Izby Projektowania Budowlanego, Przewodniczącego Regionu Północnego z/s w Gdańsku w zakresie braku podstaw do uznania, iż projekt w fazie założeń techniczno-ekonomicznych oraz projekt techniczny odpowiadają projektowi budowlanemu oraz projektowi wykonawczemu Izba uznała za stanowisko Zamawiającego posiłkującego się wiedzą specjalistyczną, bez przydawania jej w jakimkolwiek zakresie charakteru opinii biegłego.

W zakresie przesłanek wniesienia odwołania określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała, iż Odwołujący przesłanki powyższe spełnia jedynie w zakresie zarzutów odnoszących się do własnego wykluczenia z postępowania oraz związanych z tym konsekwencji (uznania oferty za odrzuconą). Zgodnie z przywołanym przepisem, uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca, jeżeli ma lub miał interes w

uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. W świetle brzmienia tego przepisu, Odwołujący ma zatem wykazać posiadanie interesu w uzyskaniu konkretnego zamówienia, z jednoczesną możliwością poniesienia szkody. Niewątpliwie jako wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, który złożył najtańszą ofertę (jedyne kryterium – cena) spełnia przesłankę posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz szkody czy też możliwości jej poniesienia na skutek zarzucanych naruszeń ustawy Pzp przez Zamawiającego. Odwołujący ma bowiem potencjalną możliwość uzyskania zamówienia w sytuacji potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu w odniesieniu do jego oferty, skutkujących ponownym badaniem i oceną ofert, której to możliwości na skutek zarzucanych naruszeń ustawy Pzp został pozbawiony. Izba podziela natomiast stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, iż Odwołujący, którego oferta jest ofertą najtańszą przy kryterium oceny ofert – cena 100% - nie wykazał w popieraniu zarzutów dotyczących oferty Przystępującego przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp warunkujących skuteczność odwołania. Odwołującemu nie sposób bowiem w tym zakresie przyznać ani posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia ani poniesienia, względnie możliwości poniesienia, szkody w związku z zarzucanymi naruszeniami. Wskazany interes oraz możliwość poniesienia szkody – w zakresie zarzutu podnoszonego w odniesieniu do zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Przystępującego, a w konsekwencji nieprawidłowego, zdaniem Odwołującego, wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty

44

najkorzystniejszej - nie występuje. Niezależnie bowiem od uznania bądź nieuznania zasadności powyższego zarzutu, w okolicznościach niniejszej sprawy, oferta Odwołującego jest najtańszą spośród złożonych w postępowaniu. Tym samym interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia realizuje się poprzez posiadanie bądź utrzymanie statusu wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu z postępowania. Wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do oferty wykonawcy, który złożył ofertę niżej ocenioną (tu: droższą), nie rzutują na sytuację Odwołującego w sposób, który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody – wykluczenie bądź pozostawienie w postępowaniu innego wykonawcy, którego oferta okazała się droższa od oferty Odwołującego pozostaje dla niego indyferentne. O ile zdoła wykazać niezasadność własnego wykluczenia, okoliczność czy wykonawca droższy, pierwotnie wybrany przez Zamawiającego, pozostanie w postępowaniu, nie wpływa na możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia. Natomiast w razie nieuwzględnienia zarzutów wobec Odwołującego i potwierdzenia prawidłowości czynności Zamawiającego, okoliczność czy dotychczasowy wykonawca wybrany – droższy - utrzyma swój status, również pozostaje bez wpływu na możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego. Także okoliczność, iż wybór takiego wykonawcy, w sytuacji gdy podlega on również wykluczeniu, skutkuje wadą postępowania, nie przesądza o istnieniu po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia. W świetle brzmienia art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interesu w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w tym przepisie, nie sposób upatrywać jedynie w czuwaniu nad prawidłowością przebiegu postępowania, jeżeli pozostaje to bez wpływu na status Odwołującego w postępowaniu i możliwość uzyskania przez niego zamówienia. Interesu takiego nie sposób upatrywać także w możliwości unieważnienia postępowania, na którą powoływał się Odwołujący. W ocenie Izby potencjalne unieważnienie postępowania nie mieści się w przesłance posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia, gdyż niewątpliwie interes ten winien dotyczyć tego konkretnego postępowania, a nie być związany z zamówieniem jedynie przedmiotowo i podlegać realizacji np. poprzez hipotetyczny udział w kolejnym postępowaniu ogłoszonym przez Zamawiającego. Ponadto przyznanie Odwołującemu w tym zakresie uprawnienia do wniesienia skutecznego odwołania skutkowałoby tym, iż w przypadku potwierdzenia się zasadności wykluczenia Odwołującego, a w konsekwencji utraty przez niego statusu uczestnika postępowania przetargowego, równocześnie przyznane byłoby mu prawo do skutecznego podważenia prawidłowości innej oferty, a zarazem potencjalnie i decyzji o bycie całego postępowania. O istnieniu interesu w kwestionowaniu oferty Przystępującego nie stanowi także zarzucane naruszenie art. 7 ustawy Pzp, tj. prowadzenie badania i oceny ofert z naruszeniem zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji. W ocenie Izby zarzut ten może być natomiast powoływany i popierany dla obrony własnej oferty. Ponadto Odwołujący w zakresie

45

wskazywanego zaniechania wykluczenia wybranego wykonawcy nie wykazał także, by poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp szkoda musi być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp, co oznacza, iż wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez

ustawy Pzp. jest wykazanie przez Zamawiającego przepisom Konieczne zatem Odwołującego, iż Zamawiający dokonał bądź zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Jak podnosi się w piśmiennictwie, następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają, a jednocześnie, biorąc pod uwagę zasady doświadczenia życiowego, nie są wynikiem szczególnego zbiegu okoliczności. W przypadku zamówień publicznych szkodą taką będzie przede wszystkim pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia i wiążącego się z tym przysporzenia majątkowego. W świetle powyższego, w ocenie Izby, Odwołujący w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wybranego wykazać może co najwyżej szkodę ewentualną sprowadzającą się do utraty możliwości uczestnictwa w kolejnym postępowaniu, która na gruncie prawa cywilnego, jest prawnie obojętna. Szkoda ewentualna oznacza bowiem, iż prawdopodobieństwo jej poniesienia jest niewielkie lub niemożliwe do ustalenia. Tym samym w niniejszym postępowaniu wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga łącznego wykazania spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, biorąc pod uwagę, iż Odwołujący nie wykazał żadnej z wymaganych przesłanek, powyższe prowadzi do wniosku, iż Odwołujący w zakresie zarzutów wobec wyboru oferty złożonej przez Przystępującego i zaniechania wykluczenia go z postępowania nie wykazał dopuszczalności wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe oznacza wyłączenie merytorycznej oceny zarzutów przez Izbę. Z tych względów zarzuty wobec oferty Przystępującego nie będą podlegać rozpoznaniu. Analogiczny pogląd Izba reprezentowała np. w wyroku z dnia 31 stycznia 2011 r., sygn. akt. KIO 99/11, w wyroku z dnia 15 grudnia 2010 r. sygn. akt KIO 2607/10 2613/10, wyroku z dnia 24 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1719/10, wyroku KIO z dnia 21 lutego 2011 r. sygn. akt KIO 248/11.

Izba ustaliła, iż Odwołujący w Formularzu 3.3. Potencjał Kadrowy jak i w odwołaniu posługiwał się błędną nazwą odcinka autostrady A4 "Nogawczyce - Kleszczów", podczas gdy nazwa właściwa brzmi "Nogowczyce - Kleszczów". Taka sama nieścisłość występuje również w pismach Zamawiającego i Przystępującego. Ze źródeł powszechnie dostępnych

46

oraz pisma GDDKiA Oddział Opole wynika, iż prawidłową jest nazwa "Nogowczyce - Kleszczów".

Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba stwierdziła, co następuje. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Norma prawna wyrażona w powołanym wyżej przepisie jest normą iuris cogentis. Oznacza to, że Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z tego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nie zostaną zachowane. Zauważyć należy, iż orzecznictwo w tym zakresie nie prezentuje jednolitej linii. Z jednej strony wskazuje się, iż przyczyny

przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutku wykluczenia wykonawcy z postępowania określonego w ww. przepisie. Stanowisko takie Krajowa Izba Odwoławcza zajęła m.in. w wyroku z dnia 10 czerwca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 666/09, 667/09, 668/09, 669/09, w którym wskazała, że „dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Gdyby w tej mierze istniały jakiegokolwiek wątpliwości, informacje byłyby niepełne, nie potwierdzałyby warunku udziału w postępowaniu, bądź zawierały nieścisłości zamawiający mógłby je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp”. Zważyć należy, że art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie określa powodów złożenia nieprawdziwej informacji. Nie wskazuje, że podanie nieprawdziwych informacji musi być zawinione przez wykonawcę, ani nawet, że musi wynikać „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. W orzeczeniach podkreśla się, iż fakt podania nieprawdziwych informacji nie jest zależny od intencji wykonawcy, błędu, bądź omyłki popełnionej przez niego samego lub wprowadzenia w błąd przez osobę trzecią. Nie będzie również miał znaczenia zamiar wykonawcy, stan jego świadomości lub stopień zawinienia. Wreszcie wskazać należy, iż w świetle przepisu art. 24

47

ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp chronione jest dobro jakim jest zaufanie zamawiającego do składanych przez wykonawców dokumentów. Przywołać można stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1778/09) iż: „Jest to związane z tym, że zamawiający kwalifikują wykonawców i ich oferty w oparciu o oświadczenia i dokumenty przez tych wykonawców składane, muszą więc działać w zaufaniu do tych dokumentów, a celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest prowadzenie śledztwa dla zbadania intencji poszczególnych wykonawców”. Inne orzeczenia z kolei podkreślają, iż wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie tego przepisu, należy bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego (wykonawca wiedząc, że informacje są nieprawdziwe – chciał je przedłożyć) lub zamiaru ewentualnego (wykonawca wprawdzie nie chciał przedłożyć nieprawdziwych informacji, ale przewidywał realną możliwość, że są one nieprawdziwe i na to się godził), bądź też wykonawca uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione, albo wreszcie, wykonawca nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę możliwość przewidzieć. Zamawiający zatem, powołując się na podstawę prawną wykluczenia, o której mowa powyżej, powinien w pierwszej kolejności wykluczyć, iż przedłożone oświadczenia i dokumenty nie są skutkiem błędnej interpretacji np. ogłoszenia czy SIWZ zarówno przez wykonawcę jak i zamawiającego, czy też omyłki oraz jaki ma to skutek na wynik prowadzonego postępowania, albowiem tylko takie ustalenie pozwoliłoby postawić tezę, że przedłożone informacje są nieprawdziwe, a ich przedłożenie miało, w konsekwencji, na celu niezgodne z ustawą Pzp uzyskanie zamówienia przez wykonawcę, a zatem miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ponadto orzecznictwo podkreśla, że, dokonując wykluczenia na podstawie powyższej przesłanki, nie można pomijać zasady prawnej *in dubio pro reo* interpretowanej na gruncie prawa zamówień publicznych w ten sposób, iż wątpliwości nie dających się rozstrzygnąć nie można tłumaczyć na niekorzyść wykonawcy (wyrok KIO z dnia 2 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 766/09). Niezależnie jednak od przyjętej linii orzeczniczej podstawowe znaczenie ma okoliczność, aby podana przez wykonawcę informacja była obiektywnie i niewątpliwie nieprawdziwa, tj. aby przedstawiała stan niezgodny z rzeczywistością. W niniejszej sprawie Odwołujący argumentował, iż Zamawiający błędnie uznał, iż doświadczenie Pana Macieja Szarkowskiego, na które powoływał się w Formularzu 3.3. Potencjał kadrowy, dotyczy dokumentacji projektowej sporządzonej dla wskazanej w Formularzu 3.3. inwestycji w latach 90-tych, której autorem, co Odwołujący przyznawał, rzeczywiście nie jest Pan Maciej Szarkowski. Tymczasem doświadczenie, którym legitymuje się Pan Maciej Szarkowski i które było wskazane w Formularzu 3.3. Potencjał Kadrowy odnosi się do realizacji

48

dokumentacji dla tejże inwestycji w latach 70-tych. Dokumentacja ta była wykonywana na

rzecz Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Katowicach i obejmowała wykonanie projektu w fazie założeń techniczno-ekonomicznych oraz projektu technicznego (odpowiadające obecnemu projektowi budowlanemu i projektowi wykonawczemu) dla wskazanego w Formularzu 3.3. Potencjał Kadrowy odcinka Autostrady A4, spełniającego, w ocenie Odwołującego, wszystkie elementy warunku udziału w niniejszym postępowaniu. Zdaniem Izby powyższe stanowisko Odwołującego nie znajduje oparcia w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Należy bowiem podkreślić, iż w Formularzu 3.3. Potencjał Kadrowy Odwołujący nie wskazał dat realizacji dokumentacji projektowej, na której opierał doświadczenie Pana Macieja Szarkowskiego. Określił natomiast jednoznacznie rodzaj wykonanej dokumentacji, wskazując na projekt budowlany i wykonawczy, które to pojęcia w prawie polskim posiadają definicję legalną i dla każdego podmiotu występującego profesjonalnie na rynku usług projektowych są one jasne i zrozumiałe. Odwołujący nie posłużył się sformułowaniami, na które powołuje się w treści odwołania oraz w załączonym do odwołania oświadczeniu Pana Macieja Szarkowskiego z 9 maja 2012 r., tj. wykonanie projektu w fazie założeń techniczno-ekonomicznych oraz projektu technicznego (odpowiadające w ocenie Odwołującego obecnemu projektowi budowlanemu i projektowi wykonawczemu). W ocenie Izby gdyby istotnie zamiarem Odwołującego było odwołanie się do doświadczenia nabytego w latach 70-tych, użyłby sformułowań adekwatnych dla nomenklatury obowiązującej w tamtym okresie. Tymczasem posłużył się określeniami funkcjonującymi obecnie odpowiadającymi treści warunku postawionego przez Zamawiającego. Izba nie dała również wiary stanowisku Odwołującego o potencjalnym "dopasowaniu" użytego nazewnictwa do aktualnej nomenklatury. Odwołujący nie jest uprawniony do dokonywania takiego "dopasowania", ponieważ zabieg taki zniekształca rzeczywisty obraz posiadanego doświadczenia i uniemożliwia zgodną z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W oparciu o jednoznaczne sformułowanie użyte przez Odwołującego w Formularzu 3.3. Potencjał Kadrowy Zamawiający, gdyby zaniechał weryfikacji jego zasadności, nie mógł powziąć jakiegokolwiek wiedzy, iż w istocie doświadczenie Pana Macieja Szarkowskiego dotyczyło wykonania nie projektu budowlanego i wykonawczego, lecz dokumentacji projektowej w fazie założeń techniczno-ekonomicznych oraz projektu technicznego w latach 70-tych. Brak jest także przesłanek, aby Zamawiający mógł zakładać, że w ramach tego samego odcinka autostrady A4 wykonano kilka dokumentacji projektowych składających się z projektu budowlanego i wykonawczego, przy czym w tak znaczący sposób różniłyby się długością zaprojektowanego odcinka. Należy podkreślić, że wykonawcy ponoszą pełną odpowiedzialność za treść składanych przez siebie oświadczeń, a treść ta nie może być formułowana w sposób, który może wprowadzać w błąd co do rzeczywistego charakteru

49

doświadczenia. Ponadto twierdzenia Odwołującego prezentowane w odwołaniu, zdaniem Izby, nie znajdują oparcia w przedstawionych przez niego dowodach. Z załączonego do odwołania życiorysu Pana Macieja Szarkowskiego nie wynika, aby powoływał się on w nim na sporządzenie w latach 70-tych dokumentacji projektowej dla wskazanego odcinka autostrady A4 w fazie założeń techniczno-ekonomicznych oraz projektu technicznego. Takie sformułowania są w zaprezentowanym przez Odwołującego dokumencie nieobecne. W odniesieniu do przedmiotowej inwestycji w życiorysie wskazano na następujące określenie "autostrada płatna A-4 Bielany Wrocławskie - Sośnica odc. Nogowczyce - Kleszczów o dł. ok. 25 km, Kleszczów - Sośnica o dł. ok. 21 km, opracowano materiały do wskazań lokalizacyjnych i materiały do decyzji lokalizacyjnej, następnie opracowano projekty budowlane obu odcinków". Brak jest zatem wskazania, aby Pan Maciej Szarkowski opracowywał dokumentację projektową dla wskazanego odcinka autostrady A4 w fazie założeń techniczno-ekonomicznych oraz projektu technicznego. Należy podkreślić, iż w życiorysie w ramach opisywanego doświadczenia następuje rozróżnienie pojęć projekt budowlany oraz założenia techniczno-ekonomiczne i projekt techniczny, gdyż dla poszczególnych inwestycji wskazywany jest rodzaj opracowywanej dokumentacji (np. "autostrada A-4 Wrocław - Kraków odc. Katowice - Bojków założenia techniczno-ekonomiczne i projekty techniczne odcinków autostrady (łącznie ok. 25 km) (...)"). Ponadto jak zeznał Pan Maciej Szarkowski, przedmiotowy życiorys został sporządzony zgodnie z chronologią przyjmowaną w życiorysach tj. doświadczenie ujmowane jest począwszy od najbardziej aktualnego do najstarszego. I tak we fragmencie dotyczącym okresu 1999-1978, gdzie wskazana została inwestycja, na którą powołał się Odwołujący, jest ona określona jako

tiret drugie, co oznacza, iż zgodnie z chronologią przyjętą w życiorysie nie może dotyczyć lat 70-tych, lecz lat 90-tych ubiegłego wieku. Ponadto sam Pan Maciej Szarkowski przyznał, iż, powołując się na swoje doświadczenie, odwoływał się do pracy w latach 90-tych w ramach zespołu projektowego, który przygotowywał wówczas dokumentację. Tymczasem w tym zakresie Odwołujący przyznaje, iż Pan Maciej Szarkowski dokumentacji projektowej nie wykonywał, a co więcej przedstawia na tę okoliczność informację z dnia 16 maja 2012 r. Sweco Infraprojekt Sp. z o.o. (dawniej Krakowskie Biuro Projektów Dróg i Mostów "Transprojekt" Sp. z o.o.) - wykonawcy dokumentacji dla tego odcinka zarówno w latach 70-tych, jak i 90-tych, z której wynika, że Pan Maciej Szarkowski nie wykonywał dokumentacji w latach 90-tych. Ponadto otrzymany życiorys nie pozwalał na dokonanie ustaleń, które znalazły się następnie w oświadczeniu w Formularzu 3.3. Potencjał Kadrowy, tj. faktu wykonywania projektu wykonawczego oraz elementów wymaganych przez Zamawiającego w postaci Miejsca Obsługi Podróżnych i Obwodu Utrzymania Drogi (tu: Obwodu Utrzymania Autostrady). Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, iż dysponował życiorysem o odmiennej treści, który pozwalał na poczynienie takich ustaleń, jakie następnie znalazły się w

50

Formularzu 3.3. Potencjał Kadrowy. Ponadto w toku postępowania dowodowego ustalone zostało, że w ramach dokumentacji projektowej sporządzonej w latach 70-tych nie zostało zaprojektowane Miejsce Obsługi Podróżnych oraz Obwód Utrzymania Autostrady, lecz dokonano jedynie rezerwy terenu na te cele wraz z zarysem koncepcji (dowód: zeznania Pana Macieja Szarkowskiego). W ocenie Izby słusznym jest stanowisko Zamawiającego, iż w takiej sytuacji nie sposób mówić o zaprojektowaniu Miejsca Obsługi Podróżnych oraz Obwodu Utrzymania Drogi (tu: Autostrady), a tak był postawiony wymóg. Zamawiający otrzymał także potwierdzenie od inwestora ww. odcinka autostrady A-4 zlecającego projekt w latach 90-tych Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Opolu, iż w latach 2003-2005 na autostradzie A-4 na odcinku Nogowczyce - Kleszczów zostały zaprojektowane przez Transprojekt Kraków i wykonane MOP-y Kat. I Chechło oraz Proboszczowice, autorami projektu byli J. Wieczorek - branża architektura oraz W. Nawrocki - branża drogowa, zaś w latach 2003-2005 na powyższym odcinku autostrady nie był planowany ani projektowany obwód utrzymania autostrady. Z kolei co do lat 70-tych z uwagi na utratę dokumentacji w powodzi w 1997 r. nie było możliwe sprawdzenie, czy takie elementy były objęte projektem, aczkolwiek wg rozmów z pracownikami, którzy wówczas zajmowali się autostradą, MOP ani OUA nie były projektowane. Zestawiając powyższe pismo z pismem z dnia 23 kwietnia 2012 r., gdzie inwestor potwierdził, iż na powyższym odcinku nie przewidziano MOP ani OUA (projekt z 2001 r.) stwierdzić należy, iż oświadczenie w tym zakresie Odwołującego nie znalazło potwierdzenia. Z kolei zeznania świadka Pana Macieja Szarkowskiego co do dokonania rezerwy terenu i zarysów koncepcji (co w ocenie Izby nie jest tożsame z zaprojektowaniem), także wskazuje na brak podstaw do złożenia oświadczenia o treści takiej jak w Formularzu 3.3. Potencjał Kadrowy. Ponadto jak zeznał Pan Maciej Szarkowski dokumentacja projektowa w latach 70-tych nie została ukończona, tj. nie przekazano jej zlecającemu z uwagi na zmianę warunków dotyczących planowanej inwestycji. Przyznał on także, iż jego nazwisko nie widniało jako projektanta odpowiedzialnego za sporządzany projekt ani na dokumentacji z lat 70-tych ani z lat 90-tych. Jak wskazał, brał udział w zespole projektowym, jednak nie widnieje jako autor projektu i nie ponosił w związku z tym odpowiedzialności za projekt. Dodatkowo przyznał, iż wskazana długość odcinka jest zawyżona i nie może wynosić 25 km, aczkolwiek w jego opinii z pewnością obejmuje wymagane 20 km. Odwołujący nie przedstawił także żadnej argumentacji na potwierdzenie stanowiska, iż założenia techniczno-ekonomiczne i projekt techniczny odpowiadają obecnemu projektowi budowlanemu i wykonawczemu. Biorąc pod uwagę kontrydiktoryjny charakter sporu i obciążający go w tym zakresie ciężar dowodu, uznać należy, iż ciężarowi temu nie sprostał. Uwzględniając powyższe, zdaniem Izby bezspornie ustalone zostało, iż oświadczenie co do doświadczenia posiadanego przez Pana Macieja Szarkowskiego złożone w Formularzu 3.3. Potencjał Kadrowy jest niezgodne z

51

rzeczywistością. Nie sporządził on bowiem projektu budowlanego i wykonawczego, jak jednoznacznie wynikało z oświadczenia, a dokumentacja projektowa z lat 70-tych nie obejmowała zakresu dokumentów wymaganego przez Zamawiającego oraz nie została

ukończona i przekazana zleceniodawcy. Ponadto sama dokumentacja projektowa zarówno z lat 70-tych jak i 90-tych nie spełniała wymogów Zamawiającego. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż jedynie kwalifikowane przypadki zawinienia pozwalają na uznanie, iż doszło do złożenia nieprawdziwych informacji. Jak było wskazane powyżej Izba uznaje za konieczną weryfikację okoliczności związanych ze złożeniem nieprawdziwych informacji, w szczególności wynikających z wadliwej interpretacji SIMZ, jednak powyższego nie sposób utożsamiać z przyjęciem, iż jedynie wina umyślna pozwala na przypisanie wykonawcy odpowiedzialności za złożenie nieprawdziwych informacji. Do tego bowiem sprowadza się argumentacja Odwołującego zawarta w odwołaniu. Działaniem umyślnym jest każde działanie, w którym osoba (podmiot), mając świadomość konsekwencji swego czynu chce ich osiągnięcia (zamiar bezpośredni) albo gdy mając świadomość konsekwencji nie chce ich osiągnięcia, lecz godzi się, że mogą one powstać (zamiar ewentualny). W ocenie Izby brak jest przesłanek, aby wykonawcy nie przypisać odpowiedzialności także za winę nieumyślną, tj. niedochowanie należytej staranności w sporządzaniu oferty, przy czym w obrocie profesjonalnym (a z takim mamy do czynienia w zamówieniach publicznych) miernik staranności jest podwyższony (należyta staranność z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności). W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, iż, sporządzając ofertę, zachował należyłą staranność w zakresie weryfikacji doświadczenia osoby wykazywanej jako wymagany potencjał kadrowy na stanowisko drugiego Projektanta drogowego. Z ustaleń dokonanych w postępowaniu odwoławczym wynika, iż oparł się on na informacjach pozyskanych od projektanta, przy czym weryfikacja tych informacji nastąpiła dopiero po otrzymaniu informacji o wykluczeniu z postępowania. Zdaniem Izby w przypadku usług projektowych taka weryfikacja nie jest skomplikowana, gdyż wystarczające jest choćby przedstawienie sporządzonej dokumentacji projektowej ze wskazaniem autorstwa. Tymczasem Odwołujący nie wskazał jakichkolwiek dowodów, iż w ogóle podjął czynności ustalenia zakresu posiadanego przez Pana Macieja Szarkowskiego doświadczenia. Ocena własnego doświadczenia przez projektanta może być wadliwa, może nie uwzględniać wszystkich uwarunkowań postawionych przez zamawiającego. Zdaniem Izby nie sposób w tym zakresie przypisać jakichkolwiek trudności z interpretacją warunku, gdyż ten w ocenie Izby był jednoznaczny i zrozumiały. Warto zauważyć, iż w odniesieniu do osoby wskazywanej na stanowisko pierwszego Projektanta drogowego zakres jego doświadczenia został opisany bardzo szczegółowo. Jeżeli zatem Odwołujący nie zweryfikował w dostatecznym stopniu, czy deklarowane przez Pana Macieja Szarkowskiego doświadczenie projektanta znajduje potwierdzenie w rzeczywistym jego doświadczeniu, to co najmniej

52

godził się z możliwością podania informacji sprzecznych ze stanem faktycznym, względnie nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę możliwość przewidzieć, a to również objęte jest sankcją z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę cel przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdzie chronione jest dobro, jakim jest zaufanie zamawiającego do składanych przez wykonawców dokumentów, wykonawca nie może dla uniknięcia konsekwencji przewidzianych tym przepisem ograniczyć się do podnoszenia okoliczności, iż jedynie wina umyślna pozwala na uznanie jego odpowiedzialności za złożenie nieprawdziwych informacji. Błędy czy brak należytej staranności w sporządzaniu oferty również obciążają wykonawcę. Należy także uznać, iż spełniona jest przesłanka wpływu (potencjalnego wpływu) nieprawdziwej informacji na wynik postępowania, gdyż było to jedyne doświadczenie uzasadniające spełnienie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do drugiego Projektanta drogowego (Pana Macieja Szarkowskiego). Uznać zatem należy, iż zarzut nieprawdziwych informacji potwierdził się i Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji także art. 24 ust. 4 ustawy Pzp należy uznać za niezasadny.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający wzywa wykonawcę, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, do których zalicza się także dokumenty i oświadczenia odnoszące się do wymaganego potencjału kadrowego. Zgodnie z powoływanym przepisem, wątpliwości, w tym dotyczące prawdziwości złożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów, Zamawiający powinien w pierwszej kolejności

wyjaśniać z wykonawcą. Przepis ten nie zabrania Zamawiającemu poszukiwania informacji potwierdzających oświadczenie wykonawcy u podmiotów trzecich, w tym zwrócenia się do zlecniodawcy usługi wykazywanej na potwierdzenie wymaganego doświadczenia osoby przewidzianej do realizacji zamówienia o wyrażenie jego stanowiska dotyczącego składanych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów. Jednakże Zamawiający w tej sytuacji nie powinien w procedurze wyjaśniania swych wątpliwości pomijać wykonawcy, w szczególności gdy przedstawione przez zlecniodawcę usługi stanowisko skutkuje wątpliwościami co do prawdziwości oświadczenia składanego przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie czy wręcz wiązać miałyby się z uznaniem, iż złożone oświadczenie jest nieprawdziwe. Zamawiający, stawiając wykonawcy zarzut podania nieprawdziwych informacji, zobligowany jest do ustalenia rzeczywistego stanu rzeczy, a ustalenie takie, oprócz przypadków jednoznacznych i oczywistych, nie powinno odbywać się z pominięciem stanowiska wykonawcy. Podobne stanowisko zajęła Izba w wyroku KIO z 2

53

lutego 2011 r. sygn. akt: KIO 73/11, KIO 74/11, KIO 75/11, KIO 76/11, KIO 77/11, KIO 78/11, KIO 83/11, KIO 84/11). Zamawiający powinien zatem uzyskać opinię wykonawcy względem poczynionych przez siebie ustaleń. Jak było to wskazane powyżej, Izba wskazuje, iż jest to niezbędne choćby dla wykluczenia przez Zamawiającego okoliczności, które nie pozwalałyby uznać, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, np. przypadki błędu spowodowanego odmienną interpretacją SIWZ. Zamawiający nie może zajmować stanowiska, iż w takich przypadkach jak niniejszy, gdy uzyskał potwierdzenie, że osoba wskazana jako posiadająca określone doświadczenie w istocie go nie posiada, nie widział podstawy dla zwracania się do wykonawcy – Odwołującego o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy oświadczeniem Odwołującego a pozyskanymi przez Zamawiającego informacjami, aby uniknąć stosowanej przez wykonawców praktyki kreowania wyjaśnień na potrzeby zapytania Zamawiającego czy powoływanie się na niejasne zapisy SIWZ dla uniknięcia skutku w postaci wykluczenia z postępowania na skutek złożenia nieprawdziwych informacji. Niezasadnym jest także założenie, iż uzyskanie wyjaśnień wiązać się będzie ze zmianą złożonego oświadczenia woli, co jest niedopuszczalne w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jak dodatkowo argumentował Zamawiający. Izba zauważa, iż wyjaśnienia składane przez wykonawcę podlegają ocenie Zamawiającego, który może je uznać za niewiarygodne czy nieznajdujące oparcia w stanie faktycznym danej sprawy. Nie powinien także zakładać, pomijając rzeczywistą treść wyjaśnień, iż w każdym przypadku wyjaśnienia skutkować będą zmianą złożonego oświadczenia. Takie stwierdzenie jest przedwczesne wobec braku znajomości treści wyjaśnień. Nie sposób podzielić także argumentacji dotyczącej braku obowiązku żądania wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp ze wskazaniem, iż jest to uprawnienie Zamawiającego. Przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wyraźnie wskazuje na istnienie takiego obowiązku, nie pozostawiając decyzji o żądaniu wyjaśnień w sferze dyspozycji zamawiającego. Zastosowanie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie wiąże się też automatycznie z koniecznością żądania uzupełnienia dokumentów/oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. O ile bowiem wyjaśnienia nie pozwolą na usunięcie niezgodności pomiędzy treścią oświadczenia woli wykonawcy a uzyskanymi przez zamawiającego informacjami, potwierdzając w ten sposób złożenie nieprawdziwych informacji, brak jest podstaw dla zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ugruntowany jest bowiem pogląd orzecznictwa, iż w przypadku zaistnienia podstawy wykluczenia z postępowania określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie stosuje się procedury uzupełnienia przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Brak jest jednak przesłanek dla uznania, iż w drodze analogii wyłączyć stosowanie procedury wyjaśnień przewidzianej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp skoro jej celem ma być ostateczne i pewne ustalenie zaistnienia przesłanki wykluczenia z postępowania wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jednakże w niniejszej sprawie zaniechanie przez Zamawiającego zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie informacji uzyskanej od

54

GDDKiA Oddział w Opolu w zakresie doświadczenia wskazanego na stanowisko projektanta budowlanego Pana Macieja Szarkowskiego pozostaje bez jakiegokolwiek wpływu na ocenę prawidłowości wykluczenia Odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jak zostało bowiem ustalone, okoliczności, na które powoływał się Odwołujący nie pozwalają na stwierdzenie, iż nie złożył on nieprawdziwych informacji mających lub

mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Tym samym wyjaśnienia, które mogłyby być przedstawione przez Odwołującego w żaden sposób nie mogłyby doprowadzić do zmiany stanowiska Zamawiającego czy podważyć jego zasadności. Zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania i nie może być podstawą uwzględnienia odwołania w świetle treści art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Pzp Odwołujący podkreślał prowadzenie badania i oceny ofert na odmiennych zasadach wobec Odwołującego i Przystępującego, tj. wnikliwym weryfikowaniu prawidłowości oferty Odwołującego przy równoczesnym zaniechaniu takiej drobiazgowej weryfikacji wobec oferty Przystępującego, skutkującym nieprawidłową jej oceną i zaniechaniem wykluczenia Przystępującego w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z nieprawdziwym oświadczeniem Przystępującego dotyczącym doświadczenia Pana Tadeusza Stefanowskiego, podczas gdy w odniesieniu do Odwołującego czynność taka została dokonana. Stwierdzić należy, iż z uwagi na podniesioną w niniejszym uzasadnieniu kwestię braku spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wobec kwestionowania prawidłowości oferty Przystępującego, powyższy zarzut winien być rozpatrywany w kontekście odmiennej oceny oferty Odwołującego i Przystępującego skutkującej tym, iż w analogicznej sytuacji oferta Odwołującego została oceniona inaczej niż oferta Przystępującego. W ocenie Izby Odwołujący takich przypadków nie wykazał. Jak bowiem podnosił Zamawiający okoliczności wykazywane w ofercie Przystępującego, a kwestionowane przez Odwołującego, znane mu były niejako z urzędu, ponieważ był odbiorcą wykazywanych na potwierdzenie spełnienia wymogów usług, toteż miał pełne rozeznanie co do ich zakresu i nie było potrzeby wzywania oferenta do wyjaśnień w odniesieniu do doświadczenia Pana Tadeusza Stefanowskiego wykazywanego przez Przystępującego na potwierdzenie wymogu zawartego w SIWZ pkt 7.2.3)b) IDW: Potencjał kadrowy ppkt 1). Ponadto z akt postępowania wynika, iż Zamawiający szczegółowo badał nie tylko ofertę Odwołującego, ale i innych wykonawców, także Przystępującego, w tym poprzez występowanie na piśmie do innych podmiotów, dla których w przeszłości zamówienia realizowali Odwołujący, Przystępujący i inni wykonawcy, z prośbą o weryfikację oświadczeń złożonych w ich ofertach. Nie sposób zatem uznać, aby Odwołujący wykazał podnoszony przez siebie zarzut o nierównym traktowaniu wykonawców. Nie podał bowiem przykładów czynności czy zaniechań Zamawiającego, które świadczyłyby

55

o prowadzonym z naruszeniem art. 7 ustawy Pzp procesie badania i oceny ofert, czego efektem byłby wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej. Jak było to wskazane powyżej informacje, które były mu znane jako zleceniodawcy określonych usług, nie budziły wątpliwości co do zgodności ze stanem faktycznym i były jednoznaczne, nie wymagały wszczęcia procedury wyjaśnień. W konsekwencji powyższych ustaleń poczynionych przez Izbę uznać należy, iż Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Tym samym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 pkt 1 i 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), z uwzględnieniem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w maksymalnej wysokości 3600 zł na podstawie przedstawionej do akt sprawy faktury VAT. Izba nie zasądziła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika na rzecz Przystępującego zgodnie z przedłożonymi fakturami VAT, gdyż zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) w razie oddalenia odwołania przez Izbę koszty wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego po stronie zamawiającego mogą być zasądzone przez Izbę tylko wówczas, gdy przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Nie dotyczy to przedmiotowej sprawy.

Przewodniczący: