

WYROK

z dnia 15 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący

Członkowie:

Paweł Trojan

Ryszard Tetzlaff

Protokolant:

Justyna Tomkowska

Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26.02.2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Transprojekt Gdański Sp. z o.o., ul. Zabytkowa 2, 80-253 oraz PROMOST Sp. z o.o., ul. Bohaterów Westerplatte 11, 65-001 Zielona Góra w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, ul. Warszawska 89 10-083 Olsztyn w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: „Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) - Płońsk (SIO) ode. Napierki - Mława” oraz „Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) - Płońsk (SIO) ode. Mława - Strzegowo” (numer postępowania: O/OL.D- 3.2410.1.2017.KP-6) przy udziale wykonawcy ZBM Inwestor Zastępczy S.A., ul. Jagiellońska 88, 02-315 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Transprojekt Gdański Sp. z o.o., ul. Zabytkowa 2, 80-253 oraz PROMOST Sp. z o.o., ul. Bohaterów Westerplatte 11, 65-001 Zielona Góra i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Transprojekt Gdański Sp. z o.o., ul. Zabytkowa 2, 80-253 oraz PROMOST Sp. z o.o., ul. Bohaterów Westerplatte 11, 65-001 Zielona Góra tytułem wpisu od odwołania,

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 15 marca 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 380/18

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, ul. Warszawska 89 10-083 Olsztyn prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: „Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) - Płońsk (SIO) ode. Napierki - Mława” oraz „Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) - Płońsk (SIO) ode. Mława - Strzegowo”” (numer postępowania: O/OL.D-3.2410.1.2017.KP-6)

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej/poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 15.06.2017 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2017/S 113-227897

W dniu 14.02.2018 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i w konsekwencji o odrzuceniu złożonej przez niego oferty.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26.02.2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Transprojekt Gdański Sp. z o.o., ul. Zabytkowa 2, 80-253 oraz PROMOST Sp. z o.o., ul. Bohaterów Westerplatte 11, 65-001 Zielona Góra od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu konsorcjum w składzie Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, Promost Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (dalej: Odwołujący) oraz od czynności odrzuceniu oferty Odwołującego.

We wniesionym odwołaniu Zamawiającemu zarzucono:

1) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez ich wadliwe zastosowanie i wadliwe uznanie, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 14 lutego 2018 r. polegającej na wykluczeniu Odwołującego,
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 14 lutego 2018 r. polegającej na Odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 3) dokonanie oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty 3.600 zł z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, w. postępowaniu odwoławczym.

We wstępie odwołania zostało wskazane, że w kontekście wymogów zawartych w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazuje, iż posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W przypadku przeprowadzenia postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp oferta odwołującego ma szansę zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Jednocześnie Odwołujący może ponieść w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w Odwołaniu przepisów ustawy Pzp szkodę w postaci utraconych korzyści w realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, że wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 14 lutego 2018 r. (drogą mailową), tj. w dniu otrzymania od Zamawiającego informacji o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Uzasadnienie odwołania

W dniu 15 czerwca 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 113-227897 ukazało się ogłoszenie o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktami pa: „Budowa, drogi S7 Olsztynek (S51) - Płońsk (SIO) odc. Napierki — Mława” oraz „Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) - Płońsk (SIO) odc. Mława - Strzegowo” - nr postępowania: O/.O.L.D-3.2410.1.2017.KP-6.

W dniu 14 lutego 2018 r. Odwołujący otrzymał drogą mailową zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez ich wadliwe zastosowanie i wadliwe uznanie, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego.

Zamawiający Wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż Odwołujący w Formularzu 2.1 „Kryteria pozacenowe” w Kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” w odniesieniu do osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu (Pana A. P.) oraz w odniesieniu do osoby wyznaczonej, do pełnienia funkcji Specjalisty do spraw roszczeń (Pan W. K.) wskazał realizowane, na rzecz Zamawiającego zadania oraz Wskazał, że w/w osoby „posiadają doświadczenie przy realizacji wskazanego zadania/zadań od rozpoczęcia robót do wykonania zadania”.

Dowód: Formularz 2.1 „Kryteria pozacenowe” Kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” - w aktach sprawy.

Jednocześnie, w przedłożonym Zamawiającemu Formularzu 3.3 „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego” Odwołujący wskazał daty (od - do) odzwierciedlające okres doświadczenia danej osoby na zajmowanym stanowisku.

Dowód: Formularzu 3.3 „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego”

Zamawiający ustalił, że daty, które Odwołujący Wskazał w Formularzu 3.3 „Wykaz osób.” jako daty zakończenia zajmowania danego stanowiska („do dnia ...”) nie były datami „wykonania zadania” rozumianego jako wystawienia Świadczenia Przejęcia.

Dowód: Informacja o wykluczeniu Wykonawcy i odrzuceniu, oferty Wykonawcy - w aktach sprawy.

Powyższe oznacza, w ocenie Odwołującego, że Zamawiający powinien dostosować punktację przyznaną przez Zamawiającego w ramach Kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta”, Podkryterium 2.1 Inżynier Kontraktu i Podkryterium 2.5 Specjalista ds. roszczeń do rzeczywistego doświadczenia personelu Konsultanta przy zastosowaniu określonej przez Zamawiającego zasady, że:

- Za 1 zadanie potwierdzające wymagania Zamawiającego Wykonawca Otrzyma 1 punkt.
- Za 2 lub więcej zadań potwierdzających wymagania Zamawiającego Wykonawca otrzyma 3 punkty.
- Za niewykazanie zadań potwierdzających wymagania Zamawiającego Wykonawca otrzyma 0 punktów.
- Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania wymagań Zamawiającego Wykonawca otrzyma 0 punktów.

W pierwszej kolejności Odwołujący podkreślił, że dołożył należytej staranności przy przygotowaniu swojej oferty. Zdaniem Odwołującego okoliczność, że oferta zawierała omyłkę nie przesądza o braku dołożenia należytej staranności, a w szczególności nie można przypisać Odwołującemu zawinienia w rozumieniu wskazanym przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku w sprawie o sygnaturze KIO 1257/17, zgodnie z którym:

1. Szczegółowa analiza treści przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p, prowadzi do jednoznacznego wniosku, że działanie wykonawcy ma mieć charakter zawiniony, który cechuje lekkomyślność lub niedbalstwo. Wina może być kwalifikowana jako umyślna (sprawca chce wywołać określone skutki lub godzi się na ich wystąpienie), lub jako nieumyślna (niedbalstwo, lekkomyślność) sprawca przewidywał możliwość wystąpienia bezprawnych następstw swego zachowania, lecz bezzasadnie przypuszczał, że ich uniknie lub nawet nie przewidywał możliwości wystąpienia takich skutków, ale powinien i mógł je przewidzieć.

Jak wskazał Odwołujący omyłkowa informacja, zawarta w Formularzu 2.1 „Kryteria pozacenowe” Kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” nie jest wynikiem niedbalstwa ani lekkomyślności Odwołującego.

Odwołujący w Formularzu 3.3 „Wykaz osób” podał nazwy projektów, nazwiska osób oraz daty wskazujące okres doświadczenia na zajmowanym/zajmowanych stanowisku/stanowiskach od - do. Tylko i wyłącznie błąd ludzki, wynikający z odruchowego skopiowania nazw projektów z Formularza 3.3 „Wykaz osób” do Formularza 2.1 „Kryteria pozacenowe” jest przyczyną zaistniałej pomyłki.

Przyjęcie za prawidłowe stanowiska Zamawiającego oznaczałoby konieczność wykluczenia Wykonawców w każdym przypadku podania przez Wykonawcę informacji nieodzwierciedlającej w pełni stanu rzeczywistego. Odwołujący nie podziela stanowiska, jakoby wszelkiego rodzaju omyłki, przeinaczenia i ludzkie błędy (bowiem zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp podstawą wykluczenia może być już samo niedbalstwo lub lekkomyślność, które są pojęciami niezwykle obszernymi) mogły stanowić podstawę wykluczenia na podstawie powołanego przepisu.

Co więcej, w omawianym przypadku wszystkie zadania wskazane przez Odwołującego w Formularzu 2.1 „Kryteria pozacenowe” Kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta”

(Obwodnica Słupska, S7-odcinek Kalsk (Pastęk) - Miłomłyn, DK 16 odcinek Barczewo Kromerowo Biskupiec) realizowane, były na rzecz Zamawiającego. To Zamawiający był stroną umów, w ramach których personel nabywał doświadczenie a okoliczności dotyczące daty rozpoczęcia zadania oraz wykonania zadania (rozumianego jako Świadcstwo Przejęcia) były Zamawiającemu doskonale znane.

Dowód: Wydruki potwierdzające, że Zadania: Obwodnica Słupska, S7-odcinek Kalsk (Pastęk) - Miłomłyn, DK 16 odcinek Barczewo Kromerowo - Biskupiec realizowane były na rzecz GDDKiA

W ocenie Odwołującego w takiej sytuacji, jak wskazuje orzecznictwo KIO, nie może być mowy o skutku w postaci błędnej oceny stanu faktycznego przez Zamawiającego (który jest konieczny dla przypisania odpowiedzialności z art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp) skoro informacje dotyczą okoliczności znanych Zamawiającemu,

W tym kontekście Odwołujący wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 listopada 2017 r. wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 2343/17, KIO 2344/17, zgodnie z którym: „Wprowadzenie Zamawiającego w błąd powinno być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy. Skutkiem zaś Powinno być pozostawanie przez Zamawiającego w błędnym, przekonaniu co do rzeczywistego stanu rzeczy. Jednocześnie błędne przekonanie Zamawiającego powinno mieć przełożenie, na przebieg postępowania - istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie, zamówienia (por. m.in. wyrok KIO z 3 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1243/17). W ocenie Izby Odwołujący M. nie wykazał, że przedstawione w złożonym pierwotnie przez T. Załączniku nr 9 informacje wprowadzały Zamawiającego w błąd, argumentacja przedstawiona w odwołaniu w tym zakresie jest lakoniczna i sprowadza się do stwierdzenia, iż o podaniu wprowadzających w błąd informacji co do doświadczenia osoby mającej pełnić funkcję Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym świadczy treść korespondencji pomiędzy Przystępującym T. a Zamawiającym. Odwołujący M. nie dowiódł, że wskazane w tym dokumencie informacje faktycznie wprowadzały Zamawiającego w błąd, co do rzeczywistego stanu rzeczy i to w taki sposób, że mogło to wpłynąć na decyzje Zamawiającego w postępowaniu. Tymczasem Zamawiający, jako inwestor usługi wskazanej jako Zadanie nr 1 w opisie doświadczenia Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, dysponował informacjami dotyczącymi zakresu wykonanej dokumentacji projektowej / wezwał Przystępującego do wyjaśnień w zakresie doświadczenia wskazanej na tę funkcję osoby. W ocenie Izby nie sposób mówić tu zatem o tym aby informacje podane w treści Załącznika nr 9 wywołały skutek w postaci błędnej oceny stanu faktycznego przez Zamawiającego i mogły mieć przełożenie - w sposób istotny - na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, skoro dotyczyły one okoliczności znanych Zamawiającemu."

Z powyższego, zdaniem Odwołującego, wynika, że aby móc wykluczyć Wykonawcę z postępowania na podstawie art 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp, konieczne jest pozostawanie przez Zamawiającego w błędzie, a w przypadku gdy informacje, które mają rzekomo wprowadzać w błąd, są znane Zamawiającemu, nie może być mowy o wprowadzeniu go w błąd.

Jak wskazano powyżej, wszystkie zadania wskazane przez Odwołującego w Formularzu 2.1 „Kryteria pozacenowe” Kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” realizowane były na rzecz Zamawiającego zatem Zamawiający nie mógł zostać wprowadzony w błąd co do okresu rozpoczęcia robót i wystawienia Świadcstwa Przejęcia.

Jak wynika z orzecznictwa. Krajowej Izby Odwoławczej:

To właśnie wprowadzenie zamawiającego w błąd stanowi podstawę naruszenia art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 p.z.p. Nie może być mowy o wprowadzeniu zamawiającego w błąd, skoro zamawiający był stroną umowy i posiadał pełną wiedzę, zarówno o przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i o sposobie wykonania umowy. (Wyrok KIO w sprawie KIO 1033/17)

Odwołujący wskazał, że podobne stanowisko zostało zajęte przez Izbę w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 782/17: Nie można mówić o przedstawieniu przez Wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, o których mowa w art: 24

ust. 1 pkt 17 P.Z.P. jeśli informacje te dotyczą okoliczności znanych zamawiającemu.

Wynika z powyższego, zdaniem Odwołującego, że Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd, skoro wszystkie zadania wskazywane w Kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” realizowane były na rzecz Zamawiającego.

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że podkreślenia wymaga, że Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego a wskazana przez Zamawiającego omyłka może jedynie mieć wpływ na przyznaną przez Zamawiającego punktację w Kryterium pozacenowym, Kryterium „Doświadczenie personelu

Konsultanta”, Podkryterium 2.1 Inżynier Kontraktu i Podkryterium 2.5 Specjalista ds. Roszczeń.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę. W przypadku zaś uwzględniania odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający na rozprawie podtrzymał opozycję zgłoszoną wobec przystąpienia wykonawcy TPF Sp. z o.o. (pismo z dnia 9 marca 2018 r.). Odwołujący wniósł na rozprawie o oddalenie opozycji wskazując, że w innym postępowaniu prowadzonym przez Izbę (KIO 133/18), gdzie również wykonawca nie wniósł własnego odwołania na czynność wykluczenia, Izba uznała, że posiada on interes w uzyskaniu zamówienia.

Izba postanowiła uwzględnić opozycję wniesioną przez Zamawiającego. Izba wskazuje, iż pomimo szerszego podejścia do kwestii interesu w ramach przystąpienia, w stosunku do interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, podmiot zgłaszający przystąpienie powinien wykazać jego potencjalne istnienie choćby w minimalnym zakresie. Jednakże w treści zgłoszonego przystąpienia TPF Spółka z o.o. podmiot ten wskazał, że nie wniósł odwołania na czynność wykluczenia go z postępowania opartą o analogiczną podstawę prawną wskazując jednocześnie, że nie ma szans na uzyskanie przedmiotowego

9

zamówienia, tj. nie widzi możliwości aby jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Jak wynika z powyższego już sam wykonawca nie upatruje w pozytywnym rozstrzygnięciu rozpoznawanego środka ochrony prawnej żadnych potencjalnych korzyści związanych z prowadzonym postępowaniem. Wskazać jednocześnie należy, iż nawet uwzględnienie rozpoznawanego odwołania nie będzie podstawą do zmiany sytuacji prawnej i faktycznej wykonawcy TPF Spółka z o.o., gdyż mimo zastosowania przez Zamawiającego wobec tego wykonawcy art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, to odmienne podstawy faktyczne były podstawą

dla takiej decyzji. Nie sposób bowiem uznać, że Zamawiający będzie miał prawny obowiązek niejako „przeniesienia” oceny odmiennej sytuacji faktycznej tylko dlatego, że inny wykonawca został wykluczony z postępowania w oparciu o analogiczną instytucję. Stąd Izba uznała, że nie doszło do skutecznego wykazania przez TPF Spółka z o.o. interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której przystąpił, co skutkowało uwzględnieniem wniesionej opozycji.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego. Izba dopuściła również dowody złożone przez Przystępującego na rozprawie w postaci wydruków stron internetowych, z których wynika, jakie były m.in. okresy rozpoczęcia i zakończenia inwestycji wskazanych przez Odwołującego dla inżyniera kontraktu i specjalisty ds. roszczeń.

Izba uwzględniła również w ramach rozpoznania merytoryczne stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 09.03.2017 r., jak również pismo Przystępującego ZBM Inwestor Zastępczy S.A. z dnia 12.03.2018 r.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) Zamawiający zawarł następujące postanowienia odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert oraz sposobu przygotowania oferty (istotne ze względu na zakres i przedmiot zaskarżenia):

5. PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA

5.1. Przedmiotem zamówienia jest:

Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.:

„Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) - Płońsk (S10) odc. Napierki - Mława” oraz „Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) - Płońsk (S10) odc. Mława - Strzegowo”.

7. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

7.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

7.2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

3) zdolności technicznej lub zawodowej:

a) Wykonawcy:

Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej:

1) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowa o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto;

2) 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu minimum 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu.

Każde wykazane zadanie może jednocześnie potwierdzać spełnianie kilku z powyższych warunków.

Za usługę polegającą na pełnieniu nadzoru nad realizacją zadania Zamawiający uzna usługę polegającą na zarządzaniu, pełnieniu kontroli i nadzoru inwestorskiego oraz współpracy ze służbami zamawiającego w zakresie sprawozdawczości.

Za drogę lub ulicę Zamawiający uzna drogę lub ulicę w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2016 r., poz. 1440 ze zm.).

Za obiekt mostowy Zamawiający uzna obiekt mostowy w rozumieniu rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. z 2000 nr 63, poz. 735 ze zm.).

Jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) lub zakończenia realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru jeżeli zakończenie realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru nastąpiło wcześniej niż wystawienie Świadectwa Przejęcia (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).

Wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku w walutach innych niż wskazane przez Zamawiającego należy przeliczyć wg średniego kursu NBP na dzień wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC) lub na dzień podpisania Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) lub na dzień zakończenia realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru.

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, spełnianie warunków, o których mowa powyżej Wykonawcy wykazują łącznie. Zamawiający nie określa szczególnego sposobu spełniania warunków przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

b) osób:

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 stanowiące Personal kluczowy, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące

wymagania:

1) osoba proponowana do pełnienia funkcji Inżynier Kontraktu:

wymagana liczba osób: 1

Doświadczenie zawodowe:

A)

1. Minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę, przebudowę lub remont lub nadzór nad budową, przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z poniższą definicją) o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach:

Inżyniera Kontraktu

lub

Dyrektora Kontraktu

lub

Inżyniera Rezydenta

lub

Zastępcy Dyrektora Kontraktu

lub

Zastępcy Inżyniera Kontraktu/Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera.

2. Minimum 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku/ stanowiskach samodzielnych lub kierowniczych przy realizacji zadań obejmujących roboty budowlane w ramach inwestycji polegających na budowie, przebudowie lub remoncie Obiektu Budowlanego (zgodnie z poniższą definicją).

albo

B)

1. Minimum 60 miesięcy doświadczenia przy zarządzaniu, z ramienia Inwestora, realizacją 1 lub 2 lub 3 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowa o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach:

Dyrektora jednostki organizacyjnej Inwestora

lub

Dyrektora lub Zastępcy Dyrektora pionu do spraw realizacji inwestycji,

lub

Naczelnika lub osoby kierującej Wydziałem/Zespołem do spraw realizacji inwestycji,
lub

Kierownika Projektu

Obiekt Budowlany - należy przez to rozumieć budynek, budowlę, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych:

- przy czym przez budynek należy przez to rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach;
- budowlę należy przez to rozumieć każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem jak: obiekty liniowe, lotniska, mosty, wiadukty, estakady, tunele, sieci techniczne, budowle ziemne, obronne, ochronne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów, stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, budowle sportowe, elektrownie; obiekt liniowy - należy przez to rozumieć obiekt budowlany, którego charakterystycznym parametrem jest długość, w szczególności droga wraz ze zjazdami, linia kolejowa, wodociąg, kanał, gazociąg, ciepłociąg, rurociąg, linia i trakcja elektroenergetyczna, linia kablowa nadziemna i umieszczona bezpośrednio w ziemi, podziemna, wał przeciwpowodziowy oraz kanalizacja kablowa.

6) osoba proponowana do pełnienia funkcji Specjalista ds. roszczeń:

wymagana liczba osób: od 1 do 2

Zamawiający dopuszcza pełnienie funkcji Specjalisty ds. roszczeń na więcej niż jednym odcinku robót/Kontrakcie przez tą samą osobę.

Doświadczenie zawodowe:

A) Minimum 24 miesiące doświadczenia zdobytego w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert lub 10 lat przed upływem terminu złożenia wniosku o zaakceptowanie proponowanej osoby do pełnienia funkcji Specjalisty ds. roszczeń przy

realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont lub nadzór nad budową lub przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z poniższą definicją) o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto każde, na stanowisku/stanowiskach:

stanowisku ds. roszczeń

lub

Inżyniera Kontraktu

lub

Inżyniera Rezydenta

lub

Zastępcy Inżyniera Kontraktu/Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do Zamawiającego

oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera

albo

B) Minimum 60 miesięcy doświadczenia, zdobytego w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert lub 10 lat przed upływem terminu złożenia wniosku o zaakceptowanie proponowanej osoby do pełnienia funkcji Specjalisty ds. roszczeń przy zarządzaniu, z ramienia Inwestora, realizacją 1 lub 2 lub 3 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowa o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach:

Dyrektora jednostki organizacyjnej Inwestora

lub

Dyrektora lub Zastępcy Dyrektora pionu do spraw realizacji inwestycji,

lub

Naczelnika lub osoby kierującej Wydziałem/Zespołem do spraw realizacji inwestycji,

lub

Kierownika Projektu

lub

Specjalisty do spraw analizy roszczeń

Obiekt Budowlany - należy przez to rozumieć budynek, budowlę, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych:

- przy czym przez budynek należy przez to rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz

posiada fundamenty i dach;

- budowlę należy przez to rozumieć każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem jak:

obiekty liniowe, lotniska, mosty, wiadukty, estakady, tunele, sieci techniczne, budowle

ziemne, obronne, ochronne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów,

stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, budowle sportowe, elektrownie; obiekt liniowy

- należy przez to rozumieć obiekt budowlany, którego charakterystycznym parametrem jest długość, w szczególności droga wraz ze zjazdami, linia kolejowa, wodociąg, kanał, gazociąg, ciepłociąg, rurociąg, linia i trakcja elektroenergetyczna, linia kablowa nadziemna i umieszczona bezpośrednio w ziemi, podziemna, wał przeciwpowodziowy oraz kanalizacja

kablowa.

9. OŚWIADCZENIA I DOKUMENTY, JAKIE ZOBOWIĄZANI SĄ DOSTARCZYĆ

WYKONAWCY W CELU WYKAZANIA BRAKU PODSTAW WYKLUCZENIA ORAZ POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

9.1. D o oferty Wykonawca zobowiązany jest dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie, że Wykonawca:

- a) nie podlega wykluczeniu;
- b) spełnia warunki udziału w postępowaniu.

9.6. Zamawiający, zgodnie z art. 24 aa ustawy Pzp, przewiduje możliwość w pierwszej kolejności dokonania oceny ofert, a następnie zbadania czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

9.7. Na wezwanie zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest do złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów:

1) W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału

w postępowaniu:

d) wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług i kontrolę jakości wraz z informacjami

na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do

wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

14. OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERT

14.1. Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę.

14.2. Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych, zgodnie z pkt 5 IDW.

14.3. Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych, zgodnie z pkt 5 IDW.

14.4. Oferta musi być zabezpieczona wadium.

14.5. Ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz niżej wymienione wypełnione dokumenty:

- 1) Formularze Cenowe oraz Zbiorczy Formularz Cenowy (Tom IV SIWZ);
- 2) Formularz 2.1. Formularz „Kryteria Pozacenowe”.

Niezłożenie Formularza „Kryteria Pozacenowe” nie będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

19. KRYTERIA WYBORU I SPOSÓB OCENY OFERT ORAZ UDZIELENIE ZAMÓWIENIA

19.1. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie następujące kryteria oceny ofert:

Cena - 60% = 60 pkt

Jakość - 22% = 22 pkt

Doświadczenie personelu Wykonawcy - 18% = 18 pkt

19.1.3.2. Opis podkryteriów i sposobu przyznawania punktów:

1) Podkryterium 2.1. Inżynier Kontraktu- max. ilość punktów - 3.

Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont lub nadzór nad budową, przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 7.2.3)b) ppkt 1) IDW - Tom I SIWZ) o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (zgodnie z definicją wskazaną w pkt

19.1.3.3. IDW - Tom I SIWZ) na stanowisku/stanowiskach: Inżyniera Kontraktu lub Dyrektora Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Dyrektora Kontraktu lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu/Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera.

- Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma
- 1 punkt.
- Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 3 punkty.
- Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.
- Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.

5) Podkryterium 2.5. Specjalista ds. roszczeń - max. ilość punktów - 3.

Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub remont lub nadzór nad budową lub przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 7.2.3)b) ppkt 6) IDW - Tom I SIWZ) o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 19.1.3.3. IDW - Tom I SIWZ) na stanowisku/stanowiskach: stanowisku ds. roszczeń lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu/Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera.

W przypadku, gdy Wykonawca zaproponuje do pełnienia funkcji Specjalisty ds. roszczeń 1 osobę:

- Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 1 punkt.
- Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 3 punkty.
- Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.
- Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.

W przypadku, gdy Wykonawca zaproponuje do pełnienia funkcji Specjalisty ds. roszczeń 2 osoby:

- Za wykazanie po 1 zadaniu dla Specjalisty ds. roszczeń nr 1 oraz Specjalisty ds. roszczeń nr 2 potwierdzającym powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 1 punkt.
- Za wykazanie 2 lub więcej zadań dla Specjalisty ds. roszczeń nr 1 oraz Specjalisty ds. roszczeń nr 2 potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 3 punkty.
- Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.
- Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył w ramach przedmiotowego postępowania ofertę z ceną ofertową wynoszącą 17.950.000,00 zł.

Izba ustaliła również, że Odwołujący w ramach postępowania wskazał kadrę dedykowaną do realizacji przedmiotu zamówienia, w tym podlegającą pod kątem doświadczenia w ramach kryteriów oceny ofert, na dwóch załącznika do oferty oznaczonych numerami 2.1. oraz 3.3.

Zamawiający pismem z dnia 14 lutego 2018 r. poinformował wykonawców o dokonanych w postępowaniu czynnościach, w tym m.in. o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Wskazał, że działając na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r, poz. 1579), Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie poinformował, iż w niniejszym postępowaniu wykluczono Wykonawców, którzy złożyli:

- 1) Ofertę nr 1, tj. Konsorcjum firm: Transprojekt Gdański Sp. z o.o. i Promost Sp. z o.o.;
- 2) Ofertę nr 2, tj. Multiconsult Polska Sp. z o.o.;
- 3) Ofertę nr 9, tj. TPF Sp. z o.o.

Uzasadnienie prawne

Zamawiający wskazał, że wskazani wyżej Wykonawcy zostali wykluczeni na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne

Cześć ogólna uzasadnienia się do trzech wspomnianych wyżej Wykonawców oraz prezentująca związane zapisy SIWZ:

Jednym z ustanowionych w niniejszym postępowaniu pozacenowych kryteriów oceny ofert jest kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta”, któremu Zamawiający przypisał wagę 18%. W ramach niniejszego kryterium Wykonawca może otrzymać maksymalnie 18 pkt. Kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” zostało podzielone na sześć podkryteriów, tj. Podkryterium 2.1. Inżynier Kontraktu, Podkryterium 2.2. Inżynier Rezydent, Podkryterium

2.3. Główny Inspektor Nadzoru specjalności Inżynieryjnej drogowej, Podkryterium 2.4. Specjalista ds. rozliczeń i Podkryterium Specjalista ds. roszczeń, Podkryterium 2.6. Główny Technolog.

Celem postawionego kryterium jest premiowanie Wykonawców, którzy wykażą się doświadczeniem kluczowego personelu zdobytym przy realizacji zadań w okresie od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 19.1.3.3 1 IDW - Tom I SIWZ, gdzie jako wykonanie zadania należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadectwa Przejęcia (dla zadań realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zadań, dla których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia)), Zamawiający zastrzegł, iż w ramach kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” punkty zostaną przyznane, na podstawie Oferty Wykonawcy Formularz „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2.1),

W punkcie 7.2.3) b) Instrukcji dla Wykonawców (dalej jako „IDW”) Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej osób stanowiących Personel kluczowy, wyznaczonych do pełnienia funkcji, tu m.in. Inżyniera Kontraktu, Inżyniera Rezydenta Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej drogowej, Specjalisty ds. rozliczeń, Specjalisty ds. roszczeń oraz Głównego Technologa. W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę ww. warunku Wykonawca wraz z ofertą winien był złożyć „Wykaz osób”, o którym mowa w pkt 9.7.1) d) IDW, w zakresie niezbędnym do oceny oferty na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert.

W ocenie Zamawiającego nie ulega wątpliwości, iż informacje przedstawiane przez Wykonawców w powyższych dokumentach, tj. w Formularzu „Kryteria pozacenowe” oraz w

„Wykazie osób” mogą w sposób istotny wpłynąć na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, zarówno w zakresie przyznawania dodatkowych punktów-w ramach kryterium oceny ofert jak i w zakresie weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazał, że mając na względzie wagę jaką przypisał kryterium „Doświadczenie personelu (bo aż 18%), z ostrożności oraz doświadczenia zdobytego w ramach prowadzonych postępowań, zweryfikował wiarygodność oświadczeń Wykonawców złożonych w Formularzu „Kryteria pozacenowe” oraz w „Wykazie osób” pod kątem ich prawdziwości. Weryfikacja polegała na skierowaniu do Inwestorów i/lub pracodawców próśb o potwierdzenie wykazanego doświadczenia osób.

W wyniku przeprowadzonej weryfikacji stwierdzono, że Wykonawcy: Konsorcjum: Transprojekt Gdański i Promost, Multiconsult oraz TPF w Formularzu „Kryteria pozacenowe” i/lub w „Wykazie osób” przedstawili nieprawdziwe informacje (informacje wprowadzające

Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej KIO z dnia 18 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO 576/17), w którym Izba stwierdziła, że „(...) przez przedstawienie

nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) należy rozumieć m.in.

złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy. Po drugie wprowadzenie zamawiającego w błąd winno być wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy. Ich skutkiem zaś winno być pozostawienie podmiot zamawiający w błędnym przekonaniu, co do rzeczywistego stanu rzeczy. Jednocześnie takie błędne przekonanie, choćby potencjalnie, powinno mieć przełożenie na przebieg postępowania (...).”.

Ponadto Zamawiający wskazał, że w wyroku KIO z dnia 26 czerwca 2017 r. (sygn. akt: KIO 1072/17, KIO 1076/17, KIO 1078/17, KIO 1090/17) czytamy: „Wykonawca wskazał w pierwotnym wykazie osób personel, który rzekomo posiadał doświadczenie zdobyte przy inwestycjach realizowanych na rzecz Zamawiającego. Nie można pominąć faktu, że personel na którego doświadczenie powoływał się Wykonawca był personelem własnym jednego z konsorcjantów. W związku z tym, iż ww. osoby od wielu lat ściśle współpracują z konsorcjantem (na podstawie umowy o pracę) wątpliwym wydaje się przyjęcie, iż nie posiadał on szczególnej wiedzy na temat zakresu i stopnia zaangażowania poszczególnych osób w realizowane zamówienia. (...) dyspozycja 24 ust. 1 pkt 17 ustawy znajduje zastosowanie nie tylko w sytuacji skutecznego wprowadzenia w błąd zamawiającego, ale także wówczas, gdy czynność wykonawcy może wywołać taki skutek”.

Wskazany powyżej wyrok, w ocenie Zamawiającego, potwierdza, że wykonawcy powinni bardzo skrupulatnie weryfikować personel, którym dysponują, wskazywany w ofertach, który w następstwie zostanie skierowany do realizacji zamówienia. Weryfikacji powinno podlegać zarówno doświadczenie pracowników własnych, jak i podwykonawców, podmiotów trzecich, w tym doświadczenie zdobyte u wcześniejszych pracodawców. Brak wiedzy o szczegółach zdobytego przez personel wskazany w ofercie doświadczenia nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za wprowadzenie zamawiającego w błąd, jeśli wykonawca z łatwością mógł i co najważniejsze - powinien sprawdzić prawdziwość składanych oświadczeń.

Ponad wszelką wątpliwość wszyscy uczestnicy postępowania przetargowego mają obowiązek podawania informacji prawdziwych, co oznacza, iż Wykonawcy jako profesjonaliści działający na rynku, składając oświadczenia winni byli dochować należytej staranności przy wypełnianiu wskazanych wyżej dokumentów. Tożsamy pogląd wyraziła KIO w wyroku z 12 maja 2017 r. (sygn. akt KIO 782/17): „Ponieważ do czynności zamawiającego i wykonawców podjętych w postępowaniu stosuje się z mocy art. 14 pzp przepisy Kodeksu cywilnego, zachowanie wykonawcy polegające na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego i mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego należy oceniać cywilistycznie, czyli pod kątem dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia”.

W niniejszej sprawie można domniemać, iż Wykonawcy Konsorcjum: Transprojekt Gdański i

Promost, Multiconsult oraz TPF nie dołożyli należytej staranności, co oznacza, że w tym przypadku mamy do czynienia z niedbalstwem, tj. nieumyślnym stopniem winy. „Należy zaznaczyć, że dla oceny kiedy mamy do czynienia z winą w postaci niedbalstwa, decydujące znaczenie ma miernik staranności, jaki przyjmuje się za wzór prawidłowego działania”. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2003 r. (sygn. akt V CK 311/02) wyrażone zostało stanowisko, wedle którego „Wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny. Jego zastosowanie w praktyce polega najpierw na dokonaniu wyboru modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego j aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania się dłużnika z takim wzorcem postępowania. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można osobie zobowiązanej postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje nie tylko niezgodność jego postępowania z modelem, lecz także uwarunkowana doświadczeniem życiowym możliwość i powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Miernik postępowania dłużnika, którego istota tkwi w zaniechaniu dołożenia staranności, nie może być formułowany na poziomie obowiązków nie dających się wygegzekować, oderwanych od doświadczeń i konkretnych okoliczności”. Podobnie w wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 6 października 2016 r. (sygn. akt I ACa 246/16) „Wzorzec należytej staranności ujęto w art. 355 § 2 k.c. oznacza, że staranność wymagana w stosunkach danego rodzaju będzie musiała być uwzględniana w odniesieniu do wiedzy, doświadczenia i umiejętności praktycznych, jakie wymagane są od przedsiębiorcy podejmującego się określonej działalności. Wysoki stopień staranności wymaganej od dłużnika wynika bezpośrednio z faktu, że oczekiwania osoby zawierającej z nim umowę zazwyczaj są wyższe niż w stosunku do osoby, która nie prowadzi danej działalności zawodowo. Ustawodawca zakłada więc, że osoba ta nie tylko ma większą wiedzę i doświadczenie niż osoba nieprowadząca takiej działalności, ale jest od niej rzetelniejsza i ma większą zdolność przewidywania”.

Mając na względzie wyżej przytoczone wyroki należy stwierdzić, iż przedstawienie w ofercie nieprawdziwych informacji przez Wykonawców Konsorcjum: Transprojekt Gdański i Promost, Multiconsult oraz TPF jest działaniem co najmniej nieumyślnym. A to właśnie wykazanie działania nieumyślnego wypełnia sytuację objętą dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zamawiający, na poparcie słuszności swoich działań (wykluczenia Wykonawców na mocy art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp) przedstawia najnowsze, bogate w tej materii orzecznictwo KIO:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2017 r. (sygn. akt KIO 859/17, KIO 867/17, KIO 894/17): „Bez wątpliwości uznać należy, iż Informację związane z doświadczeniem osoby wskazanej kierownika budowy mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, uznane zostały, za wprowadzające Zamawiającego błąd W wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2017 r. (sygn. akt 734/17) „Odwołujący podnosił, że nie można w niniejszej sprawie przypisać Odwołującemu ani winy umyślnej, ani nieumyślnej, gdyż przypisanie p. M.S funkcji kierownika budowy na zadaniu "Modernizacja ul. Powstańców Śląskich i ul. Karkonoskiej nie było świadomym działaniem Odwołującego, skierowanym na wywołanie u Zamawiającego błędnego przekonania, że pełnił on funkcję kierownika budowy na ww. zadaniu. Izba nie podzieliła powyższego stanowiska, bo jeśli nawet uznać, że nie było zamiarem

Odwołującego wprowadzenie Zamawiającego w błąd, to fakt wprowadzenia w błąd nastąpił, i to w wyniku działania Odwołującego. Działanie to należy oceniać w kategoriach zachowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy - profesjonalisty. Me sposób przyjąć, że wykonawca działał w powyższym zakresie z należytą starannością, skoro nie miał pewności co do spełniania warunku udziału w postępowaniu i nie potrafił danych okoliczności wykazać, uwzględniając zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, W świetle powyższego należało uznać, że złożenie przez Odwołującego w JEDZ nieprawdziwej informacji co do doświadczenia p, MS, w charakterze kierownika budowy stanowi wyraz co najmniej niedbalstwa ze strony wykonawcy, Wprowadzenie w błąd nie musi mieć charakteru umyślnego działania ze strony wykonawcy. Powyższa interpretacja przesłanek wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP nie jest sprzeczna z art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych uchylającej dyrektywę 2004/18/WE”.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2017 r. (sygn. akt KIO 734/17) „Zgodnie Z art. 24 ust. pkt 17 Pzp, wykluczenie wykonawcy z postępowania oparciu o ten przepis

- 1) przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających zamawiającego w błąd,
- 2) informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 3) przedstawienie tych informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa

wykonawcy".

Reasumując, Zamawiający wykazał łączne wystąpienie trzech przesłanek, o których mowa w ostatnim z przytoczonych wyroków Krajowej Izby Odwoławczej. Wobec czego zasadnym jest wykluczenie Wykonawców Konsorcjum: Transprojekt Gdański i Promost, Multiconsult oraz TPF na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Część szczegółowa uzasadnienia wykluczenia wykonawców z postępowania - informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ. decyzje podejmowane przez Zamawiającego W postępowaniu o udzielenie zamówienia :

I. Wykonawca Konsorcjum firm: Transprojekt Gdański Sp. z o.o. i Promost Sp. z o.o.: Wykonawca wraz z ofertą przedłożył na stronach 41 - 52 Formularz „Kryteria pozacenowe” oraz „Wykaz osób”.

1) W Formularzu „Kryteria pozacenowe” oraz w „Wykazie osób” do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu został wyznaczony p. A. P.

Zamawiający przedstawił tabelarycznie zestawienie z przeprowadzonej weryfikacji: Wykonawca wskazał w ofercie w ramach oświadczenia w kolumnie 7 i 8 Okres doświadczenia na zajmowanym stanowisku (od-do):

od 08.2008 do 03.2010, zaś Zamawiający ustalił, że okres sprawowanej funkcji to 08.2008 - 12.11.2009 a wykonanie zadania (wystawienie Świadectwa Płatności) nastąpiło 26.10.2010 r. W ramach wniosków Zamawiający podniósł, że z powyższego zestawienia wynika, że p. A. P. nie pełnił wskazanej funkcji do wykonania zadania, tj. do wystawienia Świadectwa Płatności.

2) W Formularzu „Kryteria pozacenowe” oraz w „Wykazie osób” do pełnienia funkcji Specjalisty ds. roszczeń nr 1 i 2 został wyznaczony p. W. K.

Zamawiający przedstawił tabelarycznie zestawienie z przeprowadzonej weryfikacji: Wykonawca wskazał w ofercie w ramach oświadczenia w kolumnie 7 i 8 Okres doświadczenia na zajmowanym stanowisku (od-do):

- dla pierwszego zadania: od 03.2010 do 09.2011;
- dla drugiego zadania: od 09.2008 do 02.2010;

zaś Zamawiający ustalił, że:

- dla pierwszego zadania: wykonanie zadania (wystawienie Świadectwa Płatności) nastąpiło 11.08.2012 r.
- dla drugiego zadania: wykonanie zadania (wystawienie Świadectwa Płatności) nastąpiło: 20.11.2010 r.

W ramach wniosków Zamawiający podniósł, że z powyższego zestawienia wynika, że p. W.

K.:

- odnośnie zadania nr 1 nie pełnił wskazanej funkcji do wykonania zadania, tj. do wystawienia Świadectwa Płatności;
- odnośnie zadania nr 2 nie pełnił wskazanej funkcji do wykonania zadania, tj. do wystawienia Świadectwa Płatności.

Zamawiający podniósł, że mając na względzie powyższe fakty i ustalenia, Zamawiający postanawia jak na wstępie, wyklucza z przedmiotowego postępowania Wykonawców Konsorcjum: Transprojekt Gdański i Promost, Multiconsult oraz TPF na mocy art. 24 ust. 1

pkt 17 ustawy Pzp.

Jednocześnie Zamawiający poinformował, iż zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 26.02.2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie, mając na uwadze charakter sporu pomiędzy Stronami postępowania, odnoszący się do kwestii prawnych Izba pragnie wskazać kilka argumentów natury ogólnej.

Ostatnia nowelizacja ustawy Pzp wprowadzona w związku z wejściem w życie z dniem

28.07.2016 r. nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) implementującej dyrektywy 2014/24/UE oraz 2014/25/UE doprowadziła do przemodelowania procesu ubiegania się o zamówienie publiczne, w szczególności w obszarze komunikacji oraz form i zakresu dokumentów składanych przez wykonawców w postępowaniu.

Prawodawca Unijny, a za nim ustawodawca krajowy dokonał zmiany sposobu prezentowania informacji w postępowaniu skupiając się na konieczności składania przez wykonawców własnych oświadczeń wiedzy celem wykazania okoliczności mających znaczenie dla procesu ubiegania się o zamówienie publiczne (odnoszących się do przesłanek wykluczenia, warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert, czy też elementów związanych z przedmiotem zamówienia).

Za najbardziej odformalizowany przykład takiej procedury należy uznać regulację art. 24aa ustawy Pzp, gdzie w ramach tzw. „procedury odwróconej” podmiot zamawiający swoje decyzje opiera na oświadczeniach własnych podmiotu dodatkowo z możliwością ograniczenia się do badania tylko oferty uznanej za najkorzystniejszą. Co istotne możliwość jej zastosowania została przewidziana przez Zamawiającego w pkt 9.6 na str. 15 SIWZ. Mając na uwadze powyższe, w tak prowadzonej procedurze, Zamawiający, co do zasady decyzje opiera głównie na oświadczeniach własnych wykonawców, zaś kwalifikację podmiotową wykonawców ogranicza jedynie do oferty uznanej za najkorzystniejszą.

Jednym z elementów procesu prowadzącego do zmian w obszarze prezentacji informacji w postępowaniu jest wprowadzenie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ). W art. 59 dyrektywy 2014/24/UE zostało podniesione, iż jednolity europejski dokument zamówienia jest dokumentem przedstawianym wyłącznie elektronicznie, obejmującym zaktualizowane ustandaryzowane i formalne oświadczenie własne wykonawcy, które stanowi dowód wstępny zastępujący zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub podmioty trzecie wobec wykonawcy na potwierdzenie, że dany wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 57 dyrektywy, spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w art. 58 dyrektywy w zakresie kompetencji do prowadzenia działalności zawodowej, sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności technicznej i zawodowej, jak również potwierdzającym w postępowaniach dwuetapowych, że wykonawca spełnia obiektywne zasady i warunki, na których opiera się prekwalifikacja.

Mając na względzie zawarte w załączniku nr 1 zatytułowanym „instrukcje” do

Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia stwierdzenie, że oświadczenie to będzie stanowiło dowód wstępny zastępujący zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie, oświadczenie ujęte w tym standardowym formularzu należy zakwalifikować jako klasyczne oświadczenie wiedzy wykonawcy mogące być przedmiotem oceny pod względem jego prawdziwości - a więc zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.

Tym samym poświadczenie nieprawdy na skutek złożenia nieodpowiadających rzeczywistości oświadczeń częściowych ujętych w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia lub w innych dokumentach (powiązanych de facto formularzem JEDZ) będzie stanowiło podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Powyższe konsekwencje zostały również wskazane przez ustawodawcę unijnego we wspomnianym załączniku do rozporządzenia wprowadzającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. W powyższym załączniku wskazano wprost, iż „Wykonawcy mogą zostać wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia lub podlegać odpowiedzialności karnej na mocy prawa krajowego w przypadkach poważnego wprowadzenia w błąd (podkreślenie lzby) przy wypełnianiu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia lub, ogólnie, przy przedstawianiu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub spełnienia kryteriów kwalifikacji, bądź też w przypadku odmowy przedstawienia takich informacji lub gdy wykonawcy nie są w stanie przedłożyć dokumentów potwierdzających”. Analizując powyższe wytyczne wskazać należy, iż nie każde wprowadzenie w błąd będzie stanowiło podstawę wykluczenia wykonawcy, gdyż ustawodawca unijny wprowadził mechanizm wartościujący przy ocenie działań wykonawcy, co wymusi wypracowanie odpowiednich dyrektyw przy każdorazowej ocenie występujących stanów faktycznych na poziomie krajowym przez organy uprawnione do rozpoznawania środków ochrony prawnej, zaś na poziomie wspólnotowym przez Trybunał Sprawiedliwości UE. Na skutek tych regulacji ustawodawca krajowy wprowadził dwie odrębne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku przedstawienia informacji wprowadzających w błąd (art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp).

Powyższe zmiany oraz rozwiązania winny skutkować odmiennym podejściem do rzetelności prezentowanych przez wykonawców informacji. Stąd też innego znaczenia nabierają składane przez wykonawców w procesie ubiegania się o zamówienie publiczne oświadczenia wiedzy i kwestia ich prawdziwości. Wskazane wyżej skutki odnoszą się, nie tylko do kwestii związanych warunkami udziału w postępowaniu, czy brakiem przesłanek do wykluczenia, ale do wszelkich informacji decydujących o udziale wykonawcy w postępowaniu, jego miejscu w rankingu ofert, czy też w konsekwencji możliwości uzyskania przez niego zamówienia.

Lzba wskazuje, mając na uwadze tezy i stanowisko prezentowane na rozprawie przez Strony i uczestnika postępowania, że co do zasady brak było sporu co do rzetelności informacji prezentowanych przez Odwołującego w załącznikach do oferty w zakresie terminów pełnienia funkcji przez inżyniera kontraktu oraz specjalistę ds. rozszczeń. Odwołujący wskazał i potwierdził niezgodność tych informacji z faktami prezentując jednocześnie stanowisko, że z faktu, że ich prezentacja była wynikiem niezamierzonej omyłki nie są one nieprawdziwe. Odwołujący kwalifikację tych niezgodności upatrywał, jak zdaje się sugerować jego argumentacja, w źródle ich powstania. Otóż w ocenie lzby nie sposób zgodzić się z takim stanowiskiem. Kwestia niegodności informacji z rzeczywistością, stanowiąca rozróżnienie „prawda” czy „fałsz”, nie jest zależna od intencji, czy też źródła lecz stanowi wartość bezwzględną nie podlegającą ocenie. Kwestia intencji, zamiaru jest natomiast badana w prawie karnym kontekście winy, zaś w ramach systemu zamówień publicznych oceniana jest waga naruszenia, choćby w ramach procedury określonej w art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp (self cleaning). Jednakże aby możliwe było zastosowanie tej ostatniej procedury nie może pomiędzy wykonawcą a podmiotem zamawiającym istnieć spór, co do wypełnienia się hipotezy z art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14, ust. 2 pkt 16 do 20 oraz ust. 5 tego artykułu. Tym samym kwestia rozróżnienia, czy wprowadzenie w błąd było skutkiem lekkomyślności, niedbalstwa czy wreszcie zamierzonego działania mogłoby mieć znaczenie we wskazanej wyżej procedurze „samooczyszczenia” wykonawcy.

Precyzyjniejszego wyjaśnienia w zakresie, co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, dokonała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia z dnia 12 sierpnia 2011 r. KIO 1633/11, w którym stwierdzono: „Wobec braku definicji legalnej w ustawie - Prawo zamówień publicznych pojęcia „nieprawdziwe informacje”, użytego w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołano się - odpowiednio - do wytycznych dotyczących rozumienia tej kategorii zawartych w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99 (OSNC 2003/3 poz. 42). W tym wyroku Sąd Najwyższy, stwierdził (za sądem apelacyjnym), iż pojęcie „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312).

Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Powyższe rozumienie pojęcia „nieprawdziwych” informacji nawiązuje do obiektywnej niezgodności treści podawanych oświadczeń z rzeczywistością. Podkreślenia przy tym wymaga, że informacje podawane w postępowaniu o zamówienie są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, zatem ich podanie winno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców. Jak wskazuje się w orzecznictwie, należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności. Powyższe rozważania można bez przeszkód przenieść na grunt obecnej regulacji art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, z tą różnicą, że obecnie naruszenie to przybrało wymiar ściśle skutkowy, co nie zmienia faktu, że nadal hipotezą obu regulacji jest objęta kwestia prezentacji przez wykonawcę informacji niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy.

Powyższe pozwala na przyjęcie, że dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp, wystarczające jest to, by podanie obiektywnie niezgodnych ze stanem rzeczywistym informacji (a więc informacji nieprawdziwych) wynikało z niedbalstwa wykonawcy. W praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż wymaga dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Natomiast wykonawca z łatwością może uwolnić się od odpowiedzialności oświadczając, że nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd, a podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem omyłki lub też niesprawdzenia informacji uzyskanej od kogoś innego.

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

Tym samym także na gruncie Dyrektywy 2014/24/UE miarodajna dla oceny zaistnienia przesłanki nieprawdziwych informacji jest zarówno wina umyślna jak i niedbalstwo, w szczególności rażące niedbalstwo.

Izba uznała również, w kontekście całości stanowiska Odwołującego, za przyznanie przez tego ostatniego prawidłowości dokonanego samoistnie przez Zamawiającego ustalenia w zakresie faktycznych okresów pełnienia przez Inżyniera kontraktu oraz specjalistę ds.

roszczeń funkcji na wskazanych inwestycjach, w tym dat wystawienia świadectw przejęcia. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów podważających te ustalenia. Oznacza to, że została wypełniona pierwsza część hipotezy normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Należy w tym miejscu wskazać, iż już sama kwalifikacja prawna dokonanej przez Zamawiającego czynności pozwala na przyjęcie, iż ten ostatni założył wystąpienie wypadku mniejszej wagi, a więc jedynie przedstawienie informacji nieprawdziwych w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, w przeciwieństwie do celowego działania, jakie ustawodawca ujął w treści art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Kolejnym argumentem przemawiającym za oddaleniem rozpoznawanego odwołania była kwestia związana z brakiem przedstawienia przez Odwołującego racjonalnego powodu powstania wskazanej omyłki. W ocenie Izby nie mogło bowiem dojść do „omyłkowego” przekopiowania danych pomiędzy formularzami stanowiącymi załączniki do SIWZ - IDW, tj. formularzem 2.1. zatytułowanym „Kryteria pozacenowe” oraz formularzem 3.3. zatytułowanym „Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia

publicznego w zakresie niezbędnym do oceny oferty na podstawie ustalonych kryteriów

oceny ofert”. W pierwszym formularzu nr 2.1. dane te były prezentowane słownie [(...)

przedstawiam informacje i oświadczam, że osoba posiada doświadczenie przy realizacji wskazanego zadania/zadań od rozpoczęcia do wykonania zadania (.)], zaś w drugim formularzu nr 3.3. prezentowane w postaci dat wyrażonych liczbami obejmujących kolejne miesiące i lata w kolumnach oznaczonych numerami 7 i 8. Jak wynika z analizy tych dokumentów wyjaśnienia Odwołującego nie znalazły odzwierciedlenia w treści tych dokumentów, a zatem Izba nie dała im wiary.

Co do braku możliwości wprowadzenia w błąd Zamawiającego ze względu na znajomość zadań wskazanych w wykazach i możliwość samodzielnego ustalenia i wykrycia rzeczywistych danych Izba wskazuje, że ten argument Odwołującego nie zasługiwał na aprobatę. W ocenie Izby, mając na uwadze rozbudowaną strukturę organizacyjną Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, bez znaczenia pozostaje fakt, czy istniała potencjalna możliwość wprowadzenia w błąd Zamawiającego, czego Odwołujący upatrywał w fakcie dokonania samodzielnych ustaleń w zakresie rzeczywistych danych związanych z prezentowanymi przez Odwołującego osobami i kontraktami. Sama możliwość wykrycia niezgodności prezentowanych informacji z rzeczywistym stanem rzeczy nie może stanowić elementu ekskulpującego, gdyż w takim wypadku czyniłaby ona martwą instytucję ujętą w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Wówczas każdy wykonawca prezentujący nierzetelne informacje zasłaniałby się zarzutem, że istniała możliwość ich weryfikacji. Takie podejście do wskazanej wyżej normy nie wynika ani z jej literalnego brzmienia, ani z wykładni celowościowej tej instytucji. Otóż istotą nieprawdziwych informacji, tj. informacji niezgodnych z faktami jest to, że nie wytrzymują one konfrontacji z istniejącym stanem rzeczy, a więc do ich stwierdzenia i weryfikacji konieczne jest wyjście poza te informacje i samodzielne poszukiwanie faktów, które im przeczą.

Stanowisko, które prezentował Odwołujący, prowadziło w konsekwencji do założenia, że aby mogło dojść do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp podmiot zamawiający powinien w sposób bezrefleksyjny przyjmować wszelkie oświadczenia wiedzy składane przez wykonawców w postępowaniu licząc na aktywność osób trzecich, gdyż jego własna aktywność odbierałaby mu prawo do zastosowania instytucji uregulowanej w tych przepisach, ze względu na brak możliwości uznania, że został wprowadzony w błąd. Warto w tym miejscu przypomnieć, że ciężar prowadzenia postępowania spoczywa na podmiocie zamawiającym, i w ramach tego obowiązku to ten podmiot jest zobligowany do wykluczenia wykonawcy w przypadku zmaterializowania się okoliczności a omawianego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odnosząc się, w kontekście tej tezy Odwołującego do zaprezentowanych przez niego w formularzach 2.1. i 3.3. informacji, ich literalne odczytanie wskazywało, że osoby dedykowane do pełnienia funkcji inżyniera kontraktu i specjalisty ds. roszczeń pełniły swoje funkcje do momenty wystawienia świadectwa przejęcia, co gwarantowało Odwołującemu uzyskanie dodatkowych punktów. Dopiero weryfikacja tych informacji zmieniła ten błędny obraz, gdyż Zamawiający uzyskał informacje, że przyznanie dodatkowych punktów jest niemożliwe, ze względu na niewystarczające okresy pełnienia funkcji przez inżyniera kontraktu i specjalistę ds. roszczeń.

Tym samym Izba uznała, że doszło do wypełnienia kolejnego elementu związanego z

omawianą instytucją, tj. doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, zaś konsekwencją takiego zaprezentowania informacji mogło być przyznanie Odwołującemu punktów i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Ta potencjalna możliwość wypełnia trzeci element hipotezy normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W ocenie Izby w konsekwencji stwierdzone przez Zamawiającego nieścisłości nie mogły być w żadne sposób konwalidowane, w tym w oparciu o treść art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Jak słusznie wskazywał na etapie rozprawy Zamawiający i Przystępujący „Działanie postulowane przez Odwołującego prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców i premiowania wykonawców nierzetelnych. Nie powinien zatem stosować wskazanych przez Odwołującego postanowień SIWZ, gdyż miał bezwzględny obowiązek wykluczenia wykonawcy”.

Izba podzieliła również pogląd Zamawiającego, że zaistniała w niniejszym postępowaniu sytuacja prowadzić będzie niechybnie do konieczności każdorazowego weryfikowania przez Zamawiającego wszystkich informacji prezentowanych przez wykonawców, co godzi w elementarne cele jakie przyświecały wprowadzonym w ramach ostatniej nowelizacji regulacjom, w tym podważa jeden z podstawowych elementów obrotu gospodarczego jakim jest zaufanie do partnera gospodarczego.

Konsekwencją ustalenia, że zaistniała sytuacja wpisuje się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest obowiązek wykluczenia wykonawcy, który takie informacje złożył zamawiającemu. W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż doszło do przedstawienia nieprawdziwych informacji w rozumieniu ww. przepisu, a zatem Zamawiający był zobligowany do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Tym samym doszło również do prawidłowego zastosowania art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, tj. uznania, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

Członkowie: