

Sygn. akt: KIO 2372/18

WYROK
z dnia 3 grudnia 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Członkowie: Magdalena Rams
Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 3 grudnia 2018 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2018 roku przez wykonawcę R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R. S. P.H.U. „Baumark” z siedzibą w Wyszkwowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Bydgoszczy

przy udziale wykonawcy Ayesa Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2372/18 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R. S. P.H.U. „Baumark” z siedzibą w Wyszkwowie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R. S. P.H.U. „Baumark” z

siedzibą w Wyszkanie tytułem wpisu
od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R. S. P.H.U. „Baumark” z siedzibą w Wyszkanie na rzecz Zamawiającego Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Bydgoszczy kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Bydgoszczy - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Rozbudowa estakady i węzła w ciągu drogi krajowej nr 1 (91) w m. Przechowo wraz z odcinkiem drogi od km 139+000 do km 141+100 oraz związanym z drogą przyległym układem komunikacyjnym”*.

16 listopada 2018 roku Odwołujący działając na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na niezgodnej z przepisami ustawy czynności wykluczenia Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu oraz nie poddaniu ocenie oferty Odwołującego w zakresie podkryterium pozacenowego (Podkryterium 2.1) tj. niezgodnie z opisem kryteriów określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie (1) art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy oraz (2) art. 91 ust. 1 ustawy przez nie stosowanie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy, dokonania ponownego badania i oceny oferty w zakresie podkryterium pozacenowego (Podkryterium 2.1), przyznanie Odwołującemu za zadanie (Zadanie 1 i Zadanie 2), które w pełni spełnia wymagania 10 punktów i przyznanie Odwołującemu za zadanie (Zadanie 3), które nie potwierdza w pełni spełniania wymagań opisanych w podkryterium pozacenowym (Podkryterium 2.1) 0 punktów.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza, a Odwołujący odniósłby korzyść w wyniku realizacji zamówienia. Szkodę w tym przypadku należy definiować jako brak możliwości zrealizowania przedmiotowego zamówienia, a tym samym brak możliwości osiągnięcia zysku.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zamawiający pismem przesłanym drogą elektroniczną w dniu 7 listopada 2018 r. poinformował że w przedmiotowym postępowaniu wykluczono Odwołującego zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy (art. 7 i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy) przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na podanie w stosunku do osoby Pana M. S. wskazanego do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu (Koordynatora czynności inspektorów nadzoru inwestorskiego) informacji niepotwierdzających w pełni spełnienia wymagań punktowych w ramach „Kryteria pozacenowe” Podkryterium 2.1. Inżynier Kontraktu (Koordynator czynności inspektorów nadzoru inwestorskiego) na „Zadaniu 3”, podczas gdy zgodnie z postanowieniami zawartymi w SIWZ - Tom I, Instrukcja dla Wykonawców tj. pkt 19.1.3.2 ppkt 1) Zamawiający postanowił, że za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełnienia powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 pkt.

Zamawiający w pkt 19.1.3.2. Instrukcji dla Wykonawców zawarł opis podkryteriów i sposób przyznawania punktów gdzie dla:

Podkryterium 2.1 Inżynier Kontraktu (Koordynator czynności inspektorów nadzoru inwestorskiego) - max. ilość punktów-15

Doświadczenie przy realizacji zadań obejmujących 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)) IDW - Tom I SIWZ) o wartości robót co najmniej 22 000 000,00 PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 19.1.3.3. IDW - Tom I SWIZ) na stanowisku: 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 wykazanie 1 zadania spełniającego powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 pkt,
- za wykazanie 2 zadań spełniających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 10 pkt,
- za wykazanie 3 i więcej zadań spełniających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 15 pkt,
- za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 pkt,
- za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełnienia powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 pkt,

Odwołujący podał, że w Formularzu 2.1 „Kryteria pozacenowe” na stanowisko Inżyniera Kontraktu (Koordynatora czynności Inspektorów nadzoru inwestorskiego) wskazał Pana M.

S. legitymującego się doświadczeniem na zadaniach:

- Zadanie 1: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 637 Warszawa - Węgrów na odcinku od km 24+495 do 35+600" o wartości robót 32 903 281,00 zł netto, które spełniało powyższe wymagania, a za które Odwołujący nie otrzymał punktów,
- Zadanie 2: „Uzbrojenie Przasnyskiej Strefy Gospodarczej - Podstrefa Chorzele 1" o wartości 24 601 799,20 zł netto , które spełniało powyższe wymagania, a za które Odwołujący nie otrzymał punktów,
- Zadanie 3: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 222 i 229 na odcinku od Starogardu Gdańskiego przez Jabłowo do węzła AI" o wartości 28 262 449,10 zł netto, które jak wskazał Odwołujący, w ocenie Zamawiającego wzbudziło jego wątpliwości co do uczestniczenia Pana M. S. na wskazanym zadaniu od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, za które Odwołujący nie otrzymał punktów.

Odwołujący podał, że ukształtowany samodzielnie przez Zamawiającego w SIWZ (Instrukcja dla Wykonawców) sposób punktacji w Podkryterium 2.1. Inżynier Kontraktu (Koordynator czynności Inspektorów nadzoru inwestorskiego) jednoznacznie potwierdza, że Odwołujący w tym podkryterium powinien otrzymać 10 pkt za 2 zadania (Zadanie 1 i Zadanie 2) spełniające wyżej postawione warunki i 0 pkt za (Zadanie 3), zadanie niepotwierdzające w pełni powyższych wymagań.

Odwołujący uzasadniał w odwołaniu, że potwierdza, że składając ofertę dysponował wiedzą, że Pan M. S. uczestniczył we wskazanym „Zadaniu 3" od rozpoczęcia robót do wykonania zadania i nie posiadał wiedzy, że Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku nie potwierdzi informacji, że Pan M. S. uczestniczył na wskazanym zadaniu od rozpoczęcia robót do wykonania zadania. Działanie Odwołującego w dobrej wierze, nie mające w żadnym wypadku na celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd potwierdzić również może fakt, iż Odwołujący mając choćby cień wątpliwości, że Pan M. S. nie uczestniczył na wskazanym „Zadaniu 3" od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, wskazałby w Formularzu 2.1. „Kryteria pozacenowe" inne zadanie potwierdzające doświadczenie Pana M. S. np. zadanie „Rozbudowa centralnej płaszczyzny postoju samolotów (CPPS) wraz z wykonaniem oznakowania pionowego na lotnisku w Powidzu" o wartości robót 59 084 504, 50 zł netto gdzie Pan M. S. pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu / Inspektora Koordynatora / Inspektora robót drogowych od rozpoczęcia robót do zakończenia zadania. Przykładowe zadanie realizowane było od 02.09.2014 r. do 30.09.2017 dla Skarb Państwa - 17 Terenowy Oddział Lotniskowy w Gdańsku o czym Odwołujący PHU BAUMARK poinformował Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe w ocenie Odwołującego brak jest podstaw do wykluczenia

Odwołującego z prowadzonego postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy, a w konsekwencji właściwe jest unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 listopada 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie odwołanie oddaliła.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Jednoznacznie zostało to wskazane w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 kwietnia 2008 roku sygn. akt V Ca 571/08: *Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą prowadzone jest na podstawie przepisów rozdziału 3 działu VI pzp. Postępowanie dowodowe uregulowane jest w art. 188 pzp. Nakłada on na strony obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (ust.1). Izba może jednak dopuścić dowód nie wskazany przez stronę (ust. 2). Jest to rozwiązanie analogiczne do stosowanego w postępowaniu cywilnym art. 232 kpc, co świadczy o kontradyktoryjnym charakterze postępowania odwoławczego. Oznacza to, że ustawodawca pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalania tzw. prawdy materialnej. Ustawa jednocześnie daje KIO uprawnienie do dopuszczenia dowodu z urzędu. Uprawnienie to nie jest jednak obowiązkiem. Dlatego nieskorzystanie z tego uprawnienia nie może stanowić przedmiotu skargi.*

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej i przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Podkreślenia wymaga, że to po stronie Odwołującego leży ciężar udowodnienia

podnoszonych przez niego okoliczności.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)*

V.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba uwzględniła również stanowisko Zamawiającego zawarte w złożonym piśmie datowanym na 28 listopada 2018 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie”.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone w trakcie rozprawy przez Odwołującego:

- (dowód nr 1) Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 26 marca 2018 roku (11 kart),
- (dowód nr 2) Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 26 marca 2018 roku (13 kart),
- (dowód nr 3) Protokół końcowy odbioru usługi nr 17 z dnia 15 listopada 2017 roku (2 karty),
- (dowód nr 4) Pismo z dnia 7 września 2018 roku z Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku (2 karty),
- (dowód nr 5) wydruk emaili – korespondencja z Zarządem Dróg Wojewódzkich w Gdańsku (8 kart).

VI.

W zakresie zarzutów odwołania:

Izba ustaliła:

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), w punkcie 19 – Kryteria wyboru i sposób oceny ofert oraz udzielenia zamówienia Zamawiający określił kryteria oceny ofert: Cena – 60%, Prowadzenie serwera FTP- 10%, Doświadczenie personelu Konsultanta – 30%.

W kryterium - Doświadczenie personelu Konsultanta – 30% Zamawiający wskazał, że punkty w skali od 1 - 30 zostaną przyznane na podstawie Oferty wykonawcy – Formularza „Kryteria pozacenowe (Formularz 2.1.), zgodnie z opisem podkryteriów i sposobu przyznawania punktów w podkryteriach (punkt 19.1.3.2 SIWZ).

W Podkryterium 2.1. Inżynier Kontraktu (koordynator czynności inspektorów nadzoru inwestorskiego) wykonawca mógł uzyskać max. Ilość punktów-15

Doświadczenie przy realizacji zadań obejmujących 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)I) IDW - Tom I SIWZ) o wartości robót co najmniej 22 000 000,00 PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 19.1.3.3. IDW - Tom I SIWZ) na stanowisku: 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 wykazanie 1 zadania spełniającego powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 pkt,*
- za wykazanie 2 zadań spełniających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 10 pkt,*
- za wykazanie 3 i więcej zadań spełniających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 15 pkt,*
- za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 pkt,*
- za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełnienia powyższych wymagań – wykonawca otrzyma 0 pkt.*

W Formularzu 2.1 – Formularz „Kryteria pozacenowe” złożonym wraz z ofertą Odwołujący dla Podkryterium 2.1 Inżynier Kontraktu (koordynator czynności inspektorów nadzoru inwestorskiego) wskazał Pana M. S. *na potwierdzenie doświadczenia zgodnie z opisem zawartym w pkt 19.1.3.2.1) IDW – Tom I SIWZ przedstawiam informację i oświadczam, że*

osoba posiada doświadczenie przy realizacji wskazanego zadania / zadań od rozpoczęcia do wykonania zadania: Odwołujący wskazał Zadanie nr 3 (zadanie wykazane w celu uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta”) tj.: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 222 i 229 na odcinku od Starogardu Gdańskiego przez Jabłowo do węzła A1” o wartości robót 28 262 449,10 zł netto; Inżynier Kontraktu/ Inspektor Koordynator.

Zamawiający wykluczył Odwołującego pismem z dnia 7 listopada 2018 roku na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy wskazując w tym piśmie między innymi, że *Pan M. S. nie uczestniczył na wskazanym zadaniu od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, zgodnie z warunkiem Podkryterium 2.1, a więc Wykonawca podał w ofercie informacje niezgodną ze stanem faktycznym. Dodatkowo fakt ten potwierdzają otrzymane od wykonawcy –P.H.U. „Baumark” wyjaśnienia z dnia 29.10.2018r. Wykonawca tworząc ofertę nie dołożył należytej staranności, składając informację wprowadzającą w błąd Zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Ponad wszelką wątpliwość wszyscy uczestnicy postępowania przetargowego mają obowiązek podawania informacji prawdziwych, co oznacza, iż wykonawcy jako profesjonaliści działający na rynku składając oświadczenia winni są dochować należytej staranności przy wypełnieniu dokumentów.*

Izba zważyła:

- 1) W zakresie wskazanego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy tj. niezgodnego z ustawą wykluczenia Odwołującego z postępowania – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Na wstępie Izba wskazuje, za ugruntowanym w orzecznictwie stanowiskiem, że dla skutecznego zastosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy niezbędne jest spełnienie kumulatywnie następujący przesłanek, a mianowicie: przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, informacji wprowadzającej w błąd Zamawiającego, informacja ta ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, a przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Wskazane przesłanki muszą być stosowane łącznie, a niewykazanie zaistnienia jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że Zamawiający stosując art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy naruszył przepis ustawy. (podobnie: wyrok KIO 348/17, wyrok KIO 2736/17, wyrok KIO 836/17, wyrok KIO 1058/17, wyrok KIO 1257/17, wyrok KIO 2010/18, wyrok KIO 2039/18). Tym samym, dla skutecznego kwestionowania czynności Zamawiającego wykluczenia

wykonawcy z postępowania na tej właśnie podstawie prawnej niezbędne jest wykazanie przez Odwołującego, że chociaż jedna z przesłanek nie zaistniała.

Przedstawienie przez wykonawcę informacji – która wprowadzają Zamawiającego w błąd – czyli niezgodnej z rzeczywistością stanowi pierwszą z przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Informacja niezgodna z rzeczywistością, informacja nieprawdziwa (informacja wprowadzająca w błąd) to złożone przez wykonawcę oświadczenie wiedzy lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego, którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy (tak też wyrok KIO 576/17).

W odniesieniu do treści przedstawionej Zamawiającemu informacji w orzecznictwie Izby ugruntowane jest stanowisko w zakresie tego co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, niezgodna z rzeczywistością (porównaj wyrok KIO 1633/11). Dla oceny czy mamy do czynienia z informacją niezgodną z rzeczywistością, która to, jak przed nowelizacją ustawy z 22 czerwca 2016 roku, „informacja nieprawdziwa” (w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy sprzed nowelizacji) nie ma definicji legalnej zawartej w ustawie pomocne jest orzecznictwo sądowe. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99 (za sądem apelacyjnym), czytamy, że 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. Zaznaczenia wymaga, że podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością odpowiada podaniu informacji nieprawdziwych, chodzi tym samym o obiektywną niezgodność treści podanego oświadczenia z rzeczywistością.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że zgodnie z normą art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy ustawodawca, odmiennie jak w przypadku regulacji z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy, nakazuje sankcjonowanie przedstawienia Zamawiającemu informacji wprowadzającej w błąd. W oparciu o punkt 16 ww. przepisu ustawy ustawodawca wymaga, aby Zamawiający został wprowadzony w błąd, czyli działanie wykonawcy musi wywołać u Zamawiającego mylne wyobrażenie o faktach dotyczących kwestii podlegania wykluczeniu wykonawcy, spełnienia warunków udziału lub kryteriów selekcji. Natomiast w przypadku przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, która to przesłanka jest ukształtowana w odmienny sposób od tej z punktu 16, ponieważ dla jej zaistnienia wystarczające jest samo przedstawienie informacji

„wprowadzających w błąd” Zamawiającego. Skutkuje to tym, że po stronie Zamawiającego w wyniku przedstawienia tych informacji nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach, na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji, wystarczającym jest bowiem, że takie wyobrażenie mogło powstać. Istotna w przypadku tej przesłanki jest sama treść przedstawionej Zamawiającemu informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości Zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło (podobnie: wyrok KIO 2007/17, KIO 2014/17 oraz KIO 185/18).

Mając na uwadze powyżej przedstawioną argumentację prawną Izba stwierdziła, że przedstawiona przez Odwołującego w Formularzu 2.1 – Formularz „Kryteria pozacenowe” w Podkryterium 2.1 – Inżynier Kontraktu (koordynator czynności inspektorów nadzoru inwestorskiego) w ramach Zadania 3 „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 222 i 229 na odcinku od Starogardu Gdańskiego przez Jabłowo do węzła A1” informacja, że M. S. pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu/ Inspektora Koordynatora od rozpoczęcia robót do wykonania zadania nie była zgodna ze stanem rzeczywistym i treść tej informacji mogła wywołać w świadomości Zamawiającego przekonanie o tym, że ww. osoba wskazaną funkcję w ramach tego zadania, w określonym czasie pełniła. Przypomnieć warto w tym miejscu, że w ramach oceny przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy istotna jest treść przedstawionej informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości Zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło. Fakt tego, że Pan M. S. nie pełnił ww. funkcji do „wykonania zadania” został potwierdzony przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku (dalej: ZDW) co wynika z pisma z dnia 24 października 2018 roku znajdującego się w aktach sprawy (dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia), a które to pismo przesłał Zamawiającemu uczestnik postępowania odwoławczego za pismem z dnia 29 października 2018 roku. ZDW w piśmie jednoznacznie wskazało, że odbiór końcowy robót nastąpił w dniu 25 października 2017 roku – podkreślenia wymaga w tym miejscu, że między stronami postępowania fakt ten nie był sporny i nie było spornym, że data ta stanowiła „wykonanie zadania” zgodnie z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w Podkryterium 2.1 zawartymi w punkcie 19.1.3.2 ppkt 1) SIWZ oraz w punkcie 19.1.3.3 SIWZ. Z pisma wynika również, że z dniem 6 marca 2017 roku wszystkie obowiązki jakie pełnił Pan M. S. wynikające z zawartej w dniu 12 stycznia 2016 roku umowy z inżynierem (Nadzór Inwestorski) tj. funkcję Inżyniera Kontraktu oraz jednocześnie inspektora nadzoru inwestorskiego branży drogowej i inspektora koordynatora, przejął Pan R. R., który pełnił je do odbioru końcowego. W piśmie tym została również zawarta informacja, że zmiana odbyła się na wniosek Inżyniera. Potwierdza ten stan rzeczy również informacja z korespondencji emailowej z dnia 14 czerwca 2018 roku znajdująca się w aktach sprawy

(dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia) pochodząca od J. D. z ZDW, z której to informacji wynika, że w dniu 7 marca 2018 roku ZDW przesłał pismo zatwierdzające zmianę osoby pełniącej funkcje Pana M. S.; z informacji tej wynika również, że zmiana ta odbyła się na wniosek firmy sprawującej funkcję Inżyniera na ww. zadaniu. Również w piśmie z dnia 29 października 2018 roku skierowanego do Zamawiającego przez Odwołującego – w aktach sprawy (dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia), w związku z wezwaniem do złożenia wyjaśnień z dnia 26 października 2018 roku odnośnie udziału Pana M. S. od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na wskazanym w podkryterium 2.1 Zadaniu 3 – w aktach sprawy (dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia) Odwołujący podał, że „(...) w uzgodnieniu z Inwestorem przy inwestycji przebudowy DW nr 222 i 229 w okresie wydłużonym realizacji robót drogowych na funkcje Inspektora Koordynatora i Inspektora robót drogowych zgłoszono Pana R. R., lecz faktycznie do końca inwestycji tę funkcję sprawował Pan M. S.". W trakcie rozprawy Pan R. S. udzielając odpowiedzi na pytanie oświadczył, że złożył wniosek o zmianę Inżyniera, natomiast pan M. S. wyjaśnił, że z dniem 6 marca 2017 r. nastąpiła zmiana na stanowisku Inżyniera kontraktu oraz inspektora nadzoru inwestorskiego branży drogowej i inspektora koordynatora. Jednocześnie Pan R. S. podał, że nie wystąpił o ponowną zmianę na ww. stanowiskach i przywrócenie na nie Pana M. S., bo myślał, że do takiej zmiany nie doszło, *bowiem toczył rozmowy z Zamawiającym, z których wynikało, że pan M. S. wraca na tą budowę i to zaakceptował Zamawiający.* Pan M. S. wyjaśnił, że jeździł co tydzień na budowę i brał udział w naradach ale również wyjaśnił, że to Pan R. R. robił wpisy do Dziennika Budowy. Powyższe w sposób jednoznaczny i nie budzący żadnych wątpliwości potwierdza, że od dnia 6 marca 2018 roku Pan M. S. nie pełnił funkcji Inżyniera Kontraktu oraz jednocześnie inspektora nadzoru inwestorskiego branży drogowej i inspektora koordynatora przy realizacji zadania „*Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 222 i 229 na odcinku od Starogardu Gdańskiego przez Jabłowo do węzła A1*". Faktyczny udział w naradach na budowie czy też otrzymywanie wynagrodzenia od Pana R. S. nie powoduje, że Pan M. S. „stał się” Inżynierem Kontraktu oraz jednocześnie inspektorem nadzoru inwestorskiego branży drogowej i inspektorem koordynatorem – te elementy wyjaśnień Odwołującego są ambiwalentne dla tej sprawy, bowiem to faktyczne sprawowanie ww. funkcji w uzgodnieniu z Zamawiającym oraz znajdujące odzwierciedlenie w dokumentach budowy (Dziennik Budowy) stanowi podstawę oceny rzeczywistego i zgodnego z prawem sprawowania w ramach wskazanej inwestycji ww. funkcji. Udział Pana M. S. w realizacji obowiązków wykonawcy realizującego umowę ze stycznia 2016 roku nie jest kwestionowany, bowiem mógł on brać udział w naradach jako przedstawiciel wykonawcy itd. o ile strony tak ustaliły, jednakże wykazane zostało, że nie

uczestniczył od marca 2017 roku w tych naradach jako Inżynier kontraktu oraz inspektora nadzoru inwestorskiego branży drogowej i inspektor koordynator. ZDW dokonał zmiany osobowej w ramach ww. funkcji i dał temu wyraz w omówionych wyżej dokumentach, również Odwołujący – Pan R. S. potwierdził, że złożył wniosek o zmianę Inżyniera, ale nie wykazał, że po kilku tygodniach ponownie skutecznie dokonał zmiany w zakresie ww. funkcji i że zmiana ta skutecznie i faktycznie była zaakceptowana i wprowadzona przez Zamawiającego lub w ogóle nie doszło do pierwszej zmiany.

Tym samym informacja przedstawiona w Formularzu 2.1. – Formularz „Kryteria pozacenowe” dla Zadania 3 nie jest zgodna z rzeczywistością - obiektywnie niezgodna jest ze stanem rzeczywistym. Tak przedstawiona przez Odwołującego informacja była podstawą do powstania po stronie Zamawiającego mylnego wyobrażenia o faktach do jakich się odnosiła, tym samym informacja ta mogła wprowadzić Zamawiającego w błąd przy dokonywaniu oceny w ramach kryteriów oceny ofert w postępowaniu. Istotą oceny spełnienia tej przesłanki – co przypomina się w tym miejscu – jest, że po stronie Zamawiającego mogło powstać mylne wyobrażenie o faktach. Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że przedstawiona w ww. Formularzu w zakresie Zadania 3 informacja jest zgodna ze stanem rzeczywistym, w zasadzie sam (pan M. S.) potwierdził w trakcie rozprawy, że informacja ta prawdziwa nie jest, bowiem udzielając odpowiedzi na zadane pytanie podał, że: *z dniem 6 marca 2017 r. nastąpiła zmiana na stanowisku inżyniera kontraktu oraz inspektora nadzoru inwestorskiego branży drogowej i inspektora koordynatora.*

Przedstawiona przez Odwołującego informacja w Formularzu 2.1. – Formularz „Kryteria pozacenowe” dla Zadania 3, która jak wykazano powyżej, nie jest zgodna z rzeczywistością i mogła wprowadzić Zamawiającego w błąd ma również istotny wpływ na kolejną z przesłanek tj. decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie można dezawuować faktu, że informacje podawane w zakresie kryteriów oceny ofert, tak jak w tym przypadku doświadczenie osoby wskazanej na konkretne stanowisko, mają istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Wykonawca składający ofertę w postępowaniu podaje dane w ramach kryteriów oceny ofert aby uzyskać jak największą ilość punktów. W orzecznictwie Izby ugruntowane jest stanowisko, że wszelkie dane prezentowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które odnoszą się do kryteriów oceny ofert czy też warunków udziału w postępowaniu stanowią informacje mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Przedstawione informacje mają znaczenie dla oceny danego wykonawcy, ale wpływają również na ocenę wszystkich złożonych w postępowaniu ofert i tym samym przekładają się na ranking ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (podobnie: wyrok KIO 596/18). Składając oświadczenie w Formularzu 2.1

Odwołujący przedstawiła dane, które miały prowadzić do kwalifikacji wykonawcy w rankingu oceny ofert na jak najwyższej pozycji, tym samym dane przez niego podane – jak również przez wszystkich innych wykonawców – stanowią istotne dane, mający wpływ na decyzję Zamawiającego, bowiem to one i ich ocena stanowiły element składający się na decyzję o przyznaniu danemu wykonawcy dane liczby punktów, a tym samym ewentualny wybór jego oferty. Oświadczenie wiedzy o treści jaką złożył Odwołujący stanowiła jego dobrowolne oświadczenie, które w postępowaniu złożył w sposób celowy tzn. aby mieć możliwość osiągnięcia danego pułapu punktowego, tym samym i Odwołujący widać zdaje sobie sprawę z istotności tych danych dla konkretnego postępowania, bowiem wypełnił stosowny formularz. To ocena punktowa w poszczególnych kryteriach pozwala wykonawcom konkurować w danym postępowaniu, tym samym maksymalna punktowana ilość zadań przedstawiana przez wykonawcę ma na celu uzyskanie jak największej liczby punktów w kryterium oceny ofert, a w efekcie może i w ramach wszystkich kryteriów po ich zsumowaniu co prowadzi do wyboru takiej oferty w postępowaniu. Również sam Odwołujący nie kwestionował „istotności” informacji podawanych w ramach kryteriów oceny ofert przez wykonawcę w składanych Formularzach.

Zgodnie z przesłankami z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przedstawienie informacji, o których mowa w tym przepisie musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Izba zaznacza, że informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWIZ wymagania Zamawiającego – w tym przypadku w zakresie informacji podlegającej ocenie w kryteriach oceny ofert – dlatego też muszą być rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców. Izba zaznacza, co również znajduje ugruntowane odzwierciedlenie w orzecznictwie, że do czynności Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 14 ustawy, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego, dlatego czynność wykonawcy polegająca na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego należy oceniać w pryzmacie cywilistycznym, a więc dokonując oceny dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania. Sad Najwyższy w wyroku z dnia 23 października 2003 roku sygn. akt V CK 311/02 wskazał, że „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 i 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 / 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 wyegzekwować, oderwanych od doświadczeń i konkretnych okoliczności”. 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. Izba wskazuje, że stwierdzenie niedbalstwa danej osoby jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak wyrok Sąd Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). 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.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego tej przesłanki i tym samej nienależytego wykluczenia Odwołującego z postępowania. W ocenie Izby argumentacja faktyczna odnosząca się do wykonywania funkcji Inżyniera Kontraktu oraz jednocześnie inspektora nadzoru inwestorskiego branży drogowej i inspektora koordynatora dla inwestycji wskazanej w Formularzu 2.1. – Formularz „Kryteria pozacenowe” dla Zadania 3 , która została przedstawiona w trakcie rozprawy przez Odwołującego potwierdza, że wykonawca - Odwołujący składający ofertę w tym postępowaniu nie dołożył należytej staranności przy jej sporządzaniu oraz posłużył się informacją niesprawdzoną. Podkreślenia wymaga, że Pan R. S. – wykonawca / Odwołujący oświadczył na rozprawie, że złożył wniosek o zmianę Inżyniera Kontraktu i zastąpienie Pana M. S. w pełnieniu ww. funkcji osobą Pana R. R. dla inwestycji w ramach Zadania 3 „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 222 i 229 na odcinku od Starogardu Gdańskiego przez

Jabłowo do węzła A1". Tym samym miał świadomość tego, że w ramach realizacji umowy były podejmowane działania, które w ocenie Izby wzmacniają konieczność dokonania takich podstawowych czynności jak sprawdzenie tego, kto w ramach danej umowy realizował i w jakim czasie poszczególne funkcje. Gdyby Odwołujący sprawdził ten element, a nie polegał na swoim przekonaniu, z pewnością wiedziałby o tej zmianie w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu oraz jednocześnie inspektora nadzoru inwestorskiego branży drogowej i inspektora koordynatora. Zaznaczenia wymaga również, że sam Pan R. S. oświadczył w trakcie rozprawy, że nie występował o ponowną zmianę w pełnieniu ww. funkcji, bo myślał, że do takiej zmiany nie doszło. W ocenie Izby fakt, że Pan M. S. jak twierdził na rozprawie nie poinformował Pana R. S. o tym, że nie pełni funkcji Inżyniera Kontraktu oraz jednocześnie inspektora nadzoru inwestorskiego branży drogowej i inspektora koordynatora, bowiem nadal jeździł na narady nie powoduje, że Pan R. S. nie miał możliwości sprawdzić tego faktu składając ofertę w czerwcu bieżącego roku. Izba podkreśla, że nie można wymagać od nikogo, aby składając ofertę miał w pamięci wszystkie informacje z realizacji poszczególnych różnych usług z ostatnich lat, wręcz wymaganie takie byłoby kuriozalne. Dlatego też, tak istotne jest, aby wykonawcy składając oświadczenia wiedź wraz z ofertami, czy też w ofertach, dokładali należytej staranności przy ich weryfikacji i podawaniu, a w szczególności – co najlepiej widać właśnie w rozpoznawanej sprawie – aby w ogóle dokonali weryfikacji podawanych danych i sprawdzili je, a nie bazowali na własnym przekonaniu oraz informacjach pochodzących ze źródeł, które nie są weryfikatorem tych informacji. Pan R. S. pamiętał, że Pan M. S. brał udział w odbiorach jednakże nie pamiętał, że wniósł skutecznie o zmianę osobową w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu oraz jednocześnie inspektora nadzoru inwestorskiego branży drogowej i inspektora koordynatora potwierdzoną przez ZDW w dniu 7 marca 2018 roku. W ocenie Izby przedstawiony Protokół końcowy odbioru usługi nr 17 (dowód nr 3) potwierdza jedynie tyle, że protokół ten podpisał „przedstawiciel Inżyniera”. Nie ma tu mowy o tym, że protokół podpisała osoba pełniąca funkcję Inżyniera Kontraktu (oraz jednocześnie inspektora nadzoru inwestorskiego branży drogowej i inspektora koordynatora). Z dokumentów wynika, że „Inżynier” to wykonawca, czyli firma R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R. S. P.H.U. „Baumark” z siedzibą w Wyszku (np. email z dnia 14 czerwca 2018 roku od Pana J. D. oraz pismo ZDW z dnia 24 października 2018 roku. Tym samym za niewiarygodne uznała Izba wyjaśnienia, że podpis w tym protokole Pana M. S. uzasadniał przekonanie Pana R. S., że ten pierwszy pełnił funkcje Inżyniera Kontraktu oraz jednocześnie inspektora nadzoru inwestorskiego branży drogowej i inspektora koordynatora dla Zadania 3 „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 222 i 229 na odcinku od Starogardu Gdańskiego przez Jabłowo do węzła

A1" do „wykonania zadania”. Jednocześnie sam Pan M. S. potwierdził w trakcie rozprawy, że *podpisał protokół końcowy odbioru z 15 listopada 2017 r. z upoważnienia właściciela firmy, czyli pana R. S. jako wykonawcy*. Przekonanie Pana R. S. budowane na podstawie podpisanego ww. Protokołu nie zostało w żaden sposób zweryfikowane przez niego, również w zakresie tego, że sam upoważnił Pana M. S. do podpisania tego protokołu jako przedstawiciela wykonawcy. Dowód ten w ocenie Izby potwierdza, że wykonawca składający ofertę w postępowaniu w żaden sposób nie zweryfikował danych, które oświadczył w Formularzu 2.1., a odwoływanie się do przekonania budowanego w oparciu o ten Protokół stanowi jedynie argumentację na potrzeby tej rozprawy i próbę wyjaśnienia braku weryfikacji podanych danych.

W odniesieniu do przedstawionego przez Odwołującego pisma z dnia 7 września 2018 roku z ZDW do P.H.U. Baumark R. S. (dowód nr 4) Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że wskazane pismo dotyczy Przeglądu gwarancyjnego i dotyczy czynności realizowanych po wykonaniu zadania. Samo wskazanie w tym piśmie, że Odwołujący/ wykonawca/ Inżynier podał, że funkcję Inżyniera Kontraktu pełni Pan M. S. na podstawie umowy z dnia 8 marca 2016 roku nie przesądza i nie potwierdza, że Pan M. S. pełnił tą funkcję do „wykonania zadania”. Tym samym w ocenie Izby na tej podstawie nie sposób uznać za właściwą argumentację o podstawie budowania przekonania po stronie wykonawcy/ Odwołującego, co do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu przez Pana M. S. Przy czym należy podkreślić w tym miejscu, że należyta staranność w działaniu wykonawcy profesjonalisty nie opiera się na przyjmowaniu jakiegoś przekonania jedynie na podstawie kierowanych do niego pism – tak wskazywał w trakcie rozprawy Odwołujący – powinna być natomiast co najmniej zweryfikowana przez wykonawcę składającego określone oświadczenia co treści, faktów jakie oświadcza Zamawiającemu. Również emaile (dowód nr 5) jakie przedstawił Odwołujący nie stanowią w ocenie Izby podstawy do przyjęcia, że Odwołujący dochował należytej staranności w złożeniu oświadczenia w Formularzu 2.1. – Formularz „Kryteria pozacenowe” dla Zadania 3. Nie sposób uznać za należyte działanie Odwołującego polegające na złożeniu danego oświadczenia Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o informacje zawarte w emailach, a nie wynikające z dokumentów i faktycznych działań Inżyniera w czasie do „wykonania zadania”. Ponownie należy zaznaczyć, że wiadomości email pochodzą z bieżącego roku i w żaden sposób nie odnoszą się do działań Inżyniera Kontraktu podejmowanych w okresie do „wykonania zadania”. Nie przesądza o dochowaniu należytej staranności przez Odwołującego również fakt, że emaile te pisane były przez Pana J. D z ZDW. Jak Izba wskazała już w swoim stanowisku powyżej, Pan J. D. w emailu z dnia 14 czerwca 2018 roku w aktach sprawy (dokumentacja

postępowania o udzielenie zamówienia), skierowanym do Zamawiającego w sposób jednoznaczny wyjaśnił kto i w jakim czasie pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu oraz jednocześnie inspektora nadzoru inwestorskiego branży drogowej i inspektora koordynatora do wykonania zadania, natomiast co należy zaznaczyć w tym miejscu emaile przedstawione przez Odwołującego (dowód nr 5) nie dotyczą tamtych informacji. W ocenie Izby nie można uznać za działanie z należytą starannością złożenie oświadczenia w Formularzu 2.1. – Formularz „Kryteria pozacenowe” dla Zadania 3 w oparciu o przedstawione emaile (dowód nr 5).

Izba wskazuje również, że argumentacja pełnomocników jest wewnętrznie sprzeczna, bowiem jeden z nich twierdził w trakcie rozprawy: że wykonawca winien dostać 0 punktów za wskazane Zadanie 3 bo *Odwołujący kierował się dotychczasową praktyką Zamawiającego wynikającą właśnie z tych dokumentów (dowód nr 1 i 2), w oparciu o które to dokumenty wykonawcy uzyskiwali 0 punktów w analogicznych sytuacjach, jak sytuacja Odwołującego.* Natomiast inny pełnomocnik - wykonawca w trakcie rozprawy twierdził, że *na dzień składania ofert* miał wiedzę, że Pan M. S. pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu oraz jednocześnie inspektora nadzoru inwestorskiego branży drogowej i inspektora koordynatora do końca realizacji wskazanego zadania. Dwa różne stanowiska w zakresie tej samej informacji zawartej w Formularzu 2.1. – Formularz „Kryteria pozacenowe” dla Zadania 3 jakie przedstawili pełnomocnicy w trakcie rozprawy pozwalają negatywnie ocenić argumentację Odwołującego o dochowaniu staranności w przygotowaniu oferty. Przedstawione stanowiska są sprzeczne – co czyni argumentację Odwołującego z rozprawy niewiarygodną – bowiem z jednej strony Odwołujący twierdzi, że miał na moment składania ofert wiedzę, że Pan M. S. pełnił określone funkcje, a z drugiej strony twierdzi, że uwzględniając praktykę GDDKiA był uprawniony do złożenia oferty z takim oświadczeniem dla Zadania 3 w Formularzu „Kryteria pozacenowe”, bo zgodnie z działaniami/praktyką Zamawiającego powinien otrzymać za taką informację 0 punktów. W tym miejscu nasuwa się również pytanie, skoro Odwołujący wiedział – jak twierdził na rozprawie – jaka jest praktyka Zamawiającego w ocenie oświadczeń to w jakim celu to oświadczenie składał. Jednocześnie Izba wskazuje, że przedstawione na rozprawie informacje z otwarcia ofert z dnia 26 marca 2018 roku oraz z dnia 13 lipca 2018 roku (dowód nr 1 i 2) również nie są spójne z argumentacją Odwołującego odnoszącą się do przyjęcia przez Odwołującego, że oświadczenie takie może złożyć i dostanie 0 punktów, bowiem termin składania ofert w tej sprawie upłynął w 7 czerwca 2018 roku, tym samym nie mógł tego przekonania budować Odwołujący w oparciu o informacje z dnia 13 lipca 2018 roku. Odnosząc się do tych dowodów (dowód nr 1 i 2) Izba wskazuje, że dane działania Zamawiającego - co należy podkreślić innego Oddziału Zamawiającego - nie mogą stanowić uzasadnienia dla działania Odwołującego, bowiem na Odwołującym jako profesjonalnym podmiocie ciąży

obowiązek wykonywania czynności z należytą starannością, która mając na uwadze ten zawodowy charakter prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania w stosunku do tego podmiotu. Tym samym oczekiwania w stosunku do wykonawcy składającego ofertę w zakresie wiedzy, rzetelności i skrupulatności w tym znajomości obowiązującego prawa i następstw jakie z niego wynikają w prowadzonej działalności gospodarczej nie pozwalają w żadnej mierze na przyjęcie, że postępowanie przy składaniu oświadczeń wiedzy w ofercie w dany sposób rodzący określone konsekwencje w ocenie tych oświadczeń, który jak twierdzi Odwołujący wynika z informacji o wyniku postępowania (dowód nr 1 i 2) może zostać uznany jako należyty, prawidłowy, staranny i rzetelny tj. wypełniający przesłanki należytej staranności w działaniu wykonawcy. Wykonawca składając określone oświadczenia musi przy ich formułowaniu dołożyć należytej staranności oraz składać je zgodnie ze stanem faktycznym i mając na uwadze obowiązujące regulacje prawne. W ocenie Izby powyższe dowody nie potwierdzają w żadnej mierze, że działanie wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu polegające na złożeniu w Formularzu 2.1. – Formularz „Kryteria pozacenowe” dla Zadania 3 oświadczenia wypełniało pozytywnie przesłankę należytej staranności w działaniu wykonawcy.

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. Izba wskazuje, że stwierdzenie niedbalstwa danej osoby jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak wyrok Sąd Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). 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. Działania Odwołującego były niedbałe i takie działania Odwołującego polegające na złożeniu oświadczenia w Formularzu 2.1. – Formularz „Kryteria pozacenowe” dla Zadania 3 w taki właśnie zakresie wypełniają przesłankę z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy – braku staranności

w złożeniu tego oświadczenia tj. jest niedbalstwa w działaniu wykonawcy. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

W odniesieniu do argumentacji prawnej podniesionej na rozprawie w zakresie prawa europejskiego Izba po pierwsze stwierdziła, że Odwołujący do protokołu wskazał *art. 56 ust. 4 lit. k i i dyrektywy klasycznej* – tj. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego z Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (dalej: dyrektywa klasyczna), jednakże w treści dyrektywy brak jest regulacji prawnej jaką wskazała Odwołujący. Natomiast dla wykładni przepisów ustawy i ich zakresów stosowania mają znaczenia orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, przy czym należy mieć na uwadze, że wydawane są one w oparciu o różne stany prawne (poprzednio obowiązująca dyrektywa jak i obecnie obowiązująca). Zgodnie z *art. 57 ust. 4 lit. i dyrektywy klasycznej* Instytucja Zamawiająca może wykluczyć lub zostać zobowiązana przez państwo członkowie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy – w przypadku polskiej ustawy przesłanka ta jest obligatoryjna – (i) jeżeli wykonawca podjął kroki, aby nienależycie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucje zamawiające, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia.

Izba wskazuje, że przed nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z lipca 2016 roku podstawą do wykluczenia wykonawcy, który złożył informację nieprawdziwą był *art. 24 ust. 2 pkt 3* ustawy, natomiast obecnie podstawa wykluczenia znajduje się w *art. 24 ust. 1 pkt 16* oraz *art. 24 ust. 1 pkt 17* ustawy. Mając na uwadze orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości (np. wyrażone w wyroku z dnia 4 maja 2017 roku, w sprawie C-387/14, odpowiadając na pytanie prejudycjalne skierowane przez Krajową Izbę Odwoławczą) wykładania *art. 24 ust. 1 pkt 17* ustawy w duchu dyrektywy prowadzi do tego, że wykluczenie wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji może mieć miejsce w sytuacji, kiedy dany wykonawca dopuścił się niedbalstwa mogącego mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego, bez względu na to, czy naruszenie przepisów przez tego wykonawcę miało charakter umyślny. Wykazując spełnienie przesłanek wykluczenia wykonawcy zawartych w *art. 24 ust. 1 pkt 17* ustawy niezbędne jest wykazanie, że działanie wykonawcy było niedbałe lub lekkomyślne, natomiast nie jest niezbędne wykazanie umyślności w działaniu wykonawcy. Zaznaczenia wymaga również, że przepis ten – jak również ww. przepis dyrektywy klasycznej – nie kreują

przesłanki wpływu na wynik postępowania, a odnoszą się do wpływu na decyzje jakie w postępowaniu podejmuje Zamawiający. Tym samym na podstawie ww. przepisu ustawy podlega wykluczeniu wykonawca, który przedstawił informacje nieprawdziwe mogące wprowadzić Zamawiającego w błąd, który to wykonawca przez ich złożenie w sposób istotny mógł wpłynąć na decyzje podejmowane w postępowaniu przez Zamawiającego.

W odniesieniu do argumentacji podnoszonej w trakcie rozprawy przez Odwołującego, a dotyczącej procedury samooczyszczenia, Izba wskazuje, że w treści odwołania Odwołujący nie podniósł takiego zarzutu, tym samym jego zgłoszenie w trakcie rozprawy należy uznać za spóźnione. Również w odniesieniu do podnoszonej argumentacji w trakcie rozprawy dotyczącej braku wykazania w piśmie Zamawiającego przesłanek - *wina nieumyślna, jak i wpływ informacji na wynik postępowania*, które w ocenie Odwołującego *nie zostały wykazane w piśmie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania*, w odwołaniu brak jest zarzutu w tym zakresie. Tym samym i tak argumentacja Odwołującego jest spóźniona. Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania – następuje kontrola poprawności działania bądź bezprawnego zaniechania Zamawiającego pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zakres rozstrzygnięcia, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania i zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. O treści zarzutu decyduje w szczególności przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, oraz ewentualnie przypisana im kwalifikacja prawna (co ma znaczenie dla uznania zarzutów odwołania).

Reasumując, w ocenie Izby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny złożonych przez Odwołującego oświadczeń zawartych w w Formularzu 2.1. – Formularz „Kryteria pozacenowe” dla Zadania 3 i prawidłowo zastosował podstawę art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy wykluczenia Odwołującego z Postępowania. Zamawiający tym samym nie naruszył zasad udzielania zamówienia określonych w art. 7 ust. 1 ustawy.

- 2) W zakresie wskazanego naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy przez nie stosowanie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i nie poddaniu ocenie oferty Odwołującego w zakresie podkryterium pozacenowego (Podkryterium 2.1) tj. niezgodnie z opisem kryteriów określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – Izba uznała zarzut za niezasadny.

W pierwszej kolejności Izba podkreśla, że za niezasadny uznała zarzut wskazany powyżej tj. wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo dokonał oceny dokumentów złożonych przez Odwołującego oraz prawidłowo wykluczył wykonawcę z postępowania. Tym samym oferta Odwołującego nie mogła podlegać ocenie w kryteriach oceny ofert.

W ocenie Izby nie może być uznana za prawidłową argumentacja Odwołującego wskazująca na konieczność przyznania Odwołującemu w kryterium – „Doświadczenie personelu Konsultanta” punktacji za wskazane zadania, bowiem wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania, a w takim przypadku oferta nie podlega ocenie punktowej w poszczególnych kryteriach oceny ofert.

Niezasadnym w ocenie Izby i nie znajdującym umocowania ani w postanowieniach SWIZ, ani w ustawie, są twierdzenia Odwołującego wskazujące na konieczność oceny oferty w kryteriach oceny oferty oraz przyznanie Odwołującemu za wskazane w Formularzu 2.1 – Formularz „Kryteria pozacenowe” doświadczenie Inżyniera Kontraktu (koordynatora czynności inspektorów nadzoru inwestorskiego) Zadanie 3 „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 222 i 229 na odcinku od Starogardu Gdańskiego przez Jabłowo do węzła A1” - zero punktów. Budowanie w tym zakresie argumentacji przez Odwołującego w oparciu o postanowienia SWIZ zawarte w punkcie 19.1.3.2 SWIZ ze wskazaniem na ostatnim tiret tj. *za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełnienia powyższych wymagań – wykonawca otrzyma 0 pkt* jest nieuprawnione. Odwołujący chciałby aby wykonawca, który podał informacje niezgodną z rzeczywistością otrzymał „0 pkt” w przedmiotowym kryterium i wywodzi to z tego, że Zamawiający w przygotowanym opisie posłużył się zwrotem „w pełni”. W trakcie rozprawy Odwołujący wskazał, że *podana w SIWZ w ostatnim tiret w podkryterium 2.1 informacja Zamawiającego dotycząca okoliczności przyznawania 0 punktów nie dotyczy sytuacji, gdy informacja jest w 100% zgodna z rzeczywistością i dodaje, że znaczenie ma wskazane w tej treści słowo ”w pełni” i to właśnie powoduje, że informacja przedstawiona przez Odwołującego powinna być oceniona przez Zamawiającego jako ta „0 punktowa”.* Z tego stanowiska Odwołującego wynika w sposób jednoznaczny, po pierwsze, że podana

przez niego informacja dla Zadania 3 jest niezgodna z rzeczywistością, a po drugie, że możliwe było przedstawienie informacji niezgodnej z rzeczywistością w stu procentach, w pełni co skutkować ma otrzymaniem zera punktów. W obliczu obowiązujących przepisów ustawy nie sposób zgodzić się z taką argumentacją, ponieważ Zamawiający zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ma obowiązek wykluczenia wykonawców składających oświadczenia niezgodne z rzeczywistością jak również dlatego, że regulacja zawarta w SWIZ nie odnosi się do informacji nieprawdziwych lecz do tych, które są zgodne ze stanem rzeczywistym, lecz nie odpowiadają w pełni wymaganiom ukształtowanym przez Zamawiającego. Zamawiający, gdyby było tak jak wywodził Odwołujący, musiałby zakładać *a priori*, że wykonawca w postępowaniu złoży oświadczenia niezgodne z rzeczywistością co miałoby skutkować jedynie nieprzyznaniem punktów w ramach oceny danego kryterium oceny ofert – takie podejście nie wynika z treści SWIZ. Postanowienie przedstawione przez Zamawiającego w ostatnim tiret pkt 19.1.3.2 SIWZ należy ocenić w ten sposób, że wykonawca otrzyma zero punktów w sytuacji, gdy informacje zawarte w ofercie nie potwierdziły określonych przez Zamawiającego wymagań ale jednocześnie zgodne są ze stanem rzeczywistym, czyli nie wypełniają przesłanek w art. 24 ust. 1 pkt 17 (bądź pkt 16) ustawy (podobnie: wyrok SO w Warszawie sygn. akt XXIII Ga 849/18; wyrok KIO 1747/18). W rozpoznawanej sprawie Odwołujący otrzymałby w zakresie oceny w kryterium – „Doświadczenie personelu Konsultanta” doświadczenie Inżyniera Kontraktu Zadanie 3 (koordynatora czynności inspektorów nadzoru inwestorskiego) za wskazane w Formularzu 2.1 – Formularz „Kryteria pozacenowe” doświadczenie Inżyniera Kontraktu wartość „0 pkt”, gdyby wskazał, że Pan M. S. pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu oraz jednocześnie inspektora nadzoru inwestorskiego branży drogowej i inspektora koordynatora od rozpoczęcia robót do dnia 6 marca 2017 roku. Takie informacje zgodne byłyby z rzeczywistością ale jednocześnie nie potwierdzały w pełni wymagań Zamawiającego z uwagi na to, że funkcji tej nie pełnił do „wykonania zadania”. Natomiast w tym postępowaniu odwoławczym wykazane zostało, że Odwołujący przedstawił oświadczenie niezgodne z rzeczywistością mogące wprowadzić Zamawiającego w błąd oraz mające istotne znaczenie dla czynności podejmowanych przez Zamawiającego co do Zadania 3, co w konsekwencji spowodowało obligatoryjność wykluczenia wykonawcy z postępowania i niemożliwość przyznania punktów za żadne ze wskazanych w Formularzu 2.1 – Formularz „Kryteria pozacenowe” doświadczenie osoby wskazanej przez Odwołującego. Nie doszło w ocenie Izby do naruszenia art. 91 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....