

Sygn. akt: KIO 600/20

**WYROK**

**z dnia 8 czerwca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Sikorska

**Członkowie:** Magdalena Rams

Robert Skrzyszewski

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 czerwca 2020 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w **20 marca 2020 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) AECOM Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie 2) R. K.** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) „Drogowa Trasa Średnicowa” Spółka Akcyjna w Katowicach, 2) INKO CONSULTING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pszczynie**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie,**
- kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) AECOM Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, 2) R. K. i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) AECOM Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie 2) R. K.**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) AECOM Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie 2) R. K.** na rzecz **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 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 – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Katowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: „Budowa drogi ekspresowej S1 (dawniej S69) Bielsko-Biała – Żywiec – Zwardoń, odcinek Przybędza – Milówka (obejście Węgierskiej Górki)”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1943), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 20 marca 2020 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: AECOM Polska Sp. z o.o. w Warszawie, R. K. (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w przedmiocie:

- 1) badania i oceny oferty odwołującego oraz wykluczenia odwołującego z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) zaniechania wykluczenia konsorcjum wykonawców Drogowa Trasa Średnicowa S.A. i INKO Consulting Sp. z o.o. („Konsorcjum DTŚ / INKO” lub „przystępujący”) z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej lub zawodowej - osób proponowanych do pełnienia funkcji Specjalisty ds. rozliczeń, Specjalisty ds. roszczeń, Głównego Geologa i Specjalisty ds. hydrologii;
- 3) zaniechania wykluczenia Konsorcjum DTŚ / INKO z postępowania z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd co do dysponowania osobą proponowaną do pełnienia funkcji Specjalisty ds. hydrologii oraz co do spełnienia przez Konsorcjum DTŚ / INKO warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie osób proponowanych do pełnienia funkcji Specjalisty ds. rozliczeń, Specjalisty ds. roszczeń, Głównego Geologa i Specjalisty ds. hydrologii;
- 4) prowadzenia przez zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Opisanym wyżej czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez bezzasadne uznanie, że odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą

w błąd zamawiającego, mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem odwołującego z postępowania, podczas gdy w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p.;

2) art. 197 ust. 1 w zw. z art. 198a ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez nieuprawnioną próbę podważenia prawomocnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej („KIO”) z dnia 26 września 2019 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19, w którym KIO ustaliła, iż w stosunku do odwołującego nie zachodzą przesłanki do wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., mimo że zamawiający nie skorzystał z jednego dopuszczalnego w tym celu środka w postaci złożenia skargi na ww. wyrok KIO i wykluczył odwołującego z postępowania w oparciu o te same okoliczności, które zostały już ocenione przez KIO w ww. wyroku;

3) art. 192 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 198a ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez nieuprawnioną próbę podważenia prawomocnego wyroku KIO z dnia 26 września 2019 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19, niezastosowanie się do wskazań KIO z ww. wyroku oraz zakwestionowanie ustaleń KIO w ww. wyroku, mimo że zamawiający nie skorzystał z jednego dopuszczalnego w tym celu środka w postaci złożenia skargi na ww. wyrok KIO, podczas gdy KIO w ww. wyroku ustaliła, iż brak jest podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., unieważniła czynność zamawiającego polegającą na wykluczeniu odwołującego z postępowania, nakazała zamawiającemu dokonanie ponownej oceny oferty wykonawcy i wskazała, jakie czynności w tym celu zamawiający powinien podjąć oraz jakie okoliczności powinien wyjaśnić;

4) art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wskazanie w uzasadnieniu czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania informacji nieprawdziwych i niewynikających z materiału dowodowego zgromadzonego w postępowaniu, co uniemożliwia prawidłową kontrolę tej czynności przez KIO oraz świadczy o naruszeniu przez zamawiającego podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zwłaszcza zasady przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

5) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie, pominięcie wezwania odwołującego do złożenia innych dokumentów potwierdzających spełnianie przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu oraz nieuwzględnienie złożonego przez odwołującego w dniu 2 lipca 2019 roku pisma z dodatkowymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami dotyczącymi doświadczenia Pana M. P., które potwierdziło, iż Pan M. P. posiada doświadczenie zgodne z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia

(s.i.w.z.), co skutkowało bezpodstawnym ustaleniem przez zamawiającego, iż w stosunku do odwołującego zachodzą przesłanki do wykluczenia z postępowania;

6) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum DTŚ / INKO z postępowania, mimo że wykonawca ten nie wykazał iż spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie osób proponowanych do pełnienia funkcji Specjalisty ds. rozliczeń, Specjalisty ds. roszczeń, Głównego Geologa i Specjalisty ds. hydrologii;

7) art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum DTŚ / INKO z postępowania mimo, iż wykonawca ten - poprzez złożenie oświadczenia o dysponowaniu osobą Pana P. F. oraz oświadczenia o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie osób proponowanych do pełnienia funkcji Specjalisty ds. rozliczeń, Specjalisty ds. roszczeń, Głównego Geologa i Specjalisty ds. hydrologii, w sposób zamierzony lub rażąco niedbały lub co najmniej lekkomyślny lub niedbały wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a informacja taka ma istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;

8) art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;

9) art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez uznanie, iż oferta złożona przez Konsorcjum DTŚ / INKO jest ofertą najkorzystniejszą, a w konsekwencji zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, podczas gdy w wyniku prawidłowego badania i oceny ofert, zamawiający winien dokonać wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania złożonego przez odwołującego w całości;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz dokumentów, które odwołujący przedstawi na rozprawie;
- 3) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty;
- 4) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum DTŚ / INKO;

- 5) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum DTŚ / INKO z postępowania;
- 6) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 7) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, poniesionych przez odwołującego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego według norm przepisanych, zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

Odwołujący podniósł, że ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy postępowanie, gdyż złożył ofertę w postępowaniu, a po odrzuceniu oferty TPF Sp. z o.o., oferta odwołującego była najkorzystniejsza pod kątem kryteriów oceny ofert. W wyniku zaskarżonych czynności zamawiającego, niezgodnych z prawem, odwołujący został pozbawiony możliwości dalszego uczestniczenia w postępowaniu oraz uzyskania oferty. W przypadku uwzględnienia odwołania oraz dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert, w ramach którego oferta odwołującego zostanie poddana merytorycznej ocenie, odwołujący miał realną szansę na uzyskanie zamówienia. Ponadto, wykluczenie odwołującego z postępowania w wyniku uznania przez zamawiającego, że odwołujący podał informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a w konsekwencji zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, a w zamian za to dokonanie wyboru oferty Konsorcjum DTŚ / INKO, będzie skutkowało poniesieniem szkody przez odwołującego - brakiem możliwości realizacji zamówienia i utraty zysków planowanych do osiągnięcia w związku z realizacją zamówienia. Dodatkowo, skutkiem wykluczenia w niniejszym postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. może być również ryzyko wykluczenia odwołującego w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, a także naruszenie dobra osobistego odwołującego, jakim jest dobre imię firmy.

1. Okoliczności związane z podstawami wskazanymi przez zamawiającego do wykluczenia odwołującego z postępowania

Odwołujący wskazał, że jednym z warunków udziału w postępowaniu wskazanym w pkt 7.2. ppkt 3 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia TOM I (IDW), było m. in. dysponowanie osobą, proponowaną do pełnienia funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej. Zgodnie z s.i.w.z. osoba ta powinna legitymować się doświadczeniem:

„Minimum 10 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących opracowanie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę lub

przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o łącznej długości tych dróg lub ulic min 4 km na stanowisku/stanowiskach: Głównego Projektanta lub Projektanta Drogowego lub Kierownika Zespołu Projektowego

lub

doświadczenie przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących sprawdzenie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o łącznej długości tych dróg lub ulic min 4 km na stanowisku/stanowiskach: Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej lub Weryfikatora dokumentacji projektowej robót drogowych.

Jako opracowanie dokumentacji projektowej należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Protokołu odbioru dokumentacji projektowej lub równoważnego dokumentu".

Pismem z dnia 19 kwietnia 2019 roku zamawiający wezwał odwołującego, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p., do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz odpowiednio w s.i.w.z. TOM I (IDW) pkt 7 i 8, w tym m. in. do złożenia wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności. Zamawiający załączył do tego pisma m. in. wzór formularza wykazu osób.

W dniu 6 maja 2019 roku odwołujący złożył ww. dokumenty i oświadczenia, zgodnie z wymogami zamawiającego. W wykazie osób na stanowisko Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej odwołujący wskazał Pana M. P. . W kolumnie 5 wykazu osób, zatytułowanej Opis doświadczenia (odpowiednio zgodnie z wymogami określonymi w pkt 7.2 ppkt 3 lit. b) IDW, wskazano:

„Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo) Wschodnia Obwodnica miasta Poznania. Trasa główna o długości 20,14 km.

Doświadczenie na stanowisku Projektanta drogowego obejmowało opracowanie dokumentacji projektowej.

droga klasy S (dwujezdniowa)

stanowisko: projektant drogowy

Czas trwania: 06.2008 - 11.2009".

Pismem z dnia 7 czerwca 2019 roku zamawiający wezwał odwołującego, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p., do wyjaśnienia rozbieżności w zakresie doświadczenia Pana M. P., wskazanego do pełnienia funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej, na stanowisku projektanta drogowego obejmującym opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno- Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia Obwodnica miasta Poznania”. W uzasadnieniu wezwania zamawiający wskazał, że „z informacji jakie uzyskał z Oddziału GDDKiA w Poznaniu wynika, że Pan M. P. na przedmiotowym zadaniu nie widniał jako projektant drogowy przy opracowywaniu dokumentacji projektowej”.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, pismem z dnia 18 czerwca 2019 roku, odwołujący przekazał zamawiającemu stosowne wyjaśnienia, wskazując, iż Pan M. P. pełnił funkcję projektanta drogowego w ramach zadania pn. „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno- Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia Obwodnica miasta Poznania”. Formalnie powyższa funkcja nie została zgłoszona do zatwierdzenia przez zamawiającego, niemniej jednak Pan M. P. brał czynny udział w projektowaniu jako projektant drogowy.

Dodatkowo, wobec informacji przekazanych przez Oddział GDDKiA w Poznaniu, o których poinformował zamawiający pismem z dnia 7 czerwca 2019 roku, odwołujący, z ostrożności, w dniu 2 lipca 2019 roku, przekazał zamawiającemu także dodatkowe wyjaśnienia i uzupełnienia dotyczące doświadczenia Pana M. P., które potwierdzały, iż Pan M. P. posiadał doświadczenie zgodne z wymogami s.i.w.z. - w pełnieniu funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej w ramach realizacji zamówienia pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy - Bydgoszcz - granica województwa kujawsko - pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 3 części”, w zakresie Części 2 polegającej na „Pełnieniu nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Dworżysko” (bez węzła) do węzła „Aleksandrowo” (z węzłem) o długości około 22,4 km”. Pan M. P. pełni funkcję Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej na ww. projekcie od dnia 27 listopada 2015 roku do dnia dzisiejszego.

Ponadto, na prośbę Oddziału GDDKiA w Poznaniu, odwołujący przekazał także oświadczenie o uczestnictwie Pana M. P. w pracach projektowych dla zadania „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno- Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia Obwodnica miasta Poznania”. Oświadczenie to zostało podpisane przez ówczesnego prokurenta oraz Dyrektora Działu Projektowania w AECOM - p. A. L. – N. oraz przez p. M. P.



Mimo powyższego, w dniu 29 sierpnia 2019 roku zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. („pierwsze wykluczenie”). Zgodnie z treścią pisma z dnia 29 sierpnia 2019 roku, w ocenie zamawiającego, odwołujący w zakresie doświadczenia Pana M. P. w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący w dniu 9 września 2019 roku złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z prawem czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. poprzez uznanie, że odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

W przedmiotowym odwołaniu odwołujący podniósł zarzuty naruszenia:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez jego bezzasadne zastosowanie i uznanie, że odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem odwołującego z postępowania;
- 2) art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub udzielenia dodatkowych wyjaśnień lub dokumentów, potwierdzających spełnianie przez Pana M. P. warunków udziału w postępowaniu;
3. art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez sporządzenie uzasadnienia czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania w sposób lakoniczny i ogólny nie odnoszący się do poszczególnych przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p.

Wyrokiem z dnia 26 września 2019 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19, KIO uwzględniła odwołanie złożone przez odwołującego w zakresie zarzutu bezzasadnego uznania, że odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd zamawiającego, mogącą mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem odwołującego z postępowania. KIO stanęła na stanowisku, że w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. KIO uwzględniła również zarzut sporządzenia uzasadnienia czynności zamawiającego w sposób lakoniczny i ogólny. W

konsekwencji, KIO nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania podjętej w dniu 29 sierpnia 2019 roku oraz nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W dniu 25 października 2019 roku zamawiający działając w trybie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. wezwał odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień, m.in. w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko Głównego weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej - Pana M. P. w zakresie następujących kwestii:

1) podania daty uzyskania przez M. P. wpisu na listę właściwej Izby samorządu zawodowego, potwierdzonego zaświadczeniem wydanym przez tą Izbę oraz daty, od której Pan M. P. posiadał ubezpieczenie OC jako projektant;

2) wyjaśnienia na jakiej podstawie, uwzględniając treść regulacji art. 12 ust. 1 w związku z art. 12 ust. 7 ustawy Prawo budowlane, odwołujący uznał, że Pan M. P. w okresie od czerwca 2008 roku do listopada 2009 roku posiadał uprawnienia budowlane, umożliwiające sprawowanie samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie jako projektant drogowy przy opracowaniu dokumentacji projektowej dla zadania: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania”, a w konsekwencji mógł wykazać się doświadczeniem na tym stanowisku;

3) wyjaśnienia sformułowania „czynny udział w projektowaniu jako projektant drogowy”, odnoszącego się do doświadczenia M. P. przy opracowaniu w okresie od czerwca 2008 roku do listopada 2009 roku, dokumentacji projektowej dla zadania: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania”;

4) wyjaśnienia na jakiej podstawie faktycznej i prawnej (ze wskazaniem konkretnej podstawy prawnej) odwołujący uważa, że wskazany „czynny udział w projektowaniu” spełnia wymogi określone przez zamawiającego w pkt 7.2. ppkt 3 lit. b IDW;

5. wskazania, czy i jakie działania zostały podjęte przez odwołującego w celu dokonania należytej weryfikacji wskazanego w ofercie doświadczenia Pana M. P.;

6. wyjaśnienia czy odwołujący przed złożeniem oświadczeń zawartych w ofercie dotyczących doświadczenia Pana M. P. żądał od niego przedstawienia dokumentów potwierdzających posiadanie doświadczenia przy opracowaniu dokumentacji projektowej dla zadania: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania” oraz czy weryfikował posiadanie uprawnień do wykonywania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie Pana M. P. w okresie od czerwca 2008 roku do listopada 2009 roku.

Odwołujący pismem z dnia 8 listopada 2019 roku odpowiedział na ww. wezwanie do wyjaśnień. W ww. piśmie odwołujący wyjaśnił m.in., że:

1) Pan M. P. został wpisany na listę Wielkopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w dniu 1 grudnia 2008 roku i od tej daty posiadał wymagane ubezpieczenie OC jako projektant;

2) wymogi s.i.w.z. wskazane w pkt 7.2 ppkt 3 lit. b IDW co do osoby proponowanej na stanowisko Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej nie wskazywały, iż w okresie przedstawianego doświadczenia osoba ta powinna posiadać uprawnienia do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie;

3) odwołujący nie wskazał w wykazie osób, iż Pan M. P. w okresie od czerwca 2008 roku do listopada 2009 roku był uprawniony do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, a jedynie, iż posiadał doświadczenie w okresie od czerwca 2008 roku do listopada 2009 roku na stanowisku projektanta drogowego, które obejmowało opracowanie dokumentacji projektowej;

4) dopuszczalne jest szerokie rozumienie pojęcia „stanowiska projektanta drogowego” - dla odwołującego omawiany warunek oznaczał możliwość wskazania każdej osoby, która posiada uprawnienia budowlane w zakresie projektowania w specjalności drogowej i która przez minimum 10 miesięcy brała udział w realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących opracowanie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o łącznej długości tych dróg lub ulic min 4 km na stanowisku projektanta drogowego;

5) pod sformułowaniem „czynny udział w projektowaniu jako projektant drogowy” odwołujący rozumie jako udział w pracach projektowych na stanowisku projektanta drogowego w większym zespole projektowym, gdyż opracowanie dokumentacji projektowych dla dużych inwestycji drogowych czy kolejowych wymaga zaangażowania zespołów projektowych, w ramach których udział bierze nawet po kilku projektantów z danej branży;

6) zamawiający pominął fakt, iż Pan M. P. posiada również wymagane przez zamawiającego doświadczenie na innym zadaniu pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy - Bydgoszcz ~ granica województwa kujawsko - pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 3 części”, w zakresie Części 2 polegającej na „Pełnieniu nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Dworzysko” (bez węzła) do węzła „Aleksandrowo” (z węzłem) o długości około 22,4 km”;

7) przedmiotowe doświadczenie Pana M. P. było również przedstawiane przez AECOM w ramach ofert składanych w innych postępowaniach przetargowych prowadzonych przez podmioty publiczne, w tym Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad; w ramach tych postępowań ten sam zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad badał oferty AECOM i doświadczenie Pana M. P. i nie było ono nigdy wcześniej zakwestionowane;

8) AECOM jako pracodawca Pana M. P., posiadał wiedzę o jego doświadczeniu, które przedstawił w wykazie osób.

Mimo powyższych obszernych wyjaśnień, zamawiający pismem z dnia 10 marca 2020 roku poinformował odwołującego o ponownym wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. i to w oparciu o te same podstawy, które zostały już ocenione przez KIO w prawomocnym wyroku z dnia 26 września 2019 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19. W konsekwencji oferta odwołującego została odrzucona, a zamawiający uznał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Konsorcjum DTŚ / INKO.

Z treści pisma zamawiającego z dnia 10 marca 2020 wynika, iż w ocenie zamawiającego odwołujący przedstawił nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia Pana M. P., gdyż, zdaniem zamawiającego, nie jest prawdą, że Pan M. P. brał udział w opracowaniu dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na zadaniu „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica Poznania” na stanowisku projektanta drogowego. Ponadto, w ocenie zamawiającego, przedstawione przez odwołującego informacje mogłyby wpłynąć na decyzję zamawiającego. Dodatkowo, zamawiający stwierdził, iż odwołujący w sposób niedbały lub lekkomyślny uznał, że doświadczenie Pana M. P. może być kwalifikowane jako doświadczenie na „stanowisku projektanta drogowego”

Odwołujący stoi na stanowisku, że wyżej opisana czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu odwołującego z postępowania została dokonana z naruszeniem przepisów prawa, w tym zwłaszcza art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. Ponadto zamawiający uzasadnił ww. czynność tymi samymi okolicznościami, które zostały już ocenione w prawomocnym wyroku KIO z dnia 26 września 2019 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19, w którym KIO uznała, iż w odniesieniu do odwołującego nie zachodzi żadna z przesłanek do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. Tym samym, należy uznać, iż pismo zamawiającego z dnia 10 marca 2020 roku stanowi nieuprawnioną próbę podważenia ustaleń KIO w ww. wyroku. Dodatkowo, samo uzasadnienie ww. czynności zamawiającego również narusza przepisy P.z.p., gdyż zamawiający przedstawił w nim informacje niezgodne albo niewynikające z dokumentów zgromadzonych w postępowaniu lub wyciągnął z nich nieprawidłowe wnioski.

## 2. Ocena oferty Konsorcjum DTŚ / INKO i zaniechanie wyboru oferty odwołującego

Pismem z dnia 10 marca 2020 roku zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum DTŚ / INKO. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż Konsorcjum DTŚ / INKO spełnia warunki udziału w postępowaniu, oferta jest najkorzystniejszą spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu i wybrana została zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zamawiający przyznał ofercie złożonej przez Konsorcjum DTŚ / INKO łączną liczbę punktów 97,5, w tym:

- 1) 60 pkt w ramach kryterium cenowego;
- 2) 22 pkt w ramach kryterium pozacenowego „Jakość”, w tym:
  - a) 10 pkt za Podkryterium 1.1. - wykonywanie cyklicznych zdjęć - ortofotoraport w postaci ortofotomapy oraz DSM (numeryczny model pokrycia terenu) wraz z przeglądarką www udostępnioną on-line;
  - b) 6 pkt za Podkryterium 1.2. - kontrola jakości;
  - c) 2 pkt za Podkryterium 1.3. - „Help Desk”;
  - d) 2 pkt za Podkryterium 1.4. - Niezmiennność personelu Konsultanta;
  - e) 2 pkt za Podkryterium 1.5. - Szkolenia;
- 3) 15,5 pkt w ramach kryterium pozacenowego „Doświadczenie personelu Wykonawcy”, w tym:
  - 4.5 pkt za Podkryterium 2.1. - Inżynier Kontraktu (wykonawca w ofercie wskazał 2 zadania, które potwierdzają spełnianie wymagań określonych w SIWZ);
  - 2 pkt za Podkryterium 2.2. - Główny Inspektor Nadzoru budowy tuneli (wykonawca w ofercie wskazał 1 zadanie, które potwierdza spełnianie wymagań określonych w SIWZ);
  - 4.5 pkt za Podkryterium 2.3. - Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej (wykonawca w ofercie wskazał 2 zadania, które potwierdzają spełnianie wymagań określonych w SIWZ);
  - d) 4,5 pkt za Podkryterium 2.4. - Technolog (wykonawca w ofercie wskazał 2 zadania, które potwierdzają spełnianie wymagań określonych w SIWZ).

Odwołujący wskazał, iż gdyby zamawiający nie zaniechał oceny oferty złożonej przez odwołującego, to oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący uzyskałby bowiem łączną liczbę punktów 100, w tym:

- 1) 60 pkt w ramach kryterium cenowego;
- 2) 22 pkt w ramach kryterium pozacenowego „Jakość”, w tym:
  - a) 10 pkt za Podkryterium 1.1. - wykonywanie cyklicznych zdjęć - ortofotoraport w postaci ortofotomapy oraz DSM (numeryczny model pokrycia terenu) wraz z przeglądarką www udostępnioną on-line;
  - b) 6 pkt za Podkryterium 1.2. - kontrola jakości;
  - c) 2 pkt za Podkryterium 1.3. - „Help Desk”;
  - d) 2 pkt za Podkryterium 1.4. - Niezmiennność personelu Konsultanta;
  - e) 2 pkt za Podkryterium 1.5. - Szkolenia;
- 3) 18 pkt w ramach kryterium pozacenowego „Doświadczenie personelu Wykonawcy”, w tym:
  - a) 4,5 pkt za Podkryterium 2.1. - Inżynier Kontraktu (odwołujący w ofercie wskazał 2 zadania, które potwierdzają spełnianie wymagań określonych w SIWZ);
  - b) 4,5 pkt za Podkryterium 2.2. - Główny Inspektor Nadzoru budowy tuneli (odwołujący w ofercie wskazał 3 zadania, które potwierdzają spełnianie wymagań określonych w s.i.w.z.);
  - c) 4,5 pkt za Podkryterium 2.3. - Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej (odwołujący w ofercie wskazał 3 zadania, które potwierdzają spełnianie wymagań określonych w s.i.w.z.);
  - d) 4,5 pkt za Podkryterium 2.4. - Technolog (odwołujący w ofercie wskazał 2 zadania, które potwierdzają spełnianie wymagań określonych w s.i.w.z.).

Ponadto, gdyby zamawiający nie wykluczył odwołującego z postępowania a w konsekwencji nie odrzuciłby oferty odwołującego, to Konsorcjum DTŚ / INKO nie otrzymałoby w ramach kryterium cenowego maksymalnej liczby 60 pkt, gdyż to cena brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia zaoferowana przez odwołującego była najniższa.

Dodatkowo, odnosząc się do badania i oceny oferty Konsorcjum DTŚ / INKO odwołujący wskazał również, iż zgodnie z modyfikacją s.i.w.z. nr 3 dokonaną w dniu 20 września 2018 r. i dotyczącą pkt 7.2 ppkt 3 lit. b IDW, zamawiający przewidział określone wymagania dla personelu kluczowego, w tym dotyczące okresu sprawowania danego

stanowiska lub rodzaju inwestycji w zależności od tego czy osoba wskazywana przez wykonawcę osoba sprawowała swoją funkcję wykonawcy robót budowlanych lub dla nadzoru albo przy zarządzaniu zadaniem inwestycyjnym, z ramienia Inwestora.

W przypadku, gdy osoba wskazywana na dane stanowisko sprawowała swoją funkcję przy zarządzaniu zadaniem inwestycyjnym, z ramienia inwestora, zamawiający oczekiwał posiadania przez tę osobę doświadczenia w dłuższym okresie lub dla innego rodzaju inwestycji niż w przypadku pełnienia tożsamego stanowiska przy realizacji robót budowlanych lub przy nadzorze.

Dla osób proponowanych do pełnienia funkcji Specjalisty ds. rozliczeń oraz Specjalisty ds. roszczeń, w przypadku doświadczenia pozyskanego przez te osoby przy zarządzaniu, z ramienia Inwestora, realizacją zadań inwestycyjnych, zamawiający wymagał posiadania minimum 60 miesięcy doświadczenia. Dodatkowo, w odniesieniu do specjalisty ds. rozliczeń, zamawiający wymagał, aby posiadał on doświadczenie przy realizacji min. dróg klasy S (dróg ekspresowych).

#### Specjalista ds. roszczeń

W przypadku pełnienia funkcji specjalisty ds. roszczeń przy zarządzaniu, z ramienia inwestora realizacją zadań inwestycyjnych, jednym z wymogów zamawiającego określonych w pkt 7.2 ppkt 3 lit. b pkt 6 IDW było posiadanie minimum 60 miesięcy doświadczenia na tym stanowisku.

Jako osobę proponowaną do pełnienia funkcji Specjalisty ds. roszczeń, Konsorcjum DTŚ / INKO wskazało Panią J. K., która pełniła funkcje specjalisty ds. roszczeń w okresie od 11.07.2012 do 5.11.2014 (Zadanie 1) oraz od 12.12.2013 do 21.12.2015 (Zadanie 2).

#### Specjalista ds. rozliczeń

W przypadku pełnienia funkcji specjalisty ds. rozliczeń przy zarządzaniu, z ramienia Inwestora realizacją zadań inwestycyjnych, jednym z wymogów zamawiającego określonych w pkt 7.2 ppkt 3 lit. b pkt 5 IDW było, aby doświadczenie tej osoby dotyczyło 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont dróg lub ulic klasy min. S (tj. dróg ekspresowych).

Odwołujący wskazał, iż – jak wynika z opisu doświadczenia Pana J. N. proponowanego do pełnienia tej funkcji przez Konsorcjum DTŚ / INKO – uczestniczył on w realizacji kontraktów związanych z budową odcinków Drogowej Trasy Średnicowej jako specjalista ds. rozliczeń, jakkolwiek oba odcinki Drogowej Trasy Średnicowej są drogami o klasie GP - klasie dróg głównych ruchu przyspieszonego, która jest niższą klasą drogi od drogi ekspresowej.

Ponadto odwołujący wskazał, iż w wykazie osób Konsorcjum DTŚ / INKO zaproponowało osobę Pana P. F. do pełnienia funkcji Specjalisty ds. hydrologii.

W ramach badania oferty Konsorcjum DTŚ / INKO w ww. zakresie przez zamawiającego, zamawiający zwrócił się do Państwowego Instytutu Geologii o potwierdzenie doświadczenia Pana P. F. . Z odpowiedzi Państwowego Instytutu Geologicznego wynika, że Pan P. F. nie wyraził zgody na dysponowanie jego osobą przez Konsorcjum DTŚ / INKO w przetargu i nie miał też o tym wiedzy.

Mając powyższe na uwadze, pismem z dnia 25 października 2019 r. zamawiający zwrócił się do Konsorcjum DTS / INKO o wyjaśnienie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p., czy wskazanie Pana P. F. do pełnienia funkcji Specjalisty ds. hydrologii przy realizacji zamówienia nastąpiło za jego wiedzą i zgodą oraz potwierdzenie czy wykonawca na etapie realizacji usługi będzie dysponował ww. osobą.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, pismem z dnia 31 października 2019 r. Konsorcjum DTŚ / INKO oświadczyło, iż wskazanie Pana P. F. do pełnienia funkcji Specjalisty ds. Hydrologii nastąpiło za jego zgodą. Na dowód powyższego, Konsorcjum DTŚ / INKO załączyło do wyjaśnień oświadczenie Pana P. F. potwierdzające dokonanie uzgodnień.

Odwołujący podniósł, że z załączonego do przedmiotowych wyjaśnień oświadczenia Pana P. F. wynika, iż udzielona przez niego zgoda dotyczy wyłącznie wskazania osoby i doświadczenia w postępowaniu na warunkach wynikających z s.i.w.z., w celu uzyskania zamówienia.

#### Główny Geolog

Odwołujący stwierdził, że na stanowisko Głównego Geologa, Konsorcjum DTŚ / INKO zaproponowało osobę Pana B. C. wskazując trzy zadania, w których uczestniczył jako geolog górniczy lub technolog ds. geologii górniczej.

W zakresie Zadania 1 i 3, realizacje obejmowały pracę przy drażeniu wyrobisk górniczych w skałach i były związane z pracą w Kopalni Soli w Kłodawie, Zadanie 2 dotyczy obecnie realizowanego tunelu w ciągu drogi ekspresowej S7 Kraków - Rabka Zdrój, na odcinku Lubień - Rabka Zdrój.

Zamawiający w SIWZ oczekiwał natomiast minimum 18 miesięcy doświadczenia na stanowisku geologa górniczego - wymóg ten nie został spełniony, a mimo to zamawiający nie zakwestionował oferty Konsorcjum DTŚ / INKO również i w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie odwołującego, Konsorcjum DTŚ / INKO nie tylko nie wykazało, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, ale również wprowadziło



zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków. Ponadto, wadliwe badanie oferty Konsorcjum DTŚ / INKO przez zamawiającego należy traktować jako naruszenie podstawowych zasad prowadzenia postępowania przez zamawiającego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający na str. 4 pisma z dnia 10 marca 2020 roku wskazał, że: „Wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie tego, że oświadczenie złożone przez niego w Formularzu Wykaz osób jest prawdziwe i p. M. P. faktycznie zajmował stanowisko projektanta drogowego przy opracowaniu przedmiotowej dokumentacji”, co jest nieprawdą, gdyż odwołujący w trakcie postępowania przedstawił szereg dokumentów potwierdzających powyższe, np.: oświadczenie z dnia 11 lipca 2019 roku podpisane przez prokurenta AECOM i Pana M. P., z którego wynika, jakie czynności wykonywał Pan M. P. na kwestionowanym zadaniu, zaświadczenie o zatrudnieniu Pana M. P., z którego wynika, iż Pan M. P. jest zatrudniony w AECOM od dnia 3 czerwca 2008 roku na stanowisku projektanta drogowego oraz CV Pana M. P. potwierdzające doświadczenie Pana M. P. na wielu inwestycjach drogowych, w tym na kwestionowanym zadaniu; ponadto na rozprawie w KIO w dniu 24 września 2019 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19 odwołujący okazał wyciąg z plików dotyczących wymiany gruntów i kosztorys odcinka 2 na kwestionowanym zadaniu, wykonany przez Pana M. P.;

Odwołujący wskazał, że zamawiający na str. 6 pisma z dnia 10 marca 2020 roku wskazał, że zadanie pn. „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia Obwodnica miasta Poznania” było jedynym zadaniem wskazanym w odniesieniu do Pana M. P., podczas gdy odwołujący pismem z dnia 2 lipca 2019 roku przekazał zamawiającemu dodatkowe wyjaśnienia i uzupełnienia dotyczące doświadczenia Pana M. P., które potwierdzały, iż Pan M. P. posiadał doświadczenie zgodne z wymogami s.i.w.z. - w pełnieniu funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej w ramach realizacji zamówienia pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy - Bydgoszcz - granica województwa kujawsko - pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 3 części”, w zakresie Części 2 polegającej na „Pełnieniu nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Dworzysko” (bez węzła) do węzła „Aleksandrowo” (z węzłem) o długości około 22,4 km” od dnia 27 listopada 2015 roku do dnia dzisiejszego, co nie zostało w żaden sposób uwzględnione w piśmie zamawiającego z dnia 10 marca 2020 roku.

Odwołujący podniósł, że zamawiający na str. 9 pisma z dnia 10 marca 2020 roku wskazał, że: „w składanych na dalszym etapie postępowania oświadczeniach Konsorcjum Aecom nie wskazywało, tak jak miało to miejsce w Formularzu - Wykaz osób, na doświadczenie Pana M. P. na stanowisku projektanta, ale na fakt, iż ww. brał udział w projektowaniu jako projektant drogowy, jednocześnie przyznając, iż formalnie powyższa funkcja nie została zgłoszona do zatwierdzenia przez Zamawiającego”, co zdaniem zamawiającego może sugerować, iż odwołujący w trakcie postępowania zmienił swoje oświadczenie w porównaniu z oświadczeniem złożonym w wykazie osób, podczas gdy odwołujący od początku przedstawiał informacje zgodne ze stanem faktycznym, a prawidłowość oświadczeń w Wykazie osób, że Pan M. P. pracował na stanowisku projektanta drogowego w okresie od czerwca 2008 roku do listopada 2009 roku była wyjaśniana i wykazywana przez odwołującego w kolejnych pismach składanych w postępowaniu;

Odwołujący podniósł, że zamawiający na str. 10 pisma z dnia 10 marca 2020 roku wskazał, że: „brak należytej weryfikacji zgodności z rzeczywistością informacji podanej przez odwołującego w innych postępowaniach nie może nadawać tej informacji prawdziwości i zgodności z rzeczywistością w przedmiotowym postępowaniu”, podczas gdy odwołujący w postępowaniu stał na stanowisku, że ww. okoliczność potwierdza brak lekkomyślności lub niedbalstwa po stronie odwołującego i działanie w zaufaniu do decyzji podejmowanych przez zamawiającego w innych postępowaniach; co więcej, podobnie przyjęła KIO w wyroku z dnia 26 września 2019 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19 (w sprawie odwołania od pierwszego wykluczenia odwołującego z postępowania) gdzie wskazała, że: „nie chodzi o to, że brak dotychczasowej weryfikacji przez inne oddziały GDDKiA ma nadać spornej informacji prawdziwości w aktualnym postępowaniu, ale co było podstawą uznania przez Odwołującego, że nie wprowadzają one w błąd. Zamawiający nie wykazał żadnego zainteresowania okolicznościami, jakie były podstawy przedstawienia doświadczenia wskazanej osoby na danym zadaniu, co czyniło, że Odwołujący był ich pewny, skoro miała ona inne adekwatne doświadczenie na innych zadaniach”.

W ocenie odwołującego, z powyższego wynika, iż zamawiający nie tylko nieprawidłowo uznał, iż w stosunku do odwołującego zachodzą przesłanki do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., ale również przedstawił w piśmie z dnia 10 marca 2020 roku informacje niezgodne i niewynikające ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, co stanowi naruszenie jednej z podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zasady przejrzystości.

Odwołujący odniósł się do każdej z przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. wykazując brak ich zaistnienia.

1) Informacje przekazane przez odwołującego nie miałyby wpływu na decyzję zamawiającego

W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, iż w niniejszej sprawie z całą pewnością nie zachodzi przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., zgodnie z którą, informacje wprowadzające zamawiającego w błąd mogłyby mieć istotny wpływ na decyzję zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający całkowicie pominął, zarówno w piśmie z dnia 10 marca 2020 roku oraz we wcześniejszych swoich pismach, jak i na etapie podejmowania decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania, iż odwołujący pismem z dnia 2 lipca 2019 roku przekazał zamawiającemu dodatkowe wyjaśnienia i uzupełnienia dotyczące doświadczenia Pana M. P., które potwierdzały, iż Pan M. P. posiadał doświadczenie zgodne z wymogami s.i.w.z. - w pełnieniu funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej w ramach realizacji zamówienia pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy - Bydgoszcz - granica województwa kujawsko - pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 3 części”, w zakresie Części 2 polegającej na „Pełnieniu nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Dworzysko” (bez węzła) do węzła „Aleksandrowo” (z węzłem) o długości około 22,4 km” od dnia 27 listopada 2015 roku do dnia dzisiejszego. Co więcej, jak wynika z dokumentacji stanowiącej załączniki do protokołu z postępowania, zamawiający w dniu 10 lipca 2019 roku skierował pismo nr O.KA.I-4.4143/4.4.2019.1859.S1WG do Oddziału GDDKiA w Bydgoszczy z prośbą o udzielenie informacji, czy Pan M. P. pełni funkcję Głównego Weryfikatora specjalności inżynierskiej drogowej na ww. zadaniu oraz o wskazanie, czy Pan M. P. pełnił tę funkcję od dnia 27 listopada 2015 roku do chwili obecnej, jak również, czy przedmiotowa funkcja obejmowała sprawdzenie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o łącznej długości tych dróg lub ulic min. 4 km.

Oddział GDDKiA w Bydgoszczy, pismem z dnia 16 lipca 2019 roku nr O.BY.I-4.4170.R.65.2019.02.sł, potwierdził, iż Pan M. P. od dnia 27 listopada 2015 roku do chwili obecnej pełni funkcję Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej w ramach realizacji ww. zadania. Ponadto, Oddział GDDKiA w Bydgoszczy, w ww. piśmie, wskazał, iż zakres obowiązków i zadań realizowanych na wskazanym stanowisku wpisuje się w wypełnienie wymaganego doświadczenia wskazanego w piśmie Oddziału GDDKiA w Katowicach z dnia 10 lipca 2019 roku, tj. sprawdzenie

dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z Projektu Budowlanego na budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o łącznej długości tych dróg lub ulic min. 4 km.

Mimo powyższego, z nieznanymi odwołującemu przyczynami, zamawiający w postępowaniu nie uwzględnił przedstawionego przez odwołującego innego doświadczenia Pana M. P. spełniającego wymogi wskazane w pkt 7.2 ppkt 3 lit. b IDW. Co więcej, zamawiający nie tylko nie odniósł się do tego doświadczenia w treści pisma z dnia 10 marca 2020 roku, ale wręcz przedstawił nieprawdziwe informacje, że odwołujący wskazał tylko jedno zadanie w odniesieniu do doświadczenia Pana M. P. . Zamawiający w piśmie z dnia 10 marca 2020 roku wskazał, iż: „nie ulega wątpliwości, że informacje wymagane dla oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu są informacjami mającymi istotny wpływ na podstawowe decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu bowiem stanowią podstawę do wyboru oferty najkorzystniejszej”.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z pkt 7.2. ppkt 3 lit. b IDW, wykonawca powinien przedstawić dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu co najmniej 1 zadanie obejmujące opracowanie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o łącznej długości tych dróg lub ulic min 4 km na stanowisku/stanowiskach: Głównego Projektanta lub Projektanta Drogowego lub Kierownika Zespołu Projektowego. Z niebudzących wątpliwości dokumentów, złożonych przez odwołującego w trakcie postępowania, w tym z pisma z dnia 2 lipca 2019 roku, jak i z informacji potwierdzonych przez Oddział GDDKiA w Bydgoszczy wynika, iż Pan M. P. posiada doświadczenie zgodne z wymogami pkt 7.2. ppkt 3 lit, IDW.

Tym samym, w ocenie odwołującego, nawet gdyby uznać stanowisko zamawiającego odnośnie oceny doświadczenia Pana M. P. na zadaniu pn. „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia Obwodnica miasta Poznania”, to informacje dotyczące tego doświadczenia nie powinny mieć wpływu na decyzję zamawiającego, gdyż zamawiający posiadał informacje o innym doświadczeniu odwołującego spełniającego wymogi s.i.w.z. Zamawiający powinien dokonać badania i oceny oferty odwołującego z uwzględnieniem tego drugiego doświadczenia, co również doprowadziłoby do wniosku, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, a w konsekwencji, że oferta odwołującego jest najkorzystniejsza.

Tymczasem zamawiający, w sposób nieuprawniony podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty, twierdząc, iż informacje wskazane

przez odwołującego w wykazie osób załączonym do pisma odwołującego z dnia 6 maja 2019 roku mogłyby mieć wpływ na decyzję zamawiającego.

Odwołujący wskazał, iż już z uwagi na brak pierwszej przesłanki, wynikającej z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. dotyczącej przedstawienia nieprawdziwych informacji, które mogłyby wpłynąć na decyzję zamawiającego, brak jest podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania.

2) Odwołujący nie działał w sposób lekkomyślny lub niedbały

Odwołujący podniósł, że zamawiający w piśmie z dnia 10 marca 2020 roku wskazał, iż: „w ocenie Zamawiającego treść złożonych przez Konsorcjum Aecom oświadczeń dotyczących doświadczenia p. M. P. wskazuje na to, że możliwe jest przypisanie Wykonawcy co najmniej niedbalstwa przy przedstawianiu Zamawiającemu przedmiotowych informacji.” Co istotne, zamawiający uzasadniając tę przesłankę oparł się na „niedbałym” rozumieniu warunku udziału w postępowaniu przez odwołującego - zajmowania stanowiska „projektanta drogowego”, a nie na ewentualnym niedbałym przedstawieniu informacji przez odwołującego - tj. dołożeniu należytej staranności przy weryfikacji oświadczeń składanych w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający wskazał iż: „posłużenie się przez profesjonalnego odwołującego sformułowaniem „na stanowisku Projektanta drogowego” wskazuje, iż osoba, na której doświadczenie powołuje się on w składanych w postępowaniu dokumentach, faktycznie pełniła funkcję Projektanta drogowego na przedmiotowym zadaniu”, natomiast „zakres odpowiedzialności projektanta jako autora opracowywanej dokumentacji projektowej oraz zakres związanych z nią obowiązków np. wynikających z prawa budowlanego i dotyczących świadczenia nadzoru autorskiego w zasadniczy sposób odróżnia od siebie zakres odpowiedzialności szeregowego członka wieloosobowego zespołu projektowego od osoby zajmującej stanowisko projektanta”.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w dalszej części pisma z dnia 10 marca 2020 roku wskazał także, iż: „Konsorcjum Aecom od początku udziału w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu zdawało sobie sprawę z tego, że Pan M. P. nie był Projektantem drogowym w związku z realizacją zadania „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno- Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia Obwodnica miasta Poznania”.

W ocenie odwołującego, z powyższego jednoznacznie wynika, iż zamawiający przypisuje odwołującemu jedynie ewentualne niedbałe zrozumienie warunku udziału w postępowaniu. Jak natomiast wynika z wyroku KIO z dnia 9 sierpnia 2018 roku, sygn. akt KIO 1468/18: odmienne rozumienie postanowień s.i.w.z. wobec braku nadania im znaczenia przez zamawiającego w dokumentacji postępowania nie może prowadzić do stwierdzenia, iż

wykonawca w wyniku lekkomyślności czy niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w toku postępowania. Wszelkie wątpliwości, niejasności czy też błędy wynikające z treści dokumentacji postępowania nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy ubiegającego się o dane zamówienie publiczne, w tym wpływać na jego status w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że zamawiający na str. 8 pisma z dnia 10 marca 2020 roku sam przyznał, że: „prawidłowość sposobu rozumienia zapisu pkt 7.2 ppkt 3 lit. b) IDW i jednocześnie nieprawidłowe jego rozumienie przez Konsorcjum Aecom zostało ostatecznie potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 26 września 2019 roku, sygn. akt KIO 1754/19”. Jednakże, mimo powyższego, zamawiający pominął fakt, iż z ugruntowanej linii orzecznictwa wprost wynika, iż zamawiający nie jest uprawniony do zarzucania wykonawcy wprowadzenia w błąd, w sytuacji, gdy wykonawca w odmienny sposób zrozumiał warunki wskazane w s.i.w.z. (np. w wyroku z dnia 26 września 2019 roku, sygn. akt KIO 1773/19).

Odwołujący podkreślił również, iż doświadczenie Pana M. P. wskazane w wykazie osób, Pan M. P. nabył pracując w AECOM. AECOM w ramach realizacji zawartych umów i projektów, posiada wiedzę co do swoich pracowników i innych osób biorących udział w ich wykonywaniu oraz jakie czynności wchodziły w zakres ich obowiązków. Kwestionowane przez zamawiającego doświadczenie było związane z realizacją umowy zawartej pomiędzy AECOM (uprzednio: Poznańskie Biuro Projektów Dróg i Mostów „Transprojekt” Sp. z o.o.) i DHV Polska Sp. z o.o. na opracowanie materiałów do decyzji o lokalizacji drogi, Projektu Budowlanego i Wykonawczego oraz Materiałów Przetargowych dla Wschodniej Obwodnicy miasta Poznania w ciągu drogi krajowej nr S5, a więc umowy podwykonawczej w ramach realizacji zadania pn. „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania”. Umowa została zawarta w 2005 roku. Pan M. P. został pracownikiem AECOM w czerwcu 2008 roku na stanowisku projektanta drogowego. Od początku zatrudnienia Pan M. P. brał udział w realizacji ww. zadania na stanowisku projektanta drogowego. Jednak z uwagi na fakt, że w okresie od czerwca do grudnia 2008 roku nie był wpisany na listę Wielkopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa oraz w związku z tym, że umowa była już realizowana od 3 lat, nie został formalnie zgłoszony do zamawiającego.

Odwołujący wskazał również, iż zamawiający w piśmie z dnia 10 marca 2020 roku nie ustalił jaką formę winy można ewentualnie przypisać wykonawcy, a nawet nie ustalił, w którym momencie doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd. Jak wynika z treści pisma zamawiającego z dnia 10 marca 2020 roku: „Konsorcjum Aecom albo od początku

postępowania zdawało sobie sprawę z tego, że złożone Zamawiającemu w treści Formularza - Wykaz osób oświadczenie dotyczące Pana M. P. złożone zostało niezgodnie z rzeczywistością albo zdało sobie sprawę z tego faktu dopiero w jego toku (...). Jeżeli Konsorcjum Aecom od początku udziału w postępowaniu było świadome tego, że podawane przez niego informacje dotyczące doświadczenia Pana M. P. mogą być informacjami niezgodnymi z rzeczywistością, działanie Wykonawcy winno zostać ocenione jako działanie lekkomyślne. Jeżeli natomiast Wykonawca dopiero w toku postępowania zdał sobie sprawę z tego, że informacje, które podał Zamawiającemu w Formularzu - Wykaz osób są informacjami niezgodnymi z rzeczywistością, to oznaczałoby to wystąpienie po stronie Wykonawcy niedbalstwa polegającego na braku należytego zweryfikowania zgodności z rzeczywistością podawanych Zamawiającemu informacji".,

Odwołujący wskazał, że – jak wynika z wyroku KIO z dnia 26 września 2019 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19 (w sprawie odwołania od pierwszego wykluczenia odwołującego z postępowania) – zamawiający powinien wskazać, czy mamy do czynienia z lekkomyślnością, czy niedbalstwem. Powyższe potwierdzają również inne orzeczenia KIO, np. wyrok z dnia 17 grudnia 2019 roku, sygn. akt KIO 2483/19, zgodnie z którym: zarzut podania nieprawdziwych informacji wprowadzających zamawiającego w błąd należy odnosić do konkretnej sytuacji w postępowaniu, a nie tylko do przyjęcia założenia, że informacje, które nie znalazły potwierdzenia w wyniku badania i oceny oferty stanowią już nieprawdziwe informacje.

Odwołujący stwierdził, że z powyższego wynika, iż jeżeli zamawiający uznał, że odwołujący wprowadził go w błąd, to powinien również jednoznacznie ustalić, w którym momencie i która z czynności odwołującego stanowiła przedstawienie nieprawdziwych informacji, jak i czy wprowadzenie w błąd miało formę niedbalstwa czy lekkomyślności. Moment wprowadzenia w błąd jest zwłaszcza istotny, przy uwzględnieniu treści wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 roku, w sprawie o sygn. akt IV Ca 683/12, zgodnie z którym: jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, iż jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający jednak zaniechał powyższego, nie uwzględnił zaleceń KIO z wyroku z dnia 26 września 2019 roku i przyjął hipotetycznie dwie tezy, że odwołujący wprowadził go w błąd w sposób lekkomyślny lub niedbały, na początku postępowania lub w jego trakcie, co nie stanowi wystarczającego wykazania kolejnej przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. - działania odwołującego w sposób niedbały lub lekkomyślny. Tym samym również z tego względu czynność

zamawiającego polegającą na wykluczeniu odwołującego z postępowania należy uznać za podjętą z naruszeniem przepisów prawa.

3) Odwołujący nie wprowadził zamawiającego w błąd – informacje przedstawione przez odwołującego były zgodne z rzeczywistością

Odwołujący podniósł, że zamawiający w piśmie z dnia 10 marca 2020 roku słusznie wskazał, iż przesłanka polegająca na przedstawieniu przez odwołującego informacji wprowadzających zamawiającego w błąd zachodzi, gdy przedstawione informacje są nieprawdziwe, czyli nie mają odzwierciedlenia w rzeczywistości.

Odwołujący stwierdził, iż w zakresie informacji o doświadczeniu Pana M. P. przy zadaniu dotyczącym sporządzenia Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo) Wschodnia Obwodnica miasta Poznania, wskazał prawdziwe informacje, iż Pan M. P. pracował na stanowisku projektanta drogowego w okresie od czerwca 2008 roku do listopada 2009 roku, co obejmowało opracowanie projektu budowlanego i wykonawczego. Natomiast zamawiający w piśmie z dnia 10 marca 2020 roku uznał, iż: „nie jest prawdą, że Pan M. P. brał udział w opracowaniu dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na zadaniu „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica Poznania” na stanowisku projektanta drogowego”. Powyższe Zamawiający ustalił w oparciu o dokumenty i informacje przekazane przez Oddział GDDKiA w Poznaniu, w których widnieją nazwiska zespołów projektowych i sprawdzających, lecz wśród projektantów wchodzących w skład zespołów projektowych brak jest osoby Pana M. P. .

W tym miejscu odwołujący wskazał, iż do realizacji umów na projektowanie przy dużych inwestycjach zatrudnia całe zespoły osób, w ramach których udział bierze nawet po kilku projektantów z danej branży. Oznacza to, wbrew twierdzeniom zamawiającego, że przy realizacji umowy dotyczącej projektowania dróg biorą udział nie tylko projektanci wskazani w dokumentacji projektowej, wskazani w ofercie czy formalnie zgłoszeni zamawiającemu do zatwierdzenia, lecz szereg innych osób, których nazwisko nie musi być przedstawione w dokumentacji projektowej - tak jak w przypadku Pana M. P. . Brak formalnego zgłoszenia projektanta zamawiającemu nie oznacza jednak, iż projektant taki nie bierze udziału w opracowywaniu dokumentacji projektowej ani tym bardziej, iż projektant nie może legitymować się doświadczeniem zdobytym podczas realizacji takiego projektu. Powyższe potwierdzają również umowy zawarte pomiędzy AECOM a Oddziałem GDDKiA w Poznaniu w 2018 roku, gdzie wskazywano jedynie osobę zajmującą stanowisko Głównego Projektanta, a nie cały zespół projektowy.



Odnosząc się do kwestionowanego przez zamawiającego zadania, odwołujący wskazał, iż w dokumentacji projektowej opracowanej przez AECOM (uprzednio Scott Wilson Sp. z o.o.) pn.: „Projekt budowlany odcinek II od km 14+475 do km 34+615” w zestawieniu zespołu projektowego branży roboty drogowe wskazano jedynie dwóch projektantów specjalizacji drogowej. Natomiast na projekcie wykonawczym odcinka II od km 14+475 do km 34+615 widnieją jedynie nazwiska Głównego Projektanta, Projektanta i Sprawdzającego. Powyższe informacje nie odzwierciedlają jednak całości zespołu projektowego pracującego nad tą dokumentacją.

Odwołujący poinformował, że w trakcie postępowania wielokrotnie podkreślał i wskazywał, iż Pan M. P. brał czynny udział w projektowaniu jako projektant drogowy ww. dokumentacji. W okresie od czerwca 2008 roku do listopada 2009 roku Pan M. P. był członkiem większego zespołu projektowego i pracował pod nadzorem głównego projektanta. Jak wynika z oświadczenia z dnia 11 lipca 2019 roku, Pan M. P. wykonywał czynności w zakresie: geometrii poziomej i pionowej drogi ekspresowej, węzłów i MOP, połączenia projektowanych dróg z istniejącym układem komunikacyjnym, zapewnienia dostępności do działek osób trzecich, konstrukcji nawierzchni dróg i parkingów oraz przekroi normalnych szczegółów konstrukcyjnych.

Odwołujący podkreślił, iż informacje przedstawione przez odwołującego w wykazie osób były zgodne ze stanem faktycznym i nie miały na celu wprowadzenia zamawiającego w błąd. Zamawiający nie ustalił w sposób niebudzący wątpliwości, iż Pan M. P. w ogóle nie brał udziału w przygotowywaniu dokumentacji projektowej na kwestionowanym zadaniu. Wręcz przeciwnie, zamawiający na str. 9 pisma z dnia 10 marca 2020 roku wskazał, iż: „sam Pan M. P. nie przypisywał sobie na spornym zadaniu zajmowania stanowiska Projektanta drogowego, potwierdzając wyłącznie, że uczestniczył on w pracach projektowych zespołu drogowego”.

Odwołujący podkreślił, że w jego ocenie warunek spełniała osoba, która była projektantem drogowym, posiadała uprawnienia budowlane w zakresie budownictwa i brała udział w opracowaniu dokumentacji projektowej wraz z innymi osobami. Ewentualnie nieprawidłowe zrozumienie tego warunku przez odwołującego nie może stanowić podstawy do jego wykluczenia z postępowania.

Ponadto, w ocenie odwołującego, zawężenie przez zamawiającego pojęcia „stanowisko projektanta drogowego” i związanego z tym nabytego doświadczenia, jedynie do osób, które nabyły to doświadczenie sprawując samodzielne funkcje techniczne i które były oficjalnie zgłoszone do wykonywania zamówienia, stanowi naruszenie zasady proporcjonalności, o której mowa w art. 22 ust. 1a ustawy P.z.p.

Ponadto, takie rozumienie tego warunku skutkowałoby tym, że tylko bardzo ograniczona grupa specjalistów na rynku mogłaby legitymować się takim doświadczeniem. Co więcej, osoby, które faktycznie brały udział w realizacji zamówienia, a formalnie nie zostały zgłoszone, nie miałyby nigdy możliwości wykazania takiego doświadczenia w jakimkolwiek postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał również, iż zamawiający prowadząc własne rekrutacje na stanowisko kierownika projektu, uznaje wymóg dotyczący uprawnień projektowych lub wykonawczych za wymóg dodatkowy, a więc nie traktuje go jako niezbędny dla zapewnienia prawidłowego wykonywania obowiązków wynikających z tego stanowiska. Tym samym, należy uznać, iż dokonana przez zamawiającego interpretacja wymogów stawianych w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do osoby proponowanej na stanowisko Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej narusza zasadę proporcjonalności. Przedstawione w piśmie z dnia 10 marca 2020 roku oczekiwania zamawiającego nie były konieczne dla umożliwienia oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Odwołujący wskazał również, iż zamawiający nie jest konsekwentny co do interpretacji warunków, jakie musi spełniać osoba proponowana na stanowisko Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej. Wskazane bowiem w wymogach s.i.w.z. inne doświadczenie - na stanowisku „kierownika zespołu projektowego” jest określeniem potocznym, nieunormowanym w przepisach powszechnie obowiązujących i nie stanowi jednej z samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, wyszczególnionych w art. 12 Prawa budowlanego. Tymczasem, zgodnie z pismem zamawiającego z dnia 10 marca 2020 roku, zamawiający oczekiwał, aby projektant drogowy spełniał wymogi określone w art. 12 ust. 1 i art. 12 ust. 7 Prawa budowlanego, podczas gdy co do kierownika zespołu projektowego takich wymogów w Prawie budowlanym nie ma i nie jest tym samym możliwe ich spełnienie.

Odnosząc się natomiast do zarzutu zamawiającego, iż Pan M. P. w okresie od czerwca 2008 roku do listopada 2008 roku w ogóle nie był członkiem właściwej Izby samorządu zawodowego, odwołujący podkreślił, iż zgodnie z pkt 7.2 ppkt 3 lit. b IDW należało wskazać doświadczenie w zakresie projektowania w okresie minimum 10 miesięcy. Odwołujący w wykazie osób wskazał, iż Pan M. P. posiadał doświadczenie na kwestionowanym zadaniu w okresie od czerwca 2008 roku do listopada 2009 roku. Przyjmując nawet wykładnię zamawiającego, że osoba posiadająca doświadczenie na stanowisku projektanta drogowego powinna mieć uprawnienia do wykonywania samodzielnej funkcji technicznej projektanta - uprawnienia projektowe potwierdzone wpisem w drodze decyzji do centralnego rejestru oraz

wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez tę izbę, to Pan M. P. takie doświadczenie na wskazanym w wykazie osób zadaniu posiadał przez więcej niż 10 miesięcy. Pan M. P. ma uprawnienia budowlane od 5 czerwca 2008 roku, zdał egzamin ze znajomości procesu budowlanego oraz umiejętności praktycznego zastosowania wiedzy technicznej i oczekując na wpis na listę Izby Inżynierów uczestniczył jako projektant drogowy w pracach projektowych na kwestionowanym zadaniu. Pan M. P. został wpisany na listę Wielkopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w dniu 1 grudnia 2008 roku - a więc od tego dnia do listopada 2009 roku (12 miesięcy) posiadał oczekiwane przez zamawiającego uprawnienia do wykonywania samodzielnej funkcji technicznej projektanta.

Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniami zamawiającego, iż nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie faktu, że Pan M. P. faktycznie zajmował stanowisko projektanta drogowego przy opracowaniu spornej dokumentacji. Odwołujący przedstawił bowiem m.in.: oświadczenie z dnia 11 lipca 2019 roku podpisane przez prokurenta AECOM i Pana M. P., z którego wynika, jakie czynności wykonywał Pan M. P. na kwestionowanym zadaniu, zaświadczenie o zatrudnieniu Pana M. P., z którego wynika, iż Pan M. P. jest zatrudniony w AECOM od dnia 3 czerwca 2008 roku na stanowisku projektant drogowy oraz CV Pana M. P. potwierdzające doświadczenie Pana M. P. na wielu inwestycjach drogowych, w tym na kwestionowanym przez zamawiającego zadaniu. Ponadto na rozprawie w KIO w dniu 24 września 2019 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19 odwołujący okazał wyciąg z plików dotyczących wymiany gruntów i kosztorys odcinka 2 na tym zadaniu wykonany przez Pana M. P. .

Na marginesie odwołujący wskazał również, iż zamawiający nie zastosował wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. i nie zażądał od odwołującego złożenia dodatkowych dowodów potwierdzających, że Pan M. P. faktycznie zajmował stanowisko projektanta drogowego przy opracowaniu dokumentacji na zadaniu pn.: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica Poznania”. Tym samym całkowicie niezrozumiały jest zarzut zamawiającego, że odwołujący tych dowodów nie przedstawił.

Podsumowując, odwołujący wskazał, iż przesłanka, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. - wprowadzenie zamawiającego w błąd i podania nieprawdziwych informacji przez odwołującego również nie zaistniała w niniejszej sprawie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 197 ust. 1 w zw. z art. 198a ust. 1 ustawy P.z.p., odwołujący wskazał, że KIO już raz rozpoznawała, w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19, odwołanie odwołującego od czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu

odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., które zostało dokonane pismem z dnia 29 sierpnia 2019 roku. Wyrokiem z dnia 26 września 2019 roku w ww. sprawie, KIO ustaliła, iż zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. Wyrok ten nie został zaskarżony przez zamawiającego, nie został też skutecznie zaskarżony przez Konsorcjum DTŚ / INKO.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 197 ust. 1 ustawy P.z.p., orzeczenia KIO mają taką moc prawną jak wyrok sądu. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 12 czerwca 2019 roku, sygn. akt KIO 978/19: jeżeli minął już termin na wniesienie skargi na orzeczenie KIO; rozstrzygnięcie to zyskuje przymiot ostatecznego, a treść orzeczenia wiąże wszystkie inne podmioty. Natomiast w innym wyroku z dnia 8 lipca 2014 roku, sygn. akt KIO 1318/14: do chwili uchylecia wyroku Izby przez sąd, zachowuje on swoją moc i Izba oraz zamawiający jest jego sentencją - w brzmieniu wynikającym z otrzymanego odpisu - związany.

Odwołujący stwierdził, że z uwagi na powyższe, zamawiający prowadzący niniejsze postępowanie jest związany ustaleniami KIO w ww. wyroku. Jak wynika wprost z pkt 1 sentencji ww. wyroku, w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 192 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 198a ust. 1 ustawy P.z.p., odwołujący podniósł, że KIO w wyroku z dnia 26 września 2019 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19, ustaliła nie tylko, że zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., ale również nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania oferty odwołującego oraz wskazała, jakie czynności i okoliczności powinien uwzględnić zamawiający dokonując tej oceny. W związku z tym, po stronie zamawiającego powstał obowiązek respektowania i zastosowania rozstrzygnięcia KIO - nie tylko co do braku podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania, ale również co do obowiązku powtórzenia czynności badania oferty odwołującego, z uwzględnieniem wskazań KIO. Jak wynika bowiem z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy P.z.p., uwzględniając odwołanie, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, a zamawiający takimi nakazami jest związany. Powyższe potwierdziła KIO w wyroku z dnia 2 sierpnia 2012 roku, sygn. akt KIO 1547/12, gdzie wskazano, że: niewątpliwie zamawiający jest zobowiązany do wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. W podobnym tonie wypowiedziała się KIO w wyroku z dnia 4 lutego 2011 roku, sygn. akt KIO 160/11, twierdząc, że gdy dana czynność została dokonana odmienne (tj. niezgodnie z wyrokiem Izby), to podlega ona zaskarżeniu odwołaniem bez żadnych ograniczeń.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący podkreślił, iż zamawiający w niniejszej sprawie, w piśmie z dnia 10 marca 2020 roku, nie uwzględnił nakazań KIO z ww. wyroku i dokonał czynności wykluczenia odwołującego z Postępowania wbrew ustaleniom z tego wyroku.

Odwołujący stwierdził, że KIO w ww. wyroku wskazała, że odwołujący mógł działać w przeświadczeniu, iż doświadczenie zgłoszone już wielokrotnie w innych przetargach prowadzonych przez GDDKiA zostało zweryfikowane, a co może wykluczać lekkomyślność lub niedbalstwo z jego strony. Tymczasem zamawiający w piśmie z dnia 10 marca 2020 roku wskazał, że: „nie zasługuje na uwzględnienie podnoszony przez Wykonawcę argument, zgodnie z którym doświadczenie Pana M. P. było również przedstawiane w ramach ofert składanych w innych postępowaniach przetargowych prowadzonych przez inne podmioty publiczne, w tym Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad i nigdy nie było kwestionowane”.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający zaprzeczył ustaleniom prawomocnego wyroku KIO. Jeżeli zamawiający uznał, że odwołujący działał w sposób lekkomyślny lub niedbały, to powinien przedstawić ewentualnie inne okoliczności, które doprowadziły do takiego wniosku, a nie okoliczności ocenione już przez KIO w ww. prawomocnym wyroku.

Ponadto KIO w ww. wyroku wskazała zamawiającemu, co ma uwzględnić dokonując ponownie oceny oferty odwołującego. KIO podkreśliła m.in., iż zamawiający powinien uzasadnić, dlaczego nie uwzględnił doświadczenia Pana M. P. przedstawionego pismem z dnia 2 lipca 2019 roku. Tymczasem zamawiający w piśmie z dnia 10 marca 2020 roku nie tylko nie przedstawił stosownego uzasadnienia, lecz również, niezgodnie z prawdą, stwierdził, że odwołujący wskazał tylko jedno zadanie w odniesieniu do doświadczenia Pana M. P. .

Odwołujący stwierdził, że KIO w ww. wyroku wskazała także, iż w przypadku analizowania podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania, zamawiający powinien jednoznacznie ustalić, czy działaniu odwołującego można przypisać lekkomyślność, czy niedbalstwo. Tymczasem zamawiający w piśmie z dnia 10 marca 2020 roku wskazał, że „Jeżeli Konsorcjum Aecom od początku udziału w postępowaniu było świadome tego, że podawane przez niego informacje dotyczące doświadczenia Pana M. P. mogą być informacjami niezgodnymi z rzeczywistością, działanie Wykonawcy winno zostać ocenione jako działanie lekkomyślne. Jeżeli natomiast Wykonawca dopiero w toku postępowania zdał sobie sprawę z tego, że informacje, które podał Zamawiającemu w Formularzu - Wykaz osób są informacjami niezgodnymi z rzeczywistością, to oznaczałoby to wystąpienie po stronie Wykonawcy niedbalstwa polegającego na braku należytego zweryfikowania zgodności z rzeczywistością podawanych Zamawiającemu informacji”.

W ocenie odwołującego, powyższe potwierdza, iż zamawiający nie zastosował się do wskazań KIO z ww. wyroku, nie uzasadnił, dlaczego nie uwzględnił doświadczenia Pana M. P. przedstawionego pismem z dnia 2 lipca 2019 roku oraz nie ustalił w sposób jednoznaczny, jaką formę ewentualnej winy można przypisać odwołującemu.

Ponadto, zamawiający w piśmie z dnia 20 marca 2020 roku powielił wcześniejszą argumentację, zgodnie z którą: „przeświadczenie Wykonawcy, że dotychczas wykazywane takie samo doświadczenie w innych postępowaniach było uznawane, nie oznacza, że ma nadać spornej informacji prawdziwości w aktualnym postępowaniu”. Argumentacja ta również podlegała ocenie KIO w ww. wyroku i została zakwestionowana przez KIO. Jak wynika z treści uzasadnienia tego wyroku: „nie chodzi o to, że brak dotychczasowej weryfikacji przez inne oddziały GDDKiA ma nadać spornej informacji prawdziwości w aktualnym postępowaniu, ale co było podstawą uznania przez Odwołującego, że nie wprowadzają one w błąd”.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w piśmie z dnia 10 marca 2020 roku naruszył prawomocny wyrok KIO z dnia 26 września 2019 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19, który ma charakter *res iudicata*.

Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z art. 198a ust. 1 ustawy P.z.p., na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu. Jeżeli zamawiający nie zgadzał się ze stanowiskiem KIO, ze wskazaniami KIO co do dalszych czynności, jakie zamawiający powinien podjąć lub też, jeżeli w ocenie zamawiającego wyrok KIO naruszał przepisy ustawy P.z.p., to powinien skorzystać ze swojego uprawnienia do złożenia skargi na ten wyrok. Zamawiający jednakże wyroku KIO z dnia 26 września 2019 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19 nie zaskarżył, mimo że z treści pisma zamawiającego z dnia 10 marca 2020 roku, wynika, iż zamawiający nie tylko nie zastosował się do nakazów KIO wskazanych w tym wyroku, ale również, że *de facto* nie zgadza się z jego treścią oraz ustaleniami KIO. Natomiast, jak wyżej wskazano, jedyną dopuszczalną formą kwestionowania wyroku KIO jest złożenie skargi do sądu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., zamawiający przekazuje informacje o wykonawcach wykluczonych z postępowania. Natomiast zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W ocenie odwołującego, pismo zamawiającego z dnia 10 marca 2020 r. skierowane do odwołującego, w którym zamawiający poinformował go o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., wymogów tych nie spełnia. Zamawiający w

piśmie tym przedstawił informacje niezgodne albo niewynikające z dokumentów zgromadzonych w postępowaniu lub wyciągnął z nich nieprawidłowe wnioski, co bezpośrednio wskazuje na brak bezstronności w ocenie zgromadzonego materiału przez zamawiającego oraz naruszenie jednej z podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zasady przejrzystości, a także potwierdza nienależyte zbadanie oferty odwołującego. Jest to o tyle istotne, że to właśnie treść tego pisma i jego podstawy, mają bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcy realizacji jego praw w postępowaniu, a także warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie oraz możliwość prawidłowej oceny tej czynności zamawiającego przez KIO.

Odwołujący wskazał zwłaszcza, że zamawiający w piśmie z dnia 10 marca 2020 roku:

1. wskazał nieprawdziwe informacje, iż (i) odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie doświadczenia Pana M. P. na zadaniu pn. „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia Obwodnica miasta Poznania” oraz że (ii) ww. zadanie było jedynym zadaniem wskazanym przez odwołującego w odniesieniu do osoby Pana M. P.;
2. sugeruje, że odwołujący w trakcie postępowania zmieniał swoje oświadczenie w zakresie doświadczenia Pana M. P. na zadaniu pn. „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia Obwodnica miasta Poznania”, podczas nie wynika to z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania;
3. nie wyjaśnił, dlaczego nie wziął pod uwagę doświadczenia Pana M. P. na zadaniu pn.: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy - Bydgoszcz - granica województwa kujawsko - pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 3 części”, w zakresie Części 2 polegającej na „Pełnieniu nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Dworzysko” (bez węzła) do węzła „Aleksandrowo” (z węzłem) o długości około 22,4 km”, które to doświadczenie zostało w sposób jednoznaczny potwierdzone przez Oddział GDDKiA w Bydgoszczy i które spełniało wymogi określone w pkt 7.2. ppkt 3 lit. b) IDW;
4. nie ustalił w sposób jednoznaczny, czy odwołujący można ewentualnie przypisać działanie w sposób lekkomyślności, czy niedbały oraz w którym momencie i w odniesieniu, do którego oświadczenia, odwołujący rzekomo wprowadził zamawiającego w błąd;
5. pominął ustalenia KIO z prawomocnego wyroku z dnia 26 września 2019 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19.

W ocenie odwołującego, z powyższego wynika, iż uzasadnienie decyzji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania zawiera szereg nieścisłości i stwierdzeń rozmiągających się z prawdą. Tym samym należy uznać, iż uzasadnienie to jest niezgodne z art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., narusza prawo odwołującego do uzyskania jednoznacznej i wyczerpującej informacji o faktycznych podstawach decyzji zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania oraz uniemożliwia KIO dokonania oceny tej czynności. Takie działanie zamawiającego jest również niezgodne z jedną z podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zasadą przejrzystości.

Odwołujący wskazał na wyrok KIO z dnia 10 maja 2018 roku w sprawie o sygn. akt KIO 781/18, zgodnie z którym: zamawiający musi dochować należytej staranności m.in. przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie może od tej oceny odstąpić lub dokonywać jej wybiórczo z pominięciem dokumentów, którymi dysponuje.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Odwołujący podniósł, że z powyższego przepisu wynika, iż przed podjęciem decyzji dotyczącej oceny ofert złożonych w postępowaniu zamawiający powinien mieć całkowitą pewność co do złożonych dokumentów przez wykonawców, które potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu, spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego oraz brak podstaw do wykluczenia. Wskazał, że zgodnie ze stanowiskiem przyjętym w doktrynie oraz orzecznictwie, art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. daje zamawiającemu środki nakierowane zwłaszcza na zapobieganie odrzucaniu ofert, które dotknięte zostały usuwalnymi błędami lub niejasnościami (np. w wyroku z dnia 28 października 2019 roku, sygn. akt KIO 2044/19)

Odwołujący wskazał, że jeżeli zamawiający prowadzący przedmiotowe postępowanie uznał, iż przedłożony przez odwołującego wykaz osób nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego (tj. posiadania doświadczenia na stanowisku projektanta drogowego, zgłoszonego oficjalnie w dokumentacji projektowej i



sprawowania samodzielnej funkcji technicznej we wskazanym okresie), to powinien skorzystać z trybu art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., wezwać odwołującego do uzupełnienia wykazu osób o doświadczenie oczekiwane przez zamawiającego i wyjaśnić w jaki sposób należy rozumieć warunki postanowione przez zamawiającego w s.i.w.z. w stosunku do osoby proponowanej na stanowisko Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej. Co istotne, wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. nie jest jedynie uprawnieniem zamawiającego, tylko jego obowiązkiem, którego nie może pominąć.

Odwołujący wskazał, że w niniejszej sprawie, o ile informacje przekazane przez GDDKiA Oddział w Poznaniu spowodowały u zamawiającego wątpliwości, co do doświadczenia Pana M. P. na zadaniu pn.: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia Obwodnica miasta Poznania”, to zamawiający winien był skorzystać z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. i wezwać odwołującego do uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w zakresie oświadczenia o doświadczeniu Pana M. P., czego zaniechał i naruszył tym samym ww. przepis.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż samodzielnie uzupełnił informacje o doświadczeniu Pana M. P. pismem z dnia 2 lipca 2019 roku, które potwierdzało, że Pan M. P. spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 7.2 ppkt 3 lit. b IDW. Podkreślił, iż uprawnienie do samodzielnego złożenia takiego uzupełnienia, jeszcze przed formalnym wezwaniem przez zamawiającego zostało potwierdzone w orzecznictwie. Przykładowo, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 2 października 2019 roku, sygn. akt KIO 1829/19: w wypadku samouzupełnienia dokumentów przez wykonawcę zamawiający winien dokonać oceny samouzupełnionych dokumentów i jeśli są nieprawidłowe - wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. a jeśli są prawidłowe - odstąpić od wzywania do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

Odwołujący wskazał, że złożenie pismem z dnia 2 lipca 2019 roku uzupełnionego wykazu osób, bez uprzedniego wezwania przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą zdolną do realizacji zamówienia na stanowisku Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej, nie było sprzeczne z przepisami ustawy P.z.p. Co więcej, było w pełni uzasadnione, w kontekście powstałych po stronie zamawiającego wątpliwości oraz przy uwzględnieniu ekonomiki postępowania i usprawnienia jego przebiegu. Natomiast pominięcie tego dokumentu przez zamawiającego było bezpodstawne.

Odwołujący wskazał, iż w niniejszej sprawie zamawiający w ogóle nie zastosował art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. w celu wyjaśnienia wątpliwości co do doświadczenia Pana P. oraz nie

uwzględnił doświadczenia Pana M. P. uzupełnionego samodzielnie przez odwołującego pismem z dnia 2 lipca 2019 roku, a co skutkowało bezpodstawnym wykluczeniem odwołującego z postępowania. Tym samym zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. również jest uzasadniony.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p., odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że DTŚ / INKO nie wykazało, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej i określone w pkt 7.2 ppkt 3 lit. b w zakresie osób proponowanych do pełnienia funkcji Specjalisty ds. rozliczeń, Specjalisty ds. roszczeń, Głównego Geologa oraz Specjalisty ds. hydrologii.

Odwołujący wskazał, że Osoby proponowane przez Konsorcjum DTŚ / INKO na stanowiska Specjalisty ds. rozliczeń, Specjalisty ds. roszczeń oraz Głównego Geologa nie posiadają bowiem wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia. Dodatkowo, Konsorcjum DTŚ / INKO wprowadziło zamawiającego w błąd, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu w postaci posiadania przez te osoby wymaganego s.i.w.z. doświadczenia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z modyfikacją s.i.w.z. nr 3 dokonaną w dniu 20 września 2018 roku i dotyczącą pkt 7.2 ppkt 3 lit. b IDW, zamawiający przewidział określone wymagania dla Personelu kluczowego, w tym dotyczące okresu sprawowania danego stanowiska lub rodzaju inwestycji w zależności od tego, czy osoba wskazywana przez wykonawcę sprawowała swoją funkcję dla wykonawcy robót budowlanych lub dla nadzoru albo przy zarządzaniu zadaniem inwestycyjnym, z ramienia Inwestora.

W przypadku, gdy osoba wskazywana na dane stanowisko sprawowała swoją funkcję przy zarządzaniu zadaniem inwestycyjnym, z ramienia Inwestora, zamawiający oczekiwał posiadania przez tą osobę doświadczenia w dłuższym okresie lub innego rodzaju inwestycji niż w przypadku pełnienia tożsamego stanowiska przy realizacji robót budowlanych lub przy nadzorze.

Dla osób proponowanych do pełnienia funkcji Specjalisty ds. rozliczeń oraz Specjalisty ds. roszczeń, w przypadku doświadczenia pozyskanego przez te osoby przy zarządzaniu, z ramienia Inwestora, realizacją zadań inwestycyjnych, zamawiający wymagał posiadania minimum 60 miesięcy doświadczenia. Dodatkowo, w odniesieniu do specjalisty ds. rozliczeń, zamawiający wymagał, aby posiadał on doświadczenie przy realizacji min. dróg klasy S (dróg ekspresowych).

Zamawiający wskazał, iż jak wynika z wykazu osób złożonego przez Konsorcjum DTŚ / INKO, doświadczenie pozyskane przez osoby proponowane do pełnienia funkcji Specjalisty ds. rozliczeń oraz Specjalisty ds. roszczeń wynika z pracy / współpracy tych osób z Drogową Trasą Średnicową S.A. będącej investorem zastępczym inwestycji związanych z budową Drogowej Trasy Średnicowej.

Powyższe potwierdza wykaz usług przedłożony przez Konsorcjum DTŚ / INKO w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p., jak również protokoły odbioru załączone przez Konsorcjum DTŚ / INKO do pisma z dnia 31 października 2019 roku złożonego na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. W wykazie usług, Konsorcjum DTŚ / INKO potwierdziło wykonywanie usługi inwestora zastępczego na przedsięwzięciu inwestycyjnym Kontrakt nr G1 wchodzący w skład projektu Kontynuacja budowy Drogowej Trasy Średnicowej Zachód odcinek Zabrze - Gliwice - Podprojekt 2 - odcinki Z3, Z4 w Zabrzu oraz G1 w Gliwicach.

Ponadto z protokołów odbioru wynika jednoznacznie, iż Drogowa Trasa Średnicowa S.A. była zamawiającym zadania inwestycyjnego pn. Budowa drogi publicznej Drogowej Trasy Średnicowej. Część Zachód od km 5+320,00 do km 8+119,85, Odcinek G1 w Gliwicach.

W ocenie odwołującego, powyższe ma istotne znaczenie dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jak wskazano powyżej, w przypadku doświadczenia pozyskanego przez osoby proponowane do pełnienia funkcji Specjalisty ds. rozliczeń oraz specjalisty ds. roszczeń przy zarządzaniu, z ramienia Inwestora, realizacją zadań inwestycyjnych, Zamawiający wymagał posiadania minimum 60 miesięcy doświadczenia lub innego rodzaju inwestycji drogowej.

Osoby zaproponowane przez Konsorcjum DTŚ / INKO na stanowiska Specjalisty ds. rozliczeń i Specjalisty ds. roszczeń uzyskały doświadczenie przy zarządzaniu, z ramienia Inwestora, określonymi zadaniami inwestycyjnymi. Doświadczenie to zostało bowiem zdobyte podczas pracy dla Drogowej Trasy Średnicowej S.A. będącej investorem zastępczym inwestycji związanych z budową odcinków Drogowej Trasy Średnicowej i zarządzającej kontraktami związanymi z budową poszczególnych odcinków Drogowej Trasy Średnicowej. Konsorcjant - Drogowa Trasa Średnicowa S.A. był ponadto zamawiającym inwestycji związanych z budową Drogowej Trasy Średnicowej.

W takiej sytuacji - uczestniczenia w zespole, który zarządzał z ramienia Inwestora zadaniem lub zadaniami inwestycyjnymi, zamawiający oczekiwał dłuższego - co najmniej 60 miesięcznego - okresu doświadczenia (dla Specjalisty ds. roszczeń) lub innego rodzaju inwestycji (podwyższonej kategorii drogi dla Specjalisty ds. rozliczeń). Wymagania te były podwyższone w stosunku do wykonawców, którzy wykazywali doświadczenie osób

proponowanych do pełnienia określonych funkcji zdobyte podczas realizacji zadań inwestycyjnych w porównaniu z wykonawcami, którzy zdobyli doświadczenie w zespole wykonawcy robót budowlanych lub stricte w nadzorze będącym odrębnym od zamawiającego uczestnikiem procesu inwestycyjnego.

Odwołujący podniósł, że w przypadku pełnienia funkcji specjalisty ds. roszczeń przy zarządzaniu, z ramienia Inwestora realizacją zadań inwestycyjnych, jednym z wymogów zamawiającego określonych w pkt 7.2 ppkt 3) lit. b) pkt 6) IDW było posiadanie minimum 60 miesięcy doświadczenia na stanowisku specjalisty, w zakresie obowiązków którego było rozpatrywanie roszczeń.

Jako osobę proponowaną do pełnienia funkcji Specjalisty ds. roszczeń, Konsorcjum DTŚ / INKO wskazało Panią J. K., która pełniła funkcje specjalisty ds. roszczeń w okresie od 11 lipca 2012 roku do 5 listopada 2014 roku (Zadanie 1) oraz od 12 grudnia 2013 roku do 21 grudnia 2015 roku (Zadanie 2).

Odwołujący stwierdził, że J. K. nie posiada zatem wymaganych przez zamawiającego minimum 60 miesięcy doświadczenia zdobytego jako specjalista ds. roszczeń przy zarządzaniu, z ramienia Inwestora, realizacją 1 lub 2 lub 3 zadań inwestycyjnych.

Odwołujący wskazał, że w przypadku pełnienia funkcji specjalisty ds. rozliczeń przy zarządzaniu, z ramienia Inwestora realizacją zadań inwestycyjnych, jednym z wymogów zamawiającego określonych w pkt 7.2 ppkt 3) lit. b) pkt 5) IDW było, aby doświadczenie tej osoby dotyczyło 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont dróg lub ulic klasy min. S (tj. dróg ekspresowych).

Jak wynika z opisu doświadczenia pana J. N. proponowanego do pełnienia tej funkcji przez Konsorcjum DTŚ / INKO, uczestniczył on w realizacji kontraktów związanych z budową odcinków Drogowej Trasy Średnicowej jako specjalista ds. rozliczeń, jakkolwiek oba odcinki Drogowej Trasy Średnicowej są drogami o klasie GP - klasie dróg głównych ruchu przyspieszonego, która jest niższą klasą drogi od drogi ekspresowej.

Odwołujący zauważył, że J. N. nie posiada zatem wymaganego przez zamawiającego doświadczenia związanego z pełnieniem funkcji specjalisty ds. rozliczeń przy zarządzaniu, z ramienia Inwestora, realizacją dwóch zadań inwestycyjnych dotyczących dróg min. klasy S, tj. dróg ekspresowych.

W odniesieniu do stanowiska Głównego Geologa, odwołujący stwierdził, że Konsorcjum DTŚ / INKO zaproponowało osobę Pana B. C. wskazując trzy zadania, w których uczestniczył jako geolog górniczy lub technolog ds. geologii górniczej.

Zadania 1 i 3 obejmowały pracę przy drażeniu wyrobisk górniczych w skałach i były związane z pracą w Kopalni Soli w Kłodawie, Zadanie 2 dotyczy obecnie realizowanego tunelu w ciągu drogi ekspresowej S7 Kraków - Rabka Zdrój, na odcinku Lubień - Rabka Zdrój.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z s.i.w.z., zamawiający wymagał minimum 18 miesięcy doświadczenia na stanowisku geologa górniczego. Podniósł, że w ramach Zadania 1, Pan B. C. pełnił funkcję geologa górniczego, jakkolwiek w okresie krótszym niż 18 miesięcy. Z kolei w ramach Zadania 2, sprawował funkcję technologa ds. geologii górniczej - a zatem nie odpowiadającą wymogom s.i.w.z. Zadanie 2 obejmuje natomiast obecnie realizowany tunel w ciągu drogi ekspresowej S7 Kraków - Rabka Zdrój, na odcinku Lubień - Rabka Zdrój. Wykonawca wskazał przy tym, iż Pan B. C. sprawuje swoją funkcję na tym zadaniu od dnia 1 lipca 2017 roku. Z pisma zamawiającego Oddziału w Krakowie wynika, że funkcją tą jest pełniona od dnia 1 września 2017 roku.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z s.i.w.z., zamawiający wskazał, iż jako wykonanie zadania należy rozumieć wystawienie Świadectwa Przejęcia wg Subklauzuli 10.1 WK lub dokumentu równoważnego. Nie może być zatem uwzględnione doświadczenie Pana B. C. dotyczące aktualnie realizowanego zadania inwestycyjnego, dla którego nie zostało wystawione Świadectwo Przejęcia lub równoważny dokument.

W ocenie odwołującego, z powyższych względów, nie można uznać, iż Pan B. C. spełnia wymogi s.i.w.z. dotyczące Głównego Geologa z uwagi na brak wymaganego minimalnego okresu doświadczenia przy pełnieniu funkcji geologa górniczego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z wykazem osób, Konsorcjum DTŚ / INKO zaproponowało osobę Pana P. F. do pełnienia funkcji Specjalisty ds. hydrologii.

Odwołujący zauważył, że w ramach badania oferty Konsorcjum DTŚ / INKO przez zamawiającego, zamawiający zwrócił się do Państwowego Instytutu Geologii o potwierdzenie doświadczenia Pana P. F. . Z odpowiedzi Państwowego Instytutu Geologicznego wynika, że Pan P. F. nie wyraził zgody na dysponowanie jego osobą przez Konsorcjum DTŚ / INKO w przetargu i nie miał też o tym wiedzy.

Mając powyższe na uwadze, pismem z dnia 25 października 2019 roku Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum DTŚ / INKO o wyjaśnienie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p., czy wskazanie Pana P. F. do pełnienia funkcji Specjalisty ds. hydrologii przy realizacji zamówienia nastąpiło za jego wiedzą i zgodą oraz potwierdzenie czy wykonawca na etapie realizacji usługi będzie dysponował ww. osobą.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, pismem z dnia 31 października 2019 roku Konsorcjum DTŚ / INKO oświadczyło, iż wskazanie Pana P. F. do pełnienia funkcji Specjalisty

ds. Hydrologii nastąpiło za jego zgodą. Na dowód powyższego, Konsorcjum DTŚ / INKO załączyło do wyjaśnień oświadczenie Pana P. F. potwierdzające dokonanie rzekomych uzgodnień.

Odwołujący stwierdził, że jakkolwiek z załączonego do przedmiotowych wyjaśnień oświadczenia Pana P. F. wynika, iż udzielona przez niego zgoda dotyczy wyłącznie wskazania osoby i doświadczenia w postępowaniu na warunkach wynikających z s.i.w.z., w celu uzyskania zamówienia, to z przedmiotowego oświadczenia nie wynika, aby zgoda Pana P. F. uwzględniała etap realizacji zamówienia, co stanowiłoby podstawę do uznania, iż Konsorcjum DTS / INKO bezpośrednio dysponuje osobą Pana P. F. na potrzeby wykonania zamówienia. Złożone przez Konsorcjum DTS / INKO oświadczenie o bezpośrednim dysponowaniu osobą Pana P. F. jest zatem nieprawdziwe.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z § 13 ust. 4 i 5 projektu Umowy stanowiącego II część s.i.w.z., zamawiający wymaga, aby Specjalista ds. hydrologii został zatrudniony na podstawie umowy o pracę przez Konsultanta.

Jak wynika z doświadczenia Pana P. F. zawartego w wykazie osób od 1996 roku jest pracownikiem Państwowego Instytutu Geologii. W ocenie odwołującego mało jest zatem prawdopodobne, aby zrezygnował z tej pracy wyłącznie na potrzeby kilkuletniego kontraktu, którego dotyczy postępowanie. W ocenie odwołującego, oświadczenie złożone przez Pana P. F. w zakresie wyrażenia zgody na dysponowanie jego osobą wyłącznie w celu uzyskania zamówienia potwierdza powyższe. Konsorcjum DTŚ / INKO nie tylko nie spełniło zatem warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do osoby proponowanej na stanowisko Specjalisty ds. hydrologii, ale co więcej wprowadziło zamawiającego co do spełnienia warunku w tym zakresie i dysponowaniu osobą Pana P. F. na potrzeby realizacji zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., odwołujący wskazał ponadto, iż Konsorcjum DTŚ / INKO wprowadziło zamawiającego w błąd w zakresie dysponowania osobą Pana P. F. w postępowaniu oraz spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej określonego w pkt 7.2 ppkt 3 lit. b IDW w zakresie osób proponowanych do pełnienia funkcji Specjalisty ds. rozliczeń, Specjalisty ds. roszczeń, Głównego Geologa oraz Specjalisty ds. hydrologii.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Ponadto, wykluczeniu podlega również wykonawca, 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 (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p.).

W ocenie odwołującego, informacje wprowadzające w błąd dotyczyły spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a zatem jednej z kluczowych kwestii, która wpływała na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu i ostateczny wynik postępowania.

Odwołujący stwierdził, że działania Konsorcjum DTŚ / INKO mające na celu wprowadzenie w błąd zamawiającego należy kwalifikować jako celowe i zamierzone, a co najmniej jako lekkomyślne i niedbałe.

W odniesieniu do warunków udziału w Postępowaniu dotyczących Specjalisty ds. rozliczeń i Specjalisty ds. roszczeń, Konsorcjum DTŚ / INKO posiadało bowiem wiedzę co do doświadczenia osób proponowanych do pełnienia tych funkcji. Doświadczenie to wynikało bowiem z pracy osób zaproponowanych na te stanowiska przy projekcie realizowanym przez jednego z konsorcjantów - Drogową Trasę Średnicową S.A. będącym inwestorem zastępczym. W odniesieniu do osób proponowanych do pełnienia funkcji Specjalisty ds. rozliczeń i Specjalisty ds. roszczeń, które z ramienia Inwestora, uczestniczyły w zarządzaniu zadaniem inwestycyjnym, zamawiający sformułował ostrzejsze warunki udziału w postępowaniu niż gdyby osoby te sprawowały swoje funkcje dla wykonawcy robót budowlanych lub nadzoru. Mimo przedstawienia dla ww. osób doświadczenia niespełniającego wymogów s.i.w.z., Konsorcjum DTŚ / INKO oświadczyło, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, czym wprowadziło zamawiającego w błąd.

W ocenie odwołującego, nie są również prawdziwe informacje złożone przez Konsorcjum DTŚ / INKO w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez osobę proponowaną do pełnienia funkcji Głównego Geologa - jak wynika wykazu osób, Pan B. C. nie posiada wymaganego minimalnego okresu doświadczenia (18 miesięcy), ponadto podany przez Konsorcjum DTŚ / INKO okres sprawowania przez Pana B. C. funkcji na Zadaniu 2 jest nieprawdziwy. Co więcej, zarówno funkcja sprawowana na Zadaniu 2 przez Pana B. C., jak i fakt braku wydania Świadectwa Przejęcia na ww. zadaniu nie odpowiadają wymogom SIWZ.

W odniesieniu do Specjalisty ds. hydrologii, pismo z Państwowego Instytutu Geologii oraz oświadczenie Pana P. F. zaprzeczają, iż Konsorcjum DTŚ / INKO dysponuje osobą Pana P. F. w celu realizacji zamówienia i zaprzeczają zapewnieniom złożonym w tym zakresie przez Konsorcjum DTŚ / INKO. Oświadczenie złożone przez Pana P. F. wyraźnie potwierdza, iż jego ewentualna zgoda na wskazanie jego osoby w postępowaniu obejmuje wyłącznie postępowania przetargowego i została wyrażona w celu uzyskania zamówienia przez

Konsorcjum DTŚ / INKO. Nie są zatem prawdziwe twierdzenia Konsorcjum DTS / INKO zawarte w treści pisma z dnia 31 października 2019 roku, iż Konsorcjum DTŚ / INKO ustaliło z Panem P. F. warunki jego udziału w realizacji zamówienia oraz twierdzenia, iż z oświadczenia Pana P. F. wynika, że zostało z nim uzgodnione wskazanie go w ofercie Konsorcjum DTŚ / INKO jako osoby przewidzianej do pełnienia funkcji Specjalisty ds. hydrologii na warunkach wskazanych w s.i.w.z. Złożone przez Konsorcjum DTŚ / INKO oświadczenie o bezpośrednim dysponowaniu osobą Pana P. F. jest zatem nieprawdziwe, dodatkowo nakierowane na celowe wprowadzenie zamawiającego w błąd.

W ocenie odwołującego, z powyższych względów, Konsorcjum DTŚ / INKO powinno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący podniósł, że zasada równego traktowania wykonawców, jak wyjaśnił Sąd Okręgowy w Bydgoszczy, oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania ulg i przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców lub złożonych przez nich ofert (postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 17 marca 2008 roku, VIII Ga 22/08).

Odwołujący przywołał również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”), w tym wyroki TSUE z dnia 7 kwietnia 2016 roku, Partner A. Dariusz v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, C-324/14, z dnia 24 maja 2016 roku, MT Højgaard A/S i Zublin A/S v. Banedanmark, C-396/14, Legalis oraz 16 grudnia 2008 roku, Michaniki, C-213/07, Legalis i przytoczone tam orzecznictwo) oraz Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 4 czerwca 2019 roku w sprawie o sygn. akt KIO 916/19.

W ocenie odwołującego, powyższe zasady nie są stosowane przez zamawiającego w toku postępowania. Zamawiający podejmuje działania i zaniechania, które mają na celu dyskryminację odwołującego w postępowaniu i wykluczenie go z postępowania i dokonanie wyboru oferty Konsorcjum DTŚ / INKO mimo podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania oraz w związku z niespełnianiem przez Konsorcjum DTŚ / INKO warunków udziału w postępowaniu.



### *Stanowisko zamawiającego*

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 czerwca 2020 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Odpowiadając na zarzut nr 1 odwołania dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający wskazał, że uzasadnione oraz konieczne było wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. Odwołujący w wyniku niedbalstwa (ewentualnie lekkomyślności) przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wbrew twierdzeniom odwołania zamawiający uzasadniając czynność wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. w dostateczny sposób wykazał, że zostały spełnione wszystkie trzy przesłanki wynikające z tego przepisu:

- 1) przedstawione przez wykonawcę informacje wprowadzają zamawiającego w błąd,
- 2) informacje wprowadzające w błąd mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego,
- 3) przedstawienie informacji wprowadzających w błąd nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

Zamawiający podkreślił, że Izba w treści uzasadnienia wyroku z dnia 26 września 2019 r. jednoznacznie potwierdziła zasadność dotychczasowego stanowiska zamawiającego odnośnie sposobu rozumienia wymogu z pkt 7.2.3 lit. b ppkt 13 s.i.w.z. Zgodnie z wymogiem zawartym w pkt 7.2.13, lit. b ppkt 13 s.i.w.z. TOM I (IDW), osoba proponowana do pełnienia funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej, miała legitymować się następującym doświadczeniem:

„Minimum 10 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących opracowanie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o łącznej długości tych dróg lub ulic min. 4 km na stanowisku/stanowiskach:

Głównego Projektanta lub

Projektanta Drogowego

lub Kierownik Zespołu Projektowego lub doświadczenie przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących sprawdzenie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o łącznej długości tych dróg lub ulic min, 4 km na stanowisku/stanowiskach:

Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej lub Weryfikatora dokumentacji projektowej robót drogowych

Jako opracowanie lub sprawdzenie dokumentacji projektowej należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Protokołu odbioru dokumentacji projektowej lub równoważnego dokumentu. ”

Jak wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19 „Z postanowień SIWZ przywołanych w informacji o wykluczeniu z 29 sierpnia 2019 r. wynika bowiem, w ocenie Izby, że chodziło o wykazanie się przez osobę wskazaną, określonym oczekiwanym doświadczeniem "na stanowisku/stanowiskach", nie zaś o wykazanie jakiegokolwiek projektanta, czy też uczestnika prac projektowych zespołu drogowego. Należy przychylić się do stanowiska Zamawiającego, że osoby na danych stanowiskach opracowują dane dokumenty i podpisują je, biorą więc odpowiedzialność za ich treść. Przysługują im także z tego tytułu prawa autorskie, czy też obowiązki związane z nadzorem. Nie można uznać, do czego *de facto* dąży odwołujący, aby objąć doświadczeniem nieograniczoną liczbę osób, które pracowały nad projektem i umożliwić im wykazywanie się doświadczeniem z niego wynikającym. W tym zakresie także dowody przedstawione przez Odwołującego nie są przekonujące, gdyż można je równie dobrze sprowadzić do tego, że osoba wykazana C.) zajmowała się co najwyżej kosztorysowaniem, a i to nie zostało wykazane w sposób dostateczny. Sam zaś Odwołujący wyraźnie wskazywał na problemy dowodowe w tym zakresie, z uwagi na upływ czasu i zgon Kierownika Projektu".

W ocenie zamawiającego, za niezasadne należy uznać tym samym wielokrotnie przytaczane twierdzenia odwołania, jakoby zgodnie z pkt 7.2.3. lit. b ppkt 13 s.i.w.z. TOM I (IDW) wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem na stanowisku Projektanta drogowego mogła się legitymować niezgłoszona zamawiającemu osoba wyłącznie uczestnicząca przy opracowywaniu dokumentacji projektowej, która nie posiadała uprawnień do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (nie była wpisana na listę członów właściwej Izby samorządu zawodowego) i nie podpisywała przygotowywanej dokumentacji. Z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie wynika, że za Projektanta drogowego w rozumieniu przedmiotowego wymogu s.i.w.z. można uznać wyłącznie zgłoszoną zamawiającemu osobę posiadającą uprawnienia do wykonywania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie (w zakresie projektowania) i podpisującą przygotowywaną przez siebie dokumentację projektową. Zamawiający przypomniał, że w złożonym na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. „Wykazie osób” na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na stanowisko Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej, odwołujący wskazał Pana M. P. z doświadczeniem projektanta drogowego w okresie od 06.2008 r. do

11.2009 r. przy opracowywaniu dokumentacji projektowej dla zadania „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo), Wschodnia obwodnica miasta Poznania”. Było to jedyne zadanie wskazane pierwotnie przez odwołującego w odniesieniu do tej osoby.

Zamawiający zauważył, że odwołujący nie wskazał w treści „Wykazu osób”, że Pan M. P. brał udział w przygotowaniu dokumentacji projektowej na podanym zadaniu, czy też, że był zaangażowany w jej opracowanie. Odwołujący chcąc potwierdzić spełnianie wymagań zawartych przez zamawiającego w s.i.w.z. wprost wskazał, że wskazywana przez niego osoba tj. p. M. P. posiada doświadczenie na stanowisku Projektanta drogowego.

W treści pisma z dnia 10 marca 2020 r. zamawiający przedstawił szereg okoliczności, z których jednoznacznie wynika, że Pan M. P. nie zajmował stanowiska Projektanta drogowego na zadaniu „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania”.

Zamawiający wyjaśnił, że w okresie od 06.2008 r. do 11.2008 r., wskazywanym przez odwołującego w „Wykazie osób”, Pan M. P. nie posiadał nawet uprawnień do wykonywania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w zakresie projektowania. Z dokumentów przedłożonych przez odwołującego jednoznacznie wynika, że osoba ta została wpisana na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego dopiero dnia 1 grudnia 2008 r. Powołując przepisy ustawy Prawo budowlane oraz ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów zamawiający w piśmie z dnia 10 marca 2020 r. w sposób nie budzący wątpliwości wykazał, że osobą posiadającą doświadczenie na stanowisku projektanta drogowego tj. osobą posiadającą doświadczenie w zakresie wykonywania samodzielnej funkcji technicznej projektanta, może być wyłącznie osoba, która nie tylko posiada stosowne uprawnienia projektowe potwierdzone wpisem w drodze decyzji, do centralnego rejestru, ale również legitymuje się wpisem na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzonym zaświadczeniem wydanym przez tę izbę.

Zamawiający stwierdził, że w toku postępowania dwukrotnie uzyskał stanowisko zamawiającego, na rzecz którego było realizowane zadanie wskazywane przez odwołującego w „Wykazie osób”, tj. Oddziału GDDKiA w Poznaniu. W piśmie z dnia 21.05.2019r. stwierdzono, że: „Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu nie potwierdza informacji pełnienia funkcji projektanta drogowego przez Pana M. P. przy opracowaniu dokumentacji projektowej dla zadania polegającego na budowie drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł „Kleszczewo) Na projektowej dokumentacji widnieją nazwiska innych projektantów, ”

Wobec wyjaśnień odwołującego przedstawionych w piśmie z dnia 18 czerwca 2019 r., zamawiający pismem z dnia 10.07.2019r. ponownie zwrócił się do Oddziału GDDKiA w Poznaniu o zweryfikowanie wykonanej na rzecz ww. jednostki organizacyjnej dokumentacji projektowej:

„Czy Pan M. P. pełnił funkcję Projektanta drogowego na zadaniu: Droga S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo. Wschodnia Obwodnica miasta Poznania). Z informacji uzyskanej od Konsultanta wynika, że: Pan M. P. brał czynny udział w projektowaniu jako projektant drogowy.

Oddział GDDKiA w Poznaniu pismem z dnia 10.07.2019r. ponownie nie potwierdził faktu pełnienia funkcji Projektanta drogowego przez Pana M. P. przy opracowaniu dokumentacji projektowej dla wymienionego zadania. Jednocześnie podkreślono, że nazwisko ww. osoby nie figuruje w dokumentacji projektowej. Dodatkowo, Oddział GDDKiA w Poznaniu na potwierdzenie powyższego przekazał fragmenty Projektów Zagospodarowania Terenu, na których widnieją nazwiska zespołów projektowych i sprawdzających.

Zamawiający dokonał także samodzielnego sprawdzenia dokumentacji projektowej dla zadania pn.: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania". W wyniku tego sprawdzenia ustalono, wśród projektantów wchodzących w skład zespołów projektowych opracowujących przedmiotową dokumentację projektową brak jest osoby Pana M. P.. Zauważył, że szczegółowe zestawienia projektantów i projektantów sprawdzających stanowiące część dokumentacji projektowej, przekazane zostały zamawiającemu wraz z przedmiotową dokumentacją przez jej wykonawcę tj. Biuro Projektowe DHV POLSKA Sp. z o.o. Zestawienia te również nie potwierdzają, że Pan M. P. zajmował stanowisko Projektanta drogowego na wskazywanym przez odwołującego zadaniu.

W ocenie zamawiającego, nie bez znaczenia dla oceny stanu faktycznego sprawy jest również fakt, że okoliczność, że Pan M. P. nie zajmował stanowiska Projektanta drogowego na przedmiotowym zadaniu została w toku niniejszego postępowania przyznana przez samego odwołującego. W odpowiedzi na wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. wezwanie do wyjaśnień z dnia 7 czerwca 2019 r., odwołujący pismem z dnia 18 czerwca 2019 r. podtrzymał swoje stanowisko w zakresie dotyczącym pełnienia przez ww. osobę funkcji projektanta drogowego na wskazanym w „Wykazie Osób” zadaniu, z zastrzeżeniem, iż – jak wyjaśnił odwołujący: „Formalnie powyższa funkcja nie została zgłoszona do zatwierdzenia przez Zamawiającego, niemniej jednak Pan M. P. brał czynny udział w projektowaniu jako projektant drogowy”.

Zamawiający wskazał, że prawidłowość stanowiska zamawiającego co do braku zajmowania przez Pana M. P. stanowiska Projektanta drogowego na zadaniu wskazanym w

„Wykazie osób” została prawomocnie potwierdzona przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 26 września 2019 r. (KIO 1754/19), gdzie trafnie przyjęto: „Jak wynika z powyższego, Wykonawca zatem nie przedstawił zamawiającemu żadnych dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska, ale *de facto* jednoznacznie sam potwierdził, iż wskazana przez niego osoba nie została formalnie zgłoszona Zamawiającemu jako projektant drogowy,” jest generalnie wystarczające. choć pewne elementy mogłyby być przedstawione w czytelniejszy sposób, w zakresie tego ile razy zamawiający weryfikował doświadczenie wskazanej osoby, w jakich terminach” (str. 41). Wskazaniem orzeczeniem Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła zatem co do zasady słuszność stanowiska zamawiającego w przedmiotowej kwestii.

Zamawiający zaznaczył również, że odwołujący wbrew twierdzeniom odwołania nie wykazał w toku postępowania, że Pan M. P. pomimo braku formalnego zajmowania stanowiska Projektanta drogowego faktycznie wykonywał czynności projektowe związane z opracowywaniem projektu budowlanego i wykonawczego. Przedstawione przez odwołującego szczątkowe dowody mogą, zdaniem zamawiającego, wskazywać, że osoba ta zajmowała się co najwyżej kosztorysowaniem, przy czym zgodzić się należy z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2019 r., w którym stwierdzono, że nie zostało to wykazane w sposób dostateczny”. Również w dalszym toku czynności oraz we wniesionych środkach ochrony prawnej odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, z których wynikałoby wbrew faktom i dowodom przedstawionym przez zamawiającego, zaangażowanie Pana M. P. w wykonywanie czynności projektowych w ramach wskazanego przez Odwołującego w „Wykazie Osób” zadania.

Zamawiający podtrzymał stanowisko, zgodnie z którym analiza przedłożonych przez odwołującego dokumentów, oświadczeń, wyjaśnień oraz informacji uzyskanych przez zamawiającego w wyniku przeprowadzonych czynności weryfikacyjnych, wskazuje na to, iż odwołujący w „Wykazie osób” przedstawił informacje niezgodne z rzeczywistością w zakresie dot. zajmowania przez Pana M. P. stanowiska Projektanta drogowego na zadaniu wskazanym w „Wykazie osób”.

W zakresie uzasadnienia drugiej przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., zamawiający wskazał, że w piśmie z dnia 10 marca 2020 r. szczegółowo opisał i uzasadnił wszystkie czynności podjęte wobec odwołującego w ramach procedury odwróconej. Zamawiający podtrzymał, że podanie przez odwołującego w „Wykazie osób” nieprawdziwych informacji, skutkowało mylnym przekonaniem zamawiającego, że wskazane doświadczenie Pana M. P. faktycznie spełnia wymogi z pkt 7.2.3 lit. b ppkt 13 s.i.w.z. Gdyby zatem zamawiający nie dołożył należytej staranności w zakresie weryfikacji przedstawionego

doświadczenia Pana M. P., to oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza, a więc zamawiający podjąłby inną decyzję aniżeli decyzja, w której w błąd ten nie zostałby wprowadzony. Bez znaczenia dla uznania spełnienia przedmiotowej przesłanki jest przy tym to czy ostatecznie zamawiający został skutecznie wprowadzony w błąd czy też nie. W świetle art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu - tak między innymi Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 20 lipca 2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 849/18,

Zamawiający podniósł, że do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty. Z uwagi na podanie przez odwołującego w „Wykazie osób” informacji nieprawdziwych w zakresie doświadczenia Pana M. P. na stanowisku Projektanta drogowego, niedopuszczalne było ich zastąpienie informacjami podanymi przez odwołującego na późniejszym etapie postępowania (uzupełnienie doświadczenia wskazywanej osoby zawarte w piśmie z dnia 2 lipca 2019 r.). Zamawiający wskazał, że zgodnie z jednolitą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, nieprawdziwej informacji mającej lub mogącej mieć wpływ na wynik postępowania nie można w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. zastępować inną informacją, choćby była prawdziwa i również wskazywała na spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji, jeżeli wykonawca przedstawia zamawiającemu nieprawdziwe informacje, które stanowią podstawę pozytywnej weryfikacji złożonej w postępowaniu oferty, nie może jednocześnie twierdzić, że wymagają one uzupełnienia. W takim przypadku, oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu tyle, że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa a nie niepełna czy błędna. Tymczasem przesłanką zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. jest sytuacja, w której oświadczenia lub dokumenty zawierają tego rodzaju błędy, że z ich treści nie wynika potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu” (tak m.in. wyroki KIO z dnia 21.02.2017 r. sygn. akt. KIO 205/17, sygn. akt.206/17; wyrok KIO z dnia 21.03.2018 r. sygn. akt KIO 421/18, KIO 431/18). Zgodnie z jednolitą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, nieprawdziwej informacji mającej lub mogącej mieć wpływ na wynik postępowania nie można w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. zastępować inną informacją, choćby była prawdziwa i również wskazywała na spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazał, że także wystąpienie trzeciej przesłanki wynikającej z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. zostało należycie i szeroko uzasadnione w piśmie zamawiającego

z dnia 10 marca 2020 r. Nie można zgodzić się z odwołującym, że zamawiający nie zarzucił odwołującemu braku dochowania należytej staranności przy weryfikacji oświadczeń składanych w postępowaniu. Zamawiający wprost wskazał i należycie uzasadnił, że treść złożonych przez odwołującego oświadczeń dotyczących doświadczenia Pana M. P. wskazuje na to, że możliwe jest przypisanie odwołującemu co najmniej niedbalstwa przy przedstawianiu zamawiającemu przedmiotowych informacji. Zamawiający przedstawił rozumienie pojęcia niedbalstwa oraz lekkomyślności odwołując się do wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 lipca 2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 849/18. zgodnie z którym: „Działając na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (tzn. jest świadomy, że może podać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego nie dojdzie) lub niedbalstwa (tzn. podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

Zamawiający zaznaczył, że w świetle przywołanego w piśmie z dnia 10 marca 2020 r. postanowienia s.i.w.z. oraz jego rozumienia potwierdzonego przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 26.09.2019 r. (KIO 1754/19), zdaniem zamawiającego dla profesjonalisty zawodowo trudniącego się danego rodzaju działalnością (art. 355 § 2 K.c.) różnica pomiędzy zajmowaniem stanowiska Projektanta drogowego w ramach prowadzonych prac projektowych, a wyłącznie uczestniczeniem w pracach zespołu projektowego nie powinna budzić najmniejszych wątpliwości. Nie ulega także wątpliwości, na co również zwróciła uwagę we wskazanym orzeczeniu Krajowa Izba Odwoławcza, że zakres odpowiedzialności projektanta jako autora opracowywanej dokumentacji projektowej oraz zakres związanych z nią obowiązków np. wynikających z prawa budowlanego i dotyczących świadczenia nadzoru autorskiego w zasadniczy sposób odróżnia od siebie zakres odpowiedzialności szeregowego członka wieloosobowego zespołu projektowego od osoby zajmującej stanowisko Projektanta drogowego.

Zamawiający zauważył, że zgodnie z treścią oświadczenia złożonego przez Odwołującego w Formularzu - Wykaz osób, w związku z realizacją zadania: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo) Wschodnia obwodnica miasta Poznania” Pan M. P. miał legitymować się doświadczeniem na stanowisku Projektanta drogowego w okresie (od 06.2008 do 11,2009). Posłużenie się przez profesjonalnego wykonawcę sformułowaniem „na stanowisku Projektanta drogowego” wskazuje jednoznacznie, iż osoba, na której doświadczenie powołuje się on w składanych w postępowaniu dokumentach, faktycznie pełniła funkcję Projektanta drogowego na

przedmiotowym zadaniu. Jednocześnie wskazana przez odwołującego osoba nie zajmowała stanowiska Projektanta drogowego na przedmiotowym zadaniu.

Ocena postępowania wykonawcy biorącego udział w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego winna być oceniana przez pryzmat zawodowego charakteru jego działalności. Zgodnie z art. 355 § 2 K.c., należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2018 r., KIO 1983/18, „Za profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, W tym wypadku wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, bowiem te składane w toku przetargu zmierzają do udzielenia zamówienia publicznego temu właśnie wykonawcy i mają wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, Jeżeli wykonawca przedstawia w złożonym przez siebie oświadczeniu informacje odnośnie osób, którymi dysponuje, pozostające w sprzeczności z faktami, zaś zamawiający z łatwością może dotrzeć do właściwych informacji, to uznać należy, że wykonawca wykazał się co najmniej niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17. Jak wskazuje się w orzecznictwie, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r., IV CK 151/03).

Zamawiający podtrzymał, że brak należytej weryfikacji w innych prowadzonych postępowaniach podanej przez wykonawcę informacji i jednocześnie dokonanie rzetelnej weryfikacji tej informacji przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, nie może legitymizować oczywistej niedbałości w podejmowanych przez wykonawcę działaniach i braku rzetelnej weryfikacji okoliczności faktycznych objętych treścią składanych oświadczeń. Nie może również ulegać wątpliwości fakt, iż to, że dany zamawiający nie zweryfikował przekazywanych mu w toku postępowania informacji, nie zwalniał wykonawcy z obowiązku dochowania należytej, przynależnej profesjonalistcie staranności przy weryfikowaniu oświadczeń składanych zamawiającemu w niniejszym postępowaniu, Przyjęcie w tym zakresie odmiennego stanowiska prowadziłoby do wniosku, że brak należytej weryfikacji przez wykonawcę lub innych zamawiających podawanej w innych postępowaniach informacji i niezakwestionowanie jej niezgodności z rzeczywistością przez innych zamawiających, uprawniałoby wykonawcę do posługiwania się tą informacją w kolejnych postępowaniach.



Zamawiający wyjaśnił, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 września 2019 r., w żadnej mierze wbrew stanowisku zawartemu w odwołaniu nie przesądziła, że odwołującemu nie można zarzucić niedbalstwa lub lekkomyślności w przedstawianiu informacji w przedmiotowym „Wykazie osób”. Izba wskazała jedynie, że zamawiający w toku ponownego badania i oceny ofert powinien dokonać ustaleń w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 odwołania, dotyczącego naruszenia art. 197 ust. 1 w zw. z art. 198a ust. 1 ustawy P.z.p., oraz zarzutu nr 3 odwołania dotyczącego naruszenia art. 192 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 198a ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający wskazał, że oczywiście bezzasadne są zarzuty odwołującego dotyczące rzekomej próby podważenia przez zamawiającego prawomocnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2019 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19. Wskazany orzeczeniem Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła w części odwołanie wniesione przez odwołującego i w konsekwencji nakazała zamawiającemu unieważnienie czynność wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą oraz nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający stwierdził, że w uzasadnieniu wyroku z dnia 26 września 2019 r. podkreślono, że wykluczenie wykonawcy uznano za niezgodne z przepisami ustawy P.z.p. w związku z tym, że zamawiający w sposób niewystarczający uzasadnił tę czynność: „Należy bowiem uznać, że skoro Zamawiający w sposób niewystarczający uzasadnił podstawy faktyczne wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, to jednocześnie skutkuje to uznaniem, że także nie wykazał trafności swojego stanowiska, co do samej konieczności czynności wykluczenia Odwołującego na podstawie art 24 ust. 1 pkt 17) Pzp”,

Zamawiający stwierdził, iż – wbrew twierdzeniom odwołującego – Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z dnia 26 września 2019 r. nie stanęła na stanowisku, że nie zaistniały przesłanki wykluczenia odwołującego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. Jak jednoznacznie wynika z uzasadnienia wydanego w sprawie rozstrzygnięcia, Izba wskazała jedynie, że zamawiający powinien ponowić czynność badania i oceny ofert, zwracając uwagę, iż niewystarczająco uzasadnił wystąpienie podstaw faktycznych wykluczenia odwołującego, co w konsekwencji w ocenie Izby skutkowało uznaniem, że nie wykazał on trafności swojego stanowiska:

Zamawiający podkreślił, że stanowisko o braku prawomocnego rozstrzygnięcia w wyroku z dnia 26 września 2019 r. kwestii faktycznego zaistnienia przesłanek wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. potwierdziła jednoznacznie Krajowa Izba Odwoławcza w kolejnym orzeczeniu wydanym w niniejszym postępowaniu, tj. w wyroku z dnia 19 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2239/19. Oddalając w całości odwołanie

Odwołującego Izba jasno wyjaśniła, że: „Nie sposób uznać, jak chce tego odwołujący, że Izba przesądziła w treści wyroku, że wobec niego nie podstawy do wykluczenia z postępowania. Stwierdziła jedynie, że zamawiający w uzasadnieniu decyzji w sposób niewystarczający uzasadnił podstawy faktyczne wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, co w ocenie składu orzekającego w sprawie KIO 1754/19 skutkowało jednocześnie uznaniem, że także nie wykazał trafności swojego stanowiska, co do samej konieczności czynności wykluczenia odwołującego na podstawie tego przepisu. Izba wskazała również, że "w konsekwencji od ewentualnych ustaleń zamawiającego w toku ponownego badania i oceny ofert, jak i ewentualnego wykazania i wyczerpującego uzasadnienia wszystkich trzech przesłanek, a więc także drugiej z nich będzie zależało czy była podstawa prawna do wykluczenia z postępowania na podstawie art, 24 ust. 1 pkt 17". Skład orzekający w sprawie KIO 1754/19 jednoznacznie zatem stwierdził, że nie wszystkie okoliczności zostały przez zamawiającego wskazane w uzasadnieniu",

Odnosząc się do zarzutu nr 4 odwołania dotyczącego naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający podtrzymał stanowisko, zgodnie z którym odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który s.i.w.z., że Pan M. P. zajmował stanowisko Projektanta drogowego w rozumieniu s.i.w.z. na przedmiotowym zadaniu. Przedłożone przez odwołującego „dowody”, zostały szczegółowo przeanalizowane przez zamawiającego i jednoznacznie w ocenie zamawiającego wskazują, że osoba ta nie zajmowała stanowiska Projektanta drogowego na wskazanym w „Wykazie osób” zadaniu, a stanowisko to zajmowały inne osoby.

Zamawiający podkreślił, że przedkładane przez odwołującego dokumenty dotyczą wyłącznie okoliczności faktycznego udziału przez Pana M. P. przy wykonywaniu dokumentacji projektowej przez inne osoby zajmujące stanowisko Projektantów drogowych. Zamawiający już powyżej wskazywał, że przedstawione przez odwołującego dowody mogą zdaniem Zamawiającego wskazywać co najwyżej, że osoba ta zajmowała się kosztorysowaniem, przy czym zgodzić się należy z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2019 r., sygn. akt: KIO 1754/19, w którym stwierdzono, że „i to nie zostało wykazane w sposób dostateczny”.

Zamawiający wskazał, że w piśmie z dnia 10 marca 2020 r. szczegółowo opisał kolejne czynności podejmowane przez zamawiającego i przywołał literalną treść udzielonych przez odwołującego odpowiedzi. Zamawiający podtrzymał, że informacje o tym, że Pan M. P. „brał czynny udział w projektowaniu jako projektant drogowy” oraz, że „formalnie powyższa funkcja nie została zgłoszona do zatwierdzenia przez Zamawiającego” zostały przekazane zamawiającemu dopiero w piśmie odwołującego z dnia 18.06.2019 r. W pierwszym „Wykazie

osób” odwołujący na potwierdzenie spełnienia wymagań s.i.w.z. wskazał, że Pan M. P. pełnił funkcję Projektanta drogowego. W kolejnych pismach odwołującego, składanych na dalszym etapie postępowania, Odwołujący nie wskazywał już, tak jak miało to miejsce w Formularzu - „Wykaz osób”, na „doświadczenie Pana M. P. na stanowisku projektanta drogowego”, ale na fakt, iż w/w „brał czynny udział w projektowaniu jako projektant drogowy”, jednocześnie przyznając, iż „formalnie powyższa funkcja nie została zgłoszona do zatwierdzenia przez Zamawiającego” - pismo odwołującego z dnia 18.06.2019 r.

Zamawiający podniósł, że również zgodnie z treścią oświadczenia, przekazanego przez GDDKiA Oddział w Poznaniu za pismem z dnia 10.07.2019r., datowanym na dzień 11.07.2019 r., jakie złożone zostało przez Konsorcjum Aecom i podpisane przez p. A. L.-N. i p. M. P.: „Potwierdza się uczestnictwo pana M. P. w pracach projektowych zespołu drogowego”.

W ocenie zamawiającego, treść przedmiotowych oświadczeń nie tylko zatem jednoznacznie potwierdza zmianę narracji odwołującego w zakresie dotyczącym doświadczenia Pana M. P., ale – co istotne – drugi z ww. dokumentów wskazuje również na to, że sam Pan M. P., wbrew treści złożonego przez odwołującego Formularza - „Wykaz osób”, nie przypisywał sobie na spornym zadaniu zajmowania stanowiska Projektanta drogowego, potwierdzając wyłącznie, że „uczestniczył on w pracach projektowych zespołu drogowego”,

Odnosząc się do zarzutu nr 5 odwołania dotyczącego naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający wskazał, że wyjątkiem od wzywania do uzupełniania dokumentów lub oświadczeń jest zaistnienie przesłanek odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania. Jeżeli zatem oferta wykonawcy pomimo zastosowania procedury uzupełnienia podlegałaby odrzuceniu lub postępowanie podlegałoby unieważnieniu, to wówczas wezwanie wykonawcy do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. nie znajduje zastosowania. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny oraz ugruntowaną linią orzecniczą KIO, skutek odrzucenia oferty obejmuje sytuację, gdy wykonawca złoży nieprawdziwe informacje, a następnie zostanie wezwany do uzupełnienia braków w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Czynności tej nie można konwalidować, a zamawiający jest zobligowany do wykluczenia wykonawcy z postępowania tak między innymi - M. Sieradzka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2018 oraz KIO 1004/17.

Zamawiający zaznaczył, że również Krajowa Izba Odwoławcza w wydanym w niniejszym postępowaniu wyroku z dnia 19 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2239/19 uznała, że nieuprawnione są twierdzenia odwołującego, że w przypadku, gdy zamawiający uzna, że dotychczas składane wyjaśnienia są niewystarczające dla potwierdzenia, że dany wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, winien on wezwać odwołującego do uzupełnienia

dokumentów. Izba wprost wskazała, że „Odwołujący pomija okoliczność, że wezwanie takle może być skierowane do wykonawcy jedynie wówczas, gdy złożone dokumenty zawierają informacje zgodne z prawdą. W innym przypadku najpierw materializuje się przesłanka wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W takim przypadku zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania, albowiem nie może wezwać go do zastąpienia informacji niezgodnej z rzeczywistością informacją prawdziwą”.

Odnosząc się do zarzutu nr 6 odwołania dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., zarzutu nr 7 odwołania dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz rzutu nr 9 odwołania dotyczącego naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający wskazał, że skuteczne wniesienie odwołania przez wykonawcę uzależnione jest od jednoczesnego zaistnienia następujących okoliczności: naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa zamówień publicznych. Przepis art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. nie nawiązuje do interesu rozumianego jako dążenie do uzyskania stanu ogólnej zgodności z prawem, ale do realizacji interesu konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu, polegającego na uzyskaniu stanu, w którym dany wykonawca będzie mógł uzyskać dane zamówienie. Wbrew stanowisku Odwołującego nie jest on legitymowany do wniesienia odwołania w zakresie przedmiotowych zarzutów. Zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. środki ochrony prawnej 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 ustawy.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, zgodnie z którym uzasadnione oraz konieczne było wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. W związku z powyższym, odwołujący, jako wykonawca wykluczony z postępowania, nie posiada interesu prawnego w zakresie zarzutów dotyczących braku wykluczenia przystępującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu. Niezależnie bowiem od rozstrzygnięcia Izby, oferta odwołującego albo zostanie uznana za najkorzystniejszą, co przesądzi o braku podstaw do rozpoznawania zarzutów dotyczących oferty przystępującego, albo odwołujący zostanie skutecznie wykluczony z udziału w postępowaniu, co pozbawi go możliwości kwestionowania dokonywanych przez zamawiającego czynności w przedmiotowym postępowaniu.

Jednocześnie zamawiający wskazał, że przystępujący, pełniąc rolę inwestora zastępczego na zadaniu pn. „Budowa Drogi publicznej Drogowej Trasy Średnicowej Katowice

Gliwice", jednocześnie równolegle sprawował nadzór nad wykonywaniem robót budowlanych realizowanych w ramach przedmiotowego zadania tj. sprawował funkcję Inżyniera Kontraktu zgodnie z Warunkami kontraktowymi FIDIC.

W obu przypadkach zarzuty odwołującego dotyczące wskazanych przez przystępującego osób na stanowiska Specjalisty ds. rozliczeń i Specjalisty ds. roszczeń nie zasługują na uwzględnienie. Skoro, jak jednoznacznie wynika ze stanu faktycznego sprawy, obie ww. osoby pracowały w zespole Inżyniera Kontraktu, to dla obu ww. osób niewątpliwie za spełnioną uznaje się pierwszą część warunków wskazanych przez zamawiającego w pkt 7.2.b ppkt 5 i 6 s.i.w.z., zgodnie z którymi:

5) osoba proponowana do pełnienia funkcji specjalisty ds. rozliczeń

wymagana liczba osób: 1 Poświadczenie zawodowe: A) Minimum 18 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. rozliczeń na stanowisku/stanowiskach, w zakresie obowiązków którego było rozliczanie inwestycji przy rozliczaniu 1 lub 2 zadań obejmujących budowę, przebudowę lub remont Obiektu Budowlanego (zgodnie z poniższą definicją) o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto każde 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. rozliczeń przy zarządzaniu, z ramienia inwestora, realizacją min. 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont dróg lub ulic klasy min. S o wartości robót co najmniej 200 mli 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 w zakresie obowiązków którego było rozliczanie inwestycji

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; obiekty liniowe - 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 funkcji Specjalista ds. roszczeń:

wymagana liczba osób: 1 Poświadczenie zawodowe,;

A) Minimum 18 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 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: w zakresie obowiązków którego było rozpatrywanie 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 dwujezdniowej 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 w zakresie obowiązków którego było rozpatrywanie 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 trakcja elektroenergetyczna, linia kablowa nadziemna i umieszczona bezpośrednio w ziemi, podziemna, wał przeciwpowodziowy oraz kanalizacja kablowa.

Zamawiający zauważył, że w zakresie doświadczenia osoby wskazanej przez przystępującego do pełnienia funkcji geologa, wyłącznie zadanie 1 wskazane przez przystępującego tj. doświadczenie wskazanej osoby na stanowisku geologa górniczego w Kopalni Soli Kłodawa w okresie od 04.2013 do 07.2015 wyczerpuje wskazany przez zamawiającego w s.i.w.z. minimalny wymóg doświadczenia. Zaznaczył, że określony w tym zakresie w pkt 7.2.b ppkt 7 s.i.w.z. minimalny wymóg doświadczenia dla geologa wynosi min, 18 miesięcy.

W zakresie doświadczenia osoby wskazanej przez przystępującego do pełnienia funkcji Hydrologa zamawiający wskazał, że również doświadczenie zawodowe w Państwowym Instytucie Badawczym w Krakowie w okresie od 12.1996 r. wyczerpuje wskazany przez zamawiającego minimalny wymóg doświadczenia zgodnie z pkt 7.2.b ppkt 12 s.i.w.z. tj. minimum 18 miesięcy doświadczenia zawodowego w zakresie określenia i modelowania przepływu wód podziemnych oraz doświadczenie w zakresie prowadzenia badań terenowych i wyznaczenie wielkości hydrologicznych w tym wykonanie opracowań hydrologicznych.

Zamawiający stwierdził, że z odpowiedzi PIG-PIB nie wynika, że Pan P. F. nie wyraził zgody na dysponowanie jego osobą przez przystępującego. Natomiast wynika, że wykorzystanie dorobku zawodowego Pana P. F. nie może nastąpić bez jego wiedzy i zgody. Podkreślił, że doświadczenie osób w realizacji inwestycji podlega ich wyłącznej dyspozycji i to posiadacz określonego doświadczenia może nim dysponować. Zamawiający się z tym całkowicie zgadza. Zatem doświadczenie Pana P. F. pozostaje poza Instytutem, który nie może w tym zakresie niepodzielnie dysponować wiedzą i doświadczeniem swoich specjalistów.

Zamawiający wskazał, że nie znajduje potwierdzenia zarzut odwołującego, a raczej stoi w opozycji do oświadczenia Pana F. załączonego do wyjaśnień złożonych na wezwanie zamawiającego z dnia 25 września 2019 roku (znak pisma: O.KA.D-3.2410,67.2018/2019.1048.ak). Przystępujący w odpowiedzi z dnia 31 października 2019 roku potwierdził wskazanie osoby Pana P. F. jako przewidzianej do pełnienia funkcji specjalisty ds. hydrologii na warunkach wynikających z s.i.w.z.. Istotne jest również to, Pan P. F. współpracuje

już z przystępującym, mianowicie pełni funkcję inspektora ds. hydrologii i geologii na zadaniu: Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa drogi ekspresowej S7 Kraków Rabka Zdrój na odcinku Lubień - Rabka-Zdrój km 713+580,21-km 729+410,00 oraz budowy nowego odcinka drogi krajowej nr 47 klasy GP na odcinku Rabka-Zdrój - Chabówka km 0+000,00 - km 0+877,22'

W odpowiedzi na zarzut nr 8 odwołania dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający wskazał, że na str. 51 i 52 odwołania opisano okoliczności, które zdaniem odwołującego wskazują na rzekome naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. kwestionuje zarzuty kierowane przez odwołującego i wskazuje na ich całkowitą bezzasadność.

W ocenie zamawiającego, czynności podejmowane przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 10 marca 2020 r. oraz treść odpowiedzi na odwołanie potwierdzają, że zamawiający nie podejmuje działań czy zaniechań mających na celu dyskryminację odwołującego lub jakiegokolwiek innego biorącego udział w postępowaniu wykonawcy. Decyzja o wykluczeniu odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu stanowi konsekwencję obowiązujących przepisów prawa zamówień publicznych, a nie wyraz naruszenia przez zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców statuowanej treścią art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

#### *Stanowisko przystępującego*

Przystępujące do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego Konsorcjum DTŚ/INKO wniosło o oddalenie odwołania jako oczywiście niezasadnego.

Przystępujący wskazał, że odwołujący w sposób celowy pomija w swoim odwołaniu część okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, inne zaś przedstawia w takim świetle, by wywołać błędne wrażenie co do intencji poszczególnych uczestników postępowania czy Krajowej Izby Odwoławczej. Znamienne pozostaje zwłaszcza to, że odwołujący, przedstawiając stan faktyczny sprawy, całkowicie pominął okoliczność, że czynność zamawiającego z dnia 25 października 2019r., polegająca na wezwaniu odwołującego do złożenia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. odnośnie do osoby p. M. P., została przez odwołującego zaskarżona. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 19 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2239/19, oddaliła odwołanie wniesione przez odwołującego, uznając czynność zamawiającego za zgodną z prawem. Istotne przy tym pozostaje, że w wyroku 2239/19 — który przez odwołującego nie został zaskarżony — Izba odniosła się zarówno do treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2019 r., sygn. akt KIO 1754/19, dokonując jego swoistej wykładni, jak i do wymagań stawianych przez



zamawiającego w s.i.w.z., co do osoby przewidzianej do pełnienia funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej.

Przystępujący stwierdził, że odwołujący pominął w odwołaniu wyrok 2239/19, bowiem wnioski, jakie Izba wyciąga w przywołanym wyroku, pozostają w sprzeczności z częścią tez, jakie obecnie stawia odwołujący.

Równie nierzetelnie, w ocenie przystępującego, odwołujący podszedł do kwestii samego wyroku 1754/19, cytując w odwołaniu jego fragmenty w sposób wybiórczy i oderwany od kontekstu całej wypowiedzi Izby. W podobny sposób odwołujący cytuje również stanowiska zamawiającego, próbując w ten sposób wywołać wrażenie o braku jego bezstronności czy niekonsekwencji.

W ocenie przystępującego, takie jest nieuprawnione i nie zasługuje na akceptację.

Przystępujący podniósł, że Izba w wyroku 1754/19 nie stanęła na stanowisku, jak twierdzi Odwołujący m. in. na str. 9 odwołania, że w niniejszej sprawie nie zaistniały względem odwołującego przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Izba w wyroku tym uwzględniła wprawdzie zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, jednakże było to wyłącznie konsekwencją równoczesnego uwzględnienia przez Izbę zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. odnoszącego się do braku prawidłowego uzasadnienia czynności wykluczenia wykonawcy. Izba uznała, że nie może nakazać zamawiającemu ponownego sporządzenia uzasadnienia czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie unieważniając jednocześnie samej czynności wykluczenia. Samo sporządzenie na nowo uzasadnienia czynności bez jej unieważnienia, nie otwierałoby bowiem wykonawcy drogi do zaskarżenia czynności wykluczenia jako takiej.

Okoliczność, że Izba w wyroku 1754/19 nie oceniała zasadności samej czynności wykluczenia odwołującego z postępowania wynika wprost z treści uzasadnienia tego wyroku. Izba w uzasadnieniu tym pisze między innymi:

„(...) względem zaś uznania, czy rzeczywiście informacja podana w wykazie osób zadania zrealizowanego dla Oddziału GDDKiA w Poznaniu, w kontekście wymogu z pkt 7.2.3 lit, b ppkt s.i.w.z. stanowi informacje wprowadzające w błąd, to istotne jest, że nie wystarczy, aby zaistniała jakakolwiek przesłanka, ale wszystkie kumulatywnie. W konsekwencji od ewentualnych ustaleń zamawiającego w tym zakresie w toku ponownego badania i oceny ofert jak i ewentualnego skutecznego wykazania i wyczerpującego uzasadnienia wszystkich trzech przesłanek będzie zależało, czy ta informacja ma taki charakter, czy też nie i czy może być podstawą wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.”

Przystępujący wskazał, że uzasadnienie wyroku 1754/19 w sposób szczegółowy wskazuje, jakie okoliczności związane z doświadczeniem p. P. i działaniami odwołującego winny być przedmiotem ponownej oceny ze strony zamawiającego oraz stosownego wykazania, jeżeli w wyniku tej oceny zamawiający zdecyduje się ponownie wykluczyć odwołującego z postępowania, Izba nie narzuca jednak tym wyrokiem, jaki ma być ostatecznie wynik tej oceny. Stwierdzenia odwołującego, sugerujące, że pewne okoliczności faktyczne są tym wyrokiem przesądzone są więc zbyt daleko idące.

Przystępujący wskazał, że jego stanowisko co do charakteru i zakresu rozstrzygnięcia wyroku 1754/19 potwierdza wyrok 2239/19. Jak czytamy w uzasadnieniu tego wyroku, właśnie w odniesieniu do wyroku 1754/19, (cyt.):

„Nie sposób uznać, jak chce tego odwołujący, że Izba przesądziła w treści wyroku (wyroku 1754/19), że wobec niego nie zaistniały podstawy do wykluczenia z postępowania. Stwierdziła jedynie, że zamawiający w uzasadnieniu decyzji w sposób niewystarczający uzasadnił podstawy faktyczne wykluczenia odwołującego na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 17 Pzp, co w ocenie składu orzekającego w sprawie KIO 1754/19 skutkowało jednocześnie uznaniem, że taEe nie wykazał trafności swojego stanowiska, co do samej konieczności czynności wykluczenia odwołującego na podstawie tego przepisu. jednakże w świetle oceny dokonanej przez Izbę w cytowanym wyroku co do tego, że uzasadnienie wykluczenia jest niewystarczające i w przypadku, gdyby istniały okoliczności skutkujące koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający winien w sposób szczegółowy przedstawić uzasadnienie faktyczne podjętej decyzji

Przystępujący podniósł, że znamienne przy tym pozostaje, że w ten sposób Izba w wyroku 2239/19 odniosła się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 192 ust. 3 pkt 1, art. 197 ust. 1 w zw. z art. 198a ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez „nieuprawnioną próbę podważenia prawomocnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2019 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19”

Przystępujący wskazał, że w niniejszej sprawie już więc raz – właśnie wyrokiem 2239/19 – prawomocnie przesądzone zostało, że wyrok 1754/19 nie stanowi o tym, że wobec odwołującego nie zachodzą podstawy do wykluczenia.

Odwołujący obecnie po raz drugi stawia zarzut nieuprawnionej próby podważenia przez zamawiającego wyroku 1754/19.

W tej sytuacji przystępujący podniósł, że wskazany zarzut, jako oczywiście bezzasadny i rozstrzygnięty już w sposób prawomocny wyrokiem 2239/19, winien zostać oddalony.

Przystępujący podniósł, że w związku z podaniem przez odwołującego wprowadzających w błąd informacji odnośnie do doświadczenia zawodowego p. P., przewidzianego w ofercie odwołującego do pełnienia funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej, Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p.

Przystępujący wskazał, że zgodnie z wymaganiami s.i.w.z. (pkt 7.2 pkt 3 lit. b ppkt 13 s.i.w.z.) Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej musi posiadać doświadczenie:

przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących opracowanie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o łącznej długości tych dróg lub ulic min. 4 km na stanowisku/stanowiskach: Głównego Projektanta lub Projektanta Drogowego lub Kierownika Zespołu Projektowego.

Przystępujący stwierdził, że doświadczenie p. P., wskazane w treści formularza 3.4., w pkt. 13 wykazu osób przedstawionego przez odwołującego, składanego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, określone przez odwołującego jako: „doświadczenie na stanowisku Projektanta drogowego” w okresie od 06.2008 r. do 11.2009 r., które obejmowało opracowanie dokumentacji projektowej dla „Projektu Budowlanego i Wykonawczego drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo) Wschodnia Obwodnica miasta Poznania. Trasa główna o długości 20,14 km”, ww. wymogów s.i.w.z. nie spełnia. Odwołujący sformułował jednak oświadczenie w wykazie osób odnoszące się do tego doświadczenia w taki sposób, by wywołać wrażenie, że doświadczenie to odpowiada wymogom s.i.w.z., co pozwala postawić odwołującemu zarzut próby wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Przechodząc do poszczególnych przesłanek zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., przystępujący wskazał, co następuje:

1. Informacje przekazane przez odwołującego mogły mieć wpływ na decyzję zamawiającego.

Przystępujący stwierdził, że odwołujący, wskazując na brak spełnienia przesłanki stosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., o której tu mowa, stawia tezę, że informacje podane przez odwołującego w wykazie osób nie mogły mieć wpływu na decyzję zamawiającego, bowiem wykonawca pismem z dnia 2 lipca 2019 roku przekazał zamawiającemu dodatkowe wyjaśnienia i uzupełnienia dotyczące doświadczenia p. Pogorzelskiego, które potwierdzały, iż p. P. posiadał doświadczenie zgodne z wymogami s.i.w.z..

Abstrahując od tego, czy takie samodzielne, tj. bez wezwania ze strony zamawiającego, uzupełnienie dokumentów przez odwołującego jest skuteczne, przystępujący

wskazał, że uzupełnienie informacji odnoszących się do doświadczenia osoby wskazywanej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dokonywane po dacie składania ofert (na etapie badania i oceny ofert) może być traktowane wyłącznie jako uzupełnienie dokumentów, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Uzupełnienie dokumentów czy oświadczeń odnoszących się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, poza tym trybem, stałoby w sprzeczności z wyrażoną w art. 7 ustawy P.z.p. zasadną zapewnienia równego traktowania wykonawców.

Przystępujący stwierdził, że okoliczność, że odwołujący pismo z dnia 2 lipca 2019r. złożył właśnie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. jest przy tym w zasadzie bezsporna, bowiem przyznał to sam odwołujący w odwołaniu złożonym do pierwszej ze spraw (odwołanie rozpoznane wyrokiem 1754/19), powołując jednocześnie w odwołaniu orzecznictwo Izby, dopuszczające taką możliwość.

W ocenie przystępującego, powyższy wniosek jest zaś o tyle istotny w kontekście argumentacji odwołującego, że zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Izby uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. jest możliwe tylko w tej sytuacji, gdy przesądzone zostanie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. Tę okoliczność Izba wskazała już odwołującemu w wyroku 1754/19 i wyroku 2239/19 — w obu tych sprawach odwołujący zarzucał zamawiającemu zaniechanie wezwania go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. i w obu tych sprawach Izba zarzut ten oddaliła, wskazując, że w pierwszej kolejności należy przesądzić czy odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. Nieprawdziwych informacji nie można bowiem zastąpić informacjami prawdziwymi.

Przystępujący stwierdził, że w niniejszej sprawie zamawiający mógłby wzięc pod uwagę informacje uzupełnione przez odwołującego pismem z dnia 2 lipca 2019 r. tylko w sytuacji. gdyby przyjął że odwołujący nie podlega wykluczeniu. W konsekwencji ocena, czy odwołujący podlega wykluczeniu musi nastąpić z pominięciem informacji złożonych przez odwołującego w dniu 2 lipca 2019r.

Przystępujący podkreślił, że odwołujący wskazał w wykazie osób tylko na jedno zadanie, w realizacji którego uczestniczył p. P. i zdobył doświadczenie. Jest to doświadczenie na stanowisku Projektanta drogowego dla zadania „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia Obwodnica miasta Poznania. Trasa główna o długości 20,14 km”. Oświadczenie odnoszące się do tego doświadczenia zawierało wprowadzającą w błąd informację co do stanowiska zajmowanego na tym zadaniu przez p. P. (charakteru i zakresu prac wykonywanych przez niego). Oświadczenie to, jako jedyne, zostało złożone w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie –

mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Gdyby bowiem zamawiający nie zweryfikował jego prawdziwości, na jego podstawie przyjąłby, że odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, co z kolei mogłoby skutkować udzieleniem mu zamówienia.

Przystępujący przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 20 lipca 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 849/18, z którego wynika, że „nie ma znaczenia to, czy Zamawiający został skutecznie wprowadzony w błąd, na skutek czego podjął jakiegokolwiek decyzje, czy wykonał jakiegokolwiek czynności. Takie stanowisko znajduje uzasadnienie nie tylko w zaprezentowanej wykładni gramatycznej i celowościowej, ale jest również zgodne z teorią racjonalnego ustawodawcy. Gdyby bowiem wola ustawodawcy była inna, dałby temu wyraz w brzmieniu przepisu, jak uczynił to choćby w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. Omawiana podstawa prawna posługuje się zaś pojęciem nieostrym, niedookreślonym (okoliczności mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia), co *per se* oznacza, że zakres stosowania tego przepisu jest bardzo szeroki. C..) dla spełnienia tej przesłanki wystarczająca jest sama możliwość wywierania wpływu na zachowanie Zamawiającego. *A contrario*: Zamawiający nie musiał faktycznie dokonać na podstawie tych informacji żadnej czynności”.

W ocenie przystępującego, pierwsza z przesłanek do zastosowania w niniejszej sprawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. jest więc spełniona. Informacja podana przez odwołującego mogła mieć wpływ na decyzję zamawiającego (świadczyła bowiem o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu), a okoliczność, że zamawiający samodzielnie zweryfikował jej prawdziwość i ostatecznie nie dał się wprowadzić odwołującemu w błąd, nie wyłącza obowiązku wykluczenia odwołującego z postępowania.

W ocenie przystępującego, bez znaczenia dla spełnienia omawianej przesłanki stosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. pozostaje przy tym to, czy p. P. ma inne doświadczenie zawodowe (w szczególności wskazane w piśmie z dnia 2 lipca 2019 r.), skoro doświadczenie to nie było wskazane w wykazie osób i – co za tym idzie – nie może być, bez zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., brane pod uwagę w niniejszej sprawie.

Przystępujący wskazał, że ze względów opisanych powyżej nie jest możliwe uwzględnienie samodzielnego zarzutu podniesionego przez odwołującego — zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

2. Informacje przedstawione przez odwołującego wprowadzały w błąd,

Przystępujący wskazał, że pkt 7.2 pkt 3 lit. b ppkt 13 s.i.w.z. wymagał, by osoba wskazana w ofercie do pełnienia funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej

specjalności inżynierskiej drogowej posiadała doświadczenie na stanowisku/stanowiskach: Głównego Projektanta lub Projektanta Drogowego lub Kierownika Zespołu Projektowego.

Tak określony warunek udziału w postępowaniu nie budził wątpliwości wykonawców na etapie poprzedzającym złożenie ofert, w szczególności nie był przedmiotem dodatkowych pytań do s.i.w.z. ani zaskarżenia do Izby. Znamienne przy tym pozostaje, że wymóg posiadania określonego doświadczenia na „stanowisku/stanowiskach” jest wręcz standardowym wymogiem w tego typu postępowaniach (w szczególności prowadzonych przez tego zamawiającego) i przez wszystkich profesjonalnych wykonawców rozumiany jest jako wymóg formalnego zajmowania tak określonego stanowiska (co zazwyczaj wiąże się z obowiązkiem zgłoszenia takiej osoby do zamawiającego i uzyskania jego akceptacji), co jest równoznaczne z pełnieniem przy realizacji danego zadania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w rozumieniu przepisów ustawy — Prawo budowlane, odpowiadającej nazwie stanowiska (oczywiście tam, gdzie przepisy Prawa budowlanego wiążą dane stanowisko z samodzielną funkcją techniczną). W przypadku projektanta związek taki istnieje, a co za tym idzie – nie można zajmować stanowiska projektanta (tu: drogowego), nie spełniając wymogów do sprawowania funkcji projektanta określonych przepisami Prawa budowlanego (posiadanie uprawnień budowlanych, wpis na listę inżynierów budownictwa) i nie przyjmując na siebie obowiązków i uprawnień związanych ze sprawowaniem tej funkcji. Nie wystarczy więc pełnienie jakiegokolwiek roli w zespole projektowym, by móc spełnić warunek udziału, o którym mowa.

Przystępujący wskazał, że okoliczność, iż powyżej przywołane zapisy s.i.w.z. są jednoznaczne i mogą być rozumiane tylko w taki sposób w pełni potwierdziła Izba w wyroku 1754/19, wskazując (cyt.): „Odnosnie sposobu rozumienia wymogu z pkt. 7.2.3. lit. b ppkt 12 SIWZ (...) Izba uznaje stanowisko Zamawiającego przedstawione na rozprawie. Z postanowień SIWZ wynika bowiem. w ocenie Izby, że chodziło o wykazanie się przez osobę wskazana, określonym oczekiwanym doświadczeniem „na stanowisku/na stanowiskach”. nie zaś o wykazanie jakiegokolwiek projektanta czy też uczestnika prac projektowych zespołu drogowego. Należy przychylić się do stanowiska Zamawiającego, że osoby na danych stanowiskach opracowują dane dokumenty i podpisują je, biorą więc odpowiedzialność za ich treść. Przysługują im także z tego tytułu prawa autorskie, czy też obowiązki związane z nadzorem. Nie można uznać, do czego *de facto* dąży odwołujący, aby objąć doświadczeniem nieograniczoną liczbę osób, które pracowały nad projektem i umożliwić im wykazywaniem się doświadczeniem z niego wynikającym” (str. 42 uzasadnienia wyroku 1754/19).

Przystępujący wskazał, że powyższe stanowisko Izby przesądza, zarówno jak winna być rozumiana w niniejszej sprawie s.i.w.z., jak i tę okoliczność, że doświadczenie p. P.

uzyskane przy realizacji zadania „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia Obwodnica miasta Poznania. Trasa główna o długości 20,14 km” nie spełnia wymogów s.i.w.z. Zostało bowiem wykazane przez zamawiającego, że na wskazanym kontrakcie p. P. nie zajmował stanowiska Projektanta Drogowego. Tak określone stanowisko zajmowała inna osoba, której podpisy widnieją na przedstawionej przez zamawiającego dokumentacji projektowej.

W ocenie przystępującego, oświadczenie odwołującego było więc wprowadzające w błąd. Odwołujący w taki sposób skonstruował bowiem swoje oświadczenie, by wywołać u odbiorcy, w szczególności u zamawiającego, wrażenie, że p. P. zajmował na kontrakcie, o którym mowa, określone stanowisko w rozumieniu s.i.w.z.

Przystępujący podniósł, że obecnie odwołujący wskazuje, że jego oświadczenie z wykazu osób podyktowane było odmiennym rozumieniem zapisów s.i.w.z. W ocenie przystępującego, to stanowisko odwołującego przyjęte zostało wyłącznie na potrzeby niniejszej sprawy — jest to przyjęta na potrzeby tej sprawy linia obrony.

Przystępujący wskazał że sposób rozumienia s.i.w.z. przyjęty przez Izbę w wyroku 1754/19 jest oczywisty dla każdego profesjonalisty działającego na tym rynku. Podkreślił, że podobne warunki udziału w postępowaniu, tj. warunki wymagające nabycia przez członków personelu doświadczenia na określonym w s.i.w.z. stanowisku, GDDKiA oraz drugi z największych na tym rynku zamawiających — PKP PLK S.A. — stawiają od lat zarówno w przetargach na wykonanie dokumentacji projektowej, jak i w przetargach na prowadzenie nadzoru. Wymóg ten od lat konsekwentnie rozumiany jest jako wymóg zajmowania stanowiska, z którym wiąże się odpowiedzialność za realizację danego zakresu usługi, zwłaszcza, jeżeli jest to stanowisko odpowiadające w swej nazwie jednej z samodzielnych funkcji w budownictwie, Nie chodzi więc o jakąkolwiek pracę w zespole projektowym, których funkcjonowanie, jako zespołu pomocniczego dla projektantów wiodących, jest również standardem. Tak określone warunki udziału w postępowaniu korespondują z wymogami prawnymi (przepisami Prawa budowlanego, które jako jednego z uczestników procesu budowlanego wskazują projektanta, określając jego obowiązki i uprawnienia oraz ustalając warunki, jakie musi spełnić osoba, która chce pełnić tę samodzielną funkcję w budownictwie) oraz istniejącą na rynku praktyką, dyktowaną po części wymaganiami wynikającymi z umów zawieranych z tymi zamawiającymi, która m. in. przewiduje zgłaszanie zamawiającym osób pełniących podstawowe stanowiska na kontraktach. Praktyka ta oraz wskazane rozumienie zapisów s.i.w.z. potwierdzone jest szeregiem orzeczeń Izby, np. wyrok Izby z dnia 26 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 747/12.

Przystępujący wskazał, że w sytuacji, gdy zamawiający stawiają w s.i.w.z. wymóg uzyskania doświadczenia na określonym stanowisku, zawsze chodzi o osobę, która formalnie zajmowała takie stanowisko (co było ujawnione wobec zamawiającego, a nie wynika wyłącznie w wewnętrznych dokumentów wykonawcy) i ponosiła związaną z nim odpowiedzialność. Nie chodzi więc o jakikolwiek udział w realizacji projektów — jakkolwiek formę udziału w pracach zespołu projektowego.

Przystępujący wskazał, że nie można stawiać generalnej tezy, iż „błędne” zrozumienie przez wykonawcę zapisów s.i.w.z. zwalania wykonawcę z odpowiedzialności za wprowadzenie zamawiającego w błąd. Teza ta prowadziłaby do wypaczenia zasad stosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., czyniąc ten przepis w zasadzie martwym. Każdy wykonawca, względem którego jest rozważane zastosowanie wskazanego przepisu, mógłby bowiem powołać się na swój błąd w rozumieniu zapisów s.i.w.z. Powoływane przez odwołującego orzecznictwo Izby odnoszące się do niejednoznaczności s.i.w.z., jako przesłanki zwalniającej wykonawcę z odpowiedzialności za wprowadzenie zamawiającego w błąd, należy stosować rozważnie, w tym w szczególności oceny wymaga, czy w realiach danej sprawy, w istocie mamy do czynienia z obiektywnie niejednoznacznym, niezrozumiałym zapisem s.i.w.z., a co za tym idzie, czy faktycznie wykonawca mógł pozostawać w błędnym, ale uzasadnionym przekonaniu, że prawidłowo rozumie zapisy s.i.w.z. W niniejszej sprawie, jak wskazano powyżej, z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Odwołujący, nawet jeśli pozostawał w błędzie co do rozumienia s.i.w.z., to błąd ten nie był uzasadniony — przeciwnie przyjęte przez odwołującego rozumienie zapisów s.i.w.z. stoi w sprzeczności z praktyką tej branży, wymogami prawa i orzecznictwem Izby.

Ponadto przystępujący stwierdził, że tezie o błędnym rozumieniu przez odwołującego omawianego powyżej warunku udziału w postępowaniu przeczy także treść wykazu osób sporządzonego przez odwołującego. Już w pierwszych wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu (pismo z dnia 18 czerwca 2019 r.), odwołujący wskazywał, że p. P. „brał czynny udział w projektowaniu”. Kolejno odwołujący przedstawił zamawiającemu oświadczenie własne z dnia 11 lipca 2019r., podpisane dodatkowo przez p. P., w którym mowa jest o uczestnictwie p. P. w pracach zespołu projektowego (bez wskazywania jakiegokolwiek stanowiska). Znamienne przy tym pozostaje, że odwołujący wiedząc, iż na spornym kontrakcie stanowisko projektanta drogowego zajmowała inna osoba (która została przez odwołującego zgłoszona do zamawiającego i której podpisy widnieją pod dokumentacją projektową) oraz, że p. P. jedynie uczestniczył w pracach zespołu projektowego, nie złożył w wykazie osób oświadczenia typu: „uczestniczył w pracach zespołu projektowego (będąc zatrudnionym u wykonawcy na stanowisku)” brał czynny udział w projektowaniu”. W to miejsce odwołujący wpisał w Wykazie osób: „doświadczenie na stanowisku projektant drogowy”, co wskazywało



na „formalne” zajmowanie tak określonego stanowiska na kontrakcie i nie było zgodne z stanem rzeczywistym. To właśnie taki sposób skonstruowania przez Odwołującego jego oświadczenia, aktualizuje zarzut wprowadzenia w błąd zamawiającego. Wykonawca nie działał bowiem w sposób transparentny, nie określając dokładnie, jaki charakter miało zatrudnienie p. P. na tym konkretnym zadaniu.

Przystępujący podniósł, że nawet gdyby można było przyjąć, że p. P. faktycznie uczestniczył w pracach zespołu projektowego realizującego sporne zadanie, to sposób przedstawienia jego doświadczenia przez odwołującego w wykazie osób był taki, że wskazywał na dalej idącą jego rolę w zespole, w tym na „formalne” zajmowanie określonego stanowiska (projektanta drogowego), z którym wiążą się obowiązki i odpowiedzialność określona przepisami Prawa budowlanego.

Tym samym, w ocenie przystępującego, zdecydowanie można mówić w niniejszej sprawie o wprowadzeniu zamawiającego w błąd.

Przystępujący dodał, że odwołujący nie wykazał również tego, by p. P. faktycznie opracowywał projekt budowlany i wykonawczy w ramach spornego zadania. W uzupełnieniu odpowiedzi na pierwsze z wezwań do złożenia wyjaśnień odwołujący przedstawił zamawiającemu, wspominane już powyżej, oświadczenie z dnia 11 lipca 2019 r. Kolejno, w toku postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19, odwołujący przedstawił wydruki wskazujące na właściwości plików odnoszących się do wymiany gruntów i kosztorysu opracowanych na potrzeby spornego zadania. Izba w wyroku 1754/19, odnosząc się do tak zgromadzonego materiału dowodowego, wskazała:

„W tym zakresie także dowody przedstawione przez Odwołującego nie są przekonujące, gdyż można je równie dobrze sprowadzić do tego, że osoba wskazana /daty na wydrukach VII 2008 — VI 2009 — daty z wyciągów właściwości plików dotyczące wymiany gruntu i kosztorys — dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie/ zajmowała się co najwyżej kosztorysowaniem, a i to nie zostało wykazane w sposób dostateczny” (str. 42 uzasadnienia).

Przystępujący podkreślił, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 25 października 2019r. odwołujący nie przedstawił żadnych dodatkowych dowodów, względem tych, które były przedmiotem oceny ze strony Izby w wyroku 1754/19, które potwierdzałyby, że p. P. faktycznie opracowywał projekt budowlany i wykonawczy na spornym zadaniu. Odwołujący przedstawił wyłącznie jako materiał dodatkowy zaświadczenie wydane przez siebie samego w dniu 4 września 2019r., (cyt.): „w celu załączenia do dokumentacji do Krajowej Izby Odwoławczej”, z którego wynika fakt zatrudnienia p. P. na stanowisku Projektant Drogowy, przy czym nazwa stanowiska, na jakim jest zatrudniony pracownik nie wskazuje na rolę, jaką dana osoba pełniła na danym kontrakcie i jaki jest faktyczny zakres powierzonych jej na nim zadań oraz CV

(dokument również podpisany tylko przez wykonawcę, który nie wskazuje na zakres realizowanych czynności).

Przystępujący stwierdził, że w niniejszej sprawie odwołujący nie wykazał więc nawet tego, że p. P. wykonywał faktycznie prace, które zarezerwowane są dla projektanta drogowego przy wykonywaniu projektu budowlanego i wykonawczego budowy drogi, a więc, że nabył praktyczne umiejętności konieczne do należytego wykonania zamówienia,

W ocenie przystępującego, biorąc pod uwagę powyższe, jak i okoliczność, że nazwisko p. P. nie pojawia się w dokumentach składających się na projekt budowlany i wykonawczy (co wykazał zamawiający, przedstawiając wyciągi z tych dokumentów wskazujące na zespół projektantów opracowujących te dokumenty) przyjąć należy, że również kolejna przesłanka stosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. została w niniejszej sprawie spełniona. Odwołujący wprowadził Zamawiającego bowiem w błąd co do roli, jaką p. P. pełnił na spornym kontrakcie.

Przystępujący wskazał, że w niniejszej sprawie przyjęcie, iż p. P. i zajmował stanowisko projektanta drogowego na zadaniu „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo) Wschodnia Obwodnica miasta Poznania Trasa główna o długości 20,14 km”, prowadziłyby do absurdalnej wręcz sytuacji i stanowiło groźny dla całej branży precedens. Oto bowiem zamawiający dysponuje dokumentacją projektową dla tego zadania, z której wynika, że inna osoba pełniła na zadaniu stanowisko projektanta drogowego oraz wskazującą na to, jakie osoby wchodziły w skład zespołu projektowego wykonawcy, a mimo to przyjmowano by, że w zasadzie takim samym doświadczeniem jak osoby wskazane w dokumentacji projektowej legitymuje się p. P., względem którego nie zostało nawet wykazane, że wykonywał on jakąkolwiek część projektu budowlanego i wykonawczego i który sam nie przypisuje sobie pełnienia na tym zadaniu stanowiska projektanta drogowego. Przystępujący przypomniał, że p. P., składając w dniu 11 lipca 2019 r. oświadczenie (w aktach sprawy) nie przypisywał sobie zajmowania na spornym kontrakcie jakiegokolwiek stanowiska. Oświadczył on wyłącznie, że uczestniczył w pracach zespołu projektowego.

### 3. Działanie w sposób lekkomyślny lub niedbały.

Przystępujący wskazał, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. nie wymaga przypisania wykonawcy winy umyślnej we wprowadzeniu zamawiającego w błąd. W przepisie tym mowa jest o lekkomyślności i niedbalstwie, a więc postaciach winy nieumyślnej, przy czym przy niedbalstwie ustawodawca nawet nie wymaga, by niedbalstwo to przybrało postać kwalifikowaną — rażącego niedbalstwa.

Za wyrokiem Izby z dnia 5 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2425/18: Niedbalstwo to nic innego, jak niezachowanie należytej staranności, czyli działanie nieodpowiadające obiektywnemu wzorcowi postępowania właściwemu danemu dłużnikowi. Natomiast o rażącym stopniu niedbalstwa decyduje jak znaczna jest różnica pomiędzy sposobem postępowania dłużnika a wspomnianym wzorcem. Co istotne, w przypadku oceny należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej musi ona uwzględniać, zgodnie z art. 355 § 2 k.c., zawodowy charakter tej działalności. Oznacza to, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu, itd.

Przystępujący wskazał, że w niniejszej sprawie, jak wynika z decyzji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania z dnia 10 marca 2020r., zamawiający przypisał odwołującemu działanie w sposób niedbały, wskazując jednocześnie, że szereg okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wskazuje nawet na możliwość działania odwołującego w sposób lekkomyślny. Zamawiający słusznie przy tym przyjął, że nie musi wykazać, iż w istocie mamy do czynienia w niniejszej sprawie z lekkomyślnością, skoro już samo wykazanie niedbalstwa skutkuje zastosowaniem art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p.

Przystępujący podzielił argumentację zamawiającego odnoszącą się do możliwości przypisania odwołującemu działania w sposób niedbały. Dodał przy tym, iż odwołujący konsekwentnie od pierwszego ze złożonych w niniejszej sprawie odwołań, próbuje wykreować tezę, że zapisy s.i.w.z., odnoszące się do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej, są niejednoznaczne (niejasne), czyniąc z zarzutu niejasności s.i.w.z. swoją podstawową linię obrony. Próba ta jest, w ocenie przystępującego, całkowicie chybiona. W niniejszej sprawie, wbrew argumentacji odwołującego, nie mamy do czynienia z niejasnymi zapisami s.i.w.z. odnoszącymi się do wymogu z pkt 7.2.3 lit. b ppkt 13 s.i.w.z., co potwierdziła Izba wyrokiem 1754/19.

W tym samym wyroku Izba zasugerowała wprawdzie zamawiającemu, że ten winien zainteresować się tym, z jakich względów wykonawca utożsamiał „czynny udział w projektowaniu” ze spełnieniem wymagań s.i.w.z., przy czym Izba uznała, że okoliczność ta może mieć znaczenie dla ustalenia czy wykonawca działał w sposób nieumyślny. Oceniając decyzję zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania okoliczność tą należy mieć na względzie — decyzja ta nie zmierza bowiem do wykazania niedbałości odwołującego w rozumieniu s.i.w.z., jak sugeruje odwołujący, lecz jednoznacznie przesądza, że ewentualna niedbałość wykonawcy w rozumieniu zapisów s.i.w.z., w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, nie może stanowić o braku możliwości przypisania mu nieumyślnego

wprowadzenia zamawiającego w błąd przy podawaniu informacji. Jest więc bezpośrednią odpowiedzią na sugestię ze strony Izby.

Przystępujący podkreślił, że zamawiający w wezwaniu z dnia 25 października 2019r. kwestię wskazaną przez Izbę próbował z odwołującym wyjaśnić, tj. zadał mu pytanie, dlaczego „czynny udział w projektowaniu”, zdaniem odwołującego, spełnia wymagania s.i.w.z. Odwołujący nie udzielił na to pytanie konkretnej odpowiedzi, powtarzając jedynie zapisy s.i.w.z., wskazując na rozległe doświadczenie zawodowe p. P. i okoliczność, że w innych postępowaniach tak samo rozumiał podobne zapisy s.i.w.z.. Stwierdzenie, że dany wykonawca również w innych postępowaniach rozumiał w taki sam sposób takie zapisy s.i.w.z. nie jest odpowiedzią na pytanie, dlaczego przyjął on taki sposób rozumienia zapisów s.i.w.z. - w każdym z tych postępowań, w szczególności dla potrzeb pierwszego z nich. Znamienne przy tym pozostaje, że odwołujący nie podjął próby powołania się na jakieś utarte praktyki, zwyczaje branży czy dorobek orzeczniczy Izby, bowiem — jak wskazano powyżej — próba taka byłaby z góry skazana na niepowodzenie. Praktyka branży i orzecznictwo Izby wskazują jednoznacznie, że zajmowanie stanowiska projektanta jest czymś więcej niż „czynny udział w projektowaniu”.

Po drugie, przystępujący w kontekście ostatniego z powołanych przez odwołującego argumentów, przystępujący zaznaczył, że odwołujący wielokrotnie już w niniejszym postępowaniu powoływał się na okoliczność wskazywania tego samego doświadczenia p. P. w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i „akceptację” takich oświadczeń przez innych zamawiających. Izba w wyroku 1754/19 wskazywała przy tym, że okoliczność ta mogła wykluczać lekkomyślność czy niedbalstwo odwołującego. Przystępujący podkreślił, że stwierdzenie „mogło wykluczać”, którym posługuje się Izba, nie jest równoznaczne z przesądzeniem przez Izbę w wyroku 1754/19, że w istocie okoliczność ta świadczy o braku możliwości przypisania odwołującemu niedbałości przy podawaniu informacji zamawiającemu. Izba ocenę w tym zakresie pozostawiła ostatecznie zamawiającemu, co odwołujący całkowicie pomija.

Przystępujący stwierdził, że zamawiający — dokonując tej oceny — winien przy tym uwzględnić, że w każdym z powołanych przez odwołującego postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w postępowaniach:

Nadzór nad projektowaniem i realizacją Robót oraz Zarządzanie Kontraktem pod nazwą „Projekt i budowa obwodnicy Góry Kalwarii”;

Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz Zarządzanie dwoma Kontraktami , S3 Nowa Sól — Legnica (A4), zadanie I i II”;

Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz Zarządzanie trzema Kontraktami droga ekspresowa S5 Poznań — Wrocław zadanie 1, 2 i 3.

Przystępujący wskazał, że odwołujący w wykazie osób sporządzonym na potrzeby uzyskania wskazanych zamówień podawał, poza spornym doświadczeniem p. Pogorzelskiego, również doświadczenie zdobyte przez p, P. na zadaniu: „Projekt budowlany, projekt wykonawczy na rozbudowę drogi krajowej nr 91”, które bezspornie wymogi s.i.w.z. spełniało.

Przystępujący stwierdził, że jest to również okoliczność, którą odwołujący całkowicie pomija, chcąc — w ocenie przystępującego — wywołać wrażenie, że dotychczas zawsze przedstawiał wykaz osób dokładnie o tej samej treści i nie miał z tego tytułu żadnych trudności. Tak jednak nie było — odwołujący bazował we wszystkich tych postępowaniach również na innym doświadczeniu p. P. .

Przystępujący stwierdził, że w tej sytuacji nie jest więc wiadome czy podstawą do przyjęcia w tamtych postępowaniach, że p. P. (a w ślad za nim odwołujący) spełnia warunek udziału w postępowaniu było sporne zadanie czy drugie z podanych zadań. Przystępujący dodał, że w takim stanie faktycznym nie istniałyby podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania za złożenie nieprawdziwych informacji, nawet jeśli wykazane zostałyby podanie nieprawdziwych informacji odnośnie do spornego zadania, bo informacja ta nie miała wpływu na wynik postępowania (skoro wykonawca równocześnie podał inne zadanie spełniające warunek). Nie wiadomo więc ostatecznie, na czym odwołujący budował swoje przekonanie o spełnieniu przez doświadczenie p. P. uzyskane na spornym zadaniu wymogów s.i.w.z. takie przeświadczenie odwołujący mógłby uzyskać tylko w sytuacji, gdyby doświadczenie to było „zweryfikowane” przez Izbę lub choć ta możliwość budzi uzasadnione wątpliwości, bowiem zaniechania zamawiających nie mogą legitymować niezgodnych z prawem działań wykonawców - gdyby odwołujący uzyskał zamówienie wyłącznie w oparciu o to jedno sporne doświadczenie p. P. . Żadna z tych sytuacji nie miała miejsca. Kwestią spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez odwołującego w tych sprawach nie była weryfikowana przez Izbę i, jak można założyć, była weryfikowana z mniejszą starannością także przez samych zamawiających, skoro odwołujący znajdował się na dalszych pozycjach tzw. listy rankingowej i nie miał możliwości uzyskania tych zamówień.

Przystępujący wskazał, że nieprawdziwe jest więc stwierdzenie odwołującego, zawarte na str. 24 odwołania, że (cyt.:.): „Wykonawca działał zgodnie z dotychczasową praktyką wskazując te same informacje, jakie wskazywał we wcześniejszych postępowaniach, niepodważane i niekwestionowane przez Zamawiającego, przy założeniu, iż w poprzednich postępowaniach Zamawiający również powinni dokonać prawidłowej weryfikacji

doświadczenia AECOM, co leży w ich obowiązku, zgodnie z art. 26 Pzp”. Praktyka w dotychczasowych postępowaniach odwołującego była inna i polegała na wskazywaniu doświadczenia p. P. zdobytego na dwóch różnych zadaniach, to zaś powoduje, że bez dodatkowych informacji nie sposób ustalić, które z tych dwóch doświadczeń zamawiający przyjmowali za potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący z okoliczności tej zdaje sobie sprawę, przy czym — w ocenie przystępującego — celową ją pomija w swojej argumentacji. Podobnie jak celowo, w ocenie przystępującego, w sposób całkowicie wybiórczy cytuje na str. 24 odwołania fragmenty uzasadnienia wyroku 1754/19. Oba te zabiegi mają wywołać wrażenie, że działania odwołującego były całkowicie usprawiedliwione, gdy tymczasem bliższa analiza okoliczności niniejszej sprawy jednoznacznie wskazuje na niedbalstwo wykonawcy.

Po trzecie, przystępujący wskazał, że odwołujący eksponuje w swoim odwołaniu okoliczność, że nieracjonalne byłoby przyjęcie, że wprowadzał on w błąd zamawiających co do doświadczenia p. P. zdobytego na spornym kontrakcie, skoro osoba ta posiada inne bezsporne doświadczenie. Okoliczność posiadania przez p. P. innego doświadczenia wyłącza co najwyżej możliwość przypisania odwołującemu działania w sposób umyślny. Faktycznie trudno zakładać, że odwołujący wiedział, iż wprowadza zamawiającego w błąd i chciał tego, skoro w wykazie mógł podać inne doświadczenie p. P. . Okoliczność ta nie wyłącza jednak, sama w sobie, możliwości przypisania odwołującemu działania w sposób nieumyślny, które — właśnie przy niedbalstwie — zakłada, że wykonawca powinien wiedzieć, że wprowadza zamawiającego w błąd, jednak czyni to, bo nie dochował wymaganej od niego staranności przy weryfikacji podawanych zamawiającemu informacji. W niniejszej sprawie mamy co najmniej do czynienia z taką sytuacją. Odwołujący nie zweryfikował, jaką w istocie rolę pełnił p. P. na spornym zadaniu, chociaż powinien był, jako profesjonalny wykonawca to uczynić, co pozwala na przypisanie mu niedbalstwa — działania bez braku wymaganej staranności.

Po czwarte, przystępujący podniósł, że w kontekście argumentacji odwołującego odnoszącej się do kwestii kompetencji do zajmowania stanowiska projektanta (tu: drogowego), całkowicie niezrozumiałe jest stanowisko odwołującego, jakoby dla zajmowania stanowiska projektanta wystarczające było posiadanie określonych uprawnień, nie zaś wpisu na listę inżynierów budownictwa, skoro dopiero te dwa elementy (uzyskanie uprawnień i wpis na listę inżynierów budownictwa — rejestracja w samorządzie zawodowym, z którą wiąże się m. in. uzyskanie wymaganego prawem ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej związanej z wykonywaniem określonej działalności) świadczą o uzyskaniu kompetencji niezbędnych do zajmowania określonego stanowiska — wykonywania określonej działalności. Stanowisko

odwołującego jest niezgodne z wymaganiami Prawa budowlanego i sprzeczne z obowiązującą praktyką na rynku.

Przystępujący zaznaczył, że okoliczność wskazywana przez zamawiającego — brak wpisu na listę inżynierów budownictwa w całym okresie, w jakim p. P. zdobył rzekomo doświadczenie na stanowisku projektanta drogowego — ma świadczyć o braku należytej staranności w weryfikacji doświadczenia zawodowego p. P. . Doświadczenie p. P. zdobyte po wpisie na listę inżynierów (o ile warunek udziału w postępowaniu brzmiałby: doświadczenie w opracowywaniu projektów lub praca w zespole projektowym) spełniałoby wymagania, jednak właśnie okoliczność, że odwołujący przypisuje swojemu członkowi personelu doświadczenie projektanta w okresie, kiedy zgodnie z prawem dana osoba projektantem być nie mogła, świadczy o braku jakiegokolwiek staranności po stronie wykonawcy, To właśnie brak tych szeroko rozumianych kwalifikacji wymuszał konieczność zaangażowania p. P. w tamtym czasie jedynie jako członka zespołu projektowego (jako personel pomocniczy). Obecnie zaś okoliczność ta jest przez odwołującego marginalizowana, jakby możliwość wzięcia odpowiedzialności za wykonane opracowania projektowe nie miała dla odwołującego żadnego znaczenia, gdy w rzeczywistości jest dokładnie na odwrót.

Przystępujący wskazał, że zamawiający zasadnie przyjął, iż w niniejszej sprawie zachodzą podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., poprawnie uzasadniając swoją decyzję w tym zakresie. Wskazane na str. 38 odwołania rzekome niedociągnięcia uzasadnienia decyzji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego wynikają bądź to z błędnego przyjęcia zakresu związania zamawiającego wyrokiem 1754/19, bądź konsekwentnego pomijania przez odwołującego tych fragmentów uzasadnienia wyroku 1754/19, które są dla odwołującego „niewygodne” (np. możliwość uwzględnienia przy ocenie dokumentów uzupełnionych przez odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.), względnie są skutkiem pobieżnej i wybiórczej analizy stanowiska zamawiającego. Na tej zasadzie przystępujący wskazuje, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jest całkowicie chybiony.

#### IV, Zarzuty względem oferty przystępującego.

W pierwszej kolejności przystępujący zarzucił, że Odwołujący nie ma interesu w kwestionowaniu oferty przystępującego. W razie przywrócenia odwołującego do postępowania, to jego oferta — jako wyżej punktowana od oferty przystępującego — ma szansę zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Przy potwierdzeniu przez Izbę, że odwołujący zasadnie został z postępowania wykluczony, udzielenie zamówienia innemu wykonawcy nie będzie świadczyło o możliwości poniesienia przez odwołującego szkody. Utraci on bowiem bezpowrotnie możliwość uzyskania zamówienia ze względów niezwiązanych z treścią oferty

konkurencyjnego wykonawcy. Ewentualne wykluczenie przystępującego z postępowania nie ma więc i mieć nie może żadnego wpływu na sytuację odwołującego.

Kierując się jednak daleko idącą ostrożnością procesową, przystępujący wskazał, że spełnia warunki udziału w niniejszym postępowaniu i nie zachodzą względem niego podstawy do wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. I tak:

Po pierwsze, przystępujący wyjaśnił, że pełniąc rolę inwestora zastępczego dla zadania pn. Budowa Drogi publicznej Drogowej Trasy Średnicowej Katowice — Gliwice, Część Zachód od KM 5+320,00 do KM 8+119,85 odcinek GI, jednocześnie sprawował nadzór nad wykonywaniem robót budowlanych na tym zadaniu (jak również innych zadaniach wymienionych w doświadczeniu kandydatów na stanowiska specjalisty ds. rozliczeń oraz specjalisty ds. roszczeń), w tym przede wszystkim pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu w oparciu o procedury FIDIC. Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu, choć zlecone w ramach tej samej umowy co zlecenie wykonywania czynności właściwych dla zamawiającego (np. przeprowadzenie postępowania zmierzającego do zawarcia umowy z wykonawcą robót budowlanych, czy opracowanie dokumentacji projektowej), stanowiło jej wyodrębniony element. Okoliczność ta znajduje dodatkowe potwierdzenie w treści tzw. referencji wydanych na rzecz przystępującego, w których pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu na zasadach FIDIC jest wskazywane jako osobny punkt — samodzielny zakres zleconych mu usług.

Zakres obowiązków spoczywających na przystępującym, jako Inżynierze Kontraktu, nie różnił się przy tym od rodzaju obowiązków, jakie spoczywają na inżynierze kontraktu, który jest wybierany w osobnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie będącym jednocześnie inwestorem zastępczym, w szczególności przystępujący, zgodnie z umową zawartą z inwestorem właściwym zobowiązany był stworzyć i utrzymać w całym okresie realizacji zamówienia i okresie zgłaszania wad zespół inżyniera kontraktu, pełniący analogiczne zadania, jak zespoły inżynierów pracujące na innych kontraktach FIDIC.

W ocenie przystępującego, nie sposób przyjąć, jak chce tego odwołujący, by względem inżynierów i innych specjalistów zatrudnianych przez przystępującego przy realizacji tego kontraktu, miały być stosowane „surowsze” wymagania ustanowione w s.i.w.z. dla inżynierów (specjalistów) działających z ramienia zamawiającego.

Po drugie, odnosząc się do zarzutów dotyczących Geologa, przystępujący wskazał, że zgodnie z wymogami s.i.w.z. (pkt 7.2 ppkt 3 s.i.w.z. zmieniony zmianą nr 3 z dnia 20.09.2018 - pismo nr O.KA.D3.2410.67.2018.1054.ak) Geolog musi dysponować następującym doświadczeniem:



Minimum 18 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 przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę , której częścią był tunel drążony metodą górniczą lub tarczową o długości co najmniej 500 m na stanowisku /stanowiskach geologa w zespole Inżyniera Kontraktu ( konsultanta) lub po stronie Wykonawcy lub pracowała przy drążeniu wyrobisk górniczych ( w skałach) na stanowisku geologa górniczego.

Przystępujący wskazał w wykazie osób trzy zadania realizowane przez osobę przewidzianą do pełnienia tej funkcji, w tym zadanie 1:

Realizacje obejmujące pracę przy drążeniu wyrobisk górniczych w skałach:

Kopalnia Soli Kłodawa S.A.

Zajmowane stanowisko: geolog górniczy

Okres pełnienia funkcji: od 04.2013 do 07.2015

Przystępujący podniósł, że samo to zadanie potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu — obejmuje łącznie, wbrew zarzutowi odwołującego, 28 miesięcy doświadczenia.

Pozostałe zadania zostały wskazane jako dodatkowe, potwierdzające, że osoba przewidziana do pełnienia funkcji Geologa ma duże doświadczenie przy podobnych projektach, w tym jeden taki projekt realizuje obecnie. Argumentacja odwołującego jest więc całkowicie niezrozumiała.

Po trzecie, odnosząc się do zarzutów dotyczących specjalisty z zakresu hydrologii, przystępujący wskazał, że zarzut odwołującego opiera się na niczym nie popartych przypuszczeniach co do zamiarów osoby wskazanej przez przystępującego do pełnienia tej funkcji. Odwołujący nie przedstawił przy tym żadnego dowodu, z którego miałyby wynikać, że wskazany przez przystępującego specjalista nigdy nie miał zamiaru realizować niniejszego zamówienia, co rzekomo miało być okolicznością wiadomą przystępującemu. Tymczasem ciężar wykazania tych okoliczności, na zasadach art. 6 K.c., spoczywa na odwołującym. Z samego faktu, że dana osoba jest od wielu lat zatrudniona na podstawie umowy o pracę u tego samego pracodawcy nie można wywodzić, że osoba ta nie planuje, jeśli nadarzy się taka okazja, zmienić formy zatrudnienia i osoby pracodawcy, zwłaszcza jeśli wiązać będzie się to z korzystną ofertą finansową.

Przystępujący podkreślił przy tym, że przedstawił zamawiającemu, na etapie badania i oceny ofert, dodatkowe oświadczenie osoby przewidzianej do pełnienia tej funkcji.

Odwołujący, analizując to oświadczenie, całkowicie pominął, że w oświadczeniu tym jest mowa o uzgodnieniu wskazania tej osoby w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia (a więc nie tylko w ofercie) na warunkach wynikających z s.i.w.z. W niniejszej sprawie, warunkiem wynikającym z s.i.w.z. jest zatrudnienie specjalisty do spraw hydrologii na podstawie umowy o pracę, a co za tym idzie, już sama treść przedłożonego oświadczenia potwierdza, że osoba wskazana przez przystępującego musiała zdawać sobie sprawę z wymogu zatrudnienia na takiej właśnie podstawie. W tej sytuacji, nie sposób stwierdzić, dlaczego przystępujący miałby zakładać, że zatrudnienie tego specjalisty na podstawie umowy o pracę nie będzie możliwe.

Z daleko idącej ostrożności, przystępujący podniósł, że pozyskał jednak kolejne oświadczenie osoby przewidzianej w ofercie do pełnienia funkcji hydrologa, w którym osoba ta potwierdza, że pozostawała i nadal pozostaje w gotowości do zawarcia umowy o pracę z firmą „Drogowa Trasa Średnicowa” S.A. — liderem konsorcjum, odpowiedzialnym za zatrudnienie tego specjalisty.

Przystępujący wskazał, że, w odróżnieniu od odwołującego, skonstruował swoje oświadczenia w taki sposób, by działać możliwie transparentnie. Z oświadczeń tych jednoznacznie wynika, w jaki sposób przystępujący rozumie zapisy s.i.w.z. i w jaki sposób potwierdza ich spełnienie. To zaś prowadzi do wniosku, że w przypadku przystępującego nie może być mowy o zaistnieniu przesłanego do wykluczenia go z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p.

Przystępujący wskazał, że w dwóch z trzech dotychczas wniesionych w niniejszej sprawie przez odwołującego odwołań, odwołujący stawia zamawiającemu zarzut naruszenia art. 7 ustawy P.z.p. poprzez nierówne traktowanie wykonawców, a w zasadzie faworyzowanie przystępującego.

Również w niniejszym odwołaniu zarzut ten został postawiony, niemniej tym razem odwołujący wiąże go przede wszystkim z rzekomym pominięciem przez zamawiającego wniosków wynikających z wyroku 1754/19, z pominięciem przy ocenie ofert informacji przedstawionych przez odwołującego w dniu 2 lipca 2019 r. oraz błędnym sporządzeniem, zdaniem odwołującego, decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania.

Przystępujący wskazał, że żaden z tych zarzutów nie potwierdził się, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że również zarzut naruszenia art. 7 ustawy P.z.p., jako pochodny względem wcześniej omówionych zarzutów, nie znajduje potwierdzenia.

Przystępujący stwierdził, że zamawiający w niniejszym postępowaniu w sposób rzetelny zweryfikował informacje podane przez wykonawców uczestniczących w

postępowaniu, w tym odwołującego. Okoliczność, że wezwaniem z dnia 25 października 2019 r. dał odwołującemu szansę na złożenie dodatkowych wyjaśnień w sprawie, jednoznacznie potwierdza, że zamawiający dążył do wszechstronnego wyjaśnienia wszystkich okoliczności niniejszej sprawy i poznania stanowiska wszystkich zainteresowanych. Podkreślił, że odwołujący z możliwości, jaką dał mu zamawiający, nie skorzystał, tj. w odpowiedzi na wskazane wezwanie nie podał konkretnych odpowiedzi na zadane mu pytanie, a wyłącznie wielokrotnie powtórzył wcześniejszą argumentację, w „odpowiedziach” na poszczególne pytania różnie ją ze sobą zestawiając (zmieniając kolejność argumentów, jedne przytaczając raz szerzej, raz wężej). Wyjaśnienia te, podobnie, jak wniesione w niniejszej sprawie odwołanie, stanowią przy tym w przeważającej mierze polemikę z wymaganiami s.i.w.z. Polemikę, która na obecnym etapie sprawy jest działaniem spóźnionym.

W tej sytuacji, w ocenie przystępującego, nie ma podstaw do przyjęcia, że działania zamawiającego naruszyły zasady wynikające z art. 7 ustawy P.z.p.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Jednym z warunków udziału w postępowaniu wskazanym w pkt 7.2. ppkt 3 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia TOM I (IDW), było m. in. dysponowanie osobą, proponowaną do pełnienia funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej. Zgodnie z s.i.w.z. osoba ta powinna legitymować się doświadczeniem:

„Minimum 10 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących opracowanie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o łącznej długości tych dróg lub ulic min 4 km na stanowisku/stanowiskach: Głównego Projektanta lub Projektanta Drogowego lub Kierownika Zespołu Projektowego

lub

doświadczenie przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących sprawdzenie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o łącznej długości tych dróg lub ulic min 4 km na stanowisku/stanowiskach: Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej lub Weryfikatora dokumentacji projektowej robót drogowych.

Jako opracowanie dokumentacji projektowej należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Protokołu odbioru dokumentacji projektowej lub równoważnego dokumentu”.

Pismem z dnia 19 kwietnia 2019 roku zamawiający wezwał odwołującego, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p., do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz odpowiednio w s.i.w.z. TOM I (IDW) pkt 7 i 8, w tym m. in. do złożenia wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności. Zamawiający załączył do tego pisma m. in. wzór formularza wykazu osób.

W dniu 6 maja 2019 roku odwołujący złożył ww. dokumenty i oświadczenia. W wykazie osób na stanowisko Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej odwołujący wskazał Pana M. P. . W kolumnie 5 wykazu osób, zatytułowanej Opis doświadczenia (odpowiednio zgodnie z wymogami określonymi w pkt 7.2 ppkt 3 lit. b) IDW, wskazano:

„Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo) Wschodnia Obwodnica miasta Poznania. Trasa główna o długości 20,14 km.

Doświadczenie na stanowisku Projektanta drogowego obejmowało opracowanie dokumentacji projektowej.

droga klasy S (dwujezdniowa)

stanowisko: projektant drogowy

Czas trwania: 06.2008 - 11.2009".

Pismem z dnia 7 czerwca 2019 roku zamawiający wezwał odwołującego, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p., do wyjaśnienia rozbieżności w zakresie doświadczenia Pana M. P., wskazanego do pełnienia funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej, na stanowisku projektanta drogowego obejmującym opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno- Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia Obwodnica miasta Poznania". W uzasadnieniu wezwania zamawiający wskazał, że „z informacji jakie uzyskał z Oddziału GDDKiA w Poznaniu wynika, że Pan M. P. na przedmiotowym zadaniu nie widniał jako projektant drogowy przy opracowywaniu dokumentacji projektowej".

W odpowiedzi na ww. wezwanie, pismem z dnia 18 czerwca 2019 roku, odwołujący przekazał zamawiającemu wyjaśnienia, wskazując, iż Pan M. P. pełnił funkcję projektanta drogowego w ramach zadania pn. „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno- Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia Obwodnica miasta Poznania". Formalnie powyższa

funkcja nie została zgłoszona do zatwierdzenia przez zamawiającego, niemniej jednak Pan M. P. brał czynny udział w projektowaniu jako projektant drogowy.

Dodatkowo odwołujący w dniu 2 lipca 2019 roku, przekazał zamawiającemu dodatkowe wyjaśnienia i uzupełnienia dotyczące doświadczenia Pana M. P., wykazując doświadczenie w pełnieniu funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej w ramach realizacji zamówienia pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy - Bydgoszcz - granica województwa kujawsko - pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 3 części”, w zakresie Części 2 polegającej na „Pełnieniu nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Dworżysko” (bez węzła) do węzła „Aleksandrowo” (z węzłem) o długości około 22,4 km”.

Ponadto odwołujący przekazał także oświadczenie o uczestnictwie Pana M. P. w pracach projektowych dla zadania „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia Obwodnica miasta Poznania”. Oświadczenie to zostało podpisane przez Dyrektora Działu Projektowania w AECOM - p. A. L.-N. oraz przez p. M. P. . Z treści oświadczenia wynika potwierdzenie uczestnictwa pana M. P. w pracach projektowych zespołu drogowego dla tematu S5 WOP dla drogi ekspresowej, węzłów, miejsc obsługi podróżnych oraz dróg dojazdowych w zakresie między innymi:

- geometrii poziomej i pionowej drogi ekspresowej, węzłów i MOP,
- połączenia projektowanych dróg z istniejącym układem komunikacyjnym,
- zapewnieniem dostępności do działek osób trzecich,
- konstrukcji nawierzchni dróg i parkingów,
- przekrojów normalnych i szczegółów konstrukcyjnych.

W dniu 29 sierpnia 2019 roku zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. Zgodnie z treścią pisma z dnia 29 sierpnia 2019 roku, w ocenie zamawiającego, odwołujący w zakresie doświadczenia Pana M. P. w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący w dniu 9 września 2019 roku złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z prawem czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. poprzez

uznanie, że odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Wyrokiem z dnia 26 września 2019 roku sygn. akt KIO 1754/20 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu bezzasadnego uznania, że odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd zamawiającego, mogącą mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania, oraz zarzutu sporządzenia uzasadnienia czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu wykonawcy z postępowania w sposób lakoniczny i ogólny, nie odnoszący się do poszczególnych przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą oraz nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Izba uznała, że zamawiający w sposób niewystarczający uzasadnił podstawy faktyczne wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy P.z.p., co jednocześnie skutkuje uznaniem, że także nie wykazał trafności swojego stanowiska, co do samej konieczności czynności wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy P.z.p. Izba uznała, że w dużej mierze zamawiający w swoim piśmie z 29.08.2019 r. ograniczył się jedynie do powtórzenia przesłanek ustawowych wynikających z art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy P.z.p. Dotyczy to przede wszystkim przesłanki, zgodnie z którą: a) wykonawca przedstawiając informację działał lekkomyślnie lub w sposób niedbały; b) informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W zakresie pierwszej przesłanki, zgodnie z którą wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, Izba uznała, że przedstawione w piśmie z 29.08. 2019 r. uzasadnienie faktyczne jest generalnie wystarczające, choć pewne elementy mogłyby być przedstawione w czytelniejszy sposób, w zakresie tego ile razy zamawiający weryfikował doświadczenie wskazanej osoby, w jakich terminach i dlaczego nie uznał oświadczenia p. M. P. z 11.07.2019 r. uzyskanego z Oddziału GDDKiA w Poznaniu. Względem zaś uznania, czy rzeczywiście informacja podana w wykazie osób zadania realizowanego dla Oddziału GDDKiA w Poznaniu, w kontekście wymogu z pkt 7.2.3 lit. b ppkt 13 s.i.w.z. stanowi informację wprowadzającą w błąd, Izba stwierdziła, że nie wystarczy, aby zaistniały jakakolwiek przesłanka, ale wszystkie kumulatywnie. W konsekwencji od ewentualnych ustaleń zamawiającego w tym zakresie w toku ponownego badania i oceny ofert, jak i ewentualnego

skutecznego wykazania i wyczerpującego uzasadnienia wszystkich trzech przesłanek będzie zależało, czy ta informacja ma taki charakter, czy też nie i czy może być podstawą wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p.

Na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przystępujący wniósł skargę do Sądu okręgowego w Warszawie. Skarga została odrzucona postanowieniem z dnia ..... sygn. akt .....

W dniu 25 października 2019 roku zamawiający, działając w trybie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p., wezwał odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień, m.in. w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko Głównego weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej - Pana M. P. w zakresie następujących kwestii:

- 1) podania daty uzyskania przez M. P. wpisu na listę właściwej Izby samorządu zawodowego, potwierdzonego zaświadczeniem wydanym przez tą Izbę oraz daty, od której Pan M. P. posiadał ubezpieczenie OC jako projektant;
- 2) wyjaśnienia na jakiej podstawie, uwzględniając treść regulacji art. 12 ust. 1 w związku z art. 12 ust. 7 ustawy Prawo budowlane, odwołujący uznał, że Pan M. P. w okresie od czerwca 2008 roku do listopada 2009 roku posiadał uprawnienia budowlane, umożliwiające sprawowanie samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie jako projektant drogowy przy opracowaniu dokumentacji projektowej dla zadania: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania”, a w konsekwencji mógł wykazać się doświadczeniem na tym stanowisku;
- 3) wyjaśnienia sformułowania „czynny udział w projektowaniu jako projektant drogowy”, odnoszącego się do doświadczenia M. P. przy opracowaniu w okresie od czerwca 2008 roku do listopada 2009 roku, dokumentacji projektowej dla zadania: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania”;
- 4) wyjaśnienia na jakiej podstawie faktycznej i prawnej (ze wskazaniem konkretnej podstawy prawnej) odwołujący uważa, że wskazany „czynny udział w projektowaniu” spełnia wymogi określone przez zamawiającego w pkt 7.2. ppkt 3 lit. b IDW;
- 5) wskazania, czy i jakie działania zostały podjęte przez odwołującego w celu dokonania należytej weryfikacji wskazanego w ofercie doświadczenia Pana M. P. ;
- 6) wyjaśnienia czy odwołujący przed złożeniem oświadczeń zawartych w ofercie dotyczących doświadczenia Pana M. P. żądał od niego przedstawienia dokumentów potwierdzających posiadanie doświadczenia przy opracowaniu dokumentacji projektowej dla

zadania: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania" oraz czy weryfikował posiadanie uprawnień do wykonywania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie Pana M. P. w okresie od czerwca 2008 roku do listopada 2009 roku.

W dniu 4 listopada 2019 roku odwołujący wniósł odwołanie na czynność wezwania go do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p.

Wyrokiem z dnia 19 listopada 2019 roku sygn. akt KIO 2239/19 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie.

Na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej żaden z uczestników postępowania odwoławczego nie wniósł skargi do sądu okręgowego.

Odwołujący pismem z dnia 8 listopada 2019 roku odpowiedział na ww. wezwanie do wyjaśnień. W ww. piśmie odwołujący wyjaśnił m.in., że:

- 1) Pan M. P. został wpisany na listę Wielkopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w dniu 1 grudnia 2008 roku i od tej daty posiadał wymagane ubezpieczenie OC jako projektant;
- 2) wymogi s.i.w.z. wskazane w pkt 7.2 ppkt 3 lit. b IDW co do osoby proponowanej na stanowisko Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej nie wskazywały, iż w okresie przedstawianego doświadczenia osoba ta powinna posiadać uprawnienia do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie;
- 3) odwołujący nie wskazał w wykazie osób, iż Pan M. P. w okresie od czerwca 2008 roku do listopada 2009 roku był uprawniony do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, a jedynie, iż posiadał doświadczenie w okresie od czerwca 2008 roku do listopada 2009 roku na stanowisku projektanta drogowego, które obejmowało opracowanie dokumentacji projektowej;
- 4) dopuszczalne jest szerokie rozumienie pojęcia „stanowiska projektanta drogowego” - dla odwołującego omawiany warunek oznaczał możliwość wskazania każdej osoby, która posiada uprawnienia budowlane w zakresie projektowania w specjalności drogowej i która przez minimum 10 miesięcy brała udział w realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących opracowanie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o łącznej długości tych dróg lub ulic min 4 km na stanowisku projektanta drogowego;
- 5) pod sformułowaniem „czynny udział w projektowaniu jako projektant drogowy” odwołujący rozumie jako udział w pracach projektowych na stanowisku projektanta drogowego



w większym zespole projektowym, gdyż opracowanie dokumentacji projektowych dla dużych inwestycji drogowych czy kolejowych wymaga zaangażowania zespołów projektowych, w ramach których udział bierze nawet po kilku projektantów z danej branży;

6) zamawiający pominął fakt, iż Pan M. P. posiada również wymagane przez zamawiającego doświadczenie na innym zadaniu pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy - Bydgoszcz ~ granica województwa kujawsko - pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 3 części”, w zakresie Części 2 polegającej na „Pełnieniu nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Dworzysko” (bez węzła) do węzła „Aleksandrowo” (z węzłem) o długości około 22,4 km”;

7) przedmiotowe doświadczenie Pana M. P. było również przedstawiane przez AECOM w ramach ofert składanych w innych postępowaniach przetargowych prowadzonych przez podmioty publiczne, w tym Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad; w ramach tych postępowań ten sam zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad badał oferty AECOM i doświadczenie Pana M. P. i nie było ono nigdy wcześniej zakwestionowane;

8) AECOM jako pracodawca Pana M. P., posiadał wiedzę o jego doświadczeniu, które przedstawił w wykazie osób.

Zamawiający pismem z dnia 10 marca 2020 roku poinformował odwołującego o ponownym wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. pismem następującej treści:

*Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, działając zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”, informuje co następuje:*

*Wykonawca, Konsorcjum Firm: AECOM Polska Sp. z o.o. ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa; DIM Pracownia Projektowa Dróg i Mostów R. K. ul. Sosnowa 6F, 71-468 Szczecin, (dalej „Wykonawca” lub „Konsorcjum Aecom”).*

*zostaje wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.*

*Wykonawca 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 i prawne:*

*Dla wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp niezbędne jest wykazanie, że łącznie zostały spełnione trzy przesłanki:*

- 1) przedstawione przez wykonawcę informacje wprowadzają zamawiającego w błąd,*
- 2) informacje wprowadzające w błąd mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego,*
- 3) przedstawienie informacji wprowadzających w błąd nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.*

*ad. 1) przedstawione przez wykonawcę informacje wprowadzają zamawiającego w błąd, są to informacje nieprawdziwe, czyli niemające odzwierciedlenia w rzeczywistości.*

*Zgodnie z wymogiem zawartym w pkt 7.2.3. lit. b) ppkt 13) SIWZ TOM I (IDW), osoba proponowana do pełnienia funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej, miała legitymować się następującym doświadczeniem:*

*„Minimum 10 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących opracowanie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o łącznej długości tych dróg lub ulic min, 4 km na stanowisku/stanowiskach:*

*Głównego Projektanta*

*lub Projektanta Drogowego lub*

*Kierownik Zespołu Projektowego lub doświadczenie przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących sprawdzenie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o łącznej długości tych dróg lub ulic min 4 km na stanowisku/stanowiskach:*

*Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej lub*

*Weryfikatora dokumentacji projektowej robót drogowych*

*Jako opracowanie lub sprawdzenie dokumentacji projektowej należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Protokołu odbioru dokumentacji projektowej lub równoważnego dokumentu, "*

*W złożonym na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp „Wykazie osób” na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na stanowisko Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej Wykonawca wskazał Pana M. P. z doświadczeniem na stanowisku Projektanta drogowego w okresie od*

06.2008 r. do 11.2009 r. przy opracowywaniu dokumentacji projektowej dla zadania „Projekt Budowlany i

Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania”

Zamawiający weryfikując przedmiotową informację zwrócił się do Oddziału GDDKiA w Poznaniu pismem z dnia 17.05.2019r., o potwierdzenie następujących informacji:

„Czy Pan M. P. pełnił funkcję. Projektanta drogowego na zadaniu: Droga S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo), Wschodnia Obwodnica miasta Poznania.

Prosimy również o wskazanie czy Pan M. P. pełnił ww. funkcję w okresie 06.2008 – 11.2009 oraz czy przedmiotowa funkcja obejmowała opracowanie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o łącznej długości tych dróg lub ulic min. 4 km). ” W odpowiedzi Zamawiający uzyskał stanowisko Oddziału GDDKiA w Poznaniu pismem z dnia 21.05.2019r. (na rzecz którego zadanie było realizowane), zgodnie z którym:

„Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu (...) nie potwierdza informacji, dotyczących pełnienia funkcji projektanta drogowego przez Pana M. P. przy opracowaniu dokumentacji projektowej dla zadania polegającego na budowie drogi ekspresowej S5 Gniezno - Poznań (węzeł „Kleszczewo”). Na dokumentacji projektowej widnieją nazwiska innych projektantów. ”

W związku z powyższym, Zamawiający pismem z dnia 07.06.2019 r. znak: O.KA.D3.2410.67.2018/2019.545.ak wezwał Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie powyższych rozbieżności dotyczących doświadczenia Pana M. P. na ww. zadaniu:

„w przedłożonym na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Wykazie Osób w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji:

2,1. Głównego weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej - wskazaliście Państwo Pana M. P. z doświadczeniem na stanowisku Projektanta drogowego obejmującym opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo), Wschodnia obwodnica miasta Poznania” (od 06.2008 do 112009).

Z informacji jakie uzyskano z Oddziału GDDKiA w Poznaniu wynika, że Pan M. P. na przedmiotowym zadaniu nie widniał jako projektant drogowy przy opracowaniu dokumentacji projektowej.”

*W odpowiedzi na wystosowane przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwanie do wyjaśnień z dnia 7 czerwca 2019r., Wykonawca pismem nr: 4787- 2437 WR/84/2019 z dnia 18 czerwca 2019r. podtrzymał swoje stanowisko w zakresie dot. pełnienia przez ww. osobę funkcji projektanta drogowego na wskazanym w „Wykazie Osób” zadaniu, z zastrzeżeniem, iż jak wyjaśnił Wykonawca:*

*„Formalnie powyższa funkcja nie została zgłoszona do zatwierdzenia przez Zamawiającego, niemniej jednak Pan M. P. brał czynny udział w projektowaniu jako projektant drogowy.”*

*Wobec powyższego Zamawiający pismem nr O.KA.I-4.4143/4.4.2019.1858.SIWG z dnia 10.07.2019r. po raz drugi zwrócił się do Oddziału GDDKiA w Poznaniu o zweryfikowanie wykonanej na rzecz ww. jednostki organizacyjnej dokumentacji projektowej:*

*„Czy Pan M. P. pełnił funkcję Projektanta drogowego na zadaniu: Droga S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo, Wschodnia Obwodnica miasta Poznania.*

*Z informacji uzyskanej od Konsultanta wynika, że: Pan M. P. brał czynny udział w projektowaniu jako projektant drogowy. ”*

*Oddział GDDKiA w Poznaniu ponownie pismem znak: O.PO.I-4.41.11.145.3.2019.ed z dnia 10.07.2019r. nie potwierdził faktu pełnienia funkcji Projektanta drogowego przez Pana M. P. przy opracowaniu dokumentacji projektowej dla wymienionego zadania. Jednocześnie podkreślono, że nazwisko w/w osoby nie figuruje w dokumentacji projektowej. Dodatkowo, Oddział GDDKiA w Poznaniu na potwierdzenie powyższego przekazał fragmenty Projektów Zagospodarowania Terenu na których widnieją nazwiska zespołów projektowych i sprawdzających.*

*Niezależnie od powyższego, Zamawiający - Oddział GDDKiA w Katowicach również sprawdził dokumentację pn.: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania”. W wyniku tego sprawdzenia ustalono, że wśród projektantów wchodzących w skład zespołów projektowych brak jest osoby Pana M. P..*

*Zauważyć należy również, że szczegółowe zestawienia projektantów i projektantów sprawdzających stanowiące część dokumentacji projektowej, przekazane zostało Zamawiającemu wraz z przedmiotową dokumentacją przez jej Wykonawcę tj. Biuro Projektowe DHV POLSKA Sp. z o.o.*

*Z przedstawionych powyżej faktów wynika, iż nie prawdą jest że Pan M. P. brał udział w opracowaniu dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na*

zadaniu „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania” na stanowisku projektanta drogowego.

Nie jest tak jak twierdzi Wykonawca, że wystarczy jakikolwiek czynny udział, by uznać spełnienie warunku udziału. Zamawiający, jak wskazano wyżej, wymagał doświadczenia przy opracowaniu dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na stanowisku Głównego projektanta lub Projektanta drogowego lub Kierownika Zespołu Projektowego. Do takiego stanowiska przychyliła się również Izba w wyroku z dnia 26 września 2019r. Sygn. akt: KIO 1754/19:

„Odnosne sposobu rozumienia wymogu z pkt 7.2.3 lit, b ppkt 13 SIWZ przywołanego w informacji o wykluczeniu z 29.08.2019 r., Izba uznaje stanowisko Zamawiającego przedstawione na rozprawie. Z postanowień SIWZ przywołanych w informacji o wykluczeniu z 29.08.2019 r, wynika bowiem, w ocenie Izby, że chodziło o wykazanie się przez osobę wskazaną, określonym oczekiwany doświadczeniem „na stanowisku/ stanowiskach”, nie zaś o wykazanie jakiegokolwiek projektanta, czy też uczestnika prac projektowych zespołu drogowego. Należy przychylić się do stanowiska Zamawiającego, że osoby na danych stanowiskach opracowują dane dokumenty i podpisują je, biorą więc odpowiedzialność za ich treść. Przysługują im także z tego tytułu prawa autorskie, czy też obowiązki związane z nadzorem. Nie można uznać, do czego de facto dąży Odwołujący, aby objąć doświadczeniem nieograniczoną liczbę osób, które pracowały nad projektem i umożliwić im wykazywanie się doświadczeniem z niego wynikającym.”

Wykonawca w Wykazie Osób wskazał, że Pan M. P., posiada doświadczenie „na stanowisku Projektanta drogowego obejmującym opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania” w okresie 06.2008 - 11,2009. ”

Z informacji uzyskanych przez Zamawiającego za pośrednictwem wyszukiwarki znajdującej się na stronie internetowej Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa wynika, że Pan M. P. w okresie od czerwca 2008 do listopada 2008 (tj. okresie objętym wskazanym przez Wykonawcę doświadczeniem) w ogóle nie był członkiem właściwej Izby samorządu zawodowego.

Co więcej powyższe okoliczności zostały również potwierdzone przez Wykonawcę w piśmie z dnia 08.11.2019r. znak: 4787-2437/1354/2019. Bezspornym pozostaje zatem fakt, iż Pan M. P. na liście członków właściwej izby został wpisany w grudniu 2008 rok i od tej daty posiadał wymagane ubezpieczenie OC jako projektant.

Nie ulega wątpliwości, że osobą posiadającą doświadczenie na stanowisku projektanta drogowego tj. osobą posiadającą doświadczenie w zakresie wykonywania samodzielnej

funkcji technicznej projektanta, może być wyłącznie osoba, która nie tylko posiada stosowne uprawnienia projektowe potwierdzone wpisem w drodze decyzji, do centralnego rejestru, o którym mowa w art. 88a ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) (dalej: „ustawa Prawo budowlane”), ale również legitymuje się wpisem na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzonego zaświadczeniem wydanym przez tę izbę.

Zgodnie z art. 12 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo budowlane - za samodzielną funkcję techniczną w budownictwie uważa się działalność związaną z koniecznością fachowej oceny zjawisk technicznych lub samodzielnego rozwiązania zagadnień architektonicznych i technicznych oraz technicznoorganizacyjnych, a w szczególności działalność obejmującą projektowanie, sprawdzanie projektów architektoniczno-budowlanych i sprawowanie nadzoru autorskiego.

Jednocześnie zgodnie z art. 12 ust. 7 ustawy Prawo budowlane - podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie stanowi wpis, w drodze decyzji, do centralnego rejestru, o którym mowa w art. 88a ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy Prawo budowlane, oraz - zgodnie z odrębnymi przepisami wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez tę izbę, z określonym w niej terminem ważności.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (Dz.U. 2001 nr 5 poz. 42) - Prawo wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz samodzielnego projektowania przestrzeni w skali regionalnej i lokalnej lub kierowania zespołem prowadzącym takie projektowanie przysługuje wyłącznie osobom wpisanym na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego.

Zatem we wskazanym przez Wykonawcę okresie od czerwca 2008 roku do listopada 2008 roku Pan M. P. nie mógł zajmować stanowiska projektanta drogowego przy opracowaniu „Projektu Budowlanego i Wykonawczego drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania”, ponieważ w myśl ww. przepisów podstawą do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie stanowi wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego.

Analiza przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów, oświadczeń, wyjaśnień oraz informacji uzyskanych przez Zamawiającego w wyniku przeprowadzonych czynności weryfikacyjnych, wskazuje na to, iż Wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego. Wykonawca bez wątplenia podał informacje nieprawdziwe, niemające odzwierciedlenia w rzeczywistości, bowiem Pan M. P. nie zajmował stanowiska projektanta drogowego przy opracowaniu dokumentacji dla ww. zadania.

Wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie tego, że oświadczenie złożone przez niego w Formularzu Wykaz osób jest prawdziwe i p. M. P. faktycznie zajmował stanowisko projektanta drogowego przy opracowaniu przedmiotowej dokumentacji.

Pomimo wątpliwości Zamawiającego, Wykonawca wciąż podtrzymywał, że Pan M. P. zdobył doświadczenie na stanowisku projektanta drogowego na zadaniu: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania”.

Po ogłoszeniu wyroku KIO z dnia 26 września 2019r. Sygn. akt: KIO 1754/19 Zamawiający pismem z dnia 25.10.2019r znak: O.KA.D-3.2410.67.2018/2019.1047.ak wezwał Wykonawcę do udzielenia dodatkowych wyjaśnień..

W odpowiedzi na powyższe Wykonawca pismem z dnia 08.11.2019 r. pismo nr 4787-2437/1354/2019 wyjaśnił:

- 1) „Wymogi SIWZ wskazane w pkt 7.2 ppkt 3 b IDW, co do doświadczenia osoby proponowanej na stanowisko Głównego weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej, nie wskazywały, iż w okresie przedstawianego doświadczenia osoba ta powinna posiadać uprawnienia do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie.”
- 2) „przedmiotowe doświadczenie Pana M. P. było również przedstawiane przez AECOM w ramach ofert składanych w innych postępowaniach przetargowych prowadzonych przez podmioty publiczne, w tym Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad. W ramach tych postępowań, ten sam Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, badał oferty AECOM i doświadczenie Pana M. P. i nie było ono nigdy wcześniej zakwestionowane.”
- 3) „AECOM jako pracodawca Pana M. P., posiadał wiedzę o jego doświadczeniu, które przedstawił w Wykazie osób. W związku z tym, nie było koniecznym dodatkowe żądanie, bezpośrednio od Pana M. P., przedstawienia dokumentów potwierdzających posiadanie doświadczenia na tym zadaniu.
- 4) „odnosząc się do weryfikacji posiadanych przez Pana M. P. uprawnień do wykonywania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, wskazujemy, iż AECOM, jako pracodawca Pana M. P., posiada informacje co do uprawnień i przynależności Pana M. P. do odpowiedniej Izby Inżynierów Budownictwa. ”

Nie może ulegać wątpliwości, iż zajmowanie określonego stanowiska pozostaje w integralnym związku z odpowiedzialnością jaka się z nim wiąże. Zatem osobą posiadającą doświadczenie na stanowisku projektanta drogowego dla danego zadania może być wyłącznie osoba, która

*posiadając stosowne uprawnienia projektowe faktycznie zajmowała stanowisko projektanta drogowego dla przedmiotowego zadania wchodząc w skład zespołu projektowego i biorąc faktyczny udział w prowadzonych pracach projektowych jako projektant drogowy, a nie jak wskazuje Wykonawca „osoba biorąca czynny udział w pracach zespołu projektowego”.*

*Osoby wykonujące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie są odpowiedzialne za wykonywanie tych funkcji zgodnie z przepisami i zasadami wiedzy technicznej oraz za należyłą staranność w wykonywaniu pracy, jej właściwą organizację, bezpieczeństwo i jakość. Podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie stanowi wpis, w drodze decyzji, do centralnego rejestru oraz - zgodnie z odrębnymi przepisami - wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez tę izbę, z określonym w nim terminem ważności.*

*Nie jest możliwe wykazanie doświadczenia na stanowisku projektanta bez posiadania wymaganych prawem uprawnień oraz do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Osoba, która nie posiada wpisu na listę właściwej izby inżynierów, nawet jeżeli uzyskała już właściwe uprawnienia budowlane, nie może wykonywać i sprawdzać projektów budowlanych, co wynika z przepisu art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów, który wyklucza możliwość uznania takiej osoby za projektanta opracowującego projekt budowlany.*

*Wykonawca działający z należyłą starannością musiał mieć zatem świadomość, że doświadczenie osoby proponowanej do pełnienia funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej wymagane w ramach warunku w pkt 7.2.3. lit. b) ppkt 13) SIWZ TOM I (IDW), musi zostać zdobyte w okresie kiedy dana osoba posiadała stosowne uprawnienia projektowe i była uprawniona do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz samodzielnego projektowania przestrzeni w skali regionalnej i lokalnej oraz faktycznie zajmowała stanowisko projektanta drogowego dla przedmiotowego zadania wchodząc w skład zespołu projektowego i biorąc faktyczny udział w prowadzonych pracach projektowych jako projektant drogowy*

*Wykonawca nie przedłożył żadnego dowodu na twierdzenie, iż Pan P. pełnił funkcję projektanta drogowego na zadaniu. Zamawiający dokonując weryfikacji doświadczenia Pana P. nie znalazł żadnego dowodu na potwierdzenie stanowiska Wykonawcy. Tym samym, oświadczając w formularzu „Wykaz osób”, że Pan P. posiada doświadczenie zgodne z opisem warunku udziału, zdobyte w ramach zadania, Wykonawca przedstawił informacje niezgodne ze stanem faktycznym, wprowadzające zamawiającego w błąd. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.*



Wykonawca posiadał wiedzę zarówno w zakresie posiadanych uprawnień jak i doświadczenia Pan P., jako jego pracodawca. Zatem nie powinien mieć problemu z ustaleniem faktów. Ze strony profesjonalnych podmiotów wymaga się większej staranności w przygotowaniu oferty, tym bardziej że Wykonawca, działa na rynku od wielu lat. Przeświadczenie Wykonawcy, że dotychczas wykazywane takie samo doświadczenie w innych postępowaniach było uznawane, nie oznacza, że ma nadać spornej informacji prawdziwości w aktualnym postępowaniu.

W konsekwencji powyższego, oceniając złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia oraz biorąc pod uwagę informacje uzyskane z Oddziału GDDKiA w Poznaniu, Zamawiający uznał, iż informacje wskazane przez Wykonawcę w Formularzu - Wykaz osób są nieprawdziwe, czyli niemające odzwierciedlenia w rzeczywistości, a to oznacza że są informacjami wprowadzającymi zamawiającego w błąd.

Ad. 2) informacje wprowadzające w błąd mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego:

Zamawiający w postępowaniu przewidział zastosowanie procedury odwróconej zgodnie z treścią art. 24aa ustawy Pzp, która polega na tym, że zamawiający w toku czynności oceny ofert nie dokonuje podmiotowej oceny wszystkich wykonawców (ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia), nie badając nawet wszystkich wstępnych oświadczeń wykonawców, składanych w szczególności w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. W pierwszej kolejności Zamawiający dokonał oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ. Dopiero potem, wyłącznie w odniesieniu do Wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej), Zamawiający dokonał oceny podmiotowej Wykonawcy, tj. zbadał oświadczenie wstępne, a następnie zażądał przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w celu potwierdzenia, że nie podlega on wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający wezwał Wykonawcę pismem znak O.KA.D-3.2410.67.2018/2019.371.ak z dnia 19.04.2019r., którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Zamawiający dokonał weryfikacji oświadczeń i dokumentów pod kątem wykazania okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w odniesieniu do tego Wykonawcy, którego ofertę ocenił najwyżej, tj. wykonawcy, który uplasował się na najwyższej pozycji w rankingu ofert, przed formalnym poinformowaniem wykonawców o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Należy przy tym rozróżnić proces dokonywania faktycznej oceny ofert przez zamawiającego od formalnej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

*jaką jest wybór najkorzystniejszej oferty, o której zamawiający informuje pozostałych wykonawców, stosownie do art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.*

*W wyniku weryfikacji dokumentów i oświadczeń Zamawiający ustalił, iż osoba proponowana do pełnienia funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej nie pełniła funkcji projektanta drogowego na zadaniu wykazanym w Formularzu „Wykaz osób”. Było to jedyne zadanie wskazane przez Wykonawcę w odniesieniu do tej osoby. Weryfikacja doświadczenia oraz wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę, potwierdziły to, iż Wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, niemające odzwierciedlenia w rzeczywistości, bowiem Pan M. P. nie zajmował stanowiska projektanta drogowego przy opracowaniu: „Projektu Budowlanego j Wykonawczego drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania”*

*Informacje przedstawione przez Wykonawcę, pozostają w sprzeczności z rzeczywistością, a ich podanie skutkowało mylnym przekonaniem, że wskazane doświadczenie Pana P. spełnia wymogi z pkt 7.2.3 lit. b ppkt 13 SIWZ. W konsekwencji, gdyby Zamawiający nie zweryfikował doświadczenia Pana M. P., to oferta Wykonawcy zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza - a więc Zamawiający dokonałby innej decyzji, aniżeli gdyby w błąd nie został wprowadzony (zob. Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 września 2019 r. Sygn. akt XIX Ga 953/19).*

*W świetle art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty.*

*Wykonawca będący profesjonalistą w swojej branży, musiał podczas przygotowywania oferty zdawać sobie sprawę z tego, iż przyjęcie doświadczenia Pana M. P. na ww. zadaniu na stanowisku Projektanta drogowego jako spełniającego warunki udziału odmiennie niż wynika z SIWZ, będzie miało realny wpływ na ich ocenę przez Zamawiającego w ramach oceny ofert i mogło przesądzić o wyborze oferty najkorzystniejszej, bowiem Wykonawca wezwany został do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.*

*Wskazać również należy, iż Zamawiający podjąłby decyzję o wyborze oferty Wykonawca w oparciu o złożone przez niego dokumenty i oświadczenia w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp uznając je za prawdziwe i wiarygodne.*

*Nie ulega wątpliwości, że informacje wymagane dla oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu są informacjami mającymi istotny wpływ na podstawowe decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu bowiem stanowią podstawę do wyboru oferty najkorzystniejszej. W niniejszym postępowaniu Konsorcjum Aecom przedstawiło informacje w taki sposób, aby Zamawiający uznał, że doświadczenie Pana M. P. spełnia wymogi określone w SIWZ, a w konsekwencji dokonał wyboru oferty Konsorcjum Aecom jako najkorzystniejszej i udzielił zamówienia.*

*Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż zaistniała wynikająca z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp, przesłanka istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis odnosi się do wprowadzających w błąd informacji, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, co oznacza, że dla wypełnienia przesłanki, wystarczy możliwość wywarcia wpływu na takie decyzje. Zaznaczenia przy tym wymaga, że służy to ochronie uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz przeciwdziała udzieleniu zamówienia wykonawcy, który działa w postępowaniu w sposób nieprofesjonalny i nierzetelny.*

*Ad. 3) przedstawienie informacji wprowadzających w błąd nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.*

*Dokonując oceny stanu faktycznego sprawy przez pryzmat wystąpienia pozostałych przesłanek uzasadniających wykluczenie Konsorcjum Aecom z udziału w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., odwołać się należy do wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 lipca 2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 849/18. zgodnie z którym: „Działając na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (tzn. jest świadomy, że może podać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego nie dojdzie) lub niedbalstwa (tzn. podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.*

*Uwzględniając powyższe, w ocenie Zamawiającego, treść złożonych przez Konsorcjum Aecom oświadczeń dotyczących doświadczenia p. M. P. wskazuje na to, że możliwe jest przypisanie Wykonawcy co najmniej niedbalstwa przy przedstawianiu Zamawiającemu przedmiotowych informacji.*

*W pierwszej kolejności zauważyć należy, że zgodnie z treścią pkt 7.2.3 lit b) ppkt 13 SIWZ TOM I (IDW) osoba proponowana do pełnienia funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej, powinna legitymować się następującym doświadczeniem:*

*„Minimum 10 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących opracowanie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o łącznej długości tych dróg lub ulic min. 4 km na stanowisku/stanowiskach: Głównego Projektanta lub Projektanta Drogowego lub Kierownik Zespołu Projektowego lub doświadczenie przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących sprawdzenie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o łącznej długości tych dróg lub ulic min. 4 km na stanowisku/stanowiskach:*

*Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej lub*

*Weryfikatora dokumentacji projektowej robót drogowych*

*Jako opracowanie lub sprawdzenie dokumentacji projektowej należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Protokołu odbioru dokumentacji projektowej lub równoważnego dokumentu. "*

*Jak jednoznacznie wynika z treści przytoczonego zapisu SIWZ, wymagane przez Zamawiającego doświadczenie mogło zostać zdobyte wyłącznie na ściśle i precyzyjnie określonych w SIWZ stanowiskach, w tym na stanowisku projektanta drogowego. Podkreślić należy, że prawidłowość sposobu rozumienia przedmiotowego zapisu przez Zamawiającego i jednocześnie nieprawidłowe jego rozumienia przez Konsorcjum Aecom, została ostatecznie potwierdzona przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 26.09.2019 r., KIO 1754/19, w którego uzasadnieniu Izba stwierdziła :*

*„Odnosnie sposobu rozumienia wymogu z pkt 7.2.3 lit. b ppkt 13 SIWZ przywołanego w informacji o wykluczeniu z 29.08.2019 r., Izba uznaje stanowisko Zamawiającego przedstawione na rozprawie. Z postanowień SIWZ przywołanych w informacji o wykluczeniu z 29.08.2019 r. wynika bowiem, w ocenie Izby, że chodziło o wykazanie się przez osobę wskazaną, określonym oczekiwanym doświadczeniem „na stanowisku/ stanowiskach”, nie zaś o wykazanie jakiegokolwiek projektanta, czy też uczestnika prac projektowych zespołu drogowego. Należy przychylić się do stanowiska Zamawiającego, że osoby na danych stanowiskach opracowują dane dokumenty i podpisują je, biorą więc odpowiedzialność za ich treść. Przysługują im także z tego tytułu prawa autorskie, czy też obowiązki związane z nadzorem. Nie można uznać, do czego de facto dąży Odwołujący, aby objąć doświadczeniem nieograniczoną liczbę osób, które pracowały nad projektem i umożliwić im wykazywanie się doświadczeniem z niego wynikającym "*

*W świetle powyższego, nie może ulegać wątpliwości, iż dla profesjonalisty zawodowo trudniącego się danego rodzaju działalnością (art. 355 § 2 k.c.) różnica pomiędzy zajmowaniem stanowiska projektanta w ramach prowadzonych prac projektowych, a czynnym*

uczestniczeniem w pracach zespołu projektowego nie powinna budzić najmniejszych wątpliwości. Nie ulega także wątpliwości, na co również zwróciła uwagę w wydanym orzeczeniu Krajowa Izba Odwoławcza, że zakres odpowiedzialności projektanta jako autora opracowywanej dokumentacji projektowej oraz zakres związanych z nią obowiązków np. wynikających z prawa budowlanego i dotyczących świadczenia nadzoru autorskiego w zasadniczy sposób odróżnia od siebie zakres odpowiedzialności szeregowego członka wieloosobowego zespołu projektowego od osoby zajmującej stanowisko projektanta.

Zauważyć w tym miejscu należy, że zgodnie z treścią oświadczenia złożonego przez Konsorcjum Aecom w Formularzu - Wykaz osób, w związku z realizacją zadania: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo) Wschodnia obwodnica miasta Poznania” Pan M. P. miał legitymować się doświadczeniem na stanowisku Projektanta drogowego w okresie (od 06.2008 do 11.2009). Posłużenie się przez profesjonalnego Wykonawcę sformułowaniem „na stanowisku Projektanta drogowego” wskazuje, iż osoba, na której doświadczenie powołuje się on w składanych w postępowaniu dokumentach, faktycznie pełniła funkcję Projektanta drogowego na przedmiotowym zadaniu.

Jak wynika natomiast ze stanu faktycznego sprawy, osoba ta nie tylko nie pełniła w aspekcie formalnym funkcji Projektanta drogowego na przedmiotowym zadaniu gdyż nie mogła nie posiadając stosownych do tego uprawnień, (data wpisu na listę inżynierów budownictwa warunkująca nabycie uprawnień projektowych przez Pana M. P. miała miejsce dopiero w grudniu 2008 r. tj. po upływie 6 miesięcy od początku wskazywanego przez Konsorcjum Aecom w Formularzu - Wykaz osób okresu), ale w ogóle jako projektant drogowy nie uczestniczyła w realizacji przedmiotowego zadania. Powyższe potwierdzone zostało przez Zamawiającego jednoznacznie w treści złożonych przez GDDKiA Oddział w Poznaniu oświadczeń.

Co istotne w składanych na dalszym etapie postępowania oświadczeniach, Konsorcjum Aecom nie wskazywało już, tak jak miało to miejsce w Formularzu - Wykaz osób, na „doświadczenie Pana M. P. na stanowisku projektanta”, ale na fakt, iż w/w „brał czynny udział w projektowaniu jako projektant drogowy”, jednocześnie przyznając, iż „formalnie powyższa funkcja nie została zgłoszona do zatwierdzenia przez Zamawiającego” - pismo Konsorcjum Aecom z dnia 18.06.2019 r.

Również zgodnie z treścią oświadczenia, przekazanego przez GDDKiA Oddział w Poznaniu za pismem z dnia 10.07.2019r., datowanym na dzień 11.07.2019 r., jakie złożone zostało przez Konsorcjum Aecom i podpisane przez p. A. L. – N. i p. M. P.: „Potwierdza się uczestnictwo pana M. P. w pracach projektowych zespołu drogowego”,

*Niezależnie od tego, że treść przedmiotowych dokumentów jednoznacznie potwierdza zmianę narracji Konsorcjum Aecom w zakresie dotyczącym doświadczenia Pana M. P., to drugi z w/w dokumentów wskazuje również na to, że sam Pan M. P. nie przypisywał sobie na spornym zadaniu zajmowania stanowiska Projektanta drogowego, potwierdzając wyłącznie, że „uczestniczył on w pracach projektowych zespołu drogowego”.*

*Okoliczność ta potwierdza, iż Konsorcjum Aecom od początku udziału w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu zdawało sobie sprawę z tego, że Pan M. P. nie był Projektantem drogowym w związku z realizacją zadania: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo) Wschodnia obwodnica miasta Poznania”, a także, że podnoszone w późniejszych oświadczeniach „branie czynnego udziału w projektowaniu” nie jest pojęciem tożsamym z pojęciem zajmowania „stanowiska projektanta drogowego”. W konsekwencji powyższego, Konsorcjum Aecom, albo od początku postępowania zdawało sobie sprawę z tego, że złożone Zamawiającemu w treści Formularza - Wykaz osób oświadczenie dotyczące doświadczenia Pana M. P., złożone zostało niezgodnie z rzeczywistością, albo zdało sobie sprawę z tego faktu dopiero w jego toku. Niezależnie jednak od tego, która z w/w okoliczności faktycznych miała miejsce, w stanie faktycznym sprawy, w przedmiotowym postępowaniu spełniona została również druga przesłanka uzasadniająca wykluczenie Konsorcjum Aecom z udziału w postępowaniu zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. tj. wystąpienie po stronie Konsorcjum Aecom winy nieumyślnej.*

*Jeżeli bowiem Konsorcjum Aecom od początku udziału w postępowaniu było świadome tego, że podawane przez niego informacje dotyczące doświadczenia Pana M. P. mogą być informacjami niezgodnymi z rzeczywistością, działanie Wykonawcy winno zostać ocenione jako działalnie lekkomyślne. Jeżeli natomiast Wykonawca dopiero w toku postępowania zdał sobie sprawę, z tego, że informacje, które podał Zamawiającemu w Formularzu-Wykaz osób są informacjami niezgodnymi z rzeczywistością, na co również może wskazywać przytoczona powyżej zmiana treści oświadczeń składanych w odniesieniu do doświadczenia Pana M. P., to oznaczałoby to wystąpienie po stronie Wykonawcy niedbalstwa polegającego na braku należytego zweryfikowania zgodności z rzeczywistością podawanych Zamawiającemu informacji.*

*Niewątpliwie ocena postępowania wykonawcy biorącego udział w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego winna być oceniana przez pryzmat zawodowego charakteru jego działalności. Zgodnie z art. 355 § 2 k.c. należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.*

*Niewątpliwie również wykonawca biorący udział w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego winien zostać uznany za profesjonalistę.*

*Nie może ulegać wątpliwości, iż Wykonawca mógł i powinien był dokonać realnej i rzetelnej weryfikacji okoliczności faktycznych zawartych w treści składanych oświadczeń dotyczących doświadczenia Pana M. P., czego jednak nie uczynił.*

*Działanie takie uznać należy w ocenie Zamawiającego za niedbalstwo.*

*Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2018 r. , KIO 1983/18 „Za profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. W tym wypadku wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości bowiem, te składane w toku przetargu zmierzają do udzielenia zamówienia publicznego temu właśnie wykonawcy i mają wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Jeżeli wykonawca przedstawia w złożonym przez siebie oświadczeniu informacje odnośnie osób, którymi dysponuje, pozostające w sprzeczności z faktami, zaś zamawiający z łatwością może dotrzeć do właściwych informacji, to uznać należy, że wykonawca wykazał się co najmniej niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.”*

*Jak wskazuje się w orzecznictwie, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r., IV CK 151/03).*

*Nie ulega wątpliwości, iż złożenie przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, niezgodnych z rzeczywistością i niezweryfikowanych informacji dotyczących okoliczności przedmiotowo istotnych dla prowadzonego postępowania, w sposób oczywisty odbiega od miernika należytej staranności przynależnej profesjonalistcie.*

*Podnoszony przez Wykonawcę argument, zgodnie z którym doświadczenie Pana M. P. było również przedstawiane w ramach ofert składanych w innych postępowaniach przetargowych prowadzonych przez inne podmioty publiczne, w tym GDDKiA i nigdy nie było kwestionowane, nie zasługuje jednocześnie na uwzględnienie.*

*Po pierwsze, brak należytej weryfikacji w innych prowadzonych postępowaniach podanej przez Wykonawcę informacji i jednocześnie dokonanie rzetelnej weryfikacji tej informacji przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, nie może legitymizować oczywistej*

*niedbałości w podejmowanych przez Wykonawcę działaniach i braku rzetelnej weryfikacji okoliczności faktycznych objętych treścią składanych oświadczeń.*

*Po drugie, brak należytej weryfikacji zgodności z rzeczywistością informacji podanej przez Wykonawcę w innych postępowaniach, nie może nadawać tej informacji prawdziwości i zgodności z rzeczywistością w przedmiotowym postępowaniu.*

*Po trzecie, nie może również ulegać wątpliwości fakt, iż to, że dany zamawiający nie zweryfikował w sposób należyty przekazywanych mu w toku postępowania informacji, nie zwalniał Wykonawcy z obowiązku dochowania należytej, przynależnej profesjonalistce staranności przy weryfikowaniu oświadczeń składanych Zamawiającemu w niniejszym postępowaniu.*

*Przyjęcie w tym zakresie odmiennego stanowiska prowadziłoby do wniosku, że brak należytej weryfikacji przez Wykonawcę lub innych zamawiających podawanej w innych postępowaniach informacji i niezakwestionowanie jej niezgodności z rzeczywistością przez innych zamawiających, uprawniałoby Wykonawcę do posługiwania się tą informacją w kolejnych postępowaniach.*

*Uwzględniając przytoczone okoliczności faktyczne i prawne, stanąć należy na stanowisku, zgodnie z którym po stronie Wykonawcę wystąpiła również wina nieumyślna jako przesłanka uzasadniająca jego wykluczenie z udziału w przedmiotowym postępowaniu.*

*Sposób sformułowania przez Wykonawcę oświadczenia zawartego w Formularzu - Wykaz osób dotyczącego doświadczenia Pana M. P. (zwłaszcza uwzględniając późniejszą zmianę narracji w tym zakresie), wskazuje, na to iż Wykonawca mógł być świadomy tego, że złożone przez niego oświadczenie niewątpliwie utwierdzające Zamawiającego w przekonaniu, że postawiony warunek udziału w postępowaniu został przez Wykonawcę spełniony, oparte zostało o informacje mogące być informacjami nieprawdziwymi, bezzasadnie sądząc, że do ujawnienia ich nieprawdziwości nie dojdzie, Działanie takie niewątpliwie wypełnia znamiona lekkomyślności.*

*Jednocześnie nawet przyjmując, że działanie Wykonawcę nie wypełniałoby znamion winy nieumyślnej w postaci lekkomyślności, to z całą pewnością w stanie faktycznym sprawy działanie to winno zostać ocenione jako niedbalstwo z uwagi na brak należytego zweryfikowania zgodności z rzeczywistością treści składanych Zamawiającemu oświadczeń.*

*W związku z powyższym Zamawiający z postępowania wyklucza ww. Wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Ppz, 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.*



*Zgodnie z art. 24 ust. 4 ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.*

Zgodnie z modyfikacją s.i.w.z. nr 3 dokonaną w dniu 20 września 2018 roku i dotyczącą pkt 7.2 ppkt 3 lit. b IDW, zamawiający przewidział określone wymagania dla Personelu kluczowego, w tym dotyczące okresu sprawowania danego stanowiska lub rodzaju inwestycji w zależności od tego, czy osoba wskazywana przez wykonawcę sprawowała swoją funkcję dla wykonawcy robót budowlanych lub dla nadzoru albo przy zarządzaniu zadaniem inwestycyjnym, z ramienia Inwestora.

W przypadku, gdy osoba wskazywana na dane stanowisko sprawowała swoją funkcję przy zarządzaniu zadaniem inwestycyjnym, z ramienia Inwestora, zamawiający oczekiwał posiadania przez tą osobę doświadczenia w dłuższym okresie lub innego rodzaju inwestycji niż w przypadku pełnienia tożsamego stanowiska przy realizacji robót budowlanych lub przy nadzorze.

Dla osób proponowanych do pełnienia funkcji Specjalisty ds. rozliczeń oraz Specjalisty ds. roszczeń, w przypadku doświadczenia pozyskanego przez te osoby przy zarządzaniu, z ramienia Inwestora, realizacją zadań inwestycyjnych, zamawiający wymagał posiadania minimum 60 miesięcy doświadczenia. Dodatkowo, w odniesieniu do specjalisty ds. rozliczeń, zamawiający wymagał, aby posiadał on doświadczenie przy realizacji min. dróg klasy S (dróg ekspresowych).

Jak wynika z wykazu osób złożonego przez Konsorcjum DTŚ / INKO, doświadczenie pozyskane przez osoby proponowane do pełnienia funkcji Specjalisty ds. rozliczeń oraz Specjalisty ds. roszczeń wynika z pracy / współpracy tych osób z Drogową Trasą Średnicową S.A. będącej inwestorem zastępczym inwestycji związanych z budową Drogowej Trasy Średnicowej.

Powyższe potwierdza wykaz usług przedłożony przez Konsorcjum DTŚ / INKO w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p., jak również protokoły odbioru załączone przez Konsorcjum DTŚ / INKO do pisma z dnia 31 października 2019 roku złożonego na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. W wykazie usług, Konsorcjum DTŚ / INKO potwierdziło wykonywanie usługi inwestora zastępczego na przedsięwzięciu inwestycyjnym Kontrakt nr G1 wchodzący w skład projektu Kontynuacja budowy Drogowej Trasy Średnicowej Zachód odcinek Zabrze - Gliwice - Podprojekt 2 - odcinki Z3, Z4 w Zabrzu oraz G1 w Gliwicach.

Z protokołów odbioru wynika, iż Drogowa Trasa Średnicowa S.A. była zamawiającym zadania inwestycyjnego pn. Budowa drogi publicznej Drogowej Trasy Średnicowej. Część Zachód od km 5+320,00 do km 8+119,85, Odcinek G1 w Gliwicach.

W przypadku pełnienia funkcji specjalisty ds. roszczeń przy zarządzaniu, z ramienia Inwestora realizacją zadań inwestycyjnych, jednym z wymogów zamawiającego określonych w pkt 7.2 ppkt 3) lit. b) pkt 6) IDW było posiadanie minimum 60 miesięcy doświadczenia na stanowisku specjalisty, w zakresie obowiązków którego było rozpatrywanie roszczeń.

Jako osobę proponowaną do pełnienia funkcji Specjalisty ds. roszczeń, Konsorcjum DTŚ / INKO wskazało Panią J. K., która pełniła funkcje specjalisty ds. roszczeń w okresie od 11 lipca 2012 roku do 5 listopada 2014 roku (Zadanie 1) oraz od 12 grudnia 2013 roku do 21 grudnia 2015 roku (Zadanie 2).

W przypadku pełnienia funkcji specjalisty ds. rozliczeń przy zarządzaniu, z ramienia Inwestora realizacją zadań inwestycyjnych, jednym z wymogów zamawiającego określonych w pkt 7.2 ppkt 3) lit. b) pkt 5) IDW było, aby doświadczenie tej osoby dotyczyło 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont dróg lub ulic klasy min. S (tj. dróg ekspresowych).

Konsorcjum DTŚ/INKO do tej funkcji zaproponowało pana J. N., który uczestniczył on w realizacji kontraktów związanych z budową odcinków Drogowej Trasy Średnicowej jako specjalista ds. rozliczeń.

Na stanowisko Głównego Geologa Konsorcjum DTŚ / INKO zaproponowało osobę Pana B. C., wskazując trzy zadania, w których uczestniczył jako geolog górniczy lub technolog ds. geologii górniczej.

Zadania 1 i 3 obejmowały pracę przy dążeniu wyrobisk górniczych w skałach i były związane z pracą w Kopalni Soli w Kłodawie. Zadanie 2 dotyczy obecnie realizowanego tunelu w ciągu drogi ekspresowej S7 Kraków - Rabka Zdrój, na odcinku Lubień - Rabka Zdrój.

Zamawiający wymagał minimum 18 miesięcy doświadczenia na stanowisku geologa górniczego. W ramach Zadania 1 Pan B. C. pełnił funkcję geologa górniczego. Z kolei w ramach Zadania 2, sprawował funkcję technologa ds. geologii górniczej. Zadanie 2 obejmuje obecnie realizowany tunel w ciągu drogi ekspresowej S7 Kraków - Rabka Zdrój, na odcinku Lubień - Rabka Zdrój. Pan B. C. sprawuje swoją funkcję na tym zadaniu od dnia 1 lipca 2017 roku. Z pisma zamawiającego Oddziału w Krakowie wynika, że funkcja ta jest pełniona od dnia 1 września 2017 roku.

Zgodnie z wykazem osób, Konsorcjum DTŚ / INKO zaproponowało osobę Pana P. F. do pełnienia funkcji Specjalisty ds. hydrologii.

W ramach badania oferty Konsorcjum DTŚ / INKO przez zamawiającego, zamawiający zwrócił się do Państwowego Instytutu Geologii o potwierdzenie doświadczenia Pana P. F. . Z

odpowiedzi Państwowego Instytutu Geologicznego wynika, że Pan P. F. jest zatrudniony w Państwowym Instytucie Badawczym, Oddział Karpacki w Krakowie i zgodnie z obowiązującym Zakładowym Układem Zbiorowym Pracy nie może prowadzić działalności konkurencyjnej wobec Instytutu. Jednocześnie, ze strony PIG-PIB nie zostało podpisane zobowiązanie do oddania swoich zasobów w osobie Pana P. F. . PIG stwierdził, że wykorzystywanie dorobku zawodowego Pana P. F. bez jego wiedzy i zgody uważa za wysoce niestosowne i wniósł o nieuwzględnianie Pana P. F. w prowadzonym postępowaniu przetargowym.

Mając powyższe na uwadze, pismem z dnia 25 października 2019 roku zamawiający zwrócił się do Konsorcjum DTŚ / INKO o wyjaśnienie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p., czy wskazanie Pana P. F. do pełnienia funkcji Specjalisty ds. hydrologii przy realizacji zamówienia nastąpiło za jego wiedzą i zgodą oraz potwierdzenie czy wykonawca na etapie realizacji usługi będzie dysponował ww. osobą.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, pismem z dnia 31 października 2019 roku Konsorcjum DTŚ / INKO oświadczyło, iż wskazanie Pana P. F. do pełnienia funkcji Specjalisty ds. Hydrologii nastąpiło za jego zgodą. Na dowód powyższego, Konsorcjum DTŚ / INKO załączyło do wyjaśnień oświadczenie Pana P. F., w którym Pan P. F. oświadczył, że współpracuje przy realizacji innego zamówienia ze spółką INTEGRAL Sp. z o.o. jako partnerem konsorcjum, w którym jako lider występuje Spółka DTŚ SA i Spółka DTŚ SA uzgodniła z nim wskazanie jego osoby i jego doświadczenia w postępowaniu na realizację zadania „Budowa drogi ekspresowej S1 (dawniej S69) Bielsko-Biała – Żywiec – Zwardoń, odcinek Przybędza – Milówka (obejście Węgierskiej Górki) na warunkach wynikających z s.i.w.z., w celu uzyskania tego zamówienia.

Zgodnie z § 13 ust. 4 i 5 projektu umowy stanowiącego II część s.i.w.z., zamawiający wymagał, aby Specjalista ds. hydrologii został zatrudniony na podstawie umowy o pracę przez Konsultanta.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. w zakresie wniesienia i popierania zarzutów dotyczących czynności wykluczenia go z przedmiotowego postępowania, natomiast nie ma interesu w domaganiu się wykluczenia z postępowania przystępującego konsorcjum DTŚ/INKO.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., środki ochrony prawnej, określone w dziale VI ustawy Pzp, 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 ustawy P.z.p. Przesłanki te muszą być spełnione łącznie.

W rozpoznawanym przypadku nie ulega wątpliwości, że odwołujący ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i podejmuje konsekwentne kroki w tym, by to jemu było udzielone. Przesłanka ta nie została ponadto zakwestionowana przez zamawiającego ani przystępującego.

Izba podziela jednak stanowisko zamawiającego i przystępującego, iż odwołujący nie wykazał spełnienia drugiej przesłanki wskazanej w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., tj., że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego tych przepisów, które wskazał w odniesieniu do oferty przystępującego. Jak słusznie wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, gdyby odwołanie na czynność wykluczenia odwołującego z postępowania zostało uwzględnione, jego oferta uznana by została za najkorzystniejszą, w związku z czym jakiegokolwiek czynności lub zaniechania podjęte wobec oferty przystępującego nie miałyby wpływu na jego sytuację w postępowaniu. Jeżeli zaś odwołanie na czynność wykluczenia odwołującego zostałoby oddalone, nie uzyskałby on zamówienia, ale z innych przyczyn niż te, które dotyczyły oferty przystępującego.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, iż jego interes przejawia się w domaganiu się, by czynności zamawiającego były zgodne z prawem oraz tym, że postępowanie mogłoby zostać unieważnione, wskazać należy na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 kwietnia 2016 r. sygn. KIO 453/16, w którym stwierdzono, że „choć interes wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego powinien być szeroko rozumiany, to jednak wykonawcy powinni wskazać na czym polega interes w odniesieniu do ich sytuacji w danym postępowaniu, nie zaś powoływać się ogólnie na konieczność przestrzegania przepisów prawa, czy na możliwość następczego unieważnienia postępowania”. Skład orzekający w pełni popiera stanowisko przedstawione we wskazanym orzeczeniu i uznaje je za własne.

Stwierdzenie, że odwołujący nie posiada legitymacji do podnoszenia zarzutów wobec oferty przystępującego prowadzi do ich oddalenia bez merytorycznego rozpatrzenia. Ich rozpoznanie staje się bowiem zbędne w sytuacji, gdy nawet pozytywna ocena zasadności odwołania nie zmieni sytuacji odwołującego.

Wobec powyższego Izba oddaliła zarzuty wskazane w pkt. 6 i 7 odwołania.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów odwołania, Izba wskazuje, co następuje:

Izba uznała za bezzasadny zarzut wskazany w pkt. 1 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez bezzasadne uznanie, że

odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd zamawiającego, mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem odwołującego z postępowania, podczas gdy w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wskazany wyżej przepis ustanawia obligatoryjną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza, że zamawiający obowiązany jest wykluczyć wykonawcę w każdym przypadku, gdy spowodował on zdarzenie, o którym mowa we wskazanym unormowaniu.

Ocena, czy w rozpoznawanej sprawie wystąpiły okoliczności obligujące zamawiającego do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. wymaga ustalenia:

- 1) czy odwołujący przedstawił informację wprowadzającą w błąd zamawiającego,
- 2) czy informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 3) czy przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania, Izba wskazuje, co następuje:

W ocenie Izby fakt zaistnienia pierwszej przesłanki, tj. przedstawienia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, nie budzi wątpliwości. Fakt ten został zresztą potwierdzony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 26 września 2019 roku, sygn. akt KIO 1754/19. Co prawda, ustalenia faktyczne nie wiążą Izby w kolejnym postępowaniu, niemniej jednak Izba przeanalizowała zarówno treść wskazanego orzeczenia, jak i dokonała własnych ustaleń, i potwierdziła, że odwołujący przedstawił informację wprowadzającą zamawiającego w błąd co do doświadczenia Pana M. P. w odniesieniu do wymagań wskazanych w s.i.w.z.

Izba nie podziela tu stanowiska odwołującego, iż Izba w wyroku KIO 1754/19 stwierdziła, iż wobec odwołującego nie zachodzi żadna z przesłanek wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. Z analizy wskazanego orzeczenia wynika, iż Izba przyznała, że odwołujący przedstawił informację wprowadzającą zamawiającego w błąd, natomiast, odnosząc się do pozostałych przesłanek, uznała, że nie zostały one przez

zamawiającego odpowiednio wskazane i uzasadnione.

Faktem jest, że Pan M. P. nie pełnił funkcji Projektanta drogowego na zadaniu „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania”. Mimo to odwołujący w wykazie osób złożonym w wyniku wezwania wystosowanego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. stwierdził, iż Pan M. P. zajmował stanowisko Projektanta drogowego w okresie od czerwca 2008 do listopada 2009 roku.

Zamawiający podjął szereg czynności w celu ustalenia, czy rzeczywiście Pan M. P. pełnił wskazaną funkcję. W tym celu zwrócił się do GDDKiA Oddział w Poznaniu z prośbą o potwierdzenie powyższego faktu. Uzyskane informacje w sposób czytelny i klarowny wskazują, że Pan M. P. nie zajmował wskazanego stanowiska. Co więcej, sam odwołujący, poproszony przez zamawiającego o wyjaśnienia w tej kwestii, pismem z dnia 19 czerwca 2019 roku stwierdził, że Pan M. P. nie został formalnie zgłoszony zamawiającemu, ale brał czynny udział w projektowaniu jako projektant drogowy. Podkreślić należy, że sam Pan M. P. nie twierdził, że zajmował stanowisko Projektanta drogowego, ale że jedynie brał udział w pracach projektowych zespołu drogowego, co potwierdził w złożonym oświadczeniu.

Odnośnie sposobu rozumienia wymogu z pkt 7.2.3 lit. b ppkt 13 s.i.w.z., Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO 1754/19, zgodnie z którym „Z postanowień SIWZ przywołanych w informacji o wykluczeniu z 29.08.2019 r. wynika bowiem, w ocenie Izby, że chodziło o wykazanie się przez osobę wskazaną, określonym oczekiwanym doświadczeniem „na stanowisko/ stanowiskach”, nie zaś o wykazanie jakiegokolwiek projektanta, czy też uczestnika prac projektowych zespołu drogowego. Należy przychylić się do stanowiska Zamawiającego, że osoby na danych stanowiskach opracowują dane dokumenty i podpisują je, biorą więc odpowiedzialność za ich treść. Przysługują im także z tego tytułu prawa autorskie, czy też obowiązki związane z nadzorem. Nie można uznać, do czego *de facto* dąży Odwołujący, aby objąć doświadczeniem nieograniczoną liczbę osób, które pracowały nad projektem i umożliwić im wykazywanie się doświadczeniem z niego wynikającym.”

Przyjęcie wskazanej wyżej interpretacji warunku wskazanego w pkt. 7.2.3 lit. b ppkt 13 s.i.w.z. oznacza, że Pan M. P. nie wykonywał funkcji Projektanta drogowego. Wykonywanie jakichkolwiek prac związanych z projektem nie oznacza, że miały one miejsce w związku z zajmowaniem stanowiska Projektanta drogowego. W ocenie Izby, odwołujący był świadomy wymagań zamawiającego w tym zakresie, ponieważ w wykazie osób wskazał, że Pan M. P. zajmował stanowisko Projektanta drogowego. Dopiero później, w związku z prowadzonym przez zamawiającego postępowaniem wyjaśniającym, zmienił stanowisko, twierdząc, że Pan M. P. pracował jedynie przy wskazanym projekcie.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdza, że nawet przyjmując szerokie rozumienie

pojęcia „stanowiska Projektanta drogowego” (tak jak wskazuje odwołujący), również i w tej sytuacji przyjąć należy, że odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd. Dla ustalenia tego faktu istotne okazały się informacje przekazane zamawiającemu w piśmie z dnia 8 listopada 2019 roku. Odwołujący wskazał, że Pan M. P. został wpisany na listę Wielkopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w dniu 1 grudnia 2008 roku i od tej daty posiadał wymagane ubezpieczenie OC jako projektant.

Z powyższego wynika, że Pan M. P. w okresie od czerwca 2008 roku do grudnia 2008 roku nie mógł zajmować stanowiska Projektanta drogowego, ponieważ nie posiadał uprawnień do wykonywania zawodu projektanta. Nie mógł również pracować przy opracowaniu dokumentacji drogowej, a jeżeli nawet wykonywał jakieś czynności przy tym projekcie, to nie na stanowisku projektanta. Pan M. P. takich czynności nie mógł wykonywać, gdyż stosownych uprawnień nie posiadał. Powyższe potwierdza, że odwołujący w tym zakresie wprowadził zamawiającego w błąd.

W ocenie Izby zasadnym jest twierdzenie, że odwołującemu można przypisać co najmniej niedbalstwo przy przedstawieniu nieprawdziwych informacji, co zamawiający wykazał w piśmie z dnia 10 marca 2020 roku, w którym poinformował o wykluczeniu odwołującego z postępowania.

Wskazana przesłanka uzależnia wykluczenie wykonawcy od tego, czy można mu przypisać winę we wprowadzeniu w błąd zamawiającego. Winę na gruncie prawa cywilnego dzieli się na umyślną, czyli polegającą na działaniu lub zaniechaniu, bądź winę nieumyślną, cechującą się niedołożeniem należytej staranności – niedbalstwem albo lekkomyślnością.

Definicja należytej staranności zawarta jest w art. 355 § 1 K.c. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Jak precyzuje rodzima judykatura, 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 (wyrok SN z 10 marca 2004 r., IV CK 151/03). W praktyce jego zastosowanie polega na wyznaczeniu stosownego modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania dłużnika z tak określonym wzorcem. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania.

Tak ukształtowane zasady zostały w znaczny sposób zastrzeżone w stosunku do profesjonalistów. Przepis art. 355 § 2 K.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu

zawodowego charakteru tej działalności. W istotę aktywności gospodarczej wliczony jest bowiem niepisany wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy postępowania.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania stwierdzić należy, iż odwołujący nie dołożył należytej staranności wymaganej dla uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący miał świadomość tego, iż wykazane przez niego doświadczenie nie potwierdza wymaganych w postępowaniu zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia. Z przedstawionych przez niego informacji wynikało bowiem, iż Pan M. P. posiada doświadczenie na stanowisku Projektanta drogowego. Z całą pewnością odwołujący miał odpowiednią wiedzę co do doświadczenia Pana M. P., ponieważ – jak sam wskazywał – zatrudnia go od czerwca 2008 roku. Niemniej jednak przystępujący stworzył wrażenie, iż posiadane doświadczenie odpowiada wymogom ustalonym przez zamawiającego, przez co wprowadził lub mógł wprowadzić w błąd zamawiającego. Podkreślenia wymaga, iż dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. znajduje zastosowanie nie tylko w sytuacji skutecznego wprowadzenia w błąd zamawiającego, ale także wówczas, gdy czynność wykonawcy może wywołać taki skutek.

W ocenie Izby czynnościom odwołującego można przypisać co najmniej niedbalstwo, polegające na działaniu w sposób niestaranny, bez dbałości o dokładność, rzetelność czy zgodność z wymaganiami prawnymi i formalnymi. Podkreślenia wymaga, że odwołującego, z uwagi na profesjonalny charakter jego działalności, obowiązuje podwyższona staranność, o której mowa w art. 355 § 2 K.c. Owa staranność obejmuje również czynności podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które charakteryzuje się wysokim stopniem sformalizowania, niemniej jednak wykonawca przystępujący do takiego postępowania winien znać obowiązujące w tym zakresie przepisy i zasady z nich wynikające i stosować je przy dokonywanych czynnościach.

Co do trzeciej przesłanki wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., w ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że wskazane przez odwołującego informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Informacje te miały bowiem wykazać posiadaną przez odwołującego zdolność techniczną i zawodową, zatem decydowały o jego uczestnictwie w postępowaniu i możliwości uzyskania zamówienia.

Izba uznała za nieuzasadnione zarzuty wskazane w pkt. 2 i 3 odwołania, tj:  
- zarzut naruszenia art. 197 ust. 1 w zw. z art. 198a ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez nieuprawnioną próbę podważenia prawomocnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2019 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19, w którym Izba ustaliła, iż w stosunku do



odwołującego nie zachodzą przesłanki do wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., mimo że zamawiający nie skorzystał z jedyne go dopuszczalnego w tym celu środka w postaci złożenia skargi na ww. wyrok Izby i wykluczył odwołującego z postępowania w oparciu o te same okoliczności, które zostały już ocenione przez Izbę w ww. wyroku;

- art. 192 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 198a ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez nieuprawnioną próbę podważenia prawomocnego wyroku KIO z dnia 26 września 2019 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1754/19, niezastosowanie się do wskazań Izby z ww. wyroku oraz zakwestionowanie ustaleń KIO w ww. wyroku, mimo że zamawiający nie skorzystał z jedyne go dopuszczalnego w tym celu środka w postaci złożenia skargi na ww. wyrok KIO, podczas gdy Izba w ww. wyroku ustaliła, iż brak jest podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., unieważniła czynność zamawiającego polegającą na wykluczeniu odwołującego z postępowania, nakazała zamawiającemu dokonanie ponownej oceny oferty wykonawcy i wskazała, jakie czynności w tym celu zamawiający powinien podjąć oraz jakie okoliczności powinien wyjaśnić.

Izba podkreśla, iż z czynności podejmowanych przez zamawiającego nie wynika, że zamawiający kwestionował wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wydany w sprawie KIO 1754/19. Wręcz przeciwnie – zamawiający wykonał w całości nakazane tym wyrokiem czynności. Podkreślić należy, iż Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą oraz nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Sposób wykonania wyroku został wskazany przez Izbę w uzasadnieniu orzeczenia, gdzie na szczególną uwagę zasługuje fragment: „W konsekwencji od ewentualnych ustaleń zamawiającego w tym zakresie w toku ponownego badania i oceny ofert, jak i ewentualnego skutecznego wykazania i wyczerpującego uzasadnienia wszystkich trzech przesłanek będzie zależało, czy ta informacja ma taki charakter, czy też nie i czy może być podstawą wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp.”

Z powyższego wynika, że zamawiający, wykonując wyrok KIO 1754/19, był uprawniony do zbadania, czy w rozpoznawanym przypadku zachodzą wszystkie przesłanki wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. Zamawiający wykonał nakazane czynności i w ich wyniku potwierdził, że odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. Były to nowe czynności zamawiającego, na które odwołującemu przysługiwało odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Z faktu, iż czynności te potwierdziły prezentowane wcześniej przez zamawiającego stanowisko, iż odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., nie należy

wnioskować, że zamawiający nie wykonał wyroku Izby i ponownie wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie tych samych przesłanek co poprzednio. O tym, że zamawiający wykonał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, świadczy wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz wskazanie w informacji o wykluczeniu odwołującego tych wszystkich przesłanek, których brak został stwierdzony w wyroku KIO 1754/19.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wskazanie w uzasadnieniu czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania informacji nieprawdziwych i niewynikających z materiału dowodowego zgromadzonego w postępowaniu, co uniemożliwia prawidłową kontrolę tej czynności przez KIO oraz świadczy o naruszeniu przez zamawiającego podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zwłaszcza zasady przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba podtrzymuje argumentację wskazaną wyżej. W ocenie Izby zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazuje na zasadność podjętych przez zamawiającego czynności.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego co do tego, że zamawiający w piśmie o wykluczeniu odwołującego wskazał nieprawdziwe informacje, że odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie doświadczenia Pana M. P. na zadaniu pn. „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia Obwodnica miasta Poznania” oraz że ww. zadanie było jedynym zadaniem wskazanym przez odwołującego w odniesieniu do osoby Pana M. P. .

Izba ustaliła, że zamawiający w piśmie informującym o wykluczeniu odwołującego z postępowania nie wskazał, że odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie doświadczenia Pana M. P. na ww. zadaniu, ale że nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie, że oświadczenie złożone przez odwołującego w wykazie osób jest prawdziwe i Pan M. P. faktycznie zajmował stanowisko projektanta drogowego przy opracowaniu przedmiotowej dokumentacji.

Izba stwierdziła, iż takiego dowodu, o którym pisze zamawiający, odwołujący istotnie nie przedstawił. Dowody, które złożył odwołujący, dotyczą jedynie okoliczności, iż Pan M. P. brał udział przy sporządzaniu dokumentacji projektowej. Faktem jest również to, że odwołujący w wykazie osób przedstawił tylko jedno zadanie dotyczące Pana M. P. . Drugie zadanie zostało przedstawione dopiero później, po wszczęciu przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego co do zadania wskazanego w wykazie osób, i nie zostało ono uwzględnione z uwagi na stwierdzenie, iż odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd.

Odnosząc się do stwierdzenia, iż zamawiający sugeruje, iż odwołujący w trakcie postępowania zmienił swoje oświadczenie w zakresie doświadczenia Pana M. P., Izba wskazuje, że fakt zmiany oświadczenia został przez zamawiającego wykazany i wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. W tym zakresie Izba podtrzymuje argumentację wskazaną wyżej.

Odnosząc się do argumentu, iż zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego nie wziął pod uwagę doświadczenia Pana M. P. w zadaniu pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy - Bydgoszcz - granica województwa kujawsko - pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 3 części”, w zakresie Części 2 polegającej na „Pełnieniu nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Dworzysko” (bez węzła) do węzła „Aleksandrowo” (z węzłem) o długości około 22,4 km”, Izba wskazuje, że zadanie to zostało przez odwołującego wykazane później, już po wszczęciu przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego, samodzielnie i bez wezwania go przez zamawiającego. W trakcie prowadzonego postępowania zamawiający ustalił, że odwołujący, podając informacje dotyczące doświadczenia Pana M. P. na zadaniu w Poznaniu, wprowadził go w błąd. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do uwzględniania doświadczenia Pana M. P. nabytego podczas realizacji zadania w Bydgoszczy. Nie miał też obowiązku informowania go o tym, skoro podstawą wykluczenia było wprowadzenie w błąd na podstawie w okolicznościach wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie, pominięcie wezwania odwołującego do złożenia innych dokumentów potwierdzających spełnianie przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu oraz nieuwzględnienie złożonego przez odwołującego w dniu 2 lipca 2019 roku pisma z dodatkowymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami dotyczącymi doświadczenia Pana M. P., które potwierdzało, iż Pan M. P. posiada doświadczenie zgodne z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), co skutkowało bezpodstawnym ustaleniem przez zamawiającego, iż w stosunku do odwołującego zachodzą przesłanki do wykluczenia z postępowania;

Wobec uznania za zasadne wykluczenie odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., za niezasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Wykonawca, który przedstawił informacje, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., nie jest wzywany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Zgodnie bowiem z jednolitą linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku złożenia

nieprawdziwych informacji wyłączona jest możliwość uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., zaś ocenie zamawiającego podlegają wyłącznie dokumenty pierwotnie złożone przez wykonawcę wraz z ofertą (tak m.in. wyrok KIO z 2.04.2015 r., KIO 526/15; wyrok KIO z 11.02.2015 r., KIO 177/15, wyrok KIO z 13.07.2015 r., KIO 1370/15). Jeżeli wykonawca winny jest wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, iż zamawiający nie ustalił w sposób jednoznaczny, czy odwołującemu można ewentualnie przypisać działanie w sposób lekkomyślny czy niedbały, oraz w którym momencie i w odniesieniu do którego oświadczenia odwołujący rzekomo wprowadził zamawiającego w błąd, Izba wskazuje, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykazanie określonej postaci winy nieumyślnej byłoby niezwykle trudne, gdyż wymagałoby dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby powody wprowadzenia w błąd zamawiającego. 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. Takie podejście ograniczałoby znacząco zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., co w ocenie Izby nie było celem ustawodawcy. Celem bowiem przepisu jest ochrona zamawiającego przed nieuczciwym, jak również nieprofesjonalnym działaniem wykonawców, którzy, decydując się na udział w postępowaniu, winni dołożyć należytej staranności w weryfikacji składanych dokumentów.

Tym samym, w ocenie Izby, brak jest podstaw do zobowiązania zamawiającego, by ustalał, czy odwołujący podał nieprawdziwe informacje z powodu lekkomyślności czy też niedbalstwa. Zamawiający wskazał, że było to co najmniej niedbalstwo, czyli działanie w sposób niestaranny, bez dbałości o dokładność, rzetelność czy zgodność z wymaganiami prawnymi i formalnymi. Taka konstatacja wynika z ustalonego stanu faktycznego, z czym Izba się zgadza. Przeprowadzenie postępowania dowodowego w celu ustalenia, czy działanie odwołującego było konsekwencją innej formy winy po jego stronie, nie zmieniłoby nic w sytuacji odwołującego w przedmiotowym postępowaniu. Ustawodawca nakazuje bowiem wykluczenie wykonawcy z postępowania bez względu na rodzaj winy.

Co do momentu, w którym odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd, zamawiający wskazywał ten moment w sposób jasny i czytelny na str. 6 pisma informującego o wykluczeniu odwołującego z postępowania: *Zamawiający uznał, że informacje wskazane przez Wykonawcę w Formularzu – Wykaz osób są nieprawdziwe, czyli niemające*

*odzwierciedlenia w rzeczywistości, a to oznacza, że są informacjami wprowadzającymi zamawiającego w błąd.*

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie, pominięcie wezwania odwołującego do złożenia innych dokumentów potwierdzających spełnianie przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu oraz nieuwzględnienie złożonego przez odwołującego w dniu 2 lipca 2019 roku pisma z dodatkowymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami dotyczącymi doświadczenia Pana M. P., które potwierdzało, iż Pan M. P. posiada doświadczenie zgodne z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), co skutkowało bezpodstawnym ustaleniem przez zamawiającego, iż w stosunku do odwołującego zachodzą przesłanki do wykluczenia z postępowania;

Wobec uznania za zasadne wykluczenie odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., za niezasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Wykonawca, który przedstawił informacje, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., nie jest wzywany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Zgodnie bowiem z jednolitą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji wyłączona jest możliwość uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., zaś ocenie zamawiającego podlegają wyłącznie dokumenty pierwotnie złożone przez wykonawcę wraz z ofertą (tak m.in. wyrok KIO z 2.04.2015 r., KIO 526/15; wyrok KIO z 11.02.2015 r., KIO 177/15, wyrok KIO z 13.07.2015 r., KIO 1370/15). Jeżeli wykonawca winny jest wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu, iż zamawiający nie wziął pod uwagę doświadczenia Pana M. P. na zadaniu w Bydgoszczy, Izba podtrzymuje argumentację wskazaną wyżej, z której wynika, iż zadanie to zostało przez odwołującego wykazane później, bez wezwania go przez zamawiającego. W związku z tym, że odwołujący, podając informacje dotyczące doświadczenia Pana M. P. na zadaniu w Poznaniu, wprowadził zamawiającego w błąd, zamawiający nie był obowiązany ani uprawniony do uwzględniania doświadczenia Pana M. P. nabytego podczas realizacji zadania w Bydgoszczy.

Izba uznała za nieuzasadnione zarzuty wskazane w pkt. 8 i 9 odwołania, tj.

- zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;

- zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez uznanie, iż oferta złożona przez Konsorcjum DTŚ / INKO jest ofertą najkorzystniejszą, a w konsekwencji zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Podniesienie tych zarzutów to jest konsekwencją zarzutów wskazanych w pkt. 1 – 7. W związku z oddaleniem tych zarzutów, oddaleniu podlegają również zarzuty wskazane w pkt. 8 i 9 odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....  
.....  
.....