

WYROK
z dnia 28 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Członkowie: Marzena Ordysińska
Anna Osiecka
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

IDM Inwestycje Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku, IDM INWESTYCJE Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą we Włocławku oraz J. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą JM - PROJEKT J. M. z siedzibą w Augustowie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Skarb Państwa – Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, oddział w Białymstoku

przy udziale wykonawców:

A. MGGP Spółka akcyjna z siedzibą w Tarnowie

B. TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad oddział w Białymstoku powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDM Inwestycje Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, IDM INWESTYCJE Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością**

spółki komandytowej oraz J. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą JM - PROJEKT J. M.,

2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad oddział w Białymstoku 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: IDM Inwestycje Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, IDM INWESTYCJE Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową oraz J. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą JM - PROJEKT J. M. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad oddział w Białymstoku na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDM Inwestycje Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, IDM INWESTYCJE Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej oraz J. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą JM - PROJEKT J. M. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn. *Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Obwodnica Augustowa – granica państwa, odcinek: koniec obwodnicy Suwałk – Budzisko z obwodnicą Szypliszek*” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 25 października 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S207-505171. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia IDM Inwestycje Sp. z o.o., IDM INWESTYCJIE Sp. z o.o. Sp. Komandytowa oraz J. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą JM -PROJEKT J. M. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na niezasadne przyjęcie, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
2. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców z uwagi na dokonanie badania i oceny oferty Odwołującego z pogwałceniem naczelnych zasad zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3. uznania oferty Odwołującego za najwyższej ocenioną, a następnie wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił jako kryterium oceny ofert doświadczenie specjalisty ds. rozliczeń. Opis sposobu oceny oferty w ramach tego kryterium został określony następująco: maksymalna ilość punktów – 6; doświadczenie przy rozliczaniu zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont Obiektu Budowlanego zgodnie z poniższą definicją o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto, w okresie minimum 12 miesięcy w ramach 1 zadania liczoną wstecz od daty wystawienia Świadectwa Przejęcia i obejmującym datę wystawienia Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla zadań realizowanych w oparciu o FIDIC) lub podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zadań, dla których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) na stanowisku/stanowiskach ds. rozliczeń: - za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 2 punkty, - za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 4 punkty, - za 1 zadanie potwierdzające wszystkie powyższe wymagania w okresie minimum 18 miesięcy, Wykonawca otrzyma 6 punktów, - za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów, - za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.

Odwołujący wskazał – na potrzeby oceny oferty w ramach ww. kryterium – G. C., z doświadczeniem przy budowie obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25, etap I od DK 15 do DK 25, okres 29 miesięcy, rodzaj zadania: nadzór nad budową obiektu budowlanego, wartość robót netto 291.873.656,80 PLN, na stanowisku specjalisty ds. rozliczeń.

8 stycznia 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyjaśnień w zakresie doświadczenia p. C., a 14 stycznia 2020 r. Odwołujący przedłożył wyjaśnienia dotyczące wątpliwości przedstawionych przez Zamawiającego oraz dowody potwierdzające fakt legitymowania się przez ww. osobę doświadczeniem wskazanym w ofercie. Zamawiający, pismem z 17 stycznia 2020 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia dokumentów złożonych w ramach wyjaśnień z 14 stycznia w zakresie doświadczenia personelu konsultanta, na co Odwołujący udzielił odpowiedzi pismem z 23 stycznia 2020 r.

6 lutego 2020 r. Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych uznając, że Odwołujący próbował wprowadzić Zamawiającego w błąd w ww. zakresie, a jego działanie należy kwalifikować jako lekkomyślność lub rażące niedbalstwo. W uzasadnieniu odwołania Zamawiający podniósł, że informacje przedstawione przez Odwołującego wprowadzają Zamawiającego w błąd, ponieważ z poświadczenia wydanego przez dyrektora GDDKiA oddział w Bydgoszczy z 26 października 2017 r. wynika, że pan C. pełnił funkcje specjalisty

ds. rozliczeń od lutego 2015 do września 2017 r. w ramach realizacji projektu „Budowa obwodnicy Inowrocławia i Brodnicy w ciągu drogi krajowej nr 15” łącznie na zadaniu 2. „Budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25. Etap I od DK 15 do DK 25” oraz zadaniu 3. „Budowa obwodnicy Brodnicy w ciągu drogi krajowej nr 15 od km 298+462,20 do km 299+944,00”, czas pełnionej funkcji w poświadczeniu nie dotyczył jedynie zadania nr 2, które to zadanie zostało przedstawione w formularzu „Kryteria pozacenowe”, ale łącznego czasu na dwóch zadaniach. Z posiadanych przez Zamawiającego informacji i dokumentów wynika, że pan C. na zadaniu 2. pełnił funkcje specjalisty ds. rozliczeń tylko w okresie od czerwca 2017 r. do września 2017 r. Dokumentem potwierdzającym ten fakt jest Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta (HPPK) zatwierdzony przez Zamawiającego. Pan C. pełnił ww. funkcję do 21 września 2017 r., bowiem w tej dacie odnotowany został ostatni wpis na liście obecności. Nie można uznać, że pan C. wykazał się doświadczeniem specjalisty ds. rozliczeń jako zgłoszony dodatkowy personel wspomagający, ponieważ Zamawiający nie dokonał zatwierdzenia tej osoby, a także osoba ta nie była ujęta w HPPK ani w żadnym innym dokumencie kontraktowym.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego wskazując, iż jest ono pozbawione podstaw faktycznych i prawnych, a wykluczenie Odwołującego stanowi naruszenie wskazanych przepisów.

Dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych muszą zaistnieć łącznie wskazane tam przesłanki.

Okoliczność wprowadzenia zamawiającego w błąd może zostać uznana za zaistniałą jedynie w sytuacji, w której zamawiający nie dysponuje informacjami pozwalającymi na samodzielną weryfikację składanych przez wykonawcę oświadczeń. Możliwość wprowadzenia w błąd zamawiającego winna być rozpatrywana w kontekście wywołania mylnego przeświadczenia o okolicznościach, które nie są zgodne z rzeczywistością. Mowa tutaj o pozostawianiu przez zamawiającego w błędzie co do prawdziwości określonych informacji. W sytuacji, w której zamawiający posiada wiedzę na temat określonych danych, np. realizacji zamówienia wykonywanego na jego rzecz i przez niego koordynowanego, nie ma możliwości wprowadzenia w błąd na gruncie brzmienia ww. przesłanki. O wprowadzeniu w błąd można byłoby mówić w sytuacji, w której wykonawca podałyby zamawiającemu błędną informację, którą zamawiający, nie mogąc zweryfikować, uznałby za informację prawdziwą. Tymczasem Zamawiający posiadał wiedzę, pozwalającą na weryfikację podanej przez Odwołującego informacji. Zamawiający dysponował informacjami dotyczącymi pełnienia funkcji specjalisty ds. rozliczeń przez G. C. w ramach realizacji zadań związanych z wykazaniem doświadczenia przez wykonawcę wskazanego w formularzu ofertowym, a zakwestionowane doświadczenie dotyczy inwestycji realizowanej na rzecz Zamawiającego. Już w toku postępowania Zamawiający ujawnił informacje, że dysponuje

wiedzą na temat udziału p. C. w ramach ww. inwestycji, np. w wezwaniu do wyjaśnień. Także z samego uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania wynika, że zakres udziału p. C. w przywołanej w wykazie inwestycji był Zamawiającemu znany, a Zamawiający był w posiadaniu dokumentów, które dawały możliwość oceny oświadczenia złożonego w wykazie. Zatem nie sposób przyjąć, że Zamawiający mógł lub pozostawał w błędnym przekonaniu co do okoliczności stanowiących podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania.

W uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał, że podstawą podjętej decyzji był fakt, że z załączonego przez Odwołującego do wyjaśnień pisma z 19 marca 2015 r., w którym pełnomocnik ECMG GmbH SGS Polska Sp. z o.o. zgłasza pana C. jako specjalistę ds. rozliczeń na zadanie „Projekt i budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25. Etap I od DK 15 do DK 25” nie wynika, że Zamawiający dokonał jego akceptacji. Twierdzenie to jest obarczone błędem, gdyż nie uwzględnia kluczowej kwestii, która winna być Zamawiającemu znana, gdyż została zawarta w wyjaśnieniach składanych w toku postępowania, tj. p. C. został 19 marca 2015 r. dla ww. zadania zgłoszony na stanowisko specjalisty ds. rozliczeń jako „dodatkowy personel wspomagający uczestniczący w wykonywaniu zamówienia”. Wykonywanie usługi w ramach dodatkowego personelu nie powoduje, że p. C. nie nabył wymaganego doświadczenia, jak również że nie może się na ww. doświadczenie powoływać na potrzeby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Takie stanowisko nie wynika z dokumentów przetargowych dla niniejszego postępowania, bowiem Zamawiający nie wskazał, że na potrzeby oceny ofert w ramach kryterium doświadczenia personelu ocenie będzie podlegał wyłącznie personel główny, kluczowy, etc. Na gruncie realizowanych usług nadzoru zastępczego, nie wynika, że personel dodatkowy ma drugorzędne znaczenie dla potrzeb realizacji przedmiotu zamówienia. Niejednokrotnie zdarza się bowiem, że to zaangażowanie osób z personelu dodatkowego determinuje powodzenie danego projektu. Odnosząc się natomiast do kwestii braku akceptacji p. C. w ramach kontraktu, wskazania wymaga, że zgodnie z punktem 2.1. opisu przedmiotu zamówienia dla zadania, którego dotyczy przywołana umowa, tj.: „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie inwestycją pn. *Budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25. Etap I od DK 15 do DK25*”, w celu realizacji usługi Konsultant był zobowiązany do zapewnienia Ekspertów Kluczowych oraz Innych Ekspertów dla właściwego wykonania przedmiotu zamówienia. Wskazani eksperci powinni zostać przedstawieni w odpowiedniej liczbie oraz dysponować odpowiednimi kwalifikacjami wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Minimalne wymagania dotyczące liczby Ekspertów Kluczowych oraz Innych Ekspertów zostały wykazane w formularzu cenowym. Ponadto opis przedmiotu zamówienia wskazywał, że „Jeżeli Konsultant uzna, że osoba proponowana na stanowisko

Inżyniera będzie potrzebowała wsparcia w trakcie realizacji Usługi, to uwzględni on w Ofercie wszelkie koszty takiego wsparcia". P. C. w kwestionowanym przez Zamawiającego okresie nie pełnił ani roli Eksperta Kluczowego, ani roli Innego Eksperta – stanowił personel wykonawcy dedykowany na potrzeby zamówienia. W świetle powyższego wykonawca nie miał obowiązku dokonywać formalnego zgłoszenia p. C. oraz uzyskiwać formalnej akceptacji przez Kierownika Projektu. Zawarta umowa nie ustalała wprost określonego trybu dla dokonywania zgłoszenia zamawiającemu osób mających stanowić dodatkowe wsparcie przy wykonywaniu zamówienia. W ramach jej treści nie zostały również zawarte postanowienia wskazujące, by zaangażowanie danej osoby w ramach personelu dodatkowego, było uzależnione od uzyskania uprzedniej zgody zamawiającego. W § 10 ust. 3 umowy wskazano jedynie, że „personel Konsultanta wymieniony w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia winien posiadać kwalifikacje i doświadczenie zapewniające należyte wykonanie usługi i podlega pisemnej akceptacji przez Kierownika Projektu”. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymieniono jedynie „minimalne wymagania dotyczące liczby personelu”, zatem inny, dodatkowy personel stanowiący wsparcie merytoryczne dla Inżyniera i Konsultanta takiej pisemnej akceptacji nie podlegał.

Pomimo tego, że p. C. w ww. okresie formalnie nie był formalnie zgłoszonym członkiem personelu, to wykonywał faktycznie czynności w ramach realizowanego kontraktu. Świadczy o tym szereg dokumentów, w których posiadaniu jest Zamawiający, które zostały dołączone do wyjaśnień, a także stanowiących załącznik do odwołania oraz które zostaną przedstawione podczas rozprawy.

Niezależnie od formalnego zaszeregowania pana C., czy to w ramach „personelu dodatkowego” czy jako „kluczowego eksperta” w ramach realizacji zadania „pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie inwestycją pn. *Budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25. Etap I od DK 15 do DK25*” brał on w sposób czynny i ciągły udział w pracach personelu konsultanta na wszystkich etapach realizacji zamówienia. Do zadań p. C. należało w szczególności - sprawdzenie rozliczeń za pracę Konsultanta – obowiązek ten był wykonywany w całym okresie zaangażowania p. C. w realizację zadania; - ustanowienie KPI (Key Performance Indicators) – kluczowych wskaźników dla projektu, których poziom (w zależności od konstrukcji wskaźnika), miał z wyprzedzeniem informować o niekorzystnych trendach (w tym dotyczących zaawansowania projektowania w pierwszym okresie, a następnie postępu dotyczącego realizacji robót. Obowiązek ten był wykonywany począwszy od lipca 2015; - prowadzenie bieżącej kontroli i analizy szacunku końcowej wartości Kontraktów – na potrzeby Raportów Miesięcznych Konsultanta; - odbywanie konsultacji i proponowanie rozwiązań szczególnie skomplikowanych problemów – w ramach pracy Zespołu Personelu Konsultanta, co potwierdza oświadczenie pełnomocnika Konsultanta, Harmonogram Pracy Personelu

Konsultanta oraz pismo z 23 sierpnia 2017 r. potwierdzające wykonywanie przez Konsultanta obowiązków w zakresie ustanowienia KPI – od czerwca 2015 do września 2017 oraz zapewnienie dodatkowego wsparcia merytorycznego w przypadku konieczności rozwiązywania skomplikowanych problemów. O okoliczności realnego wykonywania usługi i sprawowania funkcji specjalisty ds. rozliczeń w przedstawionym w ofercie okresie świadczy także fakt prowadzenia korespondencji mailowej przez pana C. z pełnomocnikiem Konsultanta, dotyczącej prowadzonych rozliczeń kontraktu oraz szereg dokumentów potwierdzających realizację obowiązków w zakresie KPI oraz bieżącej kontroli i analizy szacunku końcowej wartości kontraktu.

W ramach realizacji kontraktu „pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie inwestycją pn. *Budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25. Etap I od DK 15 do DK25*”, do którego odnosi się przedstawione w ofercie doświadczenie p. C., konsultant od początku realizacji zamówienia zapewniał pracę dwóch dodatkowych osób (w kluczowych dziedzinach: rozliczeń i roszczeń). Praca dodatkowego personelu była planowana w comiesięcznych Harmonogramach Pracy Personelu Konsultanta, które podlegały zatwierdzeniu przez Kierownika Projektu. W treści harmonogramów wyszczególniony został także G. C. jako osoba realizująca funkcję specjalisty ds. rozliczeń. Treść przedstawionego dokumentu w postaci Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta obejmującego swym zakresem okres od marca 2015 r. do września 2017 r. w sposób oczywisty potwierdza zatem fakt, iż G. C. pełnił funkcję specjalisty ds. rozliczeń w ramach realizacji ww. zadania w okresie od marca 2015 r. do września 2017 r., tj. przez okres 30 miesięcy. Od początku realizacji zamówienia do 31 maja 2017 r. pan C. był zaangażowany w realizację zamówienia jako „personel dodatkowy” zaangażowany przez Konsultanta w celu wsparcia Inżyniera Kontraktu w trakcie realizacji usługi oraz na potrzeby wypełnienia obowiązków wynikających z tzw. „metodyki”. Konsultant poinformował Zamawiającego o zaangażowaniu dodatkowego personelu, a Zamawiający to oświadczenie przyjął. Taki wniosek wynika również wprost z analizy Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta.

Ponadto w maju 2017 r. p. C. został zgłoszony jako „ekspert kluczowy” specjalista ds. rozliczeń, a jako taki podlegał weryfikacji Zamawiającego pod kątem spełnienia wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej na potrzeby realizowanego kontraktu. Pan C. posiadał wymagane przez Zamawiającego doświadczenie już w momencie zgłoszenia jego zaangażowania jako uczestnika „personelu dodatkowego” w marcu 2015 r. Sam Zamawiający, przedstawiając wykonawcy pismo z 26 października 2017 r., potwierdził, że pan C., w okresie od lutego 2015 r. do września 2017 r. pełnił funkcję specjalisty ds. rozliczeń na zadaniu 2. i 3. Zgłoszenie p. C. jako „eksperta kluczowego” spowodowane było planowanym oddaniem do użytkowania trasy głównej i koniecznością zintensyfikowania prac mających na celu przygotowanie i

weryfikację dokumentacji oraz sprawdzanie dostarczanych przez wykonawcę robót dokumentów, a możliwe stało się m.in. z uwagi na fakt, iż na stanowisku specjalisty ds. rozliczeń istniały niewykorzystane przez Konsultanta „dniówki”. Ponadto w okresie zgłoszenia p. C. jako „eksperta kluczowego” zadanie pod nazwą „Budowa obwodnicy Brodnicy w ciągu drogi krajowej nr 15”, w ramach którego p. C. pełnił tożsamą funkcję specjalisty ds. rozliczeń, weszło w ostatnią fazę przeglądów i zaangażowanie p. C. na tym zadaniu w czerwcu i lipcu 2017 r. było ograniczone i wynosiło już tylko po 2 „dniówki” w miesiącu.

Zamawiający w punkcie 19.1.3.2 ppkt 2) IDW wskazał, że w ramach kryteriów oceny ofert punktowane będzie: „doświadczenie przy rozliczaniu zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont Obiektu Budowlanego zgodnie z poniższą definicją o wartości co najmniej 200 mln PLN netto, w okresie minimum 12 miesięcy w ramach 1 zadania liczonymi wstecz od daty wystawienia Świadectwa Przejęcia i obejmującym datę wystawienia Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla zadań realizowanych w oparciu o FIDIC) lub podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zadań, dla których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) na stanowisku/stanowiskach ds. rozliczeń. (...) Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełnienia powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.”

Powyższe brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie przesądza o uznaniu, iż jedyną akceptowaną przez Zamawiającego formą uzyskania doświadczenia na stanowisku specjalisty ds. rozliczeń jest pełnienie przez określoną osobę funkcji specjalisty w ramach personelu „głównego”. Tym samym Odwołujący był w pełni uprawniony do przedstawienia doświadczenia osoby świadczącej usługi ramach personelu „dodatkowego”. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ogranicza charakteru personelu, w ramach którego doświadczenie zdobywała osoba przedstawiana Zamawiającemu w wykazie osób – Formularzu 2.2 „Kryteria pozacenowe”. Wymagania w stosunku do przedstawianego przez wykonawcę zadania ograniczały się do jego wartości (powyżej 200 mln złotych netto) oraz czasu pełnienia funkcji przez specjalistę ds. rozliczeń. W przypadku niepotwierdzenia się powyższych warunków sankcja dla wykonawcy powinna zatem zostać ograniczona do braku przyznania punktów w ramach analizowanego kryterium. Zastąpienie sankcji braku przyznania punktów w ramach kryterium sankcją wykluczenia wykonawcy z postępowania uznać należy zatem za niewynikające z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym pozbawione uzasadnionych podstaw.

Dodatkowo w ramach poprzednio prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku przy określaniu warunków dotyczących doświadczenia osób przedstawionych do realizacji kontraktu zastrzegając, że osoba ta, pełniąc funkcję, musiała zostać uprzednio zgłoszona do

zamawiającego. Zatem jeżeli Zamawiający pragnąłby podtrzymać wymóg przedstawienia, w ramach spełnienia kryteriów oceny ofert, osób, których doświadczenie zostało udokumentowane w ramach uprzedniego zgłoszenia, wyraźnie określiłby ten fakt w punkcie 19.1.3.2. ppkt 2 IDW. Brak wyraźnego wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia niniejszego wymogu w sposób oczywisty uprawnia wykonawcę do przedstawienia doświadczenia osoby, która nie podlegała zgłoszeniu i akceptacji Zamawiającego.

Nie sposób też uznać, że Odwołujący działał lekkomyślnie lub rażąco niedbale. Skompletowane i przeanalizowane dokumenty w sposób jednoznaczny dowodzą, że Odwołujący rzetelnie oraz wnikliwie przeanalizował zakres posiadanego przez p. C. doświadczenia. Okoliczność przyjęcia odmiennej interpretacji pewnych faktów czy też odmiennej kwalifikacji prawnej podejmowanych czynności, czy też błędne odczytanie intencji Zamawiającego wyartykułowanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie stanowią podstawy do przyjęcia, że Odwołujący próbował wprowadzić Zamawiającego w błąd. Ww. okoliczność może stanowić podstawę do podjęcia decyzji o nieprzyznaniu punktów Odwołującemu (z czym Odwołujący się nie zgadza), ale nie może być podstawą do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Za nieuzasadnione należy uznać również wywodzone przez Zamawiającego w treści uzasadnienia wykluczenia stanowisko zakładające występowanie istotnego wpływu działań Odwołującego na decyzje Zamawiającego podejmowane w toku postępowania. Przesłanka ta koresponduje z przesłanką wprowadzenia zamawiającego w błąd. Nie sposób uznać za zasadne stanowiska Zamawiającego o możliwym zaistnieniu wpływu działań wykonawcy na podejmowane przez niego decyzje w postępowaniu, w sytuacji, gdy jest on w posiadaniu informacji świadczących wprost o rzeczywistym sprawowaniu funkcji specjalisty ds. rozliczeń przez pana C. . Zamawiający nie tylko wprost dysponuje informacjami potwierdzającymi fakt rzeczywistego sprawowania funkcji przez osobę przedstawioną w ramach formularza ofertowego, ale i w sposób jawny dokonuje potwierdzenia powyższego faktu. Wobec powyższego nie można mówić o przedstawieniu przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego oraz trudno uznać, że są to informacje mające lub mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Oświadczenie wykonawcy zamawiający zweryfikuje na podstawie posiadanych przez siebie danych, zatem to one są decydujące dla decyzji zamawiającego.

Instrument wykluczenia wykonawcy powinien być stosowany zgodnie z zasadą proporcjonalności obowiązującą na gruncie prowadzonych postępowań o zamówienie publiczne.

Zastosowanie przez Zamawiającego instytucji wykluczenia wykonawcy polegało w istocie na nieuprawnionym oraz rozszerzającym zastosowaniu przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podstawy wykluczenia wykonawców z postępowania, stanowiące jedne z najdalej idących i poważnych sankcji, skutkujących odebraniem wykonawcy możliwości ubiegania się o zamówienie, nie mogą być stosowane w taki sposób. Instytucja wykluczenia wykonawcy z postępowania powinna znaleźć zastosowanie jedynie w sytuacji świadczącej w niepodważalny sposób o zaistnieniu podstaw do jej zastosowania oraz wykazania tego faktu przez zamawiającego. Wykluczenie z postępowania stanowi zatem środek ostateczny i mający przeciwdziałać sytuacjom rażącej nieuczciwości wykonawcy.

W świetle powyższego Zamawiający nie wykazał, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z posiadanych przez Odwołującego dokumentów i informacji nie wynikają bowiem wnioski wysnuwane przez Zamawiającego.

Ponadto brak przyznania przez Zamawiającego punktów w ramach kryterium określonego w punkcie 19.1.3.2 ppkt 2) IDW pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Pozycja wykonawcy w rankingu ofert nie ulega bowiem modyfikacji nawet w sytuacji dokonania przez Zamawiającego negatywnej oceny przedstawionego doświadczenia specjalisty ds. rozliczeń. Powyższy fakt w sposób oczywisty dowodzi braku realnego wpływu dokonywanej oceny doświadczenia wykonawcy na wynik postępowania przetargowego.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości i zasądzenie od Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego.

W ocenie Zamawiającego spełnione zostały wszystkie przesłanki zobowiązujące Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Odwołujący, działając w sposób lekkomyślny lub niedbały przedstawił Zamawiającemu informację wprowadzającą w błąd w zakresie doświadczenia zawodowego G. C., wskazanego do pełnienia funkcji specjalisty ds. rozliczeń w Formularzu 2.2 „Kryteria pozacenowe”. Odwołujący przedstawił błędną informację w celu uzyskania punktów w kryterium „doświadczenie personelu Konsultanta”, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, tj. na ocenę oferty, a następnie na wybór oferty najkorzystniejszej.

W literaturze i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że informacja nieprawdziwa to informacja, która jest niezgodna z rzeczywistością, tj. informacja, która nie odpowiada obiektywnym faktom. Informacja ta musi jednocześnie wywołać skutek w postaci

błędnej oceny stanu faktycznego u odbiorcy, tj. zamawiającego, podejmującego decyzje w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Możliwość wprowadzenia w błąd Zamawiającego przez Odwołującego nie wyłącza przy tym okoliczność, że wskazane przez Odwołującego zadanie realizowane było na rzecz jednego z oddziałów GDDKiA (oddziału w Bydgoszczy), a co za tym idzie, iż Zamawiający uprawniony był do samodzielnego ustalenia i wykrycia rzeczywistych informacji. Okoliczność ta nie może wyłączać obowiązku wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca, jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązany jest we właściwy sposób zweryfikować prawdziwość przekazywanych zamawiającemu informacji i przedstawić w ofercie rzetelnie sprawdzone oraz udokumentowane dane. Jako podmiot prowadzący profesjonalną działalność w obrocie gospodarczym zobowiązany był do posiadania pełnej wiedzy odnośnie sankcji, które przepisy prawa wiążą z niedopełnieniem obowiązków ciążących na wykonawcy, biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przerzucenie w tym względzie obowiązków weryfikacji na Zamawiającego uznać należy za działanie całkowicie nieuprawnione i dodatkowo wskazujące na brak profesjonalizmu Odwołującego. Przepisy prawa zamówień publicznych nie stanowią w tym względzie żadnych wyjątków, a tym samym brak jest podstaw do przyjęcia, że obowiązki wykonawców względem wykazania doświadczenia zdobytego u zamawiającego są inne, niż w odniesieniu do wykazania doświadczenia zdobytego w związku z realizacją prac na rzecz innego podmiotu. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad prowadzi liczne prace o szeroko zakrojonej skali na terenie całego kraju, za pośrednictwem właściwych oddziałów. Zamawiający nie dysponuje bezpośrednią, szczegółową i łatwą do natychmiastowego pozyskania wiedzą na temat prac prowadzonych przez inne oddziały w toku realizacji zamówień publicznych. Dotyczy to w szczególności tak szczegółowych danych jak doświadczenie personelu, Zamawiający, jak miało to miejsce również w niniejszym postępowaniu, celem weryfikacji przekazanej przez Odwołującego informacji, musi zwrócić się do właściwej jednostki o przekazanie konkretnej informacji. Tym samym okoliczność realizacji prac na rzecz GDDKiA pozostaje bez wpływu na możliwość wprowadzenia go w błąd, a w konsekwencji na zastosowanie regulacji art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Gdyby założeniem prawodawcy było odrębne potraktowanie takich przypadków, to niewątpliwie znalazłoby to odzwierciedlenie w treści przepisów prawa. Przywołane przez Odwołującego wyroki nie odnoszą się do analogicznych stanów faktycznych. W niniejszej sprawie okoliczności nie były znane Zamawiającemu, ponieważ dotyczyły one realizacji umowy z innego oddziału, a Zamawiający w celu zweryfikowania prawdziwości informacji zmuszony był do wystąpienia o udostępnienie niezbędnych informacji. Wprowadzenie Zamawiającego w błąd w niniejszej sprawie miało

istotny wpływ na podejmowane przez niego w toku postępowania decyzje. Niewątpliwie jednym z koniecznych elementów wpisujących się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych jest istotny wpływ nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Zamawiający, opierając się na oświadczeniu zawartym w Formularzu 2.2 „Kryteria pozacenowe” dokonuje czynności w ramach postępowania. Zawarcie nieprawdziwych informacji w Formularzu 2.2 mogło mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego, gdyż w oparciu o informacje i oświadczenia składane w tych dokumentach Zamawiający podejmuje decyzje w zakresie oceny oferty, a następnie dokonuje jej wyboru. Informacja ta odnosi się zatem do najistotniejszych elementów postępowania, które mają wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty i podjęcie decyzji o ewentualnym powierzeniu wybranemu wykonawcy realizacji zamówienia publicznego. W orzecznictwie wskazuje się, że przedstawienie nieprawdziwych informacji w zakresie odnoszącym się do kryteriów oceny ofert i mających wpływ na tę ocenę, jak również w zakresie warunków postępowania, bez wątpienia należy zakwalifikować jako mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ponadto wprowadzenie Zamawiającego w błąd nastąpiło co najmniej wskutek lekkomyślności lub niedbalstwa Odwołującego. Jako ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca zobowiązany był bowiem do właściwej weryfikacji przedstawianych Zamawiającemu informacji i przyjęcia na siebie, jako profesjonalistę, pełnej odpowiedzialności za wszelkie błędy w złożonej ofercie. W stosunku do profesjonalistów stopień wymaganej staranności przy udziale w postępowaniach przetargowych określać powinno się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności. Wobec tego Odwołujący, przed złożeniem jakichkolwiek informacji w ofercie, winien był dokonać ich rzetelnej weryfikacji. Odwołujący miał przy tym pełną świadomość celu składania ww. informacji, jak również konsekwencji wskazania nieprawdziwych informacji. To Odwołujący jest podmiotem przekazującym Zamawiającemu te informacje i to on ponosi przed Zamawiającym pełną odpowiedzialność z tytułu braku ich weryfikacji. Lekkomyślność lub niedbalstwo przy przedstawianiu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego obejmuje przypadki braku staranności wykonawcy przy przedstawianiu informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

W stosunku do profesjonalistów miernik należytej staranności ulega podwyższeniu, zgodnie z art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego.

Zamawiający nie podzielił stanowiska Odwołującego, iż w przypadku niepotwierdzenia spełnienia wymogu doświadczenia sankcją nie powinno być wykluczenie, lecz przyznanie 0 punktów w kryterium. Zamawiający rozważył to podczas podejmowania decyzji i stwierdził, że taki sposób podejścia do deliktu Odwołującego byłby sprzeczny z warunkami specyfikacji

istotnych warunków zamówienia oraz stanowiłby naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania pozostałych uczestników postępowania, którzy rzetelnie i starannie przygotowali swoje oferty. Jedynie pominięcie przyznania punktów za dane podkryterium, bez wykluczenia Odwołującego z postępowania, stanowiłoby swoiste przyzwolenie dla wykonawców do składania nieprawdziwych informacji w ofertach. Wprawdzie Zamawiający w punkcie 19.1.3.2. 2) IDW przewidział sytuację, w której „za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów”, ale nie odnosi się do rozpatrywanej sytuacji, lecz wyłącznie do sytuacji, w której wykonawca podał niewprowadzające w błąd informacje, które jednak obiektywnie nie wypełniają w pełni warunków danego kryterium. W rozpatrywanej sytuacji podane przez Odwołującego informacje, jeżeli byłyby prawdziwe, to spełniałyby wymogi danego kryterium pozacenowego i skutkowały przyznaniem określonej liczby punktów – jednakże były nieprawdziwe, przez co wprowadzały Zamawiającego w błąd. Odwołujący powinien odróżnić informację prawdziwą, lecz niepotwierdzającą wymagań Zamawiającego, od nieprawdziwej, czyli nieodpowiadającej stanowi faktycznemu.

Odwołujący w Formularzu 2.2 „Kryteria pozacenowe” zaproponował pana C. do pełnienia funkcji specjalisty ds. rozliczeń oświadczając, że osoba ta posiada doświadczenie, tj. pełniła funkcję przez 29 miesięcy na stanowisku/stanowiskach ds. rozliczeń jako specjalista ds. rozliczeń przy realizacji zadania „Budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25, Etap I od DK 15 do DK 25”. Do wyjaśnień złożonych Zamawiającemu w toku postępowania przetargowego Odwołujący załączył oświadczenie wystawionego przez GDDKiA Oddział w Bydgoszczy z 26 października 2017 r., z którego wynika, że GDDKiA Oddział w Bydgoszczy realizowała projekt „Budowa obwodnicy w ciągu drogi krajowej nr 15” obejmujący 3 zadania: zadanie 1. „Projekt i budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25 (łącznie) o długości około 4,88 km”; zadanie 2. „Budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25, Etap I od DK 15 do DK 25”; zadanie 3. „Budowa obwodnicy Brodnicy w ciągu drogi krajowej nr 15 od km 298+462,20 do km 299+944,00”. Jednocześnie w ww. oświadczeniu GDDKiA Oddział w Bydgoszczy zaświadczyła, że w ramach realizacji „Budowa obwodnicy Inowrocławia i Brodnicy w ciągu drogi krajowej nr 15” pan C., w okresie od lutego 2015 r. do września 2017 r. pełnił funkcję specjalisty ds. rozliczeń. Z uwagi na fakt, że w wystawionym oświadczeniu wskazany okres pełnienia przez pana C. funkcji specjalisty ds. rozliczeń dotyczył całego projektu obejmującego trzy zadania, Zamawiający podjął działania wyjaśniające w celu dokładnego ustalenia czasu pełnienia ww. funkcji wyłącznie na zadaniu 2. dotyczącym budowy obwodnicy Inowrocławia. W tym celu Zamawiający zwrócił się do GDDKiA Oddział w Bydgoszczy, skąd otrzymał następujące informacje: G. C. brał udział w

dwóch z trzech ww. zadań: w zadaniu 2. od 19 czerwca 2017 r. do 21 września 2017 r. oraz w zadaniu 3. od 1 lutego 2015 r. do 21 października 2016 r. Oddział wystawił poświadczenie pełnienia obowiązków wskazując początkową datę z zadania 3. i końcową datę z zadania 2. Konsultant, pismem z 19 marca 2015 r., poinformował Zamawiającego, że w ramach umowy „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem: Budowa obwodnicy Inowrocławia” jako dodatkowy personel wspomagający będą uczestniczyć następujące osoby: A. B. – specjalista ds. roszczeń i G. C. – specjalista ds. rozliczeń. Dopiero po dwóch latach, pismem z 30 maja 2017 r., Konsultant zgłosił G. C. jako specjalistę ds. rozliczeń na zadanie „Projekt i budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25. Etap I od DK 15 do DK 25” i przedłożył propozycję HPPK na miesiąc czerwiec 2017 r., w którym uwzględnił pana C. . Następnie, 30 maja 2017 r. G. C. został zatwierdzony przez Zamawiającego poprzez akceptację Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta (HPPK). W zatwierdzonym HPPK pan C. figuruje jako specjalista ds. rozliczeń w okresie od czerwca 2017 r. do września 2017 r. Pierwsze adnotacje na liście obecności dotyczące G. C. miały miejsce 19 czerwca 2017 r., natomiast ostatnia adnotacja na liście obecności miała miejsce 21 września 2017 r. Doświadczenie pana C. na tym zadaniu wynosiło zatem 3 miesiące. W ramach zadania 3. – budowa obwodnicy Brodnicy pan C. także nie zdobył wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, ponieważ była to budowa krótkiego odcinka drogi o dużo mniejszej wartości robót – 39.587.019,35 zł.

W punkcie 19.1.3 Zamawiający postawił następujące kryterium: „doświadczenie personelu Konsultanta”, a w punkcie 19.1.3.1. zawarł opis podkryteriów i sposobu przyznawania punktów: podkryterium 2.2. Specjalista ds. rozliczeń – max ilość punktów – 6. Doświadczenie przy rozliczaniu zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont Obiektu Budowlanego zgodnie z poniższą definicją o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto, w okresie minimum 12 miesięcy w ramach 1 zadania liczoną wstecz od daty wystawienia Świadectwa Przejęcia i obejmującym datę wystawienia Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla zadań realizowanych w oparciu o FIDIC) lub podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zadań, dla których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) na stanowisku/stanowiskach ds. rozliczeń.

Z ww. kryterium wynika, że Zamawiający wymagał od osoby wskazanej na stanowisko specjalisty ds. rozliczeń posiadania doświadczenia przy rozliczaniu zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont obiektu budowlanego. W odwołaniu wykonawca wskazuje, iż G. C. pomagał przy rozliczaniu Konsultanta i tworzeniu KPI. Wykonywanie takich czynności nie może być dowodem na to, że osoba ta zajmowała się rozliczaniem zadania obejmującego budowę drogi ekspresowej o wartości co najmniej 200 mln złotych na

zadaniach realizowanych w oparciu np. o FIDIC. W odwołaniu Odwołujący stwierdza, że do zadań p. C. należało w szczególności: a) sprawdzenie rozliczeń za pracę Konsultanta – obowiązek ten był wykonywany w całym okresie zaangażowania p. G. C. w realizację zadania; b) ustanowienie KPI (Key Performance Indicators) – kluczowych wskaźników dla projektu, których poziom (w zależności od konstrukcji wskaźnika), miał z wyprzedzeniem informować o niekorzystnych trendach, w tym dotyczących zaawansowania projektowania w pierwszym okresie, a następnie postępu dotyczącego realizacji robót. Obowiązek ten był wykonywany począwszy od lipca 2015; c) prowadzenie bieżącej kontroli i analizy szacunku końcowej wartości Kontraktów na potrzeby Raportów Miesięcznych Konsultanta; d) odbywanie konsultacji i proponowanie rozwiązań szczególnie skomplikowanych problemów – w ramach pracy Zespołu Personelu Konsultanta. Ww. obowiązki dotyczyły więc rozliczenia usługi Konsultanta a nie rozliczenia zadania (budowy drogi ekspresowej). Wyszczególnione czynności nie wskazują na to, że w trakcie ich wykonywania nabył on doświadczenie przy rozliczaniu budowy drogi krajowej, dotyczą bowiem rozliczenia konsultanta w ramach umowy na usługę, w związku z czym nabyte doświadczenie pana C. nie odpowiada doświadczeniu nabywanemu na stanowisku specjalisty ds. rozliczeń. Aby uznać za równoważne doświadczenie specjalisty ds. rozliczeń i doświadczenie nabyte na stanowisku pomocniczym/dodatkowym niezbędne jest wykonywanie czynności zbieżnych, tożsamyh do czynności przypisanych do stanowiska specjalisty ds. rozliczeń.

Przedstawione przez Odwołującego w odwołaniu dowody nie mogą zostać uznane, bowiem nie potwierdzają prawdziwości twierdzeń Odwołującego. Wskazywana w odwołaniu korespondencja mailowa pana C. z pełnomocnikiem Konsultanta dotyczą KPI i analizy porównania ofert. Prowadzona korespondencja nie dotyczy więc potwierdzenia nabycia doświadczenia, które było wymagane w kryterium pozacenowym, zdobytego przy rozliczaniu budowy drogi. Przedstawiona metodyka nie ma żadnego związku z rozliczaniem budowy i jest dowodem wskazującym na to, iż pan C. nie zajmował się rozliczeniem zadania budowy drogi krajowej, tylko rozliczaniem Konsultanta.

Przedstawiony przez Odwołującego HPPK nie stanowi żadnego dowodu, ponieważ z załącznika nr 15 do odwołania wynika, iż pan C. przy budowie obwodnicy Inowrocławia nie wypracował ani jednej tzw. dniówki (stan na 30 maja 2017 r.), a z załącznika nr 14 do odwołania wynika, iż pan C. wypracował tylko 32 dniówki (stan na 23 sierpnia 2017 r.).

Nie można więc uznać, że w złożonej ofercie wykazano 29-miesięczne doświadczenie pana C. na stanowisku specjalisty ds. rozliczeń. Pan C. został zgłoszony przez Odwołującego jako dodatkowy personel wspomagający, nie był on zatwierdzony przez Zamawiającego, Harmonogramie Pracy Personelu Konsultanta ani w żadnym innym dokumencie kontraktowym. Jak wskazuje sam Odwołujący, pan C. pracował przy budowie obwodnicy

Inowrocławia po godzinach pracy, ponieważ w pełnym wymiarze czasu musiał pełnić obowiązki na obwodnicy Brodnicy. W sposób oczywisty wskazuje to na fakt, iż na budowie obwodnicy Inowrocławia nie mógł się zaangażować w pełnym wymiarze, czyli nie był w stanie zdobyć odpowiedniego doświadczenia przy rozliczaniu zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont obiektu budowlanego o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto, w związku z czym nie zdobył wymaganego doświadczenia specjalisty ds. rozliczeń, o którym mowa w punkcie 19.1.3.1 2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Twierdzenie Odwołującego, że pan C. był zaangażowany w realizację zamówienia jako „personel dodatkowy” zaangażowany przez Konsultanta w celu wsparcia Inżyniera Kontraktu w trakcie realizacji usługi oraz na potrzeby wypełnienia obowiązków wynikających z tzw. „metryki” przeczy twierdzeniu Odwołującego, iż zdobył on doświadczenie przy rozliczeniu budowy drogi realizowanej na podstawie FIDIC.

Z odwołania wynika, że pan C. na zadaniu „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie inwestycją pn. *Budowa obwodnicy Inowrocławia*” wykonywał zupełnie inne czynności niż te, które znajdują się w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i są przypisane do obowiązków specjalisty ds. rozliczeń.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł główne obowiązki specjalisty ds. rozliczeń, które dotyczą rozliczania Kontraktu z Wykonawcą tj.: - weryfikacja wniosku wykonawcy o płatność (sprawdzanie i weryfikacja dowodów stanowiących podstawę do płatności, przedstawionego rozliczenia), - sporządzanie rozliczenia do PŚP w tym rozliczenie sprzedaży materiałów, - rozliczanie/sprawdzanie wyliczeń Poleceń Zmian, - sprawdzanie i weryfikacja wyliczeń przedstawianych do roszczeń przez wykonawcę.

W związku z powyższym G. C. nie zdobył wymaganego przez Zamawiającego w punkcie 19.1.3.1 2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia doświadczenia przy rozliczaniu budowy drogi krajowej.

Zamawiający w toku prowadzonego postępowania działał zgodnie z przepisami prawa, przeprowadził postępowanie w sposób bezstronny i obiektywny, a tym samym nie naruszył zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający badał oferty z zachowaniem należytej staranności, a także każdorazowo zwracał się do wykonawców o wyjaśnienie ofert we wszystkich przypadkach, w których miał jakiegokolwiek wątpliwości. Wszystkie wyjaśnienia analizowane były skrupulatnie i szczegółowo, w celu dokonania prawidłowej i rzetelnej oceny ofert. Ewentualne błędne postępowanie, chociażby poprzez niewłaściwą wykładnię przepisów, nie stanowi naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i tak długo, jak długo wykładnia ta jest jednakowo stosowana względem każdego z wykonawców nie ma możliwości zarzucenia naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

III Stanowisko przystępujących po stronie Zamawiającego

Przystąpienia po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy MGGP S.A. i TPF Sp. z o.o.

Przystępujący MGGP S.A. poparł stanowisko Zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania i wskazał, w zakresie wprowadzenia Zamawiającego w błąd, na wyrok KIO 104/20 oraz Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. XXIII Ga 849/18, z których wynika, że znaczenie ma działanie wykonawcy, a nie stan wiedzy Zamawiającego, ponieważ inaczej istniałoby przyzwolenie na składanie oświadczeń niezgodnych z rzeczywistością oraz istotne jest, czy gdyby wykonawca podał informacje zgodne ze stanem faktycznym, to decyzja Zamawiającego podjęta na tej podstawie byłaby inna.

Dowody przedstawione przez Odwołującego nie wskazują, że pan C. pełnił jakąkolwiek funkcję na kontrakcie dotyczącym obwodnicy Inowrocławia, ponieważ przez okres kilkudziesięciu miesięcy od pisma z 19 marca 2015 r. do pisma z 30 maja 2017 r. nie pojawia się on w żadnych dokumentach. Również z pisma z 30 maja 2017 r., zgłaszającego go jako specjalistę ds. rozliczeń, wynika, że wykonawca wzmocnił zespół Inżyniera o dodatkowe trzy osoby, zatem tych osób wcześniej nie było. Poza tym, skoro pan C. pełnił funkcję na kontrakcie dotyczącym obwodnicy Brodnicy oraz na kontrakcie w Inowrocławiu, jest osobą, która powinna być Zamawiającemu znana, nawet jeśli pojawiła się jako personel dodatkowy. Pismo to nie potwierdza też, że uczestniczył w realizacji tego kontraktu i brał w nim udział jako specjalista zajmujący się rozliczeniami.

Przystępujący nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, że to Zamawiający powinien wykazać, że pana C. nie było na tym kontrakcie, a jednocześnie Odwołujący twierdzi, że wykonawca nie musiał wykazywać jego obecności w tworzonych podczas kontraktu dokumentach, skoro Zamawiający za pracę tej osoby nie płacił. Jedynym dokumentem wskazującym na udział pana C. sprzed 30 maja 2017 r. jest pismo z 2015 r. Zamawiający miał więc podstawę, by powziąć błędne wyobrażenie co do doświadczenia pana C., bazując jedynie na oświadczeniu.

W swoim wymogu Zamawiający specyficznie sformułował okres wymaganego doświadczenia, liczony wstecz od wydania świadectwa przejęcia zgodnie z subklauzulą 10.1, natomiast Odwołujący przyjął obliczenie terminu od świadectwa przejęcia nr 7, pomimo że było ich 8 (były one wydawane jako częściowe świadectwa na podstawie subklauzuli 10.2.). Odwołujący wskazał 29 miesięcy doświadczenia pana C., z których Zamawiający uznał 3, a zakwestionował pozostały okres, przy czym Odwołujący nie wykazał, że osoba ta miała doświadczenie w realizacji zadania dotyczącego obwodnicy Inowrocławia i takiego zakresu dotyczyły też uwagi Przystępującego. Zamawiający nie wskazał w warunku, że doświadczenie jest kwestią jedynie zgłoszenia, a chodziło o zdobycie doświadczenia.

Przystępujący TPF Sp. z o.o. nie przedstawił odrębnego stanowiska.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów (treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu, treść oferty Odwołującego – formularza 2.2, treść udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień w zakresie doświadczenia pana C.) nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron i Przystępującego Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie go z postępowania z uwagi na niezasadne przyjęcie, że 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 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców z uwagi na dokonanie badania i oceny oferty Odwołującego z pogwałceniem naczelných zasad zamówień publicznych.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Z kolei w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawarto naczelné zasady prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z którymi 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.

Zamawiający, w punkcie 19.1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (IDW) wskazał, że jednym z kryteriów oceny ofert będzie doświadczenie personelu Konsultanta, które opisał następująco w punkcie 19.1.3.1 IDW: specjalista ds. rozliczeń – maksymalna ilość punktów – 6. Doświadczenie przy rozliczaniu zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont Obiektu Budowlanego zgodnie z poniższą definicją o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto, w okresie minimum 12 miesięcy w ramach 1 zadania liczonym wstecz od daty wystawienia Świadectwa Przejęcia i obejmującym datę wystawienia Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla zadań realizowanych w oparciu o FIDIC) lub podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zadań, dla których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) na stanowisku/stanowiskach ds. rozliczeń.

Za powyższe doświadczenie punktacja miała zostać przyznana w następujący sposób:

- za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 2 punkty,
- za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 4 punkty,
- za 1 zadanie potwierdzające wszystkie powyższe wymagania w okresie minimum 18 miesięcy, Wykonawca otrzyma 6 punktów,
- za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów,
- za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.

Odwołujący wskazał w ofercie – w formularzu 2.2. „Kryteria pozacenowe” na stanowisko specjalisty ds. rozliczeń G. C., z doświadczeniem przy budowie obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25, etap I od DK 15 do DK 25, okres 29 miesięcy, rodzaj zadania: nadzór nad budową obiektu budowlanego, wartość robót netto 291.873.656,80 PLN, na stanowisku specjalisty ds. rozliczeń.

Odwołujący zadeklarował zatem doświadczenie 29-miesięczne, za które Odwołujący mógł potencjalnie uzyskać 6 punktów („za 1 zadanie potwierdzające wszystkie powyższe wymagania w okresie minimum 18 miesięcy”).

Zamawiający zakwestionował doświadczenie pana C., oprócz okresu trzech miesięcy pomiędzy 30 maja a 21 września 2017 r.

Zamawiający ustalił, na podstawie udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień oraz informacji otrzymanych z GDDKiA oddział w Bydgoszczy, że:

1. Odwołujący posiada poświadczenie wystawione przez GDDKiA oddział w Bydgoszczy z 26 października 2017 r., z którego wynika, że oddział ten realizował projekt „Budowa

obwodnicy w ciągu drogi krajowej nr 15” obejmujący 3 zadania: zadanie 1. „Projekt i budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25 (łącznik) o długości około 4,88 km”; zadanie 2. „Budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25, Etap I od DK 15 do DK 25”; zadanie 3. „Budowa obwodnicy Brodnicy w ciągu drogi krajowej nr 15 od km 298+462,20 do km 299+944,00”, w którym GDDKiA oddział w Bydgoszczy poświadczyła, że w ramach realizacji „Budowa obwodnicy Inowrocławia i Brodnicy w ciągu drogi krajowej nr 15” pan C., w okresie od lutego 2015 r. do września 2017 r. pełnił funkcję specjalisty ds. rozliczeń. Jednak Zamawiający ustalił, że wskazany w wystawionym zaświadczeniu okres pełnienia przez pana C. funkcji specjalisty ds. rozliczeń dotyczył całego projektu obejmującego trzy zadania: pan C. brał udział w dwóch z trzech ww. zadań: w zadaniu 2. od 19 czerwca 2017 r. do 21 września 2017 r. oraz w zadaniu 3. od 1 lutego 2015 r. do 21 października 2016 r., zaś oddział w Bydgoszczy wystawił poświadczenie pełnienia obowiązków wskazując początkową datę z zadania 3. i końcową datę z zadania 2.

2. Pismem z 19 marca 2015 r. Konsultant poinformował Zamawiającego, że w ramach umowy „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem: Budowa obwodnicy Inowrocławia” jako dodatkowy personel wspomagający będą uczestniczyć: A. B. jako specjalista ds. roszczeń oraz G. C. jako specjalista ds. rozliczeń.

3. Pismem z 30 maja 2017 r. Konsultant zgłosił G. C. jako specjalistę ds. rozliczeń na zadanie „Projekt i budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25. Etap I od DK 15 do DK 25” i przedłożył propozycję HPPK na miesiąc czerwiec 2017 r., w którym uwzględnił pana C. . Tego samego dnia G. C. został zatwierdzony przez Zamawiającego poprzez akceptację HPPK. W zatwierdzonym HPPK pan C. figuruje jako specjalista ds. rozliczeń w okresie od czerwca 2017 r. do września 2017 r. Pierwsze adnotacje na liście obecności dotyczące G. C. miały miejsce 19 czerwca 2017 r., natomiast ostatnia adnotacja na liście obecności miała miejsce 21 września 2017 r.

4. W ramach zadania 3. – budowa obwodnicy Brodnicy pan C. także nie zdobył wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, ponieważ była to budowa krótkiego odcinka drogi o dużo mniejszej wartości robót – 39.587.019,35 zł. (Należy tu zauważyć na marginesie, że nawet gdyby pan C. zdobył takie doświadczenie na tym lub innym zadaniu, nie mogłoby ono zostać uznane przez Zamawiającego jako niewskazane w ofercie).

W konkluzji Zamawiającego doświadczenie pana C. na wskazanym w formularzu 2.2. zadaniu wynosiło zatem 3 miesiące.

Powyższy stan faktyczny nie był kwestionowany.

W uzasadnieniu informacji o wykluczeniu Odwołującego z 6 lutego 2020 r. Zamawiający wskazał, że Odwołujący został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych jako 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. Zamawiający uznał, że z załączonego przez Odwołującego do wyjaśnień pisma z 19 marca 2015 r., którym pełnomocnik ECMG GmbH SGS Polska Sp. z o.o. zgłasza G. C. jako specjalistę ds. rozliczeń na zadanie „Projekt i budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25. Etap I od DK 15 do DK 25” nie wynika, że Zamawiający dokonał jego akceptacji (wykonawca podtrzymał swoje stanowisko, iż p. C. pracował na ww. zadaniu 30 miesięcy i 10 dni – zgodnie z informacją zawartą w piśmie z 19 marca 2015 r. – był zgłoszony jako „dodatkowy personel” wspomagający, uczestniczący w wykonywaniu zamówienia, który pełnił analogiczną funkcję na zadaniu budowa obwodnicy Brodnicy, zaś samo zgłoszenie dodatkowego personelu miało na celu poprawienie jakości sprawowanej usługi bez możliwości żądania dodatkowego wynagrodzenia, z czym wiąże się brak podpisów na listach obecności oraz, z tego powodu, nie było konieczności pisemnej akceptacji przez Zamawiającego, która nastąpiła *per facta conculdentia*. W tym czasie, z racji równoległego pełnienia funkcji na zadaniu dotyczącym budowy obwodnicy Brodnicy pan C. świadczył usługi poza godzinami i dniami pracy wskazanymi na listach obecności). Informacje te wprowadzają Zamawiającego w błąd, ponieważ z poświadczenia wydanego przez Dyrektora GDDKiA oddział Bydgoszczy z 26 października 2017 r. wynika, że pan C. pełnił funkcję specjalisty ds. rozliczeń w okresie od lutego 2015 r. do września 2017 r. w ramach dwóch zadań, a nie jedynie budowy obwodnicy Inowrocławia, gdyż z posiadanych przez Zamawiającego informacji i dokumentów wynika, że pan C. na zadaniu nr 2 pełnił funkcję specjalisty ds. rozliczeń tylko w okresie od czerwca do września 2017 r. Zatem zamawiający nie mógł uznać, że pan C. wykazał się doświadczeniem we wcześniejszym okresie jako specjalista ds. rozliczeń zgłoszony jako dodatkowy personel wspomagający, ponieważ Zamawiający nie dokonał zatwierdzenia tej osoby, a także osoba ta nie była ujęta w HPPK ani w żadnym innym dokumencie kontraktowym. Wykonawca, wpisując do formularza 2.2 pana C. zobowiązany był do zweryfikowania we własnym zakresie, czy faktycznie ww. osoba posiada udokumentowane doświadczenie na stanowisku dodatkowego personelu wspomagającego w zakresie rozliczeń, wykonawca nie dopełnił tego obowiązku i jednocześnie oświadczył, że pan C. posiada doświadczenie 29 miesięcy i 10 dni.

Złożenie przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) w formularzu 2.2, a następnie potwierdzenie ich wyjaśnieniami w sposób istotny mogło wpłynąć na decyzję Zamawiającego w sprawie punktacji oferty. W wyniku takiego działania Zamawiający niezasadnie mógłby przyznać Wykonawcy większą ilość punktów w kryterium.

Takie działanie Wykonawcy ma istotny i bezpośredni wpływ na decyzję podejmowaną przez Zamawiającego. Działanie Wykonawcy wprowadzające Zamawiającego w błąd ukierunkowane było na zdobycie maksymalnej ilości punktów w kryterium „doświadczenie personelu Konsultanta” i zdobycie zamówienia. W ocenie Zamawiającego przekazanie informacji przez wykonawcę nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa poprzez odstąpienie od przeprowadzenia prawidłowej weryfikacji posiadanych informacji odnośnie doświadczenia pana C. ze stanem faktycznym. Wykonawca, posiadając dokument w postaci poświadczenia wydanego przez Dyrektora GDDKIA oddział w Bydgoszczy powinien sprawdzić, w jakim okresie pan C. pełnił funkcję specjalisty ds. rozliczeń na zadaniu nr 2, ponieważ z poświadczenia nie wynikało wprost, jaki był to okres czasu. Lekkomyślność Wykonawcy polegała na tym, że przewidywał on możliwość popełnienia czynu zabronionego, ale bezpodstawnie przypuszczał, że popełnienia tego czynu uniknie, ponieważ jak wskazywał w swoich wyjaśnieniach, pan C. nie figurował na żadnej liście obecności i nie został zatwierdzony przez Zamawiającego (brak pisemnej akceptacji) i dlatego też zapewne uważał, że Zamawiający nie jest w stanie sprawdzić prawdziwości przedłożonych przez niego Informacji. Postępowanie Wykonawcy miało cechy niedbalstwa, gdyż nie podjął koniecznych działań lub czynności poprzez zlekceważenie ich znaczenia lub też wykonał je w sposób niestaranny, nierzetelny i niezgodny z obowiązującymi normami. Lekkomyślność i niedbalstwo miało miejsce przy przedstawieniu informacji niezbędnych do oceny ofert.

Z powyższego stanu faktycznego wynika więc, że G. C. 19 marca 2015 r. został zgłoszony zamawiającemu – oddziałowi GDDKiA w Bydgoszczy dla zadania „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem: *Budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25. Etap I od DK 15 do DK 25*” jako specjalista ds. rozliczeń, jako „dodatkowy personel wspomagający, który będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” i który „w sposób profesjonalny wspomagać będzie podstawowy personel zatwierdzony na zadaniu”.

Jak wynika z zacytowanej powyżej informacji o wykluczeniu, Zamawiający jednak nie uznał przedmiotowej informacji jako dowodu posiadania doświadczenia przez pana C., gdyż nie uzyskał on zatwierdzenia na tym stanowisku przez GDDKiA, jak też – poza okresem pomiędzy 30 maja a 21 września 2017 r. – brak nazwiska tej osoby w dokumentacji związanej z realizacją kontraktu.

Jak jednak słusznie zauważył Odwołujący, wymóg Zamawiającego dotyczący doświadczenia na stanowisku specjalisty ds. rozliczeń brzmiał: „doświadczenie przy rozliczaniu zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont Obiektu Budowlanego zgodnie z poniższą definicją o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto, w okresie minimum 12 miesięcy

w ramach 1 zadania liczonym wstecz od daty wystawienia Świadectwa Przejęcia (...) na stanowisku/stanowiskach ds. rozliczeń” i nie odnosił się do konieczności, aby osoba taka została oficjalnie zaakceptowana przez zamawiającego (inwestora), czy też, aby było to jedno ze stanowisk wymagających takiej oficjalnej akceptacji. Zamawiający nie wskazywał także, by interpretacja taka wynikała z reguł wykładni wskazanych w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego jako wynikająca z „ustalonych zwyczajów” rynku robót budowlanych i nadzoru nad tymi robotami.

Z pisma z 19 marca 2015 r., którego prawdziwość nie była kwestionowana, wynika natomiast, że wykonawca usługi nadzoru zgłosił pana C. na stanowisko specjalisty ds. rozliczeń przy realizacji kontraktu dotyczącego budowy obwodnicy Inowrocławia, czyli wskazanego w formularzu 2.2 w ofercie. Nie ma też informacji, że GDDKiA taką kandydaturę odrzuciła.

Również przedstawione przez Odwołującego podczas rozprawy oświadczenie pełnomocnika ECMG GmbH SGS Polska Sp. z o.o. (tej samej osoby, która dokonała zgłoszenia 19 marca 2015 r.) z 14 lutego 2020 r., potwierdza, że G. C. „był zaangażowany w realizację” spornego zamówienia od 19 marca 2015 r. do 31 maja 2017 r. jako personel dodatkowy na stanowisku specjalisty ds. rozliczeń, udzielający wsparcia Inżynierowi Kontraktu oraz Konsultantowi, a od 1 czerwca 2017 r. do 30 września 2017 r. jako ekspert kluczowy na stanowisku specjalisty ds. rozliczeń i – posiadając doświadczenie wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia do pełnienia funkcji specjalisty ds. rozliczeń – wspierał Konsultanta w wypełnianiu obowiązków umownych w zakresie rozliczenia (wynagrodzenia konsultanta), w zakresie rozliczenia Kontraktu oraz w zakresie obowiązków wynikających z metodyki.

Tym samym z formalnego punktu widzenia osoba taka zajmowała stanowisko specjalisty ds. rozliczeń.

Osobną kwestią pozostaje jednak, czy osoba ta figurowała jedynie formalnie w jednym z dokumentów związanych z realizacją umowy, czy też – jak wymagał Zamawiający – nabyła doświadczenie przy rozliczaniu zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont obiektu budowlanego o wartości robót co najmniej 200 mln złotych w ramach zadania wskazanego w ofercie.

Zgodnie z definicją „Słownika języka polskiego” (www.sjp.pwn.pl) doświadczenie to: 1. „ogół wiadomości i umiejętności zdobytych na podstawie obserwacji i własnych przeżyć”, 2. „wydarzenie, zwłaszcza przykre, które wpłynęło na czyjeś życie”, 3. „wywoływanie lub odtwarzanie zjawiska w sztucznych warunkach”, 4. „w filozofii: całokształt procesu postrzegania rzeczywistości lub ogół postrzeżonych faktów”, zaś „doświadczony” to „mający

doświadczenie, biegły w czymś”. W przedmiotowej sprawie adekwatna jest definicja zawarta w punkcie 1.

Tym samym, czy pan C. – zajmując pomocnicze stanowisko specjalisty ds. rozliczeń na kontrakcie dotyczącym budowy obwodnicy Inowrocławia – na podstawie własnych obserwacji i przeżyć (czynności) dokonywanych jako ww. specjalista zdobył ogół wiadomości i umiejętności wymaganych/przypisywanych specjalście ds. rozliczeń, dotyczących rozliczania zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont obiektu budowlanego.

Należy także zauważyć, że Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt) w odpowiedzi na pytanie 3. wskazał, że nie dopuszcza się „by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji”. Odpowiedź ta dotyczy co prawda innego zakresu powoływania się na uzyskane doświadczenia, ale wskazuje, że Trybunał przychylił się do stanowiska, zgodnie z którym doświadczenie jest kwestią rzeczywistą, a nie formalną (nie wystarczy samo zgłoszenie).

Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, w jego ocenie pan C. – jeśli w ogóle wykonywał jakieś czynności w zakresie przedmiotowego zadania – nie wykonywał czynności charakterystycznych dla specjalisty ds. rozliczeń na tego typu kontraktach, a wszystkie jego działania, wymienione przez Odwołującego w odwołaniu, dotyczyły wewnętrznej obsługi Konsultanta, a nie rozliczania robót budowlanych, do których odnosił się Zamawiający w postawionym wymogu.

Jednak Zamawiający wcześniej nie wskazał tej przyczyny jako podstawy wykluczenia Odwołującego – powoływał się jedynie na brak akceptacji i brak występowania w dokumentach. Izba zaś, przy ocenie poprawności czynności Zamawiającego, kierowała się podstawami wykluczenia wskazanymi w informacji o wykluczeniu Odwołującego.

Co do stwierdzenia zaś – w przypadku, gdyby Zamawiający ponownie uznał, że wskazywane doświadczenie pana C., z powyższych przyczyn, nie odpowiada jego wymogom – czy zachodzi tu złożenie nieprawdziwych informacji, czy też okoliczność braku wymaganego doświadczenia przy jednoczesnym braku nieprawdziwych informacji (skutkująca przyznaniem zera punktów w tym kryterium, lecz nie wykluczeniem), należy zbadać, na ile Odwołujący miał podstawy (nawet jeśli ostatecznie okazały się błędne), by uważać, że taki wymóg spełnia we wskazanym zakresie czasowym.

W ocenie Izby jedną z takich podstaw jest niewątpliwie zgłoszenie pana C. jako specjalisty ds. rozliczeń z 19 marca 2015 r. Skoro zaś osoba ta została zamawiającemu (GDDKiA oddział w Bydgoszczy) oficjalnie zgłoszona, trudno tu mówić o przedstawieniu

nieprawdziwych informacji. Jeśli zaś Zamawiający uznaje takie doświadczenie za nieodpowiednie, to jest to raczej podstawa do stwierdzenia, że rzeczywiście zachodzi tu sytuacja, w której wykonawcy należałoby przyznać 0 punktów w kryterium, jednak nie można jednoznacznie założyć, że wykonawca nie działał w dobrej wierze i przez swoją lekkomyślność lub niedbalstwo, lub celowo, przedstawił zamawiającemu nieprawdziwe informacje. Izba nie stwierdziła także, by Odwołujący usiłował ukrywać jakieś informacje przez Zamawiającym – przedstawiał mu odnośne dokumenty na wezwania do wyjaśnień.

Inna ocena zachowania Odwołującego, zdaniem Izby, nastąpiłaby w przypadku, gdyby Zamawiający stwierdził, że Odwołujący *a priori* (przed złożeniem oferty) wiedział, że Zamawiający takiego doświadczenia nie uznaje. Ze względu na brak dostatecznych informacji w tym zakresie Izba nie jest w stanie tego jednoznacznie ocenić, jednak z przedstawianych podczas rozprawy stanowisk Stron i Przystępującego wynika, że pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą/wykonawcami, w ramach innych kontraktów, od miesięcy toczy się spór o kwalifikację uzyskanego przez pana C. doświadczenia, lecz strony sporu nie doszły do konkretnej konkluzji, z której wynikałoby, że Odwołujący przed złożeniem oferty powinien był wiedzieć, że Zamawiający nie akceptuje takiego rodzaju doświadczenia. Odwołujący zaś wywodził, że z dotychczasowym działaniami GDDKiA wynika, iż miał podstawy uznawać, że doświadczenie takie GDDKiA akceptuje.

Tym samym, w ocenie Izby, w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym, jeśli Zamawiający nie uzna doświadczenia pana C. za odpowiednie, działania Odwołującego należy zakwalifikować w pierwszej kolejności jako brak spełnienia wymogu pozwalającego na przyznanie punktów w kryterium oceny ofert, a Odwołujący jedynie błędnie zinterpretował doświadczenie posiadane przez pana C. w stosunku do postawionego wymogu Zamawiającego. Dopiero stwierdzenie, że wykonawca ten działał w złej wierze skutkowałyby uznaniem jego działania nie za błędną interpretację, lecz próbę wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Co zaś do samego ogólnego sporu dotyczącego przesłanek wynikających w brzmieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba podziela stanowisko Zamawiającego.

Fakt bowiem, że dane postępowanie prowadził któryś z oddziałów GDDKiA, nie wyklucza możliwości wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Zamawiający – zgodnie z założeniami procedury udzielania zamówień – w pierwszej kolejności kieruje się dokumentami uzyskanymi od wykonawców, ma więc prawo oczekiwać ich rzetelności, i nie można zakładać, że w stosunku do każdego będzie przeprowadzał śledztwo w celu jego weryfikacji.

Zamawiający nie posiada także wiedzy absolutnej o każdym aspekcie realizacji każdego zamówienia (zwłaszcza jeśli brak oficjalnych dokumentów dotyczących danej osoby), a, jak wynika z przebiegu postępowania przetargowego, a potem odwoławczego, co do okresu i zakresu doświadczenia pana C. musiał przeprowadzić dochodzenie.

Zamawiający słusznie też wskazał, za orzecznictwem, że informacje wpływające na przyznawanie punktów w ramach kryteriów oceny ofert ze swojej istoty są informacjami mającymi istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu przez zamawiającego (ocena ofert). I, wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie ma znaczenia fakt, czy sytuacja faktyczna w danym postępowaniu ułożyła się tak, że dodatkowe punkty, które mogły być uzyskane ze względu na złożenie informacji o danej treści, finalnie okazały się wykonawcy przydatne lub zbędne dla jego pozycji w rankingu ofert (jest to jedynie przypadek, jak ułoży się punktacja pomiędzy ofertami i czy oferty konkurentów zostaną odrzucone). Tak więc w niniejszym postępowaniu wpływu takiego nie byłoby, gdyby Zamawiający uznał co najmniej 18 miesięcy doświadczenia wykonawcy (przy wskazanych 29 miesiącach Odwołujący mógłby uzyskać 6 punktów, a 18 miesięcy jest minimalnym okresem, który uprawnia do uzyskania takiej liczby punktów).

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie i nakazując Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 2 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600 złotych.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....