

Sygn. akt: KIO 2010/23

WYROK
z dnia 24 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Członkowie: **Elżbieta Dobrenko**

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: **Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2023 r. przez Odwołującego **IVIA S.A.**, Al. Roździeńskiego 91, 40-203 Katowice, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi**, ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź

przy udziale

Wykonawcy **Transprojekt Gdański Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Zabytkowa 2, 80-253 Gdańsk, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – IVIA S.A. i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)

tytułem kosztów Wykonawcy – Transprojekt Gdański Sp. z o.o. wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez Zamawiającego;

2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Transprojekt Gdański Sp. z o.o. kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – GDDKiA Oddział w Łodzi, w trybie podstawowym bez negocjacji na *opracowanie Studium Techniczno-Ekologiczno-Środowiskowego z elementami Koncepcji Programowej (STES-R) wraz z materiałami do uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz Dokumentów Przetargowych dla przedsięwzięcia pn. „Budowa drogi ekspresowej na odcinku od węzła „Łódź Południe” (A1) do węzła „Kozenin” (S74)* (sygn. postępowania: O/ŁO.D-3.2421.3.2023), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 07.03.2023 r., 2023/S 047-137267, wobec czynności polegających na badaniu, ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej, wniesione zostało w dniu 10.07.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy IVIA S.A. z siedzibą w Katowicach.

Zamawiający poinformował o podjętych czynnościach pismem z 28.06.2023 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawcy – Transprojekt Gdański Sp. z o.o., mimo że:

– w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził on Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu (tj. przy przedstawianiu informacji w przedmiocie bycia winnym wprowadzenia w błąd, zatajenia informacji lub niemożności przedstawienia wymaganych dokumentów lub uzyskania poufnych informacji na temat przedmiotowego postępowania w sytuacji, kiedy w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia), względnie

– w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd w przedmiocie bycia winnym wprowadzenia w błąd, zatajenia informacji lub niemożności przedstawienia wymaganych dokumentów lub uzyskania poufnych informacji na temat przedmiotowego postępowania w sytuacji, kiedy w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia), co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy – Transprojekt Gdański Sp. z o.o., mimo że oferta ta została złożona przez tego Wykonawcę jako wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp,

3) art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy – Transprojekt Gdański Sp. z o.o., mimo że powinna ona zostać odrzucona jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, w wyniku czego naruszono zasadę przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Transprojekt Gdański Sp. z o.o.

Podstawą zarzutów jest twierdzenie Odwołującego, iż Transprojekt Gdański Sp. z o.o. w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd co do roli i doświadczenia P. C. – osoby proponowanej na stanowisko głównego projektanta do pełnienia funkcji Projektanta Tunelu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego - - GDDKiA Oddział w Szczecinie w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: „Wykonanie dokumentacji projektowej dla zadania pn.: „Budowa drogi S6 – Zachodnia Obwodnica Szczecina” z podziałem na 2 części: Część 1: Odcinek 1 - Kołbaskowo - Dołuje od km 1+900 do km 15+484,04 i odcinek 2 – Dołuje - Police od km 15+484,04 do km 27+400,00, węzeł “Będargowo”. Część 2: Odcinek 3 - Police – Goleniów od km 27+400,00 do km 50+810,20” w zakresie części 2.

Informacje wprowadzające w błąd zostały zawarte zarówno w ofercie (formularzu 2.2 „kryteria pozacenowe”) złożonej dnia 4 lutego 2022 r., jak i w wykazie osób złożonym 31 maja 2022 r. jako podmiotowy środek dowodowy w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Potwierdził to zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie w piśmie zatytułowanym: „Informacja o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty dla części 2” z dnia 20 września 2022 r., wykluczając z tego powodu z postępowania Transprojekt Gdański Sp. z o.o. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Wykonawca – Transprojekt Gdański Sp. z o.o. wiedział, że w formularzu JEDZ powinien złożyć oświadczenie, że jest winien wprowadzenia w błąd, zatajenia informacji lub niemożności przedstawienia wymaganych dokumentów lub uzyskania poufnych informacji na temat przedmiotowego postępowania i oświadczenie takie złożył jeszcze w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Opracowanie materiałów do decyzji o środowiskowych, uwarunkowaniach dla poszerzenia autostrady A1 na odcinku

od węzła „Toruń Południe” do węzła „Włocławek Północ” o dodatkowe pasy ruchu”, złożonym dnia 8 lutego 2023 r. Zatem złożenie odmiennego oświadczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Opracowanie Studium Techniczno-Ekonomiczno-Środowiskowego z elementami Koncepcji Programowej (STEŚ-R) wraz z materiałami do uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz Dokumentów Przetargowych dla przedsięwzięcia pn.: „Budowa drogi ekspresowej na odcinku od węzła „Łódź Południe” (A1) do węzła „Kozenin” (S74)”, należy zakwalifikować jako wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spowodowane zamierzonym działaniem lub co najmniej rażącym niedbalstwem, względnie jako przedstawienie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd. Sytuacja ta miała niewątpliwie istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ponieważ w jej wyniku Zamawiający uznał, że Wykonawca – Transprojekt Gdański Sp. z o.o. nie podlega wykluczeniu.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Transprojekt Gdański Sp. z o.o.

Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołanie, w którym uwzględnił w całości zarzuty (pismo z 20.07.2023r.).

Pismem z 21.07.2023 r. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego.

Przystępujący odniósł się do okoliczności związanych z wykluczeniem go z postępowania z 2022 r. prowadzonego przez GDDKiA Oddział w Szczecinie, które stanowią podstawę zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd oświadczeniem złożonym w JEDZ, w którym Wykonawca nie wskazał, iż zachodzić miałyby wobec niego przesłanka fakultatywna wykluczenia z postępowania, tj. iż był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji. Przystępujący wskazał, iż podstawa wykluczenia z postępowania w 2022 r. nie uzasadnia uznania, iż wprowadził w błąd Zamawiającego i podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy. W ocenie Przystępującego Odwołujący w sposób nieuprawniony wnioskuje, iż nieprawdziwe informacje podane w wykazie osób były podstawą wykluczenia – niezależnie od tego, że nie były to informacje podane na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu wyroku sygn. akt KIO 1682/22, w związku z zakresem zarzutu, Izba dokonała oceny informacji, które miały wyłącznie wpływ na punktację przyznaną ofercie. Informacje te nie miały znaczenia dla

oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu (dotyczyły dodatkowego doświadczenia ocenianego w kryterium oceny ofert). Przystępujący wskazał, iż w odniesieniu do informacji złożonych w celu wykazania spełnienia wymagań, nie została spełniona jedna z przesłanek opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 10, tj. nie miała ona wpływu na decyzję zamawiającego. Dla jej spełnienia koniecznym było bowiem wykazanie, że zamawiający podjąłby na podstawie tej informacji inną decyzję w postępowaniu. Ponieważ roczny okres karencji wynikający z decyzji o wykluczeniu z postępowania w związku z informacją ocenianą w kryterium oceny ofert upłynął w dniu 4 lutego 2023 r. Transprojekt Gdański Sp. z o.o. nie był zobowiązany udzielić odpowiedzi na pytanie w JEDZ o swoją historię w sposób twierdzący

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym ofertę Transprojekt Gdański Sp. z o.o. oraz pozostałe dowody przeprowadzone na rozprawie.

Izba dopuściła dowody z dokumentów postępowania prowadzonego przez GDDKiA Oddział w Szczecinie pn.: „Wykonanie dokumentacji projektowej dla zadania pn.: „Budowa drogi S6 – Zachodnia Obwodnica Szczecina” z podziałem na 2 części: Część 1: Odcinek 1 - Kołbaskowo - Dołuje od km 1+900 do km 15+484,04 i odcinek 2 – Dołuje - Police od km 15+484,04 do km 27+400,00, węzeł “Będargowo”. Część 2: Odcinek 3 - Police – Goleniów od km 27+400,00 do km 50+810,20” (nr O.Sz.D-3.2413.51.2021) w zakresie części 2, w zakresie niezbędnym do ustalenia okoliczności, w jakich zamawiający ten dokonał odrzucenia oferty Transprojekt Gdański Sp. z o.o.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy na *opracowanie Studium Techniczno-Ekologiczno-Środowiskowego z elementami Koncepcji Programowej (STES-R) wraz z materiałami do uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz Dokumentów Przetargowych dla przedsięwzięcia pn. „Budowa drogi ekspresowej na odcinku od węzła „Łódź Południe” (A1) do węzła „Kozenin” (S74).* Termin składania ofert został ostatecznie wskazany na dzień 9.02.2023 r.

W postępowaniu złożone zostało pięć ofert.

Transprojekt Gdański Sp. z o.o. w formularzu JEDZ nie potwierdził bycia winnym wprowadzenia w błąd, zatajenia informacji lub niemożności przedstawienia wymaganych dokumentów lub uzyskania poufnych informacji na temat przedmiotowego postępowania.

W dniu 28.06.2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty nr 3 Transprojekt Gdański Sp. z o.o.

Na podstawie dokumentacji postępowania z 2022 r. prowadzonego przez zamawiającego GDDKiA Oddział w Szczecinie Izba ustaliła, iż Transprojekt Gdański Sp. z o.o. złożył ofertę na *wykonanie dokumentacji projektowej dla zadania pn.: „Budowa drogi S6 – Zachodnia Obwodnica Szczecina” z podziałem na 2 części*. Oferta wykonawcy została pierwotnie wybrana jako najkorzystniejsza, a następnie odrzucona po rozstrzygnięciu zarzutów wniesionych w odwołaniach wyrokiem w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 1680/22 i 1682/22 z dnia 12.08.2022 r. Izba uwzględniając w części zarzuty nakazała wykluczenie wykonawcy z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty. Izba oddaliła zarzut z pkt 2.4 odwołania 1682/22, tj. naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp przez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty mimo złożenia przez tego wykonawcę nieprawdziwego oświadczenia co do doświadczenia osoby skierowanej do pełnienia funkcji Sprawdzającego dokumentację specjalności mostowej, dzięki czemu zamawiający uznał, że Transprojekt spełnia warunki udziału w postępowaniu. Uwzględniając odwołanie 1682/22 Izba uznała, iż zachodziła podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie zarzutu z pkt 2.3, tj. *naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wybranego Wykonawcy z Postępowania, a konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty mimo złożenia przez tego Wykonawcę nieprawdziwego oświadczenia co do doświadczenia osoby skierowanej do pełnienia funkcji Projektanta Tunelu, dzięki czemu Zamawiający przyznał ofercie Transprojektu punkty w ramach tego kryterium*.

Zamawiający – GDDKiA Oddział w Szczecinie odrzucił ofertę Trasprojekt Gdański Sp. z o.o. informując w piśmie z 20.09.2022 o podstawach decyzji i wskazując na wyrok KIO z 12.08.2022 r., sygn. akt KIO 1682/22. W podstawie prawnej powołane zostały art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16, art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 85 ust. 1. W uzasadnieniu faktycznym w zakresie podstawy wykluczenia z postępowania objętej art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy zamawiający wskazał:

Wykonawca złożył nieprawdziwą informację również w odniesieniu do doświadczenia i roli projektanta tunelu, przyznając się do tego dopiero w pisemnym stanowisku z dnia 22.07.2022r. Informacja nieprawdziwa pojawia się zarówno w ofercie, jak i wykazie osób,

składanym jako podmiotowy środek dowodowy w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Oba oświadczenia miały istotne znaczenie przy podejmowaniu decyzji przez Zamawiającego. Wykonawca nie dołożył należytej staranności przy przygotowaniu oferty, jak również przy składaniu wyjaśnień. Należy zauważyć, że pozyskanie wiedzy z obiektywnego źródła było możliwe i nieskomplikowane. Zaniechanie dokładnego i obiektywnego zbadania informacji mających istotne znaczenie w postępowaniu przetargowym (dotyczące doświadczenia kluczowego personelu), jednoznacznie wskazują na niedbalstwo i lekkomyślność ze strony Wykonawcy.

Transprojekt Gdański sp. z o.o. w piśmie procesowym z dnia 22.07.2022r. przedłożył dokumenty w celu dokonania self-cleaningu. Należy zauważyć, że procedura self-cleaningu powinna nastąpić w postępowaniu przetargowym, a nie w postępowaniu odwoławczym. Ponadto z dobrodziejstwa samooczyszczenia i pozyskania zamówienia publicznego nie może skorzystać Wykonawca, który w tym samym postępowaniu przetargowym konsekwentnie składał oświadczenia wprowadzające Zamawiającego w błąd i który dopiero w postępowaniu odwoławczym, na skutek działania innych wykonawców, przyznał się, że przedstawiał oświadczenia nierzetelne i niezwyfikowane.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwołujący kwestionując wybór oferty Transprojekt Gdański Sp. z o.o. dążył do wykazania zaistnienia przesłanki fakultatywnej z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania, mimo że:

- w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził on Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu (tj. przy przedstawianiu informacji w przedmiocie bycia winnym wprowadzenia w błąd, zatajenia informacji lub niemożności przedstawienia wymaganych dokumentów lub uzyskania poufnych informacji na temat przedmiotowego postępowania w sytuacji, kiedy w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia), względnie
- w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd w przedmiocie bycia winnym wprowadzenia w błąd, zatajenia informacji lub niemożności przedstawienia wymaganych dokumentów lub uzyskania poufnych informacji na temat przedmiotowego postępowania w sytuacji, kiedy w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia), co

miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zarzuty te były bezpośrednio związane z okolicznościami, w jakich oferta Transprojekt Gdański Sp. z o.o. została odrzucona w postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA Oddział w Szczecinie w 2022r., nr O.Sz.D-3.2413.51.2021. Zasadniczym, z uwagi na odmienną interpretację uzasadnienia odrzucenia oferty było ustalenie, czy Transprojekt Gdański Sp. z o.o. składając ofertę w obecnym postępowaniu był zobowiązany do potwierdzenia w JEDZ wystąpienia zdarzenia, które prowadzić miało do jego wykluczenia na okres roku, w związku z art. 111 pkt 6 Ustawy.

Jak wskazał Odwołujący, informacje wprowadzające w błąd zostały zawarte zarówno w ofercie (formularzu 2.2 „kryteria pozacenowe”) złożonej dnia 4 lutego 2022 r., jak i w wykazie osób składanym jako podmiotowy środek dowodowy w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, złożonym 31 maja 2022 r. Potwierdził to zamawiający – GDDKiA Oddział w Szczecinie w piśmie zatytułowanym: „Informacja o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty dla części 2” z dnia 20 września 2022 r., wykluczając z tego powodu z postępowania Wykonawcę – Transprojekt Gdański Sp. z o.o. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Przystępujący wnosząc sprzeciw zaprzeczy tym wnioskowi wskazując, iż do wykluczenia z postępowania prowadzić miało uznanie, iż informacje zawarte w ofercie (formularz 2.2. „Kryteria pozacenowe”) na potrzeby przyznania punktów w kryterium oceny ofert zostały uznane za nieprawdziwe, co zostało powielone w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty w piśmie z 20.09.2022 r.

Punktem odniesienia stało się zatem ustalenie, czy podstawa wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy prowadząca do wykluczenia wykonawcy na okres jednego roku w związku z art. 111 pkt 6 Ustawy, uzasadniała obowiązek wskazania w ofercie złożonej w dniu 9.02.2023 r., w formularzu JEDZ cz. III lit C., iż Wykonawca był winny wprowadzenia w błąd, zatajenia informacji lub niemożności przedstawienia wymaganych dokumentów lub uzyskania poufnych informacji na temat przedmiotowego postępowania.

Należy również wskazać, iż w odwołaniu wnoszący je wykonawca przyznał, iż podstawą na jakiej doszło do wykluczenia Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z postępowania był art. 109 ust. 1 pkt 10, a nie art. 109 ust. 1 pkt 8. W związku ze stanowiskiem Przystępującego, w którym ten wskazał, iż to nie informacje złożone w wykazie osób prowadziły do wykluczenia z postępowania, Odwołujący i Zamawiający odnosili się do uzasadnienia odrzucenia, wskazując, iż miałyby ono również obejmować informacje dotyczące braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Tym samym należało przede wszystkim ustalić, czy odrzucenie oferty było wynikiem uznania, iż informacje nieprawdziwe prowadziły do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy, czy również 109 ust. 1 pkt 8 Ustawy, co miało znaczenia z uwagi na odmienny okres, na jaki wykluczenie wykonawcy następuje. Zgodnie bowiem z art. 111 pkt 5 i 6 Ustawy okres ten wynosi odpowiednio 2 lata (dla przypadku z art. 109 ust. 1 pkt 8) lub rok (dla przypadku z art. 109 ust. 1 pkt 10) licząc od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Analiza uzasadnienia z 20.09.2022 r., w ocenie składu orzekającego nie pozwala przyjąć, iż ówczesny zamawiający wykluczył Wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 i art. 109 ust. 1 pkt 8 Ustawy. Zamawiający nie tylko wskazał na wyrok KIO sygn. akt 1682/22, w którym uwzględniono zarzut zaniechania wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy, ale również tylko tą podstawę wskazał w uzasadnieniu prawnym. Próba wywodzenia z uzasadnienia, w którym zamawiający jedynie wskazał, iż nieprawdziwe informacje znajdowały się również w wykazie osób, składanym jako podmiotowy środek dowodowy w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a oba oświadczenia miały istotne znaczenie przy podejmowaniu decyzji przez zamawiającego, w ocenie składu orzekającego prowadziłyby do nadinterpretacji czynności odrzucenia oferty. Podstawa wykluczenia nie może być domniemywana, tym bardziej, iż rodzi istotne skutki dla wykonawcy przez wskazanie okres który może wynieść odpowiednio rok lub dwa lata. Zamawiający nie dokonał szerszej analizy znaczenia informacji dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co w przypadku gdyby zamierzał wykluczyć wykonawcę również na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Ustawy wymagałoby odniesienia do faktu, iż informacje uznane za nieprawdziwe były dodatkowymi, w tym znaczeniu, iż wykonawca wykazał się również innym doświadczeniem, co nie było kwestionowane na etapie postępowania przetargowego. Zamawiający jedynie zasygnalizowano, iż oświadczenia również złożone w wykazie osób na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu miały znaczenie dla decyzji podjętych w postępowaniu, nie przesądzając tej kwestii w sposób jednoznaczny przez wskazanie na czym ten wpływ miał polegać, w szczególności w jaki sposób miał znaczenia dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu..

Jednocześnie mając na uwadze wytyczne wypracowane w orzecznictwie dotyczącym fakultatywnych przesłanek wykluczenia, w tym tych z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy, należy wskazać, iż ich wystąpienie musi zostać stwierdzone decyzją zamawiającego, który miał zostać wprowadzony w błąd.

W tym zakresie pomocnym może być wyrok Sąd Zamówień Publicznych z 15.04.2022 r., sygn. akt XXIII Zs 21/22, który dotyczy wprawdzie przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy,

to pozwala przyjąć jako uniwersalną dla wszystkich podstaw wykluczenia, które związane są ze składanym w danym postępowaniu oświadczeniami wskazówkę dla zamawiających, iż stwierdzenie zaistnienia przesłanek uzasadniających wykluczenie wykonawcy w aktualnym postępowaniu, jaki i następujących, w tym zakresie może nastąpić jedynie w konkretnym (aktualnym) postępowaniu. Podnoszenie zarzutów odnoszących się do okoliczności istniejących w innym postępowaniu należy uznać za spóźnione. Nie jest rolą Izby ocena zdarzeń jakie wystąpiły we wcześniejszych postępowaniach, co do których nie składano nawet odwołań. Dopiero prawomocna decyzja zamawiającego w tym zakresie oznacza, że wykonawca podlega wykluczeniu przez okres 3 lat i w tej sytuacji znajdzie zastosowanie art. 111 pkt 4 Pzp.

Również w wyroku z dnia 17.06.2022 r., sygn. akt XXIII Zs 71/22 Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych, wskazano, iż *Wykluczenie z postępowania jest, w ocenie sądu okręgowego, quasi sankcją karną, zatem wszystkie przesłanki dotyczące niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania oraz przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy powinny być szczegółowo zbadane.*

Przenosząc powyższe na analizowany stan prawny, skład orzekający uznał, iż zamawiający w postępowaniu zakończonym w 2022 r. nie wykluczył Transprojekt Gdański Sp. z o.o. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Ustawy, a tym samym próba wykazania, iż w oparciu o tą przesłankę wykonawca miałby podlegać wykluczeniu w kolejnych postępowaniach w związku z oświadczeniami złożonymi ówczesnemu zamawiającemu, nie mogła być skuteczna. Izba nie miała kompetencji do nadania innego znaczenia czynności zamawiającego, niż wyrażone w decyzji o odrzuceniu oferty, tym bardziej nie była uprawniona do badania, czy informacje wprowadzające w błąd w zakresie doświadczenia personelu wymaganego dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu miały istotny wpływ na czynności zamawiającego. Ponieważ informacje nieprawdziwe były powielone w dokumencie dotyczącym kwalifikacji personelu składanym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Odwołujący uznał, iż ich złożenie miało być podstawą do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy. Jednocześnie Odwołujący wobec argumentów Przystępującego związanych z brzmieniem warunku i brakiem wpływu informacji na ocenę jego spełnienia, ciężar dowodu przerzucił na Przystępującego i jedynie zaprzeczył okolicznościom podnoszonym na odparcie zarzutu.

Należy zatem podnieść, iż to Odwołujący zobowiązany był wykazać, iż informacje dotyczące personelu miały również mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, co w przypadku informacji składanych w podmiotowym śródku dowodowym wymagało odniesienia się do warunku, jak również ustalenia, czy były to jedyne informacje istotne dla potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Odwołujący jedynie wskazał na uzasadnienie

odrzućenia oferty i zaprzeczył istnieniu innych istotnych dla badania spełnienia warunku okolicznościom, w tym również brzmieniu wymagania. Mając na uwadze brak szczegółowego uzasadnienia decyzji z 20.09.2022 r., które wskazywałyby na dokonaną przez zamawiającego analizę wszystkich przesłanek dla uznania, iż informacje weryfikowane były również pod kątem badania spełnienia warunku i miały istotny wpływ na czynność w postępowaniu w tym zakresie, brak inicjatywy dowodowej ze strony Odwołującego obarczał skutkami wnoszącego odwołanie.

Przechodząc zatem do dalszej analizy koniecznym było ustalenie, czy w dacie złożenia oferty w postępowaniu, którego dotyczy obecne odwołanie, wykonawca zobowiązany był potwierdzić fakt wprowadzenia zamawiającego – GDDKiA Oddział w Szczecinie w błąd przy przedstawianiu informacji ocenianych w kryterium oceny ofert, które doprowadziły do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy.

W tym zakresie zasadniczym stało się odniesienie do wykładni znaczenia normy zawartej w art. 111 pkt 6 Ustawy określającej okres, na jaki wykonawca podlega wykluczeniu, w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy. Przepis ten stanowi, iż wykonawca podlega wykluczeniu, *na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia*. W okolicznościach badanej sprawy spornym było określenie zdarzenia rozumianego bądź jako czynność wprowadzenia w błąd złożonym oświadczeniem, bądź jako samo stwierdzenie wystąpienia tego zdarzenia czynnością odrzucenia oferty.

W ocenie składu orzekającego brzmienie normy nie pozostawia pola do nadania innego znaczenia niż to, że zdarzeniem prowadzącym do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 jest wprowadzenie zamawiającego w błąd złożonymi w postępowaniu oświadczeniami. Nie może być ono zatem rozumiane jako czynność zamawiającego komunikowana wykonawcom w postępowaniu, co miałyby mieć odniesienie do decyzji o odrzuceniu oferty w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy. Nie można inaczej rozumieć zdarzenia objętego wskazaną normą, które wymaga wykazania faktu złożenia nieprawdziwych – wprowadzających w błąd informacji. To właśnie ocena złożonych informacji może uzasadniać czynność zamawiającego w postępowaniu. Skoro wykluczenie wykonawcy stanowi konsekwencję zdarzenia, zdarzenie to nie może być utożsamiane z decyzją o odrzuceniu oferty.

Powyższe oznaczało, iż to czynność wykonawcy polegająca na przedstawieniu niezgodnych z rzeczywistością informacji stanowiła zdarzenie będące podstawą wykluczenia. Odwołujący wskazał dwie daty, które były powiązane ze złożonymi w postępowaniu oświadczeniami, tj. 4.02.2022 r., w której to dacie wykonawca złożył ofertę wraz z formularzem 2.2. oraz 31.05.2022 r., w którym to dniu złożony został podmiotowy środek dowodowy - wykaz osób,

powielającą informację o doświadczeniu osoby ocenianym wcześniej w kryterium oceny ofert.

W ocenie składu orzekającego, mając na uwadze podstawę odrzucenia oferty Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z postępowania prowadzonego przez GDDKiA Oddział w Szczecinie, zdarzeniem które wyznaczało początek biegu okresu rocznego na jaki następuje wykluczenie wykonawcy było złożenie oferty wraz z formularzem 2.2., co miało miejsce 4.02.2022 r. Tym samym termin na jaki Wykonawca mógł podlegać wykluczeniu w związku z tym zdarzeniem upłynął 4 lutego 2023 r. Miało to miejsce przed terminem składania ofert w obecnym postępowaniu, a zatem Wykonawca nie był zobowiązany do potwierdzenia faktu podania nieprawdziwych informacji obecnemu Zamawiającemu, gdyż konsekwencje zdarzenia z 4.02.2022 r. nie miały już wpływu na jego sytuację prawną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wydłużanie terminu do 31.05.2023 r., w związku z powieleniem tych samych informacji w wykazie osób nie było zasadne, mając na uwadze ich tożsamy zakres. Nie było spornym pomiędzy stronami, iż informacje złożone w wykazie osób były tymi samymi, jakie zostały złożone w formularzu 2.2. Skoro zdarzeniem prowadzącym do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy było podanie wprowadzających w błąd informacji o roli i doświadczeniu wskazanej od początku w ofercie osoby, to termin dla tych samych informacji nie może być różnie liczony, co wprowadzałoby chaos i niejasność oceny tej samej informacji i jej skutków dla wykonawcy w obecnym postępowaniu przetargowym jak i kolejnych. Skoro ówczesny zamawiający nie wykluczył wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Ustawy, to należy przyjąć, iż traktował obie informacje jako tą samą, bez analizy szczegółowej znaczenia dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu (o czym Izba szerzej wypowiedziała się we wcześniejszym fragmencie uzasadnienia). Należało zatem przyjąć dla tej samej informacji złożonej w jednym postępowaniu przetargowym, ten sam termin wyznaczający początek biegu okresu na jaki wykonawca podlegać winien wykluczeniu, tj. jednego roku licząc od dnia 4.02.2023 r. Przyjęcie, iż dla ustalenia zdarzenia należałoby traktować każde powielenie informacji w dokumentach zamówienia (np. JEDZ, później w podmiotowych środkach dowodowych) w ocenie składu orzekającego prowadziłyby do tego, iż to samo zdarzenie (rozumiane jako ta sama informacja) miałyby odmienny skutek, co naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawcy w postępowaniu przetargowym i uczciwej konkurencji. Ocena sytuacji wykonawcy w postępowaniu nie może być wyłącznie wynikiem różnej oceny tej samej informacji.

W konsekwencji Izba oddaliła odwołanie w całości, gdyż w świetle okoliczności stwierdzonych na podstawie wyroku KIO 1682/22 oraz decyzji o odrzuceniu oferty Transprojekt Gdański Sp. z o.o. w postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA Oddział w Szczecinie, Wykonawca składając ofertę, w tym oświadczenia w JEDZ w obecnie prowadzonym postępowaniu, nie był zobowiązany do złożenia oświadczenia o wprowadzaniu innego zamawiającego w błąd, z uwagi na upływ okresu na jaki podlegał wykluczeniu w związku z informacją stanowiącą podstawę jego wykluczenia. Składane w ofercie oświadczenia, w zakresie dotyczącym podstaw wykluczenia z postępowania, należy oceniać w kontekście celu ich złożenia, co w przypadku przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy oznacza, iż znaczenie dla czynności zamawiającego w postępowaniu miałyby wyłącznie znaczenie potwierdzenie faktu wprowadzenia innego zamawiającego w błąd, jeżeli to prowadzić miało do wykluczenia z postępowania, co powiązane musi być z okresem wykluczenia wynikającym z przepisu art. 111 pkt 6 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 w zw. z § 8 ust 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis, a także koszty wynagrodzenia pełnomocnika Przystępującego po stronie Zamawiającego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów i obciążyła nimi Odwołującego.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....