

Sygn. akt KIO 706/11

WYROK
z dnia 14 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), Mott MacDonald Limited, Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o., adres pełnomocnika: ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa** od czynności zamawiającego, którym jest **Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok**

przy udziale wykonawcy **Egis Poland Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

przy udziale wykonawcy **Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), Mott MacDonald

Limited, Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o., adres pełnomocnika: ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), Mott MacDonald Limited, Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o., adres pełnomocnika: ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), Mott MacDonald Limited, Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o., adres pełnomocnika: ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu i na rzecz którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zarządzanie kontraktem na projekt i budowę obwodnicy Augustowa w ciągu drogi krajowej nr 8 (na odcinku od węzła Augustów do węzła Szkocja - włączając węzły) i drogi ekspresowej S-61 (na odcinku od węzła Szkocja do węzła Lotnisko - włączając węzły), w tym pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót.

25 marca 2011 r. zamawiający za pośrednictwem faxu poinformował o wynikach postępowania -wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Egis Poland Sp. z o.o. w Warszawie oraz o wynikach oceny ofert i dokonanych wykluczeniach z postępowania.

Zamawiający wykluczył z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. w Warszawie (pełnomocnik), Mott MacDonald Limited w Croydon (United Kingdom), Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. w Białymstoku na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp. Wymienieni wykonawcy wnieśli odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 4 kwietnia 2011 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania wynikający z art. 180 ust. 5 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 przez wykluczenie odwołującego, brak wezwania do wyjaśnienia, ewentualnie uzupełnienia oferty odwołującego, dokonaniu wyboru oferty Egis Poland Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej.

Wniósł o unieważnienie czynności dokonanych przez zamawiającego, a w szczególności w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert, ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert, dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w zgodzie z przepisem art. 91 Pzp przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zawiadomienie z dnia 24 marca 2011 r. nie czyni zadość wymaganiom art. 92 ust. 1 Pzp, nie zawiera wszystkich informacji, a w szczególności w zakresie uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia oraz odrzucenia ofert wykonawców.

Zarzucał, że czynności podjęte przez zamawiającego nie odpowiadają w pełni treści rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 482/11) wydanego wskutek rozpoznania odwołania wniesionego przez odwołującego.

Odwołujący wskazał również, że Izba umorzyła postępowanie bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów odwołania wniesionego w dniu 7 marca 2011 r., przez Egis Poland Sp. z o.o. (sygn. Akt 480/11), zatem zamawiający nie powinien dokonywać rozstrzygnięcia w oparciu o podane w tym odwołaniu i niezwyfikowane informacje. Odwołujący podniósł, że istnieje istotna rozbieżność pomiędzy informacjami jakimi dysponuje odwołujący, a informacjami na jakie powoływał się Egis Poland Sp. z o.o.

Ocenił, że do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp należy bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich złożenie stanowi wyraz świadomego działania mającego na celu podanie nieprawdziwych informacji. Z takim działaniem nie można utożsamiać działania w warunkach błędnego zrozumienia dokumentów opracowanych przez zamawiającego (specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszenia) lub odmiennej interpretacji zapisów tych dokumentów, czy też odpowiadających im faktów.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie zwrócił się do niego i nie wyjaśnił, czy Pan Dariusz K. spełnia warunki określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z pisma z dnia 4 maja 2006r. wystawionego przez Pana Eugeniusza S. - Inżyniera Kontraktu wywiódł, że Pan Dariusz K. był zatrudniony na stanowisku Asystenta Inżyniera Kontraktu podczas budowy autostrady nr A4 na odcinku między Nogawczycami i Sośnicą. Wskazał, że nomenklaturze angielskiej, obowiązującej na kontraktach realizowanych według wzorców FIDIC, stanowisko „Assistant of the Engineer” jest równoznaczne Zastępcy Inżyniera Kontraktu i obejmuje obszerne obowiązki z zakresu nadzoru i zarządzania budową oraz kontrolę jakości materiałowej i technologicznej. Odwołujący podniósł, że opierając się na zakresie obowiązków Pana Dariusza K., własnej polityce zapewnienia jakości na kontraktach, w ramach systemu QES oraz stale współpracując z Panem Dariuszem Kolasińskim miał uzasadnione przekonanie, iż spełnia warunek, określony w 6.2 3) b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymagań stawianych przez zamawiającego dla osoby proponowanej na stanowisko inspektora robót drogowych.

Odwołujący podniósł, że jeśli w ocenie zamawiającego Pan Dariusz K. nie spełnia tego warunku, to odwołujący dysponuje i dysponował na dzień składania ofert, innymi osobami, spełniającymi wymagania. Zamawiający był zobowiązany wezwać odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp do uzupełnienia dokumentów lub do złożenia stosownych wyjaśnień, gdyż w takim przypadku nie zaistniała podstawa do odstąpienia od zastosowania tych trybów, którą byłoby złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Do

chwili obecnej wobec odwołującego nie był stosowany tryb art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w przedstawnym zakresie,

Dalej odwołujący powołując orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wywodził, że przy ocenie przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem wykonawcy skierowanym na wprowadzenie zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie skutkiem omyłki, czy też błędnych informacji posiadanych przez samego wykonawcę. Podnosił, że do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie przywołanego przepisu niezbędne jest wykazanie, że złożona nieprawdziwa informacja miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania, co nie ma miejsca, ponieważ złożony w ofercie wykaz osób potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Egis Poland Sp. z o.o. oraz Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o. o. w Warszawie 8 kwietnia 2011 r. zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba uznała, że obaj wykonawcy spełnili przesłanki zgłoszenia przystąpienia – w szczególności obaj posiadają interes w zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego. Oferta Egis Poland Sp. z o.o. została uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący złożył ofertę z niższą ceną. Wobec faktu, że cena stanowi w postępowaniu jedyne kryterium oceny ofert, uwzględnienie zarzutów odwołania i przywrócenie odwołującego do udziału w postępowaniu spowodowałby dla tego wykonawcy utratę możliwości uzyskania zamówienia.

Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o. o. złożył ofertę ocenioną jako druga w kolejności po ofercie wybranej. Zmiany w zakresie środków ochrony prawnej wprowadzone ustawą z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw oderwały skuteczność zgłoszenia przystąpienia wykazania interesu prawnego – bezpośredniego związku utraty możliwości uzyskania zamówienia przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie z normą prawną. W obecnym stanie prawnym art. 185 ust. 2 – 4 Pzp posługuje się kategorią interesu, który może mieć postać tak interesu prawnego, jak i faktycznego. Podkreślić też należy, że do zgłoszenia przystąpienia, inaczej niż stanowi to art. 179 ust. 1 Pzp w odniesieniu do środków ochrony prawnej, nie jest niezbędne wykazywanie szkody.

Art. 94 ust. 3 Pzp stanowi, że w razie uchylenia się przez wykonawcę, którego oferta została wybrana od zawarcia umowy lub nie wniesienia przez niego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzenia ich kolejnego badania i oceny. Zatem w sytuacji zaistnienia

powołanych okoliczności po stronie Egis Poland Sp. z o.o. wykonawca - Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o. o. może uzyskać zamówienie. Wykonawca ten ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, a zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 grudnia 2010 r., pod numerem 2010/S 245-374638.

Z informacji o wynikach postępowania z 24 marca 2011 r. wynika, że zamawiający wykluczył z postępowania odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp. Zamawiający wskazał, że Pan Dariusz K. nie spełnia wymagania określonego w pkt 6.2.ppkt 3 lit. b dla funkcji Inspektora Robót Drogowych, ponieważ na wymienionym zadaniu: zarządzanie i nadzór nad budową autostrady A-4, odcinek: Nogawczyce-Kleszczów oraz odcinek Kleszczów-Sośnica pełnił funkcję Inżyniera Asystenta.

Zamawiający w pkt 6.2.3) lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał, aby wykonawcy dysponowali dwoma osobami do pełnienia funkcji inspektora nadzoru robót drogowych posiadającymi minimalne doświadczenie nabyte przez:

- udział w realizacji jednego zrealizowanego zadania polegającego na nadzorze nad budową lub rozbudową drogi klasy minimum GP albo polegającego na nadzorze nad projektowaniem i budową lub projektowaniem i rozbudową drogi klasy minimum GP o wartości robót budowlanych nie mniejszej, niż 250 mln zł netto na stanowisku inspektora nadzoru robót budowlanych albo;
- udział w realizacji dwóch zrealizowanych zadań polegających na nadzorze nad budową lub rozbudową drogi klasy minimum GP albo polegającego na nadzorze nad projektowaniem i budową lub projektowaniem i rozbudową drogi klasy minimum GP o łącznej wartości robót budowlanych nie mniejszej, niż 250 mln zł netto na stanowisku inspektora nadzoru robót budowlanych. Powyższe zadanie ma być zrealizowane tj. doprowadzone przy udziale osoby wykazującej powyższe doświadczenie, co najmniej do wystawienia świadectwa przejęcia/protokołu odbioru robót.

Odwołujący wraz z ofertą złożył wykaz osób przewidując Pana Dariusza K. na stanowisko inspektora nadzoru robót drogowych. Dla wykazania posiadania przez niego wymaganego

doświadczenia powołany został fakt pełnienia funkcji inspektora nadzoru robót drogowych przy usłudze zarządzania i nadzór nad budową autostrady A-4, odcinek: Nogawczyce-Kleszczów oraz odcinek Kleszczów-Sośnica (str. 19 oferty odwołującego).

Zamawiający dokonując badania i oceny ofert wystąpił do Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Opolu w celu uzyskania odpowiedzi na pytanie, czy Pan Dariusz K. pełnił funkcję inspektora nadzoru robót drogowych na przy budowie autostrady A4 na odcinku Nogawczyce-Kleszczów i Kleszczów-Sośnica (pismo z 21 marca 2011 w aktach sprawy).

W odpowiedzi z 23 marca 2011 r. wynika, że Pan Dariusz K. nie był zatrudniony na stanowisku inspektora nadzoru robót drogowych, a na stanowisku asystenta inżyniera, co potwierdza załączona kopia schematu organizacyjnego konsultanta z miesięcznego raportu z postępu (październik 2004). W schemacie tym na stanowiskach inspektorów nadzoru robót drogowych zostały wskazane cztery inne osoby.

Z załączonego do odwołania pisma z dnia 4 maja 2006 r. wystawionego przez Pana Eugeniusza S. - Inżyniera Kontraktu z ramienia DHV Consultans wynika, że Pan Dariusz K. był zatrudniony na stanowisku Asystenta Inżyniera Kontraktu podczas budowy autostrady nr A4 na odcinku między Nogawczycami i Sośnicą w okresie od 1 grudnia 2003 r. do 9 maja 2005 r.

Ze pisma złożonego przystępującego Egis Poland Sp. z o.o. wynika, że Pan Dariusz K. był zatrudniony przez DHV Polska Sp. z o.o.(podwykonawcy DHV Consultants – wykonawcy umowy o zarządzanie i nadzór na d bodową autostrady A4,odcinki Nogawczyce-Kleszczów i Kleszczów Sośnica w latach 2002-2007)ⁱ na podstawie umowy o pracę w okresie 1 grudnia 2003 do 9 maja 2005 r. i nie sprawował on samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie – funkcji inspektora nadzoru

Odwołujący podniósł na rozprawie, że pozytywna ocena spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu mogłaby nastąpić, mimo pominięcia Pana Dariusza K., gdyż w wykazie osób złożonym wraz z ofertą odwołujący przedstawił na stanowisko inspektora nadzoru robót drogowych – kierownika zespołu nadzoru Pana Ireneusza M. spełniającego wymagania ustalone w w pkt 6.2.3) lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia .

Zamawiający dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powziął wątpliwości, co do posiadania przez Pana Ireneusza M. wymaganego doświadczenia i wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień. Udzielając odpowiedzi 17 lutego 2011 r. odwołujący wskazał, że „jeżeli powyższe wyjaśnienia nie potwierdzają spełnienia warunku w zakresie wymaganego doświadczenia (...) to uzupełniamy dokumenty przedstawiając Pana Mariana Lesiewicza na stanowisko Inspektora robót drogowych – Kierownik Zespołu Nadzoru”.

Na rozprawie odwołujący oświadczył, że Pan Ireneusz M. został „wycofany” z funkcji Kierownika Zespołu Nadzoru, a skoro został wskazany w ofercie może pełnić funkcję inspektora nadzoru.

Na rozprawie na okoliczność dysponowania osobami innymi, niż Pan Dariusz K. spełniającymi wymagania ustalone w pkt 6.2.3) lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia odwołujący złożył pisemne informacje dotyczące Panów Jerzego Żelecha oraz Daniela B.

Kwestionowane w odwołaniu czynności zostały wykonane przez zamawiającego w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 18 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 482/11) uwzględniła odwołanie wniesione przez odwołującego i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SGS Polska Sp. z o.o., SGS Czech Republic s.r.o. i odrzucenie oferty tych wykonawców, którą zamawiający uznał uprzednio za najkorzystniejszą, oraz dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert.

Postanowieniem z 16 marca 2011r. Izba odrzuciła odwołanie wniesione przez Egis Poland Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 480/11) na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp. W odwołaniu tym (w aktach sprawy o przywołanej sygnaturze) został podniesiony zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w oparciu o podanie nieprawdziwych informacji dotyczących Pana Dariusza K., który wbrew oświadczeniu zawartemu w wykazie nie pełnił funkcji inspektora robót drogowych lecz był zatrudniony na stanowisku Asystenta Inżyniera Kontraktu podczas budowy autostrady nr A4 na odcinku między Nogawczycami i Sośnicą.

Izba dokonała ustaleń na podstawie dowodów w postaci przywołanych oświadczeń i dokumentów znajdujących się w aktach sprawy lub okazanych w formie oryginałów podczas rozprawy oraz złożonych na rozprawie przez strony i uczestników.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

Izba uznała, że informacja o wynikach postępowania przesłana przez zamawiającego 25 marca 2011r. odpowiada prawu. Art. 92 ust. Pzp nakazuje zamawiającemu wskazanie podstawy faktycznej i prawnej czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia. Celem normy zawartej w przywołanym przepisie jest umożliwienie wykonawcy, który został wykluczony, zachowania swoich praw w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustawodawca uznał, mając przy tym na względzie również zasadę szybkości postępowania, że wykonawca, aby mógł wnieść efektywnie środki ochrony prawnej, nie może pozostawać w niepewności, co do przyczyn oceny zamawiającego. Nie budzi wątpliwości Izby, że zamawiający wymaganiom tym uczynił zadość. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania, które Izba rozpoznała w granicach zarzutów mających oparcie faktyczne i prawne w informacji o wynikach postępowania.

Wbrew pogładowi odwołującego, Izba uznała, że zamawiający prawidłowo wykonał wyrok Izby z 18 marca 2011 r.(sygn. KIO 482/11).Zamawiający ponawiając czynność badania i oceny ofert dokonuje jej w odniesieniu do wszystkich wykonawców uczestników postępowania w dacie jej wykonania.

Wykonując wyrok Izby z 18 marca 2011 r. zamawiający wykluczył Konsorcjum SGS, odrzucił złożoną przez nie ofertę oraz poddał badaniu i ocenie ofert pozostałe oferty, w tym ofertę odwołującego.

Odrzucenie odwołania wniesionego przez przystępującego EGIS Poland Sp. z o.o.(sygn. akt KIO 480/11) zawierającego zarzut złożenia nieprawdziwych informacji przez odwołującego nie uprawnia, ani nie zobowiązuje zamawiającego do odstąpienia od ich weryfikacji w toku ponownej oceny. Przeciwnie, zamawiający w razie zaistnienia wątpliwości co do prawdziwości oświadczeń wykonawcy, wykazania spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu winien podjąć działania zmierzające do ich wyjaśnienia. Art. 7 ust. 3 Pzp stanowi bowiem, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zamawiający zbadał zasadność zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji dotyczących Pana Dariusza K., a po ich potwierdzeniu w oświadczeniu GDDKiA Odział Opole wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba uznała, że czynność wykluczenia odpowiada prawu.

Art. 24 ust. 2 pkt 3 stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Czynność wykluczenia na podstawie przywołanego przepisu może być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz

wpływu informacji na wynik postępowania. Wpływ może mieć charakter bezpośredni (*verba legis* „mające wpływ”), gdy wprost rzutuje na wynik postępowania - wybór najkorzystniejszej oferty lub pośredni (*verba legis* „mogące mieć wpływ”), gdy na danym etapie postępowania wybór oferty jeszcze nie nastąpił, lecz informacje mają znaczenie dla możliwości uzyskania zamówienia przez danego wykonawcę.

Informacja są nieprawdziwe kiedy prezentują stan inny, niż w rzeczywistości. Niezgodność powinna mieć charakter obiektywny w danych okolicznościach faktycznych i prawnych. Nie można mówić o nieprawdziwości informacji, w sytuacji, gdy postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia mogą być rozbieżnie interpretowane, a wykonawca działający z należytą starannością rozumie je inaczej, niż zamawiający.

Izba zważyła, że zamawiający wymagał w pkt 6.2.3) lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykazania doświadczenia wyłącznie na stanowisku inspektora nadzoru robót drogowych, nie dopuszczając możliwości wykazania wymaganego doświadczenia nabytego przy wykonywaniu czynności przewidzianych dla inspektora nadzoru. Inspektor nadzoru inwestorskiego jest uczestnikiem procesu budowlanego o uprawnieniach i obowiązkach uregulowanych ustawowo w przepisach ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku - Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm.). Izba ocenia, że wymaganie zamawiającego zostało sformułowane jednoznacznie i nie budzi wątpliwości interpretacyjnych.

Za bezsporną należy uznać zatem okoliczność, iż Pan Dariusz K. nie pełnił funkcji inspektora nadzoru robót drogowych w ramach usługi na zarządzanie i nadzór nad budową autostrady A-4, odcinek: Nogawczyce-Kleszczów oraz odcinek Kleszczów-Sośnica, był tam bowiem zatrudniony na stanowisku asystenta inżyniera, a na stanowisku inspektorów robót drogowych były zatrudnione inne osoby. Fakt ten wynika z dokumentów złożonych zarówno przez odwołującego, jak i zamawiającego.

Wobec treści pkt 6.2.3) lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia wywody dotyczące czynności wykonywanych przez Pana Dariusza K. oraz ich ewentualne podobieństwo do czynności inspektora nadzoru pozostają praktycznie bez znaczenia. Izba ocenia jednak, że nie odpowiadają one swym zakresem obowiązkom inspektora nadzoru.

Nieprawdziwe informacje dotyczące Pana Dariusza K. mogą mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż ich złożenie przesądza o spełnieniu warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Gdyby informacje dotyczące Pana K. były zgodne z rzeczywistością zamawiający uznałby, że odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Oferta odwołującego podlegałaby ocenie i mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, Izba uznała, że nie jest możliwe uznanie, że odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.2.3) lit. b)

specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż na stanowisko inspektora nadzoru robót drogowych mógłby zostać powołany Pan Ireneusz M., co spowodowałoby również nieziszczenie się przesłanki wpływu nieprawdziwych informacji dotyczących Pana Dariusza K. na wynik postępowania.

Nie można pominąć, że Pan Ireneusz M. był przewidziany przez odwołującego na inne stanowisko - inspektora robót drogowych - kierownika zespołu nadzoru, nie zaś na stanowisko inspektora robót drogowych.

Zważyć należy, że sam odwołujący oświadczył na rozprawie, że Pan Ireneusz M. został „wycofany” w toku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zatem na dzień dokonania wykluczenia nie wchodził w skład personelu odwołującego przewidzianego do wykonania zamówienia. Nie jest też wiadome, czy obecnie Pan Ireneusz M. pozostaje w dyspozycji odwołującego i mógłby pełnić obowiązki inspektora nadzoru.

Wymagania zamawiającego ustalone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określają próg minimalny, wykonawca jest uprawniony do tego, aby wskazać na dane stanowisko więcej osób będących w jego dyspozycji, a posiadających wymagane przez zamawiającego kwalifikacje i doświadczenie. Zamawiający nie jest jednak zobowiązany do tego, aby weryfikując spełnianie warunku dysponowania osobami przewidzianymi do pełnienia danej funkcji, samodzielnie badał, czy warunkom stawianym kandydatom na dane stanowisko odpowiadają osoby wskazane przez wykonawcę na inne stanowiska.

Obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy, a wskazanie osób przewidzianych na dane stanowisko stanowi jego oświadczenie wiedzy. Dokonując oceny na podstawie złożonego wykazu zamawiający działa w granicach określonych oświadczeniem wykonawcy – weryfikuje spełnianie ustalonych przez siebie wymagań ściśle w odniesieniu do osób wskazanych przez wykonawcę na dane stanowisko, chyba, że co innego wynika z treści wykazu.

Odwołujący nie wykazał na podstawie dokumentów złożonych wraz z ofertą, że mimo pominięcia Pana Dariusza K. dysponuje personelem wymaganym dla pełnienia funkcji inspektora nadzoru drogowego.

Izba zważyła również, że umożliwienie wykazania spełniania warunku w przez wskazanie osoby przewidzianej do pełnienia innej funkcji w miejsce osoby, w odniesieniu do której zostały złożone nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, przyniosłoby skutek, analogiczny jak w przypadku zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp. Tymczasem skorzystanie z przywołanego przepisu jest niedopuszczalne w razie stwierdzenia przesłanek zawartych w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Ustawa Prawo zamówień publicznych przed wejściem w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych

(Dz. U. Nr 219, poz. 1706) zawierała inny katalog przesłanek wykluczenia z postępowania m.in. stanowiąc w art. 24 ust. 2 pkt 3, że z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 Pzp.

Obecnie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nakazuje wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Dokonana zmiana katalogu oraz redakcji przesłanek wykluczenia z postępowania nie oznacza jednak, że *de lege lata* dopuszczalne jest sanowanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania przez zastosowanie trybu wskazanego w art. 26 ust. 3 Pzp.

Art. 24 ust. 2 pkt 3 statuuje bezwzględny obowiązek zamawiającego wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. *Ratio legis* art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp jest eliminacja z postępowania wykonawców, którzy oświadczyli nieprawdę w celu uzyskania zamówienia, a tym samym oraz zabezpieczenie słusznego interesu zamawiających.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawierają, żadnej przesłanki umożliwiającej uchylenie się wykonawcy od skutków nieprawdziwego oświadczenia.

Z literalnej interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wynika, że zamawiający jest zobowiązany do dokonania wykluczenia bez badania, czy złożenie informacji nieprawdziwych nosi znamiona winy wykonawcy. Art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy 2004/18/WE stanowi natomiast, że zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji.

Złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, jest działaniem, które co do zasady, należy uznać za zawinione (podobnie w wyroku Izby z dnia 19 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1004/09).

Udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga zachowania przez wykonawców należytej staranności na każdym etapie postępowania, w szczególności przy przygotowywaniu oferty i wymaganych zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp oświadczeń i dokumentów (tak m. in w wyrokach Izby z 5 lutego 2009 r., sygn. akt. KIO/UZP 99/09 oraz z 28 września 2009r., sygn. akt KIO/UZP 1161/09).

Należyta staranność wymagana od profesjonalnego uczestnika rynku zamówień publicznych obejmuje konieczność oceny i weryfikacji informacji podawanych w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu niezależnie od tego, czy pochodzą od samego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, czy od innych osób i podmiotów na które wykonawca się powołuje. Podkreślić trzeba, że wykonawcy składając ofertę oraz

oświadczenia i dokumenty wymagane przez zamawiającego, działają w imieniu własnym, nawet jeśli oświadczenia lub dokumenty pochodzą od innych osób i podmiotów. Złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, tworzy więź wyłącznie między zamawiającym a wykonawcą, nie zaś między zamawiającym a osobami lub podmiotami, którymi wykonawca zamierza się posłużyć przy realizacji zamówienia.

Zaniechanie rzetelnego zbadania informacji składanych zamawiającemu stanowi przeciwieństwo należytej staranności - niedbalstwo wykonawcy. Niedbalstwo natomiast, jak trafnie podniósł przystępujący Egis Polska Sp. z o.o. jest postacią winy.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 sierpnia 1993 r. (sygn. akt III CRN 77/93) wskazał, że „należyta staranność dłużnika, określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej (art. 355 § 2 k.c), obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.

Odwołujący w celu zachowania należytej staranności winien przed złożeniem oferty zbadać informacje podane przez wskazywane przez siebie osoby, mając na uwadze skutek, w postaci wykluczenia z postępowania, jaki ustawa Prawo zamówień publicznych wiąże z uchybieniami w tym zakresie.

Złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania nie stanowi błędu w rozumieniu art. 26 ust. 3 Pzp. Wskazanie w czasie rozprawy Panów Jerzego Żelecha oraz Daniela B. celem wykazania, że odwołujący dysponuje osobami spełniającymi wymagania zamawiającego nie może przynieść skutku w postaci uznania, iż odwołujący spełniania warunki udziału w postępowaniu.

Prezentowana wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz braku możliwości uchylenia się od skutków złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania kształtuje się jednolicie w orzecznictwie Izby.

Zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z postępowania i nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp ofertę złożoną przez wykonawcę wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą z mocy prawa.

W tej sytuacji zaniechanie zamawiającego wystąpienia do odwołującego o wyjaśnienie informacji dotyczących doświadczenia Pana Dariusza K. w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania.

Podniesiony na rozprawie zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp przez dwukrotne zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp w odniesieniu do Konsorcjum SGS przy jednoczesnym zaniechaniu jego zastosowania w stosunku do odwołującego nie był w odwołaniu i stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp Izba pozostawiła go bez rozpoznania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oddaliła odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, w kwocie 3.600 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....

i