

**WYROK**  
**z 24 marca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie 24 marca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 lutego 2021 r. przez wykonawcę COLAS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Palędziach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach, przy udziale wykonawcy Z. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo Budowlana FIL-BUD Z. Z. z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – COLAS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Palędziach i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od Odwołującego - COLAS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Palędziach na rzecz Zamawiającego: Zarządu Dróg Miejskich w Gliwicach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

## Uzasadnienie

Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Wykonanie robót budowlanych w ramach zadania: Budowa drogi gminnej - budowa połączenia ul. Chałubińskiego z ul. Tarnogórska w Gliwicach”, numer: ZDM.26.48.2020, zwane dalej Postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 18 grudnia 2020 r. pod numerem 768621-N-2020. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

15 lutego 2021 r. wykonawca COLAS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pałędziach (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, przez błędne i bezpodstawne przyjęcie, że Odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, bez uzasadnienia faktycznego i dokonanie nieprawidłowej oceny tych informacji oraz nieprawidłowej kwalifikacji, a także nieprawidłowej subsumpcji normy prawnej,
2. art. 26 ust. 3 i ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub udzielenia dodatkowych wyjaśnień lub przedłożenia dodatkowych dokumentów i oświadczeń, potwierdzających spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy Zamawiający miał co do tej okoliczności wątpliwości bądź niepełną wiedzę, co skutkowało nieprawidłowym ustaleniem stanu faktycznego, a w konsekwencji uznaniu, że wykonawca spełnia kumulatywnie przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i tym samym wprowadził Zamawiającego w błąd podając nieprawdziwe informacje,
3. art. 26 ust. 2f Pzp przez zaniechanie jego zastosowania, tym samym zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wszystkich lub niektórych tylko oświadczeń potwierdzających, że Odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu i nie

podlegał wykluczeniu, co było niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania,

4. art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez nieprawidłowe sporządzenie uzasadnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, w sposób ogólny, bez wskazania i odniesienia się do występowania kumulatywnie przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a także bez wskazania jakie to informacje Zamawiający uznał za nieprawdziwe i wywiódł z nich daleko idące skutki sankcyjne dla Odwołującego z jednoczesnym brakiem określenia rodzaju i stopnia winy w działaniu lub zaniechaniu Odwołującego i przywołania dowodów potwierdzających takie działanie lub zaniechanie Odwołującego, a także na czym polegał istotny wpływ przedstawionych przez Odwołującego informacji na decyzje Zamawiającego,
5. art. 90 ust. 1 Pzp, przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Z. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo Budowlana FIL-BUD Z. Z. z siedzibą w Katowicach (dalej: Przystępujący), mimo że to oferta Odwołującego była najkorzystniejsza w postępowaniu oraz przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,
2. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty,
3. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Przystępującego;
4. dokonania ponownego badania i oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu oraz ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu,

lub ewentualnie:

5. nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu.

Odwołujący wniósł ponadto o:

1. zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na potwierdzenie okoliczności wskazanych w odwołaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zamawiający zastrzegł w punkcie 20 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), że jednym z kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze ofert będzie doświadczenie kierownika budowy.

Doświadczenie kierownika budowy miało być punktowane w zależności od liczby zadań obejmujących budowę lub przebudowę drogi (ulicy) min. klasy D o długości nie mniejszej niż 0,5 km, przy realizacji których pełnił on tę funkcję. Zamawiający przyjął, że waga ww. kryterium to 15%. Pozostałe kryteria oceny ofert stanowiła cena (waga tego kryterium 60%) oraz okres gwarancji (waga tego kryterium 25%).

Jednocześnie, dysponowanie przez wykonawcę potencjałem w postaci kierownika budowy posiadającego właściwe uprawnienia do kierowania robotami w specjalności drogowej, stanowiło zgodnie z pkt. 9.3.2. SIWZ jeden z warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał w ofercie, że kierownikiem budowy będzie pan M.S., posiadający odpowiednie, zgodne z wymogami SIWZ, doświadczenie zawodowe. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący wskazał na następujące zadania:

1. „Zadanie nr 2 - pn. :Budowa drogi Śródmiejskiej na odcinku od ul. Obwiednia Południowa w Rybniku do węzła Śródmiejskiego” (Gmina Rybnik),
2. „Zadanie nr 1 - pn. Gudowa regionalnej drogi Racibórz-Pszczyna etap I do IV: km 0,0+000 do 10+221,00 w Rybniku i Żorach" (Gmina Rybnik),
3. „Budowa drogi publicznej Drogowej Trasy Średnicowej. Część „Zachód” od km 5+320,00 do 8+119,85. Odcinek G1 w Gliwicach (Drogowa Trasa Średnicowa S.A. z siedzibą w Katowicach),
4. „Przebudowa ciągu drogi powiatowej 4700 S - ulica Jana III Sobieskiego w Wojkowicach - Etap I” (Powiat Będziński).

Oferta złożona przez Odwołującego, była najkorzystniejsza w ramach kryterium ceny. Dodatkowo, w zakresie okresu gwarancji, Odwołujący zaoferował tożsamy z pozostałymi oferentami okres 84 miesięcy.

Pismem z 3 lutego 2021 r. (znak pisma ZDM.8648.2021) Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie dotyczącym doświadczenia zawodowego kierownika budowy. Zamawiający zakwestionował pozycje 1-3 wskazane przez Odwołującego, stwierdzając że w zakresie zadań opisanych w pozycji 1 oraz 2 pan M.S. nie pełnił funkcji kierownika budowy, zaś w zakresie pozycji 3 pełnił jedynie obowiązki kierownika robót drogowych. Doświadczenie pana M.S. wynikające z udziału w realizacji zadania opisanego w pozycji 4 nie zostało przez Zamawiającego zakwestionowane.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący w piśmie z 4 lutego 2021 r. potwierdził, że w sposób nieumyślny wykazał zadania, w których pan M.S. nie pełnił roli

kierownika budowy. Powyższe zachowanie było następstwem oczywistej, nieumyślnej omyłki, gdyż treść wyjaśnień Odwołującego potwierdziła jednoznacznie, że ww. osoba posiadała doświadczenie pozwalające uzyskać maksymalną ilość punktów w zakresie tego kryterium. Odwołujący wskazał bowiem, że osoba ta pełniła funkcję kierownika budowy w następujących zadaniach:

1. „Przebudowa ciągu drogi powiatowej 4700 S - ulica Jana III Sobieskiego w Wojkowicach - Etap” (Powiat Będziński),
2. „Przebudowa ulicy Wyszyńskiego w Tarnowskich Górach od ulicy Gliwickiej do ulicy Obwodowej” (Zarząd Dróg Powiatowych w Tarnowskich Górach),
3. „Przebudowa ul. Poprzecznej i ul. Teligi w Kłobucku” (Gmina Kłobuck),
4. „Przebudowa drogi gminnej dojazdowej do gruntów rolnych - ul. Rolna w Łagiewnikach Wielkich” (Gmina Pawonków),
5. „Przebudowa drogi powiatowej Nr 3804 S na odcinku Myszków ul. Pińczycka do m. Stara Huta ul. Myszkowska - dł. 2 271,0 m” (Powiatowy Zarząd Dróg w Myszkowie z siedzibą w Zarkach),
6. „Budowa ulicy Lokalnej w Pyskowicach” (Gmina Pyskowice).

Mimo wyjaśnień i potwierdzenia przez Odwołującego, że kierownik budowy posiadał wymagane doświadczenie, Zamawiający pismem z 10 lutego 2021 r. poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podst. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp oraz wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Przystępującego.

Zamawiający nie uzasadnił w przedmiotowym piśmie, dlaczego uważał, że spełnione zostały wszystkie przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, w szczególności, czy przypisał odwołującemu lekkomyślność lub niedbalstwo i na jakiej podstawie oraz dlaczego przedstawione informacje, rzekomo wprowadzające w błąd, mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Regulacja Ustawy dotycząca przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bezpośrednim efektem wdrożenia do polskiego porządku prawnego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r.

w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE. Art. 57 ww. dyrektywy stanowi, że instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, który był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59. W świetle powyższego wykładnia art. 24

ust. 1 pkt 17 Pzp powinna uwzględniać okoliczność, że podstawę wykluczenia może stanowić jedynie poważne wprowadzenie w błąd.

Na gruncie dyrektywy uznać należy, że wykluczeniu z postępowania będzie podlegał jedynie taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu informacje wprowadzające instytucję zamawiającą w błąd, mając świadomość szkodliwego skutku swojego zachowania i celowo do niego zmierzając. Zasada proporcjonalności przesądza, że poszczególnych przepisów ustawy nie należy odczytywać w oderwaniu od pozostałych. Rodzi to bowiem ryzyko dokonania wykładni oderwanej od celów, którym służyć miało wprowadzenie podstaw wykluczenia z postępowania.

Wykluczenie Odwołującego w realiach przedmiotowego postępowania było nieproporcjonalne i stanowiło efekt błędnej wykładni przepisów dokonanej przez Zamawiającego.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 30 października 2020 r. (sygn. KIO 2535/20), normę zawartą w art. 24 ust. 1 pkt 17 należy zatem odczytywać w taki sposób, że podobnie jak w pkt 16 konieczne jest, by nieprawdziwa informacja rzeczywiście mogła wprowadzić w błąd zamawiającego, a nadto rzeczywiście mogła mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Aby można było mówić o istotnym wpływie informacji wprowadzających w błąd na decyzje zamawiającego w postępowaniu, konieczne jest wykazanie, że zamawiający podjąłby na podstawie informacji niewprowadzających w błąd inną decyzję niż na podstawie informacji wprowadzających

w błąd. W przedmiotowej sprawie zdaniem Odwołującego nie zachodziła ww. zależność, warunkująca możliwość skorzystania z przedmiotowej podstawy wykluczenia. Wynikało to z faktu, że gdyby od samego początku Odwołujący wskazał w treści oferty prawidłowe zadania, przy których realizacji kierownik budowy brał faktycznie udział, to skutek byłby taki sam jak w sytuacji hipotetycznego uwzględnienia przez Zamawiającego omyłkowo wskazanych projektów, to znaczy Zamawiający sklasyfikowałby Odwołującego na pierwszym miejscu w rankingu ofert. Zamawiający nie podjąłby więc w tym zakresie innej decyzji niż w przypadku nieprawidłowego wskazania zadań, w których wskazany kierownik budowy brał udział.

Wziąwszy pod uwagę fakt, że o ile wskazana przez Odwołującego osoba w istocie posiadała na moment składania oferty wymagane doświadczenie, o czym Zamawiający został skutecznie poinformowany, to omyłka Odwołującego w zakresie przedłożonego zestawienia zadań nie mogła być uznana jako mogąca rzeczywiście wprowadzać Zamawiającego w błąd (wymóg Zamawiającego jest bowiem spełniony - osoba ta posiadała na moment złożenia oferty obiektywnie wymagane doświadczenie).

Reasumując, sama informacja zawarta w ofercie Odwołującego, potwierdzająca posiadanie przez pana M.S. doświadczenia była prawdziwa, nieprawdziwe (w wyniku omyłki, błędnego przepisania do zestawienia poszczególnych zadań) były jedynie argumenty, na poparcie tego faktu. Nie można było więc postawić tezy, iż Odwołujący nieprawdziwie oświadczył, że pan M.S. posiada doświadczenie w realizacji opisanych w SIWZ projektów drogowych.

Odwołujący nie miał jakiegokolwiek interesu we wskazywaniu informacji nieprawdziwych (w zakresie danych na poparcie faktu o posiadaniu przez kierownika budowy doświadczenia), a skoro pan M.S. posiadał wymagane doświadczenie, to zastosowanie treści art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp należało uznać za środek nieproporcjonalny, sprzeciwiający się celowi dyrektywy oraz Pzp. Brak jest jakiegokolwiek wpływu zaistniałej nieprawidłowości na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności wpływ ten nie mógłby być w żadnej mierze oceniony jako istotny.

Zamawiający nie uzasadnił w żaden sposób, wykluczając Odwołującego z postępowania kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Dodatkowo, wzięwszy pod uwagę specyficzne okoliczności przedmiotowego postępowania, nie sposób było przyjąć, że Zamawiający został wprowadzony w błąd przez Odwołującego. Informacje zawarte w ofercie Odwołującego nie wprowadziły w błąd Zamawiającego, gdyż Zamawiający poddał je w wątpliwość, zaś Odwołujący wyjaśnił skrupulatnie przyczynę omyłki.

Nawet gdyby jednak przyjąć, że doszło do wprowadzenia w błąd Zamawiającego, to z racji tego, że błąd ten dotyczyć mógł jedynie argumentów na potwierdzenie faktu posiadanego doświadczenia (faktu obiektywnie bezspornego), a nie samego kryterium oceny ofert w postaci posiadanego doświadczenia kierownika budowy, naruszenie to nie mogło być uznane za poważne, a co za tym idzie również w tym przypadku zastosowanie przez Zamawiającego kwestionowanej podstawy wykluczenia byłoby wadliwe.

Odwołujący wskazał na dodatkową sankcję, z którą w razie braku wzruszenia czynności Zamawiającego, będzie musiał się mierzyć. Rygorystyczna postawa Zamawiającego, skutkująca wykluczeniem Odwołującego w postępowaniu do którego zastosowanie miały przepisy starej ustawy z 29 stycznia 2004 r. powodować będzie możliwość wykluczania Odwołującego z postępowań prowadzonych w reżimie ustawy z 11 września 2019 r. , którego to skutku ustawa Prawo zamówień publicznych obowiązująca do dnia 31 grudnia 2020 r. nie przewidywała.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że gdyby Zamawiający mimo dokonanych wyjaśnień, w dalszym ciągu miał wątpliwości co do informacji związanych z doświadczeniem kierownika budowy, powinien był wezwać Odwołującego w trybie art. 26 ust 3 lub 4, względnie w trybie art. 26 ust. 2f Pzp, czego zaniechał dokonując wadliwej czynności.



24 marca 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Z punktu widzenia analizowanej sprawy istotne znaczenie miał fakt, iż Odwołujący w swojej ofercie wskazał, iż kierownikiem budowy będzie p. M.S.

Z informacji pozyskanych przez Zamawiającego wynikało, iż – wbrew twierdzeniu Odwołującego - pan M.S. nie pełnił obowiązków kierownika budowy w dwóch pierwszych z wskazanych w ofercie inwestycji, a z kolei w zadaniu wymienionym w punkcie 3 pełnił jedynie obowiązki kierownika robót drogowych.

W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień Odwołujący w piśmie z 4 lutego 2021 r. potwierdził, iż: „nieumyślnie zostały wprowadzone inne zadania, w których wpisany w ofercie pan M.S. nie pełnił roli kierownika budowy”. Jednocześnie Odwołujący podniósł, że pan M.S. posiadał doświadczenie zawodowe kierownika budowy wymagane w pkt 20 SIWZ. Na potwierdzenie powyższego wymienił zadania, w których ww. osoba miała pełnić funkcję kierownika budowy.

Zamawiający wskazał, że poza sporem pozostawała okoliczność, iż Odwołujący złożył oświadczenie dotyczące posiadanego przez pana M.S. doświadczenia niezgodne z rzeczywistością. Istotne było, że w treści złożonej oferty Odwołujący oświadczył, iż pan M.S. posiadał doświadczenie zawodowe kierownika budowy, które zostało zdobyte podczas realizacji wyszczególnionych w ofercie, konkretnych zadań. Innymi słowy, wbrew twierdzeniom Odwołującego w złożonym oświadczeniu nie tylko potwierdził on fakt posiadania przez ww. osobę wymaganego doświadczenia zawodowego kierownika budowy, ale co więcej - nieodłączoną częścią złożonego oświadczenia były wymienione zadania, w których owo doświadczenie miało zostać przez niego zdobyte, a to pozostawało w sprzeczności z rzeczywistością. Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że na dzień składania ofert spełniał wymagane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, dysponując osobą na stanowisku kierownika budowy, nie miała znaczenia dla sprawy, wobec braku prawidłowego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przed Zamawiającym. Zamawiający swoją decyzję o spełnieniu przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu mógł podjąć tylko i wyłącznie w oparciu o dokumenty i oświadczenia złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Złożenie przez Odwołującego nieprawdziwej informacji co do doświadczenia pana M.S. stanowiło wyraz co najmniej niedbalstwa ze strony Odwołującego.

Zamawiający uznał zatem, iż zachodzą wobec Odwołującego okoliczności opisane w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp skutkujące wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania.

Podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w ofercie nie można było uznać za błąd podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Jednolita w tym zakresie linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej nie pozostawia wątpliwości co do tego, iż możliwość uzupełnienia

dokumentów lub złożenia wyjaśnień w tym trybie w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji jest wyłączona. W konsekwencji Zamawiający ocenił wyłącznie pierwotnie złożone wraz z ofertą dokumenty.

Zupełnie chybiony był zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp przez jego niezastosowanie przez Zamawiającego. Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynikało, iż w wyniku powzięcia przez Zamawiającego wiadomości o tym, że pan M.S. nie był kierownikiem budowy na trzech z czterech wskazanych w ofercie zadaniach, zostało skierowane do Odwołującego wezwanie do wyjaśnienia treści złożonych oświadczeń, co zostało dokonane za pośrednictwem wiadomości e-mail z 3 lutego 2021 roku. Zamawiający wypełnił więc swój obowiązek w tym zakresie, mając na celu uzyskania pewności, że złożone informacje nie odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy, tj. są nieprawdziwe oraz w celu wyjaśnienia, jakie czynniki legły u podstaw złożenia tych informacji w ofercie. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w piśmie z 4 lutego 2021 r. jednoznacznie potwierdziły zaś, że pan M.S. nie pełnił funkcji kierownika budowy na trzech zadaniach, które zostały wyszczególnione w treści niniejszego pisma. Mając na uwadze czynności Zamawiającego podjęte po uzyskaniu tych wyjaśnień należy stwierdzić, że nie wystąpiły wątpliwości, które mogły na tym etapie podlegać dalszemu wyjaśnieniu, dlatego nie można było Zamawiającemu zarzucić zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia jakichkolwiek dalszych wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp.

Zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

1. dokumentacji przedmiotowego postępowania;
2. pisma Przystępującego z 22 stycznia 2021 r.,
3. pisma Zastępcy Prezydenta Miasta Rybnika z 20 stycznia 2021 r.,
4. pisma Przystępującego z 25 stycznia 2021 r.,
5. pisma DTŚ S.A. z 22 stycznia 2021 r.,
6. pisma Powiatowego Zarządu Dróg w Będzinie z 22 stycznia 2021 r.,
7. pisma Zamawiającego z 26 stycznia 2021 r.,
8. pisma Zastępcy Prezydenta Miasta Rybnika z 27 stycznia 2021 r.,
9. pisma Zamawiającego z 26 stycznia 2021 r.,
10. pisma DTŚ S.A. z 28 stycznia 2021 r.,
11. pisma Zamawiającego z 3 lutego 2021 r.,
12. pisma Odwołującego z 4 lutego 2021 r.,
13. pisma Zamawiającego z 10 lutego 2021 r.

16 marca 2021 r. Przystępujący ustosunkował się pisemnie do zarzutów odwołania i wskazał m. in.:

Odwołujący w złożonej ofercie w rażący sposób naruszył przepisy Pzp, dopuszczając się przekazania całkowicie nieprawdziwych informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, co mogło mieć bardzo istotny wpływ na przebieg przedmiotowego postępowania. W ocenie Przystępującego bez znaczenia było czy Odwołujący działał w sposób zamierzony (art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp) czy też w sposób lekkomyślny lub niedbały (art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp) gdyż fakt, że przekazał w złożonej ofercie informacje całkowicie niezgodne z prawdą był bezsporny. Odwołujący potwierdził fakt złożenia nieprawdziwych informacji Zamawiającemu czego naturalną i oczywistą konsekwencją było wykluczenie Odwołującego z postępowania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

W przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed 1 stycznia 2021 r., stosownie do art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) zastosowanie znajdują przepisy ustawy nPzp.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy z dn. 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwana dalej nPzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego. Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Z. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo Budowlana FIL-BUD Z. Z. z siedzibą w Katowicach zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

W punkcie 20 SIWZ Zamawiający określił następujące kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty:

1. Cena - waga 60%,
2. Doświadczenie kierownika budowy - waga 15%,
3. Okres gwarancji - waga 20%.

Zamawiający wskazał ponadto:

„Doświadczenie Kierownika Budowy będzie punktowane w zależności od liczby zadań obejmujących budowę lub przebudowę drogi (ulicy) min. klasy D, o długości nie mniejszej niż 0,5 km przy realizacji których pełnił obowiązki kierownika budowy:

1. Pełnienie obowiązków kierownika budowy przy realizacji jednego zadania: L = 1.
2. Pełnienie obowiązków kierownika budowy przy realizacji dwóch zadań: L = 2.
3. Pełnienie obowiązków kierownika budowy przy realizacji trzech lub więcej zadań: L = 3.

Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów. Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów”.

Informacje na temat punktowanego w ramach ww. kryterium doświadczenia kierownika budowy wykonawcy biorący udział w postępowaniu wskazać mieli w formularzu oferty. Odwołujący w swojej ofercie podał następujące informacje:

„Oświadczam(am), że, kierownikiem budowy będzie:

Pan(i): M.S., który(a) posiada doświadczenie zawodowe przy realizacji następujących zadań obejmujących budowę lub przebudowę drogi (ulicy) min. klasy D, o długości nie mniejszej niż 0,5 km przy realizacji, których pełnił (a) obowiązki kierownika budowy:

I.

1. Nazwa zadania: „Zadanie nr 2 - pn. Budowa drogi Śródmiejskiej na odcinku od ul. Obwiednia Południowa w Rybniku do węzła Śródmiejskiego”,
2. Nazwa i adres Zamawiającego: URZĄD MIASTA RYBNIKA ul. Bolesława Chrobrego 2, 44-200 Rybnik,
3. Klasa techniczna drogi: Z,
4. Długość drogi: 0,86 km.

II.

1. Nazwa zadania: „Zadanie nr 1 - pn. Budowa regionalnej drogi Racibórz-Pszczyna etap I do IV: km 0,0+000 do 10+221 w Rybniku i Zorach”,

2. Nazwa i adres Zamawiającego: URZĄD MIASTA RYBNIKA ul. Bolesława Chrobrego 2, 44-200 Rybnik,
3. Klasa techniczna drogi: G,
4. Długość drogi: 10,22 km.

III.

1. Nazwa zadania: „Budowa drogi publicznej Drogowej Trasy Średnicowej. Część „Zachód” od km 5+320,00 dc 8+119,85. Odcinek G1 w Gliwicach,
2. Nazwa i adres Zamawiającego: Drogowa Trasa Średnicowa S.A. ul. Mieszka I nr 10, 40-877 Katowice,
3. Klasa techniczna drogi: GP,
4. Długość drogi: 2,8 km.

IV.

1. Nazwa zadania: : „Przebudowa ciągu drogi powiatowej 4700 S - ulica Jana III Sobieskiego w Wojkowicach - Etap I”,
2. Nazwa i adres Zamawiającego: Powiat Będziński, ul Sączewskiego 6, 42-500 Będzin, woj. śląskie,
3. Klasa techniczna drogi: Z,
4. Długość drogi: 643 m”.

Po upływie terminu składania ofert Zamawiający otrzymał informacje wraz z korespondencją pochodzącą od inwestorów zadań I - III wskazanych w formularzu oferty Odwołującego, z których wynikało, że Odwołujący mógł posłużyć się nieprawdziwymi informacjami dotyczącymi doświadczenia pana M.S. W konsekwencji, 26 stycznia 2021 r. Zamawiający zwrócił się do Urzędu Miasta Rybnika (zadania I i II z formularza oferty Odwołującego) oraz do Drogowej Trasy Średnicowej S.A. z siedzibą w Katowicach (zadanie III) z pytaniem, czy pan M.S. rzeczywiście pełnił funkcję kierownika budowy.

W odpowiedzi, 27 stycznia 2021 r. Urząd Miasta Rybnika zaprzeczył, by pan M.S. pełnił ww. funkcję, natomiast Drogowa Trasa Średnicowa S.A. 28 stycznia 2021 r. wskazała, że pan M.S. pełnił funkcję kierownika robót drogowych, natomiast kierownikami budowy były dwie, inne osoby.

3 lutego 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp zwrócił się do Odwołującego z prośbą o złożenie wyjaśnień treści złożonej oferty dotyczącej doświadczenia zawodowego kierownika budowy:

„W złożonej ofercie wskazali Państwo, że Pan M.S. pełnił obowiązki kierownika budowy w następujących zadaniach: (...).

Zamawiający wszedł w posiadanie dokumentów, z których wynika, że Pan M.S. nie pełnił obowiązków kierownika budowy w dwóch pierwszych ww. inwestycjach, a w zadaniu wymienionym w punkcie 3 pełnił jedynie obowiązki kierownika robót drogowych.

W zaistniałej sytuacji zamawiający jest zobowiązany zbadać czy ewentualne wprowadzenie w błąd przez Wykonawcę ma charakter umyślny czy nieumyślny, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) celem podjęcia dalszych kroków prawnych”.

W odpowiedzi 4 lutego 2021 r. Odwołujący wskazał: „Wykonawca pragnie poinformować, iż nieumyślnie zostały wprowadzone inne zadania, w których wpisany w ofercie Pan M.S. nie pełnił roli kierownika budowy. Jednakże posiada doświadczenie zawodowe kierownika budowy wymagane w pkt. 20 SIWZ tj. pełnienie obowiązków kierownika budowy przy realizacji trzech lub więcej zadań w celu uzyskania maksymalnej ilości punktów w kryterium Doświadczenie zawodowe kierownika”. Odwołujący wyjaśnił ponadto, że pan M.S. pełnił funkcję kierownika budowy w następujących zadaniach obejmujących budowę lub przebudowę drogi (ulicy) min. klasy D, o długości nie mniejszej niż 0,5 km:

1. Przebudowa ciągu drogi powiatowej 4700 S - ulica Jana III Sobieskiego w Wojkowicach - Etap I (Zamawiający - Powiat Będziński),
2. Przebudowa ulicy Wyszyńskiego w Tarnowskich Górach od ulicy Gliwickiej do ulicy Obwodowej (Zamawiający - Zarząd Dróg Powiatowych w Tarnowskich Górach),
3. Przebudowa ul. Poprzecznej i ul. Teligi w Kłobucku (Zamawiający Gmina Kłobuck),
4. Przebudowa drogi gminnej dojazdowej do gruntów rolnych - ul. Rolna w Łągiewnikach Wielkich (Zamawiający - Gmina Pawonków),
5. Przebudowa drogi powiatowej Nr 3804 S na odcinku Myszków ul. Pińczyka do m. Stara Huta ul. Myszkowska - dl.2 271,0m (Zamawiający - Powiatowy Zarząd Dróg w Myszkowie z siedzibą w Zarkach),
6. Budowa ulicy Lokalnej w Pyskowicach (Zamawiający - Gmina Pyskowice).

10 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. W uzasadnieniu dokonanej wobec Odwołującego czynności Zamawiający wskazał: „Wykonawca na wezwanie z dnia 03.02.2021 r. w udzielonej odpowiedzi z dnia 04.02.2021 r. poinformował o nieumyślnym wprowadzeniu zamawiającego w błąd w zakresie kryterium - doświadczenie zawodowe kierownika budowy”.

W ocenie Izby wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp było prawidłowe i uzasadnione.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia 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.

Okolicznością niesporną między stronami i uczestnikiem było podanie przez Odwołującego w formularzu oferty nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia zawodowego pana M.S. Podkreślenia przy tym wymaga, że treść wyjaśnień złożonych przez Odwołującego 4 lutego 2021 r. w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, wskazuje na nieumyślny błąd Odwołującego. Tym samym spełniona została pierwsza z przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp – przedstawienie nieprawdziwych informacji w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

W ocenie Izby oczywistym, na gruncie ustalonego stanu faktycznego jest, że ww. informacje wprowadzały w błąd Zamawiającego i mogły mieć istotny wpływ na jego decyzje w postępowaniu. Gdyby Zamawiający nie zweryfikował informacji dotyczących doświadczenia zawodowego pana M.S. jest wysoce prawdopodobne, że uznałby zestawienie ujęte w formularzu ofertowym Odwołującego za prawdziwe, co z kolei skutkowało mogło przyznaniem ofercie Odwołującego maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium doświadczenia zawodowego kierownika. Powyższe przeczy stanowisku Odwołującego, który twierdził, że wskazanie przez niego nieprawdziwych informacji nie miało i nie mogło mieć wpływu na przebieg postępowania, a wykluczenie go z postępowania było sankcją rażąco niewspółmierną.

Argumentacja Odwołującego związana z kwestią spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu nie ma związku ze sprawą. Podstawą wykluczenia było podanie nieprawdziwych informacji dotyczących kierownika budowy. Warunki udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym personelu SIWZ dotyczyły m. in. dysponowania odpowiednio wykwalifikowanym personelem, w tym kierownikiem budowy i kierownikami robót branżowych. Zgodnie z punktem 11.3 SIWZ wykaz ww. osób wykonawcy mieli złożyć na wezwanie Zamawiającego (na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp). Do czasu wykluczenia z postępowania Odwołujący nie został wezwany do złożenia wykazu osób (Załącznik nr 9 do SIWZ) ani żadnego innego dokumentu mającego służyć weryfikacji spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wykluczył zatem Odwołującego w związku z niewykazaniem przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Twierdzenie Odwołującego, że pan M.S. obiektywnie dysponuje stosownym doświadczeniem również nie miało znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. To Odwołujący odpowiada za treść

złożonej oferty oraz informacje przekazane Zamawiającemu. Nie ma wątpliwości, że informacje o doświadczeniu pana M.S. zawarte w formularzu oferty Odwołującego były nieprawdziwe, a to te informacje podlegały ocenie w ramach kryterium oceny ofert. Zadaniem Zamawiającego nie było dążenie (w interesie Odwołującego) do samodzielnego ustalenia prawdy obiektywnej dotyczącej określonych okoliczności. Poza wyjątkami przewidzianymi w ustawie, Zamawiający bazuje na informacjach przekazywanych przez wykonawców. Zamawiający otrzymał od Odwołującego informacje nieprawdziwe, mogące go wprowadzić w błąd, stąd był zobligowany wykluczyć Odwołującego. Rzeczywiste doświadczenie pana M.S. nie ma zatem znaczenia w obliczu faktu, że Odwołujący nie zobrazował go w prawidłowy, tj. odpowiadający prawdzie sposób.

Informacje dotyczące doświadczenia kierownika podlegały ocenie w ramach jednego z kryteriów oceny oferty. Nie było zatem możliwości ich zmiany lub poprawy w drodze wyjaśnień. Odwołujący mógł zapobiec wykluczeniu z postępowania w jeden tylko sposób – tj. zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp samodzielnie przyznając się Zamawiającemu do przekazania mu nieprawidłowych informacji, zanim fakt ten odkrył Zamawiający. Odwołujący jednak tego nie zrobił, a wyjaśnienia złożył dopiero wezwany przez Zamawiającego. W konsekwencji za nieprawidłowe należało uznać stanowisko Odwołującego, który wskazał, że Zamawiający powinien w tej sytuacji co najwyżej obniżyć punktację oferty.

W zakresie zarzutu nr 4, tj. zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez nieprawidłowe sporządzenie uzasadnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania Izba wskazuje, że o ile przedmiotowe uzasadnienie było bardzo zwięzłe to zawierało wszystkie, niezbędne informacje. Zamawiający jednoznacznie wskazał podstawę prawną wykluczenia Odwołującego, określił również podstawę faktyczną – zawarte w wyjaśnieniach Odwołującego z 4 lutego 2021 r. przyznaniu się do nieumyślnego wprowadzenia Zamawiającego w błąd. W konsekwencji Odwołujący został w wyjątkowo oszczędny, ale jasny sposób poinformowany, co do przyczyn dla których został wykluczony z postępowania.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania w zakresie objętym zarzutami odwołania, w tym korespondencji objętej wnioskiem dowodowym Zamawiającego.

Izba uznała za nieprzydatne dowody złożone przez Odwołującego w toku rozprawy, tj. dokumenty potwierdzające doświadczenie pana M.S. w zakresie zadań wymienionych w treści wyjaśnień Odwołującego z 4 lutego 2021 r. Dowody te dotyczyły okoliczności, które były irrelewantne dla rozstrzygnięcia.



Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w związku z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

.....