

Sygn. akt: KIO 759/21

WYROK

z dnia 13 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w 9 marca 2021 r. przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Eksametr Sp. z o.o. (Lider); 2) Miliarium Sp. z o.o. (Partner), ul. Kilińskiego 25, 05-075 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera: ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Skarżyski reprezentowany przez Zarząd Dróg Powiatowych, ul. Konarskiego 20, 26-110 Skarżysko-Kamienna**

przy udziale wykonawcy **P. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Budownictwo Inżynieryjne „P-O MOST” P. Odwołujący, Poświętne, ul. Pułtуска 28, 09-100 Płońsk** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum Firm: 1) Eksametr Sp. z o.o. (Lider); 2) Miliarium Sp. z o.o. (Partner), ul. Kilińskiego 25, 05-075 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera: ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Eksametr Sp. z o.o. (Lider); 2) Miliarium Sp. z o.o. (Partner), ul. Kilińskiego 25, 05-075 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera: ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. 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:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Pełnienie nadzoru inwestorskiego na zadaniu: Rozbudowa układu komunikacyjnego wraz z budową wiaduktu nad torami kolejowymi w Skarżysku-Kamiennej w ramach zadania: „Budowa zintegrowanego systemu komunikacyjnego obejmującego wykonanie przebudowy istniejącego układu komunikacyjnego wraz z budową obiektu w celu przekroczenia linii kolejowej nr 8 Warszawa - Kraków i skomunikowania Osiedla Dolna Kamienna z Osiedlem Przydworcowym w Skarżysku-Kamiennej” części I. Oznaczenie sprawy: ZDP.272.11.2020; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 610578-N-2020, data zamieszczenia 16.11.2020 r. przez: Powiat Skarżyski reprezentowany przez Zarząd Dróg Powiatowych, ul. Konarskiego 20, 26-110 Skarżysko-Kamienna zwaną dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., zwanej dalej: „Pzp”).*

W dniu 04.03.2021 r. (e-mailem) /08.03.2021 r. sprostował/ Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w cz.1: P. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Budownictwo Inżynieryjne „P-O MOST” P. O., Poświętne ul. Pułtуска 28, 09-100 Płońsk zwany dalej: „P-O MOST” P. O.” albo „P-O MOST” albo „Przystępującym”. Dodatkowo poinformował o wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust.1 pkt 17 Pzp - Konsorcjum Firm: 1) Eksametr Sp. z o.o. (Lider); 2) Miliarium Sp. z o.o. (Partner), ul. Kilińskiego 25, 05-075 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera: ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa zwanej dalej: „Konsorcjum Eksametr” albo „Odwołującym”. Stwierdził: *„Wykonawca został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust, 1 pkt 17 ustawy. Przepis ten stanowi, że z postępowania 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.*

Ponowna weryfikacja informacji podanych w załączniku nr 7/1 oraz wyjaśnienia Wykonawcy złożone na wezwanie Zamawiającego potwierdziły, że ziściły się wszystkie przesłanki uzasadniające wykluczenie wykonawcy na podstawie powyższego przepisu.

Dokonując po raz pierwszy oceny ofert w kryterium "Doświadczenie inspektora nadzoru" Zamawiający przyznał Wykonawcy 40 punktów (za cztery zadania) zgodnie z Informacją o wyborze oferty przesłaną wykonawcom w dniu 31.12.2020 r. 1

W rzeczonym załączniku Wykonawca wskazał Pana P. G. jak osobę skierowaną do realizacji zamówienia, który zgodnie z przedstawionymi informacjami na każdym z czterech zadań pełnił funkcję inspektora nadzoru robót branży mostowej.

W trakcie postępowania odwoławczego pełnomocnik Wykonawcy O. Z., która przystąpiła do postępowania odwoławczego przedłożył Zaświadczenie Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 22.01.2021 r, z którego wynikało, że Pan P. G. na zadaniu pn.: „Budowa drogi ekspresowej S-2 odcinek Konotopa - Puławska wraz z budową łącznika z MPL Okęcie i ul. Marynarską (S-79) w Warszawie. Etap II/1: Droga ekspresowa S-79 na odcinku od węzła Lotnisko do węzła Marynarska. Etap II/2: Droga ekspresowa S-2 na odcinku węzeł Lotnisko - węzeł Puławska” (ciot. zadania wskazanego w poz. 4 załącznika 7/1) nie pełnił funkcji inspektora nadzoru robót mostowych.

Dokonując ponownej oceny ofert wykonawca wezwany do złożenia w tej sprawie wyjaśnień potwierdził, że Pan P. G. nie był inspektorem nadzoru na zadaniu wskazanym w poz. nr 4. Jednocześnie składając wyjaśnienia Wykonawca poinformował, że P. G. nie pełnił także funkcji inspektora nadzoru na zadaniu wskazanym w poz. 1.

Nazwa zadania wskazanego w poz. 1 brzmiała "Budowa połączenia kolejowego MPL Kraków-Balice, odcinek Kraków Główny - Mydlniki - Balice", a podmiotem na rzecz którego Pan P. G. pełnił funkcje inspektora branży mostowej była PKP PLK S.A.

Nazwa zadania, wskazanego w poz. 4 brzmiała: "Budowa drogi ekspresowej S2 odc. Konotopa Puławska wraz z budową łącznika z PML Okęcie - węzeł Marynarska", a podmiotem na rzecz którego Pan P. G. pełnił funkcję inspektora nadzoru branży mostowej była generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Warszawa.

W pierwszych złożonych wyjaśnieniach z dnia 11.02.2021 r. Wykonawca poinformował Zamawiającego, że Pan P. G. w rzeczywistości, na zadaniach wskazanych w poz. 1 i 4 pełnił funkcję kierownika robót, a nie jak podał omyłkowo w treści oferty funkcję inspektora nadzoru. Cytując Wykonawcę "Niniejsza omyłka, spowodowana była jedynie nieuwagą pracownika Wykonawców, który wiedząc, że wypełnia oświadczenie dotyczące osoby P. G. - przyszłego inspektora nadzoru "z automatu" wpisał do tabelki tę funkcję, mimo że pan G. w rzeczywistości pełnił na kontraktach wskazanych w ofercie pod numerami 1 i 4 funkcję kierownika robót. Nie było zamiarem wykonawców składanie nieprawdziwych oświadczeń czy wprowadzanie Zamawiającego w błąd".

Na potwierdzenie pełnienia przez P. G. na w/w zadaniach funkcji kierownika robót Wykonawca wraz z wyjaśnieniami z dnia 11.02.2021 r. przedłożył referencje od innych podmiotów niż wskazane w załączniku nr 7/1.

Z treści tych dokumentów oraz uzupełniających wyjaśnień Wykonawcy z dnia 16.02.2021 r. wynikało, że P. G. pełnił funkcję kierownika robót na rzecz wykonawcy firmy Astaldi S.p.a. odnośnie zadania wskazanego w poz. 1 załącznika 7/1 oraz na rzecz podwykonawcy firmy IMB Podbeskidzie sp. o.o. odnośnie zadania wskazanego w poz. 4 załącznika 7/1.

Wobec wystąpienia opisanych wyżej okoliczności Zamawiający wyjaśnia, że składany wraz z ofertą załącznik nr 7/1 stanowił treść oferty i nie podlegał procedurze uzupełnienia, w tym także wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. O braku możliwości uzupełniania załącznika w tym trybie Zamawiający pouczył Wykonawców w SIWZ pkt 14.2.2.

Ustawodawca instytucję wyjaśnienia treści oferty przewidział tylko w art. 87 ust. 1 ustawy zgodnie z którym w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zgodnie z ust. 2 Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
 - 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
 - 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty
- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W analizowanym przypadku nie wystąpiła żadna z omyłek uprawniająca zamawiającego do poprawy" załącznika nr 7/1. Zamawiający zażądał od Wykonawcy złożenia wyjaśnień nie dlatego że oceniając pierwotnie doświadczenie Pana P. G. miał wątpliwość iż pełnił on na zadaniach wskazanych w poz. 1 i 4 funkcje inspektora nadzoru, ale dlatego że ta informacja okazała się nieprawdziwa.

Pomimo, iż Zamawiający w pkt 14.2.2 SIWZ dopuścił wykazanie się doświadczeniem przyszłego inspektora nadzoru także w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót to gdyby nawet Pan P. G. był kierownikiem robót na wskazanych w poz. 1 i 4 zadaniach Zamawiający nie może na podstawie złożonych wyjaśnień dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli. Trzeba bowiem pamiętać, że w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień wykonawca może jedynie uszczegóławiać informacje pierwotnie podane w ofercie. Nie ma natomiast prawa uzupełniać czy w sposób niedozwolony zmieniać oferty, zwłaszcza w zakresie informacji poddawanych ocenie w ramach kryterium. Orzeczenie KIO w wyroku z 19 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO 638/17) wskazało, że - co do zasady - informacje zawarte w ofertach wykonawców

i oceniane w kryteriach oceny ofert nie podlegają uzupełnieniu i modyfikacji po upływie terminu na składanie ofert.

Skoro zatem potwierdziło się, że Wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje tym samym wprowadzając Zamawiającego w błąd potwierdziła się pierwsza przesłanka określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy skutkująca wykluczeniem Wykonawcy z postępowania.

Druga z przesłanek wykluczenia Wykonawcy z postępowania zawarta w normie powyższego przepisu wskazuje, że wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji jest wynikiem niedbalstwa lub lekkomyślności.

Zgodnie z przyjętym orzecnictwem z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Lekkomyślność natomiast występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie.

Oceniając możliwość wykazania wykonawcy niedbalstwa czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji, należy mieć na uwadze art. 355 § 1 kc, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Podkreślić należy, że pojęcie należytej staranności implikuje element działania, podejmowania pewnych czynności, jakich można się spodziewać od uczestnika obrotu profesjonalnego.

W niniejszej sprawie Wykonawca jak sam podkreślił w wyjaśnieniach z dnia 11.02.2021 r. nie dochował należytej staranności przy wypełnianiu formularzy więc nie ulega wątpliwości, że podanie przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji nastąpiło w wyniku

niedbalstwa. Spełniła się zatem druga przesłanka wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Trzecia z przesłanek zawarta w powyższym przepisie skutkująca wykluczeniem Wykonawcy z postępowania stanowi, że przedstawione przez Wykonawcę informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Istotność wpływu na decyzje Zamawiającego polega na tym, że Wykonawca podając nieprawdziwe informacje uzyskuje w przypadku kryteriów oceny ofert niesłusznie wyższą punktację co daje mu możliwość uzyskania zamówienia. Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Wykonawca początkowo otrzymał 40 punktów, a jak wynika z powyższych rozważań powinien otrzymać 20. Uzyskując 40 punktów, gdyby nie wyszło na jaw, że w poz. 1 i 4 wykazu podał nieprawdziwe informacje, to po odrzuceniu, oferty O. Z., zająłby najwyższą pozycję na liście rankingowej tym samym uzyskując możliwość uzyskania zamówienia.”

W dniu 09.03.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP) Konsorcjum Eksametr wniosła odwołanie na czynności z 04.03.2021 r.(sprostowaną 08.03.2021 r.) w zakresie cz. 1. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz 91 ust. 1 Pzp poprzez wykluczenie Odwołujących z postępowania o udzielenie zamówienia mimo iż wobec Odwołujących nie zaistniały jakiegokolwiek przesłanki do wykluczenia oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołujących mimo iż była ona najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, jak również poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

2) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz 91 ust. 1 Pzp poprzez uznanie za najkorzystniejszą i dokonanie wyboru oferty złożonej przez P. O., mimo iż Wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na to, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił on w ofercie informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak również mimo że oferta tego Wykonawcy nie powinna uzyskać 30 pkt w kryterium oceny ofert dysponowania „Inspektorem nadzoru robót mostowych - Kierownikiem Zespołu Nadzoru Inwestorskiego”. Wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru

oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia dokonania tej czynności.

W pkt 5.2.3 SIWZ Zamawiający doprecyzował warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych poprzez określenie wymogów dotyczących osób skierowanych do realizacji zamówienia tj. *„Inspektor nadzoru robót mostowych - Kierownika Zespołu Nadzoru Inwestorskiego”*. Warunek uznany zostanie za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże dysponowanie osobami, skierowanymi do realizacji zamówienia, uprawnionymi do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, tj. inspektorem nadzoru inwestorskiego posiadającym:

a. uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi określone ustawą z dnia 7 lipca 1994 - Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1333) w specjalności inżynierskiej mostowej bez ograniczeń oraz;

b. doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika robót przy realizacji zadania polegającego na budowie, odbudowie lub rozbudowie mostu, wiaduktu lub estakady o długości całkowitej między podporami skrajnymi min. 50 m i wartości tych robót min. 10 000 000,00 zł brutto, wykonanego (zakończonego) nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Jednocześnie, w pkt 14.2.2 SIWZ, Zamawiający określił, iż jednym z kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej będzie doświadczenie posiadane przez osobę mającą wykonywać funkcję *„Inspektora nadzoru robót mostowych - Kierownika Zespołu Nadzoru Inwestorskiego”*. Zamawiający wskazał, że: *„za doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika robót przy realizacji zadania polegającego na budowie, odbudowie lub rozbudowie mostu, wiaduktu lub estakady o długości całkowitej między podporami skrajnymi min. 50 m, wykonanego (zakończonego) nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (poza zadaniem, które zostanie wykazane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.2) wykonawca otrzyma: 10 pkt- za 1 zadanie, 20 pkt - za 2 zadania, 30 pkt - za 3 zadania, 40 pkt - za 4 i więcej zadań”*.

W celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osoby Inspektora nadzoru robót mostowych - Kierownika Zespołu Nadzoru Inwestorskiego oraz - zarazem - w celu uzyskania punktów w ramach oceny spełniania kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej dotyczącego osoby Inspektora nadzoru robót drogowych Odwołujący wskazali osobę p. P. G., który posiada doświadczenie wskazane w SIWZ (5.2.3 i 14.2.2) nabyte na czterech różnych inwestycjach. Pełnił on funkcję kierownika robót (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, tj. uczestnika procesu budowlanego w rozumieniu tej ustawy) na kontraktach wskazanych w ofercie pod nr 1 i 4 tj. wykonywanych na rzecz

PKP PLK S.A. (budowa połączenia kolejowego w Krakowie) oraz na rzecz GDDKiA Oddział w Warszawie (budowa drogi ekspresowej S2).

Wskazał, że przypadkowo, pracownik Odwoływających sporządzający ofertę, zasugerował się, iż pan P. G. w niniejszym zamówieniu, w przypadku jego pozyskania przez Odwoływających, skierowany zostanie, zgodnie z SIWZ, do sprawowania funkcji inspektora nadzoru robót mostowych - kierownika zespołu nadzoru inwestorskiego, niejako „z rozpędu” wpisał w tabeli w ofercie informację, że P. G. wykonywał na tych budowach funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego. Niemniej, oświadczenie to - w zakresie w jakim odnosi się ono do spełniania przez Odwoływających wymogów z punktów 5.2.3 i 14.2.2 SIWZ - w dalszym ciągu pozostało prawdziwe, potwierdzało ono że P. G. nabył doświadczenie wymagane przez Zamawiającego w SIWZ w stopniu uprawniającym Odwoływających do uzyskania kompletu 40 pkt w kryterium oceny ofert odnoszącym się do inspektora nadzoru robót mostowych. Zamawiający po powzięciu informacji od jednego z wykonawców (którego oferta została pierwotnie uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą i wybrana, a które to rozstrzygnięcie zostało uchylone na skutek wyroku Izby z 05.02.2021 r. KIO 82/21), o tym, iż na budowach wskazanych w ofercie przez Odwoływającego pod numerami 1 i 4 pan G. nie sprawował funkcji inspektora nadzoru, wezwał Odwoływających do złożenia w tym zakresie wyjaśnień. Odwoływający złożyli w terminie stosowne pismo ze wskazaniem zaistniałej pomyłki, wskazali że pan P. G. pełnił na obu ww. zadaniach funkcję kierownika robót oraz przedłożyli na tę okoliczność nie budzące wątpliwości dowody m. in. dzienniki budowy zawierające wpisy dokonywane przez P. G. jako kierownika robót oraz referencje pochodzące od wykonawców tych inwestycji, u których pan G. był zatrudniony. Na skutek kolejnego wezwania, Odwoływający złożyli wyjaśnienia potwierdzające iż obie ww. inwestycje na który di pracował pan G. spełniają wymogi Zamawiającego co do parametrów budowanych obiektów. Mimo powyższego, Zamawiający w dniu 04.03.2021 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w ramach której to czynności wykluczył on Odwoływających z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Czynność ta narusza ww. przepis albowiem w niniejszym postępowaniu nie zaistniał wobec Odwoływających stan faktyczny wskazany w tym przepisie. Całokształt działań Zamawiającego w tym postępowaniu uzasadnia niestety również tezę, iż naruszył on, przewidziany w art. 7 Pzp, nakaz równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasady zachowania uczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp Zamawiający wyklucza z postępowania 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. Ocena, czy

w rozpoznawanej sprawie wystąpiły okoliczności obligujące zamawiającego do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wymaga ustalenia:

- a) czy przystępujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego,
- b) czy informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- c) czy przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Odpowiedź na wszystkie trzy powyższe pytania jest negatywna. Informacja przedstawiona przez Odwoływających, iż pan G. pełnił funkcję inspektora nadzoru, nie zaś, jak było w rzeczywistości, funkcję kierownika budowy w ogóle nie stanowi błędu w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Pomyłka ta wywołuje bowiem żadnych skutków prawnych, w szczególności nie powoduje zaistnienia jakiegokolwiek podstawy do wykluczenia Wykonawców, odrzucenia ich oferty czy też przyznania innej, niż przyznana poprzednio, ilości punktów w kryterium doświadczenie inspektora nadzoru. Zamawiający bowiem dopuścił wykazanie przez wykonawcę doświadczenia osoby przyszłego inspektora, zarówno przy warunku udziału w postępowaniu (pkt 5.2 SIWZ), jak i w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert (pkt 14.2.2 SIWZ), doświadczeniem nabytym pełniąc zarówno funkcję inspektora nadzoru jak i kierownika budowy oraz kierownika robót. Powoduje to, iż informacja Odwoływających w sposób obiektywny w ogóle nie może stanowić błędu w rozumieniu ww. przepisu. Oświadczenie Odwoływających odwołujące się do doświadczenia pana G. zarówno przed jak i po sprostowaniu, pozostaje prawdziwe, gdyż potwierdza on że pan P. G. posiada doświadczenie określone przez Zamawiającego w 5.2.3 i 14.2.2 SIWZ. „Wprowadzeniem w błąd” w rozumieniu ustawy jest bowiem działaniem wykonawcy polegające na przekazaniu zamawiającemu informacji nieprawdziwych, niezgodnych z rzeczywistym stanem faktycznym, a których podanie pozwala wprowadzającemu w błąd uzyskać z tego faktu określoną korzyść. Taka informacją jest - przykładowo - oświadczenie zawarte w ofercie Wykonawcę P. O., o czym szerzej w uzasadnieniu zarzutu następnego. Immanentną cechą informacji wprowadzającej w błąd jest bowiem sytuacja w której na skutek złożenia takiego błędnego oświadczenia wykonawca uzyskuje konkretną korzyść np. unika wykluczenia, uzyskuje dodatkowe punkty w kryterium oceny ofert itd. Oświadczenie, które choć zawiera w sobie element niezgodności ze stanem faktycznym, ale które pozostaje bez żadnego wpływu na sytuację wykonawcy, z samej swej istoty nie jest oświadczeniem wprowadzającym w błąd. Przykładowo, wprowadzeniem w błąd byłoby podanie przez Odwoływających nieprawdziwych parametrów technicznych obiektów budowanych z udziałem pana G. w taki sposób że „pozwoliłoby to” uzyskać Odwoływającym dodatkowe punkty, których nie zyskaliby oni gdyby wskazali rzeczywiste parametry. Przykładowo - nie byłaby jednak błędną informacją, iż pan G. funkcję kierownika robót w ramach tej budowy pełnił będąc zatrudniony u

generalnego wykonawcy, choć w rzeczywistości umowa o pracę łączyła go z podwykonawcą. Ta ostatnia rozbieżność nie miałaby bowiem żadnego wpływu na test „0-1” spełniania wymogu dotyczącego doświadczenia. Przywołał wyrok z 07.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2222/17), jak i wyrok SO w Katowicach z 11.04.2013 r., XIX Ga 179/13. Stwierdził również, że do instytucji wykluczenia wykonawcy podającego nieścisłe informacje nie mające wpływu na wynik postępowania i ratio legis tej regulacji, odniósł się w dłuższym wywodzie (zachowującym aktualność po zmianie treści przepisu) SO w Warszawie w wyroku z 19.07.2012 r., sygn. akt: IV Ca 683/12). Wskazał nadto, za wyrokiem KIO z 3 listopada 2020 r. (KIO 2552/20), iż Wykonawca (i przystępujący do postępowania odwoławczego) zadeklarował w ofercie, iż posiada doświadczenie określone przez Zamawiającego w SIWZ, wskazując wykonanie określonych robót budowlanych. W toku postępowania wyszło na jaw, iż konkretne daty wykonania tych robót różnią się od rzeczywistych, a roboty te były wykonywane na rzecz innych podmiotów niż wskazane w ofercie. W dalszym ciągu jednak, mimo podania tych formalnie błędnych informacji, a następnie ich sprostowania, oferent spełniał warunek udziału w postępowaniu. Izba uznała, że wykluczenie tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp było niezasadne. W uzasadnieniu tego wyroku Izba bardzo trafnie wskazała, iż *„spełnieniem powyższego warunku udziału w postępowaniu było zadeklarowanie faktycznego zdobycia wiedzy i doświadczenia uzyskanego w ramach wykonania umowy”*. Zatem test prawdziwości (tj. braku błędów) oświadczeń oferenta powinien dokonywać się na płaszczyźnie zbadania zgodności jego deklaracji, że spełnia on określony wymóg zamawiającego, zaś poszczególne elementy składowe stanu faktycznego wskazanego w tym oświadczeniu (jak w tamtej sprawie osoba inwestora, a w mniejszej konkretna funkcja na budowie) mogą być prostowane na etapie wyjaśnień, jeżeli wskazane zostały niewłaściwe, lecz ich sprostowanie nie zmienia okoliczności spełniania w dalszym ciągu wymogu zamawiającego.

Uważa, że odpowiedź na pytanie czy informacje o tym że pan G. był inspektorem, a nie kierownikiem, mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zasadzie zawarta jest w tezach dotyczących możliwości kwalifikacji zawartej w ofercie Odwołujących rozbieżności jako błędu. Brak możliwości takiej kwalifikacji przesądza więc również negatywna odpowiedź na to pytanie. Niemniej, nawet przy potraktowaniu rzeczony nieścisłości jako błędu (w rozumieniu ustawy) - a co byłoby niezasadne - podkreślenia wymaga, iż podanie tej informacji nie miało absolutnie żadnego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego. W sytuacji takiej jak ta należy przeprowadzić symulację dwóch scenariuszy: tego w którym podano *„błędną”* informację (a której to pomyłki nie wykryto) i tego w którym oświadczone w pełni zgodnie ze stanem faktycznym, a następnie porównać czy, a jeśli tak, to w jaki sposób wpłynęłoby to na pozycję wykonawcy w danym postępowaniu. Należy

absolutnie podkreślić, iż Odwołujący tak w przypadku uniknięcia ww. pomyłki jak w sytuacji braku zauważenia jej, jak również w scenariuszu który zaistniał faktycznie, powinni zostać przez Zamawiającego potraktowani dokładnie tali samo: w obu przypadkach powinni otrzymać komplet 40 punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert dotyczącym inspektora nadzoru robót mostowych i co oczywiste winni zostać uznani za spełniających warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do tego doświadczenia. Powyższe jest pochodną złożenia przez Odwołujących wyjaśnień, w których sprostowali oni treść oferty. Zwrócenie się przez Zamawiającego o złożenie wyjaśnień w zakresie warunków udziału w postępowaniu było możliwe - a wręcz obligatoryjne - na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp; w odniesieniu zaś do kryterium oceny ofert dotyczącym inspektora nadzoru robót mostowych - na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Zgodnie z ust. 2 pkt 3 tego artykułu, Zamawiający ma obowiązek poprawić w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Wiedzę o zaistnieniu takich omyłek zamawiający czerpie zarówno z samej treści oferty jak i z wyjaśnień wykonawcy złożonych stosownie do art. 87 ust. 1 Pzp. Przywołał wyrok z 03.01.2019 r., sygn. akt: KIO 2569/18. Zatem, fakt, iż Zamawiający dowiedział się o tym, że pan G. pełnił funkcję kierownika budowy, nie zaś inspektora nadzoru, z wyjaśnień nie dyskwalifikuje możliwości dokonania sprostowania treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Obowiązek Zamawiającego poprawienia treści oferty odnosi się również do informacji podlegających ocenie w kryteriach oceny ofert. Wskazał na wyrok KIO z 20.09.2020 r., sygn. akt: KIO 2084/20. Decydujący jest tu jedynie aspekt, czy owa ingerencja w treść oferty nie doprowadzi do powstania istotnej zmiany w treści oferty. Należy z całą mocą podkreślić, że zmiana ta nie wprowadzi kompletnie żadnych modyfikacji ani do tej części oferty od której zależy ocena warunku spełniania udziału w postępowaniu (zarówno przed zmianą jak i po niej Odwołujący spełniają warunek), ani do tej części oferty od której zależy ocena spełniania kryterium oceny ofert odnoszącego się do doświadczenia inspektora nadzoru robót mostowych (zarówno przed zmianą jak i po niej Odwołujący powinni uzyskać 40 punktów), ani do tej części która dotyczy się już samego świadczenia Odwołujących tj. wykonania usługi stanowiącej przedmiot zamówienia. Wreszcie, a może zważywszy na cel - przede wszystkim - rzeczona zmiana nie spowoduje, abstrahując od kwestii formalnych, iż usługę wykona inny niż wskazano lub mniej doświadczony inspektor nadzoru robót mostowych.

W przypadku wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp należy brać pod uwagę obydwie postaci winy nieumyślnej, czyli niedbalstwo i lekkomyślność. Lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie. Natomiast z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Jak wskazano wyżej, pomyłka wypełniającego tabelę

w ofercie nie była w ogóle zamierzona, a co oczywiście wyklucza kwalifikację tego zachowania jako lekkomyślność. Niemniej, kontekst w jakim rzeczona pomyłka zaistniała nakazuje przyjąć, iż nie była ona również wynikiem niedbalstwa, a co najwyższej roztargnienia, nieuwagi - stanów nieobcych każdemu człowiekowi, należących do kategorii pozaprawnych. Przedstawiciel Odwołujących sporządzający ofertę, wiedząc że wypełnia oświadczenie dotyczące osoby P. G. - przyszłego inspektora nadzoru, „z automatu” wpisał do tabelki tę funkcję, mimo że pan G. w rzeczywistości pełnił na kontraktach wskazanych w ofercie pod nr 1 i 4 funkcję kierownika robót. Pracownik Odwołującego wiedział jednak i miał ku temu absolutną pewność - z uwagi na osobistą znajomość z panem G. - że pełnił on na tych „kontraktach” funkcje warunkujące spełnienie warunków udziału w postępowaniu i otrzymanie maksymalnej ilości punktów w kryterium oceny ofert. Stąd, właśnie poprzez tę pewność co do prawdziwości składanego oświadczenia o spełnianiu wymogów SIWZ, nie można autorowi oferty przypisać jakiegokolwiek postaci winy.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający, bezzasadnie wykluczając Odwołujących z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, naruszył istotnie zasadę równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób O zachowujący uczciwą konkurencję. Dokonując analizy treści oferty i wyjaśnień złożonych przez wykonawcę poprzednio wybranego (decyzję co do uchylenia wyboru nakazała dopiero tutaj Izba wyrokiem z 5 lutego 2021 r. KIO 82/21), Zamawiający przyjmował je bezkrytycznie jako spełniające wymogi SIWZ, tłumacząc nieścisłości na korzyść wykonawcy w myśl zasady, skoro wykonawca złożył ofertę to — mimo że w treści oferty nie znalazły się np. właściwe wskazania co do funkcji pełnionych przez osobę mającą legitymować się doświadczeniem - należy domniemać że treść oferty odpowiada SIWZ, gdyż ogólnym zamiarem każdego oferenta jest złożenie ważnej i zgodnej z SIWZ oferty. W przypadku Odwołujących, Zamawiający stosuje zasadę dokładnie odwrotną: wzywa ich do złożenia wyjaśnień nie w celu upewnienia się co do zgodności oferty jego wymogami lecz w celu znalezienia większej ilości podstaw do odrzucenia oferty czy wykluczenia Odwołujących, a przy tym, tłumacząc wszelkie wątpliwości na ich niekorzyść. Trudno bowiem inaczej niż w powyższy sposób zinterpretować sytuację, w której Zamawiający po wezwaniu Odwołujących do wyjaśnienia rodzaju funkcji jaką pełnił pan G. i po otrzymaniu wyjaśnień, wzywa następnie Odwołujących do podania:

- dokładnych danych technicznych obiektów których budową kierował.
- dokładnych nazw zadań na których Pan P. G. pełnił funkcję
- doprecyzowanie rodzaju/zakresu nadzorowanych robót
- dokumentów wystawionych przez wskazane podmioty (referencje) potwierdzające pełnienie przez Pana P. G. funkcji

- dokładnych terminów zakończenia wskazanych zadań
- dokładnych rodzajów/zakresów oraz parametrów technicznych obiektów na których Pan P. G. pełnił funkcję

Wykluczenie Odwołujących z postępowania było działaniem z góry zamierzonym jeszcze przed drugim wezwaniem, gdyż jak się okazało nawet skrupulatne wykazanie przez Odwołujących ww. parametrów technicznych nie miało na ową decyzję wpływu. Zatem, czynność kolejnych dwóch wezwań - pomijając kwestię że dotyczyła dokumentów których Zamawiający nie miał prawa żądać - stanowiła nieudolną próbę pozyskania kolejnych „argumentów” mających potwierdzić słuszność wykluczenia Odwołujących. Na uwagę również zasługuje fakt, że Zamawiający w przypadku innych oferentów nie zachował tej samej staranności przy weryfikowaniu podanych w załączniku 7/1 informacji. Zamawiający ani razu nie wezwał wybraną pierwotnie ofertę Wykonawcy O. Z. do przekazania jakichkolwiek dodatkowych informacji, parametrów czy referencji osobowych w zakresie wskazanego w formularzu 7/1 doświadczenia Pana K. H. Jak również nie wezwał do przedłożenia jakiegokolwiek dowodów potwierdzających parametry obiektów wskazanych w formularzu 7/1 przez Wykonawcę P-O Most, co jak już zostało wskazane powyżej miało wpływ na ocenę oferty tego Wykonawcy. Tym samym można wyciągnąć wnioski, że Zamawiający działał w sposób zamierzony i naruszył istotnie zasadę równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zachowujący uczciwą konkurencję. Zamierzone działanie Zamawiającego doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego, która winna zostać oceniona jako oferta najkorzystniejsza i dokonał wyboru oferty P-0 Most, jako oferty mniej korzystnej, co stanowi naruszenie art. 7 Pzp.

Podobnie, jako naruszające art. 7 Pzp, niestety należy potraktować część uzasadnienia wykluczenia oferty Odwołujących. Zamawiający zawiera w nim argumentację, która dość istotnie obraża zasadę logicznego myślenia, polegającą na stwierdzeniu, iż *„Wykonawca początkowo otrzymał 40 punktów, a jak wynika z powyższych rozważań, powinien otrzymać 20”*. Jeszcze raz należy wskazać Zamawiającemu, iż na skutek pomyłki Odwołujący otrzymał początkowo 40 punktów, natomiast, gdyby uniknął tej pomyłki i od początku wskazywał, iż pan G. pełnił funkcję kierownika budowy, również otrzymałby 40 pkt. Brak jest jakiegokolwiek podstaw do stwierdzenia przez Zamawiającego, że Odwołujący podając nieprawdziwe informacje uzyskuje w przypadku kryterium oceny ofert niesłusznie wyższą punktację w niniejszym postępowaniu. Oczywistym jest iż, w przypadku wskazania w formularzu 7/1 właściwego stanowiska Odwołujący otrzymałby maksymalną ilość punktów, a jego oferta zostałaby oceniona najwyżej. Niezrozumiała jest również zawarta w uzasadnieniu uwaga dotycząca referencji i ich pochodzenia od innego podmiotu, niż wskazany w tabeli. Choć dla podmiotu zawodowo zajmującego się prowadzeniem inwestycji budowlanych, arkana wiedzy nt. rodzajów podmiotów uczestniczących w procesie

inwestycyjnym, powinny być znane, Odwołujący w dość przystępny i wydaje się jasny, sposób wyjaśnili Zamawiającemu powyższą kwestię: „*Druga kolumna załącznika nr 7/1 do SIWZ nosiła nazwę „(Nazwa i adres podmiotu lub instytucji, na rzecz której wskazana osoba pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika robót”.* Tym samym Wykonawca w kolumnie tej wpisał nazwę podmiotu lub instytucji dla której Pan P. G. pełnił funkcję kierownika robót tj. kolejno w pozycji 1: PKPPLKSA. a w pozycji 4: GDDKiA O/Warszawa. Zgodnie z art 18 ustawy prawo budowlanego to do obowiązków Inwestora należy zapewnienie kierownika budowy i ew. kierownika robót Pan P. G. pełnił samodzielną funkcję techniczną w budownictwie dla wskazanych w załączniku 7/1 Inwestorów. Tym samym informacje zawarte w załączniku nr 7/1 są poprawne. Niemniej jednak w celu wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego, pragniemy wyjaśnić, że Pan P. G. był zatrudniony u Wykonawcy robót (lub podwykonawcy), na którego to obowiązek zapewnienia kierownika budowy i kierowników robót został przerzucony, co jest zjawiskiem powszechnym. Wykonawcą robót który zatrudniał Pana P. G. dla zadania wskazanego w poza była firma Astaldi S.p.a., a dla zadania wskazanego w poz.4 firma IMB Podbeskidzie sp. z o.o., która współpracowała z Generalnym Wykonawcą robót firmą PORR SA., jako podwykonawca.”

Stwierdził również, że uważna lektura uzasadnienia wyroku KIO z 19 kwietnia 2017 r. (KIO 638/17), a które to orzeczenie ma, zgodnie z treścią uzasadnienia rozstrzygnięcia postępowania, uzasadniać wykluczenie Odwołujących, pozwoliłaby Zamawiającemu dokonać tej czynności zgodnie z prawem. Izba w ww. wyroku uznała wyjaśnienia odwołującego za mieszczące się w kategorii uszczegółowienia treści oferty, nie zaś jej uzupełnienia. Wyjaśnienia te dotyczyły konkretnych dat wykonywania poprzednich zamówień i mieściły się w zakresie pierwotnego oświadczenia woli dotyczącego posiadania wymaganego doświadczenia.

Odnosnie zarzutu dotyczącego P-O Most, w celu uzyskania punktów w ramach oceny przez Zamawiającego pozacenowego kryterium oceny oferty - „*Doświadczenie inspektora nadzoru*”, wskazał w wykazie doświadczenia zawodowego inspektora nadzoru w zakresie robót mostowych dwa wiadukty: WD-17 i WD-23 wykonane w ramach kontraktu pn.: „*Wykonanie Rozbudowy drogi krajowej nr 8 Warszawa - Białystok do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Wyszaków - granica województwa podlaskiego, odcinek 1b - węzeł „Poręba” (bez węzła) - obwodnica Ostrowi Mazowieckiej od km 529+470,00 do km 545+582,04 o długości ok. 16,11 km*”. W podanym wykazie, P-0 Most opisuje nazwę zadania, opis robót, w tym: rodzaj/zakres, parametry techniczne, pełnioną funkcję, wartość robót oraz datę wykonania. Kryteria wynikające z pkt 14.2.2 SIWZ, Część nr 1: „*Za doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub*

kierownika robót przy realizacji zadania polegającego na budowie, odbudowie lub rozbudowie mostu, wiaduktu lub estakady o długości całkowitej między podporami skrajnymi min. 50 m. wykonanego (zakończonego) nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (poza zadaniem, które zostanie wykazane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.2) Wykonawca otrzyma:

10 pkt - za 1 zadanie;

20 pkt -za 2 zadania;

30pkt -za3 zadania;

40 pkt -za 4 i więcej zadań.

Jeżeli w ramach jednego zadania pełniona była funkcja inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika robót na więcej niż jednym obiekcie, Zamawiający przyjmie do oceny sprawowanie w/w funkcji na każdym obiekcie.”

Tymczasem, w rzeczywistości, długość całkowita między podporami skrajnymi wiaduktów WD-17 oraz WD-23 jest mniejsza niż wymagane 50 m. o czym świadczą zapisy w Projekcie Wykonawczym. Zgodnie z dokumentacją projektową zarówno wiadukt WD-17, jak i wiadukt WD-23 mają długość całkowitą CO wynoszącą 26,80 m. Ponadto, wiadukt WD-17 nie jest wiaduktem czteroprzęsłowym o konstrukcji podzielonej na 3 segmenty, ponieważ pozostałe obiekty wykonane w rejonie wiaduktu WD-17, tj.: WD-17A, WD-17B są zupełnie odrębnymi i samodzielnymi obiektami inżynierskimi, posiadającymi osobną dokumentację projektową, o czym świadczą zapisy dokumentacji projektowej. Obiekt WD-17 ma konstrukcję dwunawową/dwuprzęsłową o rozpiętości przęseł 17,90 m + 17,90 m. Analogiczna sytuacja jest w przypadku wiaduktu WD-23, który nie jest wiaduktem trójprzęsłowym o konstrukcji podzielonej na 3 segmenty, ponieważ obiekt wykonany w rejonie wiaduktu WD-23, tj., WD-23A jest zupełnie odrębnym i samodzielnym obiektem inżynierskim, posiadającym osobną dokumentację projektową, o czym świadczą zapisy dokumentacji projektowej. Obiekt WD-23 ma konstrukcję dwunawową/dwuprzęsłową o rozpiętości przęseł 17,90 m + 17,90 m. Co więcej, wartości tych obiektów podane przez P-0 Most również nie są zgodne z prawdą, o czym świadczy Przejściowe Świadcstwo Płatności nr 32. P-0 Most wykazuje wartość obiektu WD-17 w kwocie 20.558.668,32 zł brutto, natomiast rzeczywista wartość obiektu zgodnie z PŚP wynosi 15.645.544,99 zł brutto. Natomiast wartość obiektu WD-23 P-0 Most wykazuje w kwocie 12.163.749,70 zł brutto, a rzeczywista wartość obiektu zgodnie z PSP wynosi 10.240.705,73 zł brutto. Mając powyższe na uwadze, podane przez P-0 Most obiekty WD-17 i WD-23 nie spełniają pozacenowego kryterium oceny ofert. Należy stwierdzić, że informacje wskazane przez P-0 Most dotyczące doświadczenia inspektora nadzoru w zakresie robót mostowych nie były zgodne ze stanem faktycznym i nie spełniają wymagań SIWZ. P-0 Most co najmniej

w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające bezpośrednio istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a co doprowadziło do przyznania P-0 Most 30 punktów w tym kryterium. Zważywszy na powyższe Wykonawca P-0 Most powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a tym bardziej nie powinien otrzymać 30 punktów w kryterium oceny ofert odnoszącym się do inspektora nadzoru robót mostowych.

Zamawiający w dniu 10.03.2021 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12.03.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) P-O MOST P. O. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 06.04.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) P-O MOST P. O. złożył pismo procesowe wnosząc o oddalenie. W jego ramach stwierdził co następuje: *„Wykonawca pełnił funkcję inspektora robót mostowych na zadaniu Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: „Rozbudowa drogi krajowej nr 8 Warszawa - Białystok do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Wyszków – granica województwa podlaskiego, odcinek 1b – węzeł „Poręba” (bez węzła) – obwodnica Ostrowi Mazowieckiej od km 529+470,00 do km 545+582,04 o długości ok. 16,11 km” w okresie od dnia 28.06.2016r. do dnia 30 czerwca 2020 co zostało udokumentowane Poświadczeniem jakie zostało podpisane przez Inżyniera Kontraktu. Nadzór prowadziła firma TPF Sp. z o. o. z Warszawy z którą Wykonawca miał podpisaną umowę na prowadzenie Nadzoru. Wykonawcą robót budowlanych była firma PORR S.A. oraz UNIBEP S.A. Projekt Budowlany i Wykonawczy jaki był realizowany w zakresie wszystkich robót mostowych opracowany został przez firmę MP-MOSTY Sp. z o.o. z Krakowa. Na powyższy projekt uzyskano prawomocną Decyzję Środowiskową oraz decyzję ZRID.*

Pierwotny Projekt Wykonawczy w zakresie robót na obiektach WD-17, WD-17A, WD-17B przewidywał wykonanie trzech odrębnych konstrukcji o schemacie statycznym ram otwartych posadowionych na palach żelbetowych. w ciągu drogi ekspresowej o rozpiętości przęseł w osiach ścian bocznych 17,90 m + 17,90 m=35,8m. Szerokość całkowita konstrukcji ramy wynosi $LT = 36,80$ m, a jej długość całkowita $LC = 82,26$ m.

Pierwotny Projekt Wykonawczy w zakresie robót na obiektach WD-23, WD-23A, przewidywał wykonanie dwóch odrębnych konstrukcji o schemacie statycznym ram otwartych posadowionych na palach żelbetowych. w ciągu drogi ekspresowej o rozpiętości przęseł w osiach ścian bocznych 17,90 m + 17,90 m=35,8m. Szerokość całkowita konstrukcji ramy wynosi $LT = 36,80$ m, a jej długość całkowita $LC = 65,24$ m.

W dniu 05.07.2016r Wykonawca firma PORR S.A. złożył wniosek o wprowadzenie zmiany w trybie subklazuli 13.2 warunków kontraktowych FIDIC która zawierała propozycję zmiany odrębnych konstrukcji obiektów WD-17, WD-17A, WD-17B oraz WD-23, WD-23A na pojedynczy obiekt o schemacie statycznym belki wolnopodpartej czteroprzęsłowej dla WD-17 o długości między podporami skrajnymi $20,35m+2 \times 20,50m+20,35m = 81,70m$ i długości ustroju 83,40m oraz na pojedynczy obiekt o schemacie belki wolnopodpartej trzyprzęsłowej dla WD-23 o długości między podporami skrajnymi $3 \times 21,50m = 64,50m$. i długości ustroju 66,20m co zostało udokumentowane Poświadczeniem jakie zostało podpisane przez Inżyniera Kontraktu oraz załączoną dokumentacją techniczną Projekt Wykonawczy Zamienny.

Nowe parametry obiektów WD-17, WD-23 spełniają zatem wymogi SIWZ dla obiektów o długości między podporami skrajnymi min 50m. w celu oceny przez Zamawiającego pozacenowych kryteriów oceny oferty - „Doświadczenie inspektora nadzoru” opisanych w pkt. 14.2.2 SIWZ. W dniu 31.05.2017 zostało podpisane polecenie zmiany nr 2/2017 na WD-17 oraz polecenie nr 3/2017 na WD-23 przez Wykonawcę, Zamawiającego oraz Inżyniera Kontraktu. Do polecenia zmiany zostało dołączona pozytywna opinia Projektanta obiektów. Zmienione obiekty zostały zrealizowane na powyższym kontrakcie oraz zostało uzyskane pozwolenie na użytkowanie na te obiekty. W załączeniu polecenie zmiany 2/1017, 3/2017 oraz zamienna dokumentacja wykonawcza na obiekty WD-17 oraz WD-23.”.

W dniu 08.04.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddała w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym. Stwierdził: „I. Zamawiający w myśl art. 7 ust. 1 Pzp przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Pełnienie nadzoru inwestorskiego na zadaniu: Rozbudowa układu komunikacyjnego wraz z budową wiaduktu nad torami kolejowymi w Skarżysku Kamiennej w ramach zadania: „Budowa zintegrowanego systemu komunikacyjnego obejmującego wykonanie przebudowy istniejącego układu komunikacyjnego wraz z budową obiektu w celu przekroczenia linii kolejowej nr 8 Warszawa — Kraków i skomunikowania Osiedla Dolna Kamienna z Osiedlem Przydworcowym w Skarżysku Kamiennej” w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe

traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także udzielił zamówienia Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, czyniąc zadość nakazowi wynikającemu z art. 7 ust. 3 powoływanej ustawy.

Art. 91 ust. 1 Pzp, którego naruszenie podnosi Odwołujący, wskazuje wprost, iż Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteriami oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Część nr 1: „Inspektor nadzoru robót mostowych Kierownik Zespołu Nadzoru Inwestorskiego” są cena oraz doświadczenie kierownika budowy w branży mostowej, przy czym Zamawiający uszczegółowił w dokumentach postępowania (pkt. 14.2.2 SIWZ), że za doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika robót przy realizacji zadania polegającego na budowie, odbudowie lub rozbudowie mostu, wiaduktu lub estakady o długości całkowitej między podporami skrajnymi min. 50 m, wykonanego (zakończonego) nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert przyzna Wykonawcy:

10 pkt - za 1 zadanie; 20 pkt — za 2 zadania; 30 pkt — za 3 zadania;

40 pkt — za 4 i więcej zadań.

Jeżeli w ramach jednego zadania pełniona była funkcja inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika robót na więcej niż jednym obiekcie, Zamawiający przyjmie do oceny sprawowanie w/w funkcji na każdym obiekcie.

Tym samym Zamawiający uczynił zadość nakazowi określonymu w art. 91 ust. 2d Pzp, który wskazuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały oraz umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez Wykonawców, nie tylko organizatorowi przetargu, ale również wszystkim zainteresowanym podmiotom. Ponadto opracowany załącznik nr 7/1 do SIWZ, który Wykonawcy byli zobligowani przedłożyć wraz z ofertą w celu oceny przez Zamawiającego pozacenowych kryteriów oceny oferty („Doświadczenie inspektora nadzoru”) opisanych w pkt. 14.2.2 SIWZ, w którym Wykonawca, wskazuje doświadczenie zgodnie z przedmiotem zamówienia w części 1 postępowania - Inspektora nadzoru w zakresie robót mostowych, który będzie uczestniczył w realizacji zamówienia zawiera tabelę, której każda kolumna została szczegółowo opisana co do zakresu informacji jakie Wykonawca ma w niej zamieścić.

Kolumna 3 rzeczowej tabeli ma opis: „Nazwa i adres podmiotu lub instytucji, na rzecz której wskazana osoba pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika robót”. Opis ten jest na tyle przejrzysty i jasny w swej treści, że jedynie lekkomyślność lub niedbalstwo Wykonawcy może doprowadzić do niezgodnego z tym opisem wprowadzenia danych do tak szczegółowo opisanej tabeli. Odwołujący w pkt 5 wniesionego Odwołania podnosi, iż cyt.: „Niestety, przypadkowo, pracownik Odwołującego

sporządzający ofertę, zasugerowawszy się, iż Pan P. G. w niniejszym zamówieniu, w przypadku jego pozyskania przez Odwołujących, skierowany zostanie, zgodnie z SIWZ, do sprawowania funkcji inspektora nadzoru robót mostowych - kierownika zespołu nadzoru inwestorskiego, niejako „z rozpędu” wpisał w tabeli w ofercie informację, że P. G. wykonywał na tych budowach funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego.(...)”.

Wobec takiej sytuacji faktycznej tj. poświadczenia w ofercie (załącznik nr 7/1) w zakresie informacji i dokumentów składanych jako podstawy oceny w kryterium „Doświadczenie inspektora nadzoru” nieprawdy przez Konsorcjum składające ofertę, w odniesieniu do wymagań Zamawiającego podlegających ocenie i przyznaniu punktacji, dokonując po raz pierwszy oceny ofert w kryterium "Doświadczenie inspektora nadzoru" Zamawiający przyznał Wykonawcy 40 punktów (za cztery zadania), zgodnie z Informacją o wyborze oferty przesłaną wykonawcom w dniu 31.12.2020 r. W rzeczonym załączniku Wykonawca wskazał Pana P. G. jak osobę skierowaną do realizacji zamówienia, który zgodnie z przedstawionymi informacjami na każdym z czterech zadań miał pełnić funkcję inspektora nadzoru robót branży mostowej.

W trakcie postępowania odwoławczego, w sprawie sygn. akt KIO 82/21 K. H. działający jako pełnomocnik Wykonawcy O. Z., która przystąpiła do postępowania odwoławczego, przedłożył zaświadczenie Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 22.01.2021r., z którego wynikało, że Pan P. G. na zadaniu pn.: "Budowa drogi ekspresowej S-2 odcinek Konotopa Puławska wraz z budową łącznika z MPL Okęcie i ul. Marynarską (S-79) w Warszawie. Etap II/1: Droga ekspresowa S-79 na odcinku od węzła Lotnisko do węzła Marynarska. Etap II/2: Droga ekspresowa S-2 na odcinku węzeł Lotnisko — węzeł Puławska" (zadanie wskazane w poz. 4 załącznika 7/1) nie pełnił funkcji inspektora nadzoru robót mostowych.

Dokonując ponownej oceny ofert wykonawca wezwany do złożenia w tej sprawie wyjaśnień potwierdził, że Pan P. G. nie był inspektorem nadzoru na zadaniu wskazanym w poz. nr 4. Jednocześnie składając wyjaśnienia Wykonawca poinformował, że P. G. nie pełnił także funkcji inspektora na zadaniu wskazanym w poz. 1.

Na potwierdzenie pełnienia przez P. G. na w/w zadaniach funkcji kierownika robót Wykonawca wraz z wyjaśnieniami z dnia 11.02.2021 r. przedłożył referencje, pochodzące od innych podmiotów niż wskazane w załączniku 7/1. Z treści tych dokumentów oraz uzupełniających wyjaśnień Wykonawcy z dnia 16.02.2021 r. wynika, że P. G. pełnił funkcję kierownika robót na rzecz:

- wykonawcy tj. firmy Astaldi S.P.A. Spółka Akcyjna Oddział w Polsce a nie jak przedstawiono w poz. 1 w/w wykazu PKP PLIK S.A.;
- podwykonawcy tj. firmy IMB Podbeskidzie a nie jak przedstawiono w poz. 4 w/w wykazu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Warszawa.

Pomimo, iż Zamawiający w pkt 14.2.2 SIWZ dopuścił wykazanie się doświadczeniem przyszłego inspektora nadzoru także w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót to gdyby nawet Pan P. G. był kierownikiem robót na wskazanych w poz. 1 i 4 zadaniach to Zamawiający nie może na podstawie złożonych wyjaśnień dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez Wykonawcę oświadczenia woli. Trzeba bowiem pamiętać, że w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień wykonawca może jedynie uszczegóławiać informacje pierwotnie podane w ofercie. Nie ma natomiast prawa uzupełniać czy też w sposób niedozwolony zmieniać oferty, zwłaszcza w zakresie informacji poddawanych ocenie w ramach kryterium.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 19 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO 638/17) wskazuje, że - co do zasady - informacje zawarte w ofertach wykonawców i oceniane w kryteriach oceny ofert nie podlegają uzupełnieniu i modyfikacji po upływie terminu na składanie ofert. Skoro zatem potwierdziło się, że Wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje wprowadzając Zamawiającego w błąd, to tym samym potwierdziła się pierwsza przesłanka określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy skutkująca wykluczeniem Wykonawcy z postępowania.

Druga z przesłanek wykluczenia Wykonawcy z postępowania zawarta w w/w przepisie wskazuje, że wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji jest wynikiem niedbalstwa lub lekkomyślności.

Zgodnie z przyjętym orzecnictwem z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Lekkomyślność natomiast występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie.

Dokonując możliwości przypisania wykonawcy niedbalstwa czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji, należy brać pod uwagę przepis art. 355 § 1 kc, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego

działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i inne oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Podkreślić przy tym należy, że pojęcie należytej staranności implikuje element działania, podejmowania pewnych czynności, jakich można się spodziewać od uczestnika obrotu profesjonalnego.

W niniejszej sprawie Wykonawca - jak sam podkreślił w swoich wyjaśnieniach z dnia 11.02.2021 r. - nie dochował należytej staranności przy wypełnianiu formularzy. Dlatego też nie ulega wątpliwości, że podanie przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji nastąpiło w wyniku rażącego niedbalstwa. Wystąpiła zatem również druga przesłanka wykluczenia Wykonawcy z postępowania określona w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Trzecia z przesłanek zawarta w powyższym przepisie skutkująca wykluczeniem Wykonawcy z postępowania stanowi, że przedstawione przez Wykonawcę informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Istotność wpływu na decyzje Zamawiającego polega na tym, że Wykonawca podając nieprawdziwe informacje uzyskuje w przypadku kryteriów oceny ofert niesłusznie wyższą punktację co daje mu możliwość uzyskania zamówienia. Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Wykonawca początkowo otrzymał 40 punktów, a jak wynika z powyższych rozważań i przedstawionych dowodów nie powinien otrzymać maksymalnej ilości punktów w tym kryterium. Uzyskując zatem 40 punktów - gdyby nie wyszło na jaw, że w poz. 1 i 4 wykazu podał nieprawdziwe informacje to po odrzuceniu oferty O. Z., zająłby najwyższą pozycję na liście rankingowej. Tym samym uzyskałby możliwość udzielenia przedmiotowego zamówienia.

W rezultacie wystąpiła również trzecia ostatnia przesłanka skutkująca wykluczeniem Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Wobec informacji powziętych przez Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym w sprawie sygn. akt KIO 82/21 oraz dalszych czynności Zamawiającego zmierzających do wyjaśnienia sprawy, w szczególności złożonych przez Odwołującego informacji zawartych w załączniku 7/1, które okazały się nieprawdziwe Wykonawcę tego należało wykluczyć z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 24 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Tym bardziej, że przepisy ustawy Prawa zamówień publicznych nie przewidują możliwości uzupełnienia bądź zmiany_ treści załącznika 7/1 stanowiącego integralną części oferty, która podlega ocenie i ma wpływ na wynik postępowania przetargowego.

Uwzględnienie wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum i dopuszczenie nowych dokumentów oznaczających w istocie zmianę treści wcześniej złożonej oferty stanowiłoby zbyt daleko idącą ingerencję w treść oferty. Takie działania nie mieszczą się w granicach dopuszczonych przepisem art. 87 ust. 2 pkt 1 czy pkt 3 Pzp, gdyż nie jest to oczywista omyłka pisarska ani inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Jest to informacja wprowadzająca w błąd Zamawiającego mająca istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego. Dlatego Zamawiający w sposób zasadny zdecydował o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania.

Ponieważ spełniły się wszystkie przesłanki wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp a dodatkowo, w myśl art. 24 ust. 12 te same ustawy Zamawiający ma prawo do wykluczenia wykonawcy na każdym etapie postępowania zasadnym było wykluczenie Odwołującego jeszcze przed oceną ofert.

W wyroku z dnia 13.02.2018 r. (sygn. akt. KIO 185/18) Krajowa Izba Odwoławcza odnośnie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wskazuje, iż „Założeniem przepisu jest zapewne wyeliminowanie przypadków, kiedy niezamierzone działanie wykonawcy może zagrażać podejmowaniu właściwych decyzji przez zamawiającego, w szczególności w stosunku do tego wykonawcy.” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. J. Pieróg, Warszawa 2017, komentarz do art. 24). Nie może jednak umknąć, że przepis art. 24 ustawy Pzp ma stanowić przede wszystkim zabezpieczenie dla zamawiającego, że ma do czynienia z wykonawcą rzetelnym, który prawidłowo zrealizuje jego zamówienie. Niewątpliwie wykonawca rzetelny, to wykonawca przedstawiający zamawiającemu prawdziwe, zgodne ze stanem faktycznym informacje. Naganność podania zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd jest oczywista i nie może podlegać dyskusji.

Zamawiający wskazuje, że Odwołujący przeistacza fakty i manipuluje przedstawionymi informacjami chcąc za wszelką cenę uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Pomijając wykazane już wcześniej rozbieżności co do podmiotów, na rzecz których Pan P. G. pełnił funkcje kierownika budowy, Zamawiający uznał, że zadanie wskazane w poz. 4 wykazu (budowa drogi ekspresowej S2), szczególnie wzbudza uzasadnione wątpliwości.

Z całości złożonych wyjaśnień, w tym dołączonych referencji (bez daty wystawienia oraz zakresu wykonywanych robót) od firmy PORR (POLSKA) S.A. wynika, że P. G. zatrudniony był w firmie IMB Podbeskidzie, która była podwykonawcą dla firmy PORR. Firma PORR najprawdopodobniej była generalnym wykonawcą i realizowała zadanie wskazane w wykazie. Natomiast jak można domniemywać firma IMB Podbeskidzie, która nie figuruje w załączonym do wyjaśnień fragmencie dziennika budowy, a zatrudniała według Odwołującego Pana P. G., realizowała tylko część tego zadania (być może jak wynika ze

strony tytułowej dziennika budowy roboty mostowe - obiekt WL-43, przy czym nie wiadomo czy cały obiekt czy tylko jego część, np. roboty palowe uwidocznione na przestanych stronach dziennika budowy).

Kolejna nieprawidłowość ze strony Odwołującego, która potwierdza słusność decyzji Zamawiającego odnośnie wykluczenia Wykonawcy, dotyczy prawdziwości przedstawionych w załączniku 7/1 informacji w zakresie zadania wskazanego w poz. 3 (Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 768 na odcinku od m. Jędrzejów (skrzyżowanie z drogą krajową nr 7 i nr 78) do granicy województwa) na którym to zadaniu Pan P. G. pełnił funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego na rzecz Świętokrzyskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Kielcach. Powyższa inwestycja realizowana była na podstawie decyzji ZRID Nr 8/18 z dnia 04.07.2018 r. wydanej przez Wojewodę Świętokrzyskiego i obejmowała, między innymi, przebudowę wiaduktu drogowego nad linią kolejową nr 65 (wiadukt WD-2). W załączeniu Zamawiający przedkłada w/w decyzję str. 1 i 5, które potwierdzają powyższą okoliczność. Ponadto Zamawiający dołącza przesłane drogą mailową potwierdzenie Świętokrzyskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Kielcach z dnia 19.03.2021r., z którego wynika, że w trakcie realizacji zadania parametry projektowanego wiaduktu nie uległy zmianie, co przesądza iż od początku do końca była to przebudowa wiaduktu.

Odwołujący wskazując doświadczenie Pana P. G. oświadcza jednak, że była to rozbudowa wiaduktu (wyjaśnienia Odwołującego z dnia 16.02.2021 r. str. 3) i jednocześnie załącza fragment projektu wykonawczego (w załączeniu) z którego wynika, iż projektuje się przebudowę obiektu. W tym miejscu należy nadmienić, że zgodnie z pkt 14.2.2 SIWZ Zamawiający punktował doświadczenie inspektora nadzoru w sprawowaniu funkcji inspektora nadzoru, kierownika budowy lub kierownika robót przy realizacji obiektów w zakresie budowy, odbudowy lub rozbudowy mostu, wiaduktu lub estakady o określonych parametrach. Przebudowa nie była dopuszczona i nie mogła podlegać punktacji. Powyższa okoliczność kolejny raz wskazuje, że Odwołujący podał nieprawdziwe informacje mające na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Podnieść należy, iż Odwołujący domaga się uznania złożonych przez niego wyjaśnień. Zaakceptowanie tych wyjaśnień w świetle brzmienia art. 26 ust 3 Pzp, mogłoby mieć miejsce, wyłącznie gdyby dotyczyło dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzających brak podstaw wykluczenia. Taka sytuacja miałaby - jak wskazuje orzecznictwo KIO — wyjątkowy charakter, co potwierdza sentencja wyroku KIO z dnia 30 lipca 2020r. (KIO 1598/20) zgodnie z którą: „Mając na uwadze formalizm postępowania i ograniczone możliwości uzupełnienia przez wykonawców dokumentów, to na wykonawcy decydującym się na udział w postępowaniu przetargowym ciąży obowiązek poprawnego przygotowania dokumentacji ofertowej, dołożenia należytej staranności i zachowania wymaganego poziomu profesjonalizmu. Oczywiście jest, że błędy

ludzkie w przygotowaniu dokumentacji ofertowej mogą się zdarzyć. Ustawodawca przewidział instytucję ich korygowania, stwarzając każdemu wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia możliwość jednokrotnego poprawienia zaistniałych omyłek. Procedura z art. 26 ust. 3 Pzp umożliwia jednokrotną weryfikację i naprawienie błędów i niestaranności wykonawców bowiem to obowiązkiem wykonawcy jest wprowadzenia mechanizmów weryfikujących poprawność dokumentacji przetargowej, nawet jeśli wiąże się z dodatkowymi kosztami po jego stronie.” Jednak w niniejszym postępowaniu, co należy podkreślić, załącznik nr 7/1 stanowił treść oferty i nie podlegał procedurze wyjaśniania, poprawiania i uzupełniania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, o czym Zamawiający poinformował w pkt 14.2.2 SIWZ,

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zarówno po stronie Zamawiającego jak i Wykonawcy nie dopuszcza się działań przypadkowych, niejednoznacznych i dorozumianych. Wykonawca, przed złożeniem oferty, dla własnego bezpieczeństwa, winien ją zweryfikować w sposób eliminujący możliwość wystąpienia błędów i przekłamań, co leży tak w interesie Wykonawcy przystępującego do przetargu, jak i Zamawiającego zamierzającego udzielić zamówienia zgodnie z zasadami wynikającymi z prawa zamówień publicznych, w tym równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania.

II. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie i uznanie jako najkorzystniejszej oferty „Budownictwo Inżynieryjne P-O Most” P. O. jest niezasadny.

Oferta w/w Wykonawcy odpowiadała wszystkim wymaganiom określonym w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zakwestionowane przez Odwołującego długości całkowite między podporami skrajnymi wiaduktów WD-17 oraz WD-23 spełniają parametry techniczne jakich oczekiwał Zamawiający Jak wynika z dołączonego do oferty P. O. Załącznika nr 7/1 - Doświadczenie Inspektora Nadzoru oraz Poświadczenia z dnia 09.09.2020 r. Inżyniera Kontraktu Pana T. J. S. w/w obiekty odpowiadały wymogom Zamawiającego określonych w pkt 14.2.2 SIWZ. Długość całkowita między podporami skrajnymi zarówno obiektu WD-17 jak i obiektu WD-23 wynosiła powyżej 50 m.

Kwestionowane przez Odwołującego długości wiaduktów nie zostały poparte na rzetelnych danych technicznych zrealizowanych obiektów. Zgodnie z załączonymi do niniejszego pisma załącznikami Poleceniami Zmiany nr 2/2017 i 3/2017 w trakcie realizacji zadania nastąpiły zmiany konstrukcji wiaduktów WD-17 i WD-23. Projektowane pierwotnie obiekty wiadukt WD-17 i WD-23 składające się z odrębnych konstrukcji zamieniono na jeden obiekt. I tym razem Odwołujący nie przedstawiając rzetelnych, uwierzytelnionych dowodów jednocześnie podważając oświadczenie Inżyniera Kontraktu znowu usiłuje wprowadzić

Zamawiającego w błąd. Ponieważ Zamawiający nie stawiał wymogu odnośnie wartości obiektów zarzuty Odwołującego w tym zakresie są bezprzedmiotowe.

Niezależnie od powyższego wskazuję, iż w dniu 9 marca 2021 r., po przekazaniu Zamawiającemu kopii wniesionego odwołania, EKSAMETR Sp. z o. o. przestał do Zamawiającego sporządzać na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy z dnia 24 stycznia 2004 r. informację o niezgodnej z przepisami ustawy czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty nie spełniającej warunków udziału w postępowaniu i zawierającej nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o powtórzenie czynności oceny ofert i w konsekwencji wykluczenie z postępowania wybranego Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy (vide: pismo EKSAMETR/WK/132/2021 z dnia 09.03.2021 r. w załączeniu).

Zamawiający w związku z wszczętym postępowaniem odwoławczym i posiadanymi dowodami w sprawie, nie podjął rozpatrzenia wniesionego pisma. Z pozoru dwutorowe działanie Odwołującego w istocie jest działaniem wyrachowanym, wprowadzającym celowo Zamawiającego w błąd, zmierzającym do wymuszenia na Zamawiającym określonych czynności (pozyskanie zamówienia) z pominięciem obiektywnych okoliczności i istniejącego stanu faktycznego, który nie pozostawia jakichkolwiek wątpliwości, że Odwołujący powinien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.”.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 01.01.2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało 16.11.2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy Pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwana dalej: „Pzp”).

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po

dniu 31.12.2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 01.01.2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych. (zwana dalej: „NPzp”).

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego został wykluczony, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego tak w sprawie o sygn. akt: KIO 82/21 oraz KIO 759/21, w tym w szczególności postanowień SIWZ, treści oferty Przystępującego oraz Odwołującego, e-maila Przystępującego skierowanego do Zamawiającego z 16.02.2021 r., wezwania Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z 24.02.2021 r. przez Zamawiającego, odpowiedzi Przystępującego z 24.02.2021 r. wraz z załącznikami. Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego – dołączone do wezwania z 10.02.2021 r. – pismo GDDKiA z 22.01.2021 r. Nadto, dołączane do wyjaśnień z 12.02.2021 r. – referencje firmy Astaldi oraz PORR na rzecz p. P. G. oraz przykładowe wpisy do dziennika budowy. Ponadto, dołączone do wyjaśnień z 16.02.2021 r. – wyciąg z opisu technicznego obiektu WD-2. Podobnie, dołączone do wyjaśnień z 18.02.2021 r. – akceptację p. P. G. jako kierownika robót mostowych - pismo MMP/MO/us/314960/A03C/OS9/2014, wyciąg z opisu technicznego wiaduktu w km 5,222 toru 1KB (km 65,596 linii 133) - PKP PLK oraz wyciąg z opisu technicznego wiaduktu drogowego WL-43 - GDDK1A O/Warszawa. W poczet materiału dowodowego zaliczono także informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej z 04.03.2021 r. wraz z jego sprostowaniem także z 04.03.2021 r., jak również sprostowaniem z 08.03.2021 r.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego:

- 1) Pismo z 09.03.2020 r. skierowane równoległe z odwołaniem do Zamawiającego wraz z załącznikami wskazanymi poniżej;
- 2) Opis techniczny, przekrój podłużny, plan sytuacyjny projektu wykonawczego zadania pa: *„Wykonanie „Rozbudowy drogi krajowej nr 8 Warszawa - Białystok do parametrów dróg ekspresowej na odcinku Wyszaków-granica województwa podlaskiego, odcinek 1b-węzeł „Poręba” (bez węzła) - obwodnica Ostrowi Mazowieckiej od km 529+470,00 do km 545+582,04 o długości ok 16,11 km”;*

3) Spis zawartość projektu budowlanego zadania pn. „Wykonanie „Rozbudowy drogi krajowej nr 8 Warszawa - Białystok do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Wyszków-granica województwa podlaskiego, odcinek 1b - węzeł „Poręba” (bez węda) - obwodnica Ostrowi Mazowieckiej od km 529+470,00 do km 545+582,04 długości ok 16,11 km”;

4) Przejściowe Świadczenie Płatności nr 32 zadania pn. „Wykonanie „Rozbudowy drogi krajowej nr 8 Warszawa - Białystok do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Wyszków - granica województwa podlaskiego, odcinek 1b - węzeł „Poręba” (bez węda) - obwodnica Ostrowi Mazowieckiej od km 529+470,00 do km 545+582,04 o długości ok 16,11 km”.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- korespondencję e-mailową z inwestorem na okoliczność - nowego zarzutu sformułowanego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie – że zadanie miało charakter rozbudowy.

Dodatkowo, zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do pisma procesowego Przystępującego na okoliczności wskazane w piśmie dotyczące zarzutów związanych z Przystępującym celem ich oddalenia:

- 1) 17_WD_PW_RYS_01_rew_01 (002).pdf;
- 2) 17-WD_PW_RYS_02.1_rew_01 (004).pdf;
- 3) 23-WD_PW_RYS_02.1_rew_01 (003).pdf;
- 4) 23-WD_PW_RYS_01_rew_01 (003).pdf;
- 5) Polecenie Zmiany 2.2017 (1).pdf - Polecenie zmiany WD-17;
- 6) 23-WD_PW_RYS_08.1_rew1.pdf;
- 7) Polecenie Zmiany 3.2017 (2).pdf - Polecenie zmiany WD-23;
- 8) Poświadczenie S8 Ostrów - Węzeł Poręba.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone do odpowiedzi na odwołania przez Zamawiającego na okoliczności wskazane w piśmie dotyczące zarzutów związanych z Przystępującym celem ich oddalenia:

- 1) decyzja ZRID Nr 8/18 z dnia 04.07.2018 r. (str. 1 i 5);
- 2) e-mail ŚZDW z dnia 19.03.2021;
- 3) fragment projektu wykonawczego WD-2 (2 kartki);
- 4) pismo EKSAMETR/WK/132/2021 z dnia 09.03.2021 r;
- 5) Polecenie Zmiany Nr 2/2017;
- 6) Polecenie Zmiany Nr 3/2017.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz 91 ust. 1 Pzp poprzez wykluczenie Odwołujących z postępowania o udzielenie zamówienia mimo iż wobec Odwołujących nie zaistniały jakiegokolwiek przesłanki do wykluczenia oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołujących mimo iż była ona najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, jak również poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz 91 ust. 1 Pzp poprzez uznanie za najkorzystniejszą i dokonanie wyboru oferty złożonej przez P. O., mimo iż Wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na to, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił on w ofercie informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak również mimo że oferta tego Wykonawcy nie powinna uzyskać 30 pkt w kryterium oceny ofert dysponowania „Inspektorem nadzoru robót mostowych - Kierownikiem Zespołu Nadzoru Inwestorskiego”.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego po stronie Zamawiającego, gdyż w tych pismach znajduje się istota stanu faktycznego. Przy czym poniżej Izba przytacza treść postanowień SIWZ oraz treść korespondencji między Zamawiającym a Odwołującym. Istotne jest że Odwołujący nie neguje istniejącego stanu faktycznego, a nawet go potwierdza, jedynie uznając, że nie wynika dla niego z niego tak negatywne skutki jak uważa to Zamawiający. Zarzuty względem oferty Przystępującego wraz z ich istotą wynikają również z odwołania, a argumentacja przeciwna znajduje się w piśmie Przystępującego, który nie neguje że tak stan rzeczy istniał, ale uległ zmianie w toku realizacji, do skutkuje niezasadnością zarzutów dotyczących Przystępującego.

Zgodnie z pkt 5.2.3 SIWZ wykonawcy winni spełniać warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, który dla części 1 określono następująco: „Warunek uznany zostanie za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże dysponowanie osobami, skierowanymi do realizacji zamówienia, uprawnionymi do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, tj. inspektorem nadzoru inwestorskiego posiadającego: (-) uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi określone ustawą Prawo budowlane w specjalności inżynierskiej mostowej bez ograniczeń oraz; (-) doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika

robót przy realizacji zadania polegającego na budowie, odbudowie lub rozbudowie mostu, wiaduktu lub estakady o długości całkowitej między podporami skrajnymi min. 50 m i wartości tych robót min. 10 000 000,00 zł brutto, wykonanego (zakończonego) nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Zgodnie z pkt 6.1.2 SIWZ wraz z ofertą w celu wstępnego potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, miał złożyć aktualne na dzień składania ofert Oświadczenie Wykonawcy składane na podstawie art. 25a ust. 1 Pzp wypełnione według wzoru stanowiącego załącznik nr 5/1 do SIWZ - dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z kolei na wezwanie Zamawiającego wykonawca, którego ofertę oceniono najwyżej miał złożyć wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług lub kontrolę jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wzór wykazu stanowił załącznik nr 5/1 do SIWZ.

Zgodnie z pkt 14.2 SIWZ kryteria oceny ofert ustalono jako cenę – 60% oraz doświadczenie inspektora nadzoru - 40 %. Punkty w kryterium doświadczenie inspektora nadzoru były przyznane na podstawie informacji podanych przez Wykonawcę w dołączonym do oferty załączniku nr 7/1 do SIWZ - „Doświadczenie inspektora nadzoru”. Zamawiający wskazał, iż za doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika robót przy realizacji zadania polegającego na budowie, odbudowie lub rozbudowie mostu, wiaduktu lub estakady o długości całkowitej między podporami skrajnymi min. 50 m, wykonanego (zakończonego) nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (poza zadaniem, które zostanie wykazane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.2) wykonawca otrzyma: 10 pkt - za 1 zadanie; 20 pkt – za 2 zadania; 30 pkt – za 3 zadania; 40 pkt – za 4 i więcej zadań. (pkt. 14.2.2 SIWZ).

Zgodnie z § 1 ust. 1 wzoru umowy (załącznik 8.1 do SIWZ) jej przedmiotem jest realizacja usługi polegającą na pełnieniu nadzoru inwestorskiego w branży mostowej wraz z pełnieniem funkcji koordynatora inspektorów nadzoru inwestorskiego w pozostałych branżach na zadaniu: Rozbudowa układu komunikacyjnego wraz z budową wiaduktu nad torami kolejowymi w Skarżysku - Kamiennej. Zgodnie z § 2 ust. 2 wzoru umowy realizacja zamówienia obejmuje: 1) wykonywanie Umowy w okresie realizacji robót budowlanych tj. do dnia 31 grudnia 2022r.; 2) wykonywanie Umowy w okresie rękojmi i gwarancji jakości udzielonej przez wykonawcę robót budowlanych – 7 lat od dnia podpisania protokołu odbioru ostatecznego robót wykonawcy robót budowlanych na zasadach wynikających z umowy

o roboty budowlane. Zgodnie z ust. 3 w przypadku przedłużenia terminu realizacji robót budowlanych okres pełnienia nadzoru inwestorskiego także zostanie przedłużony na zasadach wynikających z postanowień Umowy. Wykonawca jest zobowiązany wykonywać przedmiot Umowy także w przedłużonym okresie. Z kolei w myśl ust. 4 okres gwarancyjny dla usługi wynosi 7 lat od daty odbioru ostatecznego nadzorowanego zadania. W przypadku wydłużenia okresu gwarancji dla robót budowlanych, nad którymi będzie pełniona usługa nadzoru inwestorskiego, wydłużeniu o odpowiedni okres ulega także okres pełnienia nadzoru inwestorskiego.

Zgodnie z § 3 ust. 2 wzoru umowy do obowiązków inspektora nadzoru należeć będzie sprawowanie kontroli nad realizowanymi robotami w zakresie niezbędnym do zabezpieczenia interesów Zamawiającego, w tym wykonywanie czynności inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie praw i obowiązków wynikających z przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo Budowlane (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1333 ze zm.) oraz czynności związanych z rozliczeniem rzeczowym i finansowym zadania, w szczególności zaś:

- 1) Nadzoru min. 3 x w tygodniu - nad robotami wykonywanymi w ramach zadania, o którym mowa w § 1 ust. 1 Umowy, reprezentowania Zamawiającego na budowie przez sprawowanie kontroli zgodności realizacji zadania z dokumentacją projektową, decyzją ZRID, obowiązującymi przepisami, obowiązującymi normami oraz zasadami wiedzy technicznej,
- 2) sprawdzania jakości wykonanych robót budowlanych, wbudowanych materiałów, a w szczególności do zapobiegania zastosowaniu materiałów nie dopuszczonych do obrotu i stosowania w budownictwie,
- 3) sprawdzania i odbioru robót budowlanych ulegających zakryciu lub zanikających,
- 4) przygotowania i stwierdzenia gotowości do odbiorów częściowych i odbioru końcowego zadania oraz udział w czynnościach odbiorów częściowych i odbiorze końcowym,
- 5) potwierdzania ilości wykonanych robót ,
- 6) potwierdzania usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze częściowych robót i odbiorze końcowym zadania,
- 7) sprawdzania rozliczeń Wykonawcy robót budowlanych i potwierdzenia należnych im kwot,
- 8) sporządzanie i przesyłanie na adres e-mail: zdpinwestycje@gmail.com wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia raportów,
- 9) sporządzania ocen zgłoszonych Zamawiającemu roszczeń Wykonawcy i Podwykonawców Robót objętych usługą nadzoru,
- 10) rozliczenia końcowego zadania,
- 11) inwentaryzacji wykonanych robót i rozliczenia kontraktu w przypadku odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron,

- 12) udział w naradach technicznych zwoływanych przez Zamawiającego lub Wykonawcę Robót budowlanych,
- 13) stawianie się na każde telefoniczne lub pisemne wezwanie Zamawiającego, także w okresie gwarancji i rękojmi jaką wykonawca robót udzieli Zamawiającemu, w tym udział w przeglądach gwarancyjnych,
- 14) rzetelne zapoznanie się z umową zawartą pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą robót przedmiotowego zadania wraz ze wszystkimi do niej załącznikami,
- 15) zatwierdzenie przed podpisaniem umowy z wykonawcą robót harmonogramu rzeczowo-finansowego,
- 16) uczestniczenie w protokolarnym przekazaniu placu budowy wykonawcy robót budowlanych,
- 17) bieżąca kontrola zgodności wykonywanych robót z harmonogramem rzeczowo-finansowym,
- 18) opiniowanie harmonogramów rzeczowo-finansowych przedłożonych przez Wykonawcę robót budowlanych w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego,
- 19) rozstrzygnięcie w porozumieniu z kierownikiem budowy i Zamawiającym wątpliwości natury technicznej powstałych w toku wykonywania robót, zasięgając w razie potrzeby opinii autora dokumentacji projektowej,
- 20) uczestniczenie w zwoływanych przez Zamawiającego naradach koordynacyjnych w celu omówienia lub wyjaśnienia bieżących spraw dotyczących wykonania robót, w szczególności dotyczących postępu prac albo nieprawidłowości w wykonywaniu robót lub zagrożenia terminowego wykonania zadania,
- 21) wstrzymanie robót w przypadku stwierdzenia niezgodności wykonywanych prac z dokumentacją projektową,
- 22) zatwierdzanie materiałów, wyrobów i urządzeń przewidzianych przez Wykonawcę robót budowlanych do zastosowania, ocenianie ich zgodności z dokumentacją projektową, a w przypadku propozycji Wykonawcy robót zastosowania materiałów, wyrobów i urządzeń równoważnych - dokonywanie oceny ich równoważności z przewidzianymi w dokumentacji technicznej oraz przekazywanie pisemnej opinii na ten temat Zamawiającemu,
- 23) potwierdzanie dokonanych czynności w czasie pobytu na budowie stosownym wpisem do dziennika budowy,
- 24) informowanie Zamawiającego z odpowiednim wyprzedzeniem o wszelkich zagrożeniach występujących podczas realizacji robót oraz podejmowanych działaniach zapobiegawczych i naprawczych,
- 25) kontrolowanie rozliczeń budowy, w tym sprawdzanie i potwierdzanie ilości i wartości faktycznie wykonanych robót,

- 26) sprawdzanie kompletności przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia odbiorów robót,
- 27) nadzór nad usuwaniem ewentualnych wad i usterek stwierdzonych podczas odbiorów robót oraz w okresie gwarancji i rękojmi,
- 28) koordynowanie czynności ustanowionych inspektorów nadzoru inwestorskiego w innych branżach zgodnie z art. 27 Prawa budowlanego,
- 29) składanie na żądanie i w terminie wskazanym przez Zamawiającego sprawozdań z postępu robót dotyczących w szczególności zestawień ilości i wartości zrealizowanych robót, analizy zgodności terminów wykonywania robót z przyjętym harmonogramem rzeczowo-finansowym, oceny jakości wykonywanych robót i występujących problemów,
- 30) na wniosek Zamawiającego opiniowanie składanych przez Wykonawcę projektów umów o podwykonawstwo na roboty budowlane oraz kopii zawartych umów o podwykonawstwo na roboty budowlane, dostawy oraz usługi pod kątem ich zgodności z postanowieniami umowy zawartej z wykonawcą robót,
- 31) w przypadku stwierdzenia lub zachodzenia podejrzenia, iż w realizację zadania zaangażowane są osoby nie należące do personelu wykonawcy, w tym podwykonawcy lub dalsi podwykonawcy z którymi nie zostały zawarte i zaakceptowane przez Zamawiającego umowy o podwykonawstwo, niezwłoczne pisemne poinformowanie o powyższym Zamawiającego,
- 32) sprawdzanie i zatwierdzanie kalkulacji cen przedkładanych przez wykonawcę robót w przypadku wystąpienia w trakcie realizacji zadania inwestycyjnego robót dodatkowych lub zamiennych.

Zgodnie z § 14 ust. 1 wzoru umowy wykonawca zobowiązany jest przed podpisaniem umowy przedłożyć do wglądu Zamawiającemu dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem Umowy na kwotę minimum 50.000 zł.

W postępowaniu w Części 1 zamówienia wpłynęła m.in. oferta Przystępującego z ceną 288 000 zł brutto oraz Odwołującego z ceną 569 490 zł brutto.

W dniu 10.02.2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego stwierdzając, że: „W związku ze złożonym w trakcie postępowania odwoławczego przez O. Z. pismem Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 22.01.2021 r. O.WA.KP-9.4173.2.2021.11.ASJ, z którego wynika że Pan P. G. nie pełnił funkcji inspektora nadzoru robót mostowych na zadaniu pn. Budowa drogi ekspresowej S2 odc. Konotopa Puławska wraz z budową łącznika z PML Okęcie - węzeł Marynarska proszę o złożenie stosownych w tym zakresie wyjaśnień.

Powyższe zadanie było jednym z zadań wskazanych w dołączonym do Państwa oferty Załączniku nr 7/1 do SIWZ - Doświadczenie Inspektora Nadzoru i podlegało punktacji zgodnie z przyjętym pozacenowym kryterium oceny ofert opisanym w pkt. 14.2.2. SIWZ.”

W ramach odpowiedzi z 12.02.2021 r. Odwołujący stwierdził: „W odpowiedzi na Państwa wezwanie z dnia 10.02.2021r wraz z jego sprostowaniem w dniu 11.02.2021r. w załączeniu przesyłamy Wyjaśnienie wraz z referencjami Pan P. G. wystawionymi przez firmy Astaldi i PORR oraz przykładowe wpisy do dziennika budowy.”. kontynuując wyjaśnił, że: „(...), wskazujemy iż, w treści oferty omyłkowo wskazano, iż pan P. G. pełnił funkcję inspektora nadzoru na kontraktach wskazanych w ofercie pod numerami 1 i 4 tj. wykonywanych na rzecz PKP PLK S.A. (budowa połączenia kolejowego w Krakowie) oraz na rzecz GDDKiA Oddział w Warszawie (budowa drogi ekspresowej S2). W rzeczywistości pan P. G. pełnił na tych inwestycjach funkcję kierownika robót, w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, tj. uczestnika procesu budowlanego w rozumieniu ustawy, zgłoszonemu administracji budowlanej, posiadającego m.in. kompetencje do dokonywania wpisów w dzienniku budowy. Na potwierdzenie powyższego przedkładam oświadczenia wystawione przez wykonawców tych inwestycji oraz przykładowe wpisy do dziennika budowy dokonywane przez pana G..

Niniejsza omyłka, spowodowana była jedynie nieuwagą pracownika Wykonawców, który wiedząc że wypełnia oświadczenie dotyczące osoby P. G. - przyszłego inspektora nadzoru, „z automatu” wpisał do tabelki tę funkcję, mimo że pan G. w rzeczywistości pełnił na kontraktach wskazanych w ofercie pod numerami 1 i 4 funkcję kierownika robót. Nie było zamiarem wykonawców składanie nieprawdziwych oświadczeń czy wprowadzanie Zamawiającego w błąd.

Powyższa pomyłka nie wywołuje jednak żadnych skutków prawnych, w szczególności nie powoduje zaistnienia jakiegokolwiek podstawy do wykluczenia Wykonawców odrzucenia ich oferty czy też przyznania innej niż przyznana poprzednio ilości punktów w kryterium doświadczenie inspektora nadzoru. Zamawiający bowiem dopuścił wykazanie przez wykonawcę doświadczenia osoby przyszłego inspektora, zarówno przy warunku udziału w postępowaniu (punkt 5.2 SIWZ) jak i w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert (punkt 14.2.2 SIWZ), doświadczeniem nabytym pełniąc zarówno funkcję inspektora nadzoru jak i kierownika budowy oraz kierownika robót.

Zatem złożone przez Wykonawców oświadczenie było prawdziwe zarówno w momencie składania ofert i pozostaje prawdziwe po niniejszym wyjaśnieniu. Pan P. G. w dalszym ciągu bowiem, poprzez swoje doświadczenie, spełnia - dla Wykonawców - warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 5.2 SIWZ jak i wymóg uzyskania maksymalnej liczby punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert.

Podkreślenia wymaga, iż poprzez niniejsze wyjaśnienie nie dochodzi do zmiany treści oferty - zatem tym bardziej do zmiany istotnej - ani do jej uzupełnienia. Nie wskazuje się bowiem nowego inspektora nadzoru ani też Wykonawcy nie powołują się na inne inwestycje, w których pan P. G. miałby uczestniczyć, a co modyfikowałoby poziom posiadanego przez Wykonawców doświadczenia.

Kluczowe jednak jest, iż skutki tej pomyłki w żadnym stopniu nie naruszają interesu Zamawiającego wynikającego z nadrzędnego celu formułowania zarówno warunków udziału w postępowaniu jak i tworzenia pozacenowego kryterium oceny ofert, a jakim jest zapewnienie że usługa zostanie wykonana przez osobę posiadającą ku temu należyte doświadczenie.

Dokonane niniejszym pismem sprostowanie treści oferty, choć nie niesie ono za sobą modyfikacji jej treści, powinno zostać na gruncie ustawy z 19 września 2004 r. Prawo zamówień publicznych (a którą stosuje się w dalszym ciągu w tym postępowaniu) zakwalifikowane jako dopuszczalne na podstawie art. 87 ust. 1 oraz 2 pkt 3 tej ustawy.

W obecnym stanie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej nie budzi żadnych wątpliwości, iż zakres poprawek, które mogą być poczynione w oparciu o ww. normę nie musi być determinowany li tylko treścią oferty i odczytywany tylko z niej, lecz również może (a nawet powinien) wynikać z wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu na podstawie ust. 1 art. 87 Pzp. W przeciwnym razie instytucja wzywania do wyjaśnień byłaby zbędna.

W wyroku z 5 października 2020 r. (KIO 1923/20) Krajowa Izba Odwoławcza dokonała dogłębnej analizy zakresu dopuszczalności sprostowań, wyjaśnień treści oferty wskazując, że „Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, aby możliwe było poprawienie nieprawidłowości występujących w ofercie, konieczne jest zaistnienie dwóch przesłanek, które muszą wystąpić łącznie. Po pierwsze dostrzeżona w ofercie niezgodność z treścią SIWZ musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści, a ponadto dostrzeżona niezgodność nie może prowadzić do zmiany treści złożonej oferty. Zań mżyć przy tym należy, że intencją ustawodawcy przy wprowadzaniu aktualnie obowiązującego brzmienia art. 87 ust. 2 ustawy Pzp było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych tak, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to z wprost uzasadnienia do ustawy z 4 września 2008 r. o zmianie ustawy ~ Prawo zamówień publicznych: "W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2 ustawy Pzp). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją

istotnych warunków zamówienia. (...) Tym samym przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp został wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, ale dopuszcza on również poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, jak też opuszczeń czy drobnych różnic itp. Nie ulega wątpliwości, że wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z omyłką mamy do czynienia w przypadku, gdy wykonawca w sposób niecelowy a czasami, jak to ma miejsce w tym przypadku, nie dochowując należytej staranności przy wypełnianiu formularzy, składa w swojej ofercie oświadczenie o określonej treści, czyniąc to omyłkowo. (...) Zamawiający więc poprawia omyłkę wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę lub też dotyczy takich elementów, które nie powodują ingerencji w treść oferty i nie prowadzą do ustalenia nowej jej treści. " W cytowanym wyżej orzeczeniu Izba uznała za dopuszczalne uzupełnienie treści formularza polegające na doprecyzowaniu informacji na temat faktu, który miał wcześniej miejsce.

W wyroku z 20 września 2020 r. (KIO 2084/20) Izba wskazała natomiast, że „przepisy Pzp nie zawierają zakazu poprawiania omyłek dotyczących danych podlegających ocenie w kryteriach, na podstawie których dokonywany jest wybór oferty najkorzystniejszej". Z kolei w wyroku z 3 stycznia 2019 r. (KIO 2569/18) stwierdziła, iż „ Ograniczenie wyjaśniania w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. części treści oferty podlegającej ocenie w kryterium pozacenowym nie wynika ze wzmiankowanego przepisu, który przewiduje jedynie zakaz negocjowania treści złożonej oferty

Wreszcie, odnieść należy się również do orzeczenia KIO wydanego w dniu 5 lutego 2021 r. (KIO 88/21) w niniejszym postępowaniu. Wynika z niego, iż wykonawca nie miał obowiązku podawania w formularzu oferty dokładnej nazwy funkcji jaką pełniła osoba mająca wykazać doświadczenie do wykonania zamówienia, jeżeli w rzeczywistości pełniła wymaganą funkcję (tu inspektora nadzoru) i zdobyła doświadczenie. Analogicznie ma się zatem sytuacja w niniejszej sprawie- niewłaściwe wskazanie funkcji pełnionych przez P. G., nie dyskwalifikuje zdobytego przez niego doświadczenia, jeśli - tak jak ma to miejsce rzeczonym przypadku - w rzeczywistości je zdobył.

Skoro zatem skutek udzielonych wyjaśnień nie zmieniła się treść oferty, w szczególności wskazany w niej poziom doświadczenia osoby skierowanej do pełnienia funkcji inspektora nadzoru, oferta Wykonawców powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.”.

W dniu 12.02.2021 r. Zamawiający wezwał z kolei Odwołującego do wyjaśnień:
„1. Na rzecz jakich faktycznie instytucji lub podmiotów Pan P. G. pełnił funkcje kierownika robót mostowych, ponieważ pierwotnie wskazane przez Wykonawcę nazwy i adresy podmiotów lub instytucji w załączniku nr 7/1 do S1WZ poz. 1 i 4 nie pokrywają się (są

odmienne) z nazwami i adresami podmiotów lub instytucji wynikającymi z przedłożonych referencji.

2. Jakie faktycznie były nazwy zadań na których Pan G. pełnił funkcję kierownika robót ponieważ inne nazwy są w referencji i kopiach dziennika budowy a inne w załączniku nr 7/1 do SIWZ (dot. poz. 1 i 4.

Ponadto proszę o doprecyzowanie rodzaju/zakresu nadzorowanych robót tzn. czy była to budowa, odbudowa lub rozbudowa mostu, wiaduktu lub estakady o długości całkowitej między podporami skrajnymi min. 50 m zgodnie z pkt 14.2.2. SIWZ - dot. zadań wymienionych w poz. 1, 3 i 4 załącznika nr 7/1.”.

W ramach odpowiedzi z 16.02.2021 r. Odwołujący stwierdził:

„Ad 1)

Druga kolumna załącznika nr 7/1 do SIWZ nosiła nazwę „Nazwa i adres podmiotu lub instytucji, na rzecz której wskazana osoba pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika robót”. Tym samym Wykonawca w kolumnie tej wpisał nazwę podmiotu lub instytucji dla której Pan P. G. pełnił funkcję kierownika robót tj. kolejno w pozycji 1: PKP PLK S.A. a w pozycji 4: GDDKiA O/Warszawa. Zgodnie z art. 18 ustawy prawo budowlanego to do obowiązków Inwestora należy zapewnienie kierownika budowy i ew. kierownika robót. Pan P. G. pełnił samodzielną funkcję techniczną w budownictwie dla wskazanych w załączniku 7/1 Inwestorów. Tym samym informacje zawarte w załączniku nr 7/1 są poprawne.

Niemniej jednak w celu wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego, pragniemy wyjaśnić, że Pan P. G. był zatrudniony u Wykonawcy robót (lub podwykonawcy), na którego to obowiązek zapewnienia kierownika budowy i kierowników robót został przerzucony, co jest zjawiskiem powszechnym. Wykonawcą robót który zatrudniał Pana P. G. dla zadania wskazanego w poz. 1 była firma Astaldi S.p.a., a dla zadania wskazanego w poz.4 firma IMB Podbeskidzie sp. z o. o., która współpracowała z Generalnym Wykonawcą robót firmą PORR S.A., jako podwykonawca.

Ad 2)

Rzeczą powszechną jest, że nazwy tych samych zadań wskazane w dokumentacji przetargowej, umowie z wykonawcą robót, umowie z Nadzorem Inwestorskim, umowie o dofinansowanie czy w Decyzji pozwolenie na budowę (lub Decyzja ZRID) nie zawsze są ze sobą zbieżne pod względem nazwy. Poniżej wskazujemy nazwy Zadań:

Pozycja 1:

Podana w zał. 7/1 nazwa zadania: „Budowa połączenia kolejowego MPL Kraków - Balice, odcinek Kraków Główny - Mydlniki - Balice”

Nazwa zadania w referencjach: „Budowa połączenia kolejowego MPL Kraków-Balice z Krakowem, odcinek Kraków Główny - Mydlniki - Balice wraz z nadzorem autorskim”

Nawa zadania funkcjonująca u Zamawiającego: „Budowa połączenia kolejowego MPL "Kraków - Balice" z Krakowem, odcinek Kraków Główny - Mydlniki - Balice”

Wszystkie powyższe nazwy dotyczą tego samego zadania, tych samych robót.

Pozycja 2:

Podana w zał. 7/1 nazwa zadania: „Budowa drogi ekspresowej S2 ode. Konotopa Puławska wraz z budową łącznika z PML Okęcie - węzeł Marynarska”

Nazwa zadania w referencjach: „Budowa drogi ekspresowej S2 odcinek Konotopa - Puławska wraz z budową łącznika z MPL Okęcie”

Nawa zadania funkcjonująca u Zamawiającego: „Budowa drogi ekspresowej S2 (POW) na odcinku od węzła „Lotnisko” do węzła „Puławska” wraz z budową drogi ekspresowej S79 (N-S) na odcinku od węzła „Lotnisko” do węzła „Marynarska”

Nazwa zadania w Dzienniku Budowy: „Budowa drogi ekspresowej w korytarzu rezerwowym pod autostradę A-2 na odcinku północna obwodnica Warszawy (POW) od węzła „Lotnisko” do węzła „Puławska”

Wszystkie powyższe nazwy dotyczą tego samego zadania, tych samych robót.

Ad3

Zgodnie z treścią SIWZ, osoba skierowana do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru robót mostowych - Kierownik Zespołu Nadzoru Inwestorskiego, winna posiadać doświadczenie przy realizacji zadania polegającego na budowie, odbudowie lub rozbudowie mostu, wiaduktu lub estakady. Zgodnie z ustawą prawo budowlane przez budowę należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego.

Poniżej pragniemy doprecyzować rodzaj/zakres nadzorowanych robót:

Pozycja 1: Zadanie dotyczyło budowy linii kolejowej , w ramach której wykonano roboty polegające na budowie wiaduktu o długości całkowitej między podporami skrajnymi powyżej 50m

Pozycja 3: Zadanie dotyczyło budowy drogi, w ramach której wykonano roboty polegające na rozbudowie wiaduktu o długości całkowitej między podporami skrajnymi powyżej 50m. Zmianie uległy parametry charakterystyczne obiektu WD-2 tj. długość czy szerokość.

Pozycja 4: Zadanie dotyczyło budowy drogi, w ramach której wykonano roboty polegające na budowie wiaduktu o długości całkowitej między podporami skrajnymi powyżej 50m.”.

W dniu 16.02.2021 r. Zamawiający wezwał natomiast Odwołującego do wyjaśnień: „W związku z wyjaśnieniami Wykonawcy z dnia 16.02.2021 r., z których jednoznacznie

wynika, że Pan P. G. pełnił funkcje kierownika robót mostowych na rzecz inwestorów wskazanych w załączniku 7/1 do SIWZ w poz. 1 i 4 tj. PKP PLK S.A. ul. Targowa 74 03-734 oraz Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Warszawa ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa Zamawiający (wzywa Wykonawcę do złożenia) w nieprzekraczalnym terminie do dnia 18 lutego 2021 r., dokumentów wystawionych przez wskazane wyżej podmioty potwierdzające pełnienie przez Pana P. G. funkcji kierownika robót mostowych na zadaniach podanych w załączniku nr 7/1 do SIWZ wraz z terminami zakończenia tych zadań a także wskazaniem rodzajów/zakresów oraz parametrów technicznych obiektów na których Pan P. G. pełnił funkcje kierownika robót mostowych.”

W ramach odpowiedzi z 18.02.2021 r. Odwołujący stwierdził: „Żądanie przedłożenia dokumentów wystawionych przez zamawiających z inwestycji, na których pan P. G. pełnił funkcję kierownika robót, jest nieuprawnione. Pragniemy wskazać, iż Zamawiający, zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (a która znajduje jeszcze zastosowanie do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) może żądać wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji (...) zamawiający wskazuje z ogłoszeniu o zamówieniu lub. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W żadnym z tych dokumentów wymóg przedłożenia pisma pochodzącego od zamawiających się nie znalazł. Jednocześnie, pragniemy wskazać, że nawet gdyby Zamawiający chciał w tym zakresie sformułować wymóg w treści SIWZ dotyczący wykazania doświadczenia osoby przewidywanej do pełnienia funkcji inspektora nadzoru, to, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wymóg ten - stosownie do § 2 pkt 10 nie mógłby odnosić się do oświadczenia zamawiającego. Referencji od zamawiających można żądać, zgodnie z przepisami ww. rozporządzenia jedynie w przypadku wykazywania z zdolności technicznej lub zawodowej polegającej na zdobyciu doświadczenia w wykonaniu robót /usług przez samego wykonawcę.

Chcemy podkreślić zatem, iż fakt pełnienia przez pana P. G. funkcji kierownika robót na zadaniach wskazanych w ofercie, może zostać wykazany każdym, dowolnym środkiem dowodowym. Na potwierdzenie prawdziwości oświadczenia złożonego w ofercie (z uwzględnieniem sprostowania omyłki dokonanego w naszych wyjaśnieniach z 16 lutego br.) przedkładamy obecnie pismo Inżyniera Projektu, który był Przedstawicielem Zamawiającego akceptujące kierowników robót (w tym Pana P. G. jako kierownika robót mostowych) na zadaniu „Budowa połączenia kolejowego MPL „Kraków-Balice” z Krakowem, odcinek Kraków Główny - Mydlniki - Balice”. Doświadczenie Pana P. G. w pełnieniu funkcji kierownika Robót

mostowych na zadaniu Budowa drogi ekspresowej S2 odcinek Konotopa - Puławska wraz z budową łącznika z MPL Okęcie zostało udokumentowane we wcześniejszej naszej korespondencji referencjami i zapisami Dziennika Budowy.

Odnosząc się do oczekiwania Zamawiającego w zakresie wskazania parametrów technicznych nadzorowanych obiektów przesyłamy wycinek z opisów technicznych: wiaduktu w km 5,222 toru 1KB (km 65,596 linii 133) - kontrakt dla PKP PLK I obiektu WL-43 - kontrakt dla GDDKiA Warszawa.”.

Jednocześnie równoległe z odwołaniem Odwołujący przesłał do Zamawiającego pismo z 09.03.2021 wraz z załącznikami przywołanymi powyżej w uzasadnieniu. W ramach tego pisma stwierdził, że: „W nawiązaniu do dokonanej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z pismem znak: ZDP.272.11.2020 z dnia 04.03.2020 r. działając na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, niniejszym jako uczestnik postępowania informuję o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty nie spełniającej warunków udziału w postępowaniu i zawierającej nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. W związku z powyższym wnoszę o powtórzenie czynności oceny ofert biorąc pod uwagę poniższe uzasadnienie oraz załączone dokumenty i w konsekwencji wykluczenie z postępowania wykonawcy Budownictwo Inżynieryjne „P-0 MOST” P. O. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Firma Budownictwo Inżynieryjne „P-0 MOST” P. O. (dalej: P-0 MOST), w celu oceny przez Zamawiającego pozacenowych kryteriów oceny oferty - „Doświadczenie inspektora nadzoru”, w załączniku nr 7/1 do SIWZ w ofercie złożonej w terminie przewidzianym na składanie ofert, wskazała w wykazie doświadczenia zawodowego inspektora nadzoru w zakresie robót mostowych 2 wiadukty: WD-17 i WD-23 wykonane w ramach kontraktu pn.: „Wykonanie „Rozbudowy drogi krajowej nr 8 Warszawa - Białystok do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Wyszaków - granica województwa podlaskiego, odcinek 1b - węzeł „Poręba” (bez węzła) - obwodnica Ostrowi Mazowieckiej od km 529+470,00 do km 545+582,04 o długości ok. 16,11 km”. W podanym wykazie, firma P-0 MOST opisuje nazwę zadania, opis robót, w tym: rodzaj/zakres, parametry techniczne, pełnioną funkcję, wartość robót oraz datę wykonania.

Kryteria wynikające z pkt 14.2.2 SIWZ, Część nr 1: Za doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika robót przy realizacji zadania polegającego na budowie, odbudowie lub rozbudowie mostu, wiaduktu lub estakady o długości całkowitej między podporami skrajnymi min. 50 m. wykonanego

(zakończonego) nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (poza zadaniem, które zostanie wykazane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.2) Wykonawca otrzyma:

10 pkt - za 1 zadanie;

20 pkt - za 2 zadania;

30 pkt - za 3 zadania;

40 pkt - za 4 i więcej zadań.

Jeżeli w ramach jednego zadania pełniona była funkcja inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika robót na więcej niż jednym obiekcie, Zamawiający przyjmie do oceny sprawowanie w/w funkcji na każdym obiekcie.

Firma Eksametr Sp. z o.o. jako uczestnik postępowania, stwierdziła wadliwość przedłożonego wykazu doświadczenia inspektora nadzoru w zakresie robót mostowych, ponieważ z informacji uzyskanych własnym staraniem wynika, że długość całkowita między podporami skrajnymi wiaduktów WD-17 oraz WD-23 jest mniejsza niż wymagane 50 m, o czym świadczą zapisy w Projekcie Wykonawczym. Zgodnie z dokumentacją projektową zarówno wiadukt WD-17 jak i wiadukt WD-23 mają długość całkowitą wynoszącą 36,80 m. Ponadto, wiadukt WD-17 nie jest wiaduktem czteroprzęsłowym o konstrukcji podzielonej na 3 segmenty, ponieważ pozostałe obiekty wykonane w rejonie wiaduktu WD-17, tj.: WD-17A, WD-17B są zupełnie odrębnymi i samodzielnymi obiektami inżynierskimi, posiadającymi osobną dokumentację projektową, o czym świadczą zapisy dokumentacji projektowej. Obiekt WD-17 ma konstrukcję dwunawową/dwuprzęsłową o rozpiętości przęsła 17,90 m + 17,90 m. Analogiczna sytuacja jest w przypadku wiaduktu WD-23, który nie jest wiaduktem trójprzęsłowym o konstrukcji podzielonej na 3 segmenty, ponieważ obiekt wykonany w rejonie wiaduktu WD-23, tj., WD-23A jest zupełnie odrębnym i samodzielnym obiektem inżynierskim, posiadającym osobną dokumentację projektową, o czym świadczą zapisy dokumentacji projektowej. Obiekt WD-23 ma konstrukcję dwunawową/dwuprzęsłową o rozpiętości przęsła 17,90 m + 17,90 m. Co więcej, wartości tych obiektów podane przez firmę P-O MOST również nie są zgodne z prawdą, o czym świadczy Przejściowe Świadcstwo Płatności nr 32. Firma P-O MOST wykazuje wartość obiektu WD-17 w kwocie 20.558.668,32 zł brutto, natomiast rzeczywista wartość obiektu zgodnie z PŚP wynosi 15.645.544,99 zł brutto. Natomiast wartość obiektu WD-23 firma P-O MOST wykazuje w kwocie 12.163.749,70 zł brutto, a rzeczywista wartość obiektu zgodnie z PŚP wynosi 10.240.705,73 zł brutto.

Mając powyższe na uwadze, podane przez firmę P-O MOST obiekty WD-17 i WD-23 nie spełniają pozacenowego kryterium oceny ofert. Należy stwierdzić, że informacje wskazane przez firmę P-O MOST dotyczące doświadczenia inspektora nadzoru w zakresie robót mostowych nie były zgodne ze stanem faktycznym i nie spełniają wymagań

Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Firma P-0 MOST w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przedstawiła informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”

Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że nie rozpoznawała nowych zarzutów sformułowanych przez Odwołującego na rozprawie (zgodnie bowiem z art. 555 NPzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu). Za nowe zarzuty, Izba uznała te dotyczące, co do nieścistości lub braków w zakresie pełnionej funkcji (względem braku wskazania przez Przystępującego pełnienia funkcji inspektora na wykonanych zadaniach), czy też rodzaju robót (dotyczy obiektu WD 17 i 23, że były to przejścia dla zwierząt, a nie mosty, wiadukty lub estakady). Podobnie, co do załącznika nr 5/1 Przystępującego. Izba nie będzie się także odnosić do innego orzeczenia o sygn. akt: KIO 82/21 odsyłając do uzasadnienia na str. 30 i następnej. Nadto, Izba nie rozpoznawała nowej okoliczności, tj. nowej podstawy wykluczenia wskazanej przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie (nowego zarzutu względem Odwołującego) oraz na rozprawie, co do poz. 3 załącznika nr 7/1 Odwołującego. Podobnie, co do faktycznego zakresu usług realizowanych przez p. P. G. na rzecz podwykonawcy IMB Podbeskidzkie. Tak bowiem, jak nie rozpoznaje się nowych zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, tak na zasadzie analogii nie rozpoznaje się nowych okoliczności, nowej podstawy wykluczenia, która nie była zawarta w informacji o wyborze (gdzie była także informacja o wykluczeniu) z 04.03.2021 r. (sprostowanie z 08.03.2021 r.). Izba wskazuje niniejsze za wyrokiem KIO z 02.02. 2021 r., sygn. akt: KIO 39/21: „(...)Tak bowiem jak Odwołujący nie może formułować nowych zarzutów na rozprawie, tak i Zamawiający nie może formułować nowych podstaw w tym wypadku odrzucenia, ponad to co znajdowało się w informacji o odrzuceniu z 23.12.2020 r. Tak też w wyroku KIO z 02.02.2021 r., sygn. akt: KIO 6/21, KIO 12/21(...)”.

Odnosnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu. W tym wypadku, Izba uznała zasadność czynności Zamawiającego, co do zadania 1 i 4 wykazu Odwołującego - „Doświadczenie inspektora nadzoru”. Należy zgodzić się że Zamawiający trafnie wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust.1 pkt 17 Pzp, z uwagi na zaistnienie informacji wprowadzających w błąd, tak co do funkcji pełnionej przez p. P. G.

w zadaniu 1 i 4, jak również w zakresie nazw podmiotów na rzecz których realizowane były powyższe usługi. Tak w pierwszym, jak i w drugim przypadku Odwołujący potwierdził odmienny stan faktyczny od wskazanego pierwotnie w wykazie każdorazowo przedstawiając określone wyjaśnienia. W pierwszym wypadku stwierdzając, że p. P. G. pełnił rolę kierownika robót, a nie inspektora we wskazanych zadaniach, co także jest punktowane. W drugim wypadku stwierdzając, że wypełnienie wykazu – załącznika nr 7/1 kierował się art. 18 Prawa Budowlanego. Jednakże nie zmienia to okoliczności faktycznej, że nie taką jak pierwotnie wskazaną rolę, tj. funkcje pełnił Odwołujący, zaś w drugim wypadku, że podmiotami na rzecz których realnie usługi były wykonywane to inne podmioty (notabene wskazane w wyjaśnieniach Odwołującego z 16.02.2021 r.), wynika to też z załączonych referencji.

W ocenie Izby, nie mamy tutaj do czynienia z omyłką, ale błędem (do tego co należy podkreślić błędem nieusuwalnym), gdyż nie można zastąpić informacji nieprawdziwych informacją prawdziwą. Nadto, wykaz dotyczy kryterium pozacenowego punktowanego. Jakakolwiek ingerencja, co do zasady jest niedopuszczalna, a zwłaszcza taka która prowadziłaby do de facto całkowitej zmiany pierwotnej treści ocenianego kryterium, czyli treści oferty punktowanej i zastąpienia jednej treści zupełnie odmienną. Jak trafnie wskazał Zamawiający w informacji o wyborze i odpowiedzi na odwołanie dopuszczalne są pewne uszczegółowienia, ale nie zupełna zmiana. Izba popiera stanowisko wyrażone w wyrokach o sygn. akt: KIO 637/17 (z 19.04.2017 r.): *„Zdaniem Izby, zgodzić należy się z Zamawiający co do zasady, że informacje zawarte w ofertach wykonawców i oceniane w kryteriach oceny ofert nie podlegają uzupełnieniu i modyfikacji po upływie terminu na składanie ofert. Izba podkreśla, że ocena czy doszło do niedopuszczalnego uzupełnienia bądź zmiany treści oferty winna być dokonywana w konkretnych okolicznościach faktycznych sprawy.”* oraz o sygn. akt: KIO 1598/18 (z 30.08.2018 r.): *„Izba podzieliła natomiast argumentację Zamawiającego w zakresie braku możliwości poprawy oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie ulega wątpliwości, iż informacje zawarte w ofertach i oceniane w ramach kryteriów oceny ofert nie podlegają uzupełnieniom, czy modyfikacjom po upływie terminu składania ofert. W orzecznictwie Izby wskazuje się na dopuszczalność ewentualnych wyjaśnień treści oferty w zakresie informacji podlegających ocenie w świetle kryteriów oceny ofert w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże powyższe musi być wykonywane bardzo ostrożnie, tak, aby nie prowadziło do zmiany oferty, w tym także jej niedozwolonego uzupełnienia. Powyższe nie może także prowadzić do wrażenia negocjowania przez zamawiającego i wykonawcę treści oferty, w szczególności w celu przyznania jej dodatkowych punktów (tak KIO w wyroku z dnia 22 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 290/17). Zauważyć bowiem należy, iż oświadczenie wykonawcy w zakresie elementów oferty*

ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert ma szczególne znaczenie, gdyż wpływa bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.”.

Jednocześnie Odwołujący, mimo, że cytował na rozprawie kontekst zmian w stanie prawnym między art. 24 ust. 2 pkt 3, a art. 24 ust.1 pkt 17 Pzp zupełnie pomija, że aktualnie błąd nie musiał być wynikiem działania celowego, obecnie wystarczy niedbalstwo. Niewątpliwie wyjaśnienia w tym zakresie przedstawione w toku wyjaśnień oraz w odwołaniu potwierdzają niedbalstwo – roztargnienie jest tego przejawem. Kwestia profesjonalnego charakteru Wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą i spoczywającego na nim obowiązku dochowania należytej staranności jest ugruntowanym i niezmiennym stanowiskiem orzecznictwa. Jednocześnie kwestia wpływu na wynik została trafnie przedstawiona przez Zamawiającego w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odpowiedzi na odwołanie, jak i na rozprawie. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że skoro i tak kierownik robót był punktowany, to taka zamiana z inspektora na kierownika nie ma wpływu na wynik. Po pierwsze dlatego, gdyż konieczna byłaby (co jest niedopuszczalne) zmiana załącznika nr 7/1, po drugie obecnie ów wpływ nie musi zaistnieć wystarczy wpływ hipotetyczny (wyrok SO w W-wie z 20.07.2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 849/18 oraz SO we Wrocławiu z 28.10.19 r., sygn. akt: Ga 733/19). We wskazanych wyrokach sądy szczegółowo przedstawiły różnice między poprzednim a aktualnym stanie prawnym: *„(..) W tym miejscu należy mając na uwadze charakter sporu między stronami sformułować kilka uwag natury ogólnej. Należy nadmienić, iż w związku z wejściem w życie z dniem 28 lipca 2016 r. ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), w zakresie dotyczącym dokumentów składanych przez wykonawców oraz formy w jakiej te dokumenty mają być składane, zaszły liczne zmiany. Ustawodawca krajowy przewidział, za prawodawcą unijnym, że głównym źródłem wiedzy zamawiającego odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, elementów mogących mieć wpływ na ocenę w kryteriach oceny ofert, jak też związanych z przedmiotem zamówienia, staną się oświadczenia własne wykonawcy. Odzwierciedleniem tego podejścia jest przepis art. 24 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający, opierając się na oświadczeniu podmiotu składającego ofertę, dokonuje oceny złożonych ofert, ograniczając się następnie do badania oferty uznanej za najkorzystniejszą. Tym samym innego niż dotychczas znaczenia nabierają kwestie prawdziwości oświadczeń składanych przez wykonawcę w toku postępowania, jak też rzetelność przekazywanych informacji. Skutkiem bowiem prezentowanych przez wykonawcę danych jest nie tylko kwestia oceny zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z SIWZ, ale też spełnienia warunków udziału w postępowaniu a nawet uzyskanie określonej pozycji w rankingu ofert, a w rezultacie uznanie oferty tego wykonawcy za najkorzystniejszą. W nowelizacji ustawy*

Pzp z 2016r. przewidziano również sankcje dla wykonawcy, który składając powyższe oświadczenia przedstawił informacje nieprawdziwe. Zgodnie z normą art. 24 ust. 1 pkt 16 z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, z kolei art. 24 ust. 1 pkt 17 stanowi, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na jego decyzje podejmowane w postępowaniu. O ile w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp jednoznacznie wskazano, że może być zastosowany wyłącznie jeśli podanie nieprawdziwych informacji było celowym (zamierzonym) działaniem wykonawcy lub jest skutkiem rażącego niedbalstwa, to w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp odpowiedzialność wykonawcy ukształtowana została w sposób odmienny. Przepis ten dopuszcza zatem wykluczenie wykonawcy w sytuacji wprowadzenia w błąd zamawiającego w wyniku zachowań nieumyślnych wykonawcy tj. lekkomyślności lub niedbalstwa. Zgodnie z art. 14 ustawy PZP do oceny czynności dokonywanych przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego - dalej k.c., a zgodnie z art. 355 1 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przez należyłą staranność rozumie się określony sposób postępowania, mający prowadzić do spełnienia świadczenia, pewien model czy wzorzec skonstruowany z reguł postępowania (Kodeks cywilny - komentarz; red. E. Gniewek, p. Machnikowski CH BECK Warszawa 2017 r.) Przepisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak w Wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (tak w Wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo, w stosunku do profesjonalistów, miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż zgodnie z art. 355 2 k.c. należyłą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, a zatem konstruując wzorzec należytej staranności przedsiębiorcy w stosunkach jednostronnie i obustronnie profesjonalnych należy brać pod uwagę to, że jego działalność ma charakter profesjonalny (zawodowy), co oznacza między innymi, że prowadzona jest stale i przynajmniej w założeniu, oparta na szczególnej wiedzy

i umiejętnościach. Prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania otoczenia co do wiedzy, skrupulatności i rzetelności podmiotu prowadzącego taką działalność (Kodeks cywilny - komentarz; red. E. Gniewek, P. Machnikowski CH BECK Warszawa 2017 r.). Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. W tym wypadku wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości bowiem te, składane w toku przetargu, zmierzają do udzielenia zamówienia publicznego temu właśnie wykonawcy i mają wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. W opinii Sądu, w niniejszej sprawie spełniły się zgodnie z dyspozycją przywołanego przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp łącznie następujące okoliczności: skarżący jako wykonawca na skutek niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a informacje te, mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. (...) Przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p z jednej strony nie ogranicza zakresu podawanych przez wykonawcę informacji, albowiem nie precyzuje (odmiennie niż w przypadku przesłanki wynikającej z art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.) o jakie informacje chodzi. Z drugiej strony obejmuje on także informacje wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. a zatem informacje, że wykonawca: nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, spełnia obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria selekcji albowiem te informacje zawsze mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego. A zatem informacje przedstawione przez skarżących na potwierdzenie spełnienia warunków udziału są informacjami istotnymi w rozumieniu pkt 17. Trzeba podkreślić, że przepis wskazuje na skutek wykluczenia nawet w przypadku gdy informacja wprowadzająca w błąd mogła wyłącznie hipotetycznie lub potencjalnie wpłynąć na decyzje i czynności podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Przy czym badanie tego wpływu należy dokonywać na moment przedstawienia nieprawdziwych informacji tj. w niniejszej sprawie na moment złożenia oferty przez skarżących (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2019 r., KIO 82/19 oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lutego 2018 r., KIO 185/18). Wystarczającym dla zastosowania sankcji jest, aby zaistniała możliwość takiego wpływu, o czym świadczy użycie sformułowania "mogące mieć wpływ", który taką możliwość, a nie skutek wyraża. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2019 r., KIO 271/19). W świetle w.w przepisu wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. (...) Celem uregulowania przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP jest zabezpieczenie zamawiającego przed nierzetelnymi wykonawcami, takimi którzy przedstawiają zamawiającemu informacje

niezgodne ze stanem faktycznym, nawet jeśli wynika to z niedołożenia należytej staranności przez wykonawcę przy opisie „nadprogramowych inwestycji” w wykazie robót, spowodowanych błędnym mniemaniem co do ich istotności. Tak rozumiana rzetelność wykonawcy podającego informacje jest poddana w wątpliwość na etapie podania tych informacji i to niezależnie od późniejszego toku postępowania. Przesłanka ta nie ma na celu zapobieżenie wyborowi wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu (w tym celu uregulowana została przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp), lecz ma zabezpieczać zamawiającego przed wykonawcami nierzetelnymi, naruszającymi zaufanie instytucji zamawiającej już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia.” (za wyrokiem SO we Wrocławiu z 28.10.19 r., sygn. akt: Ga 733/19) - „(...) Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (tzn. jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego jednak nie dojdzie) lub niedbalstwa (tzn. podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. (...) Podkreślić należy, że ustawodawca krajowy, implementując do prawa krajowego art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy 2014/24/UE (korespondujący z brzmieniem wcześniejszego art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy 2004/18/WE) wprost wskazał, iż działanie wykonawcy w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może być to również działanie nieumyślne, tj. działanie niedbałe. Konstrukcja omawianego przepisu pozwala na przyjęcie, że zachowanie wykonawcy przy podaniu informacji zamawiającemu podlega ocenie na kanwie art. 355 I k.c. (tak np. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 20.03.2017 r., KIO 382/17, LEX nr 2261033), zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Podkreślić również należy, że w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 §2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności - za takiego profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Punktem wyjścia do rozważań winny być bowiem przesłanki wykluczenia z powołanego i omówionego już art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., gdzie relewantne dla jego zastosowania jest samo zachowanie wykonawcy. W istocie relewantne są tu dwie przesłanki — wina (umyślna/nieumyślna) wykonawcy oraz treść informacji (mogąca mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia). Stan wiedzy, czy w ogóle zachowanie Zamawiającego, nie mają tu żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia to, czy Zamawiający skutecznie został w wprowadzony w błąd, na skutek czego podjął jakiegokolwiek decyzje, czy wykonał jakiegokolwiek czynności.

*Takie stanowisko znajduje uzasadnienie nie tylko w zaprezentowanej wykładni gramatycznej i celowościowej, ale jest również zgodne z teorią racjonalnego ustawodawcy. Gdyby bowiem wola ustawodawcy była inna, dałby temu wyraz w brzmieniu przepisu, jak uczynił to choćby w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., który *expressis verbis* wskazuje na określony, zamknięty katalog dokonanych, konkretnych okoliczności Zamawiającego tj.: przesłanki wykluczenia, warunki udziału i kryteria selekcji. Omawiana podstawa prawna posługuje się zaś pojęciem nieostrym, niedookreślonym (okoliczności mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia), co *per se* oznacza, że zakres stosowania tego przepisu jest bardzo szeroki. Oznacza to, że zachowanie Zamawiającego nie ma tu żadnego znaczenia. Uznając nawet, że Zamawiający w powołaniu na wypracowane notorium zachowałby ostrożność w podejmowaniu decyzji, czy dalszych czynności, w sprawie, to i tak należy dojść do wniosku, że samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia. Spełniona bowiem została również przesłanka, o której mowa w dalszej części przepisu 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., tj.: potencjalna możliwość wywierania istotnego wpływu na decyzje Zamawiającego, gdyż błąd popełniony przez Odwołującego dotyczy oceny ofert w postępowaniu zgodni przyjętymi kryteriami określonymi przez Zamawiającego. Kwestia ta dotyczy zatem ilości punktów zdobytych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a więc, *m.in.* na podstawie, kwestionowanych informacji, dochodziłoby do wyboru oferty najkorzystniejszej, co potencjalnie mogłoby wypaczać wynik całego postępowania. Zastrzec przy tym należy, że dla spełnienia tej przesłanki wystarczająca jest sama możliwość wywierania wpływu na zachowanie Zamawiającego. *A contrario*: Zamawiający nie musiał faktycznie dokonać na podstawie tych informacji żadnej czynności. (...)" (za wyrokiem SO w W-wie z 20.07.2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 849/18).*

Odnośnie wątpliwości wyrażonych przez Odwołującego co do prowadzonego względem niego postępowania wyjaśniającego i naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w kontekście wykluczenia dokonanego względem Odwołującego należy zauważyć co następuje. Po pierwsze procedura wyjaśnień, co wielokrotnie podkreślał Odwołujący, jak i Zamawiający była wynikiem pojawienia się dokumentu, który potwierdził złożenie nieprawdziwych informacji na poprzednim postępowaniu odwoławczym w sprawie KIO 82/21. Następnie, zaś potwierdzone już w pierwszych wyjaśnieniach. Jednocześnie, należy zauważyć, że póki Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania treści załącznika nr 7/1, czy też innych załączników, póty nie prowadził postępowania wyjaśniającego. Jedno też z wezwań z 16.02.2021 r., a w efekcie wyjaśnienia z 18.02.2021 r. było wynikiem zgłoszonych uwag i wątpliwości wyrażonych pismem z 16.02.2021 r. przez Przystępującego. Nadto, Zamawiający podkreślał, że kwestie zawarte w załączniku nr 7/1 Przystępującego nie były

wyjaśniane, gdyż informacje na ta okoliczność były zawarte w poświadczeniu dołączonym do oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu. Przedstawione przez Przystępującego stanowisko w jego piśmie procesowym została poparta licznymi dowodami dołączonymi do tego pisma. Potwierdzają one, że wiadukt WD 17 i WD 23 są wiaduktami o długości całkowitej między podporami skrajnymi min. 50 m (co wynika z Poleceń Zmian nr 2/17 i 3/17). Względem wartości obiektów, Izba podzieliła i uznała za własną stanowisko Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: *"Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, co słusznie zauważył uczestnik w odpowiedzi na skargę."*), że skoro Zamawiający nie stawiał wymogu odnośnie wartości obiektów w pkt 14.2.2 SIWZ Cz. 1, to w żaden sposób nie wpływały te informacje, ani nie mogły wpływać na przyznanie punktacji w ramach kryterium pozacenowym. W konsekwencji nie spełniły się wszystkie trzy przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego powyżej obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodniczący:

.....