

Wyrok
z dnia 29 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 27 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 września 2020 r. przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Łódzkie, Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi, al. Piłsudskiego 12, 90-051 Łódź**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o., ul. Południowa 17/19 z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim** przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.1. zasądza od wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** na rzecz zamawiającego - **Województwo Łódzkie, Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania – wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Województwo Łódzkie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 713 przejście przez Tomaszów Mazowiecki - II etap ” w ramach zadania: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 713 na odcinku Andrespol — Ujazd oraz Tomaszów Mazowiecki — Januszewice wraz z przejściem przez Tomaszów Mazowiecki” (nr postępowania DZ.342.20.20202) Ogłoszenie: Dz.U./S S97 19/05/2020 230829-2020-PL

Odwołujący: STRABAG Sp. z o.o. w Pruszkowie wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy - Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych Sp. z o.o. w Piotrkowie Trybunalskim (PRDM) niegodnie z przepisami ustawy pzp.

I. Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust 4 ustawy pzp - przez zaniechanie wykluczenia PRDM z postępowania, a w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą pomimo tego, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca przedstawił informacje wprowadzając w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje w postępowaniu w zakresie doświadczenia G. G. wskazanego do pełnienia funkcji Kierownika Robót Drogowych; doświadczenie stanowiło kryterium oceny ofert,

2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust 1 i 3 pzp - przez wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, pomimo że prawidłowa ocena tego wykonawcy powinna prowadzić do jego wykluczenia, a w konsekwencji odrzucenia oferty, co powinno uniemożliwić sklasyfikowanie złożonej przez niego oferty na miejscu pierwszym.

W związku z powyższymi zarzutami wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, dokonanie powtórnej oceny ofert, wykluczenie przystępującego i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, złożył ofertę sklasyfikowaną na miejscu drugim. Prawidłowa ocena powinna prowadzić do wykluczenia Przedsiębiorstwa i uznania jego oferty za odrzuconą, a w konsekwencji do sklasyfikowania Odwołującego na miejscu pierwszym.

Zgodnie z pkt 18 SIWZ, kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu była cena stanowiąca 60% wagi, okres rękojmi z 20 % wagi oraz doświadczenie kierownika budowy i kierownika robót drogowych odpowiednio - 12 % i 8%.

W pkt 18.6 SIWZ, Zamawiający precyzyjnie i wyczerpująco opisał sposób oceny tego kryterium wskazując, że: „ 18.6. Kryterium „ doświadczenie kierownika robót drogowych (D) ” Kryterium to rozpatrywane będzie na podstawie pkt 5 Formularza Oferty, gdzie wykonawca wskaże doświadczenie osoby wyznaczonej na stanowisko kierownika robót drogowych w miesiącach (minimum 12 miesięcy doświadczenia, 24 miesiące doświadczenia, 36 miesięcy doświadczenia) w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert Minimalne doświadczenie osoby wyznaczonej na stanowisko kierownika robót drogowych opisane jest w warunku 6.3.2. ppkt 1) SIWZ. /.../

Lp. 1 osoba posiadająca uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, która w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję kierownika budowy lub kierownika robót drogowych lub inspektora nadzoru przy min. 2 zadaniach o wartości min. 7 000 000,00 PLN (brutto) każde zadanie, polegających na budowie/przebudowie/ rozbudowie drogi publicznej klasy minimum G, łącznie przez okres: Liczba przyznanych punktów minimum 12 miesięcy 0, minimum 24 miesiące 4 pkt , minimum 36 miesięcy 8 pkt.

Zważywszy, że Formularz Oferty w zakresie kryterium „Doświadczenie kierownika robót drogowych” stanowić będzie część umowy z wyłonionym Wykonawcą, Wykonawca będzie związany proponowanymi rozwiązaniami i odpowiedzialny za realizację zamówienia zgodnie z zaoferowanym zobowiązaniem. Formularz Oferty w części dotyczącej kryterium „Doświadczenie kierownika robót drogowych” nie stanowi dokumentu składanego w celu potwierdzenia spełniania warunków, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W przypadku, gdy Wykonawca wskaże okres doświadczenia kierownika dłuższy niż 36 miesięcy, do oceny oferty zostanie przyjęty okres 36 miesięcy."

W pkt 5 Formularza Oferty Przystępujący wskazał jako osobę na stanowisko kierownika robót drogowych p. G. G. stwierdzając, że „pełnił funkcje kierownika budowy lub kierownika robót drogowych lub inspektora nadzoru przy min. 2 zadaniach o wartości min. 7 mln PLN (brutto) każde zadanie, polegających na budowie/przebudowie/rozbudowie drogi publicznej klasy min. G łącznie przez min. 56 m-cy tj.

Zadanie 1: „ Budowa drogi łączącej rondo Solidarności z ul Rawską w Skierniewicach. ” Wartość zadania 15 831 370, 38 zł brutto. Klasa drogi GP. Pełniona funkcja kierownik robót drogowych w okresie od 3.2014r. do 6.2015r. tj. 16 miesięcy

Zadanie 2: „Budowa przejazdu drogowego pod drogą krajową nr 1. Wartość zadania 9 327 979,29 zł brutto. Klasa drogi GP. Pełniona funkcja kierownik robót drogowych a okresie 04.2015 do 11.2015. tj. 5 miesięcy.

Zadanie 3: „ Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją zadania „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 485 Węzeł Południe na S-8 — Bełchatów

odcinek Pabianice Płd. na S-8 – Dłutów. Pełniona funkcja kierownik budowy. Klasa drogi G. Wartość zadania 41 820 000,00 zł brutto. W okresie od 09.2017 do 07.2020 tj. 35 miesięcy. ” Jak wynika z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, zawartej w piśmie z 14 września 2020 r., Zamawiający dokonując oceny ofert uznał, że PRDM wykazał się doświadczeniem kierownika robót drogowych wynoszącym 56 miesięcy. Za tak ustalone doświadczenie osoby na stanowisko kierownika robót drogowych Zamawiający przyznał wykonawcy 8 pkt.

Odwołujący wskazuje, że nie wszystkie informacje w pkt. 5 Formularza oferty są prawdziwe. W przypadku bowiem inwestycji (zadanie 1 powyżej) w Skierniewicach wg informacji od inwestora tj. Miasta Skierniewice: 1) wykonawca tej inwestycji tj. PRDM nie wskazał osoby pełniącej stanowisko kierownika robót branży drogowej, 2) dla wymienionej inwestycji nie został ustanowiony kierownik robót drogowych, 3) w udostępnionych Dziennikach budowy branży drogowej dla ww. inwestycji brak jest informacji o tym, że wskazany w ofercie p. G. G. pełnił w trakcie ich realizacji funkcje kierownika robót branży drogowej.

Tym samym wpisanie w ofercie informacji sprzecznych z rzeczywistością należy ocenić w kategorii uchybienia skutkującego wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 pzp. Obowiązkiem Wykonawcy było zweryfikowanie podanych przez niego informacji, zwłaszcza jeżeli odnosi się to do informacji mających istotne znaczenie dla prowadzonego postępowania, albowiem odnoszących się punktowanego w ramach kryterium oceny ofert doświadczenia kierownika budowy. Nawet jeżeli nie było to zachowanie świadome, to kwalifikuje się ono jako niedbalstwo lub lekkomyślność, czyli sytuację w której wykonawca nie zweryfikował w sposób dostateczny informacji przekazanych przez inny podmiot.

Zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane (Dz.U. 2020 poz. 1333), uwzględniając stan prawny obowiązujący w dacie wykonywania robót objętych ww. inwestycją i w dacie złożenia oferty, kierownik robót jest samodzielną funkcją techniczną w budownictwie dla której sprawowania konieczny jest objęcie obowiązków kierownika robót potwierdzone wpisem w dzienniku budowy. Brak takiego wpisu powoduje, że nie można skutecznie twierdzić, że taka osoba przy wykonywaniu danych robót pełniła taką samodzielną funkcję techniczną. Nawet jeżeli wykonywała faktycznie czynności przypisywane przykładowo kierownikowi robót. Tym samym nie może powoływać się na doświadczenie zawodowe jako kierownika budowy czy robót.

Odwołujący wskazuje na art. 42 ust 4 ustawy Prawo budowlane, zgodnie z którymi obowiązek ustanowienia kierownika robót aktualizował się w sytuacji konieczności prowadzenia robót budowlanych do kierowania którymi jest wymagane przygotowanie zawodowe w specjalności techniczno-budowlanej innej niż posiada kierownik budowy. Kierownik budowy na tym zadaniu P. M. posiada uprawnienia budowlane w specjalności

drogowej, zatem można było prowadzić roboty drogowe objęte zadaniem bez powoływania kierownika robót branży drogowej dla tej inwestycji.

Odnosząc się do wskazanej w zarzutach odwołania przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp wskazuje się konieczność zastosowania, gdy podanie nieprawdziwych tj. informacji powodujących mylne wyobrażenie o rzeczywistości już tylko hipotetycznie może mieć wpływ na wynik postępowania. Interpretacja przepisu, dokonywana często w por z art. 24 ust 1 pkt 16 pzp, wskazuje, że w przepisie ustawodawca nie oczekuje wywołania stanu „wprowadzenia w błąd”, lecz nakazuje sankcjonować już „przedstawienie informacji wprowadzających w błąd”. Potwierdza to orzecznictwo „Przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp posługuje się zwrotem w formie - "wprowadził w błąd" zatem podstawą wykluczenia nie może być sama próba bądź zamiar wprowadzenia w błąd a jedynie faktyczne wywołanie u zamawiającego mylnego wyobrażenia o faktach dotyczących kwestii podlegania wykluczeniu wykonawcy, spełnienia warunków udziału lub kryteriów selekcji. Ustawodawca odmiennie ukształtował przesłankę wykluczenia w art. 24 ust 1 pkt 17 pzp - dla jej zaistnienia wystarczające jest samo przedstawienie (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacji "wprowadzających w błąd" zamawiającego, które to informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Z powyższego wynika, że po stronie zamawiającego nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach, wystarczającym jest, że takie wyobrażenie mogło powstać. Istotna jest sama treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło”. O tym, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu został wprowadzony w błąd co do kwalifikacji i doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót świadczy ocena wyrażona w informacji o wyborze oferty, z której wynika, że zamawiający przyznał temu wykonawcy 8 pkt uznając, że wykazał się on kierownikiem robót z doświadczeniem w pełnieniu tej funkcji na określonych inwestycjach przez 56 miesięcy. Zamawiający uznał za prawdziwe informacje sprzeczne ze stanem rzeczywistym, co oznacza skutecznie wywołane został u niego wyobrażenie o rzeczywistości innej niż faktyczna.

Ewentualne stwierdzenie, że PRDM nie powinno podlegać wykluczeniu z postępowania z uwagi na to, że informacje o doświadczeniu p. G. nie wpływały na przyznanie punktów w analizowanym kryterium, prowadziłyby do nieuprawnionego różnicowania wykonawców, którzy de facto dopuścili się tego samego nieakceptowanego zachowania tj. podania nieprawdy. Pogląd znajduje aprobatę w orzecznictwie sądów; wyrok SO w Warszawie z 20.07.2018 r. (XIII Ga 849/18), w którym podkreślono, że do zaktualizowania się przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wystarczająca jest sama możliwość wywierania wpływu na zachowanie zamawiającego, a zamawiający wcale nie musi dokonać na podstawie tych informacji żadnej czynności, by przesłanka ta znalazła zastosowanie. Analogicznie SO w

Gdańsku wskazał, że „...zdaniem rozstrzygającego skargę dane te mogły mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego. Do zaktualizowania się przesłanki wystarczająca jest sama możliwość wywierania wpływu na zachowanie Zamawiającego (każde, a nie jedynie wybór najkorzystniejszej oferty), a nie kwestia dokonania na podstawie konkretnych danych określonych czynności przez Zamawiającego. Co do strony podmiotowej przesłanki dla jej oceny właściwe jest zastosowanie miernika staranności wynikającego z art. 355 kc., a w stosunku do profesjonalistów, jakimi są uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miernik ten ulega podwyższeniu - art. 355 § 2 kc. Jeżeli przystępujący przedstawił w złożonych oświadczeniach informacje w sprzeczności z faktami, zaś odwołujący bez specjalnego nakładu pracy i środków dotarł do właściwych danych uznać należy, że przystępujący co najmniej wykazał się niedbalstwem.

W wyroku KIO 1405/18, 1407/18, 1419/18), Izba wskazała, że: „Izba uznała, że zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, tj. zaniechania wykluczenia Konsorcjum S. z postępowania jako wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia tj. przedłożenia informacji odnoszących się do doświadczenia osób wskazanych na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz poza cenowych kryteriów oceny ofert, w tym pełnionych przez te osoby funkcji i czasowego zakresu udziału w określonych projektach. Przedstawione przez Konsorcjum S. informacji mogły mieć i miały istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez przyznanie ww. wykonawcy dodatkowych punktów i stwierdzenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu (...) Złożenie nieprawidłowego wykazu osób było działaniem lekkomyślnym lub niedbalym. Do odwołania załączono pisma UM w Skierniewicach z 26.08.2020, 07.09.2020 i skany dzienników budowy branży drogowej dla zadania w Skierniewicach.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przypomniał, że w siwz w pkt 18.6. Kryterium „doświadczenie kierownika robót drogowych (D)” wskazał, iż Kryterium to rozpatrywane będzie na podstawie informacji z Oferty, gdzie wykonawca wskaże doświadczenie osoby wyznaczonej na kierownika robót drogowych w miesiącach (min 12 mcy doświadczenia, 24 mcy doświadczenia, 36 mcy doświadczenia) Minimalne doświadczenie opisane jest w warunku 6.3.2. ppkt 1) SIWZ. Liczba punktów w ramach kryterium „doświadczenie kierownika budowy - B” za funkcję kierownika budowy lub kierownika robót drogowych lub inspektora nadzoru przy min. 2 zadaniach o wartości min. 7 mln PLN (brutto) każde zadanie, polegających na budowie/przebudowie/rozbudowie drogi

publicznej, łącznie przez okres: min 12 mcy 0 pkt, min 24 mcy 4 pkt, in 36 miesięcy 8 pkt

W ofercie Przystępującego wskazano osobę na stanowisko kierownika robót drogowych Pana G. G. podnosząc, że w okresie wymaganym pełnił funkcje kierownika budowy lub kierownika robót drogowych lub inspektora nadzoru przy min. 2 zadaniach o wartości min. 7 mln PLN każde, polegających na budowie/przebudowie/rozbudowie drogi publicznej klasy min. G łącznie przez okres min. 56 miesięcy tj. Zadanie 1, 2 i 3 (opisane wyżej)

Powyższa informacja została potwierdzona również w pkt Oferty —3.4 - Wykaz OSÓB.

Mając na uwadze łączne doświadczenie kierownika robót drogowych G. G. 56 miesięcy, Zamawiający przyznał maksymalną ilość punktów w ramach kryterium tj. 8 pkt.

Co istotne nawet gdyby z powyższego zestawienia wyłączyć pozycję: Zadanie 1. to Przystępujący i tak w zakresie danego kryterium otrzymałby maksymalną punktację (z uwagi na niekwestionowane przez Odwołującego doświadczenie w Pana G. G. wynoszące w takim przypadku 40 miesięcy).

Jak wynika literalnej treści zapisu art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp dla wykluczenia Wykonawcy konieczne jest spełnienie wszystkich opisanych w nim przesłanek — co potwierdza przytoczone orzecznictwo. Konieczne jest spełnienie wszystkich opisanych w nim przesłanek, bowiem z postępowania w granicach tej podstawy prawnej wyklucza się wykonawcę, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

Wprowadzenie Zamawiającego w błąd winno być wynikiem, co najmniej lub niedbalstwa ze strony wykonawcy. Skutkiem działania powinno być zaś pozostawanie Zamawiającego w błędnym przekonaniu co do rzeczywistego rzeczy. Jednocześnie, skutkiem tego błędnego przekonania, choćby potencjalnie, powinno być jego przełożenie na przebieg postępowania.

Treść oświadczenia przez Przystępującego w kwestii pierwszej realizacji w Skierniewicach nie miała i nie mogła mieć wpływu na wynik postępowania.

Jak wykazano bowiem wcześniej Przystępujący otrzymałby maksymalną liczbę punktów w kryterium, nawet przy pominięciu zakresu doświadczenia uzyskanego w Skierniewicach. "

Nie jest więc spełniony wymóg chociażby potencjalnego wpływu przedstawionej informacji na sferę decyzyjną Zamawiającego, a dla zaistnienia przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp by można było mówić o istotnym wpływie informacji wprowadzających w błąd na decyzje zamawiającego, konieczne jest wykazanie, że zamawiający podjąłby na podstawie informacji niewprowadzających w błąd inną decyzję niż na podstawie informacji wprowadzających w błąd.

Powyższemu ustaleniu nie przeciwstawia przytoczone przez Odwołującego orzecznictwo (SO w Warszawie oraz SO w Gdańsku) — w obu bowiem wyrokach Sąd odnosi się do możliwości wywierania wpływu na zachowanie Zamawiającego, która w danym przypadku nie występuje.

Nawet gdyby uznać, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa to przedmiotowa okoliczność pozostała bez jakiegokolwiek wpływu (nawet potencjalnego) na sferę decyzyjną zamawiającego i wynik Postępowania.

Wobec braku spełnienia wszystkich przesłanek z przepisu zamawiający nie miał podstawy wykluczenia Przystępującego — co czyni odwołanie bezzasadnym i podlegającym oddaleniu,

Mając na uwadze wykazaną bezzasadność zarzutu Odwołującego w zakresie art. 24 Pzp brak jest przesłanek dla uznania, iż Zamawiający naruszył którykolwiek z przytoczonych w odwołaniu zapisów tj. art. 91 i 7 pzp i uwzględniania odwołania na ich podstawie.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że podstawą niniejszego sporu jest interpretacja kryterium oceny ofert z pkt 18.6 siwz odnoszącego się do doświadczenia kierownika robót drogowych, które w zależności od długości doświadczenia, było odpowiednio punktowane w sposób przedstawiony w siwz i opisany w pismach stron.

Kwestionowane w odwołaniu doświadczenie dotyczące inwestycji wymienionej jako zadanie 1 w formularzu ofertowym odnosiło się do inwestycji w Skierniewicach. Przystępujący nie zgadza się ze stanowiskiem odwołania, jakoby fakt, iż jedna z trzech inwestycji przedstawiających doświadczenie p. G. była informacją wprowadzającą zamawiającego w błąd i w istotny sposób wpłynęła na decyzję podjętą przez zamawiającego. Wskazał na treść przedmiotowego kryterium i stwierdził, że już na podstawie dwóch kolejnych inwestycji, wskazanych w formularzu oferty jako inwestycje nr 2 i 3 uznać należy, że wykonawca wykazał się spełnieniem kryterium oceny ofert w stopniu gwarantującym przyznanie maksymalnej liczby punktów, bowiem suma okresu doświadczenia p. G. tych inwestycjach jako kierownika robót drogowych/kierownika budowy wyniosła 40 miesięcy. Jest to zatem sytuacji, w której ewentualne nieprzyznanie dodatkowych punktów z tytułu doświadczenia nabytego w ramach inwestycji nie mogło, chociażby potencjalnie, wpływać na punktację przyznaną przystępującemu.

W tym kontekście uznaje za nieuprawnione stawianie zarzutu naruszenia wskazanego przepisu. Istota podanej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania skupia się bowiem nie tylko na zakwestionowaniu zgodności określonego twierdzenia ze stanem

faktycznym, ale przede wszystkim na tym, że błędna informacja powinna w sposób istotny, chociażby potencjalnie, wpływać na podejmowane przez zamawiającego decyzje.

O takim wpływie nie można jednak mówić w niniejszym stanie faktycznym. Gdyby nawet przyjąć za poprawny stan faktyczny podany przez odwołującego, to i tak maksymalna liczba punktów wynika niespornie z dwóch pozostałych realizacji, w ramach których przedstawione i niekwestionowane doświadczenie daje łącznie 40 miesięcy w ramach ocenianego kryterium doświadczenia i maksymalną liczbę punktów.

Zatem o wpływie, którego wystąpienia wymaga art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp można by mówić jedynie wtedy, gdyby odwołujący skutecznie zakwestionował również jedną z dwóch lub obie pozostałe inwestycje przypisane do pana G. .

By można mówić o istotnym wpływie informacji wprowadzających w błąd na decyzję zamawiającego w postępowaniu, konieczne jest wykazanie, że zamawiający podjąłby chociażby potencjalnie na podstawie informacji niewprowadzających w błąd inną decyzję, niż na podstawie informacji wprowadzających w błąd. Skoro zaś bez względu na to, czy doświadczenie zdobyte w ramach inwestycji zostałoby wskazane w formularzu oferty, czy też nie, ocena zamawiającego byłaby taka sama i sprowadzałaby się do uznania, że wymagania w zakresie otrzymania maksymalnej liczby punktów za doświadczenie kierownika robót drogowych zostały spełnione, a to w konsekwencji nie mogłoby skutkować zmianą decyzji zamawiającego o uznaniu oferty przystępującego za ofertę najkorzystniejszą.

Jak stwierdził przystępujący, dla spełnienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp musi dojść do kumulatywnego spełnienia dwóch warunków: przedstawienie przez wykonawcę w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających zamawiającego w błąd oraz informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W okolicznościach niniejszej sprawy nie doszło do spełnienia któregośkolwiek z warunków określonych wyżej, co powoduje, że zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia przystępującego z postępowania na żadnym etapie. Na poparcie stanowiska przystępujący wskazał na wybrane orzecznictwo.

W dalszej części stanowiska przystępujący wskazał, że zaistniały spór jest konsekwencją niejednoznacznych postanowień siwz, co z kolei wyklucza możliwość uznania, że wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania, jako że wątpliwości co do treści warunku udziału nie mogą powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawców uczestniczących w postępowaniu, co wiąże się także z zasadami wynikającymi z art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Wykonawca potwierdził fakt pełnienia wykazanej w ofercie funkcji przy realizacji spornej inwestycji wskazując, że nigdy nie twierdził, iż był tam powołany kierownik robót drogowych w rozumieniu art. 42 ustawy Prawo budowlane, natomiast pan G. kierownikiem robót drogowych, którą to funkcję i nazwę ustalił i powierzył mu wykonawca. W tym znaczeniu

należałoby znać za spełniony przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu. Zauważył, że o pełnieniu funkcji i nabycia doświadczenia nie przesądza fakt dokonania wpisu określonej osoby do dziennika budowy i dokonywania przez nią wpisów.

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego złożyli na rozprawie oświadczenia:

Odwołujący podkreślił, że wskazana osoba nie pełniła funkcji kierownika robót drogowych na wymienionej inwestycji, w której zresztą nie ustanowiono takiej funkcji. W takim stanie rzeczy spełniła się przesłanka z art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp. Zauważył, że przeciwnicy odwołania odmiennie interpretują stosowanie przepisu uznając, iż fakt podania nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowanych w toku postępowania, w tym również decyzję o ocenie spełnienia warunków przez wykonawców. W rzeczywistości okoliczności faktyczne i prawne wskazane w odwołaniu są zgodne z aktualnym orzecnictwem sądowym i Izby. Przypomniał powołany na s. 7 odwołania wyrok Sądu w Gdańsku zapadły w analogicznym stanie faktycznym. Wskazał także na konieczność uwzględnienia zasady równego traktowania wykonawców z art. 7 Pzp. Stwierdził, że orzecznictwo wskazane w piśmie zamawiającego dotyczy odmiennych stanów. Wskazał na orzeczenie KIO 1282/20. Przypomniał treść pozacenowych warunków udziału w postępowaniu odniesionych do osób i w związku z tym kryteria oceny ofert oznaczone w SIWZ w pkt XVIII jako litera B i D. Zauważył, że przystępujący nie wykazał jaką rolę pełnił p. G. przy realizacji omawianej inwestycji zauważając, że funkcja ww. nigdzie nie została oficjalnie potwierdzona.

Przypomniał, że w przedmiotowej inwestycji niespornie nie powołano odrębnie kierownika robót drogowych, którymi kierował kierownik budowy (art. 42 ust 4 prawa budowlanego). Złożone przez przystępującego dotyczące wewnętrznego kierownika robót dokumenty uznał za nieprzydatne. Przypomniał, że zadanie 3 było uwzględnione przez Zamawiającego. Zauważył, że potencjalny wpływ błędnych informacji dotyczy decyzji zamawiającego nie ograniczonych wyłącznie do ustalenia wyniku postępowania. w tym wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający podtrzymał stanowisko przedstawione w pisemnej odpowiedzi. Przypomniał, że także bez uwzględnienia spornego zadania oferta przystępującego nadal byłaby najkorzystniejsza, gdyż zostałyby zaliczone doświadczenie 40 miesięcy pełnienia funkcji, a nie 56 i nie zmieniliby to pozycji oferty w rankingu. Zauważył przy tym, że pozostałe 2 zadania nie są kwestionowane. Przypomniał, że art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp dotyczy informacji, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego i zauważył, że wskazane w odwołaniu orzeczenia Sądu w Gdańsku i Warszawie traktują o możliwości wpływu na zachowanie Zamawiającego.

Przystępujący wskazał na stanowisko w piśmie i poparł stanowisko Zamawiającego. W związku z przepisem, którego naruszenie jest zarzucane stwierdził, że informacje złożone, nawet zakładając, że są błędne, nie mają nawet potencjalnego wpływu na decyzję zamawiającego, a wpływ taki jest niezbędną przesłanką zastosowania przepisu. Stwierdził, że przy inwestycji w Skierniewicach nie było wymogu ustanowienia funkcji kierownika robót drogowych, a p. G. pełnił taką funkcję w wyniku poleceń służbowych. Na tę okoliczność złożył dokumenty i fragment kosztorysu z podpisem p. G., a także częściowe rozliczenie inwestycji weryfikowane przez p. G. podpisem z pieczętą „Kierownik Robót”. Przygotowując ofertę Przystępujący uznał, że prawidłowo wskazał rzeczywiste doświadczenie kierownika robót drogowych w sposób zgodny z postanowieniami specyfikacji. Przypomniał treść ostatniego zdania pkt 18.6 SIWZ, gdzie stwierdzono, iż w razie wskazania doświadczenia kierownika dłuższego niż 36 miesięcy, to oceny ofert zostanie przyjęty okres 36 miesięcy.

Krajowa Izba Odwoławcza Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Zarzut, w sytuacji potwierdzenia, wskazałby na możliwość ubiegania się o uzyskanie zamówienia oraz jego realizacji przez odwołującego, a tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia przez zamawiającego zamówienia innemu niż On wykonawcy.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów w ustalonym w postępowaniu stanie faktycznym, Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

W ocenie Izby czynności podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty, nie były dokonane z naruszeniem prawa i nie spełniły się w toku postępowania przesłanki mogące uzasadniać wykluczenie przystępującego ze skutkiem w postaci uznania oferty za odrzuconą.

Skład orzekający przypomina, że kwestionowane w odwołaniu doświadczenie dotyczy inwestycji wymienionej jako zadanie 1 w formularzu ofertowym, realizowanej w Skierniewicach. Należy zauważyć, że niezależnie od tego, czy doświadczenie z tego zadania będzie, czy nie będzie uznane za właściwe, nie ma to żadnego wpływu na wynik punktowy oceny doświadczenia p. G., przedstawionego w formularzu ofertowym, która skutkowałaby maksymalną punktacją, podobnie zresztą, jak w pozostałych ofertach.

Gdyby nawet przyjąć, że informacja o pełnionej funkcji na przedmiotowej inwestycji była niezgodna z rzeczywistością, pozostałoby to bez wpływu na decyzję podjętą przez zamawiającego. Jest to zatem sytuacja, w której także ewentualne nieuznanie doświadczenia nabytego w ramach przedmiotowej inwestycji nie mogło, chociażby potencjalnie, wpływać na punktację przyznaną przystępującemu. W tym kontekście uznać należy za nieuprawnione stawianie zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp przez zaniechanie jego zastosowania wobec wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego.

Istota przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na tej podstawie skupia się bowiem nie tylko na zakwestionowaniu zgodności określonego twierdzenia ze stanem faktycznym, ale przede wszystkim na tym, że błędna informacja powinna w sposób istotny, chociażby potencjalnie, wpływać na podejmowane przez zamawiającego decyzje. O takim wpływie nie można jednak mówić w rozpatrywanym stanie faktycznym. Skoro zaś bez względu na to, czy doświadczenie zdobyte w ramach inwestycji zostałyby wskazane w formularzu oferty, czy też nie, ocena zamawiającego byłaby taka sama i sprowadzałaby się do uznania, że wymagania w zakresie otrzymania maksymalnej liczby punktów za doświadczenie kierownika robót drogowych zostały spełnione, a to w konsekwencji nie mogłoby skutkować zmianą decyzji zamawiającego o uznaniu oferty przystępującego za ofertę najkorzystniejszą.

Należy bowiem stwierdzić, że dla spełnienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp musi zaistnieć kumulatywne spełnienie dwóch warunków:

- 1/ przedstawienie przez wykonawcę w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających zamawiającego w błąd oraz
- 2/ informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie doszło do spełnienia co najmniej jednego z warunków określonych wyżej tj. wpływu, a co najmniej możliwości wpływu na decyzję zamawiającego w prowadzonym postępowaniu, tak w toku badania i oceny ofert, jak i decyzji ustalającej wynik postępowania w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej.

W konsekwencji dokonanego ustalenia nie ma także podstaw do twierdzenia o naruszeniu przez zamawiającego zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, w tym zasady równego traktowania wykonawców w prowadzonym postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę uznano, że kwestionowane działania Zamawiającego były zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ich nie naruszyły.

Mając na względzie stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....