

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 września 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

| | |
|-----------------|--------------------------|
| Przewodniczący: | sędzia Bernard Litwiniec |
| Protokolant: | Dominika Borden |

po rozpoznaniu w dniu 1 września 2021 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem zamawiającego Zarządu Dróg Miejskich w G.

oraz wykonawców (...) Sp. z o.o. w P. i Z. Z. zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

na skutek skargi wykonawcy (...) Sp. z o.o. w P.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2021 r. sygn. akt KIO 476/21

1. oddała skargę,
2. zasądza od (...) Sp. z o.o. w P. na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w G. 7 500 (siedem tysięcy pięćset) zł tytułem kosztów postępowania skargowego.

Bernard Litwiniec

Sygn. Akt XXIII Zs 58/21

UZASADNIENIE

Wyrokiem z 24 marca 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza (dalej jako: KIO, Izba) oddaliła odwołanie wniesione przez (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w P. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Dróg Miejskich w G., przy udziale po stronie zamawiającego wykonawcy Z. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo Budowlana (...) w K.. W pkt 2. kosztami postępowania obciążyła (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w P., zaliczając w pkt 2.1 w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł uiszczoną przez (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w P. tytułem wpisu od odwołania oraz w pkt 2.2 zasądziła od (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w P. na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w G. kwotę 3.600 zł stanowiące uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. (wyrok – k. 37-37v.).

W uzasadnieniu wyroku KIO ustaliła na wstępie, że Zarząd Dróg Miejskich w G. prowadził na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Wykonanie robót budowlanych w ramach zadania: Budowa drogi gminnej - budowa połączenia ul. (...) z ul. (...) w G.”, numer: (...), zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 18 grudnia

2020 r. pod numerem (...). Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający zastrzegł w punkcie 20 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), że jednym z kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze ofert będzie doświadczenie kierownika budowy. Doświadczenie kierownika budowy miało być punktowane w zależności od liczby zadań obejmujących budowę lub przebudowę drogi (ulicy) min. klasy D o długości nie mniejszej niż 0,5 km, przy realizacji których pełnił on tę funkcję. Zamawiający przyjął, że waga ww. kryterium to 15%. Pozostałe kryteria oceny ofert stanowiła cena (waga tego kryterium 60%) oraz okres gwarancji (waga tego kryterium 25%). Jednocześnie, dysponowanie przez wykonawcę potencjałem w postaci kierownika budowy posiadającego właściwe uprawnienia do kierowania robotami w specjalności drogowej, stanowiło zgodnie z pkt. 9.3.2. SIWZ jeden z warunków udziału w postępowaniu.

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

1. „Zadanie nr 2 - pn. : Budowa drogi Śródmiejskiej na odcinku od ul. (...) w R. do węzła (...)” (Gmina R.), 2. „Zadanie nr 1 - pn. Budowa regionalnej drogi R.-P. etap I do IV: km 0,0+000 do 10+221,00 w R. i Ż.” (Gmina R.), 3. „Budowa drogi publicznej Drogowej Trasy Średnicowej. Część „Zachód” od km 5+320,00 do 8+119,85. Odcinek (...) w G., 4. „Przebudowa ciągu drogi powiatowej (...) - ulica (...) w W. - Etap I” (Powiat (...)). Oferta złożona przez Odwołującego była najkorzystniejsza w ramach kryterium ceny.

Pismem z 3 lutego 2021 r. (znak pisma (...)) Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie dotyczącym doświadczenia zawodowego kierownika budowy. Zamawiający zakwestionował pozycje 1-3 wskazane przez Odwołującego, stwierdzając że w zakresie zadań opisanych w pozycji 1 oraz 2 pan M.S. nie pełnił funkcji kierownika budowy, zaś w zakresie pozycji 3 pełnił jedynie obowiązki kierownika robót drogowych. Doświadczenie pana M.S. wynikające z udziału w realizacji zadania opisanego w pozycji 4 nie zostało przez Zamawiającego zakwestionowane. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, odwołujący w piśmie z 4 lutego 2021 r. potwierdził, że w sposób nieumyślny wskazał zadania, w których pan M.S. nie pełnił roli kierownika budowy. Powyższe zachowanie było następstwem oczywistej, nieumyślnej omyłki, gdyż treść wyjaśnień Odwołującego potwierdziła jednoznacznie, że ww. osoba posiadała doświadczenie pozwalające uzyskać maksymalną ilość punktów w zakresie tego kryterium. Mimo wyjaśnień i potwierdzenia przez odwołującego, że kierownik budowy posiadał wymagane doświadczenie, Zamawiający pismem z 10 lutego 2021 r. poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podst. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp oraz wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy z dn. 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwana dalej nPzp. Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego. Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Z. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo Budowlana (...) z siedzibą w K., zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Informacje na temat punktowanego w ramach ww. kryterium doświadczenia kierownika budowy wykonawcy biorący udział w postępowaniu wskazać mieli w formularzu oferty. Odwołujący w swojej ofercie podał następujące informacje: „Oświadczam(am), że, kierownikiem budowy będzie: Pan(i): M.S., który(a) posiada doświadczenie zawodowe przy realizacji następujących zadań obejmujących budowę lub przebudowę drogi (ulicy) min. klasy D, o długości nie mniejszej niż 0,5 km przy realizacji, których pełnił (a) obowiązki kierownika budowy: 1. Nazwa zadania: „Zadanie nr 2 - pn. Budowa drogi Śródmiejskiej na odcinku od ul. (...) w R. do węzła Śródmiejskiego”; 2. Nazwa zadania: „Zadanie

nr 1 - pn. Budowa regionalnej drogi R.-P. etap I do IV: km 0,0+000 do 10+221 w R. i Ż."; 3. Nazwa zadania: „Budowa drogi publicznej Drogowej Trasy Średnicowej. Część „Zachód” od km 5+320,00 do 8+119,85. Odcinek (...)w G.; 4. Nazwa zadania: „Przebudowa ciągu drogi powiatowej 4700 S - ulica (...) w W. - Etap I”,

Po upływie terminu składania ofert zamawiający otrzymał informacje wraz z korespondencją pochodzącą od inwestorów zadań I - III wskazanych w formularzu oferty Odwołującego, z których wynikało, że Odwołujący mógł posłużyć się nieprawdziwymi informacjami dotyczącymi doświadczenia pana M.S. W konsekwencji 26 stycznia 2021 r. Zamawiający zwrócił się do Urzędu Miasta R. (zadania I i II z formularza oferty Odwołującego) oraz do (...) S.A. z siedzibą w K. (zadanie III) z pytaniem, czy pan M.S. rzeczywiście pełnił funkcję kierownika budowy. W odpowiedzi 27 stycznia 2021 r. Urząd Miasta R. zaprzeczył, ażeby pan M.S. pełnił ww. funkcję, natomiast (...) S.A. 28 stycznia 2021 r. wskazała, że pan M.S. pełnił funkcję kierownika robót drogowych, natomiast kierownikami budowy były dwie inne osoby. W dniu 3 lutego 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp zwrócił się do Odwołującego z prośbą o złożenie wyjaśnień treści złożonej oferty dotyczącej doświadczenia zawodowego kierownika budowy.

W odpowiedzi 4 lutego 2021 r. odwołujący wskazał: „Wykonawca pragnie poinformować, iż nieumyślnie zostały wprowadzone inne zadania, w których wpisany w ofercie Pan M.S. nie pełnił roli kierownika budowy. Jednakże posiada doświadczenie zawodowe kierownika budowy wymagane w pkt. 20 SIWZ tj. pełnienie obowiązków kierownika budowy przy realizacji trzech lub więcej zadań w celu uzyskania maksymalnej ilości punktów w kryterium Doświadczenie zawodowe kierownika”. Odwołujący wyjaśnił ponadto, że pan M.S. pełnił funkcję kierownika budowy w następujących zadaniach obejmujących budowę lub przebudowę drogi (ulicy) min. klasy D, o długości nie mniejszej niż 0,5 km: 1. Przebudowa ciągu drogi powiatowej 4700 S - ulica (...) w W. - Etap I (Zamawiający - Powiat (...)); 2. Przebudowa ulicy (...) w T. od ulicy (...) do ulicy (...) (Zamawiający - Zarząd Dróg Powiatowych w T.); 3. Przebudowa ul. (...) i ul. (...) w K. (Zamawiający Gmina K.); 4. Przebudowa drogi gminnej dojazdowej do gruntów rolnych - ul. (...) w Ł. (Zamawiający - Gmina P.); 5. Przebudowa drogi powiatowej Nr (...) na odcinku M. ul. (...) do m. S. ul. (...) - dl.2 271,0m (Zamawiający - Powiatowy Zarząd Dróg w M. z siedzibą w Ż.); 6. Budowa ulicy (...) w P. (Zamawiający - Gmina P.).

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

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

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Okolicznością niesporną między stronami i uczestnikiem było podanie przez odwołującego w formularzu oferty nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia zawodowego pana M.S. Treść wyjaśnień złożonych przez odwołującego 4 lutego 2021 r., w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, wskazuje na nieumyślny błąd odwołującego. Tym samym spełniona została pierwsza z przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp - przedstawienie nieprawdziwych informacji w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. W ocenie KIO oczywistym, na gruncie ustalonego stanu faktycznego jest, że ww. informacje wprowadzały w błąd zamawiającego i mogły mieć istotny wpływ na jego decyzje w postępowaniu. Gdyby zamawiający nie zweryfikował informacji dotyczących doświadczenia zawodowego pana M.S. jest wysoce prawdopodobne, że uznałby zestawienie ujęte w formularzu ofertowym odwołującego za prawdziwe, co z kolei skutkowało mogło przyznaniu ofercie odwołującego maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium doświadczenia zawodowego kierownika. Powyższe przeczy stanowisku odwołującego, który twierdził, że wskazanie przez niego nieprawdziwych informacji nie miało i nie mogło mieć wpływu na przebieg postępowania, a wykluczenie go z postępowania było sankcją rażąco niewspółmierną.

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P. wniosła skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2021 r.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzuciła:

1) naruszenie przepisów postępowania mających istotny wpływ na treść wyroku, tj. art. 542 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019) (dalej jako: nPzp) poprzez dokonanie przez KIO ustaleń faktycznych w zakresie okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania bez przeprowadzenia postępowania dowodowego w tym zakresie, w szczególności w odniesieniu do pominięcia przeprowadzenia postępowania dowodowego w zakresie występowania winy i ewentualnego jej stopnia po stronie Skarżącego (lekkomyślność lub niedbalstwo) przy przekazaniu informacji rzekomo wprowadzających w błąd zamawiającego;

2) naruszenie prawa materialnego, tj. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) (dalej jako: dPzp) w związku z art. 57 ust. 4 lit. h oraz i dawnego PZP w związku z motywem 101 preambuły Dyrektywy 2014/24/UE poprzez ich błędną wykładnię i przyjęcie, że:

a) każde przekazanie przez wykonawcę informacji niezgodnych w jakimkolwiek stopniu z rzeczywistością nawet w sposób nieumyślny (np. wskutek zwykłej pomyłki) powoduje konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania, podczas gdy przewidziana w tym przepisie sankcja wykluczenia została wprowadzona w celu eliminacji z postępowania takich wykonawców, którzy przekazują zamawiającemu nieprawdziwe informacje, próbując w ten sposób doprowadzić do sytuacji, w której ich oferta w sposób nieuprawniony zostanie wybrana jako najkorzystniejsza,

b) każde podanie niezgodnych z rzeczywistością informacji w zakresie dotyczącym warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert powoduje a priori.. konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania, bez badania rzeczywistego wpływu jakich informacji na wynik postępowania, tj. bez weryfikacji, czy wykonawca jest w stanie wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert za pomocą doświadczenia wynikającego z wykonania innych robot odpowiadających swym zakresem i Wartością wymaganiom zamawiającego, która weryfikacja powinna nastąpić przez zastosowanie obligatoryjnego trybu uzupełnienia dokumentów przewidzianego w art. 26 ust. 3 dPzp;

c) całkowite pominięcie zasady proporcjonalności przy stosowaniu przesłanek,

d) nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy;

3) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 24 ust. 8 dPzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 dPzp poprzez przyjęcie, że wykonawca mógł zapobiec wykluczeniu z postępowania w jeden tylko sposób tj. samodzielnie przynajmniej się Zamawiającemu do przekazania nieprawdziwych informacji zanim fakt ten odkrył Zamawiający, co wbrew przepisom ustawy dPzp faktycznie wyklucza możliwość zastosowania wobec wykonawcy wykluczonego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 dPzp instytucji tzw. self-cleaningu, albowiem przepis art. 24 ust. 1 pkt. 17 dPzp zakłada nieumyślne, a więc nieświadome przedstawienie informacji mogących wprowadzić Zamawiającego w błąd;

4) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 26 ust. 3 dPzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 dPzp poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, iż nie można zastąpić informacji nie odpowiadającej rzeczywistości informacją prawdziwą, co

wynikało z błędnej oceny Izby, iż Skarżący dopuścił się zawinionego złożenia, nieprawdziwych informacji, a w konsekwencji błędnego przyjęcia, że Zamawiający nie jest uprawniony do wezwania wykonawców do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryterium oceny ofert, pomimo iż zgodnie z art. 26 ust. 3 dPzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia,

uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania, a takie wezwanie do uzupełnienia jest niezbędne w celu weryfikacji wpływu podania informacji niezgodnych z rzeczywistością na wynik postępowania, bowiem pozwala ustalić, czy wykonawca w przypadku podania informacji odpowiadających rzeczywistości byłby w stanie wykazać spełnienie warunków udziału lub kryteriów oceny ofert w Postępowaniu oraz poprzez pominięcie, iż Zamawiający mógł zastosować w przedmiotowej sprawie art. 87 ust. 2 pkt 3 dPzp, zezwalający na poprawienie oczywistych omyłek przez Zamawiającego;

5) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 92 ust. 1 pkt 3 dPzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 dPzp poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie uznając, iż Zamawiający należycie uzasadnił podstawy faktyczne wykluczenia Skarżącego z Postępowania, podczas gdy Zamawiający w żaden sposób nie wykazał dlaczego uznał, że Skarżący dopuścił się zawinionego złożenia nieprawdziwych informacji;

6) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 91 ust. 1 dPzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 dawnego PZP poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie uznając, iż Zamawiający nie powinien dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Skarżącego, a powinien go wykluczyć z udziału w Postępowaniu, co wynikało z błędnego przyjęcia, iż zasadnym było wykluczenie Skarżącego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 dPzp, podczas gdy w stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający winien był dokonać wyboru oferty Skarżącego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu lub alternatywnie, nie przyznać Skarżącemu punktów w ramach kryterium oceny ofert z tytułu doświadczenia kierownika budowy.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżąca wniosła o uwzględnienie skargi poprzez zmianę zaskarżonego wyroku w zakresie rozstrzygnięcia i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu a) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty, b) dokonania czynności ponownego badania przesłanek wykluczenia odwołującego z postępowania, c) ponownego badania i oceny oferty w postępowaniu, ewentualnie również d) nakazanie zamawiającemu wezwania skarżącego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału oraz kryteriów oceny ofert w postępowaniu oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania odwoławczego prowadzonego przez KIO.

Wniosła także o zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Strona przeciwna Zarząd Dróg Miejskich w G. wniósł o oddalenie skargi w całości, jako bezzasadnej oraz o zasądzenie od skarżącego kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Przystępujący po stronie Zarządu Dróg Miejskich w G. Z. Z. nie odniósł się do zarzutów przedstawionych w skardze.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Sąd Okręgowy w pełni podziela ustalenia i oceny prawne wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku i uznaje je za swoje.

Na wstępie analizy niniejszej sprawy należy wskazać na zmiany i zakres obowiązywania przepisów „Prawa zamówień publicznych”. Stosownie do art. 89 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019) – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, z dniem 1 stycznia 2021 r. utraciła moc ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: dPzp), która zastąpiona została ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 r., poz. 2019) (dalej: nPzp). W przedmiotowej sprawie skarga wniesiona została po wejściu w życie ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r., a co za tym idzie podlega ona rozpoznaniu na podstawie przepisów tej ustawy. Wynika to wprost z treści art. 92 ust. 2 ustawy

z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych. Sąd Okręgowy uznał jednak, że zasadność zarzutów skargi oceniona musi być przy uwzględnieniu przepisów obowiązujących do dnia 31 grudnia 2020 r., tj. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. Należało bowiem uwzględnić, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczyło odwołanie skarżącego do KIO, a w konsekwencji skarga do tutejszego Sądu, zostało wszczęte pod rządami ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 r., poz. 1843 ze zm.).

Żaden z zarzutów wskazanych w skardze nie okazał się zasadny.

W ocenie Sądu Okręgowego nie doszło do naruszenia art. 542 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Wbrew wywodom skarżącego dokonane przez KIO ustalenia faktyczne były wystarczające dla prawidłowego rozstrzygnięcia odwołania. KIO słusznie uznała, że okolicznością niesporną między stronami i uczestnikiem było podanie przez odwołującego w formularzu oferty nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia zawodowego pana M.S. Zasadnie też powołała stanowisko odwołującego, jakie zostało przedstawione w jego piśmie z 4 lutego 2021 r. Potwierdził w nim, że w sposób nieumyślny wskazał zadania, w których pan M.S. nie pełnił roli kierownika budowy, co było następstwem oczywistej, nieumyślnej omyłki. W tej sytuacji należy zgodzić się ze stanowiskiem Izby, że treść wyjaśnień złożonych przez odwołującego w dniu 4 lutego 2021 r., w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, wskazuje na nieumyślny błąd odwołującego. Ta okoliczność dawała z kolei podstawy do uznania, że spełniona została jedna z przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 dPzp tj. przedstawienie nieprawdziwych informacji w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. Skarżący w odwołaniu i skardze nie wskazał w sposób bardziej szczegółowy okoliczności, które ostatecznie były przyczyną podania nieprawdziwych informacji w ofercie dotyczących doświadczenia zawodowego kierownika budowy i kto konkretnie z przygotowujących ofertę ponosi za to osobistą odpowiedzialność. Nie powinno jednak ulegać wątpliwości, że doszło do niedbalstwa, gdyż z całą pewnością podane w ofercie informacje co do doświadczenia M.S. nie zostały dostatecznie zweryfikowane. Takiej weryfikacji dokonał natomiast zamawiający już po zapoznaniu się z ofertą skarżącego. Nie nastroczała ona żadnych trudności. Okazało się zatem, że uzyskanie koniecznych informacji nie było związane z żadnymi utrudnieniami. Skarżący powinien zresztą dysponować we własnym zakresie dokumentacją związaną z inwestycjami realizowanymi z udziałem pracownika M.S. i na jej podstawie oraz wyjaśnień tego ostatniego dokonać koniecznych ustaleń faktycznych w zakresie posiadanego przez niego doświadczenia. Należy zwrócić uwagę, że skarżący nie wskazywał w toku postępowania przed KIO, iż podanie przez niego nieprawdziwych informacji było skutkiem wprowadzenia go w błąd przez podmioty zewnętrzne, w szczególności przez inwestorów dla których M.S. wykonywał roboty drogowe. Skarżący wskazywał na błąd swojego pracownika, ale nie załączył jego oświadczenia w zakresie faktycznych przyczyn podania przez niego nieprawdziwych informacji. Sąd Okręgowy uznał, że wnioski dowodowe skarżącego zgłoszone w piśmie procesowym datowanym na dzień 20 maja 2021 r. są spóźnione a ponadto fakty, które miały zostać potwierdzone zeznaniami świadków, nie miały istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia w sprawie. Skarżący może bowiem stosować właściwe procedury wewnętrzne dotyczące procesu ofertowania, ale w konkretnych okolicznościach procedury te nie zadziałały z uwagi na niedbalstwo pracownika przygotowującego ofertę, polegające na braku należytej staranności w zakresie weryfikacji zadań realizowanych przez kierownika budowy M.S.

Skarżący nie wykazał naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w związku z art. 57 ust. 4 lit. h) oraz i) w związku z motywem 101 preambuły Dyrektywy 2014/24/UE poprzez ich błędną wykładnię. Należy zgodzić się ze skarżącym, że nie każde przekazanie przez wykonawcę informacji niezgodnych w jakimkolwiek stopniu z rzeczywistością nawet w sposób nieumyślny (np. skutek zwykłej pomyłki) powoduje konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania. Należy jednak mieć na uwadze, że ocena zachowania wykonawcy w zakresie przygotowania oferty powinna być dokonywana w konkretnym stanie faktycznym sprawy i zawierać konieczne ustalenia co do spełnienia przez niego ustawowych przesłanek lekkomyślności bądź niedbalstwa. Okoliczności niniejszej sprawy, opisane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, o czym szerzej była wyżej mowa, dawały podstawy do uznania, że skarżący dopuścił się niedbalstwa, co w konsekwencji nie dawało podstaw do uwzględnienia jego odwołania do KIO. Skarżący nie bierze pod uwagę, że sankcja wykluczenia przewidziana w Prawie zamówień publicznych została wprowadzona nie tylko w celu eliminacji z postępowania takich wykonawców, którzy

przekazują zamawiającemu świadomie nieprawdziwe informacje, próbując w ten sposób doprowadzić do sytuacji, w której ich oferta w sposób nieuprawniony zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, ale także tych, którzy w toku postępowania dopuszczają się lekkomyślności lub niedbalstwa, skutkującymi podaniem w ofercie nieprawdziwych informacji, mających istotne znaczenie dla wybrania najbardziej korzystnej oferty przez zamawiającego, co miało miejsce w niniejszej sprawie. Izba badała rzeczywisty wpływ podania przez odwołującego błędnych informacji na decyzje zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czemu dała wyraz w uzasadnieniu swojego wyroku. Wbrew wywodom skargi należało przyjąć, że zamawiający po zweryfikowaniu błędnych informacji w ofercie w zakresie doświadczenia kierownika budowy, nie miał już obowiązku dalszego badania, czy wykonawca (...) Polska jest w stanie wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert co do doświadczenia kierownika budowy wynikającego z wykonania innych robot odpowiadających swym zakresem i wartością wymaganiom zamawiającego. Tego rodzaju obowiązek nie był przewidziany w dPzp. Izba słusznie wskazała, że odwołujący odpowiadał za treść złożonej oferty oraz informacje przekazane zamawiającemu. Informacje te okazały się nieprawdziwe w zakresie doświadczenia kierownika budowy, a podlegały ocenie w ramach kryterium oceny ofert. Należy podzielić stanowisko Izby, że zadaniem zamawiającego nie było ustalanie prawdy obiektywnej w zakresie doświadczenia M.S. w interesie odwołującego. Zamawiający bazuje na danych wskazanych przez wykonawcę w ofercie. W świetle brzmienia art. 24 ust.1 pkt 17 dPzp po stwierdzeniu, że odwołujący dopuścił się niedbalstwa, którego skutkiem było podanie istotnych informacji, które nie były prawdziwe i wprowadzały w błąd, zamawiający był zobligowany do wykluczenia odwołującego. Skarżący błędnie wskazuje, że weryfikacja powinna nastąpić przez zastosowanie obligatoryjnego trybu uzupełnienia dokumentów przewidzianego w art. 26 ust. 3 dPzp. Wskazany tryb nie dotyczy bowiem sytuacji, kiedy wykonawca podaje w ofercie nieprawdziwe informacje, co nie może być uznane za błąd w rozumieniu powołanego wyżej przepisu.

Nie doszło zatem, jak chciałby skarżący, do całkowitego pominięcia wskazywanej przez niego zasady proporcjonalności przy stosowaniu przesłanek wykluczenia, gdyż niedbalstwo wykonawcy w okolicznościach niniejszej sprawy nie było jedynie „drobną nieprawidłowością”, a miało ono istotne znaczenie dla punktacji przy wyborze najkorzystniejszej oferty. W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 dPzp podniesionego przez skarżącego należy bowiem wskazać, że przepis ten określał łączne przesłanki wykluczenia wykonawcy, tj. przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, co miało niewątpliwie miejsce w sprawie, ponadto wymagał ażeby przedstawiane informacje mogły mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu a ich przedstawienie nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy. Należy zauważyć też, że celem omawianej regulacji dotyczącej wykluczenia wykonawcy jest ochrona zamawiającego nie tylko przed nieuczciwym, ale również nieprofesjonalnym działaniem wykonawców.

W ocenie Sądu Okręgowego nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 8 dPzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 dPzp poprzez przyjęcie, że wykonawca mógł zapobiec wykluczeniu z postępowania w jeden tylko sposób tj. samodzielnie przyznając się zamawiającemu do przekazania nieprawdziwych informacji zanim fakt ten odkrył zamawiający. Wbrew wywodom skargi nie istniała możliwość zastosowania wobec wykonawcy wykluczonego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 dPzp instytucji tzw. self-cleaningu. Zastosowanie tej instytucji nie dotyczyło bowiem sytuacji, kiedy błędne informacje zostały wykryte dopiero przez zamawiającego na etapie badania ofert. Ma rację Izba, że odwołujący, zgodnie z art. 24 ust.8 dPzp, powinien był samodzielnie przyznać się zamawiającemu, że przekazał mu nieprawdziwe informacje zanim ten ostatni ten fakt odkrył.

W skardze na wyrok KIO bezzasadnie podniesiono zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 dPzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 dPzp poprzez jego błędną wykładnię. W okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający, po wykryciu nieprawdziwej informacji podanej przez wykonawcę, nie mógł bowiem zastąpić jej informacją prawdziwą. Wbrew wywodom skarżącego Izba nie dokonała błędnej oceny, iż skarżący dopuścił się zawinionego złożenia nieprawdziwych informacji. Jak wyżej wskazano trafne było bowiem ustalenie, że podanie błędnych informacji było wynikiem niedbalstwa wykonawcy, co ma cechy zawinionego działania. W konsekwencji zamawiający nie miał podstaw do wezwania(...) Polska do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryterium oceny ofert. Nie zachodziły bowiem przesłanki z art. 26 ust. 3 dPzp. Zgodnie

z tym przepisem, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Żadna z takich okoliczności nie wystąpiła, bo wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, co ustalił samodzielnie zamawiający.

Nie można zatem zgodzić się ze skarżącym, że wezwanie, o jakim mowa w powołanym wyżej przepisie, było obowiązkiem zamawiającego. Nie miał on także podstaw do hipotetycznego ustalania, czy wykonawca w przypadku podania informacji odpowiadających rzeczywistości, byłby w stanie wykazać spełnienie warunków udziału lub kryteriów oceny ofert w postępowaniu. Zamawiający nie mógł też mógł zastosować w przedmiotowej sprawie art. 87 ust. 2 pkt 3 dPzp i na etapie badania oferty poprawić dane w ofercie wykonawcy.

Zdaniem Sądu należy przyjąć za słuszne stanowisko, że podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w ofercie nie można uznać za błąd podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 dPzp. W przypadku złożenia nieprawdziwych informacji możliwość, którą ustawodawca przewidział na gruncie cytowanego przepisu jest wyłączona. Należy przyjąć, że ocenie zamawiającego podlegają wyłącznie dokumenty złożone pierwotnie. Prawo zamówień publicznych w kształcie przed nowelizacją nie zawierało obowiązku zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe, do przedłożenia informacji niewadliwych. Z tych przyczyn nie można zgodzić się z argumentacją skarżącego, że informacja dotycząca doświadczenia kierownika robót jest dokumentem uzupełnianym czy podlegającym modyfikacji w trybie określonym w art. 26 ust. 3 dPzp. Odpierając zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 dPzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 dPzp należy wskazać, że na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 dPzp zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Należy jednak wskazać, iż zgodnie z ustalonym stanem faktycznym w przedmiotowej sprawie nie wystąpiła żadna z wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 dPzp przesłanek, a tylko skarżący podał w formularzu oferty nieprawdziwe informacje dotyczące osoby, która miała zostać kierownikiem budowy. W ocenie Sądu zmiana w przedmiotowym zakresie nie jest dopuszczalna, bowiem prowadziłaby do zmiany treści oferty. Wobec powyższego zarzut podniesiony przez skarżącego należało oddalić.

Nie ma podstaw do uwzględnienia naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 dPzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 dPzp poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie. Zdaniem Sądu Okręgowego należy zgodzić się z Izłą, że zamawiający należycie uzasadnił podstawy faktyczne wykluczenia skarżącego z postępowania, Zamawiający wykazał bowiem, że skarżący dopuścił się zawinionego złożenia nieprawdziwych informacji na skutek niedbalstwa, o czym była już mowa.

Sąd Okręgowy nie uznał zasadności zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 dPzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 dawnego PZP poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie. Zamawiający słusznie bowiem wykluczył (...) Polska z udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 dPzp i dlatego nie miał podstaw do dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Analiza dPzp nie daje też podstaw ażeby zamawiający mógł nie przyznać odwołującemu punktów w ramach kryterium oceny ofert z tytułu doświadczenia kierownika budowy i dalej rozpatrywać jego ofertę. Stwierdzenie, że wykonawca podał w ofercie nieprawdziwe dane było w okolicznościach niniejszej sprawy wystarczające do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 dPzp.

Mając powyższe na uwadze należało skargę w całości oddalić z mocy art. 588.1 prawa zamówień publicznych.

O kosztach postępowania przed Sądem Okręgowym postanowiono zgodnie z jego wynikiem. Kosztami zastępstwa procesowego poniesionymi przez przeciwnika skargi należało obciążyć skarżącego jako przegrywającego w sprawie.

Wysokość kosztów zastępstwa procesowego została ustalona w oparciu o par. 2 pkt 8 w zw. z par.10 ust.1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

Bernard Litwiniec