

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 lipca 2018 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący:	SSO Tomasz Szczurowski
Sędziowie:	SO Bolesław Wadowski SO Paweł Kieta (spr.)
Protokolant:	prot. sąd. Patryk Kaczmarek

po rozpoznaniu w dniu 12 lipca 2018 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem:

zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w W.

odwołujących wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) spółki akcyjnej z siedzibą w K. i (...) spółki akcyjnej z siedzibą w S.

na skutek skargi wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. i (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W.

na skutek apelacji skarżących

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W. z dnia 10 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 550/18

I. zmienia zaskarżony wyrok w pkt 1 i 2.2 i w pkt 1 oddala odwołanie, zaś w pkt 2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) spółki akcyjnej z siedzibą w K. i (...) spółki akcyjnej z siedzibą w S. na rzecz Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w W. 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania odwoławczego,

II. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) spółki akcyjnej z siedzibą w K. i (...) spółki akcyjnej z siedzibą w S. na rzecz skarżących wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. i (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W. 112.517 zł (tytułem kosztów postępowania skargowego).

SSO Bolesław Wadowski	SSO Tomasz Szczurowski	SSO Paweł Kieta
-----------------------	------------------------	-----------------

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 10 kwietnia 2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 550/18 w przedmiocie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: (...)S.A. w K. (Lider Konsorcjum), (...) S.A. w S. (Partner Konsorcjum) w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w W. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: (...) S.A. w W. (Lider Konsorcjum), (...) Sp. z o.o. w P. zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w pkt. 1 uwzględniła odwołanie i nakazała Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w W. reprezentowanemu przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł. z siedzibą w Ł.:

- unieważnienie czynności wykluczenia z prowadzonego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: (...) S.A. z siedzibą w K., (...) S.A. z siedzibą w S.;

- dokonanie ponownego badania i oceny ofert (oferty nr 3 i nr 4), złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: (...) S.A. z siedzibą w K., (...) S.A. z siedzibą w S. w zakresie podkryterium organizacyjne - personel Wykonawcy w Części nr 1 i Części nr 2;

- przyznanie wykonawcom wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: (...) S.A. z siedzibą w K., (...) S.A. z siedzibą w S., za zadania, które nie potwierdzają w pełni spełniania wymagań opisanych w podkryterium organizacyjne - personel Wykonawcy odpowiednio w Części nr 1 (doświadczenie Pana M. N., dotyczące realizacji budowy (...) T. -S. odcinek K. (bez węzła P. (bez węzła)) i Części nr 2 (doświadczenie Pana A. A. w ramach zadania nr 1 i 2) - o pkt. 2.

w pkt 2 kosztami postępowania obciążyła Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w W., reprezentowanego przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł. z siedzibą w Ł. i:

2.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo (...) S.A. z siedzibą w K., (...) S.A. z siedzibą w S., tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo (...) S.A. z siedzibą w K., (...) S.A. z siedzibą w S., tytułem wpisu od odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza oparła swoje rozstrzygnięcie na następujących ustaleniach faktycznych i rozważaniach prawnych.

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w W., reprezentowany przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł. z siedzibą w Ł. (dalej: „Zamawiający” lub „GDDKiA”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) - zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej(...)”:

Zad. A - Odcinek I węzeł (...) - węzeł (...),

Zad. B - Odcinek II węzeł (...) (bez węzła) - (...) w m S.”,

W dniu 14 marca 2018 r. Zamawiający drogą elektroniczną, powiadomił wykonawców ubiegających się o zamówienie jako Konsorcjum firm: (...)S.A. z siedzibą w K. (Lider Konsorcjum), (...) S.A. z siedzibą w S. (Partner Konsorcjum) - dalej: „Konsorcjum” lub „Odwołujący” - o wykluczeniu Odwołującego z prowadzonego postępowania w ramach Części nr 1 i nr 2 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

W dniu 26 marca 2018 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego w postępowaniu, polegającej na wykluczeniu Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, przez bezpodstawne wykluczenie Konsorcjum z postępowania z uwagi na podanie w stosunku do osoby Pana M. N., dedykowanego do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy (Część nr 1) oraz w stosunku do osoby Pana A. A., dedykowanego do pełnienia funkcji Kierownika Budowy (Część nr 2) informacji niepotwierdzających w pełni spełniania wymagań punktowanych w ramach podkryterium organizacyjne personel Wykonawcy, podczas gdy zdaniem Odwołującego zgodnie z postanowieniami zawartymi w Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia Tomie I Instrukcja dla Wykonawców (dalej: „IDW”), tj. postanowieniami zamieszczonymi w pkt 19.12.2. ppkt 2) lit. a) Zamawiający postanowił, że za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań wykonawca otrzyma 0 punktów.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu Konsorcjum z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp,
- dokonanie ponownego badania i oceny ofert w zakresie podkryterium organizacyjne - personel Wykonawcy w Części nr 1 i Części nr 2,
- przyznanie Odwołującemu za zadania, które nie potwierdzają w pełni spełniania wymagań opisanych w podkryterium organizacyjne - personel Wykonawcy odpowiednio w Części nr 1 i Części nr 2 - 0 pkt.

W uzasadnieniu Odwołujący wyjaśniał, iż Zamawiający wykluczył Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Zdaniem Odwołującego z pisma Zamawiającego z dnia 14 marca 2018 r. wynika, że wykluczył on Odwołującego z postępowania z uwagi na:

- Część 1 - ustalenie, że Pan M. N. dedykowany do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu - przedstawiciela wykonawcy na zadaniu wskazanym w Formularzu „Kryteria pozacenowe”, dotyczącym „Budowy Autostrady (...)T. - S., odcinek: K. (bez węzła) - P. (bez węzła) - dalej „Budowa (...)” - nie pełnił funkcji Dyrektora Kontraktu „od rozpoczęcia robót” (zadanie nr 1).

- Część 2 - ustalenie, że Pan A. A. dedykowany do pełnienia funkcji Kierownika Budowy na zadaniach wskazanych w Formularzu „Kryteria pozacenowe” dotyczących:

1. „Budowy Autostrady (...) na odcinku C od granicy województwa (...) / (...) od km 411+465 do km 431+500” nie pełnił funkcji Kierownika Budowy „od rozpoczęcia do wykonania zadania” (zadanie nr 1),
2. „Kontynuacja Budowy autostrady (...) T. - S. odcinek i C. - O. od km 151+900 do km 163+300, Odcinek II O. - B. od km 163+300 do km 186+366 nie pełnił funkcji Kierownika Budowy „od rozpoczęcia do wykonania zadania” (zadanie nr 2).

Odwołujący podnosił, że w pkt 19.1.2.2. Instrukcji dla Wykonawców (IDW) Zamawiający opisał podkryteria oceny ofert i sposób przyznawania punktów. W ppkt 2) lit. a) ww. punktu Zamawiający wskazał w jaki sposób będą

przyznawane punkty w ramach pod kryterium organizacyjnego - personel Wykonawcy. Odwołujący twierdził, że Zamawiający zgodnie z ustalonymi przez siebie zasadami w treści IDW powinien był przyznać Odwołującemu po o pkt odpowiednio w:

- Części nr 1 - za zadanie nr 1 w zakresie osoby Pana M. N. (Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy).
- Części nr 2 - za zadanie nr 1 i zadanie nr 2 w zakresie osoby Pana A. A. (Kierownika Budowy).

W ocenie Odwołującego wykluczenie Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp było zupełnie niezrozumiałe, niezasadne, automatyczne, bezrefleksyjne a także nieznajdujące uzasadnienia w treści IDW.

Zamawiający w toku posiedzenia Izby złożył w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie. W treści pisma Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Zamawiający twierdził, że spełnione zostały wszystkie trzy przesłanki zawarte w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy nakazujące Zamawiającemu wykluczenie Odwołującego z postępowania. Czynności tej Zamawiający nie mógł zaniechać, wbrew temu jak chce wykonawca, wnosząc o przyznanie mu 0 pkt w kryteriach oceny ofert. W ocenie Zamawiającego rozwiązanie zaproponowane przez Odwołującego doprowadziłoby do premiowania wykonawców nierzetelnych kosztem tych, którzy podawali jedynie zgodne z prawdą informacje w swoich ofertach, a więc do naruszenia zasady równego traktowania. Żaden przepis siwz nie może prowadzić do wyłączenia odpowiedzialności wykonawcy za wprowadzenie Zamawiającego w błąd, a do tego właśnie, jak się wydaje, zmierza argumentacja przedstawiona w odwołaniu.

W dniu 4 kwietnia 2018r. do Izby wpłynęło pismo ze strony Przystępującego, zawierające stanowisko Konsorcjum (...). W toku posiedzenia Izby Przystępujący złożył ww. pismo w formie pisemnej wnosząc o oddalenie odwołania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej w rozpoznawanym stanie faktycznym, istotnym zagadnieniem, wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia, związana z odpowiedzią na pytanie, czy dokonana przez Zamawiającego czynność wykluczenia Odwołującego z prowadzonego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, opisana w piśmie z dnia 14 marca 2018 r. dotyczy:

- jedynie informacji, przekazanych przez Odwołującego, służących Zamawiającemu do oceny jego ofert na podstawie ustalonych w siwz kryteriów (Podkryterium organizacyjne - personel Wykonawcy),
- czy też informacji, przekazanych przez Odwołującego, w zakresie wykazania przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a także informacji przekazanych przez Odwołującego, służących Zamawiającemu do oceny ofert Odwołującego na podstawie ustalonych w siwz kryteriów.

KIO po przeprowadzeniu analizy treści pisma z dnia 14 marca 2018 r, które zawierało m. in. informację Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp doszła do przekonania, że z treści ww. pisma nie wynika jednoznacznie informacja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania w zakresie informacji odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu.

Izba wskazała, że zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem wielokrotnie wyrażanym przez poszczególne składy orzekające Izby stwierdziła, że Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania zobowiązany jest w sposób jasny i klarowny opisać wszystkie okoliczności towarzyszące tej czynności, ponieważ w innym przypadku wykonawca może jedynie domyślać się podstaw faktycznych, stanowiących podstawę wykluczenia go z postępowania. Skutkiem wadliwego sporządzenia przez Zamawiającego uzasadnienia wykluczenia wykonawcy z postępowania, z uwagi na jego ogólność, bez wątpienia jest niemożność prawidłowego postawienia zarzutów odwołania. Z taką sytuacją mamy do czynienia w omawianym przypadku, gdyż Zamawiający w treści pisma z dnia 14 marca 2018 r. nie wskazał jednoznacznie i wyczerpująco, że podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp - oprócz informacji podanych w Formularzu „Kryteria pozacenowe” były również informacje podane przez Odwołującego na potrzeby weryfikacji spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tym samym Odwołujący

wiedzę o tym, że podlega również „takiemu wykluczeniu” uzyskał dopiero na etapie późniejszym. W konsekwencji nie dziwi fakt, że brak jest tego rodzaju zarzutu w treści odwołania. Wręcz przeciwnie. Odwołujący w treści odwołania wskazywał na zróżnicowanie postępowania Zamawiającego względem tych samych informacji, tj. brak czynności wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, obejmującego te same informacje, zarówno w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu jak również na potrzeby uzyskania dodatkowych punktów (str. 8-9 odwołania). W ocenie Izby powyższe potwierdza tezę, że treść pisma Zamawiającego z dnia 14 marca 2018 r. nie jest dostatecznie jasna i klarowana w zakresie opisanego okoliczności towarzyszących wykluczeniu Konsorcjum z prowadzonego postępowania.

Izba uznała, że argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego w toku rozprawy nie sposób obronić, opierając się na powoływanej przez Zamawiającego, następującej treści pisma z dnia 14 marca 2018 r., zawartej w części ogólnej uzasadnienia faktycznego, tj. „ W wyniku przeprowadzonej weryfikacji stwierdzono, że Konsorcjum (...) w Formularzu „Kryteria pozacenowe” i/lub w „Wykazie osób” przedstawiło nieprawdziwe informacje (informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego) w zakresie wskazanego doświadczenia personelu Wykonawcy”. Analizując treść powołanego zdania, po pierwsze, stwierdzić należy, że zawiera ono odniesienie przede wszystkim do dokumentu w postaci Formularza „Kryteria pozacenowe”. który miał posłużyć Zamawiającemu do oceny ofert, w zakresie ilości przyznawanych punktów, a nie do weryfikacji ofert pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Po drugie, należy zwrócić uwagę na posłużenie się przez Zamawiającego spójnikami „i/lub” pomiędzy określeniami: „Formularzu „Kryteria pozacenowe” oraz „w Wykazie osób”. Zastosowanie w konstrukcji tego zdania jednocześnie spójników współrzędnych łącznych i rozłącznych „i/lub” powoduje brak jasnego komunikatu Zamawiającego, w jakich dokumentach Odwołujący podał informacje nieprawdziwe, tj. czy zarówno w Formularzu „Kryteria pozacenowe” i w „Wykazie osób” czy też w Formularzu „Kryteria pozacenowe” lub w „Wykazie osób”.

Odnosząc się zaś do części szczegółowej uzasadnienia faktycznego, zawartego w piśmie z dnia 14 marca 2018 r. Izba wskazała, że w treści zamieszczonych tabel Zamawiający w zakresie Pana M. N. (wskazanego do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy) oraz Pana A. A. (wskazanego do pełnienia funkcji Kierownika Budowy) podał określony katalog informacji faktycznych, tj.: wymagania IDW w zakresie podkryterium, oświadczenie wykonawcy zawarte w Formularzu „Kryteria pozacenowe”, oświadczenie wykonawcy zawarte w „Wykazie osób” oraz ustalenia Zamawiającego. W ich treści brak jest jakiegokolwiek stwierdzenia, które wskazywałoby na podstawie wykluczenia, wskazywaną przez Zamawiającego i Przystępującego, tj. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w związku z warunkami udziału w postępowaniu. Wręcz przeciwnie. W tabeli Zamawiający zestawiał wszystkie informacje służące do oceny oferty pod względem uzyskania dodatkowych punktów w podkryterium organizacyjne „personel wykonawcy”. Również w treści zawartej pod tabelami na stronach 7 i 9 Zamawiający wskazywał jedynie, że Pan M. N. „nie pełnił wskazanej funkcji „od rozpoczęcia robót”. Natomiast w zakresie Pana A. A. twierdził, że w zakresie Zadania nr 1 i 2 sprawował swoją funkcję w innym okresie niż oświadczył to Odwołujący, jak również funkcja ta nie była pełniona „od rozpoczęcia do wykonania zadania”. Izba uznała, że na podstawie tak przedstawionych informacji nie sposób wywieść, że Zamawiający wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nie tylko z powodu informacji przekazanych przez Odwołującego na potrzeby oceny punktowej, ale również w związku z informacjami, przekazanymi na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie omawianego stanu faktycznego dodatkowo KIO podkreśliła, że z dokumentacji postępowania, jak również z oświadczenia Zamawiającego złożonego w toku rozprawy wynika, że mamy do czynienia z zastosowaniem procedury odwrotnej, opisanej w art. 24aa ust. 1 Pzp. Powołany przepis stanowi, że Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Dlatego też, w takim przypadku wykonawca może oczekiwać, że Zamawiający w pierwszej kolejności dokona oceny punktowej, a weryfikacja braku podstaw do wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie odbywać się w stosunku do oferty, która zostanie oceniona jako najkorzystniejsza. Jeśli zaś chodzi o badanie oferty Odwołującego to Zamawiający twierdził, „że badał oferty wykonawców w zakresie

przynawanych punktów, jak również w zakresie warunku udziału w postępowaniu przy uwzględnieniu kryteriów, dlatego też wyzwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie doświadczenia osób”.

W ocenie Izby istotnym jest, że w treści pisma z dnia 14 marca 2018 r. brak jest jakichkolwiek informacji, odnoszących się do stosowanej przez Zamawiającego względem Odwołującego procedury opisanej w art. 26 ust. 3 Pzp, w odniesieniu do doświadczenia Pana M. N. (pismo Zamawiającego z dnia 14 lutego 2018 r., odpowiedź wykonawcy z dnia 20 lutego 2018 r.) jak również do doświadczenia Pana A. A. (pismo Zamawiającego z dnia 20 lutego 2018 r., odpowiedź wykonawcy z dnia 22 lutego 2018 r.).

Podkreślenia wymaga, że w obu wezwaniach Zamawiający wskazywał jedynie, że doświadczenie obu osób jest niewystarczające z uwagi na jego zbyt krótki okres, nie wskazując, że informacje podane przez wykonawcę „wadliwe” w jakimkolwiek innym aspekcie. W przypadku Pana M. N. Odwołujący uzupełnił „Wykaz osób” w ten sposób, że przy osobie Pana N. w pkt 3 i 4 (str. 2 wykazu) dodano dodatkowe doświadczenie. Natomiast w przypadku Pana A. A. dokonał zmiany osoby na stanowisku Kierownika Budowy, zastępując jego osobę, osobą Pana J. P..

Podobne postępowanie Zamawiającego, względem Odwołującego można zaobserwować na przykładzie pisma Zamawiającego z dnia 14 lutego 2018 r., które zawierało wezwanie na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień. Zauważyć należy, że w treści pisma Zamawiający odwołał się wprost do postanowień IDW w zakresie podkryterium organizacyjnego personel wykonawcy oraz do treści złożonego przez Odwołującego Formularza „Kryteria pozacenowe”. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający w piśmie nie wskazując jakichkolwiek powodów poprosił Odwołującego jedynie o wyjaśnienie, czy w konkretnych zadaniach (Zadanie 1 i 2) Pan A. A. pełnił funkcję Kierownika Budowy od rozpoczęcia do wykonania zadania, zgodnie z przytoczonym pkt. 19.1.2.2.2) a) ii IDW.

Izba uznała, że treść wezwania wskazuje, że pytanie nie dotyczyło zagadnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a materii, związanej z podkryterium organizacyjnym na co wprost wskazuje odwołanie się do postanowień IDW oraz treści Formularza „Kryteria pozacenowe”, złożonego przez Odwołującego (Część nr 2), który był wymagany na potrzeby punktacji. Również odwołanie się do stwierdzenia „od rozpoczęcia do zakończenia zadania”, której pojawia się opisie podkryterium organizacyjne - doświadczenie wykonawcy świadczy, że Zamawiający badał treść oferty pod kątem oceny oferty Odwołującego w aspekcie przyznania, bądź nie przyznania punktów w opisywanym podkryterium. Nie sposób również pominąć tego, że Zamawiający żądając wyjaśnień nie opisał tego, co legło u podstaw wystosowania wezwania, a więc tego co było podstawą wątpliwości Zamawiającego.

W tym kontekście zdaniem Izby na uwagę zasługuje również zgromadzona i przekazana Izbie przez Zamawiającego dokumentacja, zawierająca informacje w zakresie weryfikacji przez Zamawiającego doświadczenia, którym legitymował się Pan M. N. jak również Pan A. A.. Zamawiający pismem z dnia 26 stycznia 2018 r. zwrócił się do GDDKiA Oddział w B. o informację w zakresie doświadczenia Pana A. A. w zakresie wskazywanym przez Odwołującego w ofercie nr 4. Odpowiedź Zamawiający otrzymał pismem z dnia 5 lutego 2018 r. Kolejno pismem również z dnia 26 stycznia 2018 r. Zamawiający zwrócił się do GDDKiA Oddział w W. o informację w zakresie doświadczenia Pana A. A. w zakresie wskazywanym przez Odwołującego w ofercie nr 4. Odpowiedź Zamawiający otrzymał w formie e-mail w dniu 29 stycznia 2018 r. Również w stosunku do doświadczenia Pana M. N. Zamawiający kierował zapytanie w dniu 22 stycznia 2018 r. Odpowiedź została Zamawiającemu udzielona pismem z dnia 26 stycznia 2018 r. W związku powyższym dostrzec należy, że Zamawiający, kierując w dniu 14 i 20 lutego 2018 r. wezwania do Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp był już w posiadaniu informacji na temat doświadczenia Pana M. N. oraz Pana A. A., uzyskanych z poszczególnych oddziałów GDDKiA, a jednak pomimo to skorzystał z procedury wezwania Odwołującego do uzupełnienia „Wykazu osób”. W związku z tym nawet gdyby chcieć uznać, że Zamawiający prowadził postępowanie w sposób nie zachowujący kluczowych założeń tzw. „procedury odwróconej” (tj. najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu) to w momencie wezwania Odwołującego dysponował informacjami pozwalającymi na wykluczenie tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a pomimo to przeprowadził procedurę uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Podsumowując Izba doszła do przekonania, że dokonanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w kontekście informacji, dotyczących warunków udziału w postępowaniu nie tylko nie znajduje potwierdzenia w piśmie Zamawiającego z dnia 14 marca 2018 r. ale przeczy temu również cały szereg okoliczności, występujących w toku prowadzonego postępowania, które zostały opisane powyżej. Tym samym nie może ostać się twierdzenie jakoby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał ww. czynności.

Kolejno Izba odniosła się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w kontekście informacji przekazanych przez Odwołującego w zakresie podkryterium organizacyjnego personelu wykonawcy. Izba uznała zgłoszone zarzuty za zasadne.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy, uwzględniając materiał dowodowy zgromadzony w sprawie Izba uznała, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu z prowadzonego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Za prawidłowością takiego stanowiska przemawiają następujące argumenty.

Na wstępie Izba podniosła, że Zamawiający formułując postanowienia IDW w Podkryterium organizacyjnym - personelu wykonawcy w pkt 19.1.2.2.2) a) w zakresie Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy posłużył się określeniem „od rozpoczęcia robót do wykonania zadania”. Natomiast w przypadku Kierownika Budowy Zamawiający użył stwierdzenia „od rozpoczęcia do wykonania zadania”. Powyższe pojęcia nie zostały przez Zamawiającego zdefiniowane w treści specyfikacji, podczas gdy na przykład znaczenie pojęcia „wykonania (zakończenia) zadania” zostało ustalone przez Zamawiającego na potrzeby jego rozumienia w zakresie warunku udziału w postępowaniu (str. 8 siwz). W związku z tym Izba stanęła na stanowisku, że przyczyną sporu pomiędzy Stronami jest odmienne rozumienie obu pojęć. Istotnym również jest, że we wzorze Formularza 2.2 „Kryteria pozacenowe”, stanowiącego załącznik do siwz Zamawiający - zarówno w odniesieniu do Dyrektora Kontraktu jak również w stosunku do Kierownika Budowy - wymagał, aby wskazać doświadczenia ww. osób zgodnie z opisem podkryterium zawartym w pkt 19 IDW - Tom I SIWZ, tj. że dana osoba posiada doświadczenie przy realizacji wskazanego zadania/zadań od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, podczas gdy w treści siwz w zakresie Kierownika Robót Zamawiający posługiwał się określeniem „od rozpoczęcia do wykonania zadania”. W związku z tym brak konsekwencji Zamawiającego w poprawnym posługiwaniu się ww. nomenklaturą sprecyzowaną przez Zamawiającego w treści IDW mógł wprowadzać chaos informacyjny, wywierający bezpośredni skutek na sposób rozumienia przez Odwołującego, powołanych postanowień IDW. Wobec tego Izba stanęła na stanowisku, że w rozpoznawanym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z sytuacją, w której Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa podał informacje, wprowadzające w błąd Zamawiającego. Izba uznała, że Odwołujący w sposób odmienny od Zamawiającego zinterpretował postanowienia specyfikacji w zakresie rozumienia pojęcia m. in. pojęcia „rozpoczęcia robót” oraz „rozpoczęcia zadania”.

Odwołujący twierdził, że wobec braku wskazówek, co do rozumienia użytych przez Zamawiającego pojęć przyjął, że wolą Zamawiającego było, aby w przypadku Dyrektora Kontraktu punktować faktyczne doświadczenie zdobyte od momentu rozpoczęcia robót. Zdaniem Odwołującego rozpoczęcie robót na Zadaniu Budowa (...) miało miejsce w dniu 1 marca 2011 r. Odwołujący twierdził, że wszelkie wcześniejsze prace wykonane przed datą 1 marca 2011 r. należy zakwalifikować do katalogu prac przygotowawczych, które jedynie poprzedzają faktyczne rozpoczęcie robót. Natomiast Zamawiający i Przystępujący twierdzili, że rozpoczęcie robót na Zadaniu Budowa (...) nastąpiło już pod koniec 2010 r., przedkładając w tym zakresie stosowne dowody, które zostały opisane powyżej.

W zakresie omawianego zagadnienia Izba podzieliła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego oraz Przystępującego, które znajduje potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym.

Z treści przedstawionych przez Przystępującego wydruków ze strony internetowej wprost wynikało, że w okresie: od listopada 2010 r. do lutego 2011 r. na Zadaniu Budowa (...) prowadzono cały szereg prac budowlanych o różnym stopniu zaawansowania (np. prace mostowe, niektóre roboty branżowe itp.). Wobec tego Izba uznała za błędne twierdzenia Odwołującego, który stwierdził, że rozpoczęcie robót na ww. zadaniu nastąpiło w dniu 1 marca 2011 r. Izba uznała, że rozpoczęcie robót na ww. zadaniu miało miejsce wcześniej niż deklarował to Odwołujący, gdyż z przedstawionych przez Przystępującego dowodów wynika, że prace prowadzono już w listopadzie 2010 r. Za chybioną

Izba uznała argumentację Odwołującego, który odnosząc się do przedstawionych wydruków twierdził, że dotyczą one do harmonogramu rzeczowo-finansowego prac, a nie do realnego wykonywania prac. Natomiast w wielu przypadkach, wskazanych w wykazach, zakup materiałów stanowi lwią część wykonanych prac, dlatego też nie może odzwierciedlać faktycznego wykonania prac. Izba stwierdziła, że w treści przedstawionych Izbie „raportów z postępu prac” oraz „raportów zaawansowania robót” nie tylko nie wynika interpretacja do której odwołuje się Konsorcjum (w treści raportów nie podano informacji o tym, że dotyczą one harmonogramu rzeczowo- finansowego), ale zawarto w nich m. in. kolumny zatytułowane wprost: „Rodzaj robót”, „% całości”, „Wykonane roboty”, czy też „Uwagi! (przyczyny nie zrealizowania planu)”, które zawierają dane postępu i zawansowania konkretny prac, realizowanych na ww. Zadaniu. Jeśli zachodzi o dowody złożone przez Odwołującego to Izba uznała ja za nieprzydatne do rozpoznania zarzuty, ponieważ z ich treść nie wynikają, żadne istotne informacje, mające znaczenie w rozpoznawanej sprawie.

Za gołosłowne Izba uznała także twierdzenia Odwołującego, który stwierdził, że Pan M. N. pełnił funkcję Dyrektora Kontraktu na Zadaniu Budowa (...) od momentu rozpoczęcia robót. Odwołujący poza własnymi twierdzeniami, zasadzającymi się na tym, że „kontrakt na (...) był realizowany w specyficznych warunkach z uwagi na wydarzenie (...), dlatego też pewne elementy związane z rozpoczęciem robót nie były formalnie odzwierciedlone w dokumentach” - nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, potwierdzających prawdziwość prezentowanego twierdzenia.

Izba odniosła się również do argumentacji Odwołującego i Zamawiającego, wyrażanej na tle wyroku Krajowej Izby Odwoławczej zapadłego w dniu 12 maja 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 782/17. Odwołujący wskazywał, że doświadczenie, którym legitymował się Pan M. N. i Pan A. A. zostało nabyte w związku z wykonywanie prac na rzecz GDDKiA. W szczególności wskazywał na doświadczenie Pana M. N., które zostało nabyte przy realizacji Zadania Budowa (...), które było realizowane bezpośrednio przez Oddział w Ł., który również reprezentuje GDDKiA w ramach obecnie prowadzonego postępowania. Z powyższego Odwołujący wywodził, że Zamawiający, jako podmiot na rzecz którego realizowane określone zadania, posiada doskonałą wiedzę w tym zakresie, dlatego nie występuje możliwość wprowadzenia jego w błąd. Natomiast Zamawiający wskazywał na rozbudowaną i skomplikowaną strukturę organizacyjną GDDKiA twierdząc, że przywołany przez Odwołującego wyrok jest nieadekwatny do stanu faktycznego sprawy. W opisywanej kwestii Izba zaprezentowała pogląd, że nie tyle niemożliwe jest wprowadzenie w błąd Zamawiającego w stosunku do informacji, w posiadaniu których Zamawiający powinien być, w związku z realizacją na jego rzecz określonych zadań, co jest to zwyczajnie nieracjonalne i nielogiczne. Izba zwróciła uwagę, że w przypadku tego typu Zamawiających jak GDDKiA, które charakteryzują się złożoną strukturą organizacyjną, z uwagi na wielość Oddziałów zawsze występuje ryzyko zwykłego błędu ludzkiego i przekazania błędnych informacji z jednego Oddziału do drugiego, dlatego też Izba nie wyklucza w takim przypadku możliwości wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Niemniej jednak takie działanie wykonawcy było zwyczajnie irracjonalne, gdyż Zamawiający z łatwością może dokonać weryfikacji prawdziwości takiego oświadczenia wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stanęła na stanowisku, że Pan M. N., jako osoba wskazywana przez Odwołującego do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu - celem uzyskania punktów w kryterium organizacyjnym personel wykonawcy - nie legitymuje się odpowiednim doświadczeniem, pozwalającym na uzyskanie dodatkowych punktów w tym kryterium, gdyż na Zadaniu Budowa (...) nie pełnił funkcji Dyrektora Kontraktu od „rozpoczęcia robót”. Taka sytuacja została przewidziana i uregulowana przez Zamawiającego identyczną - w stosunku do Dyrektora kontraktu i Kierownika Budowy - treścią postanowień IDW za pomocą których Zamawiający jasno przesądził, że: „Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełnienia powyższych wymagań Wykonawca otrzyma o pkt.” W ocenie Izby brak jest jakichkolwiek argumentów, pozwalających Zamawiającemu na odstąpienie od ukształtowanego samodzielnie w IDW sposobu punktacji w podkryterium organizacyjnym - personel wykonawcy.

W rozpoznawanym stanie faktycznym Izba doszła do przekonania, że brak jest podstaw do wykluczenia Odwołującego z prowadzonego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Natomiast w kontekście powołanej powyżej treści IDW Odwołujący w Części nr 1 w zakresie podkryterium organizacyjnego - personel wykonawcy - Dyrektor Kontraktu, powinien otrzymać o pkt. Analogiczną argumentację Izba prezentuje w zakresie doświadczenia Pana A. A. wskazanego do pełnienia funkcji Kierownika Budowy (Część nr 2). Odwołujący dla ww. osoby nie potwierdził w pełni spełniania wymagań Zamawiającego, w zakresie sprawowania funkcji Kierownika Budowy od momentu



rozpoczęcia do wykonania zadania. Zatem, tak jak w przypadku doświadczenia pana M. N., Odwołujący w Części nr 2 w Podkryterium organizacyjnym - personel wykonawcy Kierownik Budowy powinien otrzymać o pkt.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3, § 5 ust. 2 pkt 1 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).

Od powyższego orzeczenia, (...) S.A. w W. oraz (...) Sp. z o.o. w P. – wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie wnieśli skargę, zaskarżając przedmiotowy wyrok w całości.

Zaskarżonemu postanowieniu zarzucili:

1) naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 192 ust. 7 ustawy PZP, polegające na przyjęciu przez Izbę, że przyczyną sporu pomiędzy stronami jest odmienne rozumienie zapisów pkt 19.1.2.2.2)a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Instrukcji dla Wykonawców (dalej jako „SIWZ - IDW”) dot. wymaganego doświadczenia personelu Wykonawcy punktowanego w ramach kryteriów oceny ofert w podkryterium organizacyjnym - personel Wykonawcy, co skutkowało przyjęciem przez Izbę braku podstaw do wykluczenia Przeciwnika skargi z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, gdy tymczasem Przeciwnik skargi okoliczności tej nie objął zarzutami odwołania z dnia 23 marca 2018r., powołując się jedynie na zapisy pkt 19.1.2.2.2)a) SIWZ - IDW dot. sposobu punktacji w podkryterium organizacyjnym - personel Wykonawcy w związku z niespełnieniem wymagań Zamawiającego w zakresie odpowiedniego doświadczenia personelu wskazanego w ofercie (a to M. N. i A. A.);

2) naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 190 ust. 7 Pzp, polegające na dokonaniu oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego w sposób dowolny, a nie swobodny, i uznanie przez Izbę, że wprawdzie personel wskazany w ofercie Przeciwnika skargi (a to M. N. - dedykowany do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy dla Części nr 1 i A. A. dedykowany do pełnienia funkcji Kierownika Budowy dla Części nr 2) wbrew oświadczeniom Przeciwnika skargi zawartym w ofercie nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie zdolności zawodowej opisanych w pkt 19.1.2.2.2)a) SIWZ - IDW, to wpływa to jedynie na brak możliwości uzyskania przez Przeciwnika skargi dodatkowych punktów w kryterium pozacenowym (podkryterium organizacyjnym - personel Wykonawcy) zgodnie z pkt 19.1.2.2.2)a) SIWZ - IDW, gdy tymczasem ocena dowodów przeprowadzona zgodnie z dyspozycjami wynikającymi z naruszonego przepisu winna była prowadzić Izbę do przyjęcia, że w zaistniałym stanie faktycznym istnieje podstawa do wykluczenia Przeciwnika skargi z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wobec złożenia przez Przeciwnika skargi nieprawdziwych informacji dot. zdolności zawodowej: w Części nr 1 M. N., w zakresie doświadczenia dot. realizacji budowy (...) T.S. odcinek K. (bez węzła) i w Części nr 2 A. A. w zakresie doświadczenia w ramach zadania nr 1 i 2;

3) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez jego niezastosowanie i nieuwzględnienie podstaw do wykluczenia Przeciwnika skargi z postępowania, gdy tymczasem Izba ustaliła, że wbrew oświadczeniom Przeciwnika skargi zawartym w ofercie Przeciwnik skargi nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie zdolności zawodowej opisanych w pkt 19.1.2.2.2)a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Instrukcji dla Wykonawców (dalej jako „SIWZ - IDW”) w odniesieniu do: w Części nr 1 M. N. w zakresie doświadczenia dot. realizacji budowy (...) T.S. odcinek K. (bez węzła) i w Części nr 2 A. A. w zakresie doświadczenia w ramach zadania nr 1 i 2, co powinno skutkować - niezależnie od zapisów pkt 19.1.2.2.2)a) SIWZ - IDW dot. kryteriów oceny ofert w ramach podkryterium organizacyjnego - personel Wykonawcy - wykluczeniem Przeciwnika skargi z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, doszło bowiem do wprowadzenia w błąd Zamawiającego w zakresie dot. zdolności zawodowej personelu Przeciwnika skargi będącego przedmiotem oceny w ramach kryterium oceny ofert w następstwie co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa Przeciwnika skargi.

W oparciu o powyższe zarzuty Skarżący wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku KIO poprzez oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Przeciwnika skargi na rzecz Skarżącego kosztów postępowania, w tym wynagrodzenia radcy prawnego, według norm przepisanych.

(...)S.A. oraz (...) S.A. – wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie wnieśli odpowiedź na skargę, w której wnieśli o oddalenie skargi w całości oraz zasądzenie od Skarżącego na rzecz Przeciwnika Skarżącego kosztów postępowania, w tym wynagrodzenia radcy prawnego według norm przepisanych.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Skarga okazała się usprawiedliwiona. Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że wykonawca podlegał wykluczeniu ze spornego postępowania, przy czym Sąd Okręgowy podziela ustalenia faktyczne Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) i przyjmuje je za własne. Z prawidłowo ustalonego stanu faktycznego sprawy KIO wywiodła jednak niewłaściwe wnioski prawne, co legło u podstaw wydania orzeczenia reformatoryjnego.

W pierwszej kolejności należało odnieść się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 192 ust. 7 p.z.p., gdyż rozstrzygnięcie tego zagadnienia określa prawidłowe granice merytorycznego rozpoznania odwołania w postępowaniu przed KIO.

Skarżący argumentował, że KIO naruszyła art. 192 ust. 7 p.z.p. poprzez rozstrzygnięcie co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Zgodnie z przywołanym art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przepis art. 192 ust. 7 p.z.p. nakazuje zatem rozpatrywać odwołanie wyłącznie w zakresie zarzutów w nim podniesionych. Oznacza to, że zarzuty objęte rozstrzygnięciem muszą być tożsame pod względem podstawy faktycznej i prawnej z zarzutami podniesionymi w odwołaniu. Po złożeniu odwołania rozszerzanie zarzutów odwołania przez dodawanie nowych podstaw faktycznych jest niedopuszczalne. Samo powołanie się w treści odwołania na dany przepis ustawy – Prawo zamówień publicznych nie tworzy zarzutu. Zarzut to określona okoliczność, na którą powołuje się odwołujący w związku z zachowaniem się zamawiającego, które zdaniem wnoszącego odwołanie prowadzić może do naruszenia konkretnych przepisów ustawy. Zarzut powinien zostać zmaterializowany, to jest dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Odwołujący powinien wskazać, w jaki sposób jego interes został naruszony, w wyniku jakiego zachowania, działania bądź zaniechania zamawiającego, w jakich okolicznościach i jaki przepis ustawy w związku z powyższym został przez zamawiającego naruszony ( vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 grudnia 2011 roku, o sygn. akt. KIO 2625/11).

Jak z powyższego wynika, dla rozstrzygnięcia tego zarzutu konieczne jest porównanie zarzutów odwołania z treścią uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia.

Skarżący wskazywał, że – zdaniem KIO - przyczyną sporu pomiędzy stronami jest odmienne rozumienie zapisów pkt 19.1.2.2.2)a) SIWZ - IDW, dot. wymaganego doświadczenia personelu Wykonawcy, punktowanego w ramach kryteriów oceny ofert w podkryterium organizacyjnym - personel Wykonawcy, co skutkowało przyjęciem przez Izbę braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, gdy tymczasem przeciwnik skargi okoliczności tej nie objął zarzutami odwołania z dnia 23 marca 2018r., powołując się jedynie na zapisy pkt 19.1.2.2.2)a) SIWZ - IDW dot. sposobu punktacji w podkryterium organizacyjnym - personel Wykonawcy w związku z niespełnieniem wymagań Zamawiającego w zakresie odpowiedniego doświadczenia personelu wskazanego w ofercie (M. N. i A. A.).

Analizując treść uzasadnienia zaskarżonego rozstrzygnięcia w tym zakresie należało zauważyć, że w istocie KIO wprost wskazywała, że Zamawiający formułując postanowienia SIWZ - IDW w Podkryterium organizacyjnym - personel wykonawcy w pkt 19.1.2.2.2) a) w zakresie Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy posłużył się określeniem „od rozpoczęcia robót do wykonania zadania”, a w przypadku Kierownika Budowy - „od rozpoczęcia do wykonania zadania”. Izba, analizując to zagadnienie doszła do przekonania, że powyższe pojęcia nie zostały

przez Zamawiającego zdefiniowane w treści specyfikacji, podczas gdy na przykład znaczenie pojęcia „wykonania (zakończenia) zadania” zostało ustalone przez Zamawiającego na potrzeby jego rozumienia w zakresie warunku udziału w postępowaniu (str. 8 siwz). W związku z tym Izba w istocie ustaliła, że przyczyną sporu pomiędzy Stronami jest odmienne rozumienie obu pojęć, wskazując przy tym na brak konsekwencji Zamawiającego w poprawnym posługiwaniu się ww. nomenklaturą. Wywiodła stąd Izba, że treść IDW mogła wprowadzać chaos informacyjny, wywierający bezpośredni skutek na sposób rozumienia przez Odwołującego, powołanych postanowień IDW i uznała, że nie mamy do czynienia z sytuacją, w której Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa podał informacje, wprowadzające w błąd Zamawiającego. Ta konkluzja wynika stąd, że – w ocenie KIO - Odwołujący właśnie w sposób odmienny od Zamawiającego zinterpretował postanowienia specyfikacji w zakresie rozumienia m. in. pojęcia „rozpoczęcia robót” oraz „rozpoczęcia zadania”.

Zestawiając to rozumowanie KIO z treścią odwołania, Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że analizowany zarzut skargi jest słuszny. Zarzuty przedstawione w odwołaniu sprowadzały się bowiem – zasadniczo – do dwóch kwestii: po pierwsze odwołujący stał na stanowisku, że nie można zastosować wykluczenia z uwagi na wprowadzenie w błąd w trybie artykułu 24 ust. 1 pkt 17 pzp ponieważ ocena pozacenowych warunków w sytuacji kiedy nie spełnione są warunki z IDW zawierała już sama w sobie zagrożenie w postaci konieczności przyznania o punktów za zaoferowane informacje. Drugi argument sprowadzał się zaś do tezy, że nie może być mowy o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego w sytuacji, gdy przedstawione informacje rzeczywiście są błędne, jednak nie stanowią tajemnicy dla Zamawiającego, są łatwo dostępne i weryfikowalne na podstawie innych źródeł lub Zamawiający (jak w niniejszej sprawie) znajduje się w posiadaniu informacji prawdziwych, a to ze względu na poprzednie postępowania i roboty realizowane przez tego samego Wykonawcę dla tego samego Zamawiającego. Konkretyzując - chodziło przy tym o informacje dotyczące realizacji kontraktów, gdzie brali udział M. N. i A. A.. W ocenie Sądu Okręgowego właśnie tymi i tylko tymi zarzutami zostały zakreślone granice odwołania. Sąd Okręgowy, po dokładnej analizie odwołania, nie doszukał się również zarzutów związanych z rozumieniem pojęć zawartych w IDW również w jego uzasadnieniu. W konsekwencji wszelkie rozważania dotyczące rozumienia w/w wskazanych przez KIO sformułowań, znajdowały się poza granicami zaskarżenia z odwołania. Oznacza to, że w istocie KIO sama wysnuła zarzut, który poddała szczegółowej analizie, dochodząc do konkluzji, że niemożliwe – w takiej sytuacji – było wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Co więcej – z samej treści odwołania wynika, że na etapie składania pisma do KIO, Odwołujący nie formułował na tę okoliczność żadnych twierdzeń nawet pośrednio (implicite). Przeciwnie – sama konstrukcja odwołania potwierdza stanowisko skarżącego. Gdyby bowiem przyjąć rozumowanie KIO za poprawne, należałoby dojść do wniosku, że odwołującego Wykonawcy w ogóle nie dotyczy sankcja w postaci braku punktów za brak spełnionych kryteriów pozacenowych, a należy mu się pełna pula tych punktów (6). Gdyby bowiem zapisy SIWZ – IDW były niezrozumiałe, nietransparentne, niejednoznaczne, to należałoby przyjąć ich rozumienie na korzyść Wykonawcy. Niejednoznaczność zapisów SIWZ nie może bowiem wywoływać negatywnych skutków w sferze interesów prawnych wykonawców oraz skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią specyfikacji (wyroki KIO: z dnia 8 października 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1020/08; z dnia 29 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 48/09; z dnia 29 sierpnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 844/08; wyrok ZAUZP z dnia 31 lipca 2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/O-2155/06). Nie mógłby zatem w ogóle Odwołujący argumentować, że domaga się przyznania mu sankcji w wysokości o punktów za brak spełnionych kryteriów, a na tym twierdzeniu oparty został zrzęb argumentacji. Innymi słowy: stanowisko Odwołującego wyrażone w odwołaniu wprost, stoi w sprzeczności z jurydycznymi konsekwencjami uznania niejednoznaczności spornych zapisów.

Należało dodatkowo zauważyć, że kwestia doświadczenia M. N. i A. A. nie była w ogóle podważana w odwołaniu. Oznacza to, że Odwołujący zgadzał się z oceną Zamawiającego, iż wskazane osoby nie spełniają kryteriów SIWZ-IDW. Nie było więc żadnych podstaw również i z tego powodu, by prowadzić postępowanie w zakresie badania spełnienia tych warunków. KIO powinna była powyższą okoliczność przyjąć za element stanu faktycznego i na tym poprzestać, a zatem wszelkie rozważania w tym przedmiocie należało uznać za zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy. Innymi słowy: zakres zaskarżenia odwołania w żadnym razie nie dawał również asumptu do badania spełnienia kryteriów pozacenowych przez w/w osoby.

Z tych wszystkich względów Sąd Okręgowy nie miał wątpliwości, że pierwszy zarzut skargi okazał się zasadny, a KIO przekroczyła granice określone zarzutami odwołania i znaczną część postępowania prowadziła w przedmiocie, który w ogóle nie podlegał rozpoznaniu.

Sąd Okręgowy winien zatem rozpoznawać skargę w odniesieniu do zarzutów odwołania, zaś jak wskazano wyżej – na odwołanie składały się dwie zasadnicze tezy. Pierwsza z nich dotyczyła możliwości stosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. w sytuacji, gdy w SIWZ – IDW Wykonawca ustalił swego rodzaju sankcję w postaci przyznania zerowej liczby punktów za brak spełnienia kryteriów pozacenowych.

Zdaniem Odwołującego taka konstrukcja SIWZ – IDW w ogóle uniemożliwia stosowanie tego przepisu. Tymczasem – w ocenie Sądu Okręgowego – takie stanowisko nie znajduje jurydycznego uzasadnienia.

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. W tym zakresie nie budziło wątpliwości, że wykonawca podał informacje nieprawdziwe, w oparciu o oświadczenia osób, których te informacje dotyczyły, bez jednoczesnego sprawdzenia rzetelności tych informacji.

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 § 1 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.

Jak z powyższego wynika, omówione przesłanki ww. przepisu nie stoją na przeszkodzie w zastosowaniu tej podstawy wykluczenia, gdy w SIWZ-IDW Zamawiający przewidział inną „sankcję”. Przepis ten nie ma charakteru dyspozytywnego, co mogłoby przejawiać się w wyrażeniach, takich jak „chyba że uzgodniono inaczej, jeśli nie uzgodniono inaczej, etc.). Dostrzegła to również Krajowa Izba Odwoławcza, która wprawdzie nie zakomunikowała stanowiska o dopuszczalności stosowania w/w podstaw wykluczenia w okolicznościach rozpoznawanej sprawy wprost, jednak bardzo szczegółowo zbadała drugi z zarzutów (zdaniem Izby stanowisko Odwołującego podającego dotychczasowe zadania wykonywane przez M. N. i A. A. było nieracjonalne i nielogiczne ponieważ Zamawiający z łatwością mógł zweryfikować prawdziwość tych twierdzeń – vide: k.91 verte). Uznając zaś zasadność tego stanowiska, rozpoznawanie dalszych zarzutów byłoby bezprzedmiotowe, gdyż należałoby dojść do wniosku, że sankcji wykluczenia po prostu w sprawie nie stosuje się, a zatem prowadzenie postępowania w kierunku weryfikacji przesłanek wprowadzenia w błąd przy badaniu spornych kryteriów pozacenowych byłoby bezcelowe.

Nie było zatem żadnych merytorycznych podstaw ani argumentów pozwalających na utrzymanie tezy, zgodnie z którą podstawy wykluczenia odpadają w sytuacji, gdy zamawiający zastrzegł „karę” w postaci braku punktów dla danego kryterium.

Zasadna zatem była weryfikacja drugiego zarzutu odwołania (i trzeciego skargi). Nie zgadzał się tu skarżący z tezą, że nie można wprowadzić zamawiającego w błąd w sytuacji, gdy informacja jest łatwo dostępna, czy też znajduje się w posiadaniu samego Zamawiającego. Zdaniem Sądu Okręgowego, tezę tę należy poniekąd rozumieć w ten sposób, że Zamawiający w toku swojej działalności wypracowuje pewnego rodzaju notorium (na kształt notorium sądowego), a zatem sam dysponuje pewnymi informacjami, które powinien brać pod uwagę w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza poczyniła tu szersze rozważania, które doprowadziły ją do potwierdzenia słuszności tej tezy. Tymczasem w ocenie Sądu Okręgowego – to stanowisko Odwołującego w postępowaniu przed KIO, w ogóle nie powinno być mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

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 zgodnie z 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.

Podsumowując powyższe rozważania należało uznać, że bezpodstawne okazało się stanowisko KIO w zakresie w jakim Izba uwzględniła odwołanie. Po pierwsze KIO wykroczyła poza granice merytoryczne skargi, które zostały zakreślone przez zarzuty odwołania. Jak wskazano wyżej – nie było podstaw do przyjęcia, że w sprawie chodzi o odmienne rozumienie pojęć użytych przez Zamawiającego, a zatem zasadnicza część argumentacji KIO musiała zostać uznana za bezprzedmiotową. Nie było przy tym przeszkód do zbadania przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. Dla zastosowania tego przepisu nie ma bowiem znaczenia, czy Zamawiający przewidział w SIWZ jakieś inne, dodatkowe konsekwencje. Przepis ten dotyczy bowiem informacji wprowadzających w błąd, a zatem informacji niezgodnych z prawdą. W niniejszej sprawie nie budziło wątpliwości, że informacje stanowiące podstawę wykluczenia, w świetle twierdzeń odwołania, nie podlegały badaniu w toku postępowania sądowego, gdyż nie było sporu co do tego, że Odwołujący podał informacje nieprawdziwe. Obie osoby – M. N. dedykowany do pełnienia funkcji Dyrektora kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy dla Części 1 i A. A. dedykowany do pełnienia funkcji Kierownika Budowy dla Części 2 nie spełniały wymagań opisanych w pkt 19.1.2.2.2.a) SIWZ – IDW, a Odwołujący złożył oświadczenie o przeciwnej treści.

Mając na uwadze, że wskazana wyżej podstawa wykluczenia ma charakter obligatoryjny, nie było przy tym istotne, czy Zamawiający mógł zweryfikować te informacje (wystarczy, że były to informacje nieprawdziwe) lub czy podjął na ich podstawie jakąkolwiek decyzję (wystarczała potencjalna możliwość). Tym samym uwzględnienie odwołania przez KIO należało uznać za bezzasadne.

Dlatego też na podstawie art. 198f ust. 2 zd. 2 Pzp Sąd Okręgowy zmienił wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w punkcie 1 i oddalił odwołanie.

Zmiana orzeczenia implikowała konieczność zmiany postanowienia kosztowego (pkt 2.2 zaskarżonego wyroku) w postępowaniu przed KIO, gdyż ostatecznie skarżący wygrał (a odwołujący przegrał) to postępowanie w całości. Oznacza to, że (...) i (...) zwrócą Zamawiającemu wszystkie poniesione przezeń koszty postępowania odwoławczego, na które złożyło się jedynie wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 zł (pkt I wyroku).

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł również stosownie do wyniku sprawy (pkt II sentencji wyroku), stąd też na podstawie art. 98 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198f ust.5 p.z.p. Odwołujące Konsorcjum (...) jako strona postępowania zwróci Skarżącemu S. wszystkie koszty jakie ten poniósł na skutek wniesienia skargi, tj. kwotę w łącznej wysokości 112 517 zł, w tym 100 000 zł tytułem zwrotu opłaty od skargi i 12.500 zł tytułem kosztów zastępstwa prawnego wraz z opłatą skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł.

SSO Bolesław Wadowski SSO Tomasz Szczurowski SSO Paweł Kieta