Sygn. akt: KIO 271/19

WYROK
z dnia 7 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Multiconsult Polska Sp. z o.o. 00-203 Warszawa, ul. Bonifraterska 17; Ekocentrum – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. 54-434 Wrocław, ul. Budziszyńska 35/1; JPL Project Sp. z o.o. 02-626 Warszawa, Al. Niepodległości 58**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74**
przy udziale wykonawcy: **MGGP S.A. 33-100 Tarnów, ul. Kaczkowskiego 6**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy MGGP S.A. 33-100 Tarnów, ul. Kaczkowskiego 6
z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych i w konsekwencji odrzucenie oferty tego wykonawcy
na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu;

2. kosztami postępowania w wysokości **18 600 zł. 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74**, i:

   1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł. 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Multiconsult Polska Sp. z o.o. 00-203 Warszawa, ul. Bonifraterska 17; Ekocentrum – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. 54-434 Wrocław, ul. Budziszyńska 35/1; JPL Project Sp. z o.o. 02-626 Warszawa, Al. Niepodległości 58**, tytułem wpisu od odwołania;

   2) zasądza od zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Multiconsult Polska Sp. z o.o. 00-203 Warszawa, ul. Bonifraterska 17; Ekocentrum – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. 54-434 Wrocław, ul. Budziszyńska 35/1; JPL Project Sp. z o.o. 02-626 Warszawa, Al. Niepodległości 58** kwotę w wysokości **18 600 zł. 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 271/19

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 59 na odcinku granica państwa – Chryzanów (S)", znak sprawy 9090/IREZA1/14351/04362/18/P - dalej: „Postępowanie" lub „Zamówienie".
Postępowanie prowadzi: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Centralny 04-506 Warszawa, ul. Minerska 16, w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) – dalej „ustawa Pzp".
W dniu 18 lipca 2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2018/S 136-311758.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Multiconsult Polska Sp. z o.o. 00-203 Warszawa, ul. Bonifraterska 17; Ekocentrum – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. 54-434 Wrocław, ul. Budziszyńska 35/1; JPL Project Sp. z o.o. 02-626 Warszawa, Al. Niepodległości 58** (zwani dalej

„odwołującym"), działając na podstawie art 180 ust. 1 ustawy Pzp, wnieśli odwołanie od niezgodnych z przepisami czynności zamawiającego podjętych w Postępowaniu oraz zaniechania czynności do których był on zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1.art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy MGGP S.A. **33-100 Tarnów,**
ul. Kaczkowskiego 6 (dalej „MGGP" lub „przystępujący"), z postępowania pomimo,
iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania Inspektorem nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych wchodzącym w skład Stałego Zespołu Inżyniera;

oraz

2.art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez:
a)uznanie, że w wyniku wezwania z dnia 8 października 2018 r., 9 listopada 2018 r. oraz 4 grudnia 2018 r. MGGP było uprawnione do zmiany treści części A wykazu osób, którymi dysponuje wykonawca i które zostały skierowane do realizacji zamówienia (dysponowanie bezpośrednie) poprzez przedłożenie nowego wykazu osób zawierającego nową osobę wskazaną do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych oraz złożenie przez MGGP wyjaśnień w tym zakresie, co w efekcie doprowadziło do niedopuszczalnego konwalidowania przedstawionych przez tego wykonawcę informacji niezgodnych ze stanem faktycznym;
b)uznanie za dopuszczalne uzupełnienie doświadczenia Pana A. F. dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie 26 ust. 4 ustawy Pzp (z dnia 4 grudnia 2018 r.) pomimo wcześniejszego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp (z dnia 8 października 2018 r.) co de facto doprowadziło do dwukrotnego uzupełnienia informacji niezbędnych dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu
w tym samym zakresie, a tym samym naruszenie zasady jednokrotnej możliwości stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

ewentualnie

3.art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy MGGP, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie dysponowania osobą do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej wchodzącą w skład Stałego Zespołu Inżyniera;

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2.dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu;
3.wykluczenia MGGP z postępowania;
4.dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podnosił, że 5 lutego 2019 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty MGGP jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zamawiający w pkt 8.6.2 Tom I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ") - Instrukcja dla wykonawców (dalej „IDW") w zakresie warunku określonego
w punkcie 8.2.3 IDW (zdolność techniczna lub zawodowa) wskazał, że wymagane jest wykazanie przez wykonawcę dysponowaniem osobami wchodzącymi w skład Stałego Zespołu Inżyniera, w skład którego wchodzą Inżynier Projektu oraz Inspektor nadzoru
w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych (dalej: „Inspektor nadzoru"). W odniesieniu do Inspektora nadzoru, zamawiający sformułował następujące wymagane minimalne kwalifikacje i doświadczenie:

„- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi lub do projektowania i kierowania robotami budowlanymi odpowiadające nadzorowanemu zakresowi robót,
- w ciągu ostatnich 10 lat liczonych do terminu składania Ofert w postępowaniu zdobył co najmniej 2 tata doświadczenia polegającego na pełnieniu funkcji Kierownika budowy, Kierownika robót lub Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych w zakresie minimum 1 inwestycji infrastrukturalnej, realizowanej w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe."

Z dokumentacji postępowania wynika, że w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp MGGP przedstawił zamawiającemu wykaz osób, który nie spełnia sformułowanego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osoby wskazanej na stanowisko Inspektora nadzoru. W wykazie tym do pełnienia tej funkcji wskazany został Pan R. B., dla którego w części wykazu zawierającej opis doświadczenia wskazano
3 inwestycje, w kolumnie nazwa i adres firmy podając: „PKP PLK S.A. Zakład Linii Kolejowych w Białymstoku a w kolumnie zajmowane stanowisko w czasie wykonywania usługi podano: „Inspektor nadzoru".

Zamawiający w dniu 8 października 2018 r. na podstawie art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp skierował do MGGP wezwanie wskazując na poniższe braki oraz wątpliwości:
- z przedstawionego opisu doświadczenia nie wynika, w oparciu o jakie standardowe warunki kontraktowe były realizowane wskazane inwestycje infrastrukturalne;
- z informacji pozyskanych przez zamawiającego wynika, że w terminach wskazanych przez MGGP Pan R. B. nie pełnił funkcji Inspektora nadzoru w Zakładzie Unii Kolejowych w Białymstoku, co wykazuje MGGP w Wykazie osób, zatem nie potwierdzono, że Pan R. B. pełnił funkcję Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych.

W związku z powyższym, zamawiający wezwał MGGP do uzupełnienia wykazu osób poprzez przedstawienie informacji na potwierdzenie spełniania wszystkich warunków udziału
w postępowaniu przez Pana R. B. albo przedstawienie nowej osoby na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, w załączeniu do pisma z dnia 12 października 2018 r., MGGP uzupełniło wykaz osób, w którym do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru oprócz Pana R. B. wskazało dodatkową osobę - Pana A. F.. W zakresie Pana R. B. zamiast 3 zadań dla których podano, że zostały one zrealizowane
na rzecz PKP PLK S.A. Zakład Linii Kolejowych w Białymstoku, w uzupełnionym wykazie podano dwa zadania. Pierwsze zadanie Modernizacja torowiska kolejki wąskotorowej Hajnówka -Topiło, które było wskazane również w pierwotnym wykazie, w odniesieniu
do którego wykonawca dokonał zmiany podmiotu podanego w kolumnie 3 wykazu z PKP PLK S.A. Zakład Linii Kolejowych w Białymstoku na Nadleśnictwo Hajnówka. Drugie nowe zadanie, nie wymienione w pierwotnym wykazie: Projekt „Wzrost konkurencyjności firmy Swedspan Polska sp. z o.o. poprzez inwestycję w produkcję innowacyjności ultra cienkich płyt HDF (UTHDF)" - Swedspan Polska Sp. z o.o. obecnie Ikea Industry Poland Sp. z o.o.
W odniesieniu do Pana A. F. wykonawca podał dwa zadania. Pierwsze zadanie: pełnienie nadzoru nad projektem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami
pn.: 1) Budowa obwodnicy Olsztyna w ciągu drogi krajowej nr 16: Zadanie nr 1: od początku opracowania w km projektowym 0+000 (istn. 132+220) do km ok. 10+000 (za węzłem Olsztyn - Południe)" oraz 2) Budowa S51 Olsztyn-Olsztynek odc. Olsztyn Wschód - Olsztyn Południe (dawniej: Budowa obwodnicy Olsztyna w ciągu drogi krajowej nr 16: Zadanie nr 2: od km ok. 10 +000"do końca opracowania w km ok. 24 + 701 (za węzłem Olsztyn- Wschód). Drugie zadanie: Modernizacja transportu zbiorowego i budowa linii tramwajowych
w Olsztynie (przy ul. Witosa, przy ul. Tuwima, ul. Towarowa - Dworcowa - Kościuszki - Żołnierska, al. Piłsudskiego, ul. 11 listopada, Zajezdnia Tramwajowa przy ul. Towarowej".
Pismem z dnia 9 listopada 2018 r., zamawiający skierował do MGGP wezwanie
w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, w którym wskazał, że wykonawca w odpowiedzi na wezwanie przedstawił dodatkowe informacje w zakresie Pana R. B. jak również jednocześnie uzupełniło wykaz o dodatkową osobę wskazaną również na stanowisko Inspektora nadzoru. W związku z faktem, że zgodnie z pkt 8.6.2 Tomu I SIWZ zamawiający żądał przedstawienia tylko jednej osoby, poprosił MGGP o jednoznaczne wskazanie, którą osobę wskazuje na stanowisko Inspektora nadzoru.
W odpowiedzi na wezwanie datowane na dzień 14 listopada 2018 r., MGGP oświadczyło, że na stanowisko Inspektora nadzoru wskazuje osobę Pana A. F..
W dniu 4 grudnia 2018 r. zamawiający, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, skierował do MGGP kolejne wezwanie, w którym wskazał, że z treści wykazu osób nie wynika jednoznacznie spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie osoby wskazanej
do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru. Zamawiający podniósł, że pierwsza z usług wskazanych w celu wykazania doświadczenia Pana A. F. tyczy się pełnienia nadzoru nad inwestycją dotyczącą infrastruktury drogowej, zaś druga tramwajowej. Zamawiający powziął również wątpliwość co do funkcji, jaką pełnił Pan A. F. podczas realizacji wskazanych usług, zwłaszcza że MGGP nie uszczegółowiło stanowiska zajmowanego przez Pana A. F. podając jedynie, że pełnił rolę Inspektora nadzoru bez wskazania specjalności.
W odpowiedzi na powyższe wezwanie, w piśmie z dnia 6 grudnia 2018 r., MGGP przedstawiło„uszczegółowiony opis doświadczenia w zakresie zadań wskazanych
w Wykazie osób" oraz podało jedno z zadań realizowanych przez Pana A. F., które nie zostało wskazane w wykazie, a mianowicie zadanie Budowa zachodniej obwodnicy Mrągowa. W odniesieniu do zadania z poz. 1 wykazu - budowa obwodnicy Olsztyna, wykonawca wyjaśnił, że doświadczenie polegało na pełnieniu funkcji Inspektora nadzoru
w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych,
a zadanie obejmowało: budowę wiaduktu kolejowego wraz z torem kolejowym nad budowaną obwodnicą Olsztyna oraz budowę ok. 700 metrów tymczasowego toru kolejowego umożliwiającego ruch pociągów w trakcie budowy wiaduktu oraz budowę dwóch wiaduktów drogowych nad torami kolejowymi. W zakresie poz. 2 wykazu - zadania budowa linii tramwajowych w Olsztynie, wykonawca bardzo lakonicznie wyjaśnił, że: „Doświadczenie polegało na pełnieniu funkcji Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej
w zakresie kolejowych obiektów budowlanych z wykorzystaniem wiedzy i umiejętności zdobytych na zadaniach związanych z przebudową obiektów kolejowych. W tym przypadku zadanie obejmowało budowę torowisk tramwajowych".
Odwołujący, zarzucając naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy MGGP
z postępowania argumentował, że odnosząc się do informacji wskazanych w pierwotnym wykazie osób a dotyczących Pana R. B. a należy w pierwszej kolejności zauważyć, że jak wynika z treści wezwania zamawiającego, wbrew oświadczeniu złożonemu przez MGGP w wykazie, Pan R. B. nie pełnił dla 3 podanych w wykazie inwestycji
w okresach tam wskazanych funkcji Inspektora nadzoru w Zakładzie Linii Kolejowych
w Białymstoku. Z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że co prawda Pan R. B. był lub nadal jest pracownikiem PKP PLK S.A, ale na stanowisku naczelnika Sekcji Eksploatacji w Hajnówce, a nie na stanowisku Inspektora nadzoru. Ponadto
z uzupełnionego przez MGGP wykazu wynika, że przy realizacji zadania Nadzór nad modernizacją torowiska kolejki wąskotorowej Hajnówka - Topiło (poz. 1 tabeli zarówno
w pierwotnym jak i w uzupełnionym wykazie) Pan R. B. pracował na rzecz Nadleśnictwa Hajnówka, a nie jak podano w pierwotnym wykazie PKP PLK S.A. Zakładu Linii Kolejowych w Białymstoku (nie zgadza się zatem nie tylko stanowisko które zajmował, ale również podmiot na rzecz którego realizował prace). Profesjonalny charakter działalności wykonawcy MGGP wskazuje na rażące niedbalstwo, o ile nie celowe działanie wykonawcy, zmierzające do wprowadzenia zamawiającego w błąd co do spełniania przez wskazaną
w wykazie osobę do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru wszystkich wymaganych elementów warunku udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp). Stwierdzić należy, że skoro Pan R. B. został wskazany w części A wykazu osób, a zatem
w części, w której należało wskazać osoby, którymi wykonawca dysponuje w sposób bezpośredni, to należy przyjąć, że wykonawca posiadał w odniesieniu do doświadczenia tej osoby pełne informacje. W tym przypadku, podanie w wykazie osób informacji niezgodnych ze stanem faktycznym powinno skutkować wykluczeniem MGGP z postępowania. Nawet jeśli uznać, że wykonawca opierał się na informacjach o zdobytym doświadczeniu przekazanych mu przez osobę wpisaną do wykazu, to okoliczność ta nie zwalnia MGGP z obowiązku weryfikacji rzetelności przekazanych mu informacji. Z całą pewnością działanie MGGP wypełnia znamiona co najmniej lekkomyślności i niedbalstwa w przedstawianiu informacji zamawiającemu, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego

w postępowaniu. Obowiązkiem wykonawcy jest bowiem upewnienie się, czy informacje przekazane zamawiającemu odpowiadają rzeczywistości, gdyż informacje składane w toku postępowania przetargowego zmierzają do udzielenia zamówienia właśnie temu wykonawcy, który je składa i w związku z tym mają wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje (por. również wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2018 r.; KIO 531/18). Powyższe okoliczności wypełniają dyspozycję zarówno art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, powodując konieczność wykluczenia wykonawcy MGGP z postępowania.
Ponadto, biorąc pod uwagę, że informacje przedstawione przez MGGP w odniesieniu do Pana R. B. są niezgodne ze stanem faktycznym, brak było możliwości zastosowania, na gruncie niniejszej sprawy, dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp i podmiany w wyniku dokonania tych czynności Pana R. B. na Pana A. F. na stanowisku Inspektora nadzoru. W dalszym ciągu aktualne pozostaje bowiem stanowisko wypracowane w orzecznictwie Izby, zgodnie z którym nie można zastąpić informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą, ponieważ byłoby to sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (tak m.in. w wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 sierpnia 2018 r.; KIO 1432/18). Byłoby to również sprzeczne z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że uzupełnieniu podlega oświadczenie lub dokument, który nie został złożony, jest niekompletny lub budzi wątpliwości zamawiającego. Dokument lub oświadczenie zawierające informacje niezgodne ze stanem faktycznym nie zalicza się do żadnej z kategorii w/w dokumentów.
Niezależnie od powyższego odwołujący podnosił, że niezgodne ze stanem faktycznym są również informacje podane przez MGGP w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru w uzupełnionym wykazie osób - Pana A. F.. W zakresie zadania z poz. 1 wykazu doświadczenia tej osoby tj. w zakresie zadania budowa obwodnicy Olsztyna, MGGP podało bowiem że Pan A. F. pełnił funkcję Inspektora nadzoru w okresie od czerwca 2016 r. do lipca 2018 r., podczas gdy z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że pełnił tę funkcję, ale od dnia 18 października 2016 r. Aktualna w tym zakresie pozostaje argumentacja dotycząca konieczności wykluczenia w tej sytuacji MGGP z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp - oznacza
to bowiem, że pełnił on funkcję krócej niż wymagał tego zamawiający w treści warunku udziału w postępowaniu. Jest to tym bardziej znamienne, że jak wynika z uzupełnionego wykazu zadanie budowa obwodnicy Olsztyna Pan A. F. realizował na rzecz MGGP,
a zatem MGGP jako wykonawca tego zadania posiadał wszelkie informacje dotyczące okresu pełnienia przez Pana A. F. funkcji Inspektora nadzoru.
W zakresie zarzutu dotyczącego wykluczenia wykonawcy MGGP z postępowania
na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp odwołujący, z ostrożności wskazywał,
że w przypadku braku podzielenia przez Izbę argumentacji dotyczącej zasadności wykluczenia MGGP z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp,
w okolicznościach opisanych powyżej konieczne jest wykluczenie tego wykonawcy
z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, gdyż MGGP nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Podkreślał, że gdyby uznać, że dopuszczalne było skorzystanie w tej sytuacji przez zamawiającego z dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp, to należy dojść do wniosku, że MGGP uzupełniło wykaz osób w trybie art. 26 ust. ustawy Pzp, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 8 października 2018 r. oraz wezwanie z dnia 9 listopada i w efekcie zmieniło pierwotnie wskazaną w wykazie osobę wyznaczoną do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru
z Pana R. B. na Pana A. F.. Tym samym, MGGP wykorzystało szansę na uzupełnienie dokumentów i wykazanie, że spełnia sformułowany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu. Z uwagi na jednokrotną możliwości stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp brak jest podstaw do kierowania w tym zakresie kolejnego wezwania w tym samym trybie w odniesieniu do osoby wskazanej na to samo stanowisko. Działanie takie stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji i prowadziłoby do możliwości wielokrotnego uzupełniania dokumentów w odniesieniu do tych samych osób.
Wskazane przez MGGP w uzupełnionym wykazie inwestycje zrealizowane przez Pana A. F. nie potwierdzają, że osoba ta posiada doświadczenie wymagane przez zamawiającego do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru. Zadanie z poz. 1 wykazu tj. budowa obwodnicy Olsztyna - w odniesieniu do tej inwestycji, MGGP wskazało, że Pan A. F. pełnił funkcję Inspektora nadzoru w okresie od czerwca 2016 r. do lipca 2018 r. Jak już wyżej wskazywano, z informacji posiadanych przez odwołującego wynika natomiast, że pełnił on tę funkcję od dnia 18 października 2016 r. Biorąc pod uwagę, że termin składania ofert
w przedmiotowym postępowaniu upływał w dniu 22 sierpnia 2018 r., a wspominane zadanie jest nadal realizowane to na dzień składania ofert można zaliczyć Panu A. F.
w ramach tej inwestycji 22 miesiące doświadczenia polegającego na pełnieniu funkcji Inspektora nadzoru. Zamawiający w celu wykazania spełniania warunków udziału
w postępowaniu wymagał natomiast, aby inspektor nadzoru posiadał, co najmniej 2 letnie doświadczenie. Zadanie z poz. 2 wykazu tj. modernizacja transportu zbiorowego i budowa linii tramwajowych w Olsztynie - doświadczenie zdobyte przez Pana A. F. w ramach budowy linii tramwajowych nie odpowiada wymaganemu przez zamawiającego doświadczeniu w pełnieniu funkcji Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych. Zgodnie z art. 4 pkt 4 ustawy o drogach publicznych z dnia 21 marca 1985 r. (tj. z dnia 3 października 2018 r., Dz. U. z 2018 r., poz. 2068 z późn. zm.) torowisko tramwajowe to część ulicy między skrajnymi szynami wraz
z zewnętrznymi pasami bezpieczeństwa o szerokości 0,5 m każdy. Ulica została z kolei zdefiniowana jako droga na terenie zabudowy lub przeznaczonym do zabudowy zgodnie
z przepisami o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, w której ciągu może być zlokalizowane torowisko tramwajowe (art. 4 pkt 3 ustawy o drogach publicznych).
Na podstawie przywołanych powyżej definicji należy wnioskować, że torowisko tramwajowe to element ulicy podlegający regulacjom ustawy o drogach publicznych. Do dróg publicznych odwołuje się również obowiązujące obecnie rozporządzenie Ministra Infrastruktury i Rozwoju w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 11 września 2014 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 1278), w którym w §13 ust. 4 wskazano, że uprawnienia budowlane
w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, takim jak: droga w rozumieniu przepisów o drogach publicznych, z wyłączeniem drogowych obiektów inżynierskich oprócz przepustów; droga dla ruchu i postoju statków powietrznych oraz przepust. Dodatkowo, należy również zwrócić uwagę na postanowienia Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich

usytuowanie z dnia 2 marca 1999 r. (tj. z dnia 23 grudnia 2015 r., Dz.U. z 2016 r. poz. 124 z późn zm.), w którym dział III, rozdział 10 został poświęcony torowiskom tramwajowym. Na podstawie przywołanych powyżej przepisów przyjmuje się, że do projektowania i nadzorowania budowy torowisk tramwajowych nie są wymagane uprawnienia w specjalności kolejowej, lecz drogowej. Takie stanowisko znajduje potwierdzenie w przepisach rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej
w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie z dnia 10 września 1998 r. (Dz.U. Nr 151, poz. 987), które w §1 ust. 2 pkt 1 wprost wskazuje, że przepisów rozporządzenia nie stosuje się do linii tramwajowych. Skoro do budowy torowisk tramwajowych wymagane są uprawnienia w specjalności drogowej, to osoba realizująca zadanie polegające na budowie torowiska nabywa doświadczenie
w specjalności inżynieryjnej drogowej, a nie kolejowej. Bez znaczenia pozostaje w tym przypadku fakt czy posiada ona odpowiednie uprawnienia w specjalności kolejowej. Reasumując, wskazane w uzupełnionym wykazie osób odnośnie Pana A. F. zadanie nr 2 nie potwierdza posiadania przez tę osobę wymaganego doświadczenia
w specjalności inżynieryjnej kolejowej. Z kolei zadanie nr 1 potwierdza posiadania przez
tę osobę jedynie 22 a nie, jak wymagał Zamawiający, 24 miesięcy doświadczenia. Wykonawca MGGP nie wykazał zatem spełniania warunków udziału w postępowania dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie dysponowania Inspektorem nadzoru.
Oceniając doświadczenie posiadane przez Pana A. F. pod kątem wykazania spełniania przez MGGP warunku udziału w postępowaniu należy pominąć inwestycję wskazaną w wyjaśnieniach MGGP z dnia 6 grudnia 2018 r. tj. zadanie: Budowa zachodniej obwodnicy Mrągowa. Zadanie to zostało bowiem wskazane dopiero w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, nie zostało ono uwzględnione w uzupełnionym przez MGGP wykazie. Uwzględnienie przedmiotowego zadania na tym etapie postępowania prowadziłoby do przywrócenia MGGP szansy na uzupełnienie wykazu, w sytuacji gdy wykonawca ten byt już wzywany do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Takie działanie prowadziłoby do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji
i równego traktowania wykonawców, gdyż umożliwiałoby de facto wielokrotne uzupełnienie wykazu poprzez wskazywanie w drodze wyjaśnień na kolejne zadania realizowane przez osobę podaną w wykazie. Pozostawałby ono również w sprzeczności z ugruntowaną w tym zakresie linią orzeczniczą KIO zgodnie z którą wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter jednokrotny.

Zamawiający, w dniu 15 lutego 2019 r. poinformował wykonawców, zgodnie
z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do przystąpienia
do postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego przystąpił, w dniu 18 lutego 2019 r., wykonawca
MGGP S.A. 33-100 Tarnów, ul. Kaczkowskiego 6, zgłaszając swoje przystąpienie
do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 4 marca 2019 r. zamawiający, działając w oparciu o art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, złożył odpowiedź na odwołanie w której wniósł o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego. Odnosząc się do zarzutów postawionych przez odwołującego wskazywał na treść norm art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, zwracając uwagę, że w przepisach mowa jest o wprowadzeniu zamawiającego w błąd. Takie wprowadzenie w błąd, w jego ocenie, może nastąpić jedynie w sytuacji w której zamawiający pozostaje w błędnym przekonaniu
o poprawności złożonych przez wykonawcę oświadczeń. W przedmiotowej sprawie,
w związku z posiadaną wiedzą zamawiający, dokonując oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, powziął wątpliwości odnośnie prawdziwości złożonych oświadczeń. Zgodnie z przysługującym mu uprawnieniem próbował przedmiotową kwestię wyjaśnić.

Ponadto przystępujący, w piśmie z 6 grudnia 2018 r. doprecyzował informacje przedstawione przez niego w wykazie. Co więcej zamawiający zwrócił się do GDDKiA
z prośbą o potwierdzenie przedmiotowych informacji i uzyskał odpowiedź, że Pan A. F. pełnił swoją funkcję od 1 czerwca 2016 r. na zadaniu 1, zaś na zadaniu 2
od 18 października 2016 r. do chwili obecnej, a zatem na tych kontraktach zdobył doświadczenie wymagane przez zamawiającego w SIWZ. W związku z tym, że z dowodu (pismo z GDDKiA z 27 lutego 2019 r.) wynika, że Pan A. F. pełnił funkcję Inspektora nadzoru specjalności inżynieryjnej kolejowej przez wymagany okres, zamawiający nie miał podstaw do zastosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zwrócił uwagę, że zamawiający nie zastosował podwójnego wezwania, a jedynie po jednokrotnym wezwaniu dążył do wyjaśniania przedstawionych mu oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu
się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym
w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, treścią oferty przystępującego, korespondencją prowadzoną pomiędzy zamawiającym a przystępującym, po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie,
w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania,
w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący i przystępujący złożyli ofertę
w przedmiotowym postępowaniu. W przypadku, gdyby zarzuty odwołującego potwierdziły się, przystępujący zostałby wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia a oferta odwołującego uznana zostałaby za najkorzystniejszą.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania
o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia
o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty przystępującego, korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a przystępującym, dowodów złożonych przez odwołującego
na rozprawie, odpowiedzi zamawiającego na odwołanie oraz pisma procesowego złożonego na posiedzeniu przez przystępującego.

Izba oddaliła wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodów: z zeznań świadka Pani A. W. lub Pana R. M. tj. osób które podpisały odpowiedź udzieloną na wniosek zamawiającego (informacja GDDKiA - pismo z 27 lutego 2019 r.) na okoliczność w jakim zakresie i przez jaki okres Pan A. F. pełnił funkcję Inspektora nadzoru specjalności inżynieryjnej kolejowej dla zadania: pełnienie nadzoru nad projektem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: 1) Budowa obwodnicy Olsztyna w ciągu drogi krajowej nr 16: Zadanie nr 1: od początku opracowania w km projektowym 0+000 (istn. 132+220) do km ok. 10+000 (za węzłem Olsztyn - Południe)" oraz 2) Budowa S51 Olsztyn-Olsztynek odc. Olsztyn Wschód - Olsztyn Południe (dawniej: Budowa obwodnicy Olsztyna w ciągu drogi krajowej nr 16: Zadanie nr 2: od km ok. 10 +000"do końca opracowania w km ok. 24 + 701 (za węzłem Olsztyn- Wschód) uznając, że tezy objęte wnioskami dowodowymi zostały przedstawione w piśmie, zebrany materiał dowodowy i wyjaśnienia stron są wystarczające do wydania orzeczenia, a przeprowadzenie wnioskowanych dowodów przyczyniłoby się jedynie do przewlekłości prowadzonego postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła
do przekonania, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują oparcie
w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała, podnoszony przez odwołującego, zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania

Mając na uwadze charakter sporu między stronami na wstępie Izba pragnie sformułować kilka uwag natury ogólnej. Należy nadmienić, na co Krajowa Izba Odwoławcza zwracała już uwagę w wydawanych wyrokach, iż w związku z wejściem w życie z dniem
28 lipca 2016 r. ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), w zakresie dotyczącym dokumentów składanych przez wykonawców oraz formy w jakiej te dokumenty mają być składane, zaszły liczne zmiany. Ustawodawca krajowy przewidział, za prawodawcą unijnym, że głównym źródłem wiedzy zamawiającego odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, elementów mogących mieć wpływ na ocenę w kryteriach oceny ofert, jak też związanych z przedmiotem zamówienia, staną się oświadczenia własne wykonawcy. Odzwierciedleniem tego podejścia jest przepis art. 24 aa ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający, opierając się na oświadczeniu podmiotu składającego ofertę, dokonuje oceny złożonych ofert, ograniczając się następnie do badania oferty uznanej za najkorzystniejszą. Tym samym innego niż dotychczas znaczenia nabierają kwestie prawdziwości oświadczeń składanych przez wykonawcę w toku postępowania, jak też rzetelność przekazywanych informacji. Skutkiem bowiem prezentowanych przez wykonawcę danych jest nie tylko kwestia oceny zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z SIWZ, ale też spełnienia warunków udziału w postępowaniu a nawet uzyskanie określonej pozycji w rankingu ofert,
a w rezultacie uznanie oferty tego wykonawcy za najkorzystniejszą.

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

wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Ponadto, dla zastosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp konieczne jest wystąpienie dwóch innych elementów a zatem: przedstawiane informacje mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu oraz przedstawiane przez wykonawcę informacje wprowadzają w błąd zamawiającego. W kwestii wpływu na decyzje zamawiającego podejmowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tym miejscu jedynie zauważyć należy, że wystarczającym dla zastosowania sankcji jest, aby zaistniała możliwość takiego wpływu, o czym świadczy użycie sformułowania „mogące mieć wpływ", który taką możliwość, a nie skutek wyraża. Tym samym nawet w sytuacji, gdy w wyniku weryfikacji zamawiającego, nawet jeśli ta weryfikacja nie wymaga podejmowania dodatkowych czynności np. w postaci zwracania się do innych podmiotów o potwierdzenie czy przedstawione dane są zgodne z rzeczywistością okaże się, że wykonawca podał dane nieprawdziwe – zamawiający stosuje ten przepis. Ponadto przepis nie ogranicza zakresu podawanych przez wykonawcę informacji, albowiem nie precyzuje (odmiennie niż w przypadku przesłanki wynikającej z art. 24 ust.1 pkt 16 ustawy Pzp) o jakie informacje chodzi. Wystarczającym jest, aby miały one wpływ na decyzje zamawiającego. Z pewnością jednak obejmuje on swoją hipotezą także informacje wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp a zatem informacje, że wykonawca: nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, spełnia obiektywne
i niedyskryminacyjne kryteria selekcji.

Odnosząc się z kolei do kwestii wprowadzenia w błąd zamawiającego Izba zwraca uwagę, że jako takie należy bez wątpienia zakwalifikować wszystkie informacje nieprawdziwe, czyli niemające odzwierciedlenia w rzeczywistości. W kwestii rozumienia
co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, odwołać się należy do wytycznych
dotyczących rozumienia tej kategorii zawartych w wyroku Sądu Najwyższego
z 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99 (OSNC 2003/3 poz. 42). W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy stwierdził (za sądem apelacyjnym), iż pojęcie „prawda", „prawdziwy", bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego
(np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda" rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami" i „danymi"),
co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy,
gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku
z 15 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 380/18) w którym skład orzekający stwierdził,
że zamawiający, oceniając czy informacje podane przez wykonawcę wprowadzają
go w błąd, powinien się ograniczyć wyłącznie do jednoznacznego ustalenia, czy dana informacja jest prawdziwa, czy nieprawdziwa. Aby uznać informację za wprowadzającą
w błąd nie jest istotne ustalenie, jaka przyczyna spowodowała, że wykonawca taką informację przedstawił.

Dla zastosowania normy tego przepisu, w ocenie składu orzekającego, nie ma również znaczenia fakt, czy informacje które są przedmiotem składanego przez wykonawcę oświadczenia dotyczą okoliczności znanych zamawiającemu. Nie sposób zgodzić się
ze stanowiskiem, że w takim przypadku norma ta nie ma zastosowania albowiem trudno
w takich wypadkach uznać, że są to informacje mające lub mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Sama możliwość weryfikacji przez zamawiającego przedstawionych przez wykonawcę informacji, jak też łatwość dokonania takiej weryfikacji np. w związku z tym że zamawiający posiada wiedzę odnośnie okoliczności będących przedmiotem składanego przez wykonawcę oświadczenia, nie może mieć wpływu
na zastosowanie sankcji określonej normą. Gdyby przyjąć takie jego rozumienie każdy wykonawca, prezentujący nierzetelne informacje, zasłaniałby się zarzutem, że istniała możliwość ich weryfikacji co w efekcie czyniłoby martwą instytucję ujętą w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Takie podejście do treści tego przepisu nie wynika, w ocenie Izby,
ani z jej literalnego brzmienia, ani z wykładni celowościowej tej instytucji. Istotą nieprawdziwych informacji, tj. niezgodnych z faktami jest ich brak zgodności z istniejącym stanem rzeczy, a więc do ich stwierdzenia i weryfikacji konieczne jest wyjście poza
te informacje i samodzielne poszukiwanie faktów, które im przeczą.

Przenosząc powyższe rozważania na realia rozpoznawanej sprawy Izba doszła
do przekonania, że zostały wypełnione przesłanki określone normą art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, obligujące zamawiającego do wykluczenia przystępującego z postępowania
o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przedstawił zamawiającemu wykaz osób, który miał potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt 8.6.2 Tom I SIWZ – Instrukcja dla wykonawców w zakresie warunku określonego
w pkt 8.2.3 – zdolność techniczna lub zawodowa. Miał zatem wykazać, że dysponuje osobą, która będzie wchodziła w skład Stałego Zespołu Inżyniera, przewidzianą na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych, posiadającą dodatkowo następujące minimalne doświadczenie i kwalifikacje: uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi lub do projektowania
i kierowania robotami budowlanymi odpowiadające nadzorowanemu zakresowi robót
oraz w ciągu ostatnich 10 lat, liczonych do terminu składania Ofert w postępowaniu, zdobył co najmniej 2 tata doświadczenia polegającego na pełnieniu funkcji Kierownika budowy, Kierownika robót lub Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych w zakresie minimum 1 inwestycji infrastrukturalnej, realizowanej w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe. W przedmiotowym wykazie, do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru wskazany został Pan R. B., dla którego w części wykazu zawierającej opis doświadczenia wymieniono 3 inwestycje, w kolumnie nazwa i adres firmy podając: „PKP PLK S.A. Zakład Linii Kolejowych w Białymstoku", a w kolumnie zajmowane stanowisko w czasie wykonywania usługi podano: „Inspektor nadzoru". Nie ulega wątpliwości, że zamawiający nabrał wątpliwości co do rzetelności przekazanych przez przystępującego informacji,
w wezwaniu z 8 października 2018 r. kierowanym do przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp podniósł bowiem, że „z informacji pozyskanych przez zamawiającego wynika, że w terminach wskazanych przez MGGP Pan R. B. nie pełnił funkcji Inspektora nadzoru w Zakładzie Unii Kolejowych w Białymstoku, co wykazuje MGGP w

Wykazie osób". Ponadto wezwał przystępującego do doprecyzowania w oparciu o jakie standardowe warunki kontraktowe były realizowane wskazane inwestycje infrastrukturalne, albowiem nie wynikało to z treści złożonego oświadczenia. Bezspornym jest również, że przystępujący, w odpowiedzi na wezwanie, zastąpił pierwotnie złożony wykaz osób innym dokumentem. W odniesieniu do Pana R. B. w miejsce trzech wcześniej wymienionych zadań podano dwa, przy czym dla zadania: Modernizacja torowiska kolejki wąskotorowej Hajnówka – Topiło, które wcześniej miało być realizowane na rzecz PKP PLK Zakład Linii Kolejowych w Białymstoku wpisano: Nadleśnictwo Hajnówka. Doszło zatem do zmiany treści oświadczenia złożonego przez wykonawcę, albowiem zadanie które miało być realizowane na rzecz danego podmiotu, faktycznie było wykonywane na rzecz innego zlecającego. Przy tym zauważenia wymaga, że wykonawca oświadczył również w odniesieniu do tej osoby, że zajmowała ona na wskazanym kontrakcie stanowisko inspektora nadzoru a w kolumnie podstawa dysponowania wpisano: dysponowanie bezpośrednie (umowa cywilno-prawna). Świadczy to o tym, że wypełniając powyższą tabelę wpisał wszystkie dane niezbędne do stwierdzenia, że wypełnione zostały warunki stawiane osobie dedykowanej na stanowisko Inspektora nadzoru. W oparciu o te informacje zamawiający podjąć miał decyzję o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Tym samym uznać należy, że przystępujący, składając wykaz osób, wprowadził zamawiającego w błąd co do przedstawionych tam danych w odniesieniu do osoby Pana R. B.a. W ocenie Izby dla oceny czy doszło do wprowadzenia w błąd nie ma znaczenia fakt, że w kolumnie firma wpisano PKP PLK S.A., a zatem zamawiający miał możliwość zweryfikowania tych informacji na podstawie posiadanych przez siebie danych. Wprawdzie taki argument zamawiający podnosił podkreślając, że w sposób łatwy mógł dokonać sprawdzenia, że są to dane/ informacje nieprawdziwe, jednakże ocena taka nie może znaleźć aprobaty. Jak już wcześniej Izba zwracała uwagę okoliczność, że zamawiający zna zadania realizowane na jego rzecz, a zatem ma możliwość samodzielnego ustalenia i wykrycia rzeczywistych danych nie ma znaczenia. Nadal bowiem mamy do czynienia z przekazaniem danych niezgodnych z rzeczywistością, Wprowadzenie zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp nie może być bowiem rozumiane w ten sposób, że zamawiający nie dostrzegł nieprawdziwości przedstawionych mu informacji i pozostał niezmiennie w błędnym przekonaniu co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyby bowiem tak było, zamawiający nie miałby nigdy możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie wskazanego wyżej przepisu. Prowadzi to do wniosku, że aby przyjąć, że zamawiający został wprowadzony w błąd wystarczające jest, że sama treść przedstawionych informacji, bez ich szczególnego badania i weryfikacji, prowadziła go do wniosku, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony.

Nie zasługują również na aprobatę twierdzenia przystępującego, który w tym zakresie przyznaje, że podał informacje niezgodne z rzeczywistością, uczynił to „omyłkowo", lecz omyłka ta nie miała wpływu na ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, albowiem zamawiający nie wymagał aby prace wykonywane były na rzecz określonego podmiotu. Tym samym bez znaczenia pozostaje na rzecz jakiego zlecającego prace zostały wykonane. Izba zwraca uwagę, że zamawiający w wykazie osób zażądał podania danych, które łącznie miały potwierdzać, że warunek w odniesieniu do osoby Inspektora nadzoru został spełniony. Wszystkie one (razem) miały znaczenie dla oceny czy spełnione zostały wymagania opisywane w SIWZ i tylko ich analiza w pełnym zakresie pozwala na dokonanie właściwej, albowiem pełnej oceny przez zamawiającego. Jakie bowiem znaczenie miałoby wskazanie nazwy realizowanego projektu, jeśli zamawiający nie ma możliwości weryfikacji dla jakiego podmiotu wykonywane były prace, a tym samym jakie stanowisko zajmowała dana osoba na określonym kontrakcie. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem przystępującego, że nazwa podmiotu zlecającego pozostaje bez znaczenia i nie jest istotna z punktu widzenia wpływu jaki wywiera na wynik danego postępowania. Ocena spełnienia warunku następuje bowiem z uwzględnieniem wszystkich informacji zawartych w oświadczeniu a więc: podmiotu dla którego zamówienie zostało zrealizowane, nazwy zadania, okresu i pełnionej funkcji przy realizacji danego zadania i na rzecz określonego zlecającego.

Podkreślenia również wymaga, że informacje podawane w postepowaniu o zamówienie są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, zatem ich podanie winno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego, zawodowego charakteru powadzonej przez wykonawców działalności.

W orzecznictwie, które ukształtowało się nie tylko w odniesieniu do poruszanej tu kwestii podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności. Tym samym podnoszenie, że jakieś dane zostały wpisane w sposób omyłkowy, lub też pozostają bez znaczenia dla danego postępowania, należy uznać za niezachowanie elementarnych zasad działania profesjonalisty.

Odwołujący wskazał dwie podstawy wykluczenia przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Izba doszła jednak do przekonania, że w niniejszym stanie faktycznym nie wykazano, że przedstawienie powyższych informacji nastąpiło z winy umyślnej. Na marginesie należy zaznaczyć, że dowodzenie takie byłoby niezwykle trudne, wymagało dowodów nie znajdujących się w dokumentacji niniejszego postepowania, z których to jednoznacznie wynikałoby, że przystępujący miał zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Zazwyczaj uzyskanie takich dowodów, czy to przez zamawiającego, czy też innego wykonawcę formułującego taki zarzut jest utrudnione, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Wypełniona została jednak przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, bowiem dla wykluczenia wykonawcy w oparciu o ten przepis ustawy Pzp wystarczające jest to, by podanie obiektywnie niezgodnych ze stanem rzeczywistym informacji (a więc informacji nieprawdziwych) wynikało z niedbalstwa wykonawcy, co miało miejsce w niniejszym postepowaniu, w odniesieniu do oświadczeń składanych przez przystępującego.

<u>Izba rozpoznała zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zakresie podnoszonym przez odwołującego</u>

Odwołujący formułował przedmiotowy zarzut podnosząc, że w wyniku wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień w zakresie w jakim złożył on oświadczenie o dysponowania osobami

skierowanymi do realizacji zamówienia, doszło
w rezultacie do niedopuszczalnego konwalidowania przedstawionych w wykazie informacji, niezgodnych ze stanem faktycznym. Izba podzieliła tak sformułowany zarzut przez odwołującego. Należy zauważyć, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości sanowania nieprawdziwej informacji i nie statuują obowiązku zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych lub poprawienia informacji złożonych na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie pozostawia wątpliwości redakcja przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, gdyż norma ta stanowi,
że w przypadku, gdy wykonawca złożył w ofercie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mające wpływ na wynik, zamawiający ma bezwzględny obowiązek wykluczenia tego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia.

Jednolita jest również w tym zakresie linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, która w swoich wyrokach podkreśla, że możliwość uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w tym trybie w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji jest wyłączona
(tak między innymi w wyroku z dnia 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 382/17). Również
w doktrynie przyjmuje się, że podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w ofercie nie można uznać za „błąd" podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Tym samym należy przyznać rację odwołującemu, który twierdził, że wobec przystępującego należało zastosować sankcję wynikającą z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, a nie wzywać go do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień, co z wyżej opisanych przyczyn było niedopuszczalne, doszło tym samym do naruszenia przepisów art. 26 ust. 3
i ust 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy MGGP, mimo
iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu

Zarzut ten sformułowany został z ostrożności, w przypadku braku podzielenia przez Izbę argumentacji odnoszącej się do zasadności wykluczenia przystępującego
z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Tym samym, w związku
z uwzględnieniem zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia przystępującego w oparciu o jedną z wyżej wymienionych przesłanek, Izba odstąpiła od merytorycznego rozpoznania zarzutu zaniechania wykluczenia z tej podstawy prawnej.

Izba stwierdza, że wobec uwzględnienia zarzutu głównego zarzut ewentualny
nie podlegał rozpoznaniu. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, że to odwołujący decyduje o konstrukcji podnoszonych w odwołaniu zarzutów oraz
o tym w jaki sposób je formułuje. Żaden przepis ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnieść zarzuty główny oraz - na wypadek jego nieuwzględnienia - zarzut ewentualny. Co więcej, w tym konkretnym przypadku, sformułowanie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, jako ewentualnego, było działaniem racjonalnym i uzasadnionym. Skoro bowiem odwołujący twierdził, że zamawiający winien zastosować wobec przystępującego sankcję
w postaci wykluczenia go z postępowania już w momencie, gdy stwierdził przesłankę wykluczenia z powodu podania przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji (art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp), kolejne wezwania a tym bardziej ocena dokumentów
i składanych wyjaśnień w odniesieniu do dokumentów i oświadczeń, mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, była nieuprawniona.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak
w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenia zarzutów wskazanych
w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

……