Sygn. akt: KIO 1449/19

WYROK

z dnia 13 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Przemysław Dzierzędzki

Renata Tubisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 7 - 8 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 26 lipca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Inżynieria Rzeszów S. A. oraz INSTAL WARSZAWA S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Rzeszowie (sygn. akt KIO 1446/19);

B. w dniu 26 lipca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S. A. oraz BLEJKAN S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie (sygn. akt KIO 1449/19),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

1) wykonawcy Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego (w spawie o sygn. akt KIO 1446/19 oraz KIO 1449/19);

2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S. A. oraz BLEJKAN S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie zgłaszających przystąpienie po stronie Odwołującego (w spawie o sygn. akt KIO 1446/19);

3) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Inżynieria Rzeszów S. A. oraz INSTAL WARSZAWA S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w

Rzeszowie zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego (w sprawie o sygn. akt KIO 1449/19)

orzeka:

1. Oddala oba odwołania;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S. A. oraz BLEJKAN S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Inżynieria Rzeszów S. A. oraz INSTAL WARSZAWA S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Rzeszowie i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołujących się tytułem wpisów od odwołań, w tym:

A) kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Inżynieria Rzeszów S. A. oraz INSTAL WARSZAWA S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania;

B) kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S. A. oraz BLEJKAN S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2) zasądza od Odwołujących się kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) na rzecz Zamawiającego: Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji z siedzibą w Warszawie stanowiącą uzasadnione koszty strony, w tym:

A) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Inżynieria Rzeszów S. A. oraz INSTAL WARSZAWA S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Rzeszowie zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz Zamawiającego: Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji z siedzibą w Warszawie stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

B) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S. A. oraz BLEJKAN S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz Zamawiającego: Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji z siedzibą w Warszawie stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1446/19
Sygn. akt KIO 1449/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawa S. A. PKP prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Zadanie IV. 2. Budowa kolektora Wiślanego - etap //".

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Inżynieria Rzeszów S. A. oraz INSTAL WARSZAWA S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Rzeszowie oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S. A. oraz BLEJKAN S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie (zwanych dalej odpowiednio: „Odwołującym Inżynieria Rzeszów" oraz „Odwołującym IDS") w dniu 26 lipca 2019 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołania - odpowiednio odnoszące się do zaniechania wykluczenia wykonawcy Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie oraz wykluczenia Odwołującego IDS - BUD z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący Inżynieria Rzeszów zarzucił Zamawiającemu: zaniechania czynności wykluczenia BUDIMEX z postępowania pomimo faktu, że wykonawca ten na skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp oraz zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy Budimex S. A. z postępowania pomimo faktu, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, t.j. nie udowodnił Zamawiającemu że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami M. Sp. z o.o., bowiem z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia nie wynika, że M. Sp. z o.o. wykona roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z ostrożności w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1 Odwołujący Inżynieria Rzeszów zarzucił Zamawiającemu zaniechania czynności wezwania wykonawcy Budimex S. A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia pozwalających na realizację zamówienia pomimo faktu, że wykonawca ten nie udowodnił Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami M. Sp. z o.o., bowiem z treści zobowiązania do udostępniania zasobów wiedzy i doświadczenia nie wynika, że M. Sp. z o.o. wykona roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane, t.j. naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 2, ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Odwołujący Inżynieria Rzeszów wniósł o powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wykluczenie wykonawcy Budimex S. A. z postępowania, powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania, albo w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1 powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wezwania Budimex S. A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wiedzę i doświadczenie, powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący IDS-BUD wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia odwołującego z postępowania zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie w wyniku błędnego uznania, pomimo szczegółowych wyjaśnień Odwołującego, iż wskazanie przez Odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu osób na stanowisku Eksperta nr 2 - projektant branży wodociągowo-kanalizacyjnej i Ekspert nr 3 - projektant branży konstrukcyjnej, które w ocenie Zamawiającego brały udział w realizacji umowy dotyczącej „Opracowania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej oraz uzgodnienie trasy kolektora Wiślanego na naradzie koordynacyjnej w sprawie uzgodnienia usytuowania projektowanej sieci uzbrojenia terenu" na podstawie której został opracowany opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu co spowodowało zakłócenie konkurencji, które nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu, art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie wobec uznania, iż Odwołujący w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, ze spełnia warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 5.1.3 lit. G) IDW-SIWZ w zakresie dysponowania osobą wskazaną na stanowisko Eksperta nr 7 - Kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez jego błędne ich zastosowanie wskutek uznania, że posłużenie się przez Odwołującego W. G. i W. K. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, ewentualnie w razie nieuznania za zasadny zarzut określony powyżej, naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, polegające na

zaniechaniu wezwania Odwołującego do uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, określonych w pkt 5.1.1.3 lit b) i c) IDW, w razie nieuznania za zasadny zarzut określony powyżej, naruszenie art. 26 ust. 3 poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu wezwania Odwołującego do uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, określonych w pkt 5.1.1.3 lit. G) IDW. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu, unieważnieniu czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, unieważnieniu czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie, powtórzenie czynności oceny ofert oraz badania przesłanek wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego, dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, ewentualnie wezwanie Odwołującego do uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonych w pkt 5.1.1.3 lit b), c) lub g) IDW.

Podstawą wniesienia niniejszych odwołań była czynność Zamawiającego z dnia 16 lipca 2019 r. t.j. wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie oraz wykluczenie Odwołującego IDS-BUD z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp a także art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S. A. oraz BLEJKAN S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie - jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołania, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie obu odwołań Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 29 lipca 2019 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

- Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego (w sprawach o sygn. akt KIO 1446/19 oraz KIO 1449/19);

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S. A. oraz BLEJKAN S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie zgłaszający przystąpienie po stronie Odwołującego (w sprawie o sygn. akt KIO 1446/19);

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Inżynieria Rzeszów S. A. oraz INSTAL WARSZAWA S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Rzeszowie zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego (w sprawie o sygn. akt KIO 1449/19).

Izba uznała za skuteczne przystąpienia wykonawców:

- Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego (w sprawach o sygn. akt KIO 1446/19 oraz KIO 1449/19) zwany dalej: „Przystępującym Budimex";

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S. A. oraz BLEJKAN S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie zgłaszających przystąpienie po stronie Odwołującego (w sprawie o sygn. akt KIO 1446/19) zwani dalej: „Przystępującym IDS-BUD";

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Inżynieria Rzeszów S. A. oraz INSTAL WARSZAWA S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Rzeszowie zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego (w sprawie o sygn. akt KIO 1449/19) zwani dalej: „Przystępującym Inżynieria Rzeszów".

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st.

Warszawa S. A. PKP prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Zadanie IV.2.Budowa kolektora Wiślanego - etap II".

Odwołanie o sygn. akt KIO 1446/19

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy miała treść warunku udziału w postępowaniu zawarta w pkt 5.1.1.3 lit. G) SIWZ, z którego wynikało, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy dysponujący osobą Ekspertem nr 7 - kierownikiem robót konstrukcyjno-budowlanych. Osoba ta miała posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej wydane na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów prawa (lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, wystarczające do realizacji zamówienia). W ocenie Odwołującego Inżynieria Rzeszów Przystępujący Budimex powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, gdyż na skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, t.j. wykazując się osobą Pana R. C.-K. na potwierdzenie warunku z pkt 5.1.1.3 lit. G) SIWZ. Według Odwołującego Inżynieria Rzeszów uprawnienia budowlane ww. osoby są niewystarczające do realizacji przedmiotowego zamówienia. W ocenie zaś Przystępującego Budimex nie zostały wypełnione przesłanki wynikające z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Izba zgodziła się z argumentacją przedstawioną przez Zamawiającego i Przystępującego Budimex.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia 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 który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Przepis ten zatem zakłada kwalifikowaną postać wprowadzenia Zamawiającego w błąd, t.j. zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Nie sposób zgodzić się z

Odwołującym Inżynieria Rzeszów, że w niniejszym postępowaniu doszło do zamierzonego wprowadzenia Zamawiającego w błąd lub rażącego niedbalstwa. W ocenie Izby - w tym stanie faktycznym - owe zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo - opisane w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp - nie zostało w żaden sposób wykazane w postępowaniu odwoławczym przed Izbą.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem prezentowanym przez Odwołującego Inżynieria Rzeszów, że działanie Przystępującego Budimex - poprzez wskazanie w wykazie osoby Pana R. C.-K. - można zakwalifikować jako zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo. Takim działaniem nie jest wskazanie ww. osoby, biorąc pod uwagę okoliczności tej sprawy. Odwołujący Inżynieria Rzeszów nie wykazał, że Przystępujący Budimex rozumiejąc warunek przez siebie wskazany - swoim działaniem wypełnił przesłanki wynikające z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. W konsekwencji nie można zgodzić się z Odwołującym Inżynieria Rzeszów, że Przystępujący Budimex wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu wykazu dotyczącego osób skierowanych do realizacji zamówienia. Jak wskazał Zamawiający oraz Przystępujący Budimex w niniejszym postępowaniu Zamawiający rozróżniał wymagania co do niektórych ekspertów, żądając uprawnień bez ograniczeń, w innych sytuacjach rezygnując z tego wymagania. Jak wyjaśnił Zamawiający zrezygnował w niniejszym postępowaniu z wymagania uprawnień bez ograniczeń w zakresie Eksperta nr 7, uznając - co podobnie zostało zinterpretowane przez Przystępującego Budimex - że wystarczające jest posiadanie uprawnień w ograniczonym zakresie - skoro Zamawiający tego wymogu wyraźnie nie wyartykułował w specyfikacji oraz ogłoszeniu o zamówieniu. Logicznym jest, że skoro Przystępujący Budimex, inaczej niż Odwołujący Inżynieria Rzeszów oraz zbieżnie z Zamawiającym dokonał interpretacji postawionych wymagań, to nie można mu przypisać zamierzonego działania oraz rażącego niedbalstwa swoim działaniem w niniejszym postępowaniu. Izba przychyliła się to stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego - co niejednokrotnie podkreślano również w orzecznictwie KIO - że jakiekolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań Zamawiającego nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy, a wykluczenie wykonawcy, z uwagi na kwalifikowaną postać złożenia nieprawdziwych informacji w postępowaniu może wyłącznie nastąpić na podstawie jasno brzmiących postanowień SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu, gdyż sankcją jest eliminacja z dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jeśli zamiarem Zamawiającego byłoby badanie ww. warunku w sposób wskazany przez Odwołującego Inżynieria Rzeszów, to powinien w sposób wyraźny i jednoznaczny wyartykułować swoje wymagania w SIWZ, tak aby w sposób jasny i klarowny dokument ten był podstawą do oceniania ofert w niniejszym postępowaniu.

W konsekwencji - wobec możliwości przyjęcia odmiennej interpretacji wymagania postawionego w pkt 5.1.1.3. lit G) SIWZ przez uczestników postępowania o udzielenie zamówienia - zgodzić należało się z Zamawiającym oraz Przystępującym Budimex, że Odwołujący Inżynieria Rzeszów nie wykazał spełnienia przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. W konsekwencji bez znaczenia pozostawały złożone przez Odwołującego Inżynieria Rzeszów dowody, wskazujące na niewykazanie przez Przystępującego Budimex spełniania warunku udziału z pkt 5.1..1.3 lit. G) SIWZ jak również wskazujące na brak aktywności zawodowej Pana R. C.-K, gdyż Odwołujący Inżynieria Rzeszów w złożonym w dniu 26 lipca 2019 r. odwołaniu postawił - w zakresie uprawnień przedstawionych przez Pana R. C.-K. - wyłącznie zarzut odnoszący się do przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Wobec tego wyłącznie tak postawiony zarzut mógł być przedmiotem rozpoznania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Ponadto wobec wycofania przez Odwołującego Inżynieria Rzeszów zarzutu nieudowodnienia Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami M. Sp. z o.o., z uwagi na treść tego zobowiązania, zarzut nie był przedmiotem rozpoznania przed Krajową Izbą Odwoławczą w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1449/19

W pierwszej kolejności w ocenie Izby podlegał rozpoznaniu zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 5 marca 2019 r. wezwał Odwołującego IDS-BUD na podstawie art. 24 ust. 10 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień. Jak

wskazał Zamawiający zgodnie z treścią oferty jako jeden z podwykonawców została wskazana firma Sweco Consulting Sp. z o.o. Ponadto zgodnie z treścią załączonego zobowiązania ww. firma w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu udostępniła swój potencjał w postaci wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wskazał również, że firma SWECO Consulting Sp. z o.o., zgodnie z zawartą z Zamawiającym umową, dokonała aktualizacji Programu Funkcjonalno-Użytkowego m. in. W zakresie zadawanych przez wykonawców pytań i jest nadal związana umowami z Zamawiającym. Ponadto przed wszczęciem postępowania firma ta dokonała również aktualizacji wartości szacunkowej. Zamawiający wezwał wykonawcę do udowodnienia, iż udział ww. podmiotu trzeciego (na zasoby, którego Odwołujący powołał się w złożonej ofercie) w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji. Ponadto Zamawiający wezwał Odwołującego również na podstawie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 8 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy do wyjaśnień.

Zamawiający wskazał również że w złożonym przez Odwołującego wykazie osób w poz. Nr 4 na stanowisko Eksperta nr 7, t.j. kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych wskazany został Pan M. P. oraz jako podstawa do dysponowania: „dysponowanie bezpośrednie".

Zamawiający powziął informację, z której wynikało że nie był uprawniony do wskazania w treści oferty osoby Pana M. P. jako Kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych, z uwagi na to że Pan M. P. definitywnie zakończył współpracę z IDS-BUD z dniem 31 stycznia 2019 r. oraz nie zamierza jej kontynuować w żadnej formie zatem nie podstawy do dysponowania tą osobą.

Odwołujący IDS-BUD pismem z dnia 11 marca 2019 r. złożył odpowiedź wobec wezwania go przez Zamawiającego, jednocześnie dołączył do złożonych wyjaśnień dowody potwierdzające - w jego ocenie - zasadność swojego stanowiska.

Pismem z dnia 15 kwietnia 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego IDS-BUD na podstawie art. 24 ust. 10 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp do wyjaśnienia oraz zmiany podmiotu trzeciego. Zamawiający wskazał, że z treści „Opisu doświadczenia osób wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia" wynika, iż na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1.3 B) i 5.1.1.3. C) IDW wskazane zostały odpowiednio Pan W. G. oraz Pani W. K., a ponadto z informacji o podstawie do dysponowania wynika, dysponowanie bezpośrednie tymi osobami na podstawie umowy zlecenia. Wyżej wymienione osoby brały udział w realizacji umowy dotyczącej „Opracowania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej oraz uzgodnienie trasy kolektora Wiślanego na naradzie koordynacyjnej w sprawie uzgodnienia usytuowania projektowanej sieci uzbrojenia terenu" na podstawie, której opracowany został Opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Odwołującego IDS-BUD do udowodnienia, iż udział ww. osób, które brały udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Ponadto Zamawiający wezwał Odwołującego IDS-BUD do zastąpienia firmy SWECO Consulting Sp. z o.o. innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania Odwołującego IDS-BUD do osobistego wykonania tej części zamówienia oraz wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1.2 B) IDW.

W wyroku KIO z dnia 14 maja 2019 r., sygn. akt KIO 765/19 Izba przesądziła zasadność wezwania Odwołującego IDS-BUD na podstawie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp do wyjaśnień w zakresie ww. osób uczestniczących w przygotowaniu postępowania.

Pismem z dnia 23 i 24 kwietnia 2019 r. Odwołujący IDS-BUD złożył odpowiedź na wezwanie do wyjaśnienia i złożenia dokumentów.

Ponadto w dniu 7 czerwca 2019 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu zawiadomienie o dokonaniu czynności, zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej oraz wezwanie do zmiany podmiotu trzeciego, t.j. o unieważnieniu czynności wezwania z dnia 15 kwietnia 2019 r. oraz o dokonaniu ponownej oceny wyjaśnień Odwołującego IDS-BUD z dnia 11 marca 2019 r. w części dotyczącej udziału podmiotu trzeciego (SWECO) w przygotowaniu postępowania. Ponadto Zamawiający, działając na podstawie art. 22a ust. 6 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do zastąpienia firmy SWECO innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się przez Odwołującego do osobistego wykonania tej części zamówienia oraz wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1.2 C) IDW.

Orzeczeniem z dnia 3 lipca 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza podtrzymała decyzję Zamawiającego odnosząca się do wezwania Odwołującego IDS-BUD z dnia 7 czerwca 2019 r. zmiany podmiotu trzeciego, oddalając wniesione odwołanie.

Pismem z dnia 16 lipca 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, odrzucając ofertę Odwołującego IDS-BUD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba - oceniając zarzut dotyczący niezasadnego wykluczenia wykonawcy Odwołującego IDS-BUD na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp z uwagi, że osoby skierowane przez ww. wykonawcę do realizacji zamówienia brały udział w przygotowaniu postępowania (wskazane uprzednio przez podmiot przygotowujący postępowanie SWECO Consulting Sp. z o.o.) - uznała, że zarzut ten nie potwierdził się w zebranym przez Izbę materiale dowodowym.

Zamawiający wykluczył Odwołującego IDS-BUD, uznając że osoby Pan W. G. oraz Pani W. K. zostały wskazane uprzednio przez podmiot przygotowujący postępowanie, tj. SWECO Consulting Sp. z o.o. jako kluczowi eksperci skierowani do realizacji umowy z dnia 11 lipca 2017 r. dotyczącej postępowania na „Opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej oraz uzgodnienie trasy kolektora Wiślanego na naradzie koordynacyjnej w sprawie uzgodnienia usytuowania projektowanej sieci uzbrojenia terenu".

Dokonując oceny niniejszego stanu faktycznego w pierwszej kolejności Izba wzięła pod uwagę treść przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Celem ww. przepisu było wyeliminowanie z postępowania podmiotów, które nabyły w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu postępowania wiedzę, która może je stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Wykluczenie wykonawcy za udział w przygotowaniu postępowania należy do obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp). Powyższe oznacza, że Zamawiający w przypadku zaistnienia przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp - w tym również przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp - zobowiązany jest do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Istotne znaczenie w tej sprawie ma również treść przepisu ust. 10 art. 24 ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadkach o których mowa w ust. 1 pkt 19, przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji. Zatem Zamawiający, aby wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp w pierwszej kolejności musi dokonać analizy czy zostały spełnione następujące przesłanki. Po pierwsze Zamawiający musi stwierdzić istnienie udziału w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie ulega wątpliwości, że osoby w postaci Pana W. G. oraz Pani W. K. zostały wskazane w wykazie jako osoby - kluczowi eksperci do realizacji zamówienia na opracowanie dokumentacji i osoby te dalej pozostają w dyspozycji Zamawiającego. Nie

dochodziło również do zmiany kluczowych ekspertów, a zmiana wskazanych osób w wykazie - jak słusznie zauważył Zamawiający - wymagałaby zmiany umowy, osoby te zaś dalej pozostają w dyspozycji Zamawiającego, co wskazuje na rażący konflikt interesów. Dlatego też Zamawiający wezwał Odwołującego IDS-BUD do wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, a orzeczeniem Izby z dnia 14 maja 2019 r., sygn. akt KIO 765/19 Izba oddaliła zarzut bezpodstawnego wezwania Odwołującego IDS-BUD do ww. wyjaśnień, uznając że „czynność ta była prawidłowa i znajdowała oparcie w informacjach, którymi Zamawiający - jako odbiorca usługi (dokumentacji geologiczno-inżynierskiej), z którą wiąże się wyrażona w treści wezwania z 15 kwietnia 2019 r. wątpliwość - dysponował w dacie podejmowania zaskarżonej przez Odwołującego czynności. Na wniosek taki naprowadza fakt, że sporne osoby zostały wskazane zarówno w wykazie osób, które będą uczestniczyć (podkreślenie Izby) w wykonaniu zamówienia na opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej (dowód B3), które to zamówienie zostało udzielone Wykonawcy S, który wówczas osobami tymi dysponował (umowa - dowód B6), jak i w złożonym w Postępowaniu wykazie osób (dowód B2). Chociażby z uwagi na te okoliczności w dacie kwestionowanego wezwania istniała potrzeba wyjaśnienia, czy w sprawie nie zachodzą przesłanki do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp. Odwołujący niewątpliwie złożył w tej kwestii wyjaśnienia i załączył dowody (pisma z 23 i 24 kwietnia br.), które to będą przedmiotem oceny Zamawiającego w ramach Postępowania. Stąd, w omawianym zakresie, Izba poddała merytorycznej kontroli jedynie prawidłowość wystosowania do Odwołującego wezwania na podstawie art. 24 ust. 10 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, nie stwierdzając ich naruszenia przez Zamawiającego i oddalając odwołanie w tej części (pkt 2 sentencji wyroku)”.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że oświadczenie SWECO Consulting Sp. z o.o. z dnia 3 sierpnia 2019 r. złożone na rozprawie wskazuje, że „Według stanu faktycznego, do tej pory nie było czynnego udziału ww. osób w realizacji I i II etapu umowy nr 744/US/PW/PZP-DRZ-WRI/U/17”. Powyższe oświadczenie nie wyklucza, że ww. osoby - Pan W. G. oraz Pani W. K. nie brały w ogóle udziału w realizacji umowy na opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej. To, że osoby te nie brały czynnego udziału nie oznacza, że nie wykonywały żadnych czynności, wobec powyższego Izba - za Zamawiającym - nie dała wiary oświadczeniom złożonym przez Pana G. oraz Panią W. K. . Osoby te - jak wskazał Zamawiający - nie zostały zwolnione z pełnienia swych funkcji a Zamawiający ma w każdej chwili możliwość skorzystania z potencjału tych osób wobec szerokiego zakresu świadczonej umowy. Jak słusznie zauważył Przystępujący Budimex podstawą wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp jest wykonywanie jakichkolwiek czynności związanych z przygotowaniem postępowania, przepis ten nie odnosi się w żaden sposób do czynnego udziału tych osób w przygotowaniu postępowania.

Zgodzić należało się z Przystępującym Budimex, że Odwołujący IDS-BUD bagatelizuje udział wskazanych osób należących do Zespołu Kluczowych Specjalistów, twierdząc że osoby te jedynie podpisywały bądź parafowały dokumenty będące wytworem pracy projektantów. Zgodzić należało się, że fakt podpisania dokumentacji projektowej przez inną osobę nie wyklucza udziału ww. osób w przygotowaniu postępowania oraz pełnienia funkcji nadzorczych. Nadmienić należy, że w świetle art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp nie ma znaczenia czy udział w przygotowaniu postępowania przybierać będzie charakter czynności bezpośrednich czy pośrednich. Istotne znaczenie ma w ogóle sam udział w przygotowaniu postępowania po stronie Zamawiającego, co w niniejszej sprawie miało miejsce.

Bez znaczenia pozostaje również fakt, że osoby te - jak twierdził Odwołujący IDS-BUD - nie były pracownikami Sweco Consulting Sp. z o.o. Istotne jest to, że osoby te działały w imieniu Sweco Consulting Sp. z o.o. Zauważenia wymaga, że Ustawodawca w sposób szeroki określił udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania, uznając że wykluczeniu podlega wykonawca, który samodzielnie brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, ale również wykonawca którego pracownik bądź inna osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług wykonywała takie czynności na rzecz Zamawiającego - co miało właśnie miejsce w niniejszym stanie faktycznym. Zatem - biorąc pod uwagę treść przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp - stwierdzić należy, że dla wypełnienia przesłanek wynikających z tego artykułu nie ma znaczenia rodzaj łączącego wykonawcę stosunku umownego z osobą wykonującą takie czynności, co zostało w sposób bezpośredni wyartykułowane przez Ustawodawcę w niniejszym przepisie i stwierdzone w toku niniejszego postępowania odwoławczego.

Poza sporem jest również to, że Odwołujący IDS-BUD złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca wskazał Pana W. G. (Ekspert nr 2 - projektant branży wodociągowo-kanalizacyjnej) i Panią W. K. (Ekspert nr 3 - projektant

branży konstrukcyjnej). Wykonawca w złożonym wykazie osób oświadczył, że dysponuje ww. osobami bezpośrednio na podstawie umów cywilnoprawnych. Niewątpliwie zatem Pan W. G. oraz Pani W. K. - wobec wykonywania czynności związanych z przygotowaniem postępowania po stronie Zamawiającego - posiadają wiedzę stawiającą osoby te, a tym samym wykonawcę z którym łączy ją umowa cywilnoprawna w sytuacji uprzywilejowanej, wobec innych wykonawców uczestniczących w tym postępowaniu.

Jak słusznie zauważył Przystępujący Budimex wykonawca wobec wezwania go w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp powinien wykazać, że udział wskazanych osób nie zakłóci konkurencji. Odwołujący IDS-BUD wobec wezwania Zamawiającego przedstawił polemikę, uznając że wskazane przez niego osoby nie brały udział w przygotowaniu postępowania. W ocenie Izby dokonując analizy przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp można dojść do wniosku, że udział wykonawcy lub osób pracujących na rzecz wykonawcy - i jednocześnie biorących udział w przygotowaniu postępowania po stronie Zamawiającego - stwarza postać domniemania, które może być - wobec treści art. 24 ust. 10 ustawy Pzp - obalone w wyniku wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę w toku postępowania. Powyższe oznacza, że wykonawca powinien wykazać, że udział Pana W. G. oraz Pani W. K. nie zakłóci konkurencji. W ocenie Izby Odwołujący IDS-BUD w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że udział ww. osób nie zakłóci konkurencji, a składanie dowód w dniu rozprawy nie może być przez Izbę zaakceptowane, gdyż obowiązek wezwania w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp należy do Zamawiającego i powyższa czynność powinna mieć miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś na etapie postępowania odwoławczego. W konsekwencji wyjaśnienia i dowody powinny złożone być Zamawiającemu w toku postępowania i na tym etapie wykonawca powinien wykazać, że udział wskazanych osób nie zakłóci konkurencji. Powyższe stanowisko potwierdza - w ocenie Izby treść art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, z którego wynika że Zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji.

Powyższe stanowisko potwierdzone zostało również w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE, który zwrócił uwagę, że sytuacja, w której jeden z wykonawców który przygotował dokumentację przetargową następnie bierze udział w postępowaniu na wykonanie robót budowlanych, które mają być zrealizowane na jej podstawie, może naruszać zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Tak więc osoba, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych związanych z zamówieniem publicznym na roboty budowlane, dostawy lub usługi (zwana dalej „osobą wykonującą niektóre prace przygotowawcze") niekoniecznie znajduje się, w odniesieniu do udziału w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia, w jednakowej sytuacji z osobą, która takich prac nie wykonywała. Wobec tego, osoba uczestnicząca w wykonywaniu niektórych prac przygotowawczych może po pierwsze znajdować się w korzystniejszej sytuacji przy sporządzaniu swojej oferty z powodu informacji, które mogła uzyskać w przedmiocie danego zamówienia publicznego w trakcie wykonywania wspomnianych prac przygotowawczych. Wszyscy oferenci powinni mieć jednakowe szanse przy sporządzaniu treści ich ofert. Po drugie, wspomniana osoba może się znaleźć w sytuacji mogącej doprowadzić do konfliktu interesów w tym znaczeniu, że - jak słusznie podkreśla Komisja Wspólnot Europejskich - będąc oferentem w danym zamówieniu publicznym może ona, nawet w sposób niezamierzony, wywrzeć wpływ na jego warunki w sensie dla niej korzystnym. Sytuacja taka prowadziłaby do zniekształcenia konkurencji pomiędzy oferentami (wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 Fabricom SA przeciwko Państwo Belgijskie).

W konsekwencji Zamawiający zasadnie wykluczył Odwołującego IDS-BUD z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, uznając jednocześnie że w niniejszym postępowaniu zaistniały również podstawy do odrzucenia oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż złożenie oferty przez tego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w ocenie Izby zarzut ten potwierdził się, niemniej jednak nie miał on wpływu na wynik tego postępowania, gdyż - jak wskazano powyżej zasadnym było wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp.

Zamawiający wykluczył Odwołującego IDS-BUD na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp uznając, że ziściły się przesłanki wynikające z tego przepisu. Zamawiający

wskazał, że wykonawca oświadczył, że w celu spełniania warunku udziału w postępowaniu z pkt 5.1.1.3 lit C) SIWZ na stanowisko Eksperta nr 7 kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych dysponuje osobą o wymaganych kwalifikacjach, tj. Panem M. P. wskazując go w wykazie osób. Wskutek wątpliwości, jakich nabrał Zamawiający wobec tej informacji, w toku wyjaśniania stanu faktycznego, okazało się, że w dacie składania oferty wykonawca nie dysponował ww. osobą. W ocenie Zamawiającego jak wynikało z oświadczenia Pana M. P., znajdującego się wśród załączników do protokołu postępowania, że Pan M. P. nie pozostaje w dyspozycji wykonawcy, gdyż umowa o pracę, która wiązała te strony została rozwiązana ze skutkiem na dzień 31 stycznia 2019 r., t.j. 14 dni przed terminem składania ofert. Według Zamawiającego - jak wynikało z oświadczenia Pana P. nie zobowiązywał się on w żaden sposób do współpracy z wykonawcą, która miałaby mieć miejsce po rozwiązaniu umowy o pracę. Za pozostające w sprzeczności z oświadczeniem Pana P., a tym samym niemożliwe do uwzględnienia, Zamawiający uznał złożone wskutek wezwania do wyjaśnień w piśmie z dnia 11 marca 2019 r. oświadczenia wykonawcy oraz osób zatrudnionych u wykonawcy, iż Pan M. P. deklarował kontynuowanie współpracy w toku rozmowy telefonicznej. W ocenie Zamawiającego zatem wykonawca nie dysponował ww. osobą na dzień składania ofert.

W ocenie Izby Zamawiający niezasadnie wykluczył Odwołującego IDS-BUD na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, gdyż nie ziściły się przesłanki wynikające z tego przepisu. Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia 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 który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Przepis ten - jak wskazano powyżej - zakłada kwalifikowaną postać wprowadzenia Zamawiającego w błąd, tj. zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym i Przystępującym Budimex, że w niniejszym postępowaniu doszło do zamierzonego wprowadzenia Zamawiającego w błąd lub rażącego niedbalstwa. W ocenie Izby - w tym stanie faktycznym - owe zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo - opisane w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp - nie zostało w żaden sposób wykazane w postępowaniu odwoławczym przed Izbą.

Jak wskazał Odwołujący IDS-BUD miał on zgodę na umieszczenie Pana M. P. w wykazie osób - w konsekwencji Odwołujący dysponował zgodą Pana M. P. na udział w realizacji przedmiotowego zamówienia, uzyskał potwierdzenie jego gotowości do uczestnictwa w realizacji zamówienia. Powyższe potwierdza oświadczenie Pana A. M. - Kierownika Wycen spółki IDS-BUD S. A. z dnia 11 marca 2019 r., z którego wynika, że odbył rozmowę telefoniczną z Panem M. P., podczas której Pan M. P. potwierdził gotowość do uczestnictwa w realizacji zamówienia, dla której prowadzone jest postępowanie w przypadku wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej. Pan M. P. wyraził zgodę na wskazanie go jako kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych w ofercie wykonawcy składanej w postępowaniu. Powyższe oświadczenie potwierdzają również zeznania Pana A. M., z których wynika, że Pan M. P. nie wnosił sprzeciwu do poczynionych ustaleń, nie kwestionował też uprawnień Pana A. M. do prowadzenia takich rozmów, zawierania umów. Dodatkowo także niniejszą okoliczność potwierdzają zeznania Pana M. P., który zeznał, iż prowadził jedną rozmowę telefoniczną z Panem A. M. Jak wynikało z zeznań świadka Pana M. P. wyraził on zgodę na umieszczenie go w wykazie osób. Zatem nie ziściły się przesłanki wprowadzenia Zamawiającego w błąd w związku z rażącym niedbalstwem wykonawcy - skoro zapewnienie współpracy Odwołujący IDS-BUD otrzymał. Pan M. P. jest osobą, posiadającą bogate doświadczenie zawodowe oraz niejednokrotnie pełnił funkcję kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych, zatem musiał zdawać sobie sprawę z tego, że godząc się na umieszczenie jego osoby w wykazie osób, które będą realizowały zamówienie w przyszłości zgodził się na realizację tego zamówienia oraz miał świadomość, że postępowania takie trwają nawet kilka lat. Izba nie dały wiary, aby wyrażenie zgody przez Pana M. P. miało ograniczenie czasowe, gdyż logika oraz doświadczenie życiowe wskazują, że udział w takich postępowaniach wiąże się z gotowością do przystąpienia do realizacji zamówienia. Odnosząc się do oświadczeń Pana M. P. z dnia 25 lutego 2019 r. zauważyć należy, że oświadczenia te odnoszą się do daty składania ofert czyli 13 lutego 2019 r, a z zeznań świadków wynika że Pan M. P. wyraził zgodę na umieszczenie jego osoby w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia, a tym samym wyraził wolę dalszej współpracy z Odwołującym IDS-BUD. Ponadto zauważenia wymaga również okoliczność - skoro taka umowa nie została zawarta przez strony - że Pan M. P. nie interesował się - wobec umieszczenia jego osoby w wykazie osób - niniejszą kwestią, nie próbował wyjaśniać niniejszych okoliczności z Odwołującym IDS-BUD, co potwierdza, że wyraził gotowość do dalszej współpracy z ww. podmiotem. Trudno zatem przypisać Odwołującemu IDS-BUD rażące niedbalstwo skoro - co jest bezsporne - współpraca z Panem M. P. dotychczas

przebiegała pozytywnie, a Pan M.P. - będąc osobą zaufaną - nie został zwolniony z obowiązku świadczenia pracy wobec rozwiązania umowy o pracę. Powyższe okoliczności nie wskazywały na konieczność sformalizowania umowy zawartej z Panem M. P. .

W ocenie Izby, aby wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp muszą zaistnieć okoliczności niebudzące żadnych wątpliwości oraz kumulatywnie wystąpić przesłanki wynikające z ww. przepisu, czego nie można powiedzieć o okolicznościach niniejszej sprawy - w szczególności nie można w okolicznościach niniejszej sprawy przypisać Odwołującemu IDS-BUD rażącego niedbalstwa, wobec wyrażenia zgody przez Pana M. P. na umieszczenie go w wykazie a tym samym zgody na dalszą współpracę. Jednocześnie wobec ziszczenia się przesłanek wynikających z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik tego postępowania a odwołanie podlegało oddaleniu.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: