Sygn. akt: KIO 1576/19

WYROK

z dnia 27 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę PORR S.A., z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę PORR S.A., z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PORR S.A., z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawcy PORR S.A., z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1576/19

UZASADNIENIE

W dniu 12 sierpnia 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy PORR S.A., z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie (dalej „Zamawiający") naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych wraz ze świadczeniem usług pogwarancyjnych dla tych urządzeń na odcinku Podg. Most Wisła - Czechowice-Dziedzice — Zabrzeg w ramach projektu Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, etap I: linia E 65 na ode. Będzin — Katowice — Tychy — Czechowice-Dziedzice Zebrzydowice, LOT C odcinek Most Wisła — Czechowice-Dziedzice — Zabrzeg (IRE01287-1)" (dalej „Postępowanie"):

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP w zw. z art. 24 ust. 8 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez błędne przyjęcie, że wskazanie przez Odwołującego niewłaściwych dat sprawowania funkcji kierownika robót torowych przez osobę wskazaną w Załączniku nr 12 do oferty wypełnia znamiona przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, co oznacza konieczność przeprowadzenia przez Odwołującego procedury samooczyszczenia, podczas gdy Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu informacji wprowadzających go w błąd, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w Postępowaniu, bowiem osoba wskazana przez Odwołującego w rzeczywistości posiada wymagane przez Zamawiającego w SIWZ doświadczenie, a ponadto działanie Odwołującego nie było skutkiem jego lekkomyślności ani niedbalstwie bowiem opierał się on na informacjach i dokumentach uprzednio zaakceptowanych przez Zamawiającego;

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP w zw. z art. 24 ust. 8 PZP w zw. z art. 87 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 ust. PZP poprzez błędne przyjęcie, że niewłaściwe daty sprawowania przez osobę wskazaną przez Odwołującego do pełnienia funkcji kierownika robót torowych nie mogą być poprawione w drodze wyjaśnień treści złożonej oferty, podczas gdy liczba punktów przyznanych przez Zamawiającego ofercie Odwołującego nie uległaby zmianie w przypadku wskazania prawidłowych dat sprawowania funkcji kierownika robót torowych, co świadczy o możliwości poprawy omyłkowo wskazanych dat w drodze wezwania do wyjaśnień treści złożonej oferty, bowiem nie dojdzie do jej uzupełnienia o nową treść, a jedynie do doprowadzenia jej do stanu zgodnego z

rzeczywistością, a w konsekwencji naruszenie art. 24aa ust. 1 PZP w zw. z art. 91 ust. 1 PZP poprzez błędne przyjęcie, że podanie niewłaściwych dat sprawowania funkcji kierownika robót torowych uzasadnia brak przyznania Odwołującemu punktów w kryterium „Doświadczenie personelu Wykonawcy" — „Kierownik robót torowych" opisanym w pkt. 20.6.3 b) SIWZ;

3. art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP w zw. z art. 24 ust. 8 PZP w zw. z art. 24 ust. 9 PZP poprzez błędne przyjęcie, że Odwołujący nie przeprowadził skutecznie procedury samooczyszczenia w odniesieniu do nieprawdziwych informacji dotyczących okresu sprawowania funkcji kierownika robót sterowania ruchem kolejowym podczas, gdy Odwołujący podjął działania w celu wykazania swojej rzetelności oraz złożył w tym zakresie stosowne dowody, potwierdzające, że podjęte przez niego środki są wystarczające dla wykazania jego rzetelności, przez co skutecznie przeprowadził procedurę samooczyszczenia w tym zakresie, a w konsekwencji powyższych zarzutów;

4. art. 24 ust. 4 PZP w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 poprzez bezzasadne uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że została złożona przez wykonawcę wykluczonego z Postępowania.

Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO") odwołania i jego uwzględnienie w całości, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie, wyłączenie jawności części rozprawy dotyczącej informacji i dokumentów objętych przez Odwołującego klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa", w tym w szczególności wykazu personelu złożonego przez Odwołującego wraz z ofertą oraz kolejnych pism odnoszących się do danych zamieszczonych we wskazanym Wykazie, tj. (i) pisma Zamawiającego z dnia 11 lipca 2019 roku, (ii) pisma Odwołującego z dnia 22 lipca 2019 roku oraz (iii) pisma Zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2019 roku, jak również pisma Odwołującego z dnia dotyczącego procedury samooczyszczenia w przetargu wraz ze wszystkimi załącznikami, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 1 sierpnia 2019 r. polegającej na wykluczeniu Odwołującego

oraz odrzuceniu jego oferty, nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny oferty Odwołującego, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu przedstawionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych wraz ze świadczeniem usług pogwarancyjnych dla tych urządzeń na odcinku Podg. Most Wista - Czechowice-Dziedzice — Zabrzeg w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, etap I: linia E 65 na ode. Będzin — Kotowice Tychy — Czechowice-Dziedzice —Zebrzydowice, LOT C odcinek Most Wisła — Czechowice-Dziedzice — Zabrzeg (IRE-01287-I).

Zgodnie z pkt 20.6.3 SIWZ „Doświadczenie personelu Wykonawcy" Zamawiający przewidział kryteria oceny ofert odnoszące się do doświadczenia osób wskazanych na stanowisko m.in. kierownika robót torowych oraz kierownika robót sterowania ruchem kolejowym (srk). W przypadku obu stanowisk, maksymalna liczba punktów miała być przyznana za wykazanie dysponowania takimi osobami, które posiadają co najmniej 12 miesięczne doświadczenie (dla każdej inwestycji) w zakresie opisanym w SIWZ, spełniających wymagania Zamawiającego. Dowód: SIWZ obowiązująca w Postępowaniu Instrukcja dla Wykonawców (Załącznik nr 5 do odwołania).

Odwołujący wskazał, że w załączonym do oferty z dnia 13 czerwca 2019 roku wykazie personelu, wskazał na stanowisko kierownika robót torowych osobą, którą dysponował na mocy umowy cywilnoprawnej (zasób własny), zaś na stanowisko kierownika robót srk osobę, którą udostępnił mu podmiot trzeci. W przypadku obu wskazanych osób, Odwołujący wskazał po trzy inwestycje spełniające wymagania Zamawiającego. Dowód: Wykaz personelu Odwołującego (Załącznik nr 6 do odwołania) — Dokument zawiera informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Dalej Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 11 lipca 2019 roku Zamawiający zakwestionował doświadczenie zdobyte przez osoby wskazane przez Odwołującego na stanowiska kierownika robót torowych oraz kierownika robót sterowania ruchem kolejowym. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący podał w tym zakresie w ofercie nieprawdziwe informacje, mający istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu. W szczególności, Zamawiający wskazał, że z jego wiedzy własnej wynika, że osoba wskazana przez Odwołującego na funkcję kierownika robót torowych nie pełniła wskazanej funkcji przez okres czasu określony przez wykonawcę.

W odniesieniu zaś do drugiej z kwestionowanych osób Zamawiający wskazał, że we wskazanym zadaniu nie były wykonywane żadne roboty srk, a prowadzone były jedynie prace projektowe. Nawet zaś gdyby uznać, że wskazana osoba nabyła doświadczenie w wymaganym zakresie, to właściwy przedział czasowy nabywania doświadczenia nie obejmowało wymaganego przez Zamawiającego okresu czasu. Zamawiający powołał się na treść art. 24 ust. 8 PZP dotyczącego przeprowadzenia procedury samooczyszczenia. Dowód: Pismo Zamawiającego z 11 lipca 2019 roku (Załącznik nr 7 do odwołania - dokument zawiera informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa).

Dalej Odwołujący podkreślił, że w odpowiedzi na pismo Zamawiającego, w piśmie z dnia 22 lipca 2019 roku Odwołujący wskazał, że w zakresie osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót torowych w istocie doszło do omyłkowego podania niewłaściwych dat sprawowania przez niego funkcji kierownika robót torowych w spornej inwestycji. W rzeczywistości osoba wskazana pełnił tę funkcję w innym okresie. W ocenie Odwołującego biorąc pod uwagę fakt, że wskazana osoba w istocie nabył wymagane przez Zamawiającego doświadczenie w pełnym zakresie (tj. przez okres co najmniej 12 miesięcy), Odwołujący wniósł o poprawę zaistniałej w wykazie personelu nieścisłości i przyznanie punktów jego ofercie.

W odniesieniu zaś do doświadczenia Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał na niejednoznaczność sformułowanego przez Zamawiającego opisu kryterium oceny ofert oraz wyjaśnił, że podczas sporządzania oferty opierał się na informacjach przekazanych przez podmiot trzeci. Tym niemniej, w oparciu o art. 24 ust. 8 PZP Odwołujący, po przeprowadzeniu szczegółowej analizy, ostatecznie przyznał Zamawiającemu rację. Z tego powodu, Odwołujący dokonał samooczyszczenia, w ramach którego przedstawił stosowne dowody - wskazał na

podjęte działania mające na celu wykazanie swojej rzetelności. W szczególności, celem Odwołującego było uniknięcie w przyszłości problemów związanych z weryfikacją informacji i dokumentów, w tym też przedkładanych przez podmiot trzeci (udostępniający swe zasoby) oraz weryfikacji zgodności ze stanem rzeczywistym lub ryzykiem odmiennej lub niejednoznacznej interpretacji opisu wymagań zamawiającego w zakresie informacji dotyczących doświadczenia osób udostępnionych mu przez podmioty trzecie. Dowód: Pismo Odwołującego z 22 lipca 2019 roku (Załącznik nr 8 do odwołania - dokument zawiera informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa).

Odwołujący dalej wskazał, że pomimo powyższego, Zamawiający wykluczył Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP, wskazując że nie przeprowadził on skutecznej procedury samooczyszczenia w zakresie informacji dotyczących doświadczenia kierownika robót torowych ani doświadczenia kierownika robót srk. Dowód: Pismo

Zamawiającego z 1 sierpnia 2019 roku (Załącznik nr 9 do odwołania - dokument zawiera informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa).

Odwołujący wskazał, że dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP, muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki: (i) przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd; (ii) przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa po stronie wykonawcy; (iii) informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Przesłanki te muszą wystąpić łącznie, zaś niewykazanie zaistnienia chociażby jednej z nich jest wystarczające do stwierdzania, że nie ma podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2018 roku, sygn. akt KIO 925/18).

Odwołujący wskazał na specyfikę procedury samooczyszczenia dokonywanej w związku z nieumyślnym wprowadzeniem zamawiającego w błąd. W ocenie Odwołującego skoro wykonawca wprowadzając w błąd zamawiającego działa nieświadomie, to możliwość przeprowadzenia procedury samooczyszczenia aktualizuje się dopiero po pojawieniu się u niego świadomości o przekazaniu zamawiającemu nieprawdziwych informacji. Przyjęcie odmiennej koncepcji prowadziłoby bowiem do logicznego absurdu — gdyby wykonawca wcześniej wiedział, że przekazuje zamawiającemu informacje nieprawdziwe, to nie mógłby działać w warunkach lekkomyślności ani niedbalstwa, lecz robiłby to umyślnie (w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym). Co więcej, uświadomienie sobie przez wykonawcę faktu przekazania zamawiającemu informacji wprowadzającej go w błąd może nastąpić na jeden z dwóch sposobów. Po pierwsze, wykonawca może uświadomić sobie popełnioną omyłkę we własnym zakresie. W praktyce jednak, takie sytuacje będą marginalne — musiałyby one bowiem oznaczać większą staranność po stronie wykonawców już po złożeniu oferty niż na etapie jej przygotowania.

W ocenie Odwołującego z uwagi na powyższe, najczęściej świadomość przekazania zamawiającemu nieprawdziwych informacji pojawi się u wykonawcy dopiero na skutek zwrócenia mu uwagi przez podmiot zewnętrzny — zwykle samego zamawiającego. To więc dopiero na tym etapie, wykonawca może przystąpić do weryfikacji czy w istocie wprowadził zamawiającego w błąd, a jeżeli tak — rozpocząć procedurę samooczyszczenia. W konsekwencji, zakres dowodów, które może przedstawić wykonawca w celu wykazania przeprowadzenia procedury samooczyszczenia związanej z nieumyślnym wprowadzeniem zamawiającego w błąd jest ograniczony. Charakterystyczny jest bowiem reguły krótki okres pomiędzy powzięciem informacji o przekazaniu zamawiającemu nieprawdziwych informacji a koniecznością wykazania zamawiającemu przeprowadzenia procedury samooczyszczenia. Najczęściej, zdarzenia te będzie dzielić zaledwie kilka dni. Z tego powodu, w przypadku nieumyślnego wprowadzenia zamawiającego w błąd, najczęściej środki podjęte przez wykonawcę, o których mowa w art. 24 ust. 8 PZP, będą się odnosić raczej do działań podejmowanych lub mających być podjętych w najbliższej przyszłości, a nie do już przejętych i wdrożonych zmian organizacyjnych.

ZARZUTY DOTYCZĄCE KIEROWNIKA ROBÓT TOROWYCH

W ocenie Odwołującego, w zakresie doświadczenia osoby pełniącej funkcję kierownika robót torowych nie doszło do zaistnienia przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP. Konsekwentnie, nie było również podstaw do przeprowadzenia przez Odwołującego procedury samooczyszczenia. Odwołujący wskazał, że co prawda umieścił w wykazie personelu niezgodne z rzeczywistością informacje, jednak niezgodność ta polegała wyłącznie na

omyłkowym podaniu dat pełnienia przez funkcji kierownika robót torowych. Innymi słowy, jedyna istotna z punktu widzenia przyznanej ofercie Odwołującego punktacji informacja zawarta w wykazie personelu (tj. czy wskazana osoba pełniła na wskazanej inwestycji funkcję kierownika robót torowych przez okres co najmniej jednego roku) była i jest zgodna ze stanem rzeczywistym. Oznacza to, że ocena oferty Odwołującego nie zmieniłaby się w przypadku, w którym w wykazie personelu od samego początku zostałyby prawidłowe daty pełnienia wymaganej funkcji. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, choć wykonawca przekazał Zamawiającemu niezgodne z rzeczywistością informacje, to nie można stwierdzić, że wprowadził go w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP. Przesłankę wprowadzenia w błąd należy bowiem w tym przypadku interpretować łącznie z przesłanką istotnego wpływu na decyzje podejmowane w Postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że nie każda przekazana zamawiającemu informacja niezgodna z rzeczywistością będzie powodować wprowadzenie go w błąd, bo nie każda informacja może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu. Wpływ na decyzje zamawiającego należy bowiem oceniać z punktu widzenia materialnej (realnej) niezgodności informacji ze stanem rzeczywistym, nie zaś niezgodności czysto formalnej, która powoduje, że dana informacja w sensie formalnym nie odpowiada rzeczywistości (w tym przypadku przejawiająca się jako podanie dat wyznaczających okres w którym nabyte zostało doświadczenie), ale z materialnego punktu widzenia nie stanowi ona nieprawdy, co do opisu danego stanu rzeczy (w tym przypadku faktycznego posiadania wymaganego doświadczenia). Odwołujący podkreślił, że pomylił się wyłącznie w zakresie konkretnych dat, w których wskazana osoba pełniła wymaganą w SIWZ funkcję. Jednocześnie jednak, prawdziwe było (i jest) jedyne relewantne oświadczenie Odwołującego, że wskazana osoba posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie zdobyte w stosownym okresie. To zaś wyłącznie to oświadczenie ma znaczenie z punktu widzenia SI WZ, a więc jedynie jego ewentualna nieprawdziwość (która nie wystąpiła) mogłaby spowodować wprowadzenie Zamawiającego w błąd oraz mieć istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje.

Ponadto Odwołujący wskazał, że przekazanie przez niego nieprawdziwych informacji dotyczących dat pełnienia funkcji nie było przez niego zawinione, nawet w zakresie niedbalstwa. W szczególności, nieuzasadnione jest twierdzenie Zamawiającego jakoby Odwołujący w istocie nie weryfikował szczegółowo oświadczenia w zakresie posiadanego przez niego doświadczenia, bowiem tożsame oświadczenie zostało już wcześniej pozytywnie zweryfikowane przez Zamawiającego. Opis doświadczenia spornej osoby został już bowiem przedstawiony Zamawiającemu przy okazji jego zgłoszenia do pełnienia funkcji kierownika budowy w innym postępowaniu. Dowód: pismo - załącznik nr 9 do odwołania - dokument zawiera informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, nie można mu czynić zarzutu z tego, że nie sprawdził każdego szczegółu w dokumencie, którego treść Zamawiający zaakceptował już w przeszłości. Gdyby przyjąć, że Odwołujący ponosi choćby winę nieumyślną w tym zakresie, to każdy przedsiębiorca zmuszony byłby w nieskończoność weryfikować wszystkie dokumenty, które kiedykolwiek wytworzył. Oznaczałoby to zastosowanie miernika nadzwyczajnej (wręcz: przesadzonej), a nie należytej staranności.

Ponadto, niezależnie od okoliczności, że Odwołujący nie powinien podlegać wykluczeniu z Postępowania, to co więcej punktacja przyznana jego ofercie powinna uwzględniać również doświadczenie zdobyte przez osobę posiadającą doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót torowych zdobyte podczas spornej inwestycji. Wbrew temu co twierdzi Zamawiający, nie doszło bowiem do uzupełnienia oferty o całkiem nowe informacje, a jedynie do jej doprowadzenia do stanu zgodnego z rzeczywistością, dokładnie tak jak ma to miejsce w przypadku poprawy omyłek. Zakwestionowana przez Zamawiającego osoba posiada bowiem wymagane doświadczenie, zaś inwestycja podczas której owe doświadczenie zostało zdobyte była wskazana przez Odwołującego w wykazie personelu.

ZARZUTY DOTYCZĄCE KIEROWNIKA ROBÓT STEROWANIA RUCHEM KOLEJOWYM (SRK)

W zakresie powyższego zarzutu, Odwołujący wskazał, że przeprowadził skuteczna procedurę samooczyszczenia. Co za tym idzie, w świetle art. 24 ust. 9 PZP, nie powinien on podlegać wykluczeniu z Postępowania. W ocenie Odwołującego za nieprawidłowy uznać należy wniosek Zamawiającego o braku przyznania się przez Odwołującego do winy nieumyślnej (niedbalstwa) przy podaniu nieprawdziwych informacji dotyczących zakwestionowanej osoby. Skoro bowiem Odwołujący w treści swojego pisma powołał się wprost na art. 24 ust. 8 PZP, a koniecznym warunkiem do przeprowadzenia procedury samooczyszczenia jest znalezienie się w sytuacji określonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP (to jest zawinione podanie nieprawdziwych informacji), to automatycznie uznać należy, że Odwołujący uznał swoją odpowiedzialność w tym zakresie. W przeciwnym wypadku, nie powoływałby się on bowiem na procedurę samooczyszczenia. W ocenie Odwołującego Zamawiający mylnie interpretuje w tym zakresie przedstawiony przez Odwołującego szczegółowy opis stanu faktycznego. Opis ten miał

bowiem na celu wyłącznie umożliwienie Zamawiającemu odtworzenia procesu myślowego przeprowadzonego przez Odwołującego, który legł u podstaw omyłkowego podania nieprawdziwych informacji dotyczących zaangażowania spornej osoby. Nie zmienia to jednak faktu, że Odwołujący uznał swoją odpowiedzialność w zakresie przekazania nieprawdziwych informacji Zamawiającemu. Odwołujący podkreślił, że nie miał na celu polemizować z Zamawiającym, a jedynie uczynić zadość dyspozycji art. 24 ust. 8 PZP, zgodnie z którym jednym z elementów procedury samooczyszczenia jest wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego. To wyłącznie temu miało służyć przedstawienie przez Odwołującego interpretacji kryterium oceny ofert przyjętej przez niego przy jej opracowywaniu. A contrario, brak złożenia szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie mógł przecież skutkować uznaniem przez Zamawiającego, że Odwołujący nie wypełnił wszystkich wymogów, o których mowa art. 24 ust. 8 PZP.

Przechodząc do drugiego z elementów, które legły u podstaw uznaniu przeprowadzonej przez Odwołującego procedury samooczyszczenia za niedostateczną, w ocenie Odwołującego również w tym przypadku Zamawiający błędnie ocenił podjęte przez niego działania. W ocenie Odwołującego w celu właściwej oceny działań podjętych przez Odwołującego, należy zwrócić uwagę na ich kontekst. Przede wszystkim, Odwołujący powziął informacje o podanej przez niego nieprawdziwej informacji dopiero wskutek powiadomienia go o tym fakcie przez Zamawiającego. Następnie, Odwołujący musiał zweryfikować informacje przekazane mu przez Zamawiającego i skonfrontować je z podmiotem udostępniającym zasób. Odwołujący zaznaczył, że czynności te są tym bardziej wydłużone w szczycie sezonu urlopowego. Po potwierdzeniu zaistniałej omyłki, Odwołujący miał możliwość działania na jeden z dwóch sposobów. Po pierwsze, mógł zwlekać z udzieleniem odpowiedzi Zamawiającemu, tak aby przedstawić mu efekty konkretnych, podjętych już działań (tak jak wydaje się obecnie sugerować Zamawiający). Po drugie, w ocenie Odwołującego mógł on niezwłocznie udzielić odpowiedzi, przedstawiając propozycje działań, co do których podjął decyzję w związku z zaistniałą sytuacją, godząc się z koniecznością rozłożenia w czasie ich wprowadzenia w przedsiębiorstwie dużego rozmiaru. Ze względu na presję czasu (choć Zamawiający nie wskazał w piśmie z dnia 22 lipca 2019 roku konkretnego udzielenia odpowiedzi, to z informacji uzyskanych od niego wynikało, że ma ona zostać przesłana niezwłocznie), Odwołujący zdecydował się wybrać drugą opcję.

W ocenie Odwołującego powyższe jednak w żadnym stopniu nie ujmuje realności podjętych przez Odwołującego czynności. W szczególności, świadczy o tym fakt ich kontynuacji — Odwołujący po przeprowadzeniu wewnętrznego audytu wykrył nieprawidłowości w innym postępowaniu i natychmiast złożył Zamawiającemu oświadczenie o zaistnieniu wobec niego przesłanki wykluczenia, jednocześnie przeprowadzając procedurę samooczyszczenia - Dowód: Pismo Odwołującego z dnia dotyczące procedury samooczyszczenia w przetargu (Załącznik nr 11 do odwołania). Ponadto Odwołujący wskazał, na działania opisane w piśmie z dnia 22 lipca 2019 roku. Dowód: Pismo Odwołującego - Załącznik nr 11 do odwołania), Protokół ze spotkania wewnętrznego Odwołującego (Załącznik nr 12 do odwołania), Protokół z narady Odwołującego (Załącznik nr 13 do odwołania), Procedura weryfikacji doświadczenia personelu Odwołującego projekt nr 4 (Załącznik nr 14 do odwołania).

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ") wraz z ogłoszeniem o zamówieniu na okoliczność ustalenia przedmiotu i warunków zamówienia; (ii) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania; (iii) ofertę Odwołującego na okoliczność ustalenia jej treści; (iv) ocenę punktową ofert złożonych w postępowaniu na okoliczność ustalenia wyników oceny ofert dokonaną przez Zamawiającego; (iv) pismo Zamawiającego z 11 lipca 2019 roku, pismo Odwołującego z 22 lipca 2019 roku, pismo Zamawiającego z 1 sierpnia 2019 roku na okoliczność ustalenia ich treści (dokumenty zawiera informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa); (v) pismo podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby Odwołującemu z dnia 4 kwietnia 2017 roku dotyczące zatwierdzenia kierownika budowy na okoliczność ustalenia zakresu doświadczenia kierownika robót sterowania ruchem kolejowym (dokument zawiera informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa); (vi) pismo Odwołującego z dnia 8 sierpnia 2019 roku dotyczące procedury samooczyszczenia w innym postępowaniu na okoliczność wykazania podjętych działań (dokument zawiera informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa); (vii) protokół ze spotkania wewnętrznego Odwołującego z dnia 16 lipca 2019 roku, protokół z narady Odwołującego z dnia 5 sierpnia 2019 roku, procedurę weryfikacji doświadczenia personelu Odwołującego — projekt nr 4 (dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) - na okoliczność wykazania działań podjętych przez Odwołującego w ramach procedury samooczyszczenia; (viii) kopię dziennika budowy z inwestycji Przebudowa Szlaku Działdowo - Gralewo na okoliczność

wykazania braku wymaganego okresu doświadczenia przez kierownika robót torowych; (ix) zestawienie obrazujące liczbę ofert złożonych przez Odwołującego w roku 2018 oraz do dnia 21.08.2019 r. na okoliczność wykazania rzetelności wykonawcy; (x) korespondencję e-mailową pracowników Odwołującego na okoliczność wykazania, że Odwołujący wdrożył odpowiednie działania naprawcze pomimo, iż formalnie nie została przyjęta procedura weryfikacji doświadczenia personelu; (xi) ogłoszenie o zamówieniu nr 2015/S 205-371575 dot. Realizacji robót budowalnych w ramach Przetargu nr 1 Modernizacja odcinka Jaworzno Szczakowa - Trzebina na okoliczność wykazania braku tożsamości wymagań dla kierownika robót torowych w niniejszym postępowania oraz kierownika budowy ww. przetargu.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych wraz ze świadczeniem usług pogwarancyjnych dla tych urządzeń na odcinku Podg. Most Wisła - Czechowice-Dziedzice — Zabrzeg w ramach projektu Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, etap I: linia E 65 na ode. Będzin — Katowice — Tychy — Czechowice-Dziedzice Zebrzydowice, LOT C odcinek Most Wisła — Czechowice-Dziedzice

— Zabrzeg (IRE01287-1)" (dalej „Postępowanie").

Izba ustaliła, ze zgodnie z postanowieniami pkt 20.6.3 Instrukcji dla Wykonawców („IDW"), jednym z kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu było doświadczenie personelu Wykonawcy — waga 10%. W uszczegółowieniu tego kryterium w pkt 20.6.3 lit. b) i c) IDW wskazano sposób oceny i przyznawania punktów:

b) Kierownik robót torowych — waga 2,5%

- w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert nabył doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych przez okres co najmniej 12 miesięcy (na każdej inwestycji) w zakresie Budowy lub Przebudowy Infrastruktury kolejowej, która obejmowała roboty prowadzone przy czynnym torze sąsiednim na linii kolejowej dwutorowej o długości co najmniej 10 km oraz obejmowała roboty obejmujące co najmniej dwa szlaki i jedną stację kolejową z co najmniej 20 rozjazdami i 2 peronami o wartości przekraczającej 100 (sto) min PLN netto (dla każdej inwestycji).

Jeżeli Wykonawca wskaże na stanowisko Kierownika robót torowych osobę posiadającą doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych, w realizacji co najmniej:

(i) dwóch [2] inwestycji wskazanych w powyższym warunku -1.5 pkt;

(ii) trzech [3] inwestycji wskazanych w powyższym warunku - 2,5 pkt

Kierownik robót sterowania ruchem kolejowym waga - 2,5%

- w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert nabył doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym przez okres co najmniej 12 miesięcy (na każdej inwestycji) w zakresie Budowy lub Przebudowy infrastruktury kolejowej, która obejmowała roboty prowadzone przy czynnym torze sąsiednim na linii kolejowej dwutorowej w zakresie zabudowy wewnętrznych komputerowych urządzeń stacyjnych, zabudowy samoczynnej blokady liniowej z powiązaniem do systemu stacyjnego i zabudowy urządzeń przejazdowych, zabudowy licznikowego systemu niezajętości torów i rozjazdów, przystosowanych do włączenia w LCS.

Jeżeli Wykonawca wskaże na stanowisko Kierownika robót sterowania ruchem kolejowym osobę posiadającą doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, w realizacji co najmniej:

(i) dwóch [2] inwestycji wskazanych w powyższym warunku -1,5 pkt;

(ii) trzech [3] inwestycji wskazanych w powyższym warunku - 2,5 pkt

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył wraz z ofertą Załącznik nr 12 do IDW — Wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert zgodnie z pkt 20.6.3 IDW (dalej „Wykaz personelu"), gdzie na stanowisko Kierownika robót torowych wskazał Pana R.Ć. (dalej „Osoba nr 1") z trzema inwestycjami, a na stanowisko Kierownika robót sterowania ruchem kolejowym Pana J.Z. (dalej „Osoba nr 2") również z trzema inwestycjami.

Zgodnie z przyjętym systemem punktacji, wskazanie dla poszczególnych osób trzech inwestycji spełniających wymagania Zamawiającego skutkowało przyznaniem — dla każdej osoby — 2,5 punktu.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 11 lipca 2019 roku Zamawiający zakwestionował doświadczenie zdobyte przez osobę wskazaną przez Odwołującego na stanowisko kierownika robót torowych (Osoba nr 1 w zakresie inwestycji pn. Przebudowa linii kolejowej [x] odcinek [x] - [x] (dalej „Inwestycji nr 1") oraz osobę wskazaną na kierownika robót sterowania ruchem kolejowym (Osoba nr 2 w zakresie inwestycji Modernizacji linii kolejowej [x], etap [x], odcinek [x] - [x] (dalej „Inwestycji nr 2"). W ocenie Zamawiającego, Odwołujący podał w tym zakresie w ofercie nieprawdziwe informacje, mający istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu. W szczególności, Zamawiający wskazał, że z jego wiedzy własnej wynika, że osoba wskazana przez Odwołującego na funkcję kierownika robót torowych nie pełniła wskazanej funkcji przez okres czasu określony przez wykonawcę. W odniesieniu zaś do drugiej z kwestionowanych osób Zamawiający wskazał, że we wskazanym zadaniu nie były wykonywane żadne roboty srk, a prowadzone były jedynie prace projektowe. Nawet zaś gdyby uznać, że wskazana osoba nabył doświadczenie w wymaganym zakresie, to właściwy przedział czasowy nabywania doświadczenia nie obejmował wymaganego przez Zamawiającego okresu czasu. Zamawiający powołał się na treść art. 24 ust. 8 PZP dotyczącego przeprowadzenia procedury samooczyszczenia. Dowód: Pismo Zamawiającego z 11 lipca 2019 roku.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na pismo Zamawiającego, w dniu 22 lipca 2019 roku Odwołujący wskazał w zakresie osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót torowych, że w istocie doszło do omyłkowego podania niewłaściwych dat sprawowania przez niego funkcji kierownika robót torowych w spornej inwestycji. W rzeczywistości osoba wskazana pełnił on bowiem tę funkcję w innym okresie. Odwołujący wniósł o poprawę zaistniałej w wykazie personelu nieścisłości i przyznanie punktów jego ofercie.

W odniesieniu zaś do doświadczenia Osoby nr 2, Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał na niejednoznaczność sformułowanego przez Zamawiającego opisu kryterium oceny ofert oraz wyjaśnił również, że podczas sporządzania oferty, opierał się na informacjach przekazanych przez podmiot trzeci. Tym niemniej, w oparciu o art. 24 ust. 8 ustawy Pzp Odwołujący dokonał samooczyszczenia. Dowód: Pismo Odwołującego z 22 lipca 2019 roku.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 1 sierpnia 2019 r. poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP. Dowód: Pismo Zamawiającego z 1 sierpnia 2019 roku.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. W wyniku ewentualnego uznania przez Izbę, że Zamawiającego dokonał niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności oferta Odwołującego ma szansę na wybór jako oferta najkorzystniejsza i Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

<u>Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - zarzut dotyczący osoby wskazanej na funkcję</u>

kierownika robót torowych

W ocenie Izby zarzut potwierdził się, jednakże jego zasadność pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z przepisu wynika, że podstawą wykluczenia wykonawcy jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, przy czym nie musi być ono wynikiem działania umyślnego, ale wystarczające jest dopuszczenie się przez wykonawcę lekkomyślności lub niedbalstwa. Dodatkowo ustawodawca wymaga, aby wprowadzenie w błąd zamawiającego mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co oznacza, że wprowadzenie w błąd musi dotyczyć takich czynności zamawiającego, które wpływają na sytuację wykonawcy w postępowaniu, tj. na jego wykluczenie z postępowania, odrzucenie jego oferty bądź na jego szanse w uzyskaniu zamówienia (pozycję w rankingu ofert). Wszystkie ww. przesłanki muszą być spełnione łącznie, aby możliwe było wykluczenie wykonawcy na podstawie ww. przepisu.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący zakwestionował prawidłowość decyzji o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, powołując się na fakt, że osoba wskazana w pozycji nr 3 Wykazu personelu na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert zgodnie z pkt 20.6.3 IDWtj. Osoba nr 1 posiada wymagane przez Zamawiające doświadczenie zdobyte podczas realizacji Inwestycja nr 1, zaś wykonawca omyłkowa wskazał w w/w wykazanie daty nabycia doświadczenia. Wskazał również, że tożsame doświadczenie Osoby nr 1 zostało już pozytywnie przez Zamawiającego zweryfikowane przy innej inwestycji, a w konsekwencji nie można czynić Odwołującemu zarzutu, że nie sprawdził szczegółowo dokumentu, którego treść Zamawiający wcześniej zaakceptował.

Izba częściowo przychyliła się do stanowiska Odwołującego. Wskazać należy, że nie było sporne pomiędzy stronami, iż w pierwotnie złożonym przez Odwołującego Wykazie personelu określił błędne daty sprawowania funkcji kierownika robót torowych przez Osobę nr 1 na Inwestycji nr 1. Okoliczność tę wykonawca potwierdził zarówno w treści odwołania jak i w treści złożonych wyjaśnień w piśmie z dnia 22 lipca 2019 r. Nie ulega również wątpliwości, iż wykluczając wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że Odwołujący określił błędnie datę rozpoczęcia pełnienia ww. funkcji przez Osobę nr 1, co, w ocenie Zamawiającego, stanowiło podanie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych, skutkujących jego wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał również, że fakt, że dana osoba posiada doświadczenie, ale w innym przedziale czasowym, nieujawnionym w wykazie jest irrelewantne, ocenie podlegają informacje zawarte w wykazie. Izba nie podziela powyższego stanowiska Zamawiającego.

Jak Izba wskazała powyżej, celem art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest wykluczenie z postępowań wykonawców przekazujących zamawiającym błędne informacje mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiających. Nie ulega wątpliwości, że w trakcie postępowania przetargowego wykonawcy przekazują zamawiającym szeroki zakres informacji dotyczących wielu aspektów prowadzonej przez nich działalności. Jednym z nich są informacje dotyczące posiadanego doświadczenia. Informacje te służą weryfikacji profesjonalizmu i rzetelności wykonawcy. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający umożliwił wykonawcom otrzymanie dodatkowych punktów w ramach kryterium „Doświadczenie personelu Wykonawcy" (pkt 20.6.3 SIWZ). Ocenie więc podlegało doświadczenie osób wskazanych przez wykonawcę w Wykazie personelu.

W analizowanym stanie faktycznym Odwołujący oświadczył, że Osoba nr 1 posiada wymagane doświadczenie, błędne jednakże określił daty pełnienia funkcji. Zamawiający zaś w decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania pominął i nie odniósł się w żaden sposób do argumentacji Odwołującego, co w ocenie Izby, uznać należy za działanie nieprawidłowe. Istotne bowiem z punktu widzenia oceny oferty Odwołującego w ramach doświadczenia personelu jest analiza czy dana osoba legitymuje się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem. Zamawiający zaś w decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania wskazał wyłącznie na błędną datę rozpoczęcia wykonywania funkcji kierownika robót torowych. Zamawiający nie zbadał lub też nie dał wyrazu takiemu zbadaniu w treści decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania w jakim okresie czasu Osoba nr 1 pełniła funkcję kierownika robót torowych na Inwestycji nr 1. Pominął przy tym argumentację zawartą w treści wyjaśnień wykonawcy z dnia 22 lipca 2019 r.

W ocenie Izby istotna z punktu widzenia oceny oferty jest okoliczność czy w inwestycji wskazanej przez Odwołującego w Wykazie personelu dana osoba zdobyła wymagane doświadczenie czy nie. Oczywiście daty wskazane przez wykonawcę w wykazie służą weryfikacji takich okoliczności, jednakże omyłka wykonawcy w tym zakresie nie może decydować o rzeczywistym zakresie czasowym posiadanego doświadczenia. Przyjęcie takiego podejścia ograniczającego się wyłącznie do formalnej oceny dat wskazanych w wykazie, bez uwzględnienia stanowiska wykonawcy, byłoby szkodliwe dla konkurencji na rynku zamówień publicznych, powodując konieczność wykluczenia wykonawców ze względów stricte formalnych. Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest zaś per se jego celem. Taki również nie jest cel art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Służy on bowiem do eliminowania z postępowania wykonawców, którzy przekazali informacje wprowadzające zamawiającego w błąd co do istotnych elementów postępowania przetargowego. Istotnym zaś elementem w omawianym stanie faktycznym jest ustalenie czy dana osoba legitymuje się określnym doświadczeniem. Odwołujący twierdzi, że pomimo wskazania błędnych dat pełnienia funkcji kierownika robót torowych, Osoba nr 1 takim doświadczeniem legitymuje się. Zamawiający zaś pozostał obojętny na twierdzenia wykonawcy. Nie odniósł się do stanowiska wykonawcy, jak sam oświadczył, nie analizował daty końcowej pełnienia funkcji.

W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, data zakończenia pełnienia funkcji przez Osobę nr 1 ma znaczenia na ustalenia doświadczenia Osoby nr 1 zdobytego w ramach Inwestycji nr 1. Wykonawca wskazał w treści pisma z dnia 22 lipca 2019 r. na omyłkę w dacie zakończenia pełnienia funkcji, złożył oświadczenia na potwierdzenie swoich twierdzeń. Podjął działania mające na celu wykazanie, że Osoba nr 1 posiada wymagane doświadczenia, zaś błąd zawarty w wykazie ma charakter czysto formalny, dotyczy bowiem tylko błędu w datach, nieprawidłowego ich przedstawienia w Wykazie personelu. Z punktu widzenia kryteriów oceny ofert tj. oceny doświadczenia wskazanego w Wykazie personelu istotna dla Zamawiającego winna być ocena czy dana osoba posiada doświadczenie czy nie. W ocenie Izby omyłka Odwołującego co do konkretnych dat pełnienia określonej funkcji w ramach inwestycji zamieszczonej w Wykazie personelu nie może skutkować automatycznym wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Istotna bowiem z punktu widzenia Zamawiającego w analizowanej sprawie jest ocena doświadczenia danej osoby. Skoro zaś wykonawcy składa oświadczenie, że dana osoba posiada wymagane doświadczenie, zdobyte na inwestycji pierwotnie umieszonej w Wykazie personelu, zaś błąd wykonawcy dotyczy wyłącznie dat sprawowania funkcji, to okoliczności takiej Zamawiający nie może pominąć. Wykluczenie wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp byłoby sanacją nadmierną, gdzież de facto prowadziłoby do eliminowania wykonawców za błędy formalne, pomimo, iż posiadają oni odpowiednio doświadczoną kadrę personalną. Stanowiłoby to naruszenie głównej zasady zamówień publicznych tj. zasady proporcjonalności. Sankcja w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania byłaby niewspółmiernie co do ustalanego przez Zamawiającego przewinienia tj. błędnego określona dat wykonywania funkcji kierownika robót torowych.

Tym samym Izba uznała, że obowiązkiem Zamawiającego, wobec wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w dniu 22 lipca 2019 r., było zweryfikowanie rzeczywistego okresu sprawowania funkcji kierownika robót torowych przez Osobę nr 1 na Inwestycji nr 1. Okoliczności tych Zamawiający nie ustalił i nie odniósł się w żaden sposób w decyzji z dnia 1 sierpnia 2019 r. do daty końcowej pełnienia ww. funkcji. Nie można zgodzić się z Zamawiającym, iż okoliczność ta była bez znaczenia dla oceny sytuacji Odwołującego, bowiem Zamawiający dokonywał oceny wyłącznie informacji zawartych w Wykazie personelu, w którym Odwołujący nie zawarł informacji co do końcowej daty pełnienia obowiązków kierownika robotów torowych przez Osobę nr 1 na Inwestycji nr 1 na 12.2012 r. Podkreślić bowiem należy, że w Wykazie personelu Odwołujący określił jednoznacznie inwestycję oraz osobę, która posiada wymagane doświadczenie. W treści wyjaśnień wykonawca zawarł szczegółowe wyjaśnienia co do okoliczności związanych z błędną datą sprawowania przez wskazaną osobę funkcji kierownika robót torowych. Nie doszło do zmiany inwestycji czy też zmiany osoby pierwotnie wskazanej w Wykazie personelu. Tym samym wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp było, w ocenie Izby, przedwczesne. Samo błędne wskazanie przez Odwołującego daty początkowej pełnienia funkcji kierownika robót torowych przez Osobę nr 1 nie może skutkować automatycznym wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Istotne z punktu widzenia prowadzonego postępowania było ustalenie czy Osoba nr 1 legitymuje się niezbędnym doświadczeniem. W treści zaś decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający nie odniósł się do daty końcowej pełnienia funkcji przez Osobę nr 1 na Inwestycji nr 1.

Podkreślić w tym miejscu należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego okoliczność ta jest nadal sporna, a dowody złożone podczas rozprawy potwierdzają rozbieżność stanowisk stron. Wnioski płynące ze złożonego Izbie dziennika budowy dla Inwestycji nr 1 nie odpowiadają treści oświadczeń złożonych przez Odwołującego wraz z pismem z dnia 22 lipca 2019 r.

Analiza jednak powyższych dokumentów oraz wyciągnięcie na ich podstawie odpowiednich wniosków to czynności do wykonania, których zobowiązany jest Zamawiający, nie Izba. W ocenie Izby dopiero po dokonaniu analizy wszystkich ww. okolicznościach faktycznych, Zamawiający miałby możliwość podjęcia decyzji co do ewentualnego zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Izba wskazuje również, iż nie aprobuje stanowiska Odwołującego, iż rzekome zaakceptowanie przez Zamawiającego doświadczenia Osoby nr 1 w ramach realizacji innej inwestycji niejako tłumaczy błąd wykonawcy. Po pierwsze, Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że zakres wymagań dla kierownika budowy w innej inwestycji prowadzonej przez Zamawiającego był tożsamy z zakresem wymagań dla kierownika robót torowych w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Złożone zaś przez Zamawiającego ogłoszenie o zamówieniu Kontraktu Jaworzno Szczakowa -Trzebina skłania Izbę do przyjęcia przeciwnego twierdzenia. Po drugie, gdyby przyjąć stanowisko Odwołującego za poprawne, to zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wymagałoby każdorazowo badania stanu emocjonalnego i sfery psychicznej zamawiającego w celu ustalenia, czy jest on świadomy faktów, co do których podano w ofercie nieprawdziwą informację. Z całą pewnością ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie uzależnił przesłanki wprowadzenia w błąd od wyżej opisanego stanu świadomości zamawiającego, dlatego też nie można uznać, że od istnienia bądź nieistnienia tej świadomości zależy, czy zamawiający został wprowadzony w błąd. Do stwierdzenia faktu wprowadzenia w błąd zamawiającego bez znaczenia pozostaje okoliczność czy zamawiający opierając się na własnej wiedzy był w stanie zweryfikować, czy też nie określone informacje. Po trzecie, uznanie, że podanie nieprawdziwej informacji dotyczącej zamówienia realizowanego na rzecz konkretnego zamawiającego, nie jest wprowadzeniem w błąd tego zamawiającego z uwagi na fakt, iż informacja taka była znana i zaakceptowana przez zamawiającego w innym postępowaniu prowadzonym przez tego zamawiającego prowadziłoby do tego, że art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie znajdowałby zastosowania. Albo bowiem zamawiający zorientowałby się, że podano w ofercie nieprawdziwą informację, ale ze względu na fakt, że dotyczy ona zamówienia realizowanego na jego rzecz, niemożliwe byłoby uznanie, że nastąpiło wprowadzenie w błąd, albo zamawiający nie orientowałby się, że podano nieprawdziwą informację i wykonawca nie ponosiłby z tego tytułu żadnych konsekwencji. W jednym i w drugim przypadku art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie znalazłby zastosowania, podczas gdy, jak wskazano powyżej, przepis nie uzależnia możliwości jego zastosowania od stanu świadomości zamawiającego, a do uznania, że nastąpiło wprowadzenie w błąd wystarczające jest stwierdzenie podania nieprawdziwej informacji przez wykonawcę.

Po czwarte, uznanie, że podanie nieprawdziwej informacji dotyczącej zamówienia realizowanego na rzecz konkretnego zamawiającego, nie jest wprowadzeniem w błąd tego zamawiającego, prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Przyjęcie takiego stanowiska oznaczałoby bowiem, że nie byliby wykluczani z postępowania wykonawcy, którzy podali nieprawdziwą informację dotyczącą zamówienia realizowanego na rzecz zamawiającego prowadzącego to postępowanie, a byliby wykluczani wykonawcy, którzy podali nieprawdziwą informację, ale dotyczącą zamówienia realizowanego na rzecz innych zamawiających. Innymi słowy: uznanie, że podanie nieprawdziwej informacji dotyczącej zamówienia realizowanego na rzecz konkretnego zamawiającego, nie jest wprowadzeniem w błąd tego zamawiającego, różnicowałoby sytuację wykonawców w zależności od tego, na czyją rzecz było realizowane zamówienie, którego dotyczy nieprawdziwa informacja. Przyjęcie takiego stanowiska jest zatem niezgodne z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jako takie nie może być zaakceptowane.

Tym samym, nie sposób uznać za prawidłową argumentację Odwołującego, iż nie można czynić mu zarzutu, iż nie sprawdził szczegółów w dokumencie, którego treść Zamawiający zaakceptował w przeszłości.

W podsumowaniu wskazać należy, że choć Izba częściowo uznała za zasadną argumentację Odwołującego i w ocenie Izby wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym podania informacji dotyczących Osoby nr 1 było czynnością przedwczesną, to jednak powyższe uchybienie Zamawiającego pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. W ocenie bowiem Izby, Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie innych okoliczności, szczegółowo omówionych poniżej.

Zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 9 ustawy Pzp - zarzuty dotyczące kierownika robót sterowania ruchem kolejowym

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zamawiający zasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

Spór w niniejszej sprawie koncentrował się wokół instytucji samooczyszczenia, czyli tzw. self-cleaning, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Nowelizacja ustawy Pzp wprowadzona w 2016 r. przyniosła rozszerzenie w polskim porządku prawnym instytucji samooczyszczenia wykonawcy, obecnej dotychczas w dyrektywach (motyw 102 dyrektywy 2014/24/UE). Umożliwia ona wykonawcom wykazanie, że pomimo wystąpienia przesłanki wykluczenia, podjęte zostały środki niezbędne do wykazania jego rzetelności, a tym samym, brak jest podstawy wykluczenia.

Zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp, wykonawca, który podlega wykluczeniu z powodu wystąpienia przesłanek wskazanych wart. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16 20 i ust. 5 ustawy Pzp może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Ocena, czy przedsięwzięte środki są wystarczające zawsze będzie decyzją zamawiającego. Zgodnie bowiem z ust. 9, jeśli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające przedstawione dowody, wówczas brak będzie podstawy wykluczenia.

Procedura wskazana w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp służy dobrowolnemu naprawieniu szkody - wykonawca winny wprowadzenia w błąd musi się do tego przyznać. Wykonawca powinien zatem: (i) poinformować o zdarzeniu zamawiającego; (ii) wskazać jakie informacje są nieprawdziwe bądź nierzetelne; (iii) wyjaśnić okoliczności w jakich doszło do ich przekazania zamawiającemu; (iv) przekazać informacje rzetelne w miejsce nieprawidłowych; (v) przestawić dowody na wykazanie, że podjęte przez niego działania zapobiegną powtórzeniu się tego rodzaju sytuacji w przyszłości.

Zauważyć należy, że procedura samooczyszczenia polega na tym, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy, zamawiający obowiązany jest umożliwić wykonawcy przedstawienie dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność. Pozytywna weryfikacja tych dowodów obliguje zamawiającego do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania. W ocenie Izby z przywołanych powyżej regulacji wynika de facto dodatkowy warunek wykluczenia wykonawcy, jakim jest umożliwienie wykonawcy przedstawienia dowodów na samooczyszczenie. Z przepisów nie wynika natomiast bezwzględny obowiązek skorzystania przez wykonawcę z procedury samooczyszczenia (vide art. 24 ust. 8 in principio ustawy Pzp - „wykonawca (...) może"). Ustawodawca również nie sprecyzował kto ma być inicjatorem procedury samooczyszczenia. Wskazał wyłącznie, iż przed wykluczeniem z postępowania wykonawca winien mieć możliwość przeprowadzenia takiej procedury. Inicjatorem może być zarówno zamawiający, jako podmiot posiadający wiedzę o zamiarze wykluczenia danego wykonawcy jak i sam wykonawca, który również może posiadać wiedzę o okolicznościach, które mogą stanowić podstawę do jego wykluczenia z postępowania. Istotne z punktu widzenia art. 24 ust. 8 ustawy Pzp jest to, że samą procedurę samooczyszczenia ma przeprowadzić wykonawca. Nie jest zaś obowiązkiem Zamawiającego poszukiwanie czy domaganie się dowodów na potwierdzenie przeprowadzenia procedury samooczyszczenia przez wykonawcę. O ile zamawiający może zainicjować taką procedurę, to już wykonawca samodzielnie musi zdecydować czy chce z niej skorzystać, jakie czynności podejmie i dowody przestawi zamawiającemu.

W ocenie Izby zamawiający nie może pozbawiać wykonawcy prawa do skorzystania z instytucji self-cleaning-u. W tej sytuacji bowiem czynność wykluczenia z postępowania będzie wadliwa. Stwierdzenie, w którym momencie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca powinien przedstawić środki dowodowe wykazujące jego rzetelność, które mogą zapobiec jego wykluczeniu, jest niezwykle trudne w oderwaniu od stanu faktycznego konkretnej sprawy. W ocenie Izby podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia może podjąć działania w celu samooczyszczenia także po złożeniu oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. w zasadzie w każdym momencie w czasie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ostateczną granicą czasową na przeprowadzenie procedury jest decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy. Możliwe jest bowiem wystąpienie okoliczności faktycznych uniemożliwiających dołączenie dowodów przed upływem terminu składania ofert. Stanowisko, zgodnie z którym dokumentacja potwierdzająca samooczyszczenie powinna być załączona do oferty, nie znajduje odzwierciedlenia w treści przepisów. Gdyby taka była intencja ustawodawcy, to z pewnością znalazłoby to wyraz w art. 24 ustawy Pzp. Jednakże zastosowanie procedury samooczyszczenia ma pewne granice i powinno być rozpatrywane oddzielenie dla każdej sprawy, z uwzględnieniem zasady proporcjonalności i równego traktowania wykonawców. Jeżeli więc zamawiający może obiektywnie stwierdzić, iż wykonawca mógł dokonać procedury samooczyszczenia przed złożeniem oferty, a zaniechał jej przeprowadzenia licząc na uniknięcie negatywnych konsekwencji, to przeprowadzenie procedury samooczyszczenia po złożeniu oferty, po wykryciu nieprawidłowości przez zamawiającego, uznać należy za spóźnione. Jeżeli jednak można obiektywnie stwierdzić, iż wykonawca powziął wiedzę o

nieprawidłowościach w informacjach przekazanych zamawiającemu dopiero po złożenia oferty, to wówczas przeprowadzenie procedury samooczyszczenia na etapie oceny oferty uznać należałoby za dopuszczalną. Podkreślić należy, że okoliczności faktyczne każdej sprawy muszą być zbadane przez zamawiającego i dopiero na ich podstawie można ustalić dopuszczalność procedury samooczyszczenia na poszczególnych etapach postępowania przetargowego. Zakres potencjalnych przypadków zastosowania samooczyszczenia jest bardzo szeroki, a liczba możliwych stanów faktycznych jest właściwie nieograniczona, ocena prawidłowości wdrożenia przez wykonawcę self-cleaning-u może przysparzać wielu trudności zamawiającym. Brak jest bowiem możliwości wskazania wspólnego mianownika dla prawidłowo zastosowanej procedury samooczyszczania. Każdy przypadek musi zostać oceniony indywidualnie.

Wskazać również należy, że ustawodawca w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp wskazał, że elementem koniecznym procedury samooczyszczenie jest przedstawienie dowodów, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do stwierdzenia rzetelności wykonawcy. Zamawiający nie będzie mógł zatem uwzględnić nawet obszernych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, jeśli nie będą one poparte dowodami. Ponieważ uznanie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, pomimo że zaistniała ku temu przesłanka, stanowi wyjątek od reguły, przepisy w zakresie self-cleaning-u należy interpretować wąsko. Zamawiający powinien zaniechać wykluczenia dopiero wówczas, kiedy wykonawca rzeczywiście udowodnił swoją rzetelność przez wskazanie środków, o których mowa w ust. 8. Zatem dowody rzetelności przedstawiane przez wykonawcę podlegają zawsze ocenie zamawiającego, do którego należy ostateczne przesądzenie, czy można uznać je za wystarczające.

W analizowanym stanie faktycznym Odwołujący wskazał, że w stosunku do informacji dotyczących Osoby nr 2 w piśmie z dnia 22 lipca skutecznie dokonał procedury samooczyszczenia, a w konsekwencji Zamawiający niezasadnie dokonał wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że warunkiem sine qua non procedury samooczyszczenia jest przyznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt, którego ma dotyczyć samooczyszczenie.
Odwołujący tylko w sposób pozorny przyznaje przesłankę wykluczenia, gdyż w wyjaśnieniach z dnia 22 lipca 2019 r. na str. 6-8 wykazuje, iż przekazał Zamawiającemu informacje prawidłowe co do zakresu doświadczenia zdobytego przez Osobę nr 2 na Inwestycji nr 2. Odwołujący załącza przy tym dowody na poparcie swoich twierdzeń. Odwołujący polemizuje z wnioskami Zamawiającego, wykazując zasadność przyjętych przez siebie wniosków. Nie można zatem przeprowadzać skutecznie procedury self - cleaningu w sytuacji, gdy wykonawca nie przyznaje okoliczności stanowiących podstawę do podjęcia działań naprawczych. A z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w analizowanym stanie faktyczny. Z treści pisma z dnia 22 lipca 2019 r. wynika, że Odwołujący powołuje się na procedurę samooczyszczenia „na wszelkie wypadek". Nie ma takiej konstrukcji samooczyszczenia w ustawie Pzp. Zamawiający wystosował do Odwołującego pismo w dniu 11 lipca 2019 r. wskazując, iż według posiadanych przez Zamawiającego informacji, Osoba nr 2 nie posiada wymagane doświadczenia, co w konsekwencji skutkuje możliwością wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W takiej sytuacji Odwołujący miał możliwość wyboru dwóch rozwiązań. Obrony słuszności stanowiska co do prawdziwości przekazanych Zamawiającemu informacji albo przyznania Zamawiającemu racji co do przekazania informacji wprowadzających w błąd i skorzystania z procedury samooczyszczenia. Nie można twierdzić jednocześnie, że podało się informacje prawdziwe i dokonywać procedury samooczyszczenia. Odwołujący jako profesjonalista musi podejmować decyzję w toku postępowania przetargowego i ponosić konsekwencję takich działań. Próba obrony twierdzeń poprzez nieudolne połącznie dwóch odrębnych regulacji ustawy Pzp jest, w ocenie Izby, niedopuszczalna. Jeśli Odwołujący uważał, że podał informację prawidłowe, to w piśmie z dnia 22 lipca 2019 r. winien takie oświadczenie zawrzeć i ewentualnie bronić swoich racji w przypadku wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w toku postępowania odwoławczego. Jeśli zaś Odwołujący uznałby, że z jakiś powodów rzeczywiście przekazał Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, to taką okoliczność winien potwierdzić w treści pisma z dnia 22 lipca 2019 r. i ewentualnie skorzystać z procedury samooczyszczenia. To wykonawca musi podjąć w tym zakresie stosowane decyzje i zmierzyć się z konsekwencjami takich decyzji. W analizowanym zaś stanie faktycznym Odwołujący próbuje obarczyć Zamawiającego konsekwencjami braku jednoznaczności swoich wypowiedzi. Takie działanie jest, w ocenie Izby, nieuprawnione.

Nie można zgodzić się w Odwołującym, że ewentualne podanie nieprawidłowych informacji co do doświadczenia Osoby nr 2 mogło wynikać z odmiennego rozumienia zapisów SIWZ. Odwołujący nie wskazał, które konkretnie zapisu budziły wątpliwości i czy były one obiektywne uzasadnione. Izba nie dopatrzyła się żadnych jednoznaczności w zapisach SIWZ w zakresie wymagań Zamawiającego z pkt 20.6.3 IDW.

Na marginesie Izba wskazuje również, że nawet gdyby przyjąć, iż Odwołujący podjął próbę samooczyszczenia w piśmie z dnia 22 lipca 2019 r., to nie sposób uznać, że została ona przeprowadzona w sposób skuteczny. Innymi słowy brak jest podstaw do przyjęcia, iż Odwołujący podjął skuteczne działania naprawcze w zakresie wskazanym w piśmie z dnia 22 stycznia. Po pierwsze, do pisma z dnia 22 lipca 2019 r. nie zostały załączone żadne dowody na potwierdzenie rzekomych działań naprawczych podjętych przez Odwołującego. Złożone wraz z odwołaniem dowody Izba uznaje za dowody spóźnione. Po drugie, usprawiedliwieniem braku podjęcia określonych działań nie może być okres urlopowy. Odwołujący jako profesjonalista, który wielokrotnie uczestniczy w postępowaniach przetargowych, winien mieć świadomość, że biorąc udział w postępowaniu musi zapewnić sobie obecność kluczowych pracowników czy osób kierujących przedsiębiorstwem w celu sprawnego podejmowania decyzji. Po trzecie, dokumenty złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem opatrzone są w zasadniczej części datą po decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, co rodzi uzasadnione podejrzenie, że zostały przygotowane na potrzeby postępowania odwoławczego. Po czwarte i niezwykle istotne w omawianym stanie faktycznym - w decyzji o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania Zamawiający wskazał, że wykonawca był już poprzednio wykluczony z innego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Pismem z dnia 9 stycznia 2018 r., Zamawiający wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu tj. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na stacji Idzikowice w ramach projektu pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 4 — Centralna Magistrala Kolejowa Etap II" z powodu podania nieprawdziwych informacji w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy. Decyzja ta została podtrzymana przez Krajową Izbę Odwoławcza w wyroku z dnia 2 lutego 2018r. w połączonych sprawach sygn. akt KIO 1113/18 i 1161/18. Okoliczność tą potwierdził sam Odwołujący podczas rozprawy. W ocenie Izby, powyższe dowodzi, że Odwołujący nie wyciągnął odpowiednich wniosków z dotychczasowych doświadczeń, ponownie podał informacje wprowadzające w błąd tego samego Zamawiającego, nie wdrożył u siebie odpowiednich procedur, które pozwoliłyby mu uniknąć na przyszłość wykluczenia, a tym samym nie podjął wystarczających środków technicznych, organizacyjnych czy kadrowych, które zapobiegałyby nieprawidłowemu działaniu na przyszłość.

Izba w całości popiera stanowiska Zamawiającego, że przedstawione propozycje działania Odwołującego opisane w piśmie z dnia 22 lipca 2019 r. są tylko i wyłącznie propozycjami, a przepis art. 24 ust. 8 ustawy Pzp wskazuje, że wykonawca ma przedstawić dowody, że podjął już konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe. W szczególności wykonawca nie wskazał i nie przedstawił żadnych dowodów w piśmie z dnia 22 lipca 2019 r. na to, że pouczył własny personel, jak należy weryfikować informacje własne czy też podawane przez osoby trzecie, jakie należy podjąć działania w przypadku wątpliwości co do rozumienia warunku. Ponadto wykonawca nie wskazał, czy w przypadku innych postępowań, gdzie korzysta z potencjału podmiotów trzecich czy też innych osób zweryfikował lub rozpoczął weryfikację personelu.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego zawarta w odwołaniu w zakresie procedury samooczyszczenia to polemika z wnioskami Zamawiającego. Polemika ta w zasadniczej części sprowadza się do wykazania braku odpowiedniego czasu na wdrożenie niezbędnych działań naprawczych oraz odwołaniu się do dokumentów przygotowanych już po decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Takie stanowisko wykonawcy nie zasługuje na uwzględnienie. Raz jeszcze zaznaczyć należy, że procedura samooczyszczenia wymaga od wykonawcy uświadomienia sobie, że popełnił on błąd, a co więcej procedura ta wymaga podjęcia działań w celu ustalenia co stanowiło źródło owego błędu. Czy zawiodły procedury wewnętrzne, czy ludzie czy jakieś inne okoliczności. W opisie działań Odwołującego w piśmie z dnia 22 lipca 2019 r. żadne z tych elementów nie zostały zawarte. Nie widomo bowiem jakie procedury weryfikacji informacji funkcjonowały u wykonawcy przed złożeniem oferty, nie wiadomo jaki element procedury zawiódł, nie wiadomo również czy jakakolwiek procedura weryfikacji dokumentów była wdrożona czy nie, czy zawiódł czynnik ludzi czy jakieś inne okoliczności. Odwołujący w treści złożonych wyjaśnień wskazuje, że dokonał modyfikacji określonych procedur w firmie. Domyślać się więc można, że w przedsiębiorstwie wykonawcy jakieś procedury funkcjonowały. Nie zostały one przedstawione Zamawiającemu, nie zostało również w żaden sposób wykazane w treści pisma z dnia 22 lipca 2019 r., że były one zastosowane, który element procedury zawiódł i wymaga modyfikacji w związku z powtarzającymi się nieprawidłowościami. Ogólnikowość i gołosłowność twierdzeń wykonawcy powoduje, że nie sposób uznać oświadczenia wykonawcy za wiarygodnie. Co więcej, specyficzna sytuacja Odwołującego wynikając z faktu, iż był już wykluczony poprzednio przez Zamawiającego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp zobowiązywała Odwołującego do wyjaśnienia jakie działania zostały podjęte w przedsiębiorstwie wykonawcy po stycznia 2019 r. mające na celu wyeliminowanie sytuacji związanych z przekazywaniem Zamawiającemu nieprawdziwych informacji. Wykonawca zaś w żaden sposób nie odniósł się do tych okoliczności. Co więcej, jak wynika z niniejszego postępowania poprzednia sytuacja nie doprowadziła do podjęcia jakichkolwiek działań, które pozwoliłby na uniknięcie ryzyka wykluczenia z postępowania. Potwierdza to chociażby okoliczność, iż Odwołujący nie złożył żadnych dokumentów potwierdzających, że podjął działania zmierzające do wyeliminowania ww. ryzyka. Złożone dokumenty wraz z odwołaniem, jak Izba wskazała powyżej, zostały

przygotowane już po powzięciu przez Zamawiającego wątpliwości co do rzetelności informacji przekazanych przez wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

Z kolei w piśmie procesowym z dnia 23 sierpnia 2019 r. Odwołujący powołując się na zasadę proporcjonalności wskazując, że podjęte przez niego działania opisane w piśmie z dnia 22 lipca 2019 r. uznać należy za wystarczające. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Podkreślić bowiem należy, że do pisma z dnia 22 lipca 2019 r. wykonawca nie załączył żadnych dowodów na potwierdzenie podjętych działań. Izba nie może również przyjąć za właściwe stanowisko Odwołującego, że skoro informacje przekazane Zamawiającemu dotyczące Osoby 2 pochodziły od podmiotu trzeciego, to wykonawcę obowiązuje inny miernik staranności (jak zdaje się sugerować Odwołujący niższy) niż przy weryfikowaniu informacji własnych. Takie założenie wykonawcy nie może być zaakceptowane. Wykonawca decydując się na skorzystanie z zasobów podmiotu trzeciego winien wykazać się szczególną starannością w weryfikacji informacji przekazanych przez taki podmiotu. Nie można sprowadzić staranności wykonawcy to roli pośrednika w przekazywaniu informacji otrzymanych od podmiotu trzeciego. Wykonawca decydujący się na zaangażowanie podmiotu zewnętrznego musi podjąć wszelkie możliwe starania do upewnienia się czy rzeczywiście podmiot ten posiada określony zasób. Innymi słowy musi zweryfikować sytuację podmiotu trzeciego co do deklarowanego zasobu, tak aby miał pewność, że składane przez niego oświadczenia w ofercie wynikają z obiektywnie ustalonych faktów. Każdy racjonalny, a przede wszystkim profesjonalny przedsiębiorstwa podejmując decyzję o realizacji zamówienia z podmiotem trzecim, co do którego wykonawca może mieć ograniczoną wiedzę o rzeczywiście posiadanym doświadczeniu czy zasobach winien wykazać się szczególną starannością w procesie weryfikacji deklarowanych przez niego zasobów. W analizowanym stanie faktycznym Odwołujący powołuje się na ograniczone możliwości niezależnej weryfikacji. Nie sprecyzował jednakże jakie konkretnie ograniczenia ma na myśli. Nie są znane Izbie takie ograniczenia. Wystosowanie do podmiotu trzeciego żądania złożenia odpowiednich dokumentów źródłowych na potwierdzenie określonych informacji nie może być uznane za wymaganie nadmierne. Co więcej w piśmie z dnia 22 lipca 2019 r. Odwołujący nie odniósł się w żaden sposób do działań, jakie podjął przed złożeniem oferty mających na celu weryfikację zasobów podmiotu trzeciego. Oświadczenie podmiotu trzeciego złożone wraz z odwołaniem zostało sporządzone po złożeniu oferty przez Odwołującego.

Wskazać również należy, że Izba nie widzi podstaw do zastosowania w analizowanym stanie faktycznym art. 22a ust 6 ustawy Pzp. Nie mamy bowiem do czynienia z oceną spełnienia warunków udziału z postępowaniu czy wykluczaniem podmiotu trzeciego. Rozstrzygnięcie Izby dotyczy ustalenia czy wykonawca dążąc do uzyskania dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert przekazał Zamawiającemu informacje nieprawdziwe. Podmiotem wykluczonym z postępowania był sam Odwołujący, nie zaś podmiot trzeci.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że Zamawiający zasadnie dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 972).

Przewodniczący: .....