Sygn. akt: KIO 1754/19

WYROK

z dnia 26 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

R. Tetzlaff
Przewodniczący

Bartosz Stankiewicz
Członkowie:

Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant:

Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w 9 września 2019 r. przez wykonawców Konsorcjum Firm: 1) AECOM Polska Sp. z o.o. (Lider), 2) R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DIM Pracownia Projektowa Dróg i Mostów R. K. (Partner), ul. Sosnowa 6F, 71-468 Szczecin: z adresem dla siedziby lidera: ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad prowadzący postępowanie: Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice

przy udziale wykonawców Konsorcjum Firm: 1) „Drogowa Trasa Średnicowa" S.A. (Lider Konsorcjum); 2) INKO CONSULTING sp. z o.o. (Partner), ul. Dworcowa 18/6, 43-200 Pszczyna; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu bezzasadnego uznania, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez

Zamawiającego w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem Wykonawcy z postępowania, podczas gdy w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust.1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych oraz zarzutu sporządzenia uzasadnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Wykonawcy z postępowania w sposób lakoniczny i ogólny, nie odnoszący się do poszczególnych przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17) Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania z 29.08. 2019 r. i uznania jego oferty za odrzuconą oraz nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad prowadzący postępowanie: Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017

Katowice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Konsorcjum Firm: 1) AECOM Polska Sp. z o.o. (Lider), 2) R. K. prowadzący

działalność gospodarczą pod firmą DIM Pracownia Projektowa Dróg i Mostów R. K. (Partner), ul. Sosnowa 6F, 71-468 Szczecin: z adresem dla siedziby lidera: ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad prowadzący postępowanie: Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice na rzecz Konsorcjum Firm: 1) AECOM Polska Sp. z o.o. (Lider), 2) R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DIM Pracownia Projektowa Dróg i Mostów R. K. (Partner), ul. Sosnowa 6F, 71-468 Szczecin: z adresem dla siedziby lidera: ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie:

osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 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:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 1754/19

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa drogi ekspresowej S1 (dawniej S69) Bielsko - Biała - Żywiec - Zwardoń, odcinek Przybędza - Milówka (obejście Węgierskiej Górki)", numer referencyjny: O.KA.D-3.2410.67.2018; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14.08.2018 r. pod nr 2018/S 155-356213 przez Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad prowadzący postępowanie: Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 29.08.2019 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o poinformował o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp" Wykonawcy: Konsorcjum Firm: 1) AECOM Polska Sp. z o.o. (Lider), 2) R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DIM Pracownia Projektowa Dróg i Mostów R. K. (Partner), ul. Sosnowa 6F, 71-468 Szczecin: z adresem dla siedziby lidera: ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum AECOM" albo „Odwołującym". Zgodnie z opisem zawartym w pkt 7.2 pkt 3 lit. b) ppkt 13) SIWZ, osoba proponowana do pełnienia funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynieryjnej drogowej, miała legitymować się następującym doświadczeniem: „Minimum 10 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących opracowanie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu

budowalnego na budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o łącznej długości tych dróg lub ulic min. 4 km na stanowisku/stanowiskach;

Głównego Projektanta lub

Projektanta Drogowego lub

Kierownik Zespołu Projektowego lub

doświadczenie przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących sprawdzenie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowalnego na budowę lub przebudowę

dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o łącznej długości tych dróg lub ulic min. 4 km na stano wisku/stano wiskach:

Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej lub
Weryfikatora dokumentacji projektowej robót drogowych

Jako opracowanie lub sprawdzenie dokumentacji projektowej należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Protokołu odbioru dokumentacji projektowej lub równoważnego dokumentu.". W złożonym przez Wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Formularzu 3.4 Wykaz osób, na stanowisko Głównego Weryfikatora dokumentami projektowej specjalności inżynieryjnej drogowej wskazany został p. M. P. z doświadczeniem na stanowisku Projektanta drogowego w okresie do 06.2008 r. do 11.2009 r. przy opracowywaniu dokumentacji projektowej dla zadania „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania". Weryfikując przedmiotową Informację, Zamawiający uzyskał stanowisko Oddziału GDDKIA w Poznaniu, zgodnie z którym p. M. P. nie uczestniczył (nie widniał jako projektant drogowy) przy opracowywaniu dokumentacji projektowej dla wskazanego w Formularzu „Wykaz Osób" zadania. Również przeprowadzona przez Zamawiającego analiza sporządzonej na zlecenie GDDKiA Oddział w Poznaniu dokumentacji projektowej nie potwierdziła faktu uczestniczenia w jej opracowaniu przez p. M. P. W odpowiedzi na wystosowane przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wezwanie do wyjaśnień z 07.06.2019r., Wykonawca pismem z 18.06.2019r. podtrzymał swoje stanowisko w zakresie dot. pełnienia przez ww. osobę funkcji projektanta drogowego na wskazanym w „Wykazie Osób" zadaniu, z zastrzeżeniem, iż jak wyjaśnił Wykonawca: „Formalnie powyższa funkcja nie została zgłoszona do zatwierdzenia przez Zamawiającego, niemniej jednak Pan M. P. brał czynny udział w projektowaniu jako projektant drogowy.". Jak wynika z powyższego, Wykonawca nie tylko zatem nie przedstawił Zamawiającemu żadnych dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska, ale de facto jednoznacznie sam potwierdził, iż wskazana przez niego osoba nie została formalnie zgłoszona Zamawiającemu jako projektant drogowy. Zauważył również, że Oddział GDDKiA w Poznaniu powtórnie zweryfikował wykonaną na rzecz ww. jednostki organizacyjnej dokumentację projektową, tym samym nie potwierdził faktu pełnienia funkcji Projektanta drogowego przez p. M. P., którego nazwisko jak podkreślono w piśmie z 10.07.2019r. nie figuruje na dokumentami projektowej dla ww. zadania. Analiza przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów, oświadczeń, wyjaśnień oraz informacji uzyskanych przez Zamawiającego w wyniku przeprowadzonych czynności weryfikacyjnych, wskazuje na to, Iż Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp za wprowadzenie Zamawiającego w błąd w odniesieniu

do doświadczenia p. M. P. Wykonawca oświadczając w Formularzu „Wykaz Osób", że

wskazana powyżej osoba posiada doświadczenie zgodne z opisem zawartym w pkt 7.2 pkt 3 lit. b) ppkt 13) SIWZ, zdobyte w ramach ww. zadania, przedstawił w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego. Informacje te mają bezpośredni wpływ na wynik postępowania, mają więc istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z

ugruntowanym orzecznictwem KIO wyrok KIO z 18.10.2018 r., sygn. akt: KIO 2010/18 złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (podobnie wyrok o sygn. akt: KIO 734/17, KIO 1004/17, KIO 2003/17), a następstwem złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji jest konieczność wykluczenia go z udziału w postępowaniu w oparciu o obligatoryjne przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp. Analogiczne stanowisko zajęła KIO w wyroku z 08.02.2019r. sygn. akt: KIO 100/19 oraz w wyroku z dnia 07.03.2019 r. KIO 271/19, stwierdzając, iż: „Również w doktrynie przyjmuje się, że podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w ofercie nie można uznać za "błąd" podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.". Potwierdza to również wyrok z 06.06.2019 r., sygn. akt: KIO 929/19, w którym KIO podkreśliła, że zamawiający nie jest uprawniony do wzywania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełniania dokumentów, gdy bezsporna jest okoliczność, że wykonawca podał informację nieodpowiadającą prawdzie, a zatem zaistniała po stronie zamawiającego przesłanka obligująca go do wykluczenia z postępowania tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Bez znaczenia zatem pozostaje fakt, Iż Wykonawca dodatkowo pismem z 02.07.2019r. przedłożył uzupełniony „Wykaz osób” o nowe zadania w zakresie doświadczenia p. M. P. jako osoby skierowanej do pełnienia funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynieryjnej drogowej, wyjaśniając, że: „Przedmiotowe uzupełnienie bezsprzecznie potwierdza, że Pan M. P. spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie posiadania doświadczenia, określonego przez Zamawiającego w Tom I SIWZ (IDW) 7.2 pkt 3 lit. b) ppkt 13).". Jak również bez znaczenia pozostaje kwestia złożonego przez Wykonawcę oświadczenia wskazującego na uczestnictwo p. M. P. w pracach projektowych zespołu drogowego. W związku z powyższym Zamawiający z postępowania wykluczył ww. Wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp, 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. Zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

W dniu 09.09.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum AECOM wniosło odwołanie na czynność z 29.08.2019 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał 09.09.2019 r. (e-mailem). Zarzucił:

1) art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez bezzasadne uznanie, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem Wykonawcy z postępowania, podczas gdy w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp;

2) art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub udzielenia dodatkowych wyjaśnień lub dokumentów, potwierdzających spełnianie przez p. M. P. warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy Zamawiający miał co do tej okoliczności wątpliwości bądź niepełną wiedzę, co skutkowało nieprawidłowym ustaleniem, że Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd;

3) art. 92 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie uzasadnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Wykonawcy z postępowania w sposób lakoniczny i ogólny, nie odnoszący się do poszczególnych przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp. Wnosił:

1. uwzględnienie odwołania złożonego przez Odwołującego w całości;

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu;

3. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Wykonawcy z postępowania i odrzuceniu jego oferty;

4. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Wykonawcy;

5. wyłączenie jawności rozprawy, na podstawie art. 189 ust. 6 Pzp, z uwagi na fakt, iż na rozprawie mogą zostać ujawnione informacje stanowiące tajemnicę chronioną;

6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, poniesionych przez Odwołującego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego według norm

przepisanych, zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

Wniosek o wyłączenie jawności rozprawy. Zgodnie z art. 189 ust. 6 Pzp, Izba, na wniosek strony lub z urzędu, wyłącza jawność rozprawy w całości lub w części, jeżeli przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów inna niż informacja niejawna w rozumieniu przepisów

o ochronie informacji niejawnych._W pierwszej kolejności, Odwołujący wskazał, iż w ramach niniejszego postępowania ujawnione zostaną dane osobowe p. M. P. oraz innych pracowników AECOM Polska Sp. z o.o., które podlegają ochronie na podstawie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) („RODO"). Podkreślił, że RODO wprowadziło do polskiego porządku prawnego zwiększony reżim ochrony danych osobowych. Dane osobowe p. M. P., jak i pozostałych pracowników AECOM Polska Sp. z o.o. podlegają szczególnej ochronie ze strony pracodawcy. Pracodawca bez zgody swoich pracowników nie jest uprawniony do ujawniania ich danych osobowych podmiotom zewnętrznym i powinien dążyć do ochrony tych danych i stosować środki, które uniemożliwią pozyskanie tych danych przez inne osoby. Wskazał za orzecznictwem KIO, dane osobowe stanowią informacje poufne i w konsekwencji dostęp do nich może być zastrzeżony (tak m.in. KIO w wyroku z

dnia 12.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1283/13). W kolejnym wyroku KIO potwierdziła, że dane osobowe personelu wykonawców stanowią dane poufne, które nie powinny podlegać ujawnieniu. Zgodnie z tym wyrokiem, informacje dotyczące m.in. miejsca zamieszkania i numeru ubezpieczenia, a więc dane osobowe kierownictwa wykonawcy winny być objęte ochroną, jako że stanowią wartość gospodarczą, a ponadto stanowią dane poufne (tak: KIO w wyroku z 16.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2089/12). Co więcej, z orzecznictwa KIO wynika również, że dane osobowe dotyczące osób mających wykonywać prace przy realizacji inwestycji mogą także stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa (tak KIO w wyroku z 09.02. 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1864/09). Ponadto, również inne informacje, które zostaną ujawnione na rozprawie także stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy. Informacje te, w tym dowody z dokumentów, stanowią informację organizacyjną oraz inne informacje posiadające wartość gospodarczą, w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („UZNK"). Odwołujący na rozprawie będzie m.ni. opisywał sposób organizacji wewnętrznej pracy w AECOM, informacje na temat tworzenia zespołów projektujących, ich wewnętrznej struktury, pracowników będących ich członkami oraz zasady sporządzania i realizacji projektów budowlanych i wykonawczych branży drogowej. Na rozprawie mogą zostać ujawnione dane osobowe nie tylko p. M. P., ale również innych osób, które biorą i brały wspólnie z nim udział w realizacji różnych zadań z branży drogowej. Dodatkowo, Odwołujący przedstawi również zasady organizacyjne dotyczące sporządzania ofert przetargowych, ich uzupełniania, wyjaśniania, kompletowania personelu i sposobu ustalania jego doświadczenia. Wszystkie powyższe informacje stanowią informację organizacyjną objętą tajemnicą przedsiębiorstwa AECOM. Przez tajemnicę

przedsiębiorstwa, na podstawie art. 11 ust. 2 UZNK, rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Z bogatego orzecznictwa KIO wynika, że w warunkach konkurencji na rynku, oczywistym jest, że wykonawca może chronić dane osób, którymi dysponuje, gdyż jest to jeden z czynników decydujących o pozycji wykonawcy na rynku. Natomiast dane o charakterze organizacyjnym wykonawcy stanowią informacje obejmujące wiadomości przydatne do prowadzenia przedsiębiorstwa, a w szczególności do konkurowania na rynku danych usług (patrz m.in.: KIO w wyroku z 30.07.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1498/10). Podkreślił, iż dane, które zostaną ujawnione na rozprawie, stanowią informacje, które nie są łatwo dostępne dla osób spoza AECOM i co do tych informacji AECOM podejmuje szereg działań mających na celu ich ochronę przed ujawnieniem podmiotom trzecim. Zgodnie z pkt. 1.4. ppkt. e) Regulaminu Pracy AECOM, pracownicy zobowiązani są do zachowania w poufności wszystkich zastrzeżonych informacji AECOM, a w tym informacji dotyczących zagadnień technicznych, technologicznych, biznesowych i organizacyjnych oraz związanych z zatrudnieniem, a więc również informacji dotyczących personelu i współpracowników, ich kwalifikacji oraz doświadczenia. Także w Kodeksie postępowania firmy AECOM wskazano, że aktywami niematerialnymi Spółki są informacje poufne, w tym m. in. oferty, innowacje technologiczne, projekty, informacje finansowe, listy klientów oraz inne informacje generowane przez Spółkę w ramach prowadzonej działalności. Zgodnie z Kodeksem postępowania firmy AECOM zakazane jest również ujawnianie poufnych informacji bez właściwego upoważnienia lub jeśli nie jest to wymagane prawnie. Na

równi z poufnymi informacjami Spółki, traktowane są również poufne informacje pracowników, klientów, partnerów i innych stron trzecich współpracujących ze Spółką. Także osoby, które przygotowywały ofertę oraz dalszą korespondencję, która była składana w trakcie postępowania, zostały zobowiązane do zachowania w poufności informacji wynikających z treści tych dokumentów. W związku z powyższym, co do informacji, które zostaną ujawnione na rozprawie, zachodzą wszystkie, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK, tj. są to informacje organizacyjne oraz inne informacje posiadające wartość gospodarczą, do których dostęp jest ograniczony i co do których AECOM podjął stosowne środki w celu zachowania ich w poufności.

Powyższe, potwierdza również załączona do niniejszego odwołania Umowa nr

2420/1/10/K/2005 z 14.07.2005 r. zawarta z DHV Polska Sp. z o.o., w ramach której AECOM
9

był Podwykonawcą i w realizacji, której udział brał m. in. Pan M. P.. AECOM nie ujawniał danych dotyczących całego personelu biorącego udziału w realizacji zamówienia, a jedynie wskazał koordynatora realizacji umowy. Także korespondencja z Oddziałem GDDKiA w Poznaniu, znajdująca się w aktach postępowania, potwierdza, iż AECOM wskazywał dane osobowe jedynie osób zajmujących stanowiska Głównych Projektantów, a nie całego zespołu biorącego udział w realizacji danego projektu.

Mając na uwadze powyższe, zarówno dane osobowe pracowników, jak i sposób organizacji pracy w AECOM, w tym tworzenia zespołów projektowych i realizacji zadań, informacje o zawartych umowach stanowią informacje podlegające ochronie w rozumieniu art. 189 ust. 6 Pzp, a tym samym uzasadnione jest wyłączenie jawności rozprawy.

Wykonawca w ramach przedmiotowego postępowania złożył ofertę w dniu 18.10.2018 r. Jednym z warunków udziału w postępowaniu wskazanym w pkt 7.2. ppkt 3 b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ"), było m. in. dysponowanie osobą, proponowaną do pełnienia funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynieryjnej drogowej. Zgodnie z SIWZ osoba ta powinna legitymować się doświadczeniem:

„Minimum 10 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących opracowanie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę łub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o łącznej długości tych dróg lub ulic min 4 km na stanowisku/stanowiskach: Głównego Projektanta lub Projektanta Drogowego lub Kierownika Zespołu Projektowego

lub

doświadczenie przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących sprawdzenie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o łącznej długości tych dróg lub ulic min 4 km na stanowisku/stanowiskach: Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej lub Weryfikatora dokumentacji projektowej robót drogowych.

Jako opracowanie dokumentacji projektowej należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Protokołu odbioru dokumentacji projektowej lub równoważnego dokumentu".

Pismem z 19.04.2019 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę, w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp oraz odpowiednio w SIWZ TOM I - IDW pkt 7 i 8, w tym m. in. do złożenia wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez

nie czynności. Zamawiający załączył do tego pisma m. in. wzór formularza wykazu osób.
10

W dniu 06.06.2019 r. Wykonawca złożył ww. dokumenty i oświadczenia, zgodnie z wymogami Zamawiającego. W Wykazie osób na stanowisko Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynieryjnej drogowej Wykonawca wskazał p. M. P. W kolumnie 5 Wykazu osób, zatytułowanej „Opis doświadczenia" (odpowiednio zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ Tom I - IDW pkt. 7.2 ppkt 3b), wskazano: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo) Wschodnia Obwodnica miasta Poznania. Trasa główna o długości 20,14 km.

Doświadczenie na stanowisku Projektanta drogowego obejmowało opracowanie dokumentacji projektowej.

Droga klasy S (dwujezdniowa)

Stanowisko: projektant drogowy
Czas trwania: 06.2008 - 11.2009".

Kolejnym pismem z 20.05.2019 r., Zamawiający wezwał Wykonawcę, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia dokumentów, o których mowa w SIWZ Tom I (IDW) pkt 9.7 ppkt I c) - w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w SIWZ Tom I (IDW) pkt 7.2 ppkt 3 a), tj. wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 5 lat oraz dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie. Przedmiotowe wezwanie nie dotyczyło natomiast wykazu osób i ich doświadczenia. Pismem z 07.06.2019 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę, w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, do wyjaśnienia rozbieżności w zakresie doświadczenia p. M. P., wskazanego do pełnienia funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynieryjnej drogowej, na stanowisku projektanta drogowego obejmującym opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania: „Projekt

Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno- Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia Obwodnica miasta Poznania". W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał, te „z informacji jakie uzyskał z Oddziału GDDKiA w Poznaniu wynika, że Pan M. P. na przedmiotowym zadaniu nie widniał jako projektant drogowy przy opracowywaniu dokumentacji projektowej". W odpowiedzi na ww. wezwanie, Wykonawca, pismem z 18.06.2019 r., przekazał Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia, wskazując, iż Pan M. P. pełnił funkcję projektanta drogowego w ramach zadania pn. „Projekt Budowlany i

Wykonawczy drogi S5 Gniezno- Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia Obwodnica miasta

Poznania". Formalnie powyższa funkcja nie została zgłoszona do zatwierdzenia przez Zamawiającego, niemniej jednak Pan M. P. brał czynny udział w projektowaniu jako projektant drogowy.

Dodatkowo, wobec informacji przekazanych przez Oddział GDDKiA w Poznaniu, o których poinformował Zamawiający pismem z 07.06.2019 r., Wykonawca, z ostrożności, w dniu 02.07.2019 r., przekazał Zamawiającemu także dodatkowe wyjaśnienia i uzupełnienia

dotyczące doświadczenia p. M. P., które potwierdzały, iż Pan M. P. posiadał doświadczenie zgodne z wymogami SIWZ - w pełnieniu funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynieryjnej drogowej w ramach realizacji zamówienia pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy - Bydgoszcz - granica województwa kujawsko - pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 3 części", w zakresie Części 2 polegającej na „Pełnieniu nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Dworzysko" (bez węzła) do węzła „Aleksandrowo" (z węzłem) o długości około 22,4 km". Pan M. P. pełni funkcję Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynieryjnej drogowej na ww. projekcie od dnia 27.11.2015 r. do dnia dzisiejszego. Ponadto, Wykonawca przekazał także Zamawiającemu - Oddział GDDKiA w Poznaniu oświadczenie o uczestnictwie p. M. P. w pracach projektowych dla zadania „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno- Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia Obwodnica miasta Poznania". Oświadczenie to zostało podpisane przez prokurenta oraz Dyrektora Działu Projektowania w AECOM Polska Sp. z o.o. - p. A. Leśniewską - Nowak oraz przez p. M. P. Mimo powyższego, w dniu 29.08.2019 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący 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 publicznego. W uzasadnieniu swojej decyzji, Zamawiający wskazał, że weryfikując informacje o doświadczeniu p. M. P. uzyskał stanowisko Oddziału GDDKiA w Poznaniu, zgodnie z którym Pan M. P. nie uczestniczył (nie widniał jako projektant drogowy) przy opracowywaniu dokumentacji projektowej. Ponadto, zgodnie z treścią pisma Zamawiającego, Oddział GDDKiA w Poznaniu dokonał weryfikacji dokumentacji projektowej, w której nazwisko p. M. P. nie figurowało. Dodatkowo, Zamawiający uznał, że wyjaśnienia Wykonawcy złożone pismem z dnia 18.06.2019 r. de facto jednoznacznie potwierdziły, że osoba wskazana przez Wykonawcę nie została formalnie zgłoszona Zamawiającemu jako projektant drogowy. W związku z powyższym, Zamawiający uznał, że Wykonawca wprowadził go w błąd co do doświadczenia p. M. P..

Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Z związku z powyższym ww. podstawa wykluczenia zachodzi, gdy;

1) wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego;

2) wykonawca przedstawiając informacje działał lekkomyślnie lub w sposób niedbały;

3) informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ww. przesłanki muszą zachodzić kumulatywnie i to Zamawiający, który podejmuje decyzję o wykluczeniu Wykonawcy, powinien je wykazać i udowodnić. W tym zakresie wskazał na wyrok KIO z 27.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2616/17. Odnośnie nie wystarczenia samego zacytowania brzmienia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp przywołał wyroku z 12.05.2017 r., sygn. akt: KIO 741/17. Odnośnie dotkliwości sankcji z tej podstawy prawnej powołał wyrok z 02.08.2018 r., sygn. akt: KIO 1417/18, jak i wyrok KIO z 09.08.2018 r., sygn. akt: 1468/18.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w niniejszej sprawie nie sprostał powyższym wymaganiom, wskazując w piśmie z 29.08.2019 r. na rzekome istnienie przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp, jedynie poprzez powielenie ich treści z przepisu, a nie wskazanie faktów, które miałyby potwierdzać, że przesłanki te zachodzą. Co więcej, z treści pisma Zamawiającego wprost wynika, iż nie wziął on pod uwagę oświadczeń i wyjaśnień Wykonawcy w przedmiotowym zakresie, jak również informacji wynikających z pism Oddziału Zamawiającego w Poznaniu. Całkowicie niezrozumiałe jest przy tym stwierdzenie Zamawiającego, że „bez znaczenia pozostaje kwestia złożonego przez Wykonawcę oświadczenia wskazującego na uczestnictwo Pana M. P. w pracach projektowych zespołu drogowego". Zamawiający nie uzasadnił w żaden sposób, dlaczego pominął przedmiotowe oświadczenie Wykonawcy. Taka postawa Zamawiającego bezpośrednio wskazuje na brak bezstronności w ocenie zgromadzonego materiału, a także na nienależyte zbadanie sprawy. Poniżej Odwołujący odnosi się do każdej z przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp, wykazując brak ich zaistnienia.

Wykonawca nie wprowadził Zamawiającego w błąd - informacje przedstawione przez

Wykonawcę były zgodne z rzeczywistością. Pierwszą z przesłanek, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp, stanowiących podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest wprowadzenie zamawiającego w błąd. W praktyce zachodzi ona, gdy wykonawca przedstawia zamawiającemu informacje nieprawdziwe, niezgodne ze stanem faktycznym. Taka sytuacja nie miała miejsca w niniejszej sprawie. W pierwszej kolejności wskazał, iż w zakresie informacji o doświadczeniu p. M. P. przy zadaniu dotyczącym sporządzania Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego drogi

S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo) Wschodnia Obwodnica miasta Poznania, Wykonawca wskazał:

a) w piśmie z 06.05.2019 r., że [. M. P. pracował na stanowisku projektanta drogowego w okresie od VI 2008 roku do IX 2009 roku, co obejmowało opracowanie projektu budowlanego i protokołu wykonawczego;

b) w piśmie z 18.06.2019 r., że formalnie powyższa funkcja nie została zgłoszona do zatwierdzenia przez zamawiającego, niemniej jednak p. M. P. brał czynny udział w projektowaniu jako projektant drogowy. Powyższe informacje były zgodne ze stanem faktycznym i nie wprowadzały Zamawiającego w błąd. Tymczasem, Zamawiający uznał niezasadnie, że Wykonawca wprowadził go w błąd, z uwagi na to, iż „Pan M. P. na przedmiotowym zadaniu nie widniał jako projektant drogowy przy opracowywaniu dokumentacji projektowej" oraz że „nazwisko Pana M. P. nie figurowało w dokumentacji projektowej.” Takie twierdzenie Zamawiającego pozostaje w sprzeczności z treścią wyjaśnień przekazanych przez Wykonawcę. Podkreślił, iż opracowanie dokumentacji projektowych dla dużych inwestycji drogowych czy kolejowych wymaga zaangażowania dużych zespołów projektowych, w ramach, których udział bierze nawet po kilku projektantów z danej branży. Oznacza to, że przy realizacji umowy na projektowanie dróg biorą udział nie tylko projektanci wskazani w dokumentacji projektowej, wskazani w ofercie czy formalnie zgłoszeni zamawiającemu do zatwierdzenia, lecz szereg innych osób, których nazwisko nie musi być przedstawione w dokumentacji projektowej - tak jak w przypadku p. M. P. Brak formalnego zgłoszenia projektanta zamawiającemu, nie oznacza jednak, iż taki projektant nie bierze udziału w opracowywaniu dokumentacji projektowej. Brak formalnego zgłoszenia nie oznacza ponadto braku możliwości legitymowania się przez projektanta jego doświadczeniem zdobytym podczas realizacji takiego projektu. W związku z powyższym, w

ocenie Odwołującego, Zamawiający wyciągnął nieprawidłowe wnioski z informacji przekazanych przez Oddział GDDKiA w Poznaniu oraz z wyjaśnień Wykonawcy. Sam fakt, że Pan M. P. nie widniał jako projektant drogowy przy opracowaniu dokumentacji projektowej, czy też jego nazwisko nie zostało wpisane do dokumentu, nie oznacza, iż faktycznie nie brał udziału w opracowywaniu tej dokumentacji.

Odnosząc się do stwierdzenia Zamawiającego zawartego w piśmie z 29.08.2019 r., zgodnie z którym wyjaśnienia Wykonawcy złożone pismem z 18.06.2018 r. de facto jednoznacznie potwierdziły, że osoba wskazana przez Wykonawcę nie została forma i nie zgłoszona Zamawiającemu jako projektant drogowy, należy wskazać, że Wykonawca ani w ofercie, ani w żadnym kolejnym piśmie, nie twierdził, że Pan M. P. był formalnie zgłoszony. Z niezrozumiałych zatem powodów, Zamawiający uznał, iż Wykonawca wprowadził

Zamawiającego w błąd co do doświadczenia M. P., w sytuacji, w której informacja o

braku formalnego zgłoszenia M. P. na projekcie wskazanym w wykazie osób została przekazana Zamawiającemu przez samego Wykonawcę w dniu 18.06.2019 r.

Informacje pozyskane następnie przez Zamawiającego z Oddziału GDDKiA w Poznaniu potwierdzają informacje przekazane przez Wykonawcę, że Pan M. P. nie widniał na dokumentacji projektowej - jednakże nie oznacza to - wbrew stanowisku Zamawiającego - iż nie brał udziału w opracowaniu tej dokumentacji. Wszelkie oświadczenia i wyjaśnienia Wykonawcy, składane w postępowaniu, były bowiem zgodne z prawdą. Zamawiający pominął także całkowicie fakt, iż AECOM Polska Sp. z o.o. (uprzednio: Poznańskie Biuro Projektów Dróg i Mostów „Transprojekt Sp. z o.o.") był jedynie podwykonawcą DHV Polska Sp. z o.o. na ww. Projekcie. Wszelkie zgłoszenia osób realizujących umowę były dokonywane zamawiającemu przez DHV Polska Sp. z o.o. AECOM Polska Sp. z o.o. nie miał nawet formalnego obowiązku wynikającego z umowy podwykonawczej zgłoszenia swojego personelu pracującego przy wykonaniu zamówienia do DHV Polska Sp. z o.o., a tym bardziej Zamawiającemu.

Co więcej, jak wynika z pisma Oddziału GDDKiA w Poznaniu z 11.07.2019 r., Kierownik Projektu odpowiedzialny za przygotowanie dokumentacji budowy drogi ekspresowej S-5 nie żyje. Skoro nawet Oddział GDDKiA w Poznaniu, który był Zamawiającym w ramach zadania dotyczącego sporządzenia projektu budowlanego i projektu wykonawczego drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo) Wschodnia Obwodnica miasta Poznania, nie mógł jednoznacznie określić, na czym polegała współpraca p. M. P. w ramach realizacji ww. zadania, to co najmniej budzi zdziwienie fakt, iż Zamawiający w ramach niniejszego postępowania - Oddział GDDKiA w Katowicach, był w stanie jednoznacznie ustalić, że Pan M. P. przy tym zadaniu nie pracował.

Podkreślił, że z utrwalonej linii orzeczniczej KIO wynika, że okoliczności podania informacji nieprawdziwych powinny być wykazane w sposób niebudzący wątpliwości. W niniejszej sprawie Zamawiający nie tylko nie wykazał, iż doszło w sposób niebudzący wątpliwości do podania nieprawdziwych informacji, ale taka sytuacja w ogóle nie miała miejsca. Przytoczył wyrok KIO z 19.11.2013 r., sygn. akt: KIO 2575/13. Mając na uwadze powyższe, przesłanka, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp - wprowadzenie Zamawiającego w błąd i podania nieprawdziwych informacji przez Wykonawcę - nie zaistniała w niniejszej sprawie.

Wykonawca nie działał w sposób lekkomyślny lub niedbały.

Kolejną przesłanką, którą powinien udowodnić Zamawiający, wykluczając Wykonawcę z Postępowania, powinno być wykazanie, że Wykonawca działał w sposób lekkomyślny lub niedbały. Wykazanie tej przesłanki zostało jednak przez Zamawiającego całkowicie pominięte w treści pisma o wykluczeniu. Zamawiający nie wskazał również, którą

z form - lekkomyślność czy niedbalstwo - można przypisać działaniom Odwołującego. Wskazał na wyrok SO w W-wie z 19.07.2012 r., sygn. akt: IV Ca 683/12.

W zaistniałym stanie faktycznym nie można uznać, że działanie Wykonawcy było nacelowane na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do posiadanego doświadczenia przez p. M. P. w celu uzyskania zamówienia. Jak wynika z pisma Wykonawcy z 02.07.2019 r., Pan M. P. posiadał również doświadczenia na innych projektach, które spełniało wymogi SIWZ. Działanie Wykonawcy, polegające na wskazaniu doświadczenia, którego Pan M. P. nie posiada i narażanie się na wykluczenie z postępowania, w sytuacji, gdy

Wykonawca mógł pokazać inne doświadczenie, należałoby uznać za nieracjonalne.

Wskazał, iż sporne w niniejszej sprawie doświadczenie p. M. P., było również przedstawiane przez Wykonawcę w ramach ofert składanych w innych postępowaniach przetargowych prowadzonych przez podmioty publiczne, w tym Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad. Przykładowo, w ofercie złożonej przez AECOM Polska Sp. z o.o. (uprzednio: URS Polska Sp. z o.o.) w ramach postępowania przetargowego na „Pełnienie Nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz Zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa obwodnicy Góry Kalwarii w ciągu drogi krajowej nr 79 długości około 5,1 km oraz w ciągu drogi krajowej nr 50 długości 3,9 km" oraz dostawę sprzętu laboratoryjnego", w Formularzu 3.3. Potencjał Kadrowy - osoby zdolne do wykonania zamówienia, wskazano p. M. P. oraz jego doświadczenie przy zadaniu dotyczącym Projektu budowlanego i Wykonawczego drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo) Wschodnia Obwodnica miasta Poznania na stanowisku Projektanta Drogowego, a więc tożsame doświadczenie, jak w niniejszym postępowaniu. W ramach ww. postępowania, Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, badała Ofertę AECOM

i doświadczenie p. M. P. nie zostało zakwestionowane. Także w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego doświadczenie to nie było kwestionowane.

Mając na uwadze powyższe, skoro nigdy wcześniej żaden z zamawiających publicznych, w tym ten sam Zamawiający (GDDKiA), który prowadzi obecne postępowanie, nie kwestionował doświadczenia p. M. P. przy realizacji zadania dot. Projektu budowlanego i Wykonawczego drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo) Wschodnia Obwodnica miasta Poznania na stanowisku projektanta drogowego, to trudno zarzucać Wykonawcy działanie niedbałe czy lekkomyślne. Wręcz przeciwnie, Wykonawca działał zgodnie z dotychczasową praktyką, wskazując te same informacje, jakie wskazywał we wcześniejszych postępowaniach, niepodważane i niekwestionowane przez Zamawiającego. W związku z tym, działania Wykonawcy nie można kwalifikować jako niedbałego czy lekkomyślnego, zawinionego i mającego na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Skoro w poprzednich postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, Zamawiający uznał, że Wykonawca

spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie zakwestionował tego samego doświadczenia p. M. P., które zostało również pokazane w niniejszym postępowaniu, to Wykonawca ponownie przedstawiając to doświadczenie - działał w przekonaniu, iż zostało ono

wcześniej pozytywnie zweryfikowane przez Zamawiającego. Ponadto, jak wyżej wskazano, Zamawiający w piśmie z 29.08.2019 r. stoi na stanowisku, że wprowadzenie w błąd w niniejszej sprawie, polegało na wskazaniu przez Wykonawcę, że Pan M. P. ma doświadczenie przy sporządzaniu Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo) Wschodnia Obwodnica miasta Poznania Trasa główna o długości 20,14 km, podczas gdy nie był on formalnie zgłoszony, a jego nazwisko nie widnieje na dokumentacji. Z warunków SIWZ nie wynikało jednak, aby osoba proponowana na stanowisko Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynieryjnej drogowej miała być osobą „formalnie zgłoszoną" czy też „podpisującą dokumentację" na wcześniejszych projektach. Jak wynika bowiem z SIWZ, osoba ta jedynie powinna legitymować się doświadczeniem przy realizacji zadań opisanych szczegółowo w pkt 7.2. ppkt 3) lit b) pppkt 13) SIWZ. Z powyżej przytoczonego warunku SIWZ nie wynika w żaden sposób, jak przyjął Zamawiający w piśmie z 29.08.2019 r., aby Zamawiający dla pełnienia funkcji projektanta dla określonego zadania wymagał podpisania się przez daną osobę na dokumentacji projektowej. Zamawiający nie zdefiniował również w SIWZ,

na czym ma polegać „doświadczenie obejmujące opracowanie dokumentacji projektowej", a zatem dopuszczalne jest szerokie rozumienie tego pojęcia. Dla Wykonawcy omawiany warunek oznaczał możliwość wskazania każdej osoby, która posiada uprawnienia budowlane w zakresie projektowania w specjalności drogowej i która przez minimum 10 miesięcy brała udział w realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących opracowanie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o łącznej długości tych dróg lub ulic min 4 km na stanowisku projektanta drogowego.

W związku z powyższym, całkowicie niezrozumiałe jest stanowisko Zamawiającego przedstawione w piśmie z 29.08.2019 r., w którym Zamawiający wskazał, że: „bez znaczenia pozostaje kwestia złożonego oświadczenia wskazującego na uczestnictwo Pana M. P. w pracach projektowych zespołu drogowego", skoro oświadczenie to potwierdzało spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2. ppkt 3) lit b) pppkt 13) SIWZ. W zakresie odmiennego rozumienia postanowień SIWZ wskazał na wyrok KIO z 09.08.2018 r., sygn. akt: KIO 1468/18. W związku z powyższym, skoro z SIWZ nie wynikało, że osoba proponowana na stanowisko Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynieryjnej drogowej miała być osobą „formalnie zgłoszoną" czy też „podpisującą

dokumentację", to Wykonawca nie miał obowiązku tego wykazywać, a tym bardziej
17

Zamawiający nie jest uprawniony wyciągać z tego tak daleko idących wniosków. Wykonawca, składając wykaz osób, dołożył należytej staranności, w oparciu o jednoznaczne postanowienia SIWZ, a twierdzenia Zamawiającego, że Wykonawca działał w sposób lekkomyślny czy niedbały, bo „nazwisko Pana M. P. nie widnieje w dokumentach" jest całkowicie niezrozumiałe, bezpodstawne i niezgodne z wymogami określonymi w SIWZ. Tym samym, Wykonawcy nie można przypisać działania niedbałego lub lekkomyślnego, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp.

Informacje przekazane przez Wykonawcę nie miałyby wpływu na decyzję

Zamawiającego. Ostatnią przesłanką z art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp, której wykazania Zamawiający zaniechał w piśmie z 29.08.2019 r., jest kwestia, czy rzekome nieprawdziwe informacje przekazane przez Wykonawcę mogły mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego. Założeniem ww. przepisu jest wyeliminowanie przypadków, kiedy działania wykonawcy mają na celu podejmowanie decyzji przez zamawiającego, w sytuacji nieposiadania wszystkich informacji, w szczególności w stosunku do tego wykonawcy. W przedmiotowej sprawie taką decyzją mógłby być wybór oferty Wykonawcy lub wykluczenie Wykonawcy w sytuacji, gdyby okazało się, że Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp. Wskazał, iż zgodnie z wymogami SIWZ, jednym z warunków udziału w niniejszym postępowaniu było dysponowanie osobą posiadającą doświadczenie opisane szczegółowo w pkt 7.2. ppkt 3) lit b) pppkt 13) SIWZ. Z niebudzących wątpliwości dokumentów złożonych przez Wykonawcę w trakcie postępowania, w tym z pisma z 02.07.2019 r., wynika, iż Pan M. P. posiada doświadczenie wymagane w pkt 7.2. ppkt 3) lit b) pppkt 13) SIWZ. Pan M. P. poza stanowiskiem projektanta drogowego przy realizacji zadania dotyczącego Projektu budowlanego i Wykonawczego drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo) Wschodnia Obwodnica miasta Poznania, pełni również od 27 listopada 2015 roku do dnia dzisiejszego funkcję Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynieryjnej drogowej w ramach realizacji zamówienia pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy - Bydgoszcz - granica województwa kujawsko - pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 3 części", w zakresie Części 2 polegającej na „Pełnieniu nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Dworzysko" (bez węzła) do węzła „Aleksandrowo" (z węzłem) o długości około 22,4 km".

Powyższe potwierdza, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 7.2. ppkt 3) lit b) pppkt 13) SIWZ. A zatem nawet gdyby uznać - jak

próbuje to wykazać Zamawiający - że Pan M. P. nie był formalnie zgłoszony do wykonywania zadania dotyczącego Projektu budowlanego i Wykonawczego drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo) Wschodnia Obwodnica miasta Poznania, to jednak posiada również inne doświadczenie - znane Zamawiającemu - dla pełnienia funkcji głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynieryjnej drogowej zgodnie z wymogami SIWZ. Tym samym, rzekome nieprawdziwe informacje przekazane a przez Wykonawcę

dotyczące doświadczenia p. M. P. pokazanego w wykazie osób, nie mogłyby

wpłynąć na decyzję Zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Art. 26 Pzp jest przepisem dającym zamawiającemu szereg uprawnień w celu weryfikacji prawidłowości, zgodności z prawem oraz prawdziwości dokumentów i oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu. Przed podjęciem ostatecznej decyzji zamawiający powinien mieć bowiem całkowitą pewność co do tego, czy zaistniały przesłanki uzasadniające wykluczenie któregokolwiek z ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców bądź odrzucenie jego oferty. W niniejszej sprawie Zamawiający w stosunku do Odwołującego skorzystał z tej możliwości trzykrotnie - w dniu 19.04.2019 r. wzywając Wykonawcę, w trybie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających m. in. okoliczności, o których mowa w pkt 7 SIWZ, w dniu 20.05.2019 r. wzywając Wykonawcę, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia dokumentów, o których mowa w pkt 9.7 ppkt I c) SIWZ w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w pkt 7.2 ppkt 3 a) SIWZ (wykazu usług) oraz w dniu 07.06.2019 r. wzywając Wykonawcę, w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, do wyjaśnienia rozbieżności w zakresie doświadczenia p. M. P., wskazanego do pełnienia funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynieryjnej drogowej. Co istotne, Zamawiający skorzystał z trybu art. 26 ust. 3 Pzp jedynie w zakresie informacji dotyczących wykazu usług.

Natomiast w zakresie informacji dotyczących wykazu osób i ich doświadczenia, Zamawiający nie skorzystał z wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z ww. przepisem, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub

innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Z powyższego wynika, iż zamawiający jest zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do

udzielenia wyjaśnień w zakresie oświadczeń lub dokumentów, które zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości. Wezwanie to nie jest prawem zamawiającego, tylko jego obowiązkiem, którego nie może pominąć. W niniejszej sprawie, bezsprzecznym jest, że informacje przekazane przez GDDKiA Oddział w Poznaniu spowodowały u Zamawiającego wątpliwości, co do doświadczenia p. M. P.. Mimo tego, Zamawiający zaniechał skorzystania z art. 26 ust. 3 Pzp i nie wezwał Wykonawcy do uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w zakresie oświadczenia o doświadczeniu p. M. P., czym naruszył ten przepis. W praktyce wykonawcy,

niejako uprzedzając wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, samodzielnie uzupełniają dokumenty lub oświadczenia. Wskazał w tym zakresie na wyrok KIO z 15.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1169/11oraz na wyrok KIO z 04.08.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1551/10. W związku z powyższym, Wykonawca w celu wyjaśnienia wszelkich wątpliwości, skorzystał z tego uprawnienia i pismem z 02.07.2019 r. przekazał samodzielnie, bez wezwania, dodatkowe wyjaśnienia i uzupełnienia dotyczące doświadczenia p. M. P., które potwierdzały, iż Pan M. P. posiadał również inne doświadczenie, zgodne z wymogami SIWZ. Mimo tego Zamawiający bezpodstawnie nie uwzględnił tych wyjaśnień, wskazując w piśmie z 29.08.2019 r., że: „bez znaczenia pozostaje fakt, że Wykonawca dodatkowo pismem nr 4787-2437/839/2019 z dnia 2 lipca 2019 roku przedłożył uzupełniony „Wykaz osób" o nowe zadania w zakresie doświadczenia Pana M. P.". Dalszych samodzielnych wyjaśnień swoich wątpliwości Zamawiający również zaniechał. Natomiast w sytuacji, gdy Zamawiający uznał wyjaśnienia z 18.06.2019 r. za niewystarczające lub niepotwierdzające spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dochowując należytej staranności, powinien wezwać Wykonawcę, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do dalszych wyjaśnień i przedstawienia stosownych dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska. Wówczas byłby w stanie w sposób jednoznaczny wyjaśnić zaistniałą sytuację. Ponadto, jeżeli wyjaśnienia Wykonawcy zawarte w piśmie z dnia 18.06.2019 r., iż „formalnie Pan M. P. nie był zgłoszony do Zamawiającego" były niewystarczające, Zamawiający mógł wezwać Wykonawcę ponownie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Wskazał na wyrok KIO z 24.02.2012 r., sygn. akt: KIO 281/12. W wyniku zaniechania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 lub ponownego wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, Zamawiający poprzestał na niepełnych informacjach i podjął decyzję o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania, wskazując, że nie przedstawił on Zamawiającemu żadnych dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska. Tymczasem Wykonawca nie miał obowiązku do wskazania takich dowodów, skoro Zamawiający go do tego nie wezwał, wzywając w piśmie z 07.06.2019 r. jedynie do wyjaśnienia rozbieżności dotyczących doświadczenia p. M. P.. Pozostawienie tych kwestii niewyjaśnionych przez Zamawiającego stanowi w związku z tym naruszenie art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4

Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Trudno nie uznać, że Zamawiający z góry założył nieprawdziwość podanych przez Wykonawcę informacji, zamiast dążyć do ich wyjaśnienia i rozstrzygnięcia kwestii spornych, co jest przykładem rażącego naruszenia zasady przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający uznał jednostronnie, że podane przez Wykonawcę informacje są nieprawdziwe, mimo że z jednej strony posiadał oświadczenie Wykonawcy, z drugiej strony informacje z Oddziału GDDKiA w Poznaniu, których treść nie była sprzeczna z oświadczeniem Wykonawcy. Co więcej, z pism przekazywanych przez Oddział GDDKiA wynikało, iż nie jest w stanie jednoznacznie określić, jaki był udział p. M. P. w wykonywaniu Projektu budowlanego i Wykonawczego drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo) Wschodnia Obwodnica miasta Poznania. W związku z tym, Zamawiający w zaistniałym stanie faktycznym powinien zastosować art. 26 ust. 3 Pzp lub ponownie art. 26 ust. 4 Pzp i wezwać Wykonawcę do uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń, skoro zachodziły co do nich wątpliwości i brak było jednoznacznych ustaleń.

Jak już wskazano powyżej i co wynika z ugruntowanej linii orzeczniczej KIO, przepis art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp może mieć zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy niezgodność

oświadczeń wykonawcy ze stanem rzeczywistym jest jednoznaczna, co nie miało miejsca w niniejszej sprawie. Przytoczył w tym zakresie m.in. wyrok KIO z 09.03.2017 r., sygn. akt: KIO 345/17. Tymczasem w niniejszej sprawie Zamawiający skierował do Wykonawcy jedynie pismo z 07.06.2019 r., w którym Zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 Pzp wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia rozbieżności w zakresie doświadczenia p. M. P., wskazanego do pełnienia funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynieryjnej drogowej, na stanowisku projektanta drogowego obejmującym opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno- Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia Obwodnica miasta Poznania". Zgodnie z prośbą Wykonawca udzielił Zamawiającemu odpowiedzi pismem z 18.06.2019 r., wskazując, zgodnie z prawdą, że Pan M. P. brał czynny udział w projektowaniu przedmiotowej dokumentacji jako projektant drogowy. Fakt, że nie był on formalnie zgłoszony, nie przeczył powyższemu.

Jeżeli, po złożeniu przez Wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, Zamawiający miał dalej wątpliwości co do doświadczenia p. M. P., to powinien zastosować art. 26 ust. 3 Pzp lub ponownie art. 26 ust. 4 Pzp, czego zaniechał i tym samym naruszył te przepisy. W tym zakresie przywołał wyrok KIO z 28.02.2013 r., sygn. akt: KIO 353/13. W niniejszej sprawie Zamawiający w ogóle nie zastosował art. 26 ust. 3 Pzp w celu wyjaśnienia wątpliwości co do doświadczenia p. M. P., jak i nie wezwał do dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, co skutkowało bezpodstawnym wykluczeniem Wykonawcy z postępowania.

Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający przekazuje informacje o wykonawcach wykluczonych z postępowania. Natomiast zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zasada przejrzystości, uregulowana w ww. przepisie oznacza, że zamawiający jest zobowiązany do podejmowania czynności w sposób jasny, uzasadniony oraz że istnieją środki do weryfikacji prawidłowości podejmowanych przez zamawiającego czynności. Przejawami zasady przejrzystości są także transparentne dokumentowanie postępowania i określenie w dokumentacji postępowania jednakowych sposobów postępowania zamawiającego z ofertami wykonawców, a także informowanie o czynnościach podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. Za przejaw przejrzystości należy także uznać stosowanie tych samych wzorców przy badaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu czy ocenie ofert. Pismo Zamawiającego z 29.08.2019 r. skierowane do Odwołującego, w którym Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp, wymogów tych nie spełnia. Poinformowanie przez Zamawiającego o jego decyzji poprzez przekazanie lakonicznego uzasadnienia i powielenie treści art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp, należy uznać za niewystarczające. Przywołał wyrok KIO z 16.11.2018 r., sygn. akt: KIO 2224/18. Jest to o tyle istotne, że to właśnie treść zawiadomienia i jego podstawy, mają bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia Wykonawcy realizacji jego praw w postępowaniu, a także warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie. Wykonawca wskazał, że Zamawiający nie sprostał obowiązkowi przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego dla wykluczenia Wykonawcy z postępowania, w tym zwłaszcza Zamawiający:

a) nie wyjaśnił dlaczego nie wziął pod uwagę oświadczeń i wyjaśnień Wykonawcy w zakresie doświadczenia p. M. P. przy sporządzaniu Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo) Wschodnia Obwodnica miasta Poznania;

b) nie uwzględnił faktu, że p. M. P. był członkiem większego zespołu projektowego;

c) nie uwzględnił faktu, że AECOM Polska Sp. z o.o. (uprzednio: Poznańskie Biuro Projektów Dróg i Mostów „Transprojekt Sp. z o.o.) był jedynie podwykonawcą DHV Polska Sp. z o.o. na ww. Projekcie i nie miał formalnego obowiązku zgłoszenia swojego personelu pracującego przy wykonaniu tego zamówienia; to DHV Polska Sp. z o.o. odpowiadał za kontakty z zamawiającym i AECOM nie miał wpływu na to, jakie informacje są przekazywane do Oddziału GDDKiA W Poznaniu;

d) nie wyjaśnił czy działania Wykonawcy miały postać lekkomyślności czy niedbalstwa;

e) z góry założył, że informacje przekazane przez Wykonawcę są nieprawdziwe, bez wystarczającej weryfikacji tego faktu;

f) oparł się jedynie na informacji z Oddziału GDDKiA w Poznaniu, zgodnie z którą Pan M. P. na ww. zadaniu nie widniał jako projektant drogowy przy opracowywaniu dokumentacji projektowej, czego Wykonawca nigdy nie podważał;

g) nie wyjaśnił, dlaczego nie uwzględnił dodatkowych wyjaśnień Wykonawcy zawartych w piśmie z 02.07.2019 r., które potwierdzały, że Pan M. P. posiada doświadczenie wymagane w SIWZ. Uzasadnienie decyzji Zamawiającego jest nie tylko ogólnikowe i lakoniczne, ale zawiera a również szereg nieścisłości i stwierdzenia rozmijające się z prawdą. Przykładowo, Zamawiający na 2 str. pisma z 29.08.2019 r., wskazał, że decyzję o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania podjął w oparciu o „analizę przedłożonych przez

Wykonawcę dokumentów/ oświadczeń, wyjaśnień oraz informacji uzyskanych w wyniku czynności weryfikacyjnych". Powyższe stwierdzenie, oprócz tego, że nie zawiera uzasadnienia i wniosków z przeprowadzonej analizy, to również stoi w sprzeczności z oświadczeniem Zamawiającego zawartym na kolejnej stronie ww. pisma, gdzie Zamawiający stwierdza, że „bez znaczenia pozostaje kwestia złożonego przez Wykonawcę

oświadczenia wskazującego na uczestnictwo Pana M. P. w pracach projektowych zespołu

drogowego". Zamawiający wskazał także, że nie wziął pod uwagę wyjaśnień i uzupełnień Wykonawcy z 02.07.2019 r. W związku z tym, niezrozumiałe jest twierdzenie na 2 stronie pisma Zamawiającego, że dokonał analizy dokumentów przedłożonych przez Wykonawcę, skoro „nie miały one znaczenia" dla Zamawiającego. Ponadto, Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji zarzucił Wykonawcy, że nie przedłożył on żadnych dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska, podczas gdy Wykonawca w danych okolicznościach nie był

ani przez Pzp ani przez samego Zamawiającego do tego zobowiązany - Zamawiający nie zastosował wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a tylko ten przepis stanowi podstawę do złożenia dodatkowych dowodów, poza oświadczeniem zawartym w Wykazie osób. Jak wskazano wyżej, w sytuacji, gdy Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień z 18.06.2019 r. nadal miał wątpliwości co do tego, czy Wykonawca potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub też powziął wątpliwości czy Wykonawca na pewno rozumie warunek w ten sam sposób co on, mógł, a nawet miał obowiązek zwrócenia się do Wykonawcy, w trybie art. 26 ust. ust. 3 lub ponownie w trybie art. 26 ust. 4 Pzp o przedstawienie

stosownych wyjaśnień, oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do jednoznacznego wyjaśnienia okoliczności dotyczących doświadczenia p. M. P.. Zamawiający nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku, w uzasadnieniu jednak to Wykonawcy zarzucił brak udowodnienia swojego stanowiska. Przywołał w tym zakresie wyrok KIO z 19.11.2018 r., sygn. akt: KIO 2256/18. Nieuprawnionym działaniem Zamawiającego w zakresie

uzasadnienia jego decyzji o wykluczeniu, jest także wskazanie, że „Wykonawca de facto sam potwierdził, iż wskazana przez niego osoba nie została formalnie zgłoszona Zamawiającemu jako projektant drogowy". Zdaniem Wykonawcy, Zamawiający w ten sposób chciał zarzucić Wykonawcy, że w zasadzie sam Wykonawca przyznał, że p. M. P. nie był wpisany jako personel przy przedmiotowym zamówienia - jednak taka była prawda. W innym wypadku należałoby uznać, że Zamawiający oczekiwałby przedstawienia informacji niezgodnej ze stanem faktycznym. Jest to bezsprzeczne wypaczenie znaczenia treści złożonego przez Wykonawcę oświadczenia. Ponadto, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania, dokonał także nadinterpretacji treści pisma, które zostało mu przekazane przez Oddział GDDKiA w Poznaniu w dniu 10.07.2019 r. Zgodnie z treścią tego pisma, „nazwisko Pana M. P. w dokumentacji projektowej dla omawianego zadania nie występuje". Zamawiający zaś, w piśmie z 29.08.2019 r. stwierdził, że „uzyskał stanowisko Oddziału GDDKiA w Poznaniu, zgodnie z którym Pan M. P. nie uczestniczył (nie widniał jako projektant drogowy) przy opracowywaniu dokumentacji projektowej dla wskazanego w Formularzu „Wykaz osób" zadania". Jest to zbyt daleko idąca interpretacja, bowiem z faktu, że „nazwisko z dokumentacji nie występuje" nie można wprost wywodzić wniosku, że „Pan M. P. nie uczestniczył w wykonaniu dokumentacji". Zamawiający na podstawie wyżej wymienionego, nieprawidłowo wyciągniętego wniosku, uznał, że Pan M. P. nie brał udziału w projektowaniu przedmiotowej dokumentacji projektowej, a tym samym, że Wykonawca prowadził go w błąd, podczas gdy pismo Oddziału GDDKiA wskazuje jedynie na brak nazwiska p. M. P. w dokumentacji projektowej.

Takie postępowanie musi budzić dezaprobatę nie tylko na płaszczyźnie niespełniającego wymogów art. 92 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, ogólnikowego czy lakonicznego uzasadnienia podjętych czynności wykluczenia Wykonawcy z Postępowania, ale także na płaszczyźnie pozbawienia Wykonawcy możliwości oceny poprawności prowadzonych działań i ewentualnego ich rzeczowego zakwestionowania przez wniesienie odwołania. Takie działanie z pewnością uchybia regułom przejrzystości, rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający jako gospodarz postępowania, wśród wielu obowiązków, jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego,

tak aby wykonawca, gdy oceny takiej nie podziela - mógł ustosunkować się w pełni do wskazanych przez Zamawiającego okoliczności, wnosząc odwołanie (tak KIO w wyroku z 18.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1858/17). Tylko prawidłowe wykonanie przez Zamawiającego 24

obowiązku wskazania prawidłowej podstawy prawnej i jednoczesnego podania pełnego uzasadnienia faktycznego, gwarantuje realizację zasady jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także świadczy o rzetelnej czynności badania i oceny ofert (tak KIO w wyroku z 18.04.2019 r., sygn. akt: KIO 589/19). Przywołał także wyrok KIO z 02.09.2019 r., sygn. akt: KIO 1794/15. Podobnie wymagane jest podanie szczegółowego uzasadnienia w przypadku dokonania czynności wykluczenia wykonawcy. Na doniosłość instytucji uzasadnienia czynności odrzucenia oferty oraz wykluczenia wykonawcy z postępowania zwrócił także uwagę Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie 0406/08 Uniplex (UK) Ltd przeciwko NHS Business Services Authority. Wobec powyższego przekazanie przez Zamawiającego uzasadnienia czynności wykluczenia Wykonawcy z postępowania, jedynie poprzez powielenie treści przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp, bez wskazania na jakich dokumentach, oświadczeniach i wyjaśnieniach oparł swoją decyzję, zarzucenie braku działania Wykonawcy, do którego Wykonawca nie został zobowiązany, a także wysuwanie nielogicznych wniosków z posiadanych informacji, w sposób bezpośredni narusza prawo Wykonawcy do uzyskania jednoznacznej i wyczerpującej informacji o faktycznych podstawach decyzji Zamawiającego i jest sprzeczne z zasadą przejrzystości, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

W niniejszym odwołaniu Odwołujący wykazał, iż nie zachodziły w stosunku do niego przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp, uprawniające Zamawiającego do wykluczenia Wykonawcy z Postępowania. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, zawartym w piśmie z 29.08.2019 r., Zamawiający nie podjął wystarczających czynności do wyjaśnienia wszystkich okoliczności w sprawie oraz nie wykazał w sposób jednoznaczny ziszczenia się tych przesłanek. Swoją sprzeczną z przepisami decyzję Zamawiający podjął jedynie w oparciu o wybrane dokumenty i okoliczności, nie uwzględniając stanowiska prezentowanego przez Wykonawcę oraz pozostawiając wątpliwe kwestie bez dostatecznego wyjaśnienia. Tym samym Zamawiający nie potwierdził w sposób jednoznaczny, niebudzący wątpliwości, że informacje podane przez Wykonawcę są niezgodne z rzeczywistością, przez co wprowadzają Zamawiającego w błąd. Nie wykazał także, że Wykonawca przekazał informacje wskazane w wykazie osób w sposób zawiniony, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa oraz że mogłyby mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Z analizy pisma Zamawiającego z 29.08.2019 r. wynika, że Zamawiający uznał, że Wykonawca wprowadził go w błąd, bo (i) Pan M. P. nie był formalnie zgłoszony do realizacji zadania polegającego na wykonaniu Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo) Wschodnia Obwodnica

miasta Poznania oraz (ii) nazwisko p. M. P. nie widniało na dokumentach projektowych. Jednakże Wykonawca takich informacji nie przekazywał Zamawiającemu, więc nie mógł co do nich wprowadzić Zamawiającego w błąd - wręcz przeciwnie, w piśmie z 18.06.2019 r. potwierdził informacje posiadane przez Zamawiającego, o tym, że Pan M. P. nie był formalnie zgłoszony do realizacji zadania polegającego na wykonaniu Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego drogi S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo) Wschodnia Obwodnica miasta Poznania, jakkolwiek brał udział w opracowaniu tej

dokumentacji. Wskazał, że Zamawiający zaniechał również, dodatkowych wezwań na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp lub art. 26 ust. 4 Pzp w celu wyjaśnienia wątpliwości co do doświadczenia p. M. P., co skutkowało bezpodstawnym wykluczeniem Wykonawcy z postępowania.

Zamawiający w dniu 11.09.2019 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 16.09.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Konsorcjum Firm: 1) „Drogowa Trasa Średnicowa” S.A. (Lider Konsorcjum); 2) INKO CONSULTING sp. z o.o. (Partner), ul. Dworcowa 18/6, 43-200 Pszczyna; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice zwane dalej: „Konsorcjum DTS" albo „Przystępującym" zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 23.09.2019 r. (e-mailem) Konsorcjum DTS złożyło pismo procesowe

Przystępującego wnosząc o oddalanie odwołania i wniosku o wyłączenie jawności rozprawy. Zgodnie z pkt. 7.3.b) SIWZ, wykonawcy mieli wykazać się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej przez wskazanie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się doświadczeniem i wykształceniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. W ramach osoby proponowanej do pełnienia funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynieryjnej drogowej, wykonawcy mieli wykazać się dysponowaniem co najmniej jednej osoby, posiadającej minimum 10 miesięcy doświadczenia zawodowego przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących opracowanie dokumentacji projektowej, składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o łącznej długości tych dróg lub ulic min. 4 km na stanowiskach:

Głównego Projektanta lub Projektanta Drogowego lub Kierownika Zespołu Projektowego lub

doświadczenie przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących sprawdzenie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej, o łącznej długości tych dróg |ub ulic min. 4 km na stanowi skach Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej lub Weryfikatora dokumentacji projektowej robót drogowych. Z powyższego wynika więc wprost, że aby spełnić warunek udziału w postępowaniu, Odwołujący był zobowiązany wykazać, że osoba, która będzie realizowała zamówienie musiała wykazać się zarówno odpowiednim doświadczeniem, jak i zajmowaniem jednego z ww. stanowisk. W treści formularza 3.4, w pkt. 13 Wykazu osób, Odwołujący wskazał do pełnienia funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynieryjnej p. M. P. i oświadczył, że zdobył on „doświadczenie na stanowisku Projektanta drogowego", które obejmowało opracowanie dokumentacji projektowej dla „Projektu Budowlanego i Wykonawczego drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia Obwodnica miasta Poznania. Trasa główna o długości 20,14 km". Odwołujący oświadczył więc, że p. M. P. zajmował stanowisko projektanta, co jest nieprawdą w świetle poczynionych przez Zamawiającego ustaleń, Pan P. nie figurował w spisie osób powołanych do zespołu projektowego ani nie podpisywał dokumentacji projektowej („Projekt zagospodarowania terenu", gdzie widnieją nazwiska p. K. R. i p. A T.). Odwołujący dysponuje jedynie oświadczeniem własnym z dnia 11.07.2019 r., w którym potwierdza uczestnictwo p. M. P. w pracach projektowych zespołu drogowego (a więc już nie doświadczeniem na stanowisku Projektanta drogowego, które obejmowało opracowanie dokumentacji projektowej). Odwołujący jest profesjonalistą i wedle tej miary należy badać jego należytą staranność w przygotowaniu oferty i składanych w niej oświadczeniach. Przede wszystkim nie budzi wątpliwości na czym polega „zajmowanie stanowiska", czy też „pełnienie funkcji". Wiąże się to ze zgłoszeniem takiej osoby zamawiającemu, ale przede wszystkim z ponoszeniem określonej

odpowiedzialności za dany projekt. Tylko taka osoba, a nie członek zespołu projektowego, ponosi odpowiedzialność zawodową, zgodnie z art. 95 i nast. prawa budowlanego. Nie można więc zrównywać doświadczenia nabywanego przez osobę z zespołu projektowego do doświadczenia projektanta, który składa podpis i ponosi odpowiedzialność zawodową za przygotowany projekt. Rozróżnienie osób „zajmujących stanowisko" i „biorących udział w pracach zespołu", nie budzi wątpliwości w orzecznictwie Izby. Odnosząc się do wymogu Zamawiającego, aby wykonawca wykazał się posiadaniem doświadczenia zawodowego polegającego na pełnieniu określonej funkcji przywołał wyrok KIO z 23.10.2014 r., sygn. akt: KIO 2080/14. Stwierdził, że tak jak we wskazanym wyrokujest również i w tej sprawie, gdzie

Zamawiający wymagał, aby osoby wskazane w Wykazie osób legitymowały się „doświadczeniem na stanowisku", co trzeba wyraźnie odróżnić od „pracy w ramach zespołu".

Dodatkowo przywołał wyrok KIO z 20.07.2018 r., KIO 1303/18 i nast. Nie ma więc znaczenia, czy p. P. faktycznie brał udział w pracach projektowych w danym projekcie (choć z dokumentacji udostępnionej przez Zamawiającego wynika, że nie), skoro nic zajmował stanowiska określonego w warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący co prawda nie zna okoliczności faktycznych i prawnych odwołania ze względu na ich utajnienie, niemniej jednak z samej treści wniosku o wyłączenie jawności rozprawy wynika, że kluczowa argumentacja Odwołującego będzie opierać się na wykazania faktu uczestnictwa p. P. w pracach zespołu projektowego: „Odwołujący na rozprawie będzie m. in. opisywał sposób organizacji wewnętrznej pracy w AECOM, informacje na temat tworzenia zespołów projektujących, ich wewnętrznej struktury, pracowników będących ich członkami oraz zasady sporządzania i realizacji projektów budowlanych i wykonawczych branży drogowej. Na rozprawie mogą zostać ujawnione dane osobowe nie tylko pana M. P., ale również innych osób, które biorą i brały wspólnie z nim udział w realizacji różnych zadań z branży drogowej. Dodatkowo, Odwołujący przedstawi również zasady organizacyjne dotyczące sporządzania ofert przetargowych, ich uzupełniania, wyjaśniania, kompletowania personelu i sposobu ustalania jego doświadczenia".

Jak wynika z przedstawionej wyżej argumentacji, informacje te są bez znaczenia

prawnego dla tej sprawy i nie stanowią faktów, z których Odwołujący może wywodzić w tym postępowaniu skutki prawne. Należy przypomnieć, że Odwołujący został wykluczony z postępowania ze względu na fakt, że p. M. P. nie zajmował wymaganego przez Zamawiającego stanowiska, a nie ze względu na uczestnictwo (lub brak uczestnictwa) w zespole projektowym, przy opracowywaniu dokumentacji projektowej dla wskazanego w Formularzu „Wykaz osób" zadania. Dlatego bez znaczenia dla sprawy jest opisywanie przez Odwołującego sposobu organizacji wewnętrznej pracy w AECOM, informacje nt. tworzenia zespołów projektujących, ich wewnętrznej struktury, pracowników będących ich członkami oraz zasady sporządzania i realizacji projektów budowlanych i wykonawczych branży drogowej. Bez znaczenia, w świetle tej sprawy, jest prezentowanie zasad organizacyjnych dot. sporządzania ofert przetargowych, ich uzupełniania, wyjaśniania, kompletowania personelu i sposobu ustalania jego doświadczenia, panujących w AECOM, Izba powinna pominąć te okoliczności jako niemające znaczenia dla sprawy. Powołując się na te okoliczności Odwołujący nie potwierdził, że p. M. P. zajmował którekolwiek z

wymienionych w warunku udziału w postępowaniu stanowisk, co było niezbędne dla wykazania jego spełnienia.

Dowodzenie w przedmiocie procedury ofertowania panującej u Odwołującego jest również bez znaczenia z punktu widzenia możliwości dokonania samooczyszczenia, o czym stanowi art. 24 ust. 8 Pzp. Procedura ofertowania w AECOM jest nieskuteczna, skoro w jej ramach Odwołujący zawarł w ofercie informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd i nie byt w stanie ich zweryfikować - podjęte przez niego środki są więc niewystarczające do wykazania jego rzetelności. Okoliczności te są więc bez znaczenia z punktu widzenia art. 190 ust. 1 Pzp, ponieważ w tym postępowaniu odwoławczym nie wywołują one żadnych skutków prawnych. Jednocześnie z powyższego wynika, że z powodu swego niedbałego działania Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd, przez co słusznie został wykluczony z postępowania. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jak wskazał SO w W-wie, XXIII w wyroku z 20.07.2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 849/18, orzekając na tle przesłanek tego przepisu „(...) nie ma znaczenia to, czy Zamawiający został skutecznie wprowadzany w błąd, na skutek czego podjął jakiekolwiek decyzje, czy wykonał jakiekolwiek czynności. Takie stanowisko znajduje uzasadnienie nie tylko w zaprezentowanej wykładni gramatycznej i celowościowej, ale jest również zgodne z teorią racjonalnego ustawodawcy. Gdyby bowiem wola ustawodawcy była inna, dałby temu wyraz w brzmieniu przepisu, jak uczynił to choćby w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. (...). Omawiana podstawa prawna posługuje się zaś pojęciem nieostrym, niedookreślonym (okoliczności mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia), co per se oznacza, że zakres stosowania tego przepisu jest bardzo szeroki. (...) dla spełnienia tej przesłanki wystarczająca jest sama możliwość wywierania wpływu na zachowanie Zamawiającego. A contrario: Zamawiający nie musiał faktycznie dokonać na podstawie tych informacji żadnej czynności", Odwołujący doskonale zdaje sobie przy tym sprawę z faktycznego doświadczenia p. M. P., co znajduje potwierdzenie w treści

wniosku o wyłączenie jawności rozprawy, co tylko potwierdza okoliczność wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Skoro Odwołujący chce wykazywać okoliczności w

zakresie organizacji pracy zespołu projektowego i zasad sporządzania projektów, to znaczy, że p. M. P. wymaganego doświadczenia nie posiada. Gdyby było inaczej, Odwołujący poprzestałby na wskazaniu, że zajmował on określone stanowisko, dzięki czemu wykonawca spełniłby warunki udziału w postępowaniu. Tym samym, decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania była słuszna i zgodna z prawem.

Wniosek o wyłączenie jawności rozprawy. Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla

stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przywołany przepis wyraża panującą również w postępowaniu odwoławczym zasadę kontradyktoryjności, która wymaga co do zasady tego, by strony i uczestnicy postępowania mieli prawo do zapoznania się z materiałem dowodowym i z uwagami przedstawionymi przed organem orzekającym oraz ustosunkowania się do nich. Wraz z zasadą jawności postępowania, są to kluczowe zasady z punktu widzenia prowadzenia sporu przed KIO. Zapewniają one równe prawa stronom i uczestnikom postępowania, czego konsekwencją jest realizacja zasad sprawiedliwego procesu i prawdy materialnej. Odwołujący utajnił wszystkie okoliczności faktyczne i prawne odwołania, a także powołane przez siebie dowody. W ocenie Przystępującego takie działanie Odwołującego świadczy o nadużyciu prawa do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, jak

również nieuprawnione zasłanianie się ochroną danych osobowych. Odwołujący stoi na stanowisku, że „dane osobowe pana M. P., jak i pozostałych pracowników AECOM Polska sp. z o.o. podlegają szczególnej ochronie ze strony pracodawcy. Pracodawca bez zgody swoich pracowników nie jest uprawniony do ujawniania ich danych osobowych podmiotom zewnętrznym i powinien dążyć do ochrony tych danych i stosować środki, które

uniemożliwią pozyskanie tych danych przez inne osoby". Odwołujący zdaje się więc nie dostrzegać, że biorąc udział w tym postępowaniu powinien był poinformować swoich pracowników o zasadach nim rządzących w zakresie ochrony danych osobowych. Zgodnie z pkt 23.5 SIWZ, dane osobowe będą ujawnione wykonawcom oraz wszystkim zainteresowanym, a także podmiotom przetwarzającym dane na podstawie zawartych umów. Z kolei wedle pkt 23.8 SIWZ, podanie danych jest dobrowolne, jednakże ich niepodanie może uniemożliwić Zamawiającemu dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co skutkować może wykluczeniem wykonawcy z postępowania lub odrzuceniem jego oferty. Innymi słowy, Odwołujący - biorąc udział w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - powinien być świadom spoczywających na nim obowiązków w zakresie przetwarzania danych osobowych swoich pracowników. Podstawą przetwarzania danych osobowych w tym postępowaniu są przepisy Pzp, które przewidują wyjątki od zasady jawności (art. 8 ust. 4 Pzp), jednak w tej sytuacji wyjątki te nie znajdą zastosowania. Należy tu wziąć przede wszystkim pod uwagę art. 6 ust. 1 lit. f RODO, zgodnie z którym przetwarzanie jest zgodne z prawem, gdy jest niezbędne do celów wynikających z prawnie uzasadnionych interesów realizowanych przez administratora lub przez stronę trzecią. Na skutek nieuprawnionego działania Odwołującego, Przystępujący nie ma dostępu do okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania (art. 180 ust. 3

Pzp), jak również do podnoszonych w nim wszystkich dowodów. Przystępujący nie może więc odnieść się do kluczowych merytorycznych informacji dotyczących sporu, w związku z czym nic może skutecznie odpierać twierdzeń Odwołującego. Z uwagi na powyższe, nie ma podstaw dla wyłączenia jawności rozprawy w tej sprawie. Zgodnie bowiem z art. 189 ust. 6 Pzp, Izba na wniosek strony lub z urzędu wyłącza jawność rozprawy w całości lub w części, jeżeli przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów inna niż informacja niejawna w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych. Rozprawa odbywa się wówczas wyłącznie z udziałem stron lub ich pełnomocników. Przepis ten stanowi wyłom od przewidzianej w art. 189 ust. 5 Pzp zasady jawności rozprawy, a więc należy go stosować z rozwagą, wyłącznie w sytuacjach tego wymagających. Przywołał wyrok KIO z 28.10. 2011 r., sygn. akt: KIO 2223/11. Dlatego niebagatelne znaczenie przy podejmowaniu decyzji o wyłączeniu zasady jawności, powinny mieć względy skutecznej ochrony i poszanowania prawa do obrony stron i uczestników sporu, by zagwarantować, że w całym postępowaniu przestrzegane jest prawo do rzetelnego procesu. Za wyłączeniem jawności powinien przesądzać wyłącznie ważny interes strony, który w ocenie Przystępującego, w tej sprawie nie występuje.

W dniu 23.09.2019 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddala w całości odwołanie oraz wniosku o wyłączenie jawności rozprawy. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. W ocenie Zamawiającego, zarzuty przedstawione przez. Odwołującego w odwołaniu nie znajdują uzasadnienia z przyczyn, o których mowa poniżej. Zamawiający w SIWZ TOM I pkt: 7 postawił warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki co do osoby, która będzie pełnie funkcje „Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynieryjnej drogowej". Zgodnie z wymogiem zawartym w pkt 7.2.3. lit. b) ppkt 13) SIWZ TOM I, osoba proponowana do pełnienia funkcji Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynieryjnej drogowej, miała legitymować się doświadczeniem wynikajacym a jego treści. W złożonym na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na stanowisko Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynieryjnej drogowej wskazał p. M. P. z doświadczeniem na stanowisku Projektanta drogowego w okresie, dó 06.2008 r. do 11.2009 r. przy opracowywaniu dokumentacji projektowej dla zadania: „Projekt Budowlany i

Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania”. Zamawiający weryfikując przedmiotową informację zwrócił, się do Oddziału

GDDKiA w Poznaniu pismem z 17.05.2019r., o potwierdzenie następujących informacji: „Czy

Pan M. P. pełnił funkcie Projektanta drogowego na zadaniu: Droga S5 Gniezno - Poznań (węzeł Kleszczewo), Wschodnia Obwodnica miasta Poznania. Prosimy również o wskazanie czy Pan M. P. pełnił ww. funkcję w okresie 06.2008 - 11.2009 oraz czy przedmiotowa funkcja obejmowała opracowanie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę iub przebudowę dróg lub ułić klasy min. GP dwujezdniowej o

łącznej długości tych dróg iub ulic min. 4 km).” W odpowiedzi Zamawiający uzyskał stanowisko Oddziału GDDKiA w Poznaniu z 21.05.2019r. (na rzecz którego zadanie było realizowane): „Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu (...) nie potwierdza informacji, dotyczących pełnienia funkcji projektanta drogowego przez Pana M. P. przy opracowaniu dokumentacji projektowej dla zadania polegającego na budowie drogi ekspresowej S5 Gniezno - Poznań (węzeł „Kleszczewo"). Na dokumentacji projektowej widnieją nazwiska innych projektantów”. W związku z powyższym Zamawiający pismem z 07.06.2019 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, do złożenia

wyjaśnień w zakresie powyższych rozbieżności dotyczącej doświadczenia p. M. P. na ww. zadaniu: „w przedłożonym na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp Wykazie Osób w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji: 2.1. Głównego weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynieryjnej drogowej - wskazaliście Państwo Pana M. P. z doświadczeniem na stanowisku Projektanta drogowego obejmującym opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia ob wodnicą miasta Poznania" (od 06.2008 do 11.2009). Z informacji jakie uzyskano z Oddziału GDDKiA w Poznaniu wynikaj, że Pan M. P. na przedmiotowym zadaniu nie widniał jako projektant drogowy orzvopracowaniu dokumentacji projektowej.". W odpowiedzi na wystosowane przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wezwanie do wyjaśnień z 07.06.2019r. Odwołujący pismem z 18.06.2019r. podtrzymał swoje stanowisko w zakresie dot. pełnienia przez ww. osobę funkcji projektanta drogowego na wskazanym w „Wykazie Osób" zadaniu, z zastrzeżeniem, iż jak wyjaśnił Odwołujący: „Formalnie powyższa funkcja nie została zgłoszona do zatwierdzenia przez Zamawiającego, niemniej jednak Pan M. P. brał czynny udział w projektowaniu jako projektant

drogowy.". Jak wynika zatem ze złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, Odwołujący ńie tylko w żaden sposób nie odniósł się do wskazanych przez Zamawiającego niezgodności stanu faktycznego znajdującego się w złożonym przez Odwołującego Formularzu

- Wykaz osób, nie tylko nie przedstawił Zamawiającemu żadnych dowodów na potwierdzenie stanowiska zawartego w piśmie z 18.06.2019 r., ale sam jednoznacznie

potwierdził, iż wskazana przez niego osoba nie została nawet formalnie zgłoszona Zamawiającemu jako projektant drogowy. Jak wynika z uzyskanych przez

Zamawiającego, dokumentów dot. realizacji zadania polegającego na opracowywaniu wskazanej przez Odwołującego dokumentacji, projektowej dla zadania: „Projekt Budowlany i

Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta

Poznania", wśród projektantów wchodzących w skład zespołów projektowych zaangażowanych w realizację przedmiotowego zadania brak jest osoby p. M. P.. Zauważył również, że szczegółowe zestawienia projektantów i projektantów

sprawdzających stanowiące część dokumentacji projektowej, przekazane zostało Zamawiającemu wraz z przedmiotową dokumentacją przez jej Wykonawcę, tj. Biuro Projektowe DHV POLSKA Sp. z o.o. W ocenie Zamawiającego nie może ulegać wątpliwości, że skoro wskazana przez Odwołującego osoba, nie została jak wskazuje sam Odwołujący nawet zgłoszona Zamawiającemu, tzn., że osoba ta nie wchodziła w skład powołanych przez Wykonawcę Zespołów projektowych. Powyższe znajduje swoje potwierdzenie w znajdujących się w aktach sprawy dokumentach. W ocenie Zamawiającego skóro - zatem Pan M. P. - nie wchodził w skład Zespołów projektowych opracowujących przedmiotową dokumentację; to osoba ta wbrew stanowisku Odwołującego nie mogła brać czynnego udziału w opracowywaniu wskazanej dokumentacji projektowej dla zadania „Projekt

Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica, miasta Poznania" na jednym ze stanowisk wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ. Nie może również ulegać wątpliwości, iż zajmowanie określonego stanowiska, pozostaje w integralnym związku z odpowiedzialnością jaka się z nim wiąże. Zatem osobą posiadającą doświadczenie na stanowisku projektanta, drogowego dla danego zadania może być wyłącznie osoba, która posiadając stosowne uprawnienia projektowe faktycznie zajmowała stanowisko projektanta drogowego dla przedmiotowego zadania wchodząc w skład zespołu projektowego i biorąc faktyczny udział w prowadzonych pracach projektowych jako projektant drogowy, a nie jak wskazuję Odwołujący „osoba biorąca (bliżej niesprecyzowany) czynny udział w pracach zespołu projektowego". W konsekwencji powyższego, oceniając złożone przez Odwołującego wyjaśnienia oraz biorąc pod uwagę Informacje uzyskane z Oddziału GDDKiA w Poznaniu, Zamawiający uznał, że Pan M. P. nie posiada doświadczenia w zakresie opisanym przez Zamawiającego w SIWZ Tom I pkt 7.2.3. lit. b) ppkt 13) a informacje wskazane przez Odwołującego w Formularzu - Wykaz osób jako

niezgodne ze stanem faktycznym stanowi informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd. Niezależnie od powyższego, celem kompleksowego rozstrzygnięcia przedmiotowej kwestii Zamawiający dodatkowo przeprowadził analizę sporządzonej na zlecenie GDDKiA Oddział w Poznaniu dokumentacji projektowej, która również nie potwierdziła faktu uczestniczenia w jej opracowaniu, przez p. M. P.. Zamawiający pismem z 10.07.2019 r. powtórnie zwrócił' się do Oddziału GDDKiA w Poznaniu o zweryfikowanie wykonanej, na rzecz ww.

jednostki organizacyjnej dokumentacji projektowej: „Czy Pan M. P. pełnił funkcję Projektanta drogowego na zadaniu: Droga S5 Gniezno - Poznań węzeł Kleszczewo, Wschodnia Obwodnica miasta Poznania. Z informacji uzyskanej od Konsultanta wynika, że: Pan M. P.

brał czynny udział w projektowaniu jako projektant drogowy.". Oddział GDDKiA w Poznaniu ponownie pismem z 10.07.2019r. nie potwierdził faktu pełnienia funkcji Projektanta drogowego przez p. M. P. przy opracowaniu dokumentacji projektowej dla wymienionego zadania. Jednocześnie podkreślono, że nazwisko projektanta nie figuruje w dokumentacji projektowej. Dodatkowo do odpowiedzi na potwierdzenie powyższego, załączono fragmenty Projektów Zagospodarowania Terenu na których widnieją nazwiska zespołów projektowych i sprawdzających, wśród których jak wskazano powyżej Pan M. P. nie występuje. Analiza przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów, oświadczeń, wyjaśnień oraz informacji uzyskanych przez Zamawiającego w wyniku przeprowadzonych czynności weryfikacyjnych, wskazuje, na to, iż Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp za wprowadzenie Zamawiającego w błąd w odniesieniu do doświadczenia p. M. P.. Pojęcie jest pojęciem szerszym niż przedstawienie nieprawdziwych informacji. Obejmuje sytuacje, w których wykonawca wprost przedstawia informacje

niezgodne ze stanem faktycznym, ale również te, w których wprowadzenie w błąd polega na stworzeniu złudzenia, że jakaś okoliczność (np. uzasadniająca wykluczenie) nie zaistniała. Zamawiający pozostawał w błędnym przekonaniu, że Odwołujący

przedstawiając doświadczenie p. M. P. na stanowisku, Projektanta drogowego; na zadaniu: „Projekt Budowlany i Wykonawczy drogi S5 Gniezno-Poznań (węzeł Kleszczewo). Wschodnia obwodnica miasta Poznania.", spełnia warunki udziału i w związku z tym dokonywał badania i oceny oferty, pomimo że przesłanka wykluczenia istniała. Należy podkreślić, że było to jedyne doświadczenie ww. osoby, wykazane przez Odwołującego w „Wykazie osób", przedłożonym na wezwanie do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. W konsekwencji, gdyby Zamawiający nie zweryfikował doświadczenia p. M. P., to Odwołujący dalej wykazywałby jego doświadczenie na ww. zadaniu na stanowisku projektanta drogowego. Odwołujący będący profesjonalistą w swojej branży, musiał podczas przygotowywania oferty zdawać sobie sprawę z tego, iż przyjęcie doświadczenia p. M. P. na ww. zadaniu na stanowisku Projektanta drogowego jako spełniającego warunki udziału odmiennie niż wynika z SIWZ, będzie miało realny wpływ na ich ocenę przez Zamawiającego w ramach, oceny ofert i mogło przesądzić o wyborze oferty najkorzystniejszej, bowiem Odwołujący wezwany został do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. Wskazał również, iż Zamawiający podjąłby decyzję o wyborze oferty Odwołującego w oparciu o złożone przez niego dokumenty i oświadczenia na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp oraz w oparciu o wyjaśnienia złożone w trybie art. 26 ust. 4 Pzp treści

oferty z 18.06.2019r., uznając je za prawdziwe i wiarygodne. Odwołujący udzielił ogólnych, lakonicznych i niedających odpowiedzi na pytania Zamawiającego,

wyjaśnień treści oferty. Podkreślił, iż wykonawca uczciwie konkurujący w postępowaniu powinien przede wszystkim udzielić wyczerpujących wyjaśnień w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w treści wezwania, a nie poprzestawać na ogólnych zapewnieniach i deklaracjach, licząc na to, że zaspokoją one oczekiwania Zamawiającego, doprowadzając w konsekwencji do wyboru jego oferty. Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż zrealizowana została wynikająca z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp, przesłanka istotnego wpływu na decyzję podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca oświadczając w Formularzu „Wykaz Osób" że wskazana powyżej osoba posiada doświadczenie zgodne z opisem zawartym w pkt 7.2.3 lit. b) ppkt 13) SIWZ, zdobyte w ramach ww. zadania, przedstawił w wyniku,

lekkomyślności lub niedbalstwa informację wprowadzające w błąd Zamawiającego. Informacje te mają bezpośredni wpływ na wynik postępowania, mają więc istotny wpływ, na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie

zamówienia. Wskazał także, iż działanie podejmowane przez Odwołującego w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu winny być oceniane z uwzględnieniem

wzorca należytej staranności właściwego, profesjonaliście tj. przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez w/w działalności, zgodnie z

treścią art. 355 § 2 k.c. Przywołał wyroku z 08.03.2017 r. SO w Krakowie, sygn. akt: XII Ga 1019/16. Uwzględniając powyższe, działanie Odwołującego polegające, na braku weryfikacji funkcji faktycznie sprawowanych przez p. M. P., uznać należy co najmniej za lekkomyślne lub niedbałe. Odwołujący składając oświadczenie zawarte w treści Formularza ofertowego - Wykaz usług winien był zakładać, że brak należytego zweryfikowania przedmiotowego, doświadczenia może doprowadzić do podania Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd, a w konsekwencji godził się z taką możliwością. Zamawiający ocenił spełnienie warunków na podstawie takich oświadczeń (dokumentów, jakie Odwołujący zdecydował się mu ujawnić. W sytuacji, gdy Zamawiający decyduje się na wykluczenie Odwołującego z powodu dostrzeżonych, braków, Odwołujący nie może kwestionować takiej czynności, usuwając brak na etapie postępowania odwoławczego. Takie działanie Odwołującego potwierdza wręcz, że czynność wykluczenia była prawidłowa. Jeżeli bowiem, celem udowodnienia spełnienia warunku, Wykonawca musi odwołać się w toku postępowania odwoławczego do dodatkowych, nieznanych Zamawiającemu oświadczeń, to świadczy to o prawidłowości czynności Zamawiającego. Odnosząc się, do podnoszonego w

odwołaniu argumentu dot. braku wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, Zamawiający wskazuję, że wyjątkiem ód

wzywania do uzupełniania dokumentów lub oświadczeń jest zaistnienie przesłanek odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania. Jeżeli zatem oferta wykonawcy pomimo zastosowania procedury uzupełnienia podlegałaby odrzuceniu lub postępowanie podlegałoby unieważnieniu, to wówczas wezwanie wykonawcy do uzupełnienia! w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie znajduje zastosowania. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny oraz ugruntowaną linią orzeczniczą KIO, skutek odrzucenia oferty obejmuje sytuację, gdy wykonawca złoży nieprawdziwe informacje, a następnie zostanie wezwany do uzupełnienia braków w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Czynności tej nie można konwalidować, ą zamawiający jest zobligowany do wykluczenia wykonawcy z postępowania /M. Sieradzka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2018 oraz KIO 1004/17/. Odnośnie wniosku odwołującego o wyłączenie jawności rozprawy, na podstawie art. 189 ust. 6 Pzp, z uwagi na fakt, iż na rozprawie mogą zostać ujawnione informacje stanowiące tajemnicę chronioną w ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał, iż zastrzeżone informacje należą do kategorii informacji podlegających ochronie, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówieniu. Odwołujący, który został wykluczony z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą, w wypadku potwierdzenia się zarzutów i uwzględnienia odwołania byłaby pierwszą ofertą w rankingu złożonych ofert, z uwagi na najniższą cenę, miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Izba oddaliła wniosek o wyłączenie jawności rozprawy w całości, uzależniając ewentualne wyłączenie jawności części rozprawy adekwatnie do składanych wniosków dowodowych i przedstawionej na tą okoliczność tezy dowodowej.

W tym kontekście, Izba złożone: decyzję z 05.06.2008 r., CV oraz zaświadczenie o zatrudnieniu dotyczące p. M. P. /tajemnica przedsiębiorstwa/ zwróciła i

oddaliła wniosek dowodowy (nie dopuszczając dowodu) w tym zakresie uznając, iż

wykazywane tym dowodem okoliczności nie są elementem zakwestionowanym przez Zamawiającego w ramach informacji o wykluczeniu.

Jednocześnie, Izba uznała, że fragmenty odwołania pierwotnie wskazane jako tajemnica przedsiębiorstwa (str. 6, od 8 do 22) nie mają takiego charakteru, z tej przyczyny

przywołano całą treść odwołania w uzasadnieniu. Fragmenty te bowiem odnoszą się albo do załączników do odwołania, które miały charakter jawny m.in. umowy nr 2420/1/10/K/2005, albo do załącznika do odwołania, który był zastrzeżony, ale został przekazany podczas rozprawy Przystępującemu (po wykazaniu dowodem przeciwnym przez Zamawiającego, że nie stanowił tajemnicy przedsiębiorstwa w pierwotnym postępowaniu, gdzie został złożony). Dodatkowo należy zauważyć, że wykaz osób złożony w trybie art. 26 ust.1 Pzp dotyczący także p. M. P. nie został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa w

postępowaniu przetargowym, obecne zastrzeganie informacji z niego wynikających jest spóźnione. Dodatkowo w ramach zastrzeżonych fragmentów odwołania Odwołujący odnosi się do stanu faktycznego i okoliczności wynikających z dokumentacji postępowania, która ma charakter jawny lub może być udostępniona na wniosek. Odwołujący przywoływał tam także orzecznictwo sądów powszechnych i KIO. Podczas rozprawy Odwołujący również w sposób otwarty przedstawiał swoją argumentacje i odnosił się niejednokrotnie do swojego pierwotnego odwołania. Jednocześnie, przekazywał Przystępującemu złożone i dopuszczone dowody. Z kolei ze stanowiska Przystępującego tak pisemnego, jak i ustnego wynika, że doskonale znał przedmiot sporu i zagadnienia poruszane przez Odwołującego mimo braku informacji w zakresie zastrzeżonych fragmentów odwołania.

Dodatkowo, Izba nie uznała jako dowodu w sprawie wydruku SIWZ /Nr O/ZG.D3.2410U.2.2015/ w zakresie projektu S5 złożonego na rozprawie, gdyż dotyczy innego odcinka tej drogi niż kopia oferty i Formularza 3.6 złożonych i zaliczonych do materiału dowodowego.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła także załączone przez Odwołującego do odwołania:

1. Umowa nr 2420/1/10/K/2005 zawarta pomiędzy DHV Polska Sp. z o. o. a Poznańskie Biuro Projektów Dróg i Mostów „Transprojekt Sp. z o.o.";

2. Formularz nr 3.3. złożony wraz z kopią oferty na „Pełnienie Nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz Zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa obwodnicy Góry Kalwarii w ciągu drogi krajowej nr 79 długości około 5,1 km oraz w ciągu drogi krajowej nr 50

długości 3,9 km" oraz dostawę sprzętu laboratoryjnego" (załącznik odtajniony na rozprawie przez Odwołującego i przekazany Przystępującemu);

3. Zawiadomienie o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty zawiadomienie o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty dotyczy projektu wskazanego powyżej Góry Kalwarii;

4. pismo Oddziału GDDKiA w Bydgoszczy z 27.11.2015 r.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła także załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie:

1. pismo GDDKiA O/Poznań z 21.05.2019 r.;

2. Zespół Projektowy i Zespół Sprawdzający zaangażowany w realizację zadania wskazanego przez Odwołującego w Formularzu - Wykaz Usług - zgodnie z dokumentacją projektową /kopia/.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła także złożone przez Odwołującego jako dowód na rozprawie:

1. Dwie kopie umów zawartych między liderem konsorcjum a Oddziałem GDDKiA w Poznaniu z 2018 r. na okoliczność, jakie osoby są zgłaszane Zamawiającemu w tego typu projektach /dokument przekazano Przystępującemu/;

2. Dwa wyciągi z właściwości plików dotyczące wymiany gruntu i kosztorys (daty na wydrukach: VII 2008 / VI 2009), odcinek 2 na okoliczność faktycznego udziału p. M. P. w spornym projekcie /dokumenty mimo początkowego zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa podczas rozprawy zostały odtajnione i przekazane Przystępującemu/;

3. Wydruki SIWZ /Nr sprawy: 24/2014/ w zakresie projektu Góry Kalwarii - dotyczy Formularza nr 3.3. złożonego wraz z ofertą na „Pełnienie Nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz Zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa obwodnicy Góry

Kalwarii w ciągu drogi krajowej nr 79 długości około 5,1 km oraz w ciągu drogi krajowej nr 50 długości 3,9 km" oraz dostawę sprzętu laboratoryjnego. /dokument przekazano Przystępującemu/;

4. Wydruk SIWZ w zakresie projektu S5 wraz z kopią oferty i Formularzem 3.6 /GDDKiA O/WR I -2/19/PN/U/I-4/2014/ /dokument przekazano Przystępującemu/;

5. Kopię oferty wraz z Formularzem 3.6 w zakresie projektu S3 /GDDKiA O/WR I - 2/22/PN/U/I-4/2014/ /dokument przekazano Przystępującemu/, ale bez wydruku SIWZ z uwagi na okoliczności przywołane powyżej.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła także złożone przez Zamawiającego jako dowód na rozprawie:

1. Korespondencję e-mailową z Oddziałem GDDKiA w Warszawie odnośnie zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa przy odwołaniu - Formularza nr 3.3. złożony wraz z kopią oferty na „Pełnienie Nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz Zarządzanie

Kontraktem pn.: „Projekt i budowa obwodnicy Góry Kalwarii w ciągu drogi krajowej nr 79 długości około 5,1 km oraz w ciągu drogi krajowej nr 50 długości 3,9 km" oraz dostawę sprzętu laboratoryjnego" zawierającą oświadczenie, iż takie zastrzeżenie nie miało miejsca na etapie postepowania przetargowego;

2. Dokumenty dotyczące wykazanego projektu odnośnie p. M. P., które uzyskał z Oddziału GDDKiA w Poznaniu w toku postępowania przetargowego wraz z oświadczeniami z VIII i IX 2008 r.;

3. Trzy wydruki wyników z wyszukiwarki Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa dotyczące p. M. P..

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także pisma złożone przez strony i uczestnika w postępowaniu, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1) art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez bezzasadne uznanie, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem Wykonawcy z postępowania, podczas gdy w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp;

2) art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub udzielenia dodatkowych wyjaśnień lub dokumentów, potwierdzających spełnianie przez p. M. P. warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy Zamawiający miał co do tej okoliczności wątpliwości bądź niepełną wiedzę, co skutkowało nieprawidłowym ustaleniem, że Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd;

3) art. 92 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie uzasadnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Wykonawcy z postępowania w sposób lakoniczny i ogólny, nie odnoszący się do poszczególnych przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego złożonego na posiedzeniu przez Przystępującego. Istotna jest również treść wezwań (w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz w trybie art. 26 ust. 4 Pzp) i udzielonych odpowiedzi i wyjaśnień (wykaz osób, wykaz usług, wyjaśnienia z 18.06.2019 r., jak i samodzielne uzupełnienie z 02.07.2019 r.) wskazanych w odwołaniu. Nadto, istotne jest postępowanie weryfikacyjne prowadzone między Zamawiającym a Oddziałem GDDKiA w Poznaniu (pismo

z 17.05.2019 r., odpowiedź z 21.05.2019 r. oraz pismo z 10.07.2019 r., odpowiedź także z 10.07.2019 r. z dostarczonymi tam fragmentami projektów zagospodarowania terenu oraz oświadczeniem p. M. P. z 11.07.2019 r. /data na oświadczeniu/). W ramach drugiej weryfikacji (10.07.2019 r.) Zamawiający również zweryfikował inne doświadczenie p. M. P. dostarczone w ramach samodzielnego uzupełnienia z Oddziałem GDDKiA w Bydgoszczy (odpowiedź z 16.07.2019 r.). Z uwagi na ostatni z zarzutów ważna jest również treść uzasadnienia czynności wykluczenia z 29.08.2019 r.

Do dalszych kwestii Izba odniesie się w dalszej części w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Izba uwzględniła zarzut pierwszy oraz trzeci, uznając zarazem, że z uwagi na ich charakter oraz wzajemne powiazanie, winny one zostać rozpoznane łącznie.

Należy bowiem uznać, że skoro Zamawiający w sposób niewystarczający uzasadnił podstawy faktyczne wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust.1 pkt 17) Pzp, to jednocześnie skutkuje to uznaniem, że także nie wykazał trafności swojego stanowiska, co do samej konieczności czynności wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust.1 pkt 17) Pzp. Izba uznała, że w dużej mierze Zamawiający w swoim piśmie z 29.08.2019 r. ograniczył się jedynie do powtórzenia przesłanek ustawowych wynikających z art. 24 ust.1 pkt 17) Pzp. W tym zakresie należy podzielić stanowisko Odwołującego, że dotyczy to przede wszystkim przesłanki zgodnie z którą: a) wykonawca przedstawiając informację działał lekkomyślnie lub w sposób niedbały; b) informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postepowaniu o udzielnie zamówienia.

W zakresie pierwszej przesłanki, zgodnie z którą wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zmawiającego, Izba uznała, że przedstawione w piśmie z 29.08. 2019 r. uzasadnienie faktyczne w akapitach od 3 do 6 na str. 2: „Weryfikując przedmiotową Informację, Zamawiający uzyskał stanowisko Oddziału GDDKIA w Poznaniu, zgodnie z którym p. M. P. nie uczestniczył (nie widniał jako projektant drogowy) przy opracowywaniu dokumentacji projektowej dla wskazanego w Formularzu „Wykaz Osób" zadania. Również przeprowadzona przez Zamawiającego analiza sporządzonej na zlecenie GDDKiA Oddział w Poznaniu dokumentacji projektowej nie potwierdziła faktu uczestniczenia w jej opracowaniu przez p. M. P.. W odpowiedzi na wystosowane przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wezwanie do wyjaśnień z 07.06.2019r., Wykonawca pismem z 18.06.2019r. podtrzymał swoje stanowisko w zakresie dot. pełnienia przez ww. osobę funkcji projektanta drogowego na wskazanym w „Wykazie Osób" zadaniu, z zastrzeżeniem, iż jak wyjaśnił Wykonawca: „Formalnie powyższa funkcja nie została zgłoszona do zatwierdzenia przez Zamawiającego, niemniej jednak Pan M. P. brał czynny udział w projektowaniu jako projektant drogowy.". Jak wynika z powyższego, Wykonawca nie tylko zatem nie przedstawił Zamawiającemu żadnych dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska, ale de facto jednoznacznie sam potwierdził, iż wskazana przez niego osoba nie została formalnie zgłoszona Zamawiającemu jako projektant drogowy.” - jest generalnie wystarczające, choć pewne elementy mogłyby być przedstawione w czytelniejszy sposób, w zakresie tego ile razy Zamawiający weryfikował doświadczenie wskazanej osoby, w jakich terminach i dlaczego nie uznał oświadczenia p. M. P. z 11.07.2019 r. uzyskanego z Oddziału GDDKiA w Poznaniu. Względem zaś uznania, czy rzeczywiście informacja podana w wykazie osób zadania realizowanego dla Oddziału GDDKiA w Poznaniu, w kontekście wymogu z pkt 7.2.3 lit. b ppkt 13 SIWZ stanowi informacje wprowadzające w błąd, to istotne jest, że nie wystarczy, aby zaistniały jakakolwiek przesłanka, ale wszystkie kumulatywnie. W konsekwencji od ewentualnych ustaleń Zamawiającego w tym zakresie w toku ponownego badania i oceny ofert, jak i ewentualnego skutecznego wykazania i wyczerpującego uzasadnienia wszystkich trzech przesłanek będzie zależało, czy ta informacja ma taki charakter, czy też nie i czy może być podstawą wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp. Odnośne sposobu rozumienia wymogu z pkt 7.2.3 lit. b ppkt 13 SIWZ przywołanego w informacji o wykluczeniu z 29.,08.2019 r., Izba uznaje stanowisko Zamawiającego przedstawione na rozprawie. Z postanowień SIWZ przywołanych w informacji o wykluczeniu z 29.08.2019 r. wynika bowiem, w ocenie Izby, że chodziło o wykazanie się przez osobę wskazaną, określonym

oczekiwanym doświadczeniem „na stanowisko/ stanowiskach”, nie zaś o wykazanie jakiegokolwiek projektanta, czy też uczestnika prac projektowych zespołu drogowego. Należy

dane dokumenty i podpisują je, biorą więc odpowiedzialność za ich treść. Przysługują im także z tego tytułu prawa autorskie, czy też obowiązki związane z nadzorem. Nie można uznać, do czego de facto dąży Odwołujący, aby objąć doświadczeniem nieograniczoną liczbę osób, które pracowały nad projektem i umożliwić im wykazywanie się doświadczeniem z niego wynikającym. W tym zakresie także dowody przedstawione przez Odwołującego nie są przekonywujące, gdyż można je równie dobrze sprowadzić do tego, że osoba wykazana /daty na wydrukach: VII 2008 / VI 2009 - daty z wyciągów z właściwości plików dotyczące wymiany gruntu i kosztorys - dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie/ zajmowała się co najwyżej kosztorysowaniem, a i to nie zostało wykazane w sposób dostateczny. Sam zaś Odwołujący wyraźnie wskazywał na problemy dowodowe w tym zakresie, z uwagi na upływ czasu i zgon Kierownika Projektu.

Względem drugiej przesłanki z art. 24 ust.1 pkt 17) Pzp, w ocenie Izby, Zamawiający w swoim piśmie nie przedstawił wystarczającego uzasadnienia faktycznego, a tym samym nie wykazał zaistnienia przesłanki. Na rozprawie stwierdził, że w ramach pisma z 29.08. 2019 r. uzasadnienia znajduje się w 2 ostatnich akapitach na str. 2: „Analiza przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów, oświadczeń, wyjaśnień oraz informacji uzyskanych przez Zamawiającego w wyniku przeprowadzonych czynności weryfikacyjnych, wskazuje na to, Iż Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp za wprowadzenie Zamawiającego w błąd w odniesieniu do doświadczenia p. M. P.. Wykonawca oświadczając w Formularzu „Wykaz Osób", że wskazana powyżej osoba posiada doświadczenie zgodne z opisem zawartym w pkt 7.2 pkt 3 lit. b) ppkt 13) SIWZ, zdobyte w ramach ww. zadania, przedstawił w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego. Informacje te mają bezpośredni wpływ na wynik postępowania, mają więc istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”. Ich analiza potwierdziła, że zawierają one jedynie powtórzenie przesłanki ustawowej bez uzasadnienia faktycznego. W kontekście przedstawionego uzasadnienia, Izba podkreśla, że Zamawiający nie wskazał, czy mamy do czynienia z lekkomyślnością, czy niedbalstwem. Nie ma tam nic o

nierzetelności Odwołującego, braku weryfikacji ze strony Odwołującego, czy też konieczności większej staranności ze strony profesjonalnych podmiotów w obrocie. Nadto, podczas rozprawy Odwołujący złożonymi dowodami z trzech postępowań dla Oddziału w Warszawie (Nr 24/2014) oraz Wrocławiu (Nr GDDKiA O/WR I -2/22/PN/U/I-4/2014; Nr GDDKiA O/WR I-2/19/PN/U/I - 4/2014) wskazywał, że działał w przeświadczeniu, iż wykazana osoba zgłoszona już wielokrotnie przy podobnym wymogu kadrowym, co potwierdzają złożone SIWZ i wykazy w innych przetargach w innych oddziałach GDDKiA, na tym samym zadaniu, czyni doświadczenie tej osoby właściwym. To przeświadczenie Odwołującego oparte na dotychczasowym uznawaniu doświadczenia wykazanej osoby mogło wykluczać lekkomyślność lub niedbalstwo z jego strony. Przynajmniej biorąc pod uwagę tak nikłe uzasadnienie faktyczne w zakresie tej drugiej przesłanki przedstawione w piśmie z 29.08.2019 r., jak i brak zainteresowania motywami jej przedstawienia ze strony Zamawiającego. Wykonawca był bowiem pewny, co do wykazu doświadczenia, stąd jego przedstawienie w aktualnym postępowaniu. Nie chodzi o to, że brak dotychczasowej weryfikacji przez inne oddziały GDDKiA ma nadać spornej informacji prawdziwości w aktualnym postępowaniu, ale co było podstawą uznania przez Odwołującego, że nie wprowadzają one w błąd. Zamawiający nie wykazał żadnego zainteresowania okolicznościami, jakie były podstawy przedstawienia doświadczenia wskazanej osoby na danym zadaniu, co czyniło, że Odwołujący był ich pewny, skoro miała ona inne adekwatne doświadczenie na innych zadaniach, co wynikało z pisma Odwołującego z 02.07.2019 r. i dokonanej weryfikacji w tym zakresie przez Zamawiającego. Nadto, Zamawiający również nie był zainteresowany dlaczego Odwołujący uważa, co pośrednio wynika z wyjaśnień z 18.06.2019 r., że czynny udział w projektowaniu spełnia wymogi z pkt 7.2.3 lit. b ppkt 13 SIWZ, czy wiąże się to z odmiennym odczytywaniem wymogu. Przystępujący wskazał z kolei na rozprawie na 3 akapit od dołu na 2 stronie pisma z 29.08.2019 r. jako element uzasadniający przesłankę lekkomyślności Odwołującego: „Zauważyć również należy, że Oddział GDDKiA w Poznaniu powtórnie zweryfikował wykonaną na rzecz ww. jednostki organizacyjnej dokumentację projektową, tym samym nie potwierdził faktu pełnienia funkcji Projektanta drogowego przez p. M. P., którego nazwisko jak podkreślono w piśmie z 10.07.2019r. nie figuruje na dokumentami projektowej dla ww. zadania.”.
W ocenie Izby, nie ma tam żadnych stwierdzeń odnoszących się do braku weryfikacji informacji wskazanych w wykazie przez Odwołującego, co podnosił Przystępujący na rozprawie, a dotyczą one oceny dokumentów znajdujących się w dyspozycji Zamawiającego, a dotyczących wskazanej osoby. Izba ponownie wskazuje na kumulatywny charakter przesłanek z art. 24 ust.1 pkt 17) Pzp. W konsekwencji od ewentualnych ustaleń Zamawiającego w toku ponownego badania i oceny ofert, jak i ewentualnego wykazania

i wyczerpującego uzasadnienia wszystkich trzech przesłanek, a więc także drugiej z nich będzie zależało, czy była podstawa do wykluczenia z art. 24 ust.1 pkt 17) Pzp.

Odnośnie trzeciej przesłanki z art. 24 ust.1 pkt 17) Pzp. W tym wypadku Zamawiający podał ostatni akapit ze str. 2: „Wykonawca oświadczając w Formularzu „Wykaz Osób", że wskazana powyżej osoba posiada doświadczenie zgodne z opisem zawartym w pkt 7.2 pkt 3 lit. b) ppkt 13) SIWZ, zdobyte w ramach ww. zadania, przedstawił w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego. Informacje te mają bezpośredni wpływ na wynik postępowania, mają więc istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia." i 3: „W związku z powyższym Zamawiający z postępowania wykluczył ww. Wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp, 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. Zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.". We wskazanych fragmentach formalnie brak jest odpowiedniego uzasadnienia faktycznego w zakresie przedmiotowej przesłanki wynikającej z art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp. W tych akapitach są jedynie wnioski końcowe i przytoczenie przepisu. Brak informacji, skąd taki wniosek. Okoliczności i konsekwencje jednoznaczne dla Zamawiającego wcale nie muszą być takimi w ocenie innych. Izba w tym kontekście ponownie wskazuje na kumulatywny charakter przesłanek art. 24 ust.1 pkt 17) Pzp. W konsekwencji od ewentualnych ustaleń Zamawiającego w toku ponownego badania i oceny ofert, jak i ewentualnego wykazania i wyczerpującego uzasadnienia wszystkich trzech przesłanek, a więc także trzeciej z nich będzie zależało, czy była podstawa do wykluczenia z art. 24 ust.1 pkt 17) Pzp.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę daleko idące negatywne konsekwencje wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust.1 pkt 17) Pzp, na co wskazywał Odwołujący podczas rozprawy, Zamawiający winien w sposób wyczerpujący zaprezentować przesłanki wykluczenia adekwatne do niniejszego przepisu. W ramach uzasadnienia czynności z 29.08.2019 r. Zamawiający nie uczynił zadość powyższemu. W toku ponownego badania i oceny ofert Zamawiający winien powtórnie zweryfikować prawidłowość swojej czynności i jeśli uzna, że nadal jest ona aktualna - wykluczyć Odwołującego. Musi jednak w sposób prawidłowy i wyczerpujący przedstawić swojej uzasadnienie faktyczne i wykazać zaistnienie przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp względem Odwołującego. W takiej sytuacji Zamawiający winien przedstawić całe spectrum wiedzy będącej w tym zakresie w posiadaniu Zamawiającego. Izba podkreśla, że rozprawa potwierdziła, iż Zamawiający przedstawiając uzasadnienie zaistnienia przesłanek wykluczenia przedstawił niepełną argumentację, chociażby dlatego, że przedstawił znacznie poszerzone stanowisko, co do przesłanek faktycznych wykluczenia, jak i zupełnie nowe okoliczności i w ich zakresie dowody. W zakresie tych nowych okoliczności i związanych z nimi dowodów (częściowo dokumenty dotyczące wykazanego projektu odnośnie p. M. P., które uzyskał z

Oddziału GDDKiA w Poznaniu w toku postępowania przetargowego wraz z oświadczeniami z VIII i IX 2008 r. oraz trzy wydruki wyników z wyszukiwarki Polskiej Izby Inżynierów

Budownictwa dotyczące p. M. P.), Izba nie odnosiła się z racji tego, że nie były one podstawą wykluczenia w ramach czynności z 29.08.2019 r. Podkreślenie wymaga, jak czyniła to już Izba kilkukrotnie, że dla zastosowania przepisu art. 24 ust.1 pkt 17) Pzp niezbędne jest spełnienie wszystkich wskazanych w nim przesłanek. Zaś samo zacytowanie brzmienia tego przepisu nie może zostać uznane za wykazanie podstawy wykluczenia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie drugiego zarzutu, Izba oddaliła w/w zarzut. W tym zakresie, uznając, że ewentualne nakazywanie wezwania byłoby na obecnym etapie przedwczesne. Zamawiający w toku ponownego badania i oceny ofert winien ocenić, na ile wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp jest konieczne, czyli przydatne w przedmiotowej sprawie i dopuszczalne przez przepisy Pzp. W zakresie braku możliwości zastosowania trybu wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, w wypadku złożenia przez wykonawcę nieprawdziwej informacji, Izba podtrzymuje stanowisko wynikające z ugruntowanego orzecznictwa z tym zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Jednocześnie w zakresie kosztów, Izba dodatkowo względem tego co przedstawiono poniżej podkreśla, że mimo uwzględnienia dwóch z trzech zarzutu, mają one charakter

kluczowy dla czynności z 29.08.2019 r.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 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 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

Członkowie: