

WYROK

z dnia 22 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie 21 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego 21 grudnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ARCADIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, INFRA Centrum Doradztwa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Instytut Kolejnictwa z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu pn. *Prace na liniach kolejowych nr 91 i 92 na odcinku Rzeszów Medyka (granica państwa) wraz z liniami przyległymi – opracowanie studiów wykonalności w ramach projektu pn.: „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów”* (nr postępowania 9090/IREZA3/04071/00042/20/P)

prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. z siedzibą w Bilbao (Hiszpania), HIQE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie wycofanego przez Odwołującego zarzutu dotyczącego jego wykluczenia z uwagi na niespełnianie warunku udziału w postępowaniu.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **do Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na usługi pn. *Prace na liniach kolejowych nr 91 i 92 na odcinku Rzeszów Medyka (granica państwa) wraz z liniami przyległymi – opracowanie studiów wykonalności w ramach projektu pn.: „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów”* (nr postępowania 9090/IREZA3/04071/00042/20/P).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 10 stycznia 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_007 pod poz. 012574.

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

11 grudnia 2020 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. z siedzibą w Bilbao (Hiszpania), HIQE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej łącznie okreśłani jako „Konsorcjum Idom” lub „Przystępujący”}, a także o wykluczeniu z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ARCADIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, INFRA Centrum Doradztwa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Instytut Kolejnictwa z siedzibą w Warszawie {dalej łącznie okreśłani jako „Konsorcjum Arcadis” lub „Odwołujący”}.

21 grudnia 2020 r. Konsorcjum Arcadis wniosło odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (lista zarzutów):

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 – przez jego zastosowanie i przyjęcie przez Zamawiającego, że Konsorcjum Arcadis nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zdobytego przez Instytut Kolejnictwa przy opracowaniu dokumentacji przedprojektowej dla projektów: 1) „Prace na linii kolejowej nr 94, na odcinku Kraków Płaszów-Skawina-Oświęcim”, 2) „Prace na liniach kolejowych nr 97, 98, 99 na odcinku Skawina-Sucha Beskidzka-Chabówka-Zakopane”.
2. Art. 24 ust. 1 pkt 17 – przez wykluczenie Konsorcjum Arcadis, pomimo że nie wprowadziło Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu ani też nie przedstawiło informacji niezgodnych z rzeczywistością.
3. Art. 26 ust. 3 – niewezwanie Konsorcjum Arcadis do złożenia wyjaśnień w przedmiocie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia.
4. Art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z 90 ust. 1 – przez naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

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

1. Unieważnienia wykluczenia Konsorcjum Arcadis.
 2. Wezwania Konsorcjum Arcadis do złożenia wyjaśnień w przedmiocie potwierdzenia spełnienia warunków udziału oraz braku podstaw wykluczenia.
 3. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
 4. Powtórznego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Konsorcjum Arcadis jako najkorzystniejszej.
- Odwolujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Z uzasadnienia odwołania wynikają w szczególności następujące okoliczności faktyczne odnośnie wykazania przez Konsorcjum Arcadis warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w pkt. 8.6.1. Tomu I SIWZ – IDW określił następująco warunki udziału w postępowaniu dot. zdolności zawodowej i technicznej wykonawcy: *wykazanie się wykonaniem przez Wykonawcę w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) co najmniej dwóch (2) Studiów Wykonalności lub dokumentacji przedprojektowej obejmującej swoim zakresem Studium Wykonalności dla kolejowych inwestycji liniowych, o wartości min. 1 000 000,00 PLN netto każde, przy czym każde ze Studium Wykonalności musi dotyczyć linii kolejowej dwutorowej, zelektryfikowanej, na której prowadzony jest ruch pasażerski i towarowy i ma obejmować swoim zakresem minimum 2 stacje kolejowe i 1 szlak, z podaniem wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów na rzecz, których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy usługa została wykonana należycie.*

Dodatkowo w pkt. 8.6.2. Tomu I SIWZ na potwierdzenie warunku określonego w pkt. 8.2.3. IDW (w zakresie zdolności technicznej i zawodowej) wymagał wykazania przez wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym osobą koordynatora branżowego w zakresie linii, węzłów i stacji kolejowych, przy czym osoba ta powinna posiadać: *uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych oraz w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert brać udział w opracowaniu minimum 2 dokumentacji spośród wskazanych poniżej: a) studium wykonalności b) dokumentacja przedprojektowa obejmująca swoim zakresem studium wykonalności c) dokumentacja projektowa (projekt budowlany lub projekt wykonawczy). Każda dokumentacja powinna być opracowana dla odrębnego zadania inwestycyjnego i każda z tych dokumentacji powinna obejmować budowę lub przebudowę zelektryfikowanych linii kolejowych oraz obejmować co najmniej 1 szlak i 2 stacje kolejowe. W odniesieniu do dokumentacji wskazanych w lit. c) Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeśli osoba wskazana na przedmiotowe stanowisko wykaże się doświadczeniem w charakterze projektanta lub sprawdzającego w zakresie linii, węzłów i stacji kolejowych.*

Zamawiający pismem z 21 lipca 2020 r. wezwał Konsorcjum Arcadis na podstawie art. 26 ust 2f ustawy pzp do złożenia oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia.

W odpowiedzi 31 lipca 2020 r. Konsorcjum Arcadis złożyło na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykaz wykonanych usług, wraz z dowodami ich wykonania, oraz wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia.

W wykazie usług wskazano dwa zamówienia:

- 1) *Opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektu „Prace na linii kolejowej nr 94, na odcinku Kraków Płaszów-Skawina-Oświęcim,*
- 2) *Opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektu „Prace na liniach kolejowych nr 97,98, 99, na odcinku Skawina-Sucha Beskidzka-Chabówka-Zakopane*

– zrealizowane przez konsorcjum w składzie: CE Project Group sp. z o.o. sp. k. oraz Instytut Kolejnictwa.

Z zawiadomienia z 11 grudnia 2020 t. wynika, że Zamawiający w toku badania i oceny ofert dokonał analizy będących w jego posiadaniu umów z konsorcjum w składzie: CE Project Group sp. z o.o. sp. k. i Instytut Kolejnictwa dotyczących wskazanych w wykazie zamówień i ustalił, co następuje. W pierwszym w nich procentowy udział prac przewidzianych dla poszczególnych etapów tego zamówienia (dotyczy etapów II, IV, V, V, VII, VIII) do realizacji przez Instytut Kolejnictwa kształtował się na poziomie od 2 do 5%, a całość zakresu rzeczowego zamówienia realizowanego przez tego wykonawcę kształtowała się na poziomie 15%. Natomiast w drugim wykazanym zamówieniu procentowy udział prac przewidzianych dla poszczególnych etapów (dotyczy etapów II, IV, V, V, VI, VII, VIII) do realizacji przez Instytut Kolejnictwa kształtował się na poziomie od 2 do 3%, a całość zakresu rzeczowego zamówienia realizowanego przez tego wykonawcę kształtowała się na poziomie 12,3%.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający stwierdził, że w jego ocenie Konsorcjum Arcadis nie spełniło warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 8.6.1. Tomu I SIWZ - IDW, gdyż nie może posługiwać się doświadczeniem uzyskanym przez Instytut Kolejnictwa w ramach realizacji zamówienia, jeżeli jego faktyczny udział w wykazanych powyżej przedsięwzięciach stanowi odpowiednio 15% i 12,3%. Wobec powyższego Zamawiający wykluczył Konsorcjum Arcadis z postępowania.

Odwolujący podniósł, że ustalenie błędnego stanu faktycznego sprawy przez Zamawiającego w zakresie doświadczenia Instytutu Kolejnictwa spowodowało, że Zamawiający wadliwie zastosował normę przewidzianą w art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp.

W związku z czym należy podkreślić, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu prawdziwe, rzetelne i zgodne z prawdą informacje, a doświadczenie Odwołującego (Instytutu Kolejnictwa) nie powinno budzić najmniejszych wątpliwości.

Dalsza treść uzasadnienia – zawarta w pkt: 1. „Doświadczenie IK” {1.1. „Potwierdzenie doświadczenia IK (stanu faktycznego) przez KIO oraz Zamawiającego”, 1.2. „Doświadczenia konsorcjanta na gruncie orzeczenia TSUE w sprawie Esaprojekt”, 1.3. „Potwierdzenie doświadczenia IK (stanu faktycznego) przedstawione przez Odwołującego się w toku Postępowania LK 139 (wyjaśnienia)”, [1.3.1. „Ustalenie istotności wykonanych prac w ramach Zamówienia Referencyjnego IK w oparciu o kryterium wynagrodzenia”, 1.3.2. „Procedura odbioru określona w SIWZ Zamówienia Referencyjnego IK – potwierdzenie wykonania Zamówienia Referencyjnego IK”, 1.3.3. „Podsumowanie”]}, w tym zgłoszone 48 wnioski dowodowe – dotyczy wykazania, że Instytut Kolejnictwa w ramach realizacji zamówień referencyjnych nabył realne doświadczenie, nie tylko przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców, lecz także poprzez bezpośredni, realny, faktyczny i istotny (kluczowy) udział w pracach wykonywanych w ramach realizacji każdego z etapów.

{ad pkt 2. i 3. listy zarzutów}

Odwolujący zrelacjonował następujące okoliczności faktyczne odnośnie podanego przez Zamawiającego uzasadnienia dla wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp.

Zamawiający stwierdził, że przedstawione przez Konsorcjum Arcadis w:

- wykazie usług *Opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektu „Prace na liniach kolejowych nr 97, 98, 99, na odcinku Skawina-Sucha Beskidzka-Chabówka-Zakopane”* nie obejmuje linii dwutorowej – tak jak wymagane było w pkt. 8.6.1. Tomu I SIWZ – IDW, gdyż linie kolejowe nr 97, 98 i 99 są jednotorowe;
 - w wykazie osób doświadczenie osoby proponowanej na stanowisko Koordynatora branżowego w zakresie linii, węzłów i stacji kolejowych przy przedsięwzięciu pn. *Kraków-Medyka-Granica państwa na odcinku Dębica-Sędziszów Małopolski w km 111,500-133,600* nie spełnia natomiast warunku postawionego w pkt 8.6.2. Tomu I SIWZ – IDW dla tego stanowiska, gdyż osoba ta pełniła w ramach tego przedsięwzięcia funkcję projektanta sprawdzającego tylko do 2014 r., więc nie spełnia wymogu, jakim było opracowanie dokumentacji w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.
- Mając powyższe na uwadze Zamawiający stwierdził, że Konsorcjum Arcadis przedstawiając wykaz wykonanych usług (zgodnie z załącznikiem nr 6 do IDW), jak również wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego (zgodnie z załącznikiem nr 7 do IDW) – które potwierdzać miały spełnianie przez nie warunków udziału w postępowaniu – wprowadziło Zamawiającego w błąd, mający wpływ na podejmowane przez niego decyzje, wobec czego Konsorcjum Arcadis podlega wykluczeniu z postępowania.

W ocenie Zamawiającego przedstawione przez Konsorcjum Arcadis wykazy usług i osób w powyższym zakresie zawierają informacje niezgodne z rzeczywistością, które wywołały błędne przekonanie Zamawiającego o rzeczywistym stanie rzeczy tj. o występowaniu okoliczności faktycznych potwierdzających spełnianie przez Konsorcjum Arcadis tych warunków udziału w postępowaniu.

Odwolujący stwierdził, że Zamawiający w sposób całkowicie kontrfaktyczny przyjął, że Konsorcjum Arcadis wprowadziło go w błąd, podając informacje wskazane w wypełnionym załączniku nr 6 do IDW, co w ocenie Zamawiającego uprawniało go do wykluczenia Konsorcjum Arcadis również na podstawie art. 24. ust. 1 pkt 17 pzp.

Odwolujący podniósł, że warunkiem uznania zaistnienia podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp nie jest stwierdzenie, że w danym przypadku faktycznie doszło do wprowadzenia w błąd Zamawiającego, lecz wystarczające jest, aby taki skutek mógł zostać wywołany wskutek przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnych z rzeczywistością, a także, że wprowadzenie to zostało dokonane wskutek lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

Jednocześnie Odwołujący podniósł, że zgodnie ze stanowiskiem Izby (wyrok z października 2020 r. sygn. akt KIO 2170/20) w przypadku wykluczenia wykonawcy z powodu podania informacji wprowadzających w błąd, występuje: *konieczność ustalenia informacji, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Nie jest wystarczającym dla uznania złożenia informacji wprowadzających w błąd w ofercie zaistnienie pewnego stanu niepewności, czy wywołanie pewnych wątpliwości, że być może podane informacje nie są ścisłe lub błędne, ale niezbędne jest wykazanie tej kwestii.*

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu, że takiej oceny nie dokonał, gdyż przede wszystkim nie wezwał w trybie art. 26 ust. 3 pzp Konsorcjum Arcadis do niezbędnych wyjaśnień, które umożliwiłyby jakiegokolwiek odniesienie się do wątpliwości podnoszonych przez Zamawiającego.

Odwolujący {po przytoczeniu brzmienia art. 26 ust. 3 pzp} wywodził, że norma zawarta w przywołanej regulacji wskazuje nie tyle na możliwość, ile na konieczność skierowania takiego wezwania do wykonawcy w sytuacji ziszczenia się okoliczności przewidzianych w jej dyspozycji {prawidłowo powinno być – w hipotezie}, co oznacza naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 pzp.

Jak zauważono w wyroku Izby z 25.04.2016 r. sygn. akt KIO 526/16 (LEX nr 2026111), *obowiązek określony w art. 26 ust. 3 pzp nie jest uzależniony od przewidywań co do tego, w jaki sposób wykonawca zareaguje na wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz czy i jakie dokumenty uzupełni. Zamawiający, przygotowując treść wezwania, powinien pamiętać, iż wykonawca będzie działał zgodnie z wezwaniem, jakie otrzyma, dlatego też należy je sformułować w sposób precyzyjny poprzez wskazanie, o jakie dokumenty konkretnie chodzi (zob. wyr. KIO z 27.11.2013 r., KIO 2628/13, LEX nr 1408705).*

Odwolujący dodał, że uzupełnianie oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp ma oparcie w prawie unijnym. W świetle postanowień art. 51 dyrektywy 2004/18/WE, na podstawie którego został wydany wyrok C-387/14 *Esaprojekt, instytucje zamawiające mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45-50 lub o ich wyjaśnienie* (w tym dokumentów i oświadczeń o charakterze podmiotowym potwierdzających określone podmiotowe kwalifikacje wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne). Stosownie do treści nowych regulacji – art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE – należy wskazać, że jeżeli informacje lub dokumentacja złożone przez wykonawców są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające tę dyrektywę stanowią inaczej – zażądać, aby wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali te informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem pełnego poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości. Obydwie dyrektywy europejskie zatem przewidywały i przewidują w dalszym ciągu możliwość uzupełnienia określonych dokumentów, w tym także brakujących dokumentów lub oświadczeń. Dyrektywa 2014/24/UE w sposób wyraźny już daje sygnał, że wskazane uzupełnienie nie może prowadzić do naruszenia dwóch podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zasady przejrzystości.

Polski ustawodawca, implementując przepisy prawa unijnego do naszego porządku krajowego – zarówno dyrektywę 2004/18/WE, jak i dyrektywę 2014/24/UE – założył obligatoryjność skierowania przez zamawiającego wezwania do uzupełniania oświadczeń lub dokumentów („wzywa” – art. 26 ust. 3 ustawy pzp) w sytuacji ziszczenia się określonych, ustawowych przesłanek (brak dokumentu lub oświadczenia czy jego wadliwość). Obligatoryjność ta wynika z konieczności zachowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy pzp) w postępowaniu – każdorazowo, gdy w postępowaniu zaistnieje taka sytuacja, zamawiający ma obowiązek, a nie prawo, skierowania do wykonawcy rzeczonych wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 pzp.

Powyższe oznacza, że zamawiający nie może pominąć tej czynności w toku postępowania, jeżeli stwierdzi, że wykonawca nie złożył dokumentów lub oświadczeń objętych treścią analizowanego przepisu bądź też złożone dokumenty lub oświadczenia są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości zamawiającego. Obowiązek wezwania dotyczy oczywiście bezwzględnie wszystkich brakujących dokumentów lub oświadczeń, zamawiający nie może się w tym względzie ograniczyć tylko do niektórych z nich. Celem takiego uregulowania omawianej kwestii jest eliminacja uznaniowości i dowolności działań ze strony zamawiającego, co stanowi niewątpliwie gwarancję równego traktowania wykonawców w postępowaniu, wymaganą wprost w art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE.

Według Odwołującego warto przytoczyć jedną z tez z uzasadnienia uchwały Izby z 10.05.2018 r. sygn. akt

KIO/KD 17/18 (LEX nr 2507608) dotycząca tej kwestii Norma przepisu art. 26 ust. 3 ustawy pzp nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia lub uzupełnienia dokumentów, o ile zachodzą przesłanki przytoczone w przepisie. Zamawiający może odstąpić od wezwania jedynie w sytuacji, gdy oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu pomimo uzupełnienia dokumentów lub zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie z 20 stycznia 2020 r. Zamawiający oświadczył, że uznaje odwołanie w zakresie zarzutu z pkt 1. listy zarzutów, a w pozostałym zakresie wnosi o jego oddalenie.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Zamawiający zrelacjonował następujące okoliczności faktyczne odnośnie wykluczenia Konsorcjum Arcadis na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp.

Odnośnie brzmienia istotnych dla sprawy warunków udziału w postępowaniu:

- W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), co najmniej dwóch (2) Studiów Wykonalności lub dokumentacji przedprojektowej obejmującej swoim zakresem Studium Wykonalności dla kolejowych inwestycji liniowych, o wartości min. 1 000 000,00 PLN netto każde, przy czym każde ze Studiów Wykonalności musi dotyczyć linii kolejowej dwutorowej, zelektryfikowanej, na której prowadzony jest ruch pasażerski i towarowy i ma obejmować swoim zakresem minimum 2 stacje kolejowe i 1 szlak, z podaniem wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów na rzecz, których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy usługa została wykonana należyście.

- Koordynator branżowy w zakresie linii, węzłów i stacji kolejowych [–] w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert brał udział w opracowaniu minimum 2 dokumentacji spośród wskazanych poniżej: a) studium wykonalności b) dokumentacja przedprojektowa obejmująca swoim zakresem studium wykonalności c) dokumentacja projektowa (projekt budowlany lub projekt wykonawczy).

Odnośnie dokonania weryfikacji dokumentacji dotyczących przedsięwzięć, na które powołało się Konsorcjum dla wykazania spełniania powyższych warunków:

- Zamawiający mógł przeprowadzić ją we własnym zakresie, gdyż chodzi o zamówienia, które zostały wykonane na jego rzecz;

- dla Opracowania dokumentacji przedprojektowej dla projektu „Prace na liniach kolejowych nr 97, 98 i 99, na odcinku Skawina-Sucha Beskidzka-Chabówka-Zakopane ustalono, że są to linie jednotorowe;

- dla Kraków-Medyka-granica państwa na odcinku Dębica-Sędziszów Małopolski w km 111,500 – 133,600 ustalono, że osoba zgłoszona na powyżej wskazaną funkcję w tym postępowaniu pełniła tam funkcję projektanta sprawdzającego jedynie do 2014 r.;

- wobec powyższego stwierdzono, że przedstawiając informacje jakoby dzięki powyżej wskazanym zamówieniom spełnia odnośnie warunki udziału w tym postępowaniu, Konsorcjum Arcadis wprowadziło w błąd Zamawiającego.

Zamawiający powołał się na utrwaloną jego zdaniem linię orzeczniczą, zgodnie z którą okoliczność, że zamawiający posiada własne informacje co do określonych usług lub osób – dzięki temu, że odpowiednio usługi te były wykonywane na jego rzecz lub osoby wskazane przez wykonawców pracowały przy takich przedsięwzięciach – nie pozwala na stwierdzenie, że nie doszło do wprowadzenia w błąd Zamawiającego.

Zgodnie z uzasadnieniem wyroku z 4 września 2020 r. sygn. akt KIO 1938/20: Warunkiem uznania zaistnienia podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp nie jest stwierdzenie, iż w danym przypadku faktycznie doszło do wprowadzenia w błąd zamawiającego, lecz że wystarczające jest, aby taki skutek mógł zostać wywołany wskutek przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnych z rzeczywistością. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, iż stwierdzenie zaistnienia ww. podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania wyłączone jest w przypadku posiadania przez danego zamawiającego informacji, na podstawie których jest on w stanie zweryfikować prawdziwość informacji przekazanych przez wykonawcę.

Uznanie, że podanie nieprawdziwej informacji dotyczącej zamówienia realizowanego na rzecz konkretnego zamawiającego, nie jest wprowadzeniem w błąd tego zamawiającego, prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 pzp. Przyjęcie takiego stanowiska oznaczałoby bowiem, że nie byłoby wykluczani z postępowania wykonawcy, którzy podali nieprawdziwą informację dotyczącą zamówienia realizowanego na rzecz zamawiającego prowadzącego to postępowanie, a byłoby wykluczani wykonawcy, którzy podali nieprawdziwą informację, ale dotyczącą zamówienia realizowanego na rzecz innych zamawiających. Innymi słowy: uznanie, że podanie nieprawdziwej informacji dotyczącej zamówienia realizowanego na rzecz konkretnego zamawiającego, nie jest wprowadzeniem w błąd tego zamawiającego, różnicowałoby sytuację wykonawców w zależności od tego, na czyją rzecz było realizowane zamówienie, którego dotyczy nieprawdziwa informacja. Przyjęcie takiego stanowiska jest zatem niezgodne z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jako takie nie może być zaakceptowane (z uzasadnienia wyroku z 27 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1576/19).

Według Zamawiającego przedstawienie błędnych informacji – i to w kilku miejscach – stanowi wyraz przynajmniej niedbalstwa Konsorcjum Arcadis w przygotowywaniu tej konkretnej oferty, gdyż winien dokładnie zweryfikować podawane przez siebie informacje. Musi brać pod uwagę, że niezachowanie należytej staranności podczas sporządzania oferty może spowodować jego wykluczenie z postępowania lub odrzucenie jego oferty.

Zamawiający podkreślił, że ponieważ wskazane w wykazie usług zamówienie było przedmiotem wielu postępowań odwoławczych dotyczących kwestii nabycia w jej trakcie przez Instytut Kolejnictwa odpowiedniego doświadczenia, tym bardziej zaskakujące jest powołanie się na nie przez Konsorcjum Arcadis i świadczy o jego niedbalstwie.

Zgodnie ze stanowiskiem Izby:

- Niedbalstwo to nic innego jak niezachowanie należytej staranności, czyli działanie nieodpowiadające obiektywnemu wzorcowi postępowania właściwemu danemu dłużnikowi. [wyrok z 5 października 2020 r. sygn. akt KIO 1791/20]

- Niedbalstwo definiowane jest jako stan, w którym osoba podejmująca określone działanie nie przewiduje jego skutków, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Z kolei lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie. Istotne jest przy tym, że działanie w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa nie musi doprowadzić do powstania u zamawiającego mylnego wyobrażenia o rzeczywistości (innymi słowy – dla zastosowania sankcji z komentowanego przepisu nie jest konieczne wprowadzenie zamawiającego w błąd), natomiast warunkiem sine qua non zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp jest potencjalny istotny wpływ informacji nieprawdziwych na decyzje zamawiającego podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia. [wyrok z 28 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1387/20]

Dla Zamawiającego nie ulega również wątpliwości, że ostatnia z przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp – dotycząca istotności podawanych informacji – została w tym przypadku spełniona. Błędne informacje przekazane przez Konsorcjum Arcadis dotyczą bowiem spełniania przez nie warunków udziału, czyli kwestii mającej kluczowe znaczenie dla udziału wykonawców w postępowaniu i weryfikacji ich możliwości do realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający podsumował, że w związku z powyższym stwierdził spełnienie wszystkich przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, co spowodowało konieczność wykluczenia Konsorcjum Arcadis z postępowania.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Zamawiający podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu toczyło się już postępowanie odwoławcze, którego przedmiotem była ocena możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 pzp w sytuacji, gdy informacje przedstawione przez jednego z wykonawców mogły wprowadzić w błąd Zamawiającego i w wyroku z 4 września 2020 r. sygn. akt KIO 1938/20 zostało to przesądzone negatywnie: *Zostały zatem spełnione wszystkie przesłanki składające się na podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazaną w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Należy podkreślić, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku wystąpienia ww. podstawy wykluczenia z postępowania przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania (tak np. Izba w wyroku z dnia 7 marca 2019 r., KIO 271/19) Podobnie przepis art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, gdyż zastosowanie instytucji ustanowionej tym przepisem nie może mieć miejsca w odniesieniu do zdarzeń, które wystąpiły w toku postępowania o udzielenie zamówienia.*

Należy zauważyć, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości sanowania nieprawdziwej informacji i nie statują obowiązku zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych lub poprawienia informacji złożonych na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie pozostawia wątpliwości redakcja przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, gdyż norma ta stanowi, że w przypadku, gdy wykonawca złożył w ofercie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mające wpływ na wynik, zamawiający ma bezwzględny obowiązek wykluczenia tego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. Jednolita jest również w tym zakresie linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, która w swoich wyrokach podkreśla, że możliwość uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w tym trybie w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji jest wyłączona (tak między innymi w wyroku z dnia 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 382/17). Również w doktrynie przyjmuje się, że podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w ofercie nie można uznać za "błąd" podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (z uzasadnienia wyroku Izby z 7 marca 2019 r. sygn. akt KIO 271/19).

Dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp znajduje zastosowanie nie tylko w sytuacji skutecznego wprowadzenia w błąd zamawiającego, ale także wówczas, gdy czynność wykonawcy może wywołać taki skutek. Wykonawca, który przedstawił informacje, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, nie jest wzywany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 pzp. W przypadku złożenia nieprawdziwych informacji wyłączona jest możliwość uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3, zaś ocenie zamawiającego podlegają wyłącznie dokumenty pierwotnie złożone przez wykonawcę wraz z ofertą. Jeżeli wykonawca winny jest wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu (z uzasadnienia wyroku Izby z 30 września 2020 r. sygn. akt KIO 2095/20).

Zamawiający podsumował, że w związku z powyższym Odwołujący błędnie zarzuca mu niezastosowanie art. 26 ust. 3 pzp, gdyż w sytuacji przedstawienia przez Odwołującego informacji, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp jest to niemożliwe.

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie po stronie Zamawiającego przystąpiło skutecznie Konsorcjum Idom, które wniosło pierwotnie o oddalenie odwołania w całości.

Na posiedzeniu przed Izbą Konsorcjum Idom oświadczyło, że nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w zakresie zarzutu z pkt 1. listy zarzutów, a w zakresie pozostałych zarzutów wnosi o oddalenie odwołania.

Odwołujący oświadczył do protokołu, że wobec tego wycofuje odwołanie w zakresie, w którym zostało ono uwzględnione przez Zamawiającego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości sprawa – w zakresie zarzutów nieuwzględnionych i niewycofanych – została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Dodatkowo Odwołujący podał do protokołu, co następuje:

Odwołujący dostrzega niekonsekwencje w działaniu Zamawiającego, który nie tylko przy pierwotnym wyborze oferty najkorzystniejszej, co miało miejsce 03.08.2020 i wiązało się również z zawiadomieniem o przyznaniu ofercie konsorcjum Arcadis ponad 97 pkt, ale również przez cały okres, który upłynął do kolejnego wyboru najkorzystniejszej oferty, nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń ani wątpliwości co do spełniania przez konsorcjum warunków udziału w postępowaniu. Dopiero 11.12.2020 r. Zamawiający od razu wykluczył konsorcjum z postępowania, nie umożliwiając złożenia choćby wyjaśnień, pomimo że w przypadku wykonawcy, którego oferta pierwotnie została wybrana, dał mu taką szansę, co należy również uznać za przejaw nierównego traktowania.

Zdaniem Odwołującego o połączonym podjęciu przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu konsorcjum Arcadis świadczy również okoliczność, że w zakresie dotyczącym niewykazania warunku udziału w postępowaniu Zamawiający uznał zasadność odwołania.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosi, że postępowanie Zamawiającego jest dla niego niezrozumiałe, niekonsekwentne również z tego powodu, że przy analogicznych warunkach udziału w postępowaniach dotyczących odpowiednio linii 139 i linii 132 uznał odpowiednio, że ta sama usługa i ta sama osoba spełniają te warunki udziału. Tym bardziej uzasadnia to istnienie po stronie Zamawiającego obowiązku wzywania Odwołującego do wyjaśnień, a uprzednio wręcz jednoznacznego sprecyzowania, na czym polegają wątpliwości Zamawiającego.

W odniesieniu do wykazanej przez konsorcjum usługi wyjaśnia, że o ile powszechnie wiadome jest i łatwe do sprawdzenia dla każdego zainteresowanego, że linia ta jest jednotorowa, o tyle dotychczas Zamawiający nie miał zastrzeżeń do powoływania się na wiedzę i doświadczenie zdobyte w związku z opracowywaniem studium wykonalności dla tej linii, gdzie rozważane było szereg wariantów, w tym również dwutorowe. W przekonaniu Odwołującego nie ma znaczenia, że wybrany został do realizacji wariant jednotorowy, dla oceny doświadczenia w projektowaniu tej linii jako dwutorowej, co faktycznie miało miejsce. De facto ostatecznie zdecydował brak środków finansowych na zrealizowanie tej linii jako dwutorowej.

Ponadto wskazuje, że co prawda w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia przy analogicznym warunku udziału w postępowaniu na pytanie jednego z wykonawców zmierzające do ustalenia, czy dopuszczalne jest powołanie się w takiej sytuacji na doświadczenie, Zamawiający odpowiedział twierdząco (postępowanie o sygn. 9090/IREZA/2/00484/01179/19/P – wyjaśnienia z 21.03.2019 r.).

W odniesieniu do wskazanej przez konsorcjum osoby, której doświadczenie zostało zakwestionowane przez Zamawiającego, wg najlepszej wiedzy Odwołującego nie zakończyła ona zdobywania doświadczenia w 2014 r. Osoba ta wówczas pracowała w innej firmie, która zapewniła Odwołującego, że tak było.

Z uwagi na powyższe okoliczności w przekonaniu Odwołującego nie można mu przypisać niedbalstwa przy składaniu informacji dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Natomiast to Zamawiający pochoinnie wykluczył konsorcjum nie wyrażając nawet jasno, jakie ma zastrzeżenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż wykluczenie go z postępowania w oczywisty sposób uniemożliwia mu uzyskanie tego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{rozpoznanie zarzutów z pkt 1. listy zarzutów}

Skoro zgodnie z art. 187 ust. 8 zd 1 pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, tym bardziej odwołujący może wycofać odwołanie częściowo w zakresie niektórych zarzutów i żądań, a Izba w takim przypadku powinna umorzyć w tym zakresie postępowanie odwoławcze.

Ponieważ w tej sprawie ostatecznie Odwołujący na posiedzeniu wycofał odwołanie w zakresie pierwszego z zarzutów, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

{rozpoznanie zarzutów z pkt 2. i 3. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Okoliczności faktyczne zawarte w odwołaniu w ramach zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp sprowadzają się do zrelacjonowania treści uzasadnienia decyzji o wykluczeniu podanego przez Zamawiającego. Natomiast podniesione okoliczności prawne w ramach tego zarzutu sprowadzają się do zacytowania fragmentu uzasadnienia wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2170/20, z wyłączeniem ostatniego zdania.

Cała pozostała argumentacja faktyczna i prawna dotyczy zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 pzp.

W przeciwieństwie do niezwykle obszernie przedstawionych okoliczności faktycznych i licznie zgłoszonych dowodów w ramach zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp, w przypadku zarzutu dotyczącego zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp dopiero na rozprawie zostały wysłowione okoliczności faktyczne, z których miałyby wynikać, na czym polega kontrfaktyczność ustalenia przez Zamawiającego, że Konsorcjum Arcadis podało w wykazie usług i wykazie osób informacje wprowadzające w błąd. Przy czym nadal Odwołujący nie zgłosił w tym zakresie żadnych wniosków dowodowych.

Z uwagi na powyższe zgłoszone przez Zamawiającego na rozprawie wnioski dowodowe dla wykazania zasadności ustaleń, które były podstawą faktyczną zastosowania względem Konsorcjum Arcadis art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, okazały się zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy.

W tych okolicznościach zarzuty odwołania są niezasadne.

Zarzut odwołania dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp przez wykluczenie Konsorcjum Arcadis z tego postępowania o udzielenie zamówienia, rozpatrywany przez Izbę z uwzględnieniem art. 192 ust. 7 pzp, należało uznać za oczywiście niezasadny.

Art. 192 ust. 7 pzp stanowi bowiem, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12).

Skoro Odwołujący zdecydował się oprzeć swój zarzut na ograniczeniu podnoszonych okoliczności faktycznych wyłącznie do treści uzasadnienia wykluczenia podanego przez Zamawiającego, nie mógł po upływie zawitego terminu na wniesienie odwołania skutecznie rozszerzyć tego zarzutu o okoliczności dotyczące wskazania, dlaczego konkretnie wykluczenie go z postępowania nie jest merytorycznie zasadne, które podniósł dopiero na rozprawie. Wdanie się w tym zakresie w spór z Zamawiającym dopiero na rozprawie jest spóźnione i stanowi niedopuszczalną próbę rozszerzenia wadliwie sformułowanego (w tym sensie, że zbyt wąsko) zarzutu odwołania. Jednocześnie podniesienie na rozprawie po raz pierwszy twierdzeń co do niespełnienia się w odniesieniu do Konsorcjum Arcadis przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, samo przez się potwierdza, że zarzut sformułowany w odwołaniu nie został oparty na takich okolicznościach.

Jak to trafnie uprzednio Izba wskazała w uzasadnieniu wyroków wydanych: 7 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1529/14 czy 17 listopada 2020 r. sygn. akt KIO 2731/20: Zarzut oparty o błędnie przywołane okoliczności faktyczne, w czym zawiera się również pominięcie takich okoliczności, należy uznać za oczywiście niezasadny, co okazało się również adekwatne w okolicznościach tej sprawy.

Z kolei zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Arcadis do wyjaśnień odnośnie okoliczności faktycznych, które spowodowały podjęcie decyzji o jego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, jest niezasadny z powodów, które Zamawiający trafnie zidentyfikował z powołaniem się na adekwatne orzecznictwo Izby, którego tezy należy uznać za trafne również w okolicznościach tej sprawy.

Izba w pełni podziela zatem stanowisko Zamawiającego, rzeczywiście uprzednio wielokrotnie wyrażone w orzecznictwie Izby, że nieprawdziwej czy wprowadzającej w błąd informacji, mogącej mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez instytucję zamawiającą, nie można w trybie art. 26 ust. 3 pzp zastępować informacją prawdziwą. Jeżeli wykonawca winny jest przedstawienia w złożonym na potrzeby prowadzonego postępowania oświadczeniu lub dokumencie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna. Należy zauważyć, że ustawa pzp w art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz w art. 24 ust. 1 pkt 12 statuuje odrębne i niezależne od siebie podstawy wykluczenia z postępowania, a zatem wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie musi się wiązać z wykluczeniem za niewykazanie spełniania tych warunków. Odmienne stanowisko oznaczałoby również, że w ramach badania zaistnienia przesłanki potencjalnego wprowadzenia zamawiającego w błąd z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp mieści się badanie, czy wykonawca składający nieprawdziwą informację był już wzywany do uzupełnienia dokumentów. W konsekwencji prowadziłoby to do takiej interpretacji przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, zgodnie z którą nie podlegałby wykluczeniu wykonawca, który co prawda złożył nieprawdziwe informacje, które wprowadziły lub mogły wprowadzić w błąd zamawiającego, jeżeli uczynił to po raz pierwszy tzn. nie był wzywany do zastąpienia nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnianie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnianie tego warunku. Taką interpretację należy oczywiście odrzucić jako prowadzącą wprost do naruszenia nie tylko art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp i art. 26 ust. 3 pzp, ale także sprzeczną z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i zachowanie równej konkurencji, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp.

{rozpoznanie zarzutu z pkt 4. listy zarzutów}

Ponieważ zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy pzp ma charakter niesamoistny i wtórny, gdyż nie opiera się na żadnych odrębnych okolicznościach faktycznych, należy go uznać za tak samo bezzasadny jak powyżej rozstrzygnięte zarzuty.

Z tych względów Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w pkt 3. sentencji stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, których poniesienie zostało udokumentowane do zamknięcia rozprawy stosownym rachunkiem.