

WYROK
z dnia 4 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z postępowania wykonawcy Databout Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie.

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest: „Opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektu pn. „Prace na liniach kolejowych nr 91 i 92 na odcinku Rzeszów-Medyka (granica państwa) wraz z liniami przyległymi - opracowanie Studium Wykonalności” w ramach projektu pn.: „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów” (numer postępowania: 9090/IREZA3/04071/00042/20/P). Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 10 stycznia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 007-012574.

I. W dniu 13 sierpnia 2020 r. wykonawca TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

- 1) czynności wyboru oferty złożonej przez Databout Sp. z o.o. (dalej jako „wykonawca Databout”) jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Databout,
- 3) zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Databout jako niejawnych: wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ustawy Pzp oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ustawy Pzp,

4) prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność polegającą na wyborze oferty wykonawcy Databout jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Databout, pomimo iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego oraz wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, tj. nie dokonując samooczystczenia;
- 3) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu dokumentów złożonych przez wykonawcę Databout: wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ustawy Pzp oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ustawy Pzp - pomimo że informacje zawarte w ww. dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto nie zostały skutecznie zastrzeżone;
- 4) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy Pzp).

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, udostępnienia wskazanych w odwołaniu dokumentów złożonych przez wykonawcę Databout, ponowną ocenę ofert, wykluczenie wykonawcę Databout z postępowania.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący powołał się na postanowienia pkt 8.6.2 Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia - Instrukcja dla Wykonawców (SIWZ-IDW) oraz pkt 8.2.3.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia, treść wykazu osób złożonego przez wykonawcę Databout w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 19 czerwca 2020 r., treść pism zamawiającego z dnia 13 oraz 27 lipca 2020 r. Zwrócił uwagę, że zamawiający w ogóle nie był uprawniony do zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w stosunku do oferty wykonawcy Databout, gdyż regulacja ta nie znajduje zastosowania, gdy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, a zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Zdaniem odwołującego wykonawca Databout podlega wykluczeniu, gdyż wprowadził zamawiającego w błąd poprzez podanie informacji dotyczących Koordynatora branżowego w zakresie linii, węzłów i stacji kolejowych oraz Koordynatora branży mostowej, które nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistości. W ocenie odwołującego zamawiający miał świadomość, że informacje wskazane przez wykonawcę Databout dla Koordynatora branżowego w zakresie linii, węzłów i stacji kolejowych oraz Koordynatora branży mostowej nie mają potwierdzenia w rzeczywistości, wynika to wprost z treści wezwań z dnia 13 oraz 27 lipca 2020 r. Zamawiający w ogóle nie powinien zastosować przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co najwyżej mógł wezwać wykonawcę Databout do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że także treść odpowiedzi wykonawcy Databout potwierdza podanie w wykazie osób informacji nie mających żadnego umocowania w rzeczywistości, pozostających w sprzeczności ze stanem faktycznym. Brak jakichkolwiek wyjaśnień ze strony wykonawcy Databout w odniesieniu do dokonanej przez zamawiającego oceny w stosunku do doświadczenia Pana W. T., a jedynie ograniczenie się do zmiany osoby na stanowisku Koordynatora branży mostowej, jednoznacznie świadczy o słuszności wskazanych przez zamawiającego rozbieżności pomiędzy podanymi przez wykonawcę Databout informacjami a stanem faktycznym. Odnosząc się do przesłanek wykluczenia odwołujący wskazał, że podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp występuje w każdej sytuacji, w której możliwe jest, że zamawiający może zostać wprowadzony w błąd, jednakże do wprowadzenia w błąd nie musi dojść. Wystarczające jest samo podanie informacji, które mogłyby u zamawiającego spowodować mylne wyobrażenie - niezależnie od tego, jaki skutek te informacje spowodują. Odnosnie zaś zawinienia po stronie wykonawcy Databout to wystarczające jest, aby podanie nieprawdziwych informacji było skutkiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Zdaniem odwołującego ten poziom winy z całą pewnością zaistniał po stronie Databout. W odniesieniu do zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie tej ustawy odwołujący wskazał, że nie udostępniono mu wyjaśnień wykonawcy Databout w zakresie ceny oferty (dalej jako „Wyjaśnienia RNC”) oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący podniósł, że uzasadnienie nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa ze swej istoty - nie zawiera bowiem żadnych informacji, które spełniają wszystkie trzy przesłanki legalnej definicji przedsiębiorstwa. Zdaniem odwołującego informacje zamieszczone w Wyjaśnieniach RNC nie realizują łącznie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji. Zdaniem odwołującego zamawiający nie dokonał nawet minimalnej analizy skuteczności zastrzeżenia, w tym łącznego ziszczenia się przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dodatkowe stanowisko w sprawie sposobu realizacji żądań odnoszących się do zarzutu uwzględnionego przez zamawiającego odwołujący przedstawił w piśmie z dnia 2 września 2020 r.

II. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 2 września 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie z zakresie zarzutu nr 3, tj. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu dokumentów złożonych przez wykonawcę Databout. W pozostałym zakresie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, iż w przypadku stwierdzenia, że oferta danego wykonawcy nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, to nie tyle uprawnieniem, co wręcz obowiązkiem zamawiającego, jest zastosowanie przepisu art 26 ust.

3 ustawy Pzp. W jego ocenie w przedstawionym stanie faktycznym nie zachodzą także przesłanki uzasadniające zastosowanie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, albowiem nie został wprowadzony w błąd przez wykonawcę Databout. Wskazał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dominuje pogląd, iż skoro zamawiający był odbiorcą danego zamówienia, to podanie danych niepełnych, nieprecyzyjnych nie oznacza wprowadzenia w błąd. Zamawiający jest uprawniony do weryfikacji informacji wskazywanych przez wykonawców w poszczególnych wykazach i gdyby przyjąć koncepcję odwołującego, to należałoby dojść do wniosku, iż złożenie oferty zawierającej pewnego rodzaju „niedoskonałości” w każdym przypadku prowadzi do wykluczenia z postępowania. Ponadto odwołujący nie wykazał, iż działania wykonawcy Databout były w jakikolwiek sposób zawinione. Skoro odwołujący domaga się wykluczenia to winien w sposób jednoznaczny wykazać na czym polegała lekkomyślność bądź niedbalstwo wykonawcy Databout.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 18 sierpnia 2020 r. wykonawca Databout zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

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

Izba stwierdziła, że odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

Na posiedzeniu w dniu 3 września 2020 r. Izba nie dopuściła wykonawcy Databout do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika tego postępowania z uwagi na niedopełnienie wymogu formalnego skuteczności przystąpienia wynikającego z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, polegającego na przekazaniu odwołującemu kopii zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego (protokół posiedzenia i rozprawy z dnia 3 września 2020 r.). Na posiedzeniu w dniu 3 września 2020 r. wykonawca ten nie stawiał się.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Zamawiający w punkcie 8.6.2 SIWZ - IDW określił warunek udziału w postępowaniu wskazany w punkcie 8.2.3 SIWZ - IDW (zdolność techniczna lub zawodowa) jako wymaganie wykazania przez wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. m.in.:

1) Koordynatorem branżowym w zakresie linii, węzłów i stacji kolejowych, posiadającym uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych, który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert brał udział w opracowaniu minimum 2 dokumentacji spośród wskazanych poniżej: a) studium wykonalności, b) dokumentacji przedprojektowej obejmującej swoim zakresem studium wykonalności, c) dokumentacji projektowej (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.

2) Koordynatorem branży mostowej, posiadającym uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej mostowej, który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert brał udział w opracowaniu minimum 2 dokumentacji spośród wskazanych poniżej: a) studium wykonalności, b) dokumentacji przedprojektowej obejmującej swoim zakresem studium

wykonalności, c) dokumentacji projektowej (projekt budowlany lub projekt wykonawczy). Każda dokumentacja powinna być opracowana dla odrębnego obiektu i każda z tych dokumentacji powinna obejmować budowę lub modernizację (tj. rozbudowę, przebudowę) mostów lub wiaduktów, w tym co najmniej jednego kolejowego mostu lub wiaduktu. 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 mostów.

W odniesieniu do ww. wymagań wykonawca Dataabout przedstawił w wykazie osób m. in. następujące informacje:

1) D. K. - koordynator branżowy w zakresie linii, węzłów i stacji kolejowych

Wymagane doświadczenie zdobyte m.in. podczas realizacji poniżej wymienionych projektów:

-,Wykonanie projektu wykonawczego optymalizacji zmiany geometrii torów" (...)

-,Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego na odc. Gdańsk Osowa - Gdynia Główna linii kolejowej nr 201" w ramach zadania inwestycyjnego „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego na odc. linii kolejowych nr 201, 214 i 229" realizowanego w ramach projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz Trójmiasto, etap 1". Linia dwutorowa, elektryfikowana, zakres obejmuje stacje: Gdynia Wielki Kack, Gdańsk Osowa, oraz szlaki: Gdańsk Osowa - Gdynia Wielki Kack, Gdynia Wielki Kack - Gdynia Główna

2) W. T. - koordynator branży mostowej

Wymagane doświadczenie zdobyte m.in. podczas realizacji poniżej wymienionych projektów:

-Dokumentacja projektowa dla zadania: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii objazdowej nr 142 Katowice Ligota - Tychy Wiadukt kolejowy w km 1,117

-Dokumentacja-projektowa dla zadania: Opracowanie projektów budowlanych i wykonawczych oraz realizacja robót LOTów: C, D, E w formule „Projektuj i Buduj” w ramach projektu POLiŚ5.1-10 „Prace na linii kolejowej nr 8, odcinek Warka - Radom (LOT C, D, E). Etap Koncepcji Programowo-przestrzennej. Most kolejowy w km 63,415 [Projektant, Kierownik pracowni mostowej],

-Budowa drogi ekspresowej S-7 na odcinku granica województwa mazowieckiego/ świętokrzyskiego - węzeł drogowo - kolejowy w Skarżysku- Kamienna. Zakres: projekt budowlany i wykonawczy wiaduktu drogowego PZ- 1 w km 0+200 (rozpiętość 26.20m)

-Pismem z dnia 13 lipca 2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę Dataabout na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia Wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień i doświadczenia oraz wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (wzór wykazu stanowi Załącznik Nr 7 do IDW); - z którego wynikać będzie dysponowanie przez Wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, w zakresie warunku opisanego w pkt. 8.6.2 Tomu I SIWZ - IDW.

Uzasadniając wystosowane wezwanie zamawiający wskazał, co następuje: *W złożonych przez Wykonawcę w dniu 30.06.2020 r. dokumentach i oświadczeniach, stanowiących potwierdzenie spełnienia przez Wykonawcę okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy Pzp, w Załączniku nr 7 do IDW wskazany został przez Wykonawcę Pan D. K. jako osoba proponowana na stanowisko Koordynator branżowy w zakresie linii, węzłów i stacji kolejowych, posiadający doświadczenie jako projektant w projekcie pn.: „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego na odc. Gdańsk Osowa-Gdynia Główna linii kolejowej nr 201" w ramach zadania inwestycyjnego „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego na odc. linii kolejowych nr 201, 214 i 229" realizowanego w ramach projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz-Trójmiasto, etap I", realizowanego na rzecz PKP PLK S.A. Zamawiający potwierdza, że w przedstawionym przez Wykonawcę powyżej projekcie Pan D. K. jest projektantem w branży torowej w zakresie linii, węzłów i stacji kolejowych, jednak dla tego projektu Zamawiający do dnia dzisiejszego nie odebrał i nie zaakceptował ani projektu budowlanego, ani projektu wykonawczego, przez co wykazanie tego projektu nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego w pkt. 8.6.2 IDW. W Załączniku nr 7 do IDW złożonym w dniu 30.06.2020 r. wskazany został przez Wykonawcę Pan W. T. jako osoba proponowana na stanowisko Koordynator branży mostowej, posiadający doświadczenie jako projektant/kierownik zespołu w projekcie pn.: „Dokumentacja projektowa dla zadania: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii objazdowej nr 142 Katowice Ligota- Tychy", dla obiektu - wiadukt kolejowy w km 1,117, realizowanego na rzecz PKP PLK S.A przez firmę JPL PROJECT Sp. z o.o. z Warszawy. Zamawiający*

potwierdza, że w przedstawionym przez Wykonawcę powyżej projekcie Pan W. T. jest projektantem w branży mostowej, jednak zakres prac w projekcie tym nie polegał na budowie, modernizacji, rozbudowie czy przebudowie wiaduktu kolejowego, a jedynie na jego remoncie, przez co nie spełnia on wymagań postawionych przez Zamawiającego w pkt. 8.6.2 IDW. Pan W. T. wskazany został również przez Wykonawcę jako osoba posiadająca doświadczenie jako projektant/kierownik pracowni mostowej w projekcie pn.: „Dokumentacja projektowa dla zadania: Opracowanie projektów budowlanych wykonawczych oraz realizacja robót LOT-ów: C, D, E w formule „Projektuj i Buduj” w ramach projektu POIiŚ5.1-10 „Prace na linii kolejowej nr 8, odcinek Warka-Radom (LOT C, D, E). Etap Koncepcji Programowo-przestrzennej”, dla obiektu— most kolejowy w km 63,415, realizowanego na rzecz PKP PLK S.A przez firmę JPL PROJECT Sp. z o.o. z Warszawy. Zamawiający wyjaśnia, że w przedstawionym przez Wykonawcę powyżej projekcie zadaniem Wykonawcy było wykonanie Koncepcji programowo- przestrzennej, a Zamawiający wymaga potwierdzenia doświadczenia w wykonaniu Studium Wykonalności, przez co projekt ten nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego w pkt. 8.6.2 IDW. Dodatkowo Zamawiający informuje, że Pan W. T. w przedstawionym przez Wykonawcę powyżej projekcie dla obiektu - most kolejowy w km 63,415 nie występuje jako projektant branży mostowej, zarówno w dokumentacji koncepcji programowo-przestrzennej, jak i projekcie budowlanym.

Odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Databout udzielił pismem z dnia 17 lipca 2020 r. stwierdzając co następuje: W zakresie osoby na stanowisko Koordynatora branży mostowej, oprócz Pana W. T., dysponujemy również innymi projektantami w zakresie branży mostowej, dlatego też wobec wątpliwości Zamawiającego, wskazujemy na to stanowisko Pana K. C. . Natomiast odnośnie wątpliwości Zamawiającego w zakresie doświadczenia Pana D. K. wyjaśniamy, iż projekty budowlane dla wskazanego zadania na linii kolejowej nr 201 zostały przez projektanta wykonane i przekazane do Zamawiającego. Zatem projektant swoją pracę wykonał. Zgłoszone uwagi do dokumentacji są w trakcie wprowadzania. Nie ma zatem podstaw do kwestionowania tego doświadczenia w świetle warunku postawionego przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu bowiem nigdzie w IDW nie ma zapisu że projekt ma być odebrany przez Zamawiającego lub też uzyskane pozwolenie na budowę. W warunku jest tylko zapis, że „brał udział w opracowaniu”. Kwestionowanie tego doświadczenia z uwagi na fakt, iż nie zostało protokolarnie odebrane przez Zamawiającego jest naszym zdaniem bezpodstawne, gdyż nigdzie w IDW nie było takiego wymogu. Niezależnie od powyższego przekazujemy również uzupełnione doświadczenie Pana D. K. o inne zrealizowane projekty.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła:

1) Wykonawca Databout przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego:

Informacje podane przez wykonawcę Databout odnośnie Pana W. T. dotyczące jego doświadczenia jako projektant/kierownik pracowni mostowej w projekcie pn. Dokumentacja- projektowa dla zadania: Opracowanie projektów budowlanych i wykonawczych oraz realizacja robót LOTów: C, D, E w formule „Projektuj i Buduj” w ramach projektu POIiŚ5.1-10 „Prace na linii kolejowej nr 8, odcinek Warka - Radom (LOT C, D, E). Etap Koncepcji Programowo- przestrzennej były niezgodne z rzeczywistością, albowiem Pan W. T. nie występował w ramach tego zadania jako projektant branży mostowej, a samo zadanie nie dotyczyło opracowania dokumentu wymaganego przez zamawiającego zgodnie z opisem warunku. Niezgodne z rzeczywistością były również informacje dotyczące projektu pn. „Dokumentacja projektowa dla zadania: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii objazdowej nr 142 Katowice - Ligota - Tychy, gdyż zakres prac w ramach tego projektu nie polegał na budowie, modernizacji, rozbudowie czy przebudowie wiaduktu kolejowego, a jedynie na jego remoncie. Powyższe informacje niezgodne z rzeczywistością stanowią informacje wprowadzające w błąd zamawiającego - wywołują bowiem błędne przekonanie o rzeczywistym stanie rzeczy, tj. o występowaniu okoliczności faktycznych potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Należy w tym miejscu podkreślić, iż w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 13 lipca 2020 r. wykonawca Databout w odniesieniu do Pana W. T. nie przedstawił odmiennego stanowiska niż przedstawione przez zamawiającego, a jedynie dokonał zmiany wykazu osób poprzez przedstawienie innej osoby na stanowisko koordynatora branży mostowej. Wymaga podkreślenia, iż nie jest rolą tak zamawiającego jak i Izby snucie domysłów na temat tego, jakie mogły być przyczyny takiej a nie innej odpowiedzi wykonawcy na wezwanie zamawiającego. Skoro wykonawca nie zakwestionował twierdzeń zamawiającego składając wyjaśnienia, jak to uczynił w przypadku Pana D. K., to należy uznać, iż w tym zakresie przyznał rację stanowisku zamawiającego. W granicach wyznaczonych przez przepisy ustawy Pzp i treść wezwania to wykonawca decyduje o sposobie i treści udzielonej odpowiedzi i ponosi tego konsekwencje.

Za niezgodne z rzeczywistością należy również uznać informacje dotyczące Pana D. K. w odniesieniu do projektu „Opracowanie

dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego na odc. Gdańsk Osowa - Gdynia Główna linii kolejowej nr 201" w ramach zadania inwestycyjnego „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego na odc. linii kolejowych nr 201,214 i 229" realizowanego w ramach projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz Trójmiasto, etap 1". Linia dwutorowa, elektryfikowana, zakres obejmuje stacje: Gdynia Wielki Kack, Gdańsk Osowa, oraz szlaki: Gdańsk Osowa - Gdynia Wielki Kack, Gdynia Wielki Kack - Gdynia Główna. Jak bowiem wynika z informacji przekazanych przez zamawiającego, czemu nie zaprzeczył wykonawca Databout sp. z o.o. udzielając odpowiedzi na wezwanie, sporządzone przez projektanta projekty budowlane nie zostały jeszcze odebrane. Powyższe informacje niezgodne z rzeczywistością stanowią informacje wprowadzające w błąd zamawiającego - wywołują bowiem błędne przekonanie o rzeczywistym stanie rzeczy, tj. o występowaniu okoliczności faktycznych potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.

Skład orzekający rozpoznający niniejszą sprawę podziela stanowisko, zgodnie z którym warunkiem uznania zaistnienia podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy 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. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej prezentowane jest stanowisko, iż dla stwierdzenia przesłanki przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego bez znaczenia pozostaje okoliczność czy zamawiający opierając się na własnej wiedzy był w stanie zweryfikować, czy też nie określone informacje (tak np. Izba w wyroku z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1576/19). Jak natomiast wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 20 lipca 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 849/18: „Punktem wyjścia do rozważań winny być bowiem przesłanki wykluczenia z powołanego i omówionego już art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., gdzie relewantne dla jego zastosowania jest samo zachowanie wykonawcy. W istocie relewantne są tu dwie przesłanki - wina (umyślna/nieumyślna) wykonawcy oraz treść informacji (mogąca mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia). Stan wiedzy, czy w ogóle zachowanie Zamawiającego, nie mają tu żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia to, czy Zamawiający skutecznie został w wprowadzony 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.”

- 2) Informacje wprowadzające w błąd zamawiającego zostały przedstawione przez wykonawcę Databout co najmniej w wyniku lekkomyślności albo niedbalstwa

W powyższych przypadkach przedstawienie przez wykonawcę Databout informacji wprowadzających w błąd zamawiającego było przez tego wykonawcę zawinione. W odniesieniu do informacji dotyczących Pana W. T. nie można mówić o błędnej interpretacji treści warunku, tak uzasadnionej jak i nieuzasadnionej treścią tego warunku, skoro nie było to w ogóle przez wykonawcę Databout podnoszone. Wykonawca Databout przedstawił natomiast wyjaśnienia w odniesieniu do Pana D. K., jednakże w ocenie składu orzekającego Izby nie potwierdzają one, iż dokonana przez wykonawcę interpretacja warunku była usprawiedliwiona w świetle jego brzmienia. Przyjmując bowiem racjonalność działania zamawiającego nie jest możliwe stwierdzenie, iż dla zamawiającego wystarczające mogło być wykonanie dokumentacji projektowej, która nie została jeszcze odebrana, a zatem nie można stwierdzić, czy została wykonana prawidłowa. W ocenie Izby wymóg ten jest oczywisty i nie musiał być dodatkowo wprowadzony do treści warunku, a profesjonalny podmiot jakim jest wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinien mieć tego świadomość. Jako wyjątkową należałoby uznać sytuację odwrotną (w której dokumentacja projektowa nie musiałaby zostać odebrana).

W ww. przypadkach nie można zatem mówić, iż niezgodne z rzeczywistością informacje zostały przez wykonawcę Databout przedstawione na skutek błędnej interpretacji warunku spowodowanej niejasnym sformułowaniem treści postanowienia SIWZ przez zamawiającego. Wbrew twierdzeniom samego zamawiającego, to nie jego działania spowodowały przedstawienie niezgodnych z rzeczywistością informacji przez wykonawcę Databout. Działanie wykonawcy Databout nie znajduje usprawiedliwienia w treści warunku, należy zatem uznać, iż przedstawienie niezgodnych z rzeczywistością informacji nastąpiło co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy. Wymaga zauważenia, iż na gruncie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie jest konieczne szczegółowe wykazywanie stopnia winy, skoro przesłanka zawinienia na gruncie tej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania jest bardzo szeroka - wystarczające jest stwierdzenie zwykłego niedbalstwa. Stosując wnioskowanie a minori ad maius należy uznać, iż ww. podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania będzie mieć zastosowanie także w przypadku występowania wyższego stopnia

zawinienia niż wprost wskazany w tej regulacji.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie, w zakresie zarzutów podlegających rozpoznaniu, zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika z ustaleń faktycznych przedstawionych we wcześniejszej części uzasadnienia:

- 1) wykonawca Databout przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego
- 2) informacje wprowadzające w błąd zamawiającego zostały przedstawione przez wykonawcę Databout co najmniej w wyniku lekkomyślności albo niedbalstwa.

Ponadto, 3) informacje te należy uznać za mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jako że odnosiły się do spełniania warunku udziału w postępowaniu, tj. kwestii mającej podstawowe znaczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - w tym w kontekście wyniku tego postępowania (oferę wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą i nie może zostać ona wybrana jako oferta najkorzystniejsza w postępowaniu).

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.

Zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy Databout z postępowania, a zatem postawione w tym zakresie zarzuty odwołania należało uznać za zasadne.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w punkcie drugim sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu uwzględnionego przez zamawiającego, wobec braku skutecznego zgłoszenia przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego, postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: