

WYROK

z dnia 24 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Beata Konik

Ernest Klauziński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 22 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 sierpnia 2021 r.

przez wykonawcę: TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu pn. Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65)

na obszarze Śląska na odcinku Katowice-Gliwice - opracowanie Studium Wykonalności w ramach projektu pn.: „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów” (nr postępowania

IREZA4/1.292.1.2021.f)

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

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania

odwoławczego:

A. IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - po stronie Odwołującego

B. Databout sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołania w taki sposób, że nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a przy powtarzaniu czynności w prowadzonym postępowaniu - odrzucenie oferty Databout sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) - jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu w związku z przedstawieniem w wyniku rażącego niedbalstwa w lp. 3. wykazu osób załączonego do pisma z 16 lipca 2021 r. informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego co do spełniania warunku udziału, o którym mowa w pkt 8.6.2., lp. 3. tabeli, przez branie udziału osoby, wskazanej tam na stanowisko koordynatora branżowego ds. sterowania ruchem kolejowym, w charakterze projektanta w opracowaniu wykonanej w okresie od maja do października 2019 r. dokumentacji projektowej dla przedsięwzięcia pn. Prace na linii kolejowej nr 12 Skierniewice-Łuków (CE-20)”, zadanie nr 2 od km 71,351 do km 161,160, stacje: Góra Kalwaria, Osieck, Pilawa, Parysów, Stoczek Łukowski, Jedlanka oraz 6 szlaków dwutorowych szlaków zelektryfikowanych z blokadą SBL, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w powyżej wskazanym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w jednej trzeciej, a Odwołującego w dwóch trzecich:

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,

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 6200 zł 00 gr

(słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy) - stanowiącej jedną trzecią kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „PKP PLK”

lub „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz” lub „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na usługi pn. Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska na odcinku Katowice-Gliwice - opracowanie Studium Wykonalności w ramach projektu pn.: „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów” (nr postępowania IREZA/1.292.1.2021.f)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 12 marca 2021 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S_050 pod poz. 126796.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

13 sierpnia 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Databout sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: Databout” lub „Przystępujący”}.

23 sierpnia 2021 r. TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „TPF” lub „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania wykluczenia z postępowania Databout.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 16, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 oraz art.

128 ust. 1 pkt 1 - w zakresie informacji dotyczących koordynatora branżowego ds. sterowania ruchem kolejowym, pana M.K. - przez: a) zaniechanie wykluczenia Databout z postępowania, pomimo że Databout w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu; b) zaniechanie wykluczenia Databout z postępowania, pomimo że przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego; zaniechanie odrzucenia oferty Databout, pomimo niewykazania spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu; d) bezpodstawne wezwanie Databout do uzupełnienia wykazu osób w zakresie koordynatora branżowego ds. sterowania ruchem kolejowym.

2. Art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 16, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 oraz art.

128 ust. 1 pkt 1 - w zakresie informacji dotyczących Koordynatora branży mostowej, pana W.T. - przez: a) zaniechanie wykluczenia Databout z postępowania, pomimo że Databout w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu; b) zaniechanie wykluczenia Databout z postępowania, pomimo że przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego; zaniechanie odrzucenia oferty Databout, pomimo niewykazania spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu; d) bezpodstawne wezwanie Databout do uzupełnienia wykazu osób w zakresie koordynatora branżowego ds. sterowania ruchem kolejowym.

3. Art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 16, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 oraz art. 128 ust. 1 pkt 1 - w zakresie informacji dotyczących koordynatora branżowego kolejowej sieci trakcyjnej, pana P.Ł. - przez: a) zaniechanie wykluczenia Databout z postępowania, pomimo że Databout w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu; b) zaniechanie wykluczenia Databout z postępowania, pomimo że przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego; zaniechanie odrzucenia oferty Databout, pomimo niewykazania spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu; d) bezpodstawne wezwanie Databout do uzupełnienia wykazu osób w zakresie koordynatora branżowego ds. sterowania ruchem kolejowym.

4. Art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 - przez wybór oferty Databout, pomimo że powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona, w związku z tym Zamawiający naruszył obowiązek udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych, a tym samym naruszył fundamentalną zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia oceny ofert.
2. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
3. Unieważnienia skierowanego do Databout wezwania w trybie art. 128 ust. 1 pkt 1 pzp.
4. Ponownej oceny ofert.
5. Wykluczenia z postępowania Databout.
6. Odrzucenia oferty Databout.

W ramach uzasadnienia powyższe zarzuty zostały sprecyzowane w szczególności przez powołanie się na następujące okoliczności faktyczne i prawne.

{ad pkt 1.-3. listy zarzutów}

{okoliczności faktyczne}

Brzmienie postanowienia specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ” lub „specyfikacja”} zawartego w pkt 8.6.2. instrukcji dla wykonawców {dalej: „IDW”}:

W zakresie warunku określonego w pkt 8.2.4 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem [przy czym w poniżej zamieszczonej tabeli zawarto m.in. następujące informacje]:

(...)

3. Koordynator branżowy ds. sterowania ruchem kolejowym - 1 osoba

Kwalifikacje/ Doświadczenie/ Uprawnienia

- Posiada uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym
- Brał udział* w okresie ostatnich 5 lat w charakterze projektanta lub koordynatora branżowego lub sprawdzającego w zakresie urządzeń srk w opracowaniu: minimum 2 dokumentacji projektowych lub przedprojektowych (każda dokumentacja dla odrębnego

zadania inwestycyjnego) lub alternatywnie 1 dokumentacja projektowa i 1 dokumentacja przedprojektowa związanych z budową lub przebudową zelektryfikowanych linii kolejowych, które to dokumentacje obejmowały łącznie co najmniej 2 szlaki i 1 stację kolejową;

4. Koordynator branży mostowej - 1 osoba

Kwalifikacje/ Doświadczenie/ Uprawnienia

- Posiada uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej mostowej
- Brał udział* w okresie ostatnich 5 lat w charakterze projektanta lub koordynatora lub sprawdzającego branży mostowej w opracowaniu: minimum 2 dokumentacji projektowych lub przedprojektowych (każda dokumentacja dla odrębnego zadania

inwestycyjnego) lub alternatywnie 1 dokumentacja projektowa i 1 dokumentacja

przedprojektowa związanych z budową lub przebudową zelektryfikowanych linii kolejowych, które to dokumentacje obejmowały budowę lub rozbudowę lub przebudowę łącznie co najmniej 2 mostów lub wiaduktów (alternatywnie co najmniej 1 mostu oraz 1 wiaduktu), w tym co najmniej 1 kolejowego mostu lub wiaduktu o rozpiętości przęsła min 15 m.

5. Koordynator branżowego w zakresie kolejowej sieci trakcyjnej - 1 osoba

Kwalifikacje/ Doświadczenie/ Uprawnienia

- Posiada uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji oraz urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w zakresie sieci trakcyjnej
- Brał udział* w okresie ostatnich 5 lat w charakterze projektanta lub koordynatora lub sprawdzającego branży sieć trakcyjna w opracowaniu: minimum 2 dokumentacji projektowych lub przedprojektowych(każda dokumentacja dla odrębnego zadania inwestycyjnego) lub alternatywnie 1 dokumentacja projektowa i 1 dokumentacja przedprojektowa związanych z budową lub przebudową zelektryfikowanych linii kolejowych, które to dokumentacje obejmowały łącznie co najmniej 2 szlaki i 1 stację kolejową

(...)

[objaśnienie pod tabelą]

* Przez sformułowanie „brał udział” Zamawiający rozumie, iż osoba była w zespole autorskim wskazanym w dokumentacji projektowej lub przedprojektowej.

Brzmienie wyjaśnień treści SWZ z 11 maja 2021 r. w zakresie pytania nr 9:

[pytanie wykonawcy]

Wykonawca zwraca się z uprzejmą prośbą o potwierdzenie, że poprzez sformułowanie „dokumentacja przedprojektowa” Zamawiający rozumie opracowanie zawierające łącznie: analizy eksploatacyjno-ruchowe, finansowo-ekonomiczne, techniczne, środowiskowe oraz

opracowane na ich podstawie dokumenty do dalszej realizacji projektu tj. OPZ/PFU, KIP, wnioski do UTK.

[odpowiedź Zamawiającego]

Dokumentacja przedprojektowa rozumiana jest jako opracowanie zawierające w pkt 5.2 OPZ produkty Zamówienia.

Brzmienie pkt 5.2. opisu przedmiotu zamówienia {dalej również: „OPZ”} pn. Wyszczególnienie produktów Zamówienia:

Etap I: Prognozy społeczno-gospodarcze i analizy rynku usług transportowych - zgodnie z zadaniami 4.2.1- 4.2.4; Raport podsumowujący z etapu I - zgodnie z zadaniem 4.2.5;

Etap II: Trasowanie linii i definiowanie wariantów inwestycyjnych - zgodnie z zadaniami

4.3.1- 4.3.11; Raport podsumowujący z etapu II - zgodnie z zadaniem 4.3.12;

Etap III Analizy marketingowe i ruchowe wariantów inwestycyjnych - zgodnie z zadaniami

4.4.1- 4.4.4.1 Raport podsumowujący z etapu III - zgodnie z zadaniem 4.4.7; Podsumowanie

Fazy I zgodnie z zadaniem 4.5;

Etap IV: Analizy techniczne wariantów inwestycyjnych projektu z oszacowaniem kosztów - zgodnie z zadaniami 4.6.1-4.6.21; Raporty branżowe oraz Raport podsumowujący z etapu IV - zgodnie z zadaniem 4.6.23;

Etap V: Analiza środowiskowa - zgodnie z zadaniem 4.7;

Etap VI: Analiza kosztów i korzyści zgodnie z zadaniem 4.8; Raport podsumowujący z etapu VI - zgodnie z zadaniem 4.8.1;

Podsumowanie Fazy II: wybór wariantu zgodnie z zadaniem 4.9.

Etapy opcjonalne, których realizacja i wynagrodzenie za ich opracowanie są zależne od wyników Studium Wykonalności i decyzji Zamawiającego dotyczącej realizacji projektu.

Etap VII: Opracowanie wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgodnie z zadaniem 4.11;

Etap VIII: Opracowanie dokumentacji do następnych etapów realizacji projektu;

1) Sporządzenie wniosków do Prezesa UTK dotyczących konieczności spełnienia wymagań interoperacyjności - zgodnie z zadaniem 4.12.1,

2) Opracowanie danych do wniosków o przyłączenie zgodnie z zadaniem 4.12.2,

3) Porozumienia z jednostkami samorządu terytorialnego, zarządcami dróg, gestorami sieci zgodnie z zadaniem 4.12.3,

4) Szczegółowy harmonogram budowy i etapowanie inwestycji zgodnie z zadaniem 4.12.4.
Etap IX: Opracowanie OPZ zgodnie z zadaniem 4.13.

(...)

W odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 pzp z 6 lipca 2021 r. Databout 16 lipca 2021 r. złożył „WYKAZ OSÓB, KTÓRYMI DYSPONUJE WYKONAWCA I KTÓRE BĘDĄ UCZESTNICZYĆ W WYKONANIU ZAMÓWIENIA (DYSPONOWANIE

BEZPOŚREDNIE)” {dalej: „wykaz osób” lub „wykaz”} następująco wypełniony w kolumnie pn. Opis doświadczenia na potrzeby oceny ofert, która zawiera kolumny pn.: 1) Podmiot na rzecz którego usługi były wykonane; 2) Okres trwania od data (m-c, rok) do data (m-c, rok) (wykonanej usługi); 3) Zajmowane stanowisko (w czasie wykonania usługi); 4) Opis doświadczenia w poszczególnych okresach potwierdzający spełnianie warunków (poszczególnych wykonanych usług); 5) Kwalifikacje zawodowe oraz wymagane uprawnienia (podać wykształcenie) oraz pełny zakres uprawnień oraz nr i datę wydania) dla:

1. M.K., zgłoszonego na stanowisko koordynatora branżowego ds. sterowania ruchem

kolejowym, [po przytoczeniu brzmienia warunku] - Zrealizował m.in.: [pierwsza z dwóch opisanych w wykazie usług] ad 1) PKP PLK; ad 2) 05.2019 - 10.2019; ad 3) Projektant; ad 4) OPRACOWANIE DOKUMENTACJI PROJEKTOWEJ DLA PRZEDSIĘWZIĘCIA „PRACE NA LINII KOLEJOWEJ NR 12 SKIERNIEWICE-ŁUKÓW (CE-20)” ZADANIE NR 2 OD KM 71,351 DO KM 161,160 Stacje: Góra Kalwaria, Osieck, Pilawa, Parysów, Stoczek Łukowski, Jedlanka oraz 6 szlaków dwutorowych z blokadą sbi zelektryfikowanych

2. W.T., zgłoszonego na stanowisko koordynatora branży mostowej, [pierwsza z dwóch opisanych w wykazie usług] - ad 1) PKP PLK S.A.; ad 2) 01.2020 - 07.2020; ad 3) Sprawdzający; ad 4) Opracowanie dokumentacji przygotowawczej oraz dokumentacji

technicznej dla projektu „Rewitalizacja linii kolejowej nr 229 na odcinku Kartuzy - Sierakowice wraz z ewentualną elektryfikacją” Koncepcja programowo - przestrzenna budowy wiaduktu kolejowego w ciągu linii kolejowej nr 229, rozpiętość 34 m

3. P.Ł., zgłoszonego na stanowisko koordynatora branżowego kolejowej sieci trakcyjnej, [pierwsza z opisanych w wykazie usług] ad 1) PKP PLK S.A.; ad 2) 10.2018 - 12.2019; ad 3) Projektant; ad 4) Opracowanie dokumentacji projektowej dla przebudowy stacji Racibórz wraz z wybranymi Elementami infrastruktury kolejowej przyległych szlaków w ramach projektu inwestycyjnego pn.: „Prace na linii kolejowej E-59 na odcinku Kędzierzyn Koźle - Chałupki (granica państwa)” Stacja Racibórz, Szlaki: Racibórz - Nędza, Racibórz - Krzyżanowice

[druga z opisanych w wykazie usług] ad 1) PKP PLK S.A.; ad 2) 12.2018 - 04.2019; ad

3) Koordynator Projektu, Projektant; ad 4) Opracowanie Studium Wykonalności Inwestycji dla projektu: „ROZBUDOWA STACJI BUDRYK”. Dokumentacja związana była z budową lub przebudową linii kolejowych i obejmowała Stację: Budryk oraz szlaki:

Chudów - Budryk

Zamawiający zweryfikował powyższy wykaz, a następnie pismem z 23 lipca 2021 r. wezwał na podstawie art. 128 ust. 1 pzp Databout do uzupełnienia wykazu osób.

Odnosnie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko koordynatora branżowego ds. sterowania ruchem kolejowym w odniesieniu do poz. 1.: Zamawiający po dokonaniu analizy posiadanych dokumentów i pozyskanych informacji ustalił, że pierwsza wskazana powyżej dokumentacja nie została jeszcze zakończona - jest nadal w trakcie opracowania.

Odnosnie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko koordynatora branżowego kolejowej sieci trakcyjnej] Zamawiający po dokonaniu analizy posiadanych dokumentów i pozyskaniu informacji ustalił, że:

- Pierwsza wskazana dokumentacja wiązana była jedynie z przebudową stacji kolejowej i podłączeniem, do szlaków kolejowych - nie obejmowała natomiast budowy lub przebudowy co najmniej 2 szlaków;
- Druga wskazana powyżej argumentacja nie była związana z budową lub przebudową

zelektryfikowanej linii kolejowej oraz nie obejmowała co najmniej 2 szlaków.

Wykonawca nie wykazał zatem, że p. P.Ł. posiada wymagane doświadczenie.

Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wzywa Wykonawcę do uzupełnienia wykazu potwierdzającego, że p. P.Ł. posiada doświadczenie polegające na udziale w okresie ostatnich 5 lat w charakterze projektanta lub koordynatora branżowego lub sprawdzającego branży sieć trakcyjna w opracowaniu minimum 2 dokumentacji projektowych lub przedprojektowych (każda dokumentacja dla odrębnego zadania inwestycyjnego) lub alternatywnie 1 dokumentacja projektowa i 1 dokumentacja przedprojektowa związanych z budową lub przebudową zelektryfikowanych linii kolejowych, które to dokumentacje obejmowały łącznie co najmniej 2 szlaki i 1 stację kolejową.

(...)

Ponadto Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp zwraca się z wnioskiem o wyjaśnienie przyczyn powyższych rozbieżności tj. podania w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia w zakresie doświadczenia, p. P.Ł., błędnej informacji, że dokumentacja w pozycji pierwszej tabeli obejmowała budowę lub przebudowę co najmniej dwóch szlaków.

Na powyższe wezwanie Databout odpowiedział pismem z 27 lipca 2021 r.

W odniesieniu do spełnienia warunku dotyczącego koordynatora branżowego ds. sterowania ruchem kolejowym.

Po pierwsze, potwierdził, że dokumentacja wskazana w poz. 1. tabeli dla pana Marcina Kuczyńskiego nie została jeszcze zakończona.

Po drugie, jednocześnie dokonał następującej interpretacji. Jednak z treści warunku udziału w postępowaniu dotyczącego koordynatora branżowego ds. sterowania ruchem kolejowym nie wynika konieczność zakończenia całej dokumentacji a jedynie udział w jej opracowaniu. Ponadto wskazana usługa jest wykonywana etapami i to poszczególne Etapy są przedmiotem odbioru przez Zamawiającego. Wykonawca jako okres realizacji usługi wskazał daty opracowania Koncepcji Programowo - Przestrzennej (dokumentacja przedprojektowa - a więc pewnego etapu), która została zakończona i odebrana przez Zamawiającego. Koncepcja Programowo przestrzenna jako dokumentacja przedprojektowa spełnia warunek usługi w zakresie doświadczenia.

Po trzecie, pomimo tego uzupełnił również wykaz osób zgodnie z wezwaniem Zamawiającego.

W odniesieniu do spełnienia warunku dotyczącego koordynatora branżowego w zakresie kolejowej sieci trakcyjnej.

Po pierwsze, złożył uzupełniony wykaz osób, nie dokonując żadnej zmiany w zakresie doświadczenia pana P.Ł., ale zgłaszając dodatkowo inną osobę na to stanowisko.

Po drugie, złożył następujące wyjaśnienia. W zakresie osoby wskazanej na stanowisko koordynatora branżowego w zakresie kolejowej sieci trakcyjnej wyjaśniamy, iż dokumentacja wskazana w pozycji 1 tabeli obejmowała przebudowę sieci trakcyjnej na linii kolejowej nr 151 od km ok. 31,300 do km ok. 35,570. Natomiast w stanie istniejącym rozjazdu wjazdowe na stację znajdują się odpowiednio: od strony stacji Nędza w km ok. 31,800 (semafor wjazdowy km 31,451) oraz od strony stacji Krzyżanowice w km ok. 34,960 (semafor wjazdowy km 35,357). Z powyższych danych bezspornie wynika, że nawet gdyby uznać że szlak zaczyna się dopiero od semafora wjazdowego, to i tak w zakresie opracowania była przebudowa sieci trakcyjnej co najmniej na długości 150 metrów szlaku od strony stacji Nędza oraz 200 metrów szlaku od strony stacji Krzyżanowice, zatem obydwa szlaki były objęte projektem w zakresie przebudowy sieci trakcyjnej.

Odnosząc się do stwierdzenia zawartego w piśmie Zastawiającego zgodnie z którym „dokumentacja związana była jedynie z przebudową stacji kolejowej i podłączaniem do szlaków”, stwierdzić należy co następuje:

Po pierwsze projekt albo obejmuje szlak albo nie i bezsporne jest, że wykazana przez nas usługa obejmuje. Zarówno tytuł projektu jak i zawartość poszczególnych projektów branżowych obejmują przebudowę elementów infrastruktury przyległych szlaków w szczególności dotyczy to takich branż jak tory, sieć trakcyjna, urządzenia sterowania ruchem kolejowym.

W załączeniu rysunki z Projektu budowlanego obejmujące początek i koniec opracowania, z których wynika wskazany powyżej zakres prac oraz schemat istniejących urządzeń srk wskazujący lokalizację semaforów wjazdowych (załącznik nr 3, załącznik nr 4 i załącznik nr 5).

Po drugie z treści warunku nie wynika, że szlak miał być realizowany w całości ani nawet nie była określona jakkolwiek minimalna długość odcinka szlaku, co Zamawiający niejednokrotnie czynił w innych postępowaniach, jeżeli uznał taki wymóg za konieczny.

Warunki udziału w postępowaniu należy oceniać zgodnie z literalnym ich brzemieniem a jakiegokolwiek odstępstwa na etapie oceny ofert stanowią niedozwolone działania prowadzące de facto do zmiany warunków. Tymczasem zmiana warunków udziału w postępowaniu możliwa jest wyłącznie do upływu terminu składania ofert.

Odnosnie dokumentacji wskazanej w pozycji 2 tabeli wyjaśniamy, iż zarówno Stacja Budryk, jak i szlak Chudów - Budryk są zelektryfikowane. W załączeniu przekazujemy schemat istniejącej sieci trakcyjnej (załącznik nr 6) oraz Umowę (załącznik nr 7) z której wynika zakres prac polegający m.in. na przebudowie sieci trakcyjnej.

Dodatkowo pragniemy zauważyć, iż z treści warunku wynika że wskazane usługi musiały zawierać łącznie 2 szlaki („...które to dokumentacje obejmowały łącznie co najmniej 2 szlaki i 1 stację kolejową”). Zatem nie każda dokumentacja z osobna musiała zawierać stację i 2 szlaki ale w sumie zakres z wszystkich wskazanych dokumentacji musi zawierać stację i 2 szlaki, co jak wskazano powyżej zostało spełnione.

W przypadku dalszych wątpliwości Zamawiającego, jedynie z ostrożności pragniemy poinformować, iż dysponujemy również inną osobą również spełniającą wymagania SWZ na stanowisko koordynatora branżowego w zakresie kolejowej sieci trakcyjnej - Pan Mariusz

Kruk. Dodatkowo przekazujemy Wykaz z doświadczeniem Pana Kruka (załącznik nr 8).

Dokumentacja przedprojektowa dla przedsięwzięcia pn. „PRACE NA LINII KOLEJOWEJ NR 12 SKIERNIEWICE - ŁUKÓW (CE-20)” ZADANIE NR 2 OD KM 71,351 DO KM 161,160” została wykonana w ramach odrębnego zamówienia pn. Wykonanie Rezultatów Studium Wykonalności wraz z uszczegółowieniem technicznym wariantów inwestycyjnych dla projektu pn.: „Prace na linii kolejowej C-E 20 na odcinku Łowicz Główny - Skierniewice - Pilawa - Łuków”, zrealizowanego przez WYG Consulting sp. z o.o. w okresie od 7 stycznia 2015 r. do 13 listopada 2015 r. (ogłoszenie o udzieleniu zamówienia stanowi załącznik nr 5 do odwołania).

Zarówno koncepcja programowo-przestrzenna zrealizowana wg opisu przedmiotu zamówienia pn. „OPRACOWANIE DOKUMENTACJI PROJEKTOWEJ DLA PRZEDSIĘWZIĘCIA „PRACE NA LINII KOLEJOWEJ NR 12 SKIERNIEWICE - ŁUKÓW (CE-20)” ZADANIE NR 2 OD KM 71,351 DO KM 161,160, jak i koncepcja programowo-

przestrzenna zrealizowana wg opisu przedmiotu zamówienia pn. Opracowanie dokumentacji przygotowawczej oraz dokumentacji technicznej dla projektu „Rewitalizacja linii kolejowej nr 229 na odcinku Kartusy - Sierakowice wraz z ewentualną elektryfikacją” spośród produktów etapów I-IX wyszczególnionych w pkt 5.2. OPZ, do którego odesłał Zamawiający w powyżej przywołanych wyjaśnieniach z 11 maja 2021 r., obejmowały tylko koncepcję układów torowych stacji wraz systemem odwodnienia oraz koncepcję geometrii układów torowych na szlakach (plan i profil) z uwzględnieniem maksymalnej prędkości pociągów na linii kolejowej, tj. produkty z zakresu etapu II, przy czym wykonano tylko uszczegółowienie wybranego już wariantu inwestycyjnego.

Z kolej wg umowy na opracowanie studium wykonalności inwestycji dla rozbudowy stacji Budryk, obejmującą całkowitą zmianę lub przebudowę systemu sterowania ruchem kolejowym, spośród produktów etapów I-IX wyszczególnionych w pkt 5.2. OPZ obejmowała produkty z zakresu etapów II i IV, ale wykonane tylko dla jednego wariantu.

Zgodnie z definicją zawartą w załączonej do Uchwały nr 693/2017 Zarządu PKP

Polskich Linii Kolejowych S.A. z dnia 27 marca 2017 r. „Instrukcji o prowadzeniu ruchu pociągów Ir-1” (wyciąg w załączniku nr 6 do odwołania), w § 2 [Podział sieci kolejowych pod względem technicznym], pkt 5: Szlak jest to część linii kolejowej między: 1) Dwoma sąsiednimi posterunkami zapowiadaczami; 2) Ostatnim posterunkiem zapowiadaczami i końcowym punktem linii. Innymi słowy szlak to odcinek linii pomiędzy dwoma stacjami kolejowymi.

{okoliczności prawne}

Art. 128 ust. 1 pzp nie służy do zastępowania informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi, co wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby na tle stosowania analogicznej regulacji zawartej poprzednio w art. 26 ust. 3 poprzedniej ustawy pzp {w odwołaniu wskazano na następujące wyroki: z 3 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 905/20, z 29 maja 2020 r. sygn. akt KIO 708/20, z 25 czerwca 2019 r. sygn. akt KIO 1036/19, z których uzasadnień zacytowano stosowne fragmenty}.

Dla zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 10 pzp nie jest konieczne zaistnienie skutku w postaci wprowadzenia w błąd zamawiającego, a wystarczające jest samo potencjalne wprowadzenie w błąd przez podanie informacji nieprawdziwych (w aktualnym stanie prawnym - przedstawienie informacji wprowadzających w błąd) - tak w innym sporze pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym orzekła Izba w wyroku z 4 września 2020 r. sygn. akt KIO 1938/20 na tle stosowania analogicznej regulacji zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 17 poprzedniej ustawy pzp: Skład orzekający rozpoznając niniejszą sprawę podzielił 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 ten skutek mógł zostać wywołany wskutek przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnych z rzeczywistością. Izba nie podzieliła 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 1676/19).

Takie samo stanowisko wyraziła Izba w uzasadnieniach uprzednio wydanych wyroków w sprawach: sygn. akt KIO 2351/19, KIO 104/20 {z których stosowne fragmenty zostały przytoczone w odwołaniu}, a podobnie wypowiedziała się Izba również w sprawach o sygn. akt: KIO 271/19, KIO 830/19 i KIO 1124/19.

Także Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 20 lipca 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 849/18 wskazał na irrelevantność skutku w postaci wprowadzenia w błąd zamawiającego w sytuacji podania przez wykonawcę informacji sprzecznych z rzeczywistością: Punktem wyjścia do rozważań winny być bowiem przesłanki z powołanego i omówionego już art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, gdzie relewantne do 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 został skutecznie wprowadzony w błąd, na skutek czego podjął jakiegokolwiek decyzje, czy wykonał jakiegokolwiek czynności. Takie stanowisko znajduje uzasadnienie nie tylko w zaprezentowanej wykładni gramatycznej i celowościowej, ale jest również zgodne z teorią racjonalnego wykonawcy.

Kwestia wykluczania wykonawców w przypadku wskazania dla specjalistów informacji niemających potwierdzenia w rzeczywistości była w ostatnim okresie badana przez Krajową Izbę Odwoławczą, która uznawała za słuszne wykluczenia w takich sytuacjach, co znalazło swoje potwierdzenie w poniższych wyrokach.

W uzasadnieniu wyroku z 13 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 185/18 Izba wskazała, że wykonawca zobowiązany jest do dochowania należytej staranności przy podawaniu informacji w ofertach. Akt staranności wykonawcy przy weryfikacji informacji, przed jej przedstawieniem zamawiającemu, wymaga, aby wykonawca sprawdził co najmniej te elementy informacji, które są kluczowe z perspektywy wymogu dotyczącego doświadczenia osoby, za które zamawiający przewidział przyznanie punktów.

W uzasadnieniu wyroku z 15 marca 2018 r. sygn. akt: KIO 380/18 Izba stwierdziła, że zamawiający jest zobowiązany wykluczyć wykonawców w każdym przypadku, gdy powyższe wiedzę, że w ofertach podano informacje wprowadzające w błąd. Warto w tym miejscu przypomnieć, że ciężar prowadzenia postępowania spoczywa na podmiocie zamawiającym, i w ramach tego obowiązku to ten podmiot jest zobligowany do wykluczenia wykonawcy w przypadku zmaterializowania się okoliczności z omawianego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. (...) Jak słusznie wskazywał na etapie rozprawy Zamawiający i Przystępujący, działanie postulowane przez Odwołującego prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców i premiowania wykonawców nierzetelnych. Nie powinien zatem stosować wskazanych przez Odwołującego postanowień SIWZ, gdyż miał bezwzględny obowiązek wykluczenia wykonawcy.

Z uzasadnienia wyroku z 9 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 531/18: Ponadto

to obowiązkiem wykonawcy jest samodzielne ustalenie rzeczywistych danych prezentowanych w składanych oświadczeniach. Mając na uwadze wagę i charakter informacji oraz ich wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego to jego obciąża konieczność zweryfikowania prawdziwości przekazywanych informacji przez osoby, którymi wykonawca dysponuje. (...) W tym wypadku wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości bowiem te, składane w toku przetargu, zmierzają do udzielenia zamówienia publicznego temu właśnie wykonawcy i mają wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Zatem jeżeli odwołujący przedstawił w złożonym przez siebie oświadczeniu informacje odnośnie osób którymi dysponuje, pozostające w sprzeczności z faktami, zaś podmiot trzeci dotarł do właściwych informacji uznać należy, że wykazał się on co najmniej niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Z kolei zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 8 pzp jako podstawy wykluczenia jest uzasadnione, gdyż wykonawca jako profesjonalista przy składaniu oświadczeń w zakresie

spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien wykazywać się daleko idącą

dokładnością i sumiennością, w tym jest zobowiązany sprawdzić prawidłowość wszystkich podawanych informacji.

W tych okolicznościach faktycznych i prawnych Odwołujący zarzucił Zamawiającemu

naruszenia przepisów ustawy pzp, jak na wstępie odwołania, dodatkowo podnosząc,

co następuje.

Zamawiający w żadnej z trzech powyżej zrelacjonowanych sytuacji nie był uprawniony do zastosowania art. 128 ust. 1 pzp, gdyż przepis ten nie służy do zastępowania informacji prawdziwych informacjami prawdziwymi.

W szczególności w sytuacji, gdy odnośnie doświadczenia pana M.K., zgłoszonego na stanowisko koordynatora branżowego ds. sterowania ruchem kolejowym, Databout potwierdził fakt podania w wykazie osób niezgodnie z rzeczywistością, czyli że dokumentacja wskazana jako pierwsza dla tej osoby nie została zakończona.

Twierdzenia Databout odnośnie interpretacji warunku są bezpodstawne w sytuacji, gdy warunek ten został sformułowany w SWZ w trybie dokonanym. Zamawiający wyraźnie wskazał, że wymaga doświadczenia w opracowaniu (aspekt dokonany, czynność zakończona), a nie udziału w opracowywaniu (aspekt niedokonany, czynność niedokończona). Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że przez sformułowanie „brał udział” rozumie, iż dana osoba była w zespole autorskim wskazanym w dokumentacji projektowej lub przedprojektowej. Jeżeli zatem Zamawiający wymagał wskazania osoby, która brała udział w opracowaniu dokumentacji, musiała ona zostać opracowana, a nie być w toku opracowania.

opracowywania.

Nawet jeżeli Zamawiający na podstawie wyjaśnień Databout uznał, że podanie nieprawdziwych informacji nie jest wynikiem zamierzonego działania (w zakresie czego Odwołujący ma wątpliwości), to i tak takie działanie jest co najmniej lekkomyślnością lub niedbalstwem. Wykonawca Databout jako podmiot w pełni profesjonalny przed złożeniem oferty powinien dokonać dokładnej weryfikacji składanych przez siebie informacji, w szczególności tak kluczowych z punktu weryfikacji oferty przez Zamawiającego, jak informacje składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Podanie informacji dotyczących osoby wskazanej na stanowisko koordynatora branżowego ds. sterowania ruchem kolejowym, które nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistości, a jednocześnie mogły wpływać na decyzje Zamawiającego i zostały podane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, powinno skutkować wykluczeniem Databout na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 pzp. Odwołujący podkreślił, że jak wynika z treści wystosowanego wezwania, Zamawiający miał świadomość podania przez Databout informacji niezgodnie z rzeczywistością, a wskazany przepis nie wymaga zaistnienia skutku w postaci wprowadzenia w błąd.

Databout w wyżej przytoczonych wyjaśnieniach po raz kolejny podjął próbę wprowadzenia Zamawiającego w błąd, twierdząc, że w ramach powyższej usługi opracował koncepcję programowo-przestrzenną, czyli dokumentację przedprojektową. Databout musiał być świadomy rozumienia SWZ w tym zakresie, gdyż było to przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego, a mimo to oświadczył, że zakres wykonanej dokumentacji odpowiada zakresowi dokumentacji przedprojektowej zdefiniowanemu przez Zamawiającego.

Databout powinien również zostać wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 pzp, gdyż jako profesjonalista przy składaniu oświadczeń w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien wykazać się daleko idącą dokładnością i sumiennością, w tym był zobowiązany sprawdzić prawidłowość wszystkich podawanych informacji. Wobec obowiązku dochowania tak wysokiego poziomu staranności wprowadzenie Zamawiającego w błąd w tym konkretnym przypadku stanowi efekt rażącego niedbalstwa ze strony Databout.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 21 września 2021 r. wniósł o jego

oddalenie, w szczególności wskazując na następujące okoliczności oraz podnosząc

następującą argumentację.

Odnosnie przebiegu badania spełniania przez osobę M.K. warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do koordynatora branżowego ds. sterowania ruchem kolejowym Zamawiający ponad odwołanie podał, że wraz z oceną wyjaśnień Databout z 29 lipca 2021 r. dokonał ponownej analizy dokumentacji znajdującej się w zasobach własnych

PKP PLK.

Jak oświadczył Zamawiający: W jej rezultacie potwierdzono wyjaśnienie Wykonawcy, tj. Wykonawca wskazał prawdziwą informację dotyczącą udziału Projektanta w opracowaniu w ramach podanej umowy w terminie 05.2019-10.2019 koncepcji programowo-przestrzennej,

tj. projekcie koncepcyjnym, rozumianym jako jeden z rodzajów dokumentacji projektowej. W tym bowiem zakresie dokumentacja projektowa w ramach zadania: <<„Prace na linii kolejowej nr 12 Skierniewice-Łuków (CE-20)” Zadanie nr 2 od km 71,35 do km 161,70>> została wykonana i odebrana przez Zamawiającego.

Zamawiający dodał ponadto, że według jego ustaleń zakres dokumentacji programowo-przestrzennej wykonanej w ramach powyższego zadania obejmował m.in. wstępne rozeznanie warunków gruntowo-wodnych, inwentaryzację obiektów inżynierskich i budowlanych (w tym badania), część technologiczno-ruchową, koncepcję układów torowych stacji wraz z systemem odwadniania, koncepcję geometrii układów torowych na szlakach, analizę stanu podtorza wraz z koncepcją jego wzmocnienia w miejscach osłabionych oraz mogących się ujawnić w zmienionych warunkach eksploatacyjnych, koncepcję rozwiązań wielobranżowych, ekspertyzę dotyczącą mostu kolejowego.

Zdaniem Zamawiającego ponieważ koncepcja programowo-przestrzenna nie jest rodzajem dokumentacji przedprojektowej, chybiłyby się wywody o konieczności spełnienia przez nią wymagań określonych w pkt 5.2. OPZ.

W konsekwencji nie ma również znaczenia okoliczność, że dokumentację przedprojektową dla powyższego przedsięwzięcia inwestycyjnego została wykonana w ramach odrębnego zamówienia przez WYG Consulting sp. z o.o. w 2015 r.

Zamawiający wywiódł, że w praktyce inżynierskiej projekt koncepcyjny stanowi jedną z autonomicznych faz procesu projektowania, którego dalszymi fazami są projekt budowlany i projekt wykonawczy (oprócz tego można również wymienić projekt warsztatowy). Doświadczenie w zakresie prowadzenia wieloetapowych inwestycji budowlanych wskazuje, że na początku każdego procesu inwestycyjno-budowlanego przedsięwzięcie jest określane dość ogólnie. Z tego względu w projektowaniu budowlanym przyjęło się wykonywać określone studia dokumentacji projektowej i stopniowo uszczegółwiać te rozwiązania projektowe. Na tym początkowym etapie powstaje koncepcja projektowa, która służy do przeprowadzenia analizy warunków zabudowy i zagospodarowania terenu, określenia rodzaju konstrukcji, wyposażenia instalacyjnego, doboru materiałów, opracowania programu i koncepcji inwestycji.

Projekt koncepcyjny oprócz wstępnej propozycji zagospodarowania działki zawiera rodzaj planowanych obiektów, precyzuje program funkcjonalny i gabaryty, określa wymagania konstrukcyjne i eksploatacyjne z uwzględnieniem wymagań inwestora.

W przekonaniu Zamawiającego jego rozumowanie znajduje oparcie w art. 10 ust. 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. Nr 130 poz. 1389), zgodnie z którym jeżeli zachodzi konieczność ustalenia udziału poszczególnych faz opracowań projektowych zleczanych odrębnie, należy stosować następujące wartości procentowe, dostosowując udział procentowy do specyfiki inwestycji: 1) projekt koncepcyjny - 7-15 % wartości prac projektowych; 2) projekt budowlany - 30-45 % wartości prac projektowych; 3) projekt wykonawczy - 40-60 % wartości prac projektowych. Suma wartości składowych prac

projektowych liczona w procentach wynosi 100 %.

Zamawiający powołał się również na przetarg z 2020 r., którego organizatorem był Skarb Państwa - Ministerstwo Infrastruktury pn. „Koncepcja Programowo-Przestrzenna”, w związku z realizacją przedsięwzięcia pn. „Wykonanie trzech koncepcji ogrodzenia zewnętrznego siedziby Ministerstwa Infrastruktury przy ul. Chałubińskiego 4/6 w Warszawie”, którego przedmiotem było właśnie wykonanie projektu koncepcyjnego.

Odnosnie przebiegu badania spełniania przez osobę W.T. warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do koordynatora branży mostowej Zamawiający ponad odwołanie podał, że wraz z oceną wyjaśnień Databout z 29 lipca 2021 r. dokonał ponownej weryfikacji.

W jej wyniku Zamawiający stwierdził, że zamówienie pn. Opracowanie dokumentacji przygotowawczej oraz dokumentacji technicznej dla projektu „Rewitalizacja linii kolejowej nr 229 na odcinku Kartuzy - Sierakowice wraz z ewentualną elektryfikacją” obejmowało

wykonanie m.in. dokumentacji projektowej w postaci projektu budowlanego, przy czym

potwierdzono udział powyższej osoby w wykonaniu projektu koncepcyjnego (koncepcji programowo-przestrzennej), który został odebrany przez Zamawiającego.

Odnosnie przebiegu badania spełniania przez osobę P.Ł. warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do koordynatora branżowego w zakresie kolejowej sieci trakcyjnej Zamawiający ponad odwołanie podał, że w odniesieniu do poz. 1. miał wątpliwości, czy wskazana w wykazie dokumentacja obejmowała budowę lub przebudowę co najmniej dwóch szlaków, z kolei w odniesieniu do poz. 2. jego wątpliwości dotyczyły zakresu tego opracowania.

W wyniku analizy wyjaśnień i ponownej weryfikacji Zamawiający stwierdził, że zamówienie opisane w poz. 1. dla tej osoby obejmowało wymaganą przebudowę stacji oraz dwóch szlaków, a konkretnie oprócz przebudowy stacji Racibórz na linii kolejowej nr 151, przebudowę około 150 m szlaku Nędza-Racibórz i około 200 m szlaku Krzyżanowice-Racibórz.

Zamawiający oświadczył, że o ile nie neguje przywołanej w odwołaniu definicji szlaku, o tyle nie wymagał, aby prace obejmowały zaprojektowanie budowy lub przebudowy sieci trakcyjnej na co najmniej dwóch szlakach na całej ich długości.

Odnosnie opracowania z poz. 2 dla tej osoby Zamawiający wziął pod uwagę, że w § 2

ust. 8 umowy w sprawie tego zamówienia wskazano, że celem opracowania studium wykonalności inwestycji jest m.in. przedstawienie rozwiązania kompleksowego (uproszczonego projektu) w zakresie urządzeń srk z podziałem technologicznym i kosztowym, na rozwiązania opierające się o technologię przekątnikową oraz, dla porównania, komputerową lub układ mieszany.

Niezależnie od powyższego Zamawiający powołał się na to, że Databout uzupełnił wykaz osób, zgłaszając również jako koordynatora branżowego w zakresie kolejowej sieci trakcyjnej pana M.K., dla którego stosownie opisał wymagane doświadczenie.

W ramach argumentacji prawnej Zamawiający stwierdził, co następuje.

Po pierwsze, że zapadłe na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy pzp orzecznictwo w zakresie wykluczania oferentów z uwagi na wprowadzenie w błąd zamawiającego zachowuje swoją aktualność. A zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, aby wypełnić hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 pzp, wszystkie przesłanki zawarte w tych przepisach muszą wystąpić łącznie, zaś niewykazanie zaistnienia chociażby jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że zamawiający nie wykluczając wykonawcy z postępowania nie naruszył cytowanych przepisów. Zatem dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki: przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd; błąd polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu; przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Natomiast art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp wymaga łącznego zaistnienia przesłanek: przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd; przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa; informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu (wyrok Izby z 16 kwietnia 2021 r. sygn. akt KIO 577/21).

Po drugie, że podstawa wykluczenia określona w tym przepisie może być zastosowana wtedy, gdy działanie wykonawcy cechuje wina nieumyślna. Należy brać pod uwagę obydwie postaci winy nieumyślnej, czyli niedbalstwo i lekkomyślność. Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy,

gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie (wyrok Izby z 25 stycznia 2021 r. sygn. akt KIO 3276/20).

Po trzecie, że nieprawidłowa jest praktyka wykluczania wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, bądź też odrzucania oferty wykonawcy, w oparciu o domysły czy też domniemanie zamawiającego. Wykluczenie wykonawcy, na równi z odrzuceniem oferty są najbardziej dla wykonawcy dotkliwymi sankcjami przewidzianymi w ustawie z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych i powinny być dokonywane na podstawie okoliczności niebudzących żadnych wątpliwości. W sytuacji, gdy nie zachodzi żadna z okoliczności zwalniających zamawiającego z obowiązku wystosowania wezwania do uzupełnienia dokumentów, jest on zobligowany do wykonania dyspozycji art. 26 ust. 3 pzp.

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. 528 pzp i nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała odwołania do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i poparł stanowisko Zamawiającego.

Z doświadczenia Przystępującego, realizującego zamówienia również na rzecz innych dużych zamawiających (GDDKiA, CPL), wynika, że różnie określają oni, co zaliczają do dokumentacji przedprojektowej, a co do projektowej. W tym przypadku istotne jest to, że celem warunku jest zweryfikowanie posiadania doświadczenia w wykonaniu usług podobnych do objętych przedmiotem zamówienia. Stąd nie ma znaczenia, że Przystępujący nazwał w wykazie opracowania jako przedprojektowe, gdyż równie dobrze można je określić jako opracowania projektowe, wszystko zależy od przyjętych definicji, których w tym przypadku Zamawiający nie określił.

Zwrócił uwagę, że w przypadku pierwszej osoby nazwa zamówienia została określona jako „opracowanie dokumentacji projektowej (...)”, której jednym z elementów była koncepcja programowo-przestrzenna wykonana przez tę konkretną osobę.

Niezależnie od powyższego z ostrożności wskazał, że z cytowanych w odwołaniu wyjaśnień treści SWZ w odpowiedzi na pytanie nr 9 nie wynika, że wymaganiem Zamawiającego jest, aby opracowanie przedprojektowe obejmowało wszystkie wymienione tam elementy, co zresztą w praktyce jest trudne do spełnienia w odniesieniu do jednej osoby. Od specjalistów od branży sterowania ruchem czy trakcji trudno oczekiwać bowiem udziału w opracowaniu dokumentacji środowiskowej, gdyż jest to zupełnie inna specjalizacja. Forsowane przez Odwołującego stanowisko prowadziłoby de facto do zmiany warunku w kierunku jego istotnego zaostrzenia, co wymagałoby odzwierciedlenia choćby w zmianie ogłoszenia o zamówieniu.

Podkreślił, że wskazując datę zakończenia opracowania dokumentacji odniósł ją właśnie do koncepcji programowo-przestrzennej, gdyż właśnie to opracowanie zostało zakończone i ono jest zgłaszane na poczet spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie ma tu zatem pola na wprowadzenie w błąd Zamawiającego.

Odnosnie kwestii definiowania szlaku w kontekście trzeciej osoby objętej zarzutami wskazał, że z jego doświadczenia wynika, że Zamawiający w każdym przypadku, jeżeli uznaje to za konieczne, wskazuje konkretną długość w kilometrach szlaku, co w tym przypadku nie miało miejsca.

Przystępujący podsumował, w żadnym ze wskazanych w odwołaniu przypadków nie miało miejsca wprowadzenie przez Przystępującego w błąd Zamawiającego, w szczególności nie miało miejsce podanie nieprawdziwych informacji, co najwyżej informację wymagały wyjaśnienia, co też Zamawiający uczynił wzywając do takich wyjaśnień.

Po przeprowadzeniu rozprawy, 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. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwoławczy, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez

Zamawiającego wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z objętym zarzutami zaniechaniem wykluczenia Przystępującego, może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Specyfikacja warunków tego zamówienia {dalej: „SWZ” lub „specyfikacja”} składa się z trzech tomów: I - instrukcji dla wykonawców {dalej: „IDW”}, II - warunków umowy, III - opisu przedmiotu zamówienia {dalej: „OPZ”}.

Z OPZ wynika w szczególności, co następuje.

Przedmiot tego zamówienia dotyczy linii kolejowej nr 137 Katowice-Gliwice od km 2,202 do km 27,100 oraz odgałęziających się od niej linii kolejowych (nr 713 Katowice-Chorzów Batory od km 2,208 do km 4,504, nr 131 Chorzów Batory-Chorzów Stary od km 6,115 do km 12,210, nr 141 Gliwice Sośnica-Gliwice od km 21,250 do km 21,500, linia kolejowa nr 164 Chorzów Batory-Ruda Kochłowice od km 0,105 do km 5,966; nr 187 Ruda Czarny Las-Ruda Orzegów od km 6,911 do km 7,500; nr 189 Ruda Chebzie-Ruda Orzegów

od km 0,461 do km 1,700, nr 651 Radoszowy-Gottwald od km 0,002 do km 3,547, 895 Gottwald-KWK Kleofas od km 0,000 do km 0,172), przy czym powstałe opracowanie obejmować powinno całą infrastrukturę kolejową znajdującą się na wskazanych powyżej odcinkach linii kolejowych pomiędzy wszystkimi semaforami wjazdowymi.

Głównym rezultatem tego zamówienia jest opracowanie dokumentacji przedprojektowej niezbędnej dla przygotowania zamówień na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych (przewidziano podział na dwa zadania: odcinek Katowice-Chorzów Batory i odcinek Chorzów Batory-Gliwice), w tym przede wszystkim studium wykonalności, którego rozwiązania i koncepcje będą podstawą do opracowania pozostałych elementów tej dokumentacji, oraz dokumentacji geologicznej, która umożliwiałaby właściwe zaplanowanie, zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, co wchodzi w zakres podstawowy tego zamówienia.

Przy czym studium wykonalności obejmuje opracowania (nazywane „produktami”), które mają powstać w etapach od I do VI, w fazie I (etapy od I do III): prognozy społeczno-gospodarcze i analizy runku usług transportowych, trasowanie linii i definiowanie wariantów inwestycyjnych, analizy marketingowe i ruchowe wariantów inwestycyjnych, w fazie II (etapy od IV do VI): analizy techniczne wariantów inwestycyjnych projektu z oszacowaniem kosztów, analiza środowiskowa, analiza kosztów i korzyści, które mają umożliwić wybór wariantu i składają się na podstawowy zakres tego zamówienia.

Kolejnymi elementami dokumentacji przedprojektowej, objętymi opcjonalnym zakresem tego zamówienia, są produkty etapów od VII do IX. W etapie VII jest to wniosek o wydanie decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych.

Etap VIII obejmuje: 1) sporządzenie wniosków do Prezesa UTK dotyczących konieczności spełnienia wymagań interoperacyjności, 2) opracowanie danych do wniosków o przyłączenie, 3) porozumienia z jednostkami samorządu terytorialnego, zarządcami dróg, gestorami sieci, 4) szczegółowy harmonogram budowy i etapowanie inwestycji.

Wreszcie w ramach etapu IX ma zostać opracowany opis przedmiotu zamówienia na potrzeby specyfikacji warunków zamówienia dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla zaprojektowania (jak to dalej określono: „OPZ na opracowanie dokumentacji projektowej”) lub zaprojektowania i wykonania robót budowlanych - program funkcjonalno-użytkowy {dalej: „PFU”), zgodnie z obowiązującymi przepisami, przy wykorzystaniu obowiązujących w PKP PLK wzorów dokumentów bazowych, wraz niezbędnymi załącznikami, w tym w szczególności: STWiORB/WTWiORB.

Zamawiający pierwotnie uznał za proporcjonalne do powyżej przybliżonego zakresu przedmiotu zamówienia i zarazem umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania tego zamówienia warunki udziału dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, polegające w szczególności na określeniu poniższych minimalnych poziomów zdolności wynikających z doświadczenia nabytego przez wykonawcę oraz jego kluczowy personel.

Od wykonawcy wymagane było wykonanie najdalej w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwóch usług polegających na opracowaniu dokumentacji przedprojektowej dla inwestycji liniowych obejmujących stacje kolejowe (tzn. co najmniej jedna stacja w każdej z dwóch wymaganych dokumentacji przedprojektowych) w zakresie transportu kolejowego, przy czym wartość jednej z usług nie mniejsza niż 1 mln zł brutto.

Ponadto od wykonawcy wymagane było dysponowanie pięcioma osobami do pełnienia pięciu wyodrębnionych kluczowych stanowisk - koordynatora projektu i czterech koordynatorów branżowych.

Dla koordynatora projektu wymagane było doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który zrealizował w okresie ostatnich pięciu lat co najmniej dwa opracowania studium wykonalności dla inwestycji liniowych w zakresie transportu kolejowego.

Natomiast w przypadku każdego z czterech koordynatorów branżowych - czyli odpowiednio: 1) linii, stacji i węzłów kolejowych, 2) sterowania ruchem kolejowym, 3) mostowego, 4) kolejowej sieci trakcyjnej - wymagane doświadczenie zostało określone jako współudział w okresie nie dawniej niż ostatnich pięciu lat w charakterze projektanta, koordynatora branżowego lub sprawdzającego w zakresie danej branży - czyli odpowiednio: ad 1) linii, stacji i węzłów kolejowych, ad 2) urządzeń srk, ad 3) mostowej, ad 4) sieci trakcyjnej - w opracowaniu co najmniej dwóch dokumentacji projektowych lub

przedprojektowych albo jednej dokumentacji projektowej i jednej dokumentacji

przedprojektowej (każda dokumentacja dla odrębnego zadania inwestycyjnego),

potwierdzone ujawnieniem w takim charakterze w opracowanej dokumentacji projektowej lub

przedprojektowej, które to dokumentacje dotyczyły odpowiednio: ad 1) budowy lub przebudowy zelektryfikowanych linii kolejowych obejmujących łącznie co najmniej trzy szlaki i

dwie stacje kolejowe, ad 2) budowy lub przebudowy zelektryfikowanych linii kolejowych

obejmujących łącznie dla obu dokumentacji co najmniej dwa szlaki i jedną stację kolejową, ad 3) budowy, rozbudowy lub przebudowy obejmujących łącznie dla obu dokumentacji co

najmniej dwa mosty lub wiadukty (alternatywnie jeden most i jeden wiadukt), w tym co

najmniej jednego kolejowego mostu lub wiaduktu o rozpiętości przęsła minimum 15 m, ad 4) budowy lub przebudowy zelektryfikowanych linii kolejowych obejmujących łącznie dla obu dokumentacji co najmniej dwa szlaki i jedną stację kolejową.

Oczywiste jest, że skoro przedmiotem zamówienia jest wykonanie dokumentacji przedprojektowej, również wymagane w ramach oceny zdolności do osiągnięcia tego rezultatu doświadczenie może wynikać z należytego wykonania w przeszłości umów o wykonanie takich samych lub podobnych dzieł.

Potwierdza to nie tylko dosłowne brzmienie warunków dotyczących wykonawców i osób (w przypadku tych ostatnich mowa jest o „braniu udziału” w opracowaniu, a nie w opracowywaniu, dokumentacji, objaśnione jako bycie w zespole autorskim wskazanym w dokumentacji projektowej lub przedprojektowej, ale i z wzorów wykazów osób objętych załącznikiem nr 6 do IDW (gdzie odpowiednio w kolumnie 2. i 3. należało wskazać odpowiednio podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana oraz w jakim okresie usługa ta została wykonana, co nazwano „okres trwania (...) wykonanej usługi”, a w kolumnie 3. należało zawrzeć opis poszczególnych wykonanych usług) jednoznacznie wynika, że wymagane doświadczenie może wynikać wyłącznie z faktu współudziału w wykonaniu, a nie wykonywaniu, dokumentacji projektowej lub przedprojektowej.

Jednocześnie ze sposobu sformułowania warunków, nie tylko warunku dotyczącego wykonawcy, ale i warunków dotyczących personelu wykonawcy, jednoznacznie wynika,

że chodzi o wykonaną uprzednio, czyli ukończoną dokumentację projektową lub przedprojektową, której współautorem w zakresie danej branży była osoba zgłaszana w tym postępowaniu do pełnienia funkcji koordynatora w tej właśnie branży.

Zarówno w opisie przedmiotu zamówienia, jak i w opisie warunków udziału w postępowaniu wyraźnie odróżniono dokumentację przedprojektową od dokumentacji projektowej. Jak to już powyżej przybliżono przedmiotem tego zamówienia jest opracowanie dokumentacji przedprojektowej, przede wszystkim opracowań wchodzących w zakres studium wykonalności, a opcjonalnie nawet opracowanie programu funkcjonalno-użytkowego i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, czyli przy gotowania dla Zamawiającego całości opisu przedmiotu zamówienia na potrzeby zamówień, w wyniku których linia kolejowa nr 137 na odcinku Katowice-Gliwice zostanie gruntownie zmodernizowana.

Zgodnie z art. 103 ust. 1 pzp zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Natomiast art. 103 ust. 2 pzp stanowi, że jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego (który wg art. 103 ust. 3 pzp obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne).

Dalsze sprecyzowanie powyższych opracowań wynika z (wciąż obowiązującego) rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 1129).

Dokumentacja projektowa dla robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się zatem co najmniej, w przypadku przyjęcia w umowie zasady wynagrodzenia ryczałtowego, z projektu budowlanego, uwzględniającego specyfikę robót budowlanych, oraz projektów wykonawczych, uszczegóławiających projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do realizacji robót budowlanych.

Natomiast dokumentacja projektowa dla robót budowlanych, dla których nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się co najmniej z planów, rysunków lub innych dokumentów umożliwiających jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót budowlanych podstawowych oraz uwarunkowań i dokładnej lokalizacji ich wykonywania oraz projektów, pozwoleń, uzgodnień i opinii wymaganych odrębnymi przepisami.

Z kolei zawartość projektu budowlanego szczegółowo określono w art. 34 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1333 ze zm.), w tym z ust. 3 wynika, że projekt budowlany zawiera co najmniej: 1) projekt zagospodarowania działki lub terenu sporządzony na aktualnej mapie do celów projektowych lub jej kopii, 2) projekt architektoniczno-budowlany, 3) projekt techniczny, przy czym określono również, co obejmuje każdy z tych projektów.

Ponieważ ani Prawo zamówień publicznych, ani Prawo budowlane nie zawierają przepisów określających definicję lub zawartość dokumentacji przedprojektowej, kwestia ta była przedmiotem pytań kierowanych przez wykonawców, na które Zamawiający odpowiedział w ramach wyjaśnień treści SWZ z 11 maja 2021 r. zawartych w piśmie pn. „Odpowiedzi na pytania nr 1”.

Pytanie nr 2: W związku ze znacznymi różnicami zakresów pomiędzy zamówieniami w PKP PLK zwracamy się o przedstawienie minimalnej definicji dokumentacji przedprojektowej? Dodatkowo zaznaczamy, że dotychczas przyjęta nomenklatura „studium wykonalności” jest powszechnie stosowana na całym świecie, natomiast sformułowanie „dokumentacja przedprojektowa” używana jest tylko przez PKP PLK. Takie sformułowanie warunki w punkcie 8.6.1 prowadzi do znaczącego ograniczenia rynku tylko i wyłącznie do wykonawców, którzy zrealizowali zamówienie w ostatnich 3 latach dla PKP PLK. W związku z powyższym wnosimy o rozszerzenie do 10 lat wymogu referencyjnego lub zmianę „dokumentacji przedprojektowej” na „studium wykonalności”.

Jednocześnie, czy Zamawiający uzna za spełnienie warunku określonego w punkcie 8.6.1 IDW, referencje obejmujące wykonanie studium wykonalności dla inwestycji liniowej w transporcie kolejowym w zakresie transportu?

Pytanie nr 9: Wykonawca zwraca się z uprzejmą prośbą o potwierdzenie, że poprzez sformułowanie „dokumentacja przedprojektowa” Zamawiający rozumie opracowanie zawierające łącznie: analizy eksploatacyjno-ruchowe, finansowo-ekonomiczne, techniczne,

środowiskowe oraz opracowane na ich podstawie dokumenty do dalszej realizacji projektu tj. OPZ/PFU, KIP, wnioski do UTK.

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 2 poinformował, że zmieni w tym zakresie warunek (co formalnie nastąpiło w ramach „Zmiany treści SWZ nr 4” z 21 maja 2021 r.), ale jednocześnie de facto wyjaśnił, że uwzględni alternatywny wniosek wykonawcy o zmianę „dokumentacji projektowej” na „studium wykonalności”.

Natomiast na pytanie nr 9 Zamawiający odpowiedział, że dokumentacja przedprojektowa rozumiana jest jako opracowanie zawierające wyszczególnione w pkt 5.2. OPZ produkty zamówienia.

W konsekwencji warunek dotyczący osób nie tylko nie został złagodzony w sposób analogiczny do warunku dotyczącego wykonawców, ale wręcz zaostrzony, gdyż w przypadku powołania się na współautorstwo dokumentacji przedprojektowej jako całość musiała ona dotyczyć zakresu opracowań de facto tożsamego do objętego przedmiotem

zamówienia.

Jak wynika również już z przybliżonego powyżej opisu przedmiotu zamówienia, dotyczy on nie tylko stacji, ale i szlaków pomiędzy tym stacjami. Przede wszystkim naturalne rozumienie sformułowania, że „dokumentacja obejmowała co najmniej dwa szlaki i jedną stację kolejową” w języku polskim jest takie, że obejmowała zarówno dwa szlaki, jak i stację kolejową, a nie część dwóch szlaków kolejowych i część stacji kolejowej. Żaden uczestnik sporu nie miał przecież wątpliwości, że przedmiotem opracowania ma być stacja w całości, a nie jej część. Z kolei sam Przystępujący wskazywał, że gdy Zamawiający w innych postępowaniach uznawał doświadczenie dotyczące części szlaku, wprost wskazywał długość szlaku.

Ustalone powyżej znaczenie warunków udziału w postępowaniu, stanowiących element treści oświadczenia woli Zamawiającego adresowanego do wykonawców, w tym przypadku niewątpliwie profesjonalistów, odpowiada regułom wykładni z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”}. Zgodnie z tym przepisem (który znajduje zastosowanie na mocy odesłania zawartego w art. 8 ust. 1 pzp) oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Wobec tego oczywiście bezprzedmiotowe jest powoływanie się przez Zamawiającego i Przystępującego w toku postępowania odwoławczego na wywiedzioną w orzecznictwie Izby zasadę, zgodnie z którą wątpliwości wynikające z niejasnego sformułowania przez instytucje zamawiającą postanowień w dokumentach postępowania nie mogą wywoływać niekorzystnych skutków dla wykonawcy, który w dobrej wierze kierował się ich treścią.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 pzp z 6 lipca 2021 r. Databout 16 lipca 2021 r. złożył wykaz osób, którymi dysonuje bezpośrednio {dalej: „wykaz osób”}, w którym na stanowisko koordynatora branżowego ds. sterowania ruchem kolejowym wskazał Marcina Kuczyńskiego, oświadczając jednocześnie, że był on, po pierwsze - projektantem w zakresie urządzeń srk w ramach wykonanej na rzecz PKP PLK w okresie od maja do października 2021 r. usługi dotyczącej opracowania dokumentacji projektowej dla przedsięwzięcia pn. „Prace na linii kolejowej nr 12 Skierniewice-Łuków (CE-20)”, w zadaniu nr 2 od km 71,251 do km 161,160, obejmującej sześć stacji (Góra Kalwaria, Osieck, Piława, Parysów, Stoczek Łukowski, Jedlanka) oraz sześć szlaków dwutorowych zelektryfikowanych z blokadą sbł.

Zamawiający - jak wynika z pisma z 23 lipca 2021 r. skierowanego do Databout - po analizie posiadanych dokumentów i dodatkowo pozyskanych informacji, stwierdził, że powyższe oświadczenie zawiera nieprawdziwe informacje, gdyż powyższa dokumentacja projektowa nie została jeszcze wykonana i jest nadal w trakcie opracowania.

Jednocześnie Zamawiający de facto zakwalifikował wykazanie warunku za pomocą nieprawdziwej informacji za niewykazanie spełniania warunku i wezwał Databout w trybie art. 128 ust. 1 pzp do uzupełnienia wykazu osób albo przez podanie innej usługi dla dotychczas wskazanej osoby, albo przez wskazanie nowej osoby z odpowiednim doświadczeniem.

W odpowiedzi z 29 lipca 2021 r. Databout de facto potwierdził, że w zakresie stwierdzonym przez Zamawiającego zawarł w wykazie nieprawdziwą informację.

Jednocześnie Databout zmienił treść dotychczasowego oświadczenia o sposobie spełnienia przez pana M.K. warunku udziału (abstrahując od dopisania kolejnych dwóch usług) dzięki udziałowi w opracowaniu dokumentacji projektowej wskazanej jako pierwsza, przez dopisanie, że w podanym okresie nastąpiło zakończenie i odebranie pierwszego etapu tej usługi w postaci koncepcji programowo-przestrzennej, którą jako dokumentację przedprojektową zgłosił na poczet spełnienia warunku.

Na rozprawie z jednej strony niesporne okazało się, że dokumentacja przedprojektowa dla przedsięwzięcia wskazanego jako pierwsze dla pana M.K. została opracowana w ramach innej umowy wykonanej przez innego wykonawcę niż Databout.

Z drugiej strony załączonego przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie dokumentu pn. „Protokół Nr 1 Odbioru Etapu I z dnia 22.10.2019 r.” wynika, że dotyczy on koncepcji programowo-przestrzennej wykonanej w ramach pierwszego etapu realizacji umowy na opracowanie dokumentacji projektowej. Niezależnie od tego ani z oznaczenia wykonawcy, ani z treści tego dokumentu nie wynika branie udziału przez pana M.K..

Jak wynika z oświadczenia Zamawiającego na rozprawie, co prawda nie wziął on pod uwagę nowo zgłoszonych przez pana M.K. usług, ale poczytał zmienione oświadczenie co do pierwszej usługi, pomimo że według jednoznacznej jego treści tym razem wskazywało ono na doświadczenie dotyczące dokumentacji przedprojektowej, za wykazanie (wraz z usługą z poz. 2, która jest poza zakresem zarzutów w tej sprawie) wymaganego doświadczenia w odniesieniu do opracowania dokumentacji projektowej, wbrew treści ustanowionej w tym postępowaniu warunku udziału.

W odniesieniu do zgłoszonego na stanowisko koordynatora branży mostowej pana

W.T. Databout opisał w wykazie dwie usługi, w tym jako pierwszą opracowanie dla PKP PLK

w okresie od stycznia do lipca 2020 r. dokumentacji przygotowawczej oraz dokumentacji technicznej dla przedsięwzięcia dotyczącego rewitalizacji linii kolejowej nr 229 na odcinku Kartuszy-Sierakowice wraz z ewentualną elektryfikacją, w ramach której osoba ta była

sprawdzającym w zakresie koncepcji programowo-przestrzennej budowy wiaduktu kolejowego o rozpiętości 34 m.

Druga usługa opisana dla tej osoby na poczet spełnienia warunku nie została zakwestionowana w odwołaniu.

Z kolei w odniesieniu do zgłoszonego na stanowisko koordynatora branży kolejowej sieci trakcyjnej pana P.Ł. Databout opisał w wykazie dwie usługi:

- 1) opracowanie dla PKP PLK w okresie od października 2018 r. do grudnia 2019 r. dokumentacji projektowej dla przebudowy stacji Racibórz wraz z wybranymi elementami infrastruktury kolejowej przyległych szlaków, w ramach przedsięwzięcia dotyczącego linii kolejowej E-59 na odcinku Kędzierzyn Koźle-Chałupki (granica państwa), obejmującej oprócz stacji szlaki Racibórz-Nędza i Racibórz-Krzyżanowice, w ramach której osoba ta była projektantem;
- 2) opracowanie dla PKP PLK w okresie od grudnia 2018 r. do kwietnia 2019 r. studium wykonalności rozbudowy stacji Budryk, obejmującego również szlak Chudów-Budryk, w ramach której osoba ta była zarówno koordynatorem, jak i projektantem.

W powyższym zakresie doszło nie tyle do podania przez Databout niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy informacji, co zgłoszenia na poczet spełniania warunków usług, które ich nie spełniają.

Natomiast to Zamawiający, podobnie jak uczynił to przy ocenie warunku dotyczącego koordynatora ds. sterowania ruchem kolejowym, wbrew treści ustanowionej przez siebie uprzednio warunku i treści oświadczenia zawartego w wykazie, uznał za opracowanie

dokumentacji projektowej wykonanie odpowiednio koncepcji programowo-przestrzennej

lub studium wykonalności, pomimo że nic takiego nie wynika również z załączonych do odpowiedzi na odwołanie odpowiednio dwóch pierwszych stron dokumentu i protokołu odbioru (wyraźnie wskazano, że chodzi o stadium koncepcji programowo-przestrzennej) czy umowy (uproszczony projekt w zakresie urządzeń srk).

Z kolei w trzecim przypadku na skutek presji ze strony Databout Zamawiający odstąpił od egzekwowania spełniania warunku, dokonując jego reinterpretacji zgodnie z interesem Przystępującego.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest częściowo zasadne.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp określono, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku:

- zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych {pkt 8};
- lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia {pkt 10}.

Powyższe przepisy stanowią implementację do krajowego porządku prawnego określonych w art. 57 ust. 4 lit. h oraz i (in fine) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE L 94, 28.3.2014, p. 65-242) podstaw wykluczenia w następujących sytuacjach:

- jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59 {lit. i};
- jeżeli wykonawca podjął kroki, aby wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia {lit. h in fine}.

W poprzednim stanie prawnym, pod rządami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych w jej ostatecznym brzmieniu (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „poprzednia ustawa pzp” lub „ppzp”}, implementację powyższych przepisów prawa unijnego zawierał art. 24 ust. 1 w pkt 16 i 17, stanowiąc, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku:

- zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów {pkt 16};
- lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia {pkt 17}.

Z uwagi na zbliżone brzmienie poprzednio i aktualnie obowiązujących przepisów prawa krajowego, stanowiących implementację tych samych przepisów prawa unijnego, co do zasady za aktualne należy uznać orzecznictwo wypracowane na tle stosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 poprzedniej ustawy pzp.

Dla prawidłowej interpretacji obecnie obowiązujących przepisów nie bez znaczenia jest również zestawienie ich z jeszcze dawniejszymi przepisami, zarówno krajowymi, jak i

unijnymi, które obowiązywały w powyższym zakresie.

Według dawnego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo

zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym do 27 lipca 2016 r. (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) (dalej: „dawna ustawa pzp” lub „dpzp” z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczało się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przepis ten stanowił

implementację art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można było wykluczyć każdego wykonawcę, który jest

winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania

informacji. W odróżnieniu od przepisu krajowego hipoteza przepisu dyrektywy obejmowała

zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie

zamówienia, przy czym w obu przypadkach miało to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Z kolei przesłankę wpływu nieprawdziwych informacji na wynik postępowania z art. 24 ust. 2

pkt 3 dpzp można było uznać za odpowiednik poważnego wprowadzenia w błąd

zamawiającego, o którym mowa w przepisie dyrektywy. W zakresie tych przesłanek, pomimo

różnic sformułowań, interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 dpzp w zgodzie z przepisem dyrektywy

nie budziła większych wątpliwości.

W odróżnieniu od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 dpzp przepis art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE wprost odwoływał się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. Stąd w orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 dpzp przy uwzględnieniu art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE z czasem skryształizowało się wręcz stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) wskazał, że przepis ten ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd

i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Według tego stanowiska złożenie nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, musi być czynnością dokonaną z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z powyższego Sąd wywiódł, że nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd. Takie stanowisko sądów okręgowych nie pozostało bez wpływu na orzecznictwo Izby, które uprzednio nie wymagało dla wypełnienia hipotezy normy określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 dpzp umyślnego zawinienia wykonawcy.

Jednakże Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA

z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej) orzekł w związku z wykluczeniem na podstawie art. 94 lit. b rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1 ze zm.) - stanowiącego, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji - że w przypadku gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa, i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny, czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego {por. pkt 75 i 119 wyroku}.

Powyższe orzeczenie Izba wzięła pod uwagę w wyroku z 11 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 177/15, argumentując, że co prawda powyższy wyrok dotyczył stosowania przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak zarówno treść przepisu art. 94 lit. b rozporządzenia finansowego, jak i art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE odwołują się do winy wykonawcy (kandydata) składającego nierzetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy, która powinna być interpretowana w taki sam sposób. Stąd Izba doszła do przekonania, że wykluczenie na

podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 dpzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2

lit. g dyrektywy 2004/18/WE, wymaga przypisania wykonawcy winy, jednak może to być

również niedbalstwo.

Izba wywiodła, że w praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż częstokroć może wymagać dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 dpzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (vide uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r. sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (vide uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

W aktualnym stanie prawnym podstawa wykluczenia z 109 ust. 1 pkt 10 pzp (art. 24 ust. 1 pkt 17 ppzp) wprost określa, że przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego może nastąpić w wyniku niedbalstwa, a nawet lekkomyślności wykonawcy. Natomiast przypisanie wykonawcy winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa jest konieczne dla wykluczenia z powołaniem się na art. 109 ust. 1 pkt 8 pzp (art. 24 ust. 1 pkt 16 ppzp).

W przypadku obu powyższych podstaw wykluczenia wykonawcy pierwszą przesłanką jest przedstawienie zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia wprowadzających w błąd, czyli po prostu nieprawdziwych (według dawniejszej terminologii), bo niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy, informacji.

Należy przyjąć, że obecnie obowiązujące przepisy, tak jak dawniej obowiązujące art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego adekwatny pozostaje (na co Krajowa Izba Odwoławcza wskazała już w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UPP 372/10) pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99 (opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Ponieważ w tej sprawie Przystępujący, w zakresie powyżej ustalonym, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego co do spełniania warunku udziału, została

wypełniona pierwsza z przesłanek koniecznych dla zastosowania obu rozważanych podstaw wykluczenia.

Drugą przesłanką, o której już była mowa powyżej, dotyczy tego, aby przedstawienie informacji wprowadzającej w błąd było zawinione przez wykonawcę, przy czym art. 109 ust. 1 pkt 8 pzp wymaga co najmniej wystąpienia rażącego niedbalstwa, natomiast według art. 109 ust. 1 pkt 10 pzp wystarczająca jest lekkomyślność.

Rażące niedbalstwo jako najcięższy z przypadków winy nieumyślnej oznacza zachowanie się w sposób istotnie odbiegający od oczekiwań stawianych wobec podmiotu działającego na rynku profesjonalnie. Sąd Najwyższy trafnie wskazał, że przez rażące niedbalstwo rozumie się niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej (vide uzasadnienie wyroku z 10 marca 2004 r. sygn. akt IV CK 151/03). Jednocześnie porównanie art. 355 kc z przepisami kc, w których występuje pojęcie „rażącego niedbalstwa”, wskazuje na to, że rażące niedbalstwo to coś więcej niż brak zachowania zwykłej staranności w działaniu. Wykładania tego pojęcia powinna zatem uwzględniać kwalifikowaną postać braku zwykłej lub podwyższonej staranności w przewidywaniu skutków działania. Chodzi tu o takie zachowanie, które graniczy z umyślnością (vide uzasadnienie wyroku z 25 września 2002 r. sygn. akt I CKN 969/00).

Spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia co do zasady badane jest na podstawie oświadczeń własnych wykonawców, co służy usprawnieniu i przyspieszeniu czynności zamawiającego. Jednocześnie wskazuje, że właściwym wzorcem postępowania wykonawcy jest przedstawianie w tych oświadczeniach informacji rzetelnych, wyczerpujących i zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy.

Stąd przedstawienie przez Przystępującego w wykazie osób, czyli szczegółowym oświadczeniu własnym, w jaki sposób spełnia warunek udziału określony w tym postępowaniu przez Zamawiającego, stanowi rażące naruszenie tego wzorca. Co więcej, Przystępujący nawet w toku postępowania odwoławczego nie był w stanie przyznać, że wprowadził Zamawiającego w błąd, przechodząc do porządku dziennego nad treścią pierwotnie złożonego wykazu do zupełnie nowych informacji, które zawarł w uzupełnionym wykazie. Wobec tego zachowanie Przystępującego należy ocenić jako rażąco niedbałe naruszenie podstawowych reguł obowiązujących wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Trzecią i ostatnią przesłanką, która musi łącznie wystąpić z poprzednimi dla zaistnienia rozważanych podstaw wykluczenia, jest to, aby wprowadzenie w błąd dotyczyło informacji, które co najmniej mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Przy czym według dominującego w orzecznictwie lbzy stanowiska wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie musiały faktycznie wpłynąć na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogły mieć potencjalny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu. Taka interpretacja jest również podzielana przez Sąd Okręgowy w Warszawie, który trafnie wskazał, dla rozważań dotyczących przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ppzp istotne jest jedynie zachowanie wykonawcy i treść informacji (mogącej mieć wpływ na decyzje zamawiającego), natomiast stan wiedzy czy zachowanie zamawiającego nie ma żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia, czy zamawiający został skutecznie wprowadzony w błąd na skutek czego podjął jakiegokolwiek decyzje czy wykonał jakiegokolwiek czynności. Sąd podkreślił, że gdyby nawet zamawiający w powołaniu na wypracowane notorium (uwzględniając stan posiadanej przez siebie wiedzy) zachowałby ostrożność w podejmowaniu decyzji, samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia (vide uzasadnienie wyroku wydanego 20 lipca 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 849/18; podobnie w uzasadnieniu wyroku z 5 sierpnia 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 48/21).

Przy czym ponownie należy podkreślić, że skoro decyzje m.in. odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający podejmuje na podstawie oświadczeń przedstawionych przez wykonawcę (w aktualnym stanie prawnym zaliczanych do podmiotowych środków dowodowych) na potrzeby prowadzonego postępowania znaczenie ma, czy wykonawca formalnie wykazał w ten sposób spełnianie warunków udziału. Natomiast zamawiający nie ma obowiązku ani nawet uprawnienia do ustalania tzw. prawdy materialnej tzn., czy biorąc pod uwagę najlepszy możliwy sposób wykazania tych okoliczności przez danego wykonawcę, obiektywnie spełnia on warunki. Innymi słowy nie ma podstaw prawnych, aby skutek wprowadzenia w błąd zamawiającego odnosić do innego stanu rzeczy niż wynikający ze złożonych przez wykonawcę w postępowaniu oświadczeń.

Ponieważ wprowadzające w błąd informacje dotyczyły jednej z dwóch pozycji wykazu, które łącznie konieczne były dla wykazania spełniania warunku przez

Przystępującego, również przesłanka potencjalnego wpływu na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego została wypełniona.

Z art. 128 ust. 1 pzp wynika, że jeżeli wykonawca nie złożył m.in. podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na dokonanie tych czynności lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Powyższa regulacja jest analogiczna do poprzednio zawartej w art. 26 ust. 3 poprzedniej ustawy pzp, stąd za w pełni aktualne należy uznać stanowisko uprzednio wielokrotnie wyrażone w orzecznictwie Izby, że nieprawdziwej czy wprowadzającej w błąd informacji, która mogła mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu (w powyżej objaśnionym rozumieniu), nie można w tym trybie zastępować informacją prawdziwą. Jeżeli wykonawca winny jest wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem w zakresie istotnych dla tego postępowania informacji, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie zawiera błąd dotyczący braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W takim przypadku oświadczenie wręcz potwierdza spełnianie warunku, tyle że za pomocą informacji, która w rzeczywistości wprowadzała w błąd. Stąd wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w oświadczeniach na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie musi się wiązać z odrzuceniem oferty jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego tych warunków.

Odmienne stanowisko oznaczałoby również, że w ramach badania zaistnienia podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 8 i 10 pzp mieści się również badanie, czy wykonawca, który przedstawił informację wprowadzającą w błąd, był już wzywany do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji prowadziłoby to do takiej interpretacji tych podstaw wykluczenia, że dla ich zaistnienia konieczne jest jeszcze zaistnienie czwartej przesłanki. Innymi słowy nie podlegałby wykluczeniu wykonawca, który co prawda przedstawił wprowadzające w błąd informacje, ale uczynił to po raz pierwszy tzn. nie był wzywany do zastąpienia tej nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnianie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnianie tego warunku.

W okolicznościach tej sprawy Zamawiający przeszedł do porządku dziennego nad przedstawieniem przez Przystępującego w wykazie osób wprowadzającej w błąd informacji odnośnie potwierdzenia spełnianie warunku dotyczącego koordynatora branżowego ds. sterowania ruchem kolejowym, z naruszeniem art. 109 ust. 8 i 10 w zw. z art. 128 ust. 1 pzp umożliwiając Przystępującemu jej usunięcie i wykazanie spełniania tego warunku w inny sposób.

Natomiast nie potwierdziły zarzuty naruszenia tych samych przepisów, co powyżej wskazane, przy badaniu spełniania pozostałych dwóch warunków udziału. Z uwagi na odmienne okoliczności faktyczne, nie zostały spełnione przesłanki wykluczenia wynikające z art. 109 ust. 8 lub 9 pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że:

- naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 oraz art. 128 ust. 1 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp orzeczono, jak w pkt 1. sentencji,
- w pozostałym zakresie nie doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp, stąd z mocy art. 554 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy pzp orzeczono, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 nowej ustawy pzp, uznając że Odwołujący wygrał ją w 1/3, a w 2/3 przegrał. Stąd w pierwszej kolejności na podstawie § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) zaliczono do tych kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego. W drugiej kolejności na podstawie § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit b zasądzono od

Zamawiającego na rzecz Odwołującego jedną trzecią kosztów poniesionych przez tego ostatniego, w tym kosztów zastępstwa przed Izbą, potwierdzonych do zamknięcia rozprawy złożonym rachunkiem.