

Sygn. akt: KIO 2916/21

WYROK

z dnia 22 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Przemysław Dzierzędzki

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: SWIETELSKY RAIL POLSKA sp. z o.o., ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków oraz SWIETELSKY AG, Edlbacherstr. 10, 4020 Linz, Austria,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Generalnego Dyrektora Dróg

Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji

Dróg Krajowych i Autostrad w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków,

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX sp. z o.o., ul. Energetyczna 10, 42-504 Będzin, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego

konsorcjum: SWIETELSKY RAIL POLSKA sp. z o.o. i SWIETELSKY AG na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Generalnego Dyrektora Dróg

Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji

Dróg Krajowych i Autostrad w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: konsorcjum SWIETELSKY RAIL POLSKA sp. z o.o., ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków oraz SWIETELSKY AG, Edlbacherstr. 10, 4020 Linz, Austria, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków, na rzecz odwołującego: konsorcjum SWIETELSKY RAIL POLSKA sp. z o.o., ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków

oraz SWIETELSKY AG, Edlbacherstr. 10, 4020 Linz, Austria, kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów uiszczzonego wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2916/21

UZASADNIENIE

Zamawiający - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działający przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Budowa obwodnicy Chełmca w ciągu drogi krajowej nr 28”, numer referencyjny: O.KR.D-3.2411.5.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 02.06.2021 r., nr 2021/S 105 - 275298.

Pismem z dnia 24.09.2021 r. zamawiający poinformował m.in. o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: SWIETELSKY RAIL POLSKA sp. z o.o., ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków oraz SWIETELSKY AG, Edlbacherstr. 10, 4020 Linz, Austria (dalej: „odwołujący”).

W dniu 04.10.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania w sytuacji niespełnienia przesłanek wykluczenia objętych tym przepisem z uwagi na brak zaistnienia przesłanki wprowadzenia zamawiającego w błąd oraz przesłanki wpływu działania odwołującego na decyzje podejmowane przez zamawiającego,
- 2) art. 110 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie wobec udowodnienia przez odwołującego przesłanek z tego przepisu,
- 3) art. 110 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, a to jest uznanie odwołującego za nierzetelnego w postępowaniu na podstawie przesłanek nie objętych tych przepisem.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„(2) Przedstawiona dokumentacja zawierała błędnie uzupełniony przez Odwołującego Formularz 2 — „wykaz osób”. Odwołujący omyłkowo przekazał Zamawiającemu wersję roboczą tego formularza w postaci pliku, w którym nie została zapisana ostateczna wersja oświadczenia wiedzy Odwołującego dotyczącego wykazu osób skierowanych przez Odwołującego do realizacji zamówienia publicznego.

(3) Pomyłka ta została przez Odwołującego zauważona i Zamawiający został o tym natychmiast powiadomiony pismem z dnia 14 września 2021 roku. Następnie, mając na uwadze dyspozycje art. 110 PZP, Odwołujący w dniu 17 września 2021 roku złożył pismo uzupełniające, w którym wyczerpująco wykazał spełnienie przesłanek objętych tym przepisem.

(4) Niestety Zamawiający nie wziął pod uwagę wyjaśnień Odwołującego złożonych w toku procedury samooczyszczenia. Pismem z dnia 24 września 2021 roku Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2a w

związku z art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP. W ocenie Zamawiającego przedłożenie przez Odwołującego formularza Nr 2 — „wykaz osób” stanowiło przedstawienie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego. Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji wskazał, że zadanie, na które w formularzu Nr 2 powołał się Odwołujący (...) realizowane było na rzecz Zamawiającego. Zamawiający zorientował się zatem, że przedmiotowa inwestycja realizowana była w innych terminach niż wskazany przez Odwołującego w formularzu Nr 2 (realizacja miała miejsce od kwietnia 2010 roku do czerwca 2011 roku), na innej długości (770 m zamiast 14,389 km) oraz miała inną wartość (15.281.600,00 zł a nie wskazane przez Odwołującego 33.500.000,00 zł). Powyższe w ocenie Zamawiającego ma świadczyć o spełnieniu się w sprawie pierwszej przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP czyli przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzającej w błąd. (...)

(7) Następnie Zamawiający stwierdził, że w niniejszej sprawie nie może skorzystać z dobrodziejstwa przepisu art. 110 ust. 2 PZP ponieważ wyjaśnienia Odwołującego wpłynęły do Zamawiającego po terminie w którym podjął już decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego a poza tym obejmowały nieuprawnioną w ocenie Zamawiającego próbę zastąpienia informacji omyłkowo podanych informacjami prawdziwymi. (...)

(11) Wykonawca nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego. Owszem, omyłkowo Odwołujący przedstawił informacje nieprawdziwe (na co Odwołujący natychmiast zareagował, o czym szczegółowo w pkt III) natomiast Zamawiający z tego powodu nie znajdował się w stanie błędu. Zamawiający bowiem, o czym pisze w piśmie z dnia 24 września 2021 roku był także zamawiającym dla zamówienia na które powołał się Odwołujący w formularzu Nr 2 — „wykaz osób”. Zamawiający miał zatem od samego początku pełną świadomość, że wskazany przez Odwołującego termin realizacji inwestycji, długość odcinka oraz wartość inwestycji nie odpowiadają rzeczywistości. (...)

(12) Dalsza analiza okoliczności omyłkowo podanych przez Odwołującego jedynie potwierdza stanowisko Odwołującego, że podane przez niego w formularzu Nr 2 informacje nie wprowadziły i nie mogły Zamawiającego wprowadzić w błąd. Odwołujący opisał bowiem inwestycję jako: „rozbudowa lewej jezdni drogi krajowej Nr 7 klasy GP od km 697+ 100 do km 697+870 wraz z przebudową ulicy Mostowej i skrzyżowania ulicy Mostowej z ulicą Piłsudskiego w Myślenicach”. Z prostego działania matematycznego wynika, że pomiędzy kilometrem 697+100 a kilometrem 697+870 jest dokładnie 770 m, a nie jest i nie może być 14,389 km czyli ponad 18 razy więcej. (...)

(13) Kolejno zwrócić należy uwagę na wartość inwestycji. Jeżeli jej przedmiotem był odcinek o długości 770 m to oczywistym jest dla Zamawiającego będącego profesjonalistą w dziedzinie budownictwa drogowego, że jego realizacja nie mogła kosztować 33.500.000,00 zł (zwłaszcza w 2010 roku). Jest to zatem znów informacja, która w żaden sposób nie wprowadziła i nie mogła wprowadzić Zamawiającego w błąd.

(14) Z tych względów Odwołujący twierdzi, że w sprawie nie została spełniona przesłanka wprowadzenia Zamawiającego w błąd, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP, a zatem ta fakultatywna podstawa wykluczenia nie znajduje w niniejszej sprawie zastosowania. (...)

(16) Trzecią w końcu z przesłanek wymaganą przez art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP jest charakter informacji, które nie tylko muszą wprowadzać zamawiającego w błąd (co jak wykazano w niniejszej sprawie nie miało miejsca) ale także muszą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Powołany w tym miejscu przepis nie mówi przy tym o jakimkolwiek wpływie na decyzje zamawiającego ale o wpływie istotnym. Jak wynika z przebiegu Postępowania przedstawionego przez Zamawiającego w piśmie z dnia 24 września 2021 roku Zamawiający w ogóle nie sugerował się ani nie zamierzał się sugerować informacjami zawartymi w formularzu Nr 2 Odwołującego. Jak zostało wykazane powyżej, Zamawiający niejako „z urzędu” zorientował się i zweryfikował te informacje jako nieprawdziwe. Zamawiający popada zatem w wewnętrzną sprzeczność z jednej strony wskazując, że informacje podane przez Odwołującego mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w toku Postępowania a z drugiej w uzasadnieniu szeroko wskazuje, że zorientował się co do nieprawdziwości podanych przez Odwołującego informacji i na ich podstawie nie podejmował żadnych decyzji. (...)

(22) Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy wskazać w pierwszej kolejności należy, że Odwołujący udowodnił Zamawiającemu spełnienie wszystkich przesłanek wymienionych w art. 110 ust. 2 PZP co zawarte zostało w piśmie Odwołującego z dnia 17 września 2021 roku. Przytaczając pokrótce podjęte przez Odwołującego działania wskazać należy na:

- (i) w zakresie przesłanki naprawienia szkody wyrządzonej nieprawidłowym postępowaniem (art. 110 ust. 2 pkt 1) PZP) Odwołujący zobowiązał się do jej zadośćuczynienia gdy tylko zostanie zgłoszona, dodatkowo oferując dowód w postaci polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w Wiener Stadische Versicherung AG z sumą gwarancyjną 15.000.000,00 EUR za każde zdarzenie;

(ii) w zakresie przesłanki wyczerpującego wyjaśnienia faktów związanych z nieprawidłowym postępowaniem (art. 110 ust. 2 pkt 2) PZP) Odwołujący podał wszelkie istotne dla sprawy okoliczności w piśmie z dnia 14 września 2021 roku oraz w piśmie z dnia 17 września 2021 roku;

(iii) w zakresie wykazania konkretnych działań zapobiegającym nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości (art. 110 ust. 2 pkt 3) PZP) Odwołujący w szczególności udowodnił dokonanie reorganizacji personelu w tym zmianę stanowiska pracownika, który przyczynił się do zaistniałej sytuacji oraz zwiększenie personelu obsługującego zamówienia publiczne. Odwołujący zintensyfikował szkolenia z zakresu zamówień publicznych, wdrożył system sprawozdawczości i kontroli a także utworzył w swoich strukturach jednostkę audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji i standardów w zakresie wynikającym z uczestnictwa w rynku zamówień publicznych. (...)

(24) Z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wynika, że Zamawiający wbrew dyspozycji art. 110 ust. 2 PZP w ogóle nie dokonał wymaganej oceny czy Odwołujący podolał udowodnieniu spełnienia przesłanek wynikających z tego przepisu. W ocenie Odwołującego przepis ten obliguje Zamawiającego do oceny każdego zaoferowanego przez Odwołującego dowodu na okoliczność spełnienia konkretnej przesłanki z art. 110 ust. 2 PZP i podania wyników tej oceny wraz z uzasadnieniem. Ocena ta powinna także przebiegać z uwzględnieniem dyspozycji art. 110 ust. 3 PZP czyli według kryterium rzetelności wykonawcy z uwzględnieniem wszakże wagi i szczególnych okoliczności czynu wykonawcy. (...)

(26) Tymczasem Zamawiający, jak wynika z treści pisma z dnia 24 września 2021 roku, skupił się na weryfikacji daty wpływu wyjaśnień Odwołującego (co miało miejsce w dniu 14 września 2021 roku) oraz wewnętrznej daty podjęcia przez siebie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego (13 września 2021 roku). W ocenie Zamawiającego decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego zapadła przed wniesieniem przez Odwołującego wyjaśnień w rezultacie czego dokonane przez Odwołującego samooczyszczenie uznaje za nieskuteczne.

(27) Z takim stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić z tej prostej przyczyny, że nie znajduje ono jakiegokolwiek podstawy prawnej. Prawo zamówień publicznych nie uzależnia skuteczności samooczyszczenia od jakichkolwiek terminów. Istotnym jest jedynie aby samooczyszczenie było inicjatywą wykonawcy a nie reakcją na czynności zamawiającego co też miało w niniejszej sprawie miejsce: Odwołujący gdy tylko spostrzegł swoją omyłkę natychmiast sam poinformował o niej Zamawiającego wyczerpując procedurę uregulowaną w art. 110 PZP bez żadnych wezwań czy w odpowiedzi na jakiegokolwiek reakcję ze strony Zamawiającego. (...)

(29) Zamawiający nie może powoływać się na swoją decyzję z dnia 13 września 2021 roku o odrzuceniu oferty Odwołującego jako przyczynę nieskuteczności procedury samooczyszczenia z tego także powodu, że Odwołujący o tej decyzji nie wiedział. Decyzja ta nie została bowiem nigdzie opublikowana lub zakomunikowana przez Zamawiającego w sposób wymagany w Postępowaniu.

(30) Stanowisko Zamawiającego doprowadza instytucję samooczyszczenia do absurdu gdyż obejmuje założenie, że będzie ona bezskuteczna w sytuacji w której zamawiający podejmuje sobie jedynie znane działania wewnętrzne. Zasada jawności i przejrzystości postępowania w zamówieniach publicznych stoi na przeszkodzie takiej interpretacji art. 110 PZP.

(31) W uzasadnieniu decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego trudno także poszukiwać wykonania przez Zamawiającego dyspozycji art. 110 ust. 3 PZP. Wynika z uzasadnienia bowiem, że Zamawiający ani nie ocenił dowodów pod względem kryterium rzetelności Odwołującego ani tym bardziej nie wziął pod uwagę wagi i szczególnych okoliczności czynu Odwołującego do czego był zobowiązany i czemu powinien dać wyraz w pisemnym uzasadnieniu. (...)

(32) (...) Działanie Odwołującego nie było w żaden sposób zamierzone ani intencjonalne a było wynikiem braku starannego działania o czym najlepiej może świadczyć fakt, że pismo zawierające wadliwy formularz Nr 2 kierowane było do PKP PLK S.A. jako zamawiającego zamiast do GDDKiA. W wyniku tej niestaranności wdrożono w organizacji Odwołującego szereg procedur i rozwiązań, które uniemożliwią powtórkę takiego zdarzenia. (...)"

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołujących i czynności wyboru oferty Banimex sp. z o.o.,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego przy uwzględnieniu jego wyjaśnień z 14 i 17 września 2021 r.,

3) powtórzenia czynności wyboru oferty.

Pismem z dnia 07.10.2021 r. wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX sp. z o.o., ul. Energetyczna 10, 42-504 Będzin (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 20.10.2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismem z dnia 19.10.2021 r. przystępujący przedstawił swoją argumentację w sprawie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest budowa obwodnicy Chełmca w ciągu drogi krajowej nr 28.

Zamawiający przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie m.in. art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

W pkt 8.2.4.2. swz zamawiający wymagał wykazania dysponowania osobą proponowaną do pełnienia funkcji Kierownika Budowy (wymagana 1 osoba) o doświadczeniu zawodowym:

„Minimum 12 miesięcy doświadczenia w okresie trwania robót budowlanych przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. G o wartości robót co najmniej 23 000 000 PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach:

Kierownika Budowy

lub

Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 1,5 km

lub

Kierownika Robót Mostowych dla budowy lub przebudowy co najmniej 1 obiektu mostowego

o obciążeniu dla klasy A lub klasy I

lub

Inżyniera Kontraktu

lub

Inżyniera Rezydenta.”

W pkt 9.5. swz zamawiający odniósł się do instytucji samooczyszczenia i wskazał, że wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy Pzp lub na podstawie okoliczności wymienionych w pkt 9.2. ppkt 2) - 10) IDW (m.in. art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp), jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie warunki samooczyszczenia.

Pismem z dnia 27.08.2021 r. zamawiający, na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia oświadczenia JEDZ i podmiotowych środków dowodowych.

Pismem z dnia 07.09.2021 r. odwołujący złożył pismo przewodnie, w którym jako zamawiający został wskazany: „PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa”, do którego dołączył wymagane oświadczenia i dokumenty, w tym wykaz osób. W ww. wykazie osób odwołujący wskazał następujące doświadczenie proponowanego kierownika budowy: „W okresie od czerwca 2011 do października 2012 pełnił funkcję kierownika robót drogowych dla odcinka o dł. 14,389 km na zadaniu związanym z budową/przebudową dróg klasy G pn. "Rozbudowa lewej jezdni drogi krajowej nr 7 klasy GP od km 697+100 do km 697+870 wraz z przebudową ul. Mostowej i skrzyżowania ul. Mostowej z ul. Piłsudskiego w Myślenicach". Długość przebudowywanego odcinka drogi klasy G: 14,389 km. Wartość robót: 33,5 mln. Netto”.

Pismem z dnia 14.09.2021 r. odwołujący poinformował zamawiającego, że „na skutek błędu osoby przygotowującej i składającej ofertę w przedmiotowym postępowaniu, przekazaliśmy Państwu „wersje roboczą” formularza nr 2 „wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego”. Wersja robocza stanowi nieskończony plik, którego końcowa wersja nie została prawidłowo zapisana na skutek omyłki osoby przygotowującej i składającej ofertę”. Do ww. pisma odwołujący załączył też nowy wykaz osób, w którym wskazał innego kierownika budowy i inne inwestycje potwierdzające jego doświadczenie, a ponadto załączył oświadczenie pracownika podpisującego poprzedni wykaz osób, w którym pracownik ten wyjaśnia popełnioną przez siebie omyłkę.

Pismem z dnia 17.09.2021 r. odwołujący wskazał, że swoje pismo z dnia 14.09.2021r. traktuje jako wszczynające procedurę samoczyszczenia i przedstawił działania zaradcze zmierzające „do naprawy organizacji procesu przygotowania i składania ofert celem wykluczenia powstawania w przyszłości podobnych nieprawidłowości i wykazania rzetelności Spółki w procedurach zamówieniowych”. Treść ww. pisma i załączników odwołujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa (pismem z dnia 27.09.2021 r. zamawiający poinformował o częściowym odtajnieniu tych informacji).

Pismem z dnia 24.09.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał m.in.:

„(...) Zamawiający dokonał zestawienia podanych w Formularzu 2 informacji ze stanem faktycznym, wynikającym z posiadanej przez Zamawiającego dokumentacji. (...)

Powyższe dane ustalone przez Zamawiającego na podstawie dokumentów kontraktowych jednoznacznie wskazują, że podane przez Wykonawcę w Formularzu 2 informacje są niezgodne z rzeczywistością w zakresie terminu realizacji, długości odcinka drogi klasy G (tj. 14,389 km) oraz wartości robót (tj. 33,5 mln netto). Są to informacje nieprawdziwe, gdyż prezentują stan inny niż w rzeczywistości. (.)

Przedstawienie nieprawdziwych informacji nastąpiło co najmniej w wyniku niedbalstwa (druga przesłanka), które polegało na niedołożeniu należytej staranności na etapie przygotowania oraz przesyłania dokumentów, w szczególności na niezwyfikowaniu informacji przekazywanych Zamawiającemu. (.)

Z informacji podanych przez Konsorcjum Swietelsky w Formularzu 2 „Wykaz osób” wynika jednoznacznie, że Wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w pkt 8.2.4.2. Instrukcji dla Wykonawców (TOM I SWZ, dalej: IDW) a dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej osób skierowanych do realizacji zamówienia. Tym samym na podstawie tych informacji Zamawiający mógłby dokonać wyboru oferty Konsorcjum Swietelsky jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, co bezsprzecznie świadczy o istotności tych informacji.

Natomiast stan faktyczny dowodzi, że wskazane zadanie nie posiada parametrów, pozwalających na dokonanie pozytywnej oceny spełnienia postawionego w pkt 8.2.4.2. IDW warunku udziału w postępowaniu, a w szczególności:

- wartość zadania (wynosząca 15 281 600,00 zł brutto) jest niższa od wymaganej, zgodnie z pkt 8.2.4.2 lit. a) IDW (co najmniej 23 000 000 PLN netto),
- długość odcinka dróg klasy min. G wymagana w przypadku wykazania doświadczenia na stanowisku Kierownika Robót Drogowych jest mniejsza od wymaganej zgodnie z pkt 8.2.4.2 lit a) IDW (min. 1,5 km).

(...) Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do złożenia żadnych wyjaśnień w zakresie nieprawdziwych informacji, gdyż okoliczności sprawy są tak oczywiste, że nie wymagały dodatkowych wyjaśnień.

Zamawiający uznaje za nieskuteczną próbę dokonania w niniejszym postępowaniu samooczyszczenia przez Wykonawcę. (.)

Co prawda przepisy ustawy odnoszące się do procedury samooczyszczenia nie wskazują terminu na jej dokonanie, niemniej jednak biorąc pod uwagę treść art. 110 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający powinien dysponować informacjami, czy podjęte przez wykonawcę działania naprawcze i zapobiegawcze są wystarczające do wykazania jego rzetelności, na etapie badania i oceny oferty oraz przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający powziął informację o ziszczeniu się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 10) zanim został poinformowany przez Wykonawcę o wprowadzonych w firmie działaniach naprawczych. W dniu 13.09.2021 r. komisja przetargowa zakończyła badanie i ocenę oferty Konsorcjum Swietelsky w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczania. W wyniku tej oceny, zgodnie z pkt 4.2.3. IDW, Zamawiający w dniu 14.09.2021 r. wezwał kolejnego Wykonawcę do złożenia dokumentów podmiotowych. Informację o podjętych przez Wykonawcę działaniach naprawczych Zamawiający uzyskał dopiero w dniu 17.09.2021 r. (...)

Ponadto w ramach samooczyszczenia, Wykonawca dokonał próby zmiany Formularza 2, proponując zastąpienie informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą, co należy uznać za niedopuszczalne. (...)"

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy

Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp:

2. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

- 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
- 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
- 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:
 - a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
 - b) zreorganizował personel,
 - c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,

- d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,
- e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

3. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

W przedmiotowej sprawie Izba w pierwszej kolejności ustaliła, że ziszcili się przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Niewątpliwie bowiem odwołujący dopuścił się niedbalstwa przy przedstawianiu zamawiającemu wykazu osób, w którym wskazano niewłaściwe doświadczenie kierownika budowy. Sam odwołujący wskazał, że przyczyną ww. sytuacji było złożenie wykazu jako nieskończonego pliku, „którego końcowa wersja nie została prawidłowo zapisana na skutek omyłki osoby przygotowującej i składającej ofertę”. Ww. ludzka omyłka stanowi właśnie niedbalstwo w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, zatem doszło do ziszczenia się ww. przesłanki.

Ziszcila się także przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd, o której mowa w ww. przepisie. Należy bowiem zauważyć, że zgodnie z ustalonym orzecznictwem, aby przesłanka ta została spełniona, zamawiający nie musi zostać skutecznie wprowadzony w błąd, ale wystarczy sama możliwość jego wprowadzenia w błąd. Tym samym wystarczające jest, że treść przedstawionych informacji, bez ich szczegółowego badania i weryfikacji, prowadzi do wniosku, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony, aby przesłanka wprowadzenia w błąd została spełniona (patrz: wyrok z dnia 13.04.2017 r. o sygn. akt KIO 618/17). W niniejszej sprawie odwołujący przedstawił informacje dotyczące kierownika budowy, które były niezgodne ze stanem faktycznym, a zatem były nieprawdziwe, co oznacza, że mogły wprowadzić zamawiającego w błąd, gdyby ten sam ich nie zweryfikował lub gdyby odwołujący go nie poinformował o swoim błędzie. Tym samym w niniejszej sprawie nastąpiło wprowadzenie zamawiającego w błąd.

Nie można przy tym zgodzić się z odwołującym, że zamawiający nie mógł zostać wprowadzony w błąd, ponieważ inwestycja wskazana na potwierdzenie doświadczenia kierownika budowy była realizowana na rzecz tego samego zamawiającego. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że zamawiający co do zasady dokonuje badania i oceny ofert w oparciu o oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawcę. Zatem to przede wszystkim obowiązkiem wykonawcy jest przedstawienie rzetelnych i zgodnych ze stanem faktycznym informacji wymaganych w postępowaniu.

Dodatkowo należy zauważyć, że nie zawsze też zamawiający będzie w stanie samodzielnie wykryć nieprawdziwość informacji podanych przez wykonawcę. Rozbudowane struktury organizacyjne czy fluktuacja kadr u danego zamawiającego mogą spowodować, że członkami komisji przetargowej będą osoby nie posiadające wiedzy na temat innych inwestycji prowadzonych przez tego zamawiającego. Tymczasem decyzja o wykluczeniu bądź niewykluczeniu danego wykonawcy z postępowania powinna zależeć od tego, czy w danym przypadku ziszcili się przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 ustawy Pzp, a nie od tego, czy do prowadzenia danego postępowania zostaną wyznaczone osoby, które będą dysponowały w tym zakresie stosowną wiedzą i będą w stanie samodzielnie zweryfikować prawdziwość oświadczeń danego wykonawcy. Jak już wyżej wskazano, zamawiający pozyskuje wiedzę w zakresie podstaw wykluczenia przede wszystkim z oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawcę, a ubieganie się o zamówienie w postępowaniu prowadzonym przez tego samego zamawiającego, dla którego wykonawca realizował już wcześniejsze kontrakty, nie zwalnia tego wykonawcy z obowiązku podawania informacji zgodnych ze stanem faktycznym.

Ponadto, przyjęcie ww. rozumowania odwołującego prowadziłoby do sytuacji, w której przepisy regulujące kwestie wykluczenia wykonawcy z postępowania stałyby się martwe w sytuacji podawania informacji nieprawdziwych tym zamawiającym, z którymi wykonawca miał już wcześniejsze doświadczenia. W takiej bowiem sytuacji albo zamawiający nie wykluczałby wykonawcy z postępowania, bo nie zorientowałby się, że wykonawca podał informacje nieprawdziwe, albo nie wykluczałby go, bo wprawdzie zorientowałby się, ale nie mógłby wykazać, że został wprowadzony w błąd, bo nieprawdziwe informacje dotyczyłyby inwestycji realizowanej na jego rzecz, zatem - zgodnie z argumentacją odwołującego - powinien był sam znać prawdziwy stan faktyczny sprawy. Przyjęcie rozumowania odwołującego skutkowało by zatem faktyczną niemożnością

zastosowania ww. przepisów przez zamawiającego, na rzecz którego była realizowana inwestycja, co do której podano nieprawdziwe informacje. Raz jeszcze należy zatem podkreślić, że uczestnictwo w postępowaniu prowadzonym przez tego samego zamawiającego nie zwalnia wykonawcy z obowiązku podawania informacji prawdziwych. Jeżeli zatem podana przez wykonawcę informacja nie jest zgodna ze stanem faktycznym, to fakt jej podania zamawiającemu, na rzecz którego wykonawca ten realizował wcześniejsze zamówienia, nie wyłącza ziszczenia się przesłanki wprowadzenia zamawiającego w błąd.

W przedmiotowej sprawie ziściła się też ostatnia z przesłanek, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, tj. istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nieprawdziwe informacje dotyczące kierownika budowy zostały przez odwołującego złożone na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a zatem mogły mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego dotyczące oceny spełnienia przez odwołującego warunku zdolności zawodowej, a w konsekwencji - także na decyzję zamawiającego o wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Reasumując, w świetle ww. ustaleń Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie zostały spełnione wszystkie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, tj. odwołujący wskutek niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Należy jednak zauważyć, że mimo ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli skutecznie dokona samooczyszczenia. Na uwagę zasługuje w tym wypadku wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.08.2021 r. o sygn. akt KIO 1922/21, zachowujący aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, w którym wskazano m.in.: „Izba podziela pogląd, zgodnie z którym możliwość samooczyszczenia w stosunku do wykonawcy, który wprowadził w błąd zamawiającego, powinna być stosowana wstrzeźliwie, w szczególności uzasadnionych przypadkach (vide przykładowo: wyroki w sprawach KIO 1747/18 i KIO 1319/21). Pogląd ten znajduje oparcie w konstatacji, że złożenie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego jest - co do zasady - działaniem negatywnie wpływającym na uczciwe konkurowanie o zamówienie publiczne oraz stwarzającym zagrożenie dla należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie oznacza to jednak, że zastosowanie instytucji samooczyszczenia w stosunku do wykonawcy, który złożył informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, jest wyłączone a limine. Przywołany art. 24 ust. 8 Pzp wskazuje bowiem wprost art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jako podstawę wykluczenia, wobec której ustawodawca dopuszcza możliwość przedstawienia przez wykonawcę stosownych dowodów podjęcia działań naprawczych. Ostrożne korzystanie z instytucji samooczyszczenia w stosunku do wykonawcy, który wprowadził w błąd zamawiającego, oznacza zatem przede wszystkim skrupulatną ocenę przedstawionych przez wykonawcę środków naprawczych w odniesieniu do wagi i okoliczności czynu wykonawcy. O możliwości realnego skorzystania przez wykonawcę z dobrodziejstwa samooczyszczenia decydują zatem okoliczności danej sprawy’.

W niniejszej sprawie zamawiający nie dokonał oceny działań podjętych przez odwołującego w ramach samooczyszczenia wskazując, że po pierwsze, aby samooczyszczenie wykonawcy mogło zostać ocenione, musi on przyznać, że „popenił delikt, którego ma dotyczyć samooczyszczenie”, a po drugie, że procedura samooczyszczenia wykonawcy musi zostać podjęta przed wykryciem przez zamawiającego, że wykonawca przedstawił informacje nieprawdziwe. Odnosząc się do argumentacji zamawiającego, należy stwierdzić, co następuje.

Odwołujący pismem z dnia 14.09.2021 r. z własnej inicjatywy zawiadomił zamawiającego o tym, że wskazane doświadczenie kierownika budowy jest niewłaściwe, gdyż na skutek błędu osoby przygotowującej i składającej ofertę w przedmiotowym postępowaniu, odwołujący przekazał nieprawidłowo zapisaną „wersję roboczą” wykazu osób. Do ww. pisma odwołujący załączył też nowy wykaz osób, w którym wskazał innego kierownika budowy i inne inwestycje potwierdzające jego doświadczenie, a ponadto załączył oświadczenie pracownika podpisującego poprzedni wykaz osób, w którym pracownik ten wyjaśnił popełnioną przez siebie omyłkę. Tym samym odwołujący nie kwestionował popełnionego przez siebie błędu i tego, że pierwotnie wskazane doświadczenie kierownika budowy nie jest zgodne ze stanem faktycznym. Co więcej, sam z własnej inicjatywy zawiadomił zamawiającego o tym fakcie. Powyższe dowodzi, że odwołujący przyznaje się do podania informacji nieprawdziwych.

Nie można przy tym zgodzić się z zamawiającym, że o braku przyznania się do popełnienia deliktu świadczy to, że odwołujący w odwołaniu kwestionuje przesłankę wprowadzenia zamawiającego w błąd wynikającą z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Należy zauważyć, że ani w piśmie z dnia 14.09.2021 r., ani w piśmie z dnia 17.09.2021 r.

odwołujący nie kwestionował, że wprowadził zamawiającego w błąd. Tymczasem to te pisma oraz treść złożonego pierwotnie wykazu osób były podstawą podjęcia przez zamawiającego decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania. Odwołujący kwestionuje przesłankę wprowadzenia zamawiającego w błąd dopiero w postępowaniu odwoławczym, co stanowi, jak należy przypuszczać, jego strategię procesową nakierowaną na obronę swoich interesów przy wykorzystaniu jak najszerszej argumentacji, niemniej jednak nie zmienia to faktu, że informując zamawiającego o popełnionym błędzie i dokonując samooczyszczenia, odwołujący nie kwestionował żadnej z przesłanek wykluczenia go z postępowania. Oznacza to, że w świetle dokumentów dostępnych zamawiającemu w chwili podejmowania czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, zamawiający nie miał podstaw do zaniechania dokonania oceny jego samooczyszczenia z powodu kwestionowania przez odwołującego przesłanek wykluczenia. Jak bowiem wskazano już wyżej, przed wniesieniem odwołania odwołujący nie kwestionował żadnej z tych przesłanek. Tym samym argumentacja zamawiającego dotycząca tego, że odwołujący nie zgadza się z podstawą wykluczenia, jest podnoszona post factum w oparciu dopiero o treść odwołania, co czyni ją niezasadną i nie może usprawiedliwiać braku dokonania oceny samooczyszczenia na dzień wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Odnosząc się z kolei do kwestii czasu, w którym odwołujący podjął działania w celu samooczyszczenia, należy zauważyć, że w dniu skierowania do zamawiającego pism informujących o niezgodności podanych informacji ze stanem faktycznym i o podjętych czynnościach w ramach samooczyszczenia (14 i 17 września 2021 r.), odwołujący nie wiedział o zamiarze wykluczenia go przez zamawiającego z postępowania, jak też nie wiedział o wezwaniu kolejnego wykonawcy do złożenia dokumentów podmiotowych. Działania zamawiającego w tym zakresie nie zostały bowiem w tamtym czasie ujawnione odwołującemu. Tym samym nie można uznać, że odwołujący podjął czynności w ramach samooczyszczenia za późno. Pomijając już nawet kwestię czasu potrzebnego na m.in. reorganizację działu ofertowania czy przesunięcia kadrowe, przede wszystkim dostrzec należy, że odwołujący podejmował czynności zanim dowiedział się o weryfikacji przedstawionych przez niego informacji przez zamawiającego oraz o planowanym wykluczeniu go z postępowania.

W świetle powyższych ustaleń należy stwierdzić, że nie zachodzą podnoszone przez zamawiającego okoliczności zwalniające go z obowiązku dokonania oceny czynności podjętych przez odwołującego w ramach samooczyszczenia. Tymczasem obowiązek taki wprost wynika z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp, zatem zamawiający powinien był dokonać oceny ww. czynności przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego. Brak dokonania przez zamawiającego oceny środków podjętych przez odwołującego w ramach samooczyszczenia czyni odrzucenie jego oferty wadliwym. Dlatego Izba stwierdziła, że zamawiający dopuścił się w tym wypadku naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i uwzględniła odwołanie.

Izba postanowiła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron i przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący

