

WYROK

z dnia 2 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2021 r. przez wykonawcę INFRAKOM Kościan Sp. z o.o. Sp. k. a. z siedzibą w Kościanie przy ul. Nowowiejskiego 4 (64-000 Kościan) w postępowaniu, w którym zamawiającym jest Powiat Międzyrzecki z siedzibą w Międzyrzeczu przy ul. Przemysłowej 2 (66-300 Międzyrzecz), a prowadzącym postępowanie Zarząd Dróg Powiatowych w Międzyrzeczu z siedzibą w Skokach pod nr 21 (66-300 Międzyrzecz)

przy udziale wykonawcy Colas Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pałędziu przy ul. Nowej 49 (62-070 Pałędzie), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy INFRAKOM Kościan Sp. z o.o. Sp. k. a. z siedzibą w Kościanie i odrzucenia jego oferty z postępowania oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy.

2. Kosztami postępowania obciąża przystępującego Colas Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pałędziu, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę INFRAKOM Kościan Sp. z o.o. Sp. k. a. z siedzibą w Kościanie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od przystępującego Colas Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pałędziu na rzecz wykonawcy INFRAKOM Kościan Sp. z o.o. Sp. k. a. z siedzibą w Kościanie kwotę w wysokości 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (t.j. 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: .....

Powiat Międzyrzecki zwany dalej: „zamawiającym” w imieniu, którego działa Zarząd Dróg Powiatowych w Międzyrzeczu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Przebudowa DP Nr 1339F na odcinku od węzła A2 do planowanej obwodnicy i budowa obwodnicy miasta Trzciel (o numerze: 1.252.8.2021.U), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 maja 2021 r., pod numerem 2021/S 098-252662.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 7 października 2021 r. wykonawca INFRAKOM Kościan Sp. z o.o. Sp. k. a. z siedzibą w Kościanie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2a) Pzp, jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającej wykluczeniu, przy jednoczesnym;

- wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp w zw. z art. 110 ust 3 Pzp, przez uznanie, że odwołujący w wyniku lekkomyślności przedstawił informacje wprowadzające w błąd w zakresie dysponowania kandydatem na stanowisko kierownika robót mostowych, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;

- zaniechaniu uwzględnienia złożonych przez odwołującego w trakcie postępowania na wezwanie zamawiającego wyjaśnień i środków naprawczych o których mowa w art. 110 ust 2 Pzp;

- wadliwej ocenie przez zamawiającego w trybie art. 110 ust 3 Pzp złożonych przez odwołującego informacji i dowodów nt. podjętych środków naprawczych;

- wyborze jako oferty najkorzystniejszej wykonawcy Colas Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pałędziu (zwanego dalej jako: „Colas”);

co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie odwołującego i postanowień SWZ ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania o czym odwołujący dowiedział się z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty otrzymanego w formie wiadomości email od zamawiającego z dnia 27 września 2021 r.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 226 ust 1 pkt 2a Pzp w zw. z 109 ust 1 pkt 10 Pzp przez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego wobec uznania, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania;

2) art. 109 ust 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 110 ust 2 i 3 Pzp przez nieuwzględnienie i pominięcie w ocenie treści złożonych przez odwołującego wyjaśnień dotyczących dysponowania kandydatem na kierownika robót mostowych a także złożonych przez zamawiającego środków naprawczych (dalej zwanych także jako „samooczyszczenie” lub „self cleaning”);

3) art. 239 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania;

- unieważnienia czynności wykluczenia i odrzucenia odwołującego z postępowania;

- powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jego oferta zgodnie z rankingiem ofert zawartym w treści pierwotnego zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej została uznana za najkorzystniejszą. W konsekwencji dla odwołującego nie budziło wątpliwości, że jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu doznał uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania zamawiającego, to odwołujący uzyskałby zamówienie, a tym samym może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z zamawiającym.

Odwołujący wskazał, że jak wynika z przebiegu postępowania oraz treści przystąpienia do odwołania Colas i złożonych w jego treści informacji i dowodów co do podstaw dysponowania kandydatem uzupełnionych w treści wyjaśnień na wezwanie zamawiającego:

- odwołujący potwierdzał wielokrotnie, że składając ofertę posiadał ustne zapewnienie kandydata dla możliwości korzystania z jego potencjału w tym postępowaniu, uwiarygodnione dotychczasową współpracą;
- w tym zakresie złożył zarówno dwa oświadczenia pisemne (w tym jedno już wraz z przystąpieniem) jak również wyciągi z bilingów połączeń wychodzących wskazanych osób do pana R. B.;
- złożone oświadczenia i pozostałe dowody stoją w opozycji wobec oświadczenia złożonego przez pana R. B. na rzecz Colas, złożonego wraz z odwołaniem;
- oświadczenia wiedzy w szczególności pana K. K. mają tożsamą moc dowodową jak oświadczenie pana R. B.

Zdaniem odwołującego w tej sytuacji nie można zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego jakoby wykonawca nie zaprzeczał oświadczeniu kandydata złożonemu wraz z odwołaniem Colas. Wszelkie dostępne środki dowodowe odwołujący złożył przed zamawiającym. W okolicznościach sprawy, skoro potwierdzono, że wykonawca nie dysponuje odrębną pisemną umową z kandydatem nie jest wiadomym o jakich innych dowodach w zakresie możliwości dysponowania kandydatem przez odwołującego można byłoby mówić. Odwołujący podkreślił, że to właśnie z powodu braku możliwości złożenia innych dowodów niż te które zostały złożone w toku postępowania wykonawca złożył w postępowaniu wyjaśnienia z zakresie podjętych środków naprawczych wraz z dowodami. Zamawiający uznał, że w sprawie odwołujący składając oświadczenie nt dysponowania personelem działów lekkomyślnie. Lekkomysłność w świetle orzecznictwa polega na tym, że wykonawca przedstawia informacje, przewidując możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, ale bezpodstawnie sądzi, że skutku tego uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności. W świetle stanu faktycznego sprawy jak wskazano to w wyjaśnieniach co najwyżej można byłoby mówić o niedbalstwie, które może mieć miejsce, jeżeli wykonawca nie ma w ogóle wyobrażenia co do możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, choć przy dołożeniu należytej staranności powinien był skutek ten sobie wyobrazić. Odwołujący wskazał, że podnosił także w wyjaśnieniach, iż w okolicznościach sprawy można było rozważać co najwyżej ew. przypadek niedbalstwa po stronie wykonawcy w postaci niezapewnienia na etapie ofertowania pisemnego porozumienia/umowy z kandydatem na stanowisko kierownika. W ocenie odwołującego powyższa okoliczność i kwalifikacja czy do niedbalstwa czy też lekkomyślności pozostała jednak bez zasadniczego znaczenia dla kwestii przeprowadzonej przez wykonawcę procedury samooczyszczenia. Odwołujący wyjaśnił, że w złożonych wyjaśnieniach przeprowadził w jego ocenie skuteczną i adekwatną do okoliczności stanu faktycznego procedurę naprawczą. Wbrew lakonicznemu i pozbawionemu jakiegokolwiek argumentacji stanowisku zamawiającego zawartemu w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu, odwołujący zaprezentował konkretne środki organizacyjno-prawne, których celem jest niedoprowadzenie do powtórzenia się takim przypadkom w przyszłości. Zamawiający w treści uzasadnienia wykluczenia sam sobie przeczy, z jednej strony stwierdzając, że wykonawca złożył w ramach samooczyszczenia stosowne dowody, aby w kolejnym zdaniu stwierdzić, że takie dowody nie zostały w ogóle przez odwołującego złożone.

W ocenie odwołującego ogólnikowe twierdzenie zamawiającego, który ocenił złożone samooczyszczenie jako ogólne i fasadowe było w kontekście treści złożonych wyjaśnień z dowodami całkowicie gołosłowne i uniemożliwiające rzeczową polemikę. Odwołujący

podkreślił, że zgodnie z art. 110 ust 3 Pzp. - 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.

Zdaniem odwołującego uzasadnienie wykluczenia przekazane odwołującemu wskazuje

jedynie, że zamawiający uznał złożone wyjaśnienia z dowodami za ogólne, fasadowe i niewystarczające. Przepis art. 110 ust 3 Pzp transponuje art. 57 ust. 6 akapit trzeci dyrektywy klasycznej, wedle którego środki podjęte przez wykonawcę są oceniane z uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności przestępstwa lub wykroczenia. W pierwszej kolejności zamawiający ocenia, czy wykonawca udowodnił środki podjęte w celu wykazania jego rzetelności. Zamawiający musi zatem ocenić wiarygodność i moc dowodów oraz ustalić fakty. W przypadku środków naprawczych, o których mowa w art. 110 ust. 2 pkt 1 Pzp, ocena na tym się kończy. Chodzi bowiem wyłącznie o ustalenie, czy wykonawca naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody, co jest kwestią faktu. Natomiast w przypadku działań określonych w art. 110 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp zamawiający musi dodatkowo ocenić, czy są one wystarczające do wykazania jego rzetelności. Podjęte środki są wystarczające do wykazania rzetelności, jeżeli oferują wystarczające gwarancje (por. motyw 102 preambuły dyrektywy klasycznej), że wykonawca nie popełni w przyszłości przestępstwa, wykroczenia lub innego nieprawidłowego postępowania. Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 110 ust. 3 Pzp może nastąpić jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zaś przy stosowaniu przepisu należy uwzględnić art. 57 ust. 6 akapit trzeci dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym, jeżeli środki zostaną uznane za niewystarczające, wykonawca otrzymuje uzasadnienie takiej decyzji. Zamawiający, informując o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę, powinien wyjaśnić, dlaczego uznał podjęte przez wykonawcę środki za niewystarczające do wykazania jego rzetelności. Uzasadnienie zawarte w decyzji o wykluczeniu sprowadza się do ogólnikowego twierdzenia o rzekomej ogólności wyjaśnień i ich fasadowym charakterze. Uzasadnienie faktycznie nie przedstawia w rzeczywistości żadnych konkretnych powodów dla których złożone konkretne wyjaśnienia i dowody znalazły taką ocenę zamawiającego. Na tej zasadzie każdorazowa decyzja zamawiającego dotycząca oceny skuteczności procedury samooczyszczenia byłaby całkowicie uznaniowa i znajdowała się w sferze całkowitej dowolności i arbitralności. Dodatkowo odwołujący

wskazał, że skarżone uzasadnienie wykluczenia stanowi również naruszenie art. 253 Pzp w zw. z art. 110 ust 3 Pzp bowiem nie można uznać go za zawierające właściwe, pełne i wyczerpujące, co z kolei w sposób bezpośredni determinuje zakres i prawo do środków ochrony prawnej. Odwołanie jakie wnosi wykonawca i zarzuty jakie podnosi są zdeterminowane treścią ujawnionego przez zamawiającego uzasadnienia prawnego i faktycznego i odwołanie jest rozpoznawane przez Izbę w jego granicach.

W ocenie odwołującego przeprowadzone postępowanie naprawcze zostało dokonane skutecznie i stanowi podstawę do zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust 1 pkt 10 Pzp.

Odwołujący podniósł przy tym, że zamawiający dokonuje w postępowaniu czynności wykluczenia odwołującego z naruszeniem zasady równości i uczciwej konkurencji. W toku aktualnego postępowania wykonawca Colas złożył wraz z ofertą JEDZ w którego treści złożył oświadczenie o braku podstawy wykluczenia m.in. w odniesieniu do kwestii wprowadzenia zamawiającego w błąd. Na wezwanie zamawiającego w trybie art. 126 ust 1 Pzp Colas złożył ponownie JEDZ z którego wynika, że jednak wykonawca ten wprowadził już uprzednio w błąd zamawiającego równocześnie składając procedurę samooczyszczenia. Zgodnie z jawnym fragmentem uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego w tym zakresie selfcleaning, Colas potwierdził, że we wrześniu br. KIO uznała, że wykonawca ten podał nieprawdziwe informacje w innym postępowaniu czego skutkiem było wykluczenie go z tej przyczyny. Odwołujący podkreślił przy tym, że powołane orzeczenie to wyłącznie data potwierdzenia powyższej okoliczności wyrokiem Izby podczas gdy samo podanie nieprawdziwych informacji i podstawa wykluczenia (liczona od zdarzenia - czyli podania tych nieprawdziwych informacji a nie potwierdzenia tego faktu wyrokiem Izby) nastąpiło wcześniej (wysoce prawdopodobne że jeszcze przed terminem złożenia oferty w aktualnym przetargu - 1 lipca br.). Zatem na dzień złożenia oferty w aktualnym przetargu wykonawca Colas miał świadomość powyższej okoliczności a oświadczył w JEDZ, że jednak taka przesłanka wobec niego nie ma miejsca. Co więcej, w toku oceny przez zamawiającego podmiotowych środków dowodowych (Wykaz osób) w związku z ustalonym przez aktualnego zamawiającego podaniem nieprawdziwych informacji w zakresie doświadczenia zawodowego kandydata na stanowisko Specjalisty ds. Rozliczeń - nieodpowiadające rzeczywistym terminom wykonania zamówienia referencyjnego kandydata - wykonawca Colas z jednej strony stwierdził, że to oczywista omyłka pisarska ale jednocześnie ponownie sam potwierdził, że doszło do wystąpienia kolejnej niezależnej od poprzedniej przesłanki wykluczenia go z tego postępowania, znów wskutek podania informacji wprowadzających w błąd - i ponownie w związku z powyższym złożył samooczyszczenie. W ocenie odwołującego jak potwierdzają powyższe okoliczności faktyczne zamawiający stosuje w ocenie wykonawców de facto dwa standardy jakości.

Mając powyższe na względzie, odwołujący stwierdził, że wobec wykazania przez niego w toku postępowania w trybie art. 110 ust 2 Pzp podjętych skutecznych i konkretnych środków naprawczych, adekwatnych do okoliczności stanu faktycznego wraz koniecznymi dowodami,

czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu wykonawcy została podjęta z naruszeniem Pzp wobec czego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Colas Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pałędziu.

Zamawiający w dniu 15 października 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Zarządzeniem z dnia 18 października 2021 r., wykonawca zgłaszający przystąpienie został wezwany w trybie art. 523 ust. 1 Pzp do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu w związku z uwzględnieniem przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania, pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego

W dniu 20 października 2021 r., wykonawca Colas Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pałędziu złożył pismo, w którym oświadczył o wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki

dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Colas Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pałędziu (zwanego dalej: „przystępującym” lub nadal: „Colas”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W związku z wniesieniem przez przystępującego, w trybie art. 523 ust. 1 i 2 Pzp, sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości, Izba rozpoznała odwołanie, mając na uwadze treść art. 523 ust. 3 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na nośniku typu pendrive, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 13 października 2021 r., w tym w szczególności:
  - specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej: „SWZ”) wraz z załącznikami;
  - ofertę złożoną w postępowaniu przez odwołującego wraz z załącznikami;
- wykaz osób złożony przez odwołującego w dniu 19 lipca 2021 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego;
  - odwołanie złożone przez wykonawcę Colas oznaczone sygn. akt KIO 2411/21;
  - przystąpienie zgłoszone po stronie zamawiającego w sprawie KIO 2411/21;
- wezwanie do wyjaśnień z dnia 9 września 2021 r. skierowane do odwołującego na podstawie art. 128 ust. 4 i 5 Pzp;
- wyjaśnienia z dnia 15 września 2021 r. wraz z załącznikami złożone przez odwołującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie;

- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 27 września 2021 r., która zawierała też informację wraz z uzasadnieniem dla odrzucenia oferty odwołującego;

2) dokumenty złożone na rozprawie przez odwołującego tj. pismo zamawiającego z dnia 23 września 2021 r. skierowanego do przystępującego z wezwaniem na podstawie art. 128 ust 1 oraz ust 4 Pzp oraz odpowiedź przystępującego na przedmiotowe wezwanie z dnia 24 września 2021 r.

Izba ustaliła co następuje

Przedmiotem postępowania jest Przebudowa DP Nr 1339F na odcinku od węzła A2 do planowanej obwodnicy i budowa obwodnicy miasta Trzciel. W postępowaniu złożonych zostało 5 ofert.

Zamawiający określił w postępowaniu (rozdział VIII pkt b ppkt 1 d) b)) m.in. warunek udziału odnoszący się do kwalifikacji oraz doświadczenia zawodowego kandydata na stanowisko Kierownika robót branży mostowej precyzując wymagania odnoszące się do posiadania uprawnień zawodowych a także doświadczenia na stanowisku Kierownika budowy lub Kierownika robót mostowych lub Inspektora Nadzoru Robót Mostowych oraz doświadczenia w realizacji min. jednego zadania polegającego na budowie lub przebudowie lub remoncie obiektu mostowego o wartości co najmniej 2 000 000,00 zł brutto.

Odwołujący w celu wykazania spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu złożył JEDZ, w którym wskazał jako Kierownika robót z branży mostowej pana R. B. Określając podstawę dysponowania ww. osobą odwołujący podał stosunek cywilnoprawny.

W dniu 19 lipca 2021 r. odwołujący przedłożył zamawiającemu w trybie art. 126 Pzp podmiotowe środki dowodowe, w tym Wykaz osób, uwzględniający informacje dotyczące doświadczenia, uprawnień, czy też podstawy dysponowania. Wykaz osób, w pozycji nr 2 dotyczącej Kierownika Robót z Branży Mostowej, zawierał analogicznie jak miało to miejsce w przypadku JEDZ dane pana R. B., powielając podstawę dysponowania jako umowa cywilnoprawna. Zarówno uprawnienia zawodowe jak i doświadczenie wskazanej osoby nie były kwestionowane ani przez zamawiającego ani przystępującego. Uwzględniając fakt wykazania spełnienia warunku udziału przez odwołującego, zamawiający dokonał w postępowaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (czynność z dnia 2 sierpnia 2021 r.).

Wybór oferty odwołującego zakwestionował odwołaniem wykonawca Colas zarzucając zamawiającemu m. in. naruszenie:

Art. 226 ust 1 pkt 2 a) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Infrakom, pomimo że Infrakom w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a co za tym idzie powinien być wykluczony z udziału w Postępowaniu;

ewentualnie

Art. 226 ust 1 pkt 2 a) PZP w zw. z art. 109 ust 1 pkt 10 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Infrakom, pomimo że Infrakom 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 publicznego, a co za tym idzie powinien być wykluczony z udziału w Postępowaniu.

Zarzuty dotyczyły kandydata na stanowisko kierownika robót mostowych w ofercie odwołującego - pana R. B.

Wykonawca Colas złożył wraz z odwołaniem oświadczenie kandydata z którego treści miało wynikać, że:

Zgodnie z uzyskanymi przez Odwołującego informacjami, P. R(---) B(...), na którego osobę i doświadczenie Infrakom powołał się w ofercie (w ramach potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu - w zakresie dot. zdolności technicznej lub zawodowej - dysponowanie kierownikiem robót branży mostowej, posiadającym wymagane doświadczenie) nie zobowiązywał się w żaden sposób na rzecz Infrakom co do możliwości dysponowania jego osobą ani nie potwierdzał nawiązania takiej współpracy .

Co więcej, P. R(...) B('...') w dniu 23 lipca 2021 r. (a więc już po złożeniu przez Infrakom

podmiotowych środków dowodowych) poinformował Odwołującego (oświadczenie P. R(...) B('...') stanowi załącznik do niniejszego odwołania), że na dzień złożenia przez Infrakom oferty w Postępowaniu nie był zainteresowany jakąkolwiek współpracą z Infrakom przy wykonaniu inwestycji (w przypadku jej powierzenia Infrakom) ani nie wyraził na rzecz Infrakom zgody na powołanie się na jego osobę w ofercie. Dodatkowo, P. R(.) B(.) potwierdził, że ww. stan nie uległ zmianie na dzień sporządzenia oświadczenia, a z Infrakom nie łączy go jakakolwiek umowa dotycząca jego udziału w realizacji przedmiotowej inwestycji.

Odwołanie zostało oznaczone sygn. akt KIO 2411/21.

Do postępowania odwoławczego w powyższej sprawie po stronie zamawiającego

zgłosił w dniu 16 sierpnia 2021 r. przystąpienie wykonawca lfrakom czyli obecnie odwołujący. W treści przystąpienia wykonawca odniósł się do sposobu potwierdzenia spełnienia warunku w postępowaniu m.in. wskazując w odniesieniu do kandydata, że:

- z panem R. B. wiążą go stałe stosunki biznesowe;
- pan R. B. w przeszłości był pracownikiem pana K. K. (komplementariusz reprezentujący samodzielnie spółkę), w spółce POL-DRÓG Kościan Sp. z o.o., jako Dyrektor Oddziału Lubuskiego. Panowie R. B. i K. K. znają się osobiście i zawodowo oraz współpracują od ponad 10 lat.
- zgodnie z oświadczeniem pana K. K. (załącznik nr 1 do złożonego przystąpienia) pan R. B. udzielił wobec niego jako reprezentującego spółkę ustnego zapewnienia odnośnie możliwości korzystania z jego osoby i uprawnień oraz doświadczenia zawodowego w aktualnym postępowaniu o zamówienie publiczne.

Ponadto odwołujący (czyli przystępujący w sprawie KIO 2411/21) już w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia wyjaśnił, że:

Dotychczasowy model współpracy wobec powyższych ustaleń polegał na wskazywaniu w składanych ofertach przez Przystępującego (JEDZ, oświadczeniach wstępnych oraz wykazach osób) Pana R(.) B(.) jako kandydata na określone stanowisko, ze wskazaniem na formę dysponowania tym potencjałem jako stosunek cywilnoprawny/umowa cywilnoprawna - tj. dysponowaniem bezpośrednim w rozumieniu Pzp, aby w przypadku uzyskania zamówienia przez Przystępującego zawrzeć z nim umowę zlecenie, na pełnienie funkcji kierownika.

Wobec faktu wieloletniej współpracy model taki strony uznawały za optymalny i adekwatny do specyfiki postępowań o zamówienie publiczne. Zawarcie pisemnej umowy zlecenia w celu powierzenia wykonania ustalonej funkcji przez kandydata następowało dopiero w przypadku uzyskania zamówienia przez Przystępującego, co uznać należy za racjonalne i powszechnie stosowane w praktyce rynkowej. Uwzględniając powyższe okoliczności Przystępujący w przedmiotowym postępowaniu postąpił w ten sam, ustalony uprzednio, sposób. Przykładowo Przystępujący dla potwierdzenia faktu bieżącej współpracy i przyjętego schematu postępowania w analogicznych sprawach wskazuje, że Pan B(...) jest aktualnie kierownikiem robót mostowych na innym realizowanym przez Przystępującego zadaniu (Gmina Gostyń - „Budowa drogi łączącej ul. Leszczyńską z ul. Górną wraz z remontem ul. Podgórznej”). Na przykładzie tej inwestycji Przystępujący wskazuje na ustalone i stosowane w dotychczasowej współpracy z Panem B(.) zasady:

1. Informacja Przystępującego do Pana R(.) B(.) o postępowaniu o które zamierza ubiegać się Przystępujący z informacją o zamiarze posłużenia się potencjałem Pana B(.) w celu wykazania spełnienia warunków oraz realizacji zamówienia w przypadku jego uzyskania,
2. Doprecyzowanie kwestii spełnienia warunków udziału przez Pana R(.) B(.) w kontekście konkretnego postępowania i określonych w nim warunków,
3. Ustalenie zasad współpracy w przypadku uzyskania zamówienia przez Przystępującego - w tym ustalenie wysokości wynagrodzenia z tytułu pełnienia funkcji,
4. Złożenie przez Przystępującego w Postępowaniu oświadczenia o spełnianiu warunków (JEDZ, oświadczenie wstępne) oraz w przypadku gdy oferta Przystępującego jest uznana za najwyższej ocenioną Wykazu osób, z informacją nt doświadczenia zawodowego Pana B.), uprawnień zawodowych oraz podstawy dysponowania jako umowy cywilnoprawnej,
5. W przypadku ew wątpliwości Zamawiających odnośnie zakresu uprawnień zawodowych Pan B(.) udziela informacji w tym zakresie ew dodatkowo udostępnia wyjaśnienia właściwej liczby Inżynierów,

6. W przypadku wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej Przystępujący składa Zamawiającemu wymagane kopie uprawnień zawodowych wraz z dowodami uiszczenia składek oraz pozyskuje od Pana B(.) jako kierownika robót oświadczenie o podjęciu obowiązków,

7. Zawierana jest umowa zlecenie pomiędzy Panem R(.) B(.), a Przystępującym na potrzeby realizacji konkretnej umowy o zamówienie publiczne,

8. Strony rozliczają się za pomocą faktur rozliczeniowych wystawianych przez Pana B(.) z których tytułu Przystępujący wypłaca umówione wynagrodzenie.

Przystępujący nie miał w toku postępowania żadnych informacji od Pana R(.) B(.), że ustalone zasady są nieaktualne. Wręcz przeciwnie, rozmowy telefoniczne dotyczące aktualnego postępowania jakie prowadzili ze sobą Pan K(.) K(.) z Panem R(.) B(.), na etapie przygotowania oferty i samego postępowania potwierdzały dostępność i wolę współpracy w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia. Analogiczne rozmowy były

prowadzone z Panem B(...) przez innych Członków Zarządu Przystępującego, to jest: T(...) P(...) - Członek Zarządu Komplementariusza. Na dowód prowadzenia kontaktów telefonicznych w tej sprawie Przystępujący dysponuje i okaże w trakcie rozprawy przed Izbą bilingi połączeń wskazanych osób.

Przystępujący dowiedział się o zamiarze Pana B(.) niepodjęcia współpracy z Przystępującym w trakcie realizacji zamówienia z treści odwołania. Przebieg dotychczasowej korespondencji w sprawie nie wskazywał aby występowały jakiegokolwiek problemy czy też wątpliwości dotyczące współpracy w zamówieniu.

Zamawiający czynnością z dnia 24 sierpnia 2021 r. dokonał uwzględnienia odwołania wobec, której przystępujący (obecnie odwołujący) pierwotnie wniósł sprzeciw, jednak mając na uwadze treść decyzji zamawiającego o przewidywanym sposobie dokonania czynności w postępowaniu wobec przystępującego (obecnie odwołującego) wskutek uwzględnienia odwołania, zgodnie z którym zamawiający zobowiązał się jednocześnie do przeprowadzenia, po anulowaniu rozstrzygnięcia postępowania, postępowania wyjaśniającego w przedmiotowej sprawie, ostatecznie sprzeciw ten wycofał jako bezprzedmiotowy oczekując na wezwanie zamawiającego do wyjaśnień - w konsekwencji czego Krajowa Izba Odwoławcza wydała w sprawie postanowienie z dnia 6 września 2021 r. o umorzeniu postępowania o sygn. KIO 2411/21.

W konsekwencji uwzględnienia odwołania Colas zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz wezwał odwołującego w dniu 9 września 2021 r. do udzielenia wyjaśnień.

W treści wezwania zamawiający wskazał, że:

W związku z powyższym, w ramach ponownego badania i oceny ofert, Zamawiający wzywa na podstawie art. 128 ust. 4 i 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej Ustawą lub PZP, do złożenia w terminie 3 dni od dnia otrzymania niniejszej korespondencji dodatkowych wyjaśnień związanych z zaistnieniem przesłanek dot. wykluczenia Wykonawcy INFRAKOM Kościan Sp. z o.o. sp. komandytowo — akcyjna z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP lub alternatywnie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP w związku z okolicznościami powołanymi w treści Odwołania.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, iż składane przez Wykonawcę w odpowiedzi na niniejsze wezwanie wyjaśnienia, powinny w szczególności dotyczyć innych okoliczności i uzasadnienia, niż to które zostało przez Państwa zawarte w treści Przystąpienia i w Sprzeciwie wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego z dnia 30.08.2021 r. oraz powinny odnosić się do przesłanek wskazanych w PZP, które dot. złożenia w postępowaniu niezgodnego ze stanem faktycznym oświadczenia o dysponowaniu osobą przewidzianą do realizacji zamówienia, której dotyczyło Odwołanie (działanie zamierzone / rażące niedbalstwo / lekkomyślność / niedbalstwo w działaniach Wykonawcy).

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożył w dniu 15 września 2021 r. wyjaśnienia w sprawie i jednocześnie złożył opis zastosowanych środków naprawczych wraz z dowodami. W szczególności wyjaśnienie zawierało, poza odwołaniem do złożonego już wraz z przystąpieniem oświadczenia pana K(...) K(...) - (komplementariusz reprezentujący samodzielnie spółkę) z którego wynika, że pan R. B. udzielił wobec niego jako reprezentującego spółkę ustnego zapewnienia odnośnie możliwości korzystania z jego osoby, uprawnień oraz doświadczenia zawodowego w aktualnym postępowaniu o zamówienie publiczne, kolejne oświadczenie w tym zakresie pana T. P. - Członka Zarządu komplementariusza wykonawcy (dowód nr 1 do wyjaśnień). Ponadto na dowód prowadzenia kontaktów telefonicznych z kandydatem, odwołujący złożył

wraz z wyjaśnieniami bilingi połączeń wskazanych osób (dowód nr 2) dla połączeń wychodzących wskazanych osób do pana R. B., ponieważ tylko takimi ze względów technicznych mógł dysponować. Odwołujący potwierdził także, że wielokrotnie dochodziło także w tym czasie do rozmów inicjowanych przez pana R. B., czego ze względów technicznych nie mógł wykazać. Odwołujący potwierdził, że z uwagi na charakter i formę dotychczasowej stałej współpracy nie dysponował treścią pisemnej umowy z panem R. B. i w konsekwencji przedłożył wraz z wyjaśnieniami informacje w przedmiocie podjętych w związku z powyższym zdarzeniem środków naprawczych wraz z dowodami. Odwołujący wykazywał także, że w sprawie, w świetle okoliczności faktycznych, nie może być mowy o podstawie wykluczenia z art. 109 ust 1 pkt 8 Pzp. Odnośnie przesłanki wykluczenia z art. 109 ust 1 pkt 10 Pzp odwołujący wskazał, że jego zdaniem w okolicznościach sprawy można rozważać co najwyżej ewentualny przypadek niedbalstwa po stronie wykonawcy w postaci niezapewnienia na etapie ofertowania pisemnego porozumienia/umowy z kandydatem na stanowisko kierownika. Tłumacząc powyższe okoliczności wykonawca wskazał jednocześnie, że dotychczasowa stała współpraca z kandydatem i praktyka ofertowania w ten sam sposób w innych postępowaniach o zamówienie publiczne bez konieczności zawierania na tym etapie umów/porozumień w formie pisemnej z panem R. B. nie uzasadniała aby stało się to konieczne akurat w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący złożył wraz z wyjaśnieniami informacje w przedmiocie podjętych w ramach struktury organizacyjnej wykonawcy konkretnych, organizacyjnych, prawnych i technicznych środków naprawczych, których celem było uniknięcie w przyszłości powstaniu podobnych przypadków. Informacje w przedmiocie podjętych środków naprawczych wraz z koniecznymi dowodami w ocenie odwołującego były skuteczne i uzasadniały brak podstaw wykluczenia z postępowania. Poza odniesieniem się przez odwołującego do każdej z okoliczności powołanych art. 110 ust 2 Pzp wymaganych dla samooczyszczenia, złożono także dowody w tym w szczególności - dowód nr 3 - uchwałę komplementariuszy z dnia 13 września 2021 r. w sprawie bezwzględnego zakazu posługiwania się w postępowaniach o zamówienie publiczne potencjałem osobowym do pełnienia funkcji technicznych bez zawarcia na tą okoliczność pisemnej umowy/porozumienia o współpracy, a także dowód nr 4 w postaci oświadczeń personelu odpowiedzialnego za ofertowanie o zakazie korzystania na potrzeby udziału w postępowaniach o zamówienie publiczne z potencjału osobowego obcego bez zawarcia w tym zakresie uprzedniej pisemnej umowy/porozumienia z kandydatem.

Zamawiający zgodnie z kwestionowaną odwołaniem czynnością z dnia 27 września 2021 r. wybrał jako najkorzystniejszą, ofertę wykonawcy Colas oraz odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2a Pzp jako ofertę złożoną przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający stwierdził, że:

(...) wykluczył - Wykonawcę INFRAKOM Kościan Sp. z o.o. sp. komandytowo - akcyjna ul. Nowowiejskiego 4 64-000 Kościan na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp, uznając, iż ten wykonawca w wyniku lekkomyślności przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W toku prowadzonego postępowania, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w ramach wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, Wykonawca złożył pisemne oświadczenie o dysponowaniu do realizacji zamówienia Kierownikiem robót branży mostowej - Panem R(.) B. - na podstawie łączącego strony stosunku cywilno- prawnego.

Mając na uwadze następujące okoliczności faktyczne:

- (i) szczegółowo opisane w treści Odwołania wniesionego w dniu 12.08.2021 r.,
- (ii) którym to okolicznościom Wykonawca INFRAKOM Kościan Sp. z o.o. sp. komandytowo - akcyjna- nie zaprzeczył, ani nie przedstawił stosownych dowodów na poparcie takiego ewentualnego zaprzeczenia, zarówno w Sprzeciwie wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego z dnia 30.08.2021 r. oraz w dodatkowych wyjaśnieniach Wykonawcy z dnia 15.09.2021 r.

Zamawiający uznał, iż zostały potwierdzone przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp, tj. iż powyższemu zachowaniu Wykonawcy INFRAKOM Kościan Sp. z o.o. sp. komandytowo - akcyjna można przypisać znamiona lekkomyślności.

Wykonawca - INFRAKOM Kościan Sp. z o.o. sp. komandytowo - akcyjna ul. Nowowiejskiego 4 64-000 Kościan złożył wymagane PZP pisemne oświadczenie o dysponowaniu zasobami innej osoby opierając się wyłącznie na zwyczajowych ustnych ustaleniach telefonicznych, którym to ustaleniom wskazana osoba zaprzeczyła w pisemnym oświadczeniu (załączonym do Odwołania).

Niezależnie od powyższego, w treści dodatkowych wyjaśnień Wykonawcy z dnia 15.09.2021 r. Wykonawca opisał podjęte przez Wykonawcę działania dotyczące samooczyszczenia (i załączył stosowne dowody), w związku z potwierdzonym faktem złożenia niezgodnego ze stanem faktycznym oświadczenia o dysponowaniu Kierownikiem robót branży mostowej - Panem R(.) B.

Zamawiający na podstawie art. 110 ust. 3 Pzp dokonał oceny podjętych i opisanych w treści pisma z dnia 15.09.2021 r. czynności i działań Wykonawcy i uznał, że podjęte przez Wykonawcę działania (w ocenie Zamawiającego mające jedynie charakter ogólny i fasadowy, jak również nie udowodnione) nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

W tej sytuacji Zamawiający zobowiązany był do wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) w związku z art. 110 ust. 3 (in fine) Pzp.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 2a Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania;
  - art. 109 ust. 1 pkt 10 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;
  - art. 110 ust. 2 i 3 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.;
- art. 239 Pzp - 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.;
- art. 16 pkt 1 Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
    - 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

- art. 253 Pzp - 1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

2. Zamawiający udostępnia niezwłocznie informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1, na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

3. Zamawiający może nie ujawniać informacji, o których mowa w ust. 1, jeżeli ich ujawnienie byłoby sprzeczne z ważnym interesem publicznym.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska odwołującego oraz uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do stanowiska przystępującego, który odnosząc się do treści art. 527 Pzp stwierdził, że zamawiający dokonał czynności zgodnie z żądaniem w sprawie KIO 2411/21, w związku z tym przedmiotowe odwołanie powinno zostać oddalone.

Zgodnie z art. 527 Pzp Na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 nie przysługują środki ochrony prawnej. Przedmiotowy przepis koresponduje z przesłanką odrzucenia odwołania określoną w art. 528 pkt 5 Pzp. W związku z tym wypełnienie dyspozycji zawartej w art. 527 Pzp powinno skutkować odrzuceniem odwołania, a nie jego oddaleniem jak twierdził przystępujący.

Jak wynika z powyżej dokonanych ustaleń Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp. Z treści art. 527 Pzp wynika, że niedopuszczalność odwołania będzie zasadna w sytuacji wykonania czynności przez zamawiającego zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Natomiast jeżeli zamawiający dokona tych czynności w sposób sprzeczny z wyrokiem lub niezgodnie z żądaniami odwołania, wówczas podmiot uprawniony może ponownie skorzystać ze środka ochrony prawnej. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba ustaliła, że wykonawca Colas w odwołaniu oznaczonym sygn. akt KIO 2411/21 podniósł zarzuty dotyczące naruszenia: art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 16 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 239 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp. Żądania zawarte w powyżej wskazanym odwołaniu dotyczyły rozpoznania i uwzględnienia odwołania oraz nakazania zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Infracom;

b) dokonania ponownego badania i oceny ofert i w konsekwencji:

- wykluczenia Infracom z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, lub alternatywnie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp i w efekcie odrzucenia oferty Infracom;

- dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Colas.

Zamawiający co prawda w piśmie z dnia 24 sierpnia 2021 r. oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oznaczonym sygn. akt KIO 2411/21, jednakże już w treści przedmiotowego pisma poinformował, że m. in. dokona ponownego badania i oceny ofert a w ramach tego wezwie Infracom do złożenia wyjaśnień związanych z podejrzeniem zaistnienia przesłanek dotyczących wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp lub alternatywnie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. W ocenie składu orzekającego dalszą część pisma zamawiającego należało interpretować w ten sposób, że dopiero po potwierdzeniu przesłanek w zakresie

wykluczenia zamawiający odrzuci ofertę Infrakom i dokona czynności zmierzających do wyboru jako najkorzystniejszej kolejnej oferty w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze zamawiający nie wykonał wszystkich żądań zawartych w odwołaniu oznaczonym sygn. akt KIO 2411/21, ponieważ nie zdecydował się wykluczyć od razu wykonawcy Infrakom, tylko postanowił wezwać tego wykonawcę do wyjaśnień. Wezwanie wykonawcy do wyjaśnień było odrębną czynnością w postępowaniu, która mogła być kwestionowana przez wykonawcę Colas, niezwłocznie po jej dokonaniu lub najpóźniej po czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 27 września 2021 r. Wykonawca Colas nie zdecydował się wnieść odwołania wobec przedmiotowej czynności zamawiającego.

Ponadto w odwołaniu będącym przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego, odwołujący podniósł zarzut dotyczący art. 110 ust. 2 i 3 Pzp, który odnosił się do wyjaśnień złożonych na wezwanie, które zostało zapowiedziane przez zamawiającego już w piśmie z dnia 24 sierpnia 2021 r. Wezwanie z dnia 9 września 2021 r. oraz wyjaśnienia z dnia 15 września 2021 r. złożone w jego efekcie miały decydujące znaczenie dla czynności zamawiającego, zatem odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 Pzp doprowadziłoby do nieuzasadnionego pozbawienia odwołującego możliwości kwestionowania czynności zamawiającego, która nie wynikała z żądań zawartych we wcześniejszym odwołaniu, wniesionym przez konkurencyjnego wykonawcę.

Wracając do meritum sprawy Izba, podtrzymując wcześniejsze ustalenia, stwierdziła, że nie było podstaw do kwestionowania okoliczności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień z dnia 9 września 2021 r. W związku z tym kluczowa dla rozstrzygnięcia była treść złożonych przez odwołującego wyjaśnień z dnia 15 września 2021 r. wraz z załączonymi dowodami. Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że odwołujący nie podlegał wykluczeniu w okolicznościach określonych art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, a dotyczących wezwania z dnia 9 września 2021 r., ponieważ udowodnił, że spełnił łącznie przesłanki wymienione w art. 110 ust. 2 Pzp.

W kontekście ustalenia możliwości dokonania samoczyszczenia, a dokładniej momentu przeprowadzenia tego procesu oraz tego do kogo powinna należeć inicjatywa jego rozpoczęcia skład orzekający w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na wyrok Trybunału

Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zwanego dalej: „Trybunałem”) z 14 stycznia 2021 r. w sprawie C-387/19 RTS Infra BVBA, w którym stwierdzono:

- W tym względzie należy przypomnieć w pierwszej kolejności, że zgodnie z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24 każdy wykonawca, do którego odnosi się w szczególności którakolwiek z fakultatywnych podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 57 ust. 4 tej dyrektywy, może przedstawić dowody na to, iż przyjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, przy czym, jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie może zostać wykluczony z postępowania na tej podstawie. Przepis ten wprowadza zatem mechanizm środków naprawczych (self-cleaning), przyznając w tym względzie wykonawcom prawo, które państwa członkowskie powinny zagwarantować przy transpozycji wspomnianej dyrektywy, z poszanowaniem określonych w niej warunków (.). Należy zauważyć, że ani z treści art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24, ani z motywu 102 tej dyrektywy nie wynika, w jaki sposób lub na jakim etapie postępowania o udzielenie zamówienia można przedstawić dowód podjęcia środków naprawczych. W tych okolicznościach należy zauważyć, że w świetle samego brzmienia art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24 pozostawiona wykonawcy możliwość przedstawienia dowodu podjęcia środków naprawczych może równie dobrze zostać zrealizowana z jego inicjatywy, jak i z inicjatywy instytucji zamawiającej, jak też można z niej skorzystać zarówno w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty, jak i na późniejszym etapie postępowania.

Wykładnię tę potwierdza cel art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24. Przepis ten stanowi bowiem, że każdy wykonawca musi mieć możliwość przedstawienia dowodów podjęcia środków naprawczych, ma on więc na celu podkreślenie wagi przywiązywanej do rzetelności wykonawcy, a także zapewnienie obiektywnej oceny wykonawców i skutecznej konkurencji (zob. analogicznie wyrok z dnia 11 czerwca 2020 r., Vert Marine, C-472/19, EU:C:2020:468, pkt 22). Tymczasem cel ten może zostać osiągnięty, jeżeli na jakimkolwiek etapie postępowania poprzedzającego wydanie decyzji o udzieleniu zamówienia zostanie przedstawiony dowód podjęcia środków naprawczych, przy czym istotne jest to, by wykonawca miał możliwość wskazania oraz zwrócenia się o zbadanie środków, które jego zdaniem pozwalają doprowadzić do usunięcia podstawy wykluczenia, która go dotyczy.;

- Z wykładni językowej, celowościowej i systemowej art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24, dokonanej w pkt 27-30 niniejszego wyroku, wynika, że przepis ten nie stoi na przeszkodzie temu, aby dany wykonawca z własnej inicjatywy lub na wyraźne żądanie instytucji zamawiającej przedstawił dowód podjęcia środków naprawczych, ani też temu, aby dowód

ten został przedstawiony w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty lub na późniejszym etapie procedury udzielania zamówienia.

Podobne stanowisko, dotyczące terminu podjęcia procedury samooczyszczenia zajął Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 18 stycznia 2019 r. XXIII Ga 1811/18. Sąd Okręgowy w Warszawie, stwierdził, że nie istnieje cezura czasowa do dokonania przez wykonawcę procedury samooczyszczenia, powinna ona jednak nastąpić przed wykluczeniem wykonawcy. W przedmiotowym wyroku Sąd Okręgowy wskazał m. in.:

(.) art. 24 ust. 8 Pzp nie nakłada na wykonawcę, który chce skorzystać z dobrodziejstwa tego przepisu, "niezwłocznego, po uzyskaniu takiej wiedzy" przyznania faktu wprowadzenia zamawiającego w błąd. Z przepisu tego nie sposób wywieść jakiegokolwiek cezurę czasową do dokonania przez wykonawcę procedury samooczyszczenia, (.). Tym bardziej nieuprawnione jest twierdzenie, że uprawnienie to wygasa w przypadku, gdy wykonawca nie skorzysta z niego "niezwłocznie". Punktem granicznym dla możliwości wszczęcia przedmiotowej procedury jest jednak decyzja o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Niezwłoczność działania wykonawcy nie jest przesłanką ustawową lecz jest uzasadniona możliwością poniesienia konsekwencji w postaci wykluczenia z przetargu. (.) Dopóki jednak zamawiający nie podejmie stosownej decyzji wykonawca zawsze ma prawo przedstawić swoje argumenty i dowody dotyczące samooczyszczenia.

Innymi słowy, brak jest podstaw prawnych do założenia, że jeżeli w trakcie postępowania przetargowego wyjdą na jaw okoliczności, w świetle których okaże się, że oferta danego wykonawcy wprowadzać może zamawiającego w błąd, to z przedmiotowej procedury nie można skorzystać.

Podobne stanowisko obecne jest także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (zob. wyrok z 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1576/19 lub z 26 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 2348/21). Izba w przedmiotowej sprawie w pełni przyjęła argumentację wynikającą z powyżej cytowanych orzeczeń.

Reasumując, odwołujący pismem z dnia 15 września 2021 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożył wyjaśnienia w ramach procedury samooczyszczenia wraz z dowodami, poprawiony wykaz osób w zakresie Kierownika robót z branży mostowej oraz oświadczenie osoby zaproponowanej na to stanowisko, co łącznie z argumentacją zawartą w piśmie dotyczącym zgłoszenia przystąpienia w sprawie KIO 2411/21, pozwoliło Izbie dojść do przekonania, że spełnił on wymogi wynikające z art. 110 ust. 2 Pzp. W tym kontekście skład orzekający zwrócił uwagę na opis podjętych przez odwołującego środków naprawczych w związku z zaistniałym zdarzeniem, które zostały opisane na str. 10-12 wyjaśnień z dnia 15 września 2021 r. Izba uznała, że mając na względzie okoliczności stanu faktycznego, zastosowane środki były adekwatne i wystarczające do wykazania rzetelności i powinny okazać się skuteczne w przeciwdziałaniu wystąpieniu podobnych sytuacji także w kolejnych postępowaniach.

Ponadto przystępujący na rozprawie wskazał, że próba samooczyszczenia dokonana przez odwołującego została przeprowadzona z ostrożności. Skład orzekający nie zgodził się z przedmiotowym stwierdzeniem, ponieważ odwołujący potwierdził w wyjaśnieniach, że faktycznie nie doszło do zawarcia pomiędzy nim a panem R. B. pisemnego porozumienia/umowy oraz przyznał, że nie dysponuje pisemnym potwierdzeniem zaprezentowanych ustaleń z panem R. B. odnośnie warunków współpracy w związku z postępowaniem. W ocenie Izby całość wyjaśnień koncentrowała się szczegółowym zreferowaniu stanu sprawy oraz prezentacji podjętych przez odwołującego, konkretnych środków naprawczych, odpowiednich dla zapobieżenia w przyszłości podobnym przypadkiem. Odwołujący co prawda dość niejednoznacznie argumentował, że w okolicznościach sprawy można rozważać co najwyżej ewentualny przypadek niedbalstwa po jego stronie w postaci niezapewnienia na etapie ofertowania pisemnego porozumienia/umowy z kandydatem na stanowisko kierownika, jednakże w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie pozostawiało żadnych wątpliwości, że to on był odpowiedzialny za powstanie całej sytuacji.

W treści uzasadnienia odwołania wskazane zostało także naruszenie art. 253 Pzp w zw. z art. 110 ust. 3 Pzp. W ocenie Izby postawiony w tym zakresie zarzut także powinien zostać rozpoznany. O postawieniu określonego zarzutu w odwołaniu nie stanowi samo powołanie podstawy prawnej zarzutu lub wymienienie tego zarzutu w petitum odwołania, lecz wskazanie w odwołaniu kwestionowanej czynności lub zaniechania zamawiającego oraz związanych z nimi okoliczności faktycznych i prawnych przemawiających za słuszością twierdzeń odwołującego. Odwołujący podniósł, że przedstawionego przez zamawiającego uzasadnienia wykluczenia go z postępowania, nie można uznać za właściwe, pełne i wyczerpujące, co z kolei w sposób bezpośredni determinowało zakres i prawo do środków ochrony prawnej. Dodatkowo odwołujący wskazał, że odwołanie jakie wnosi wykonawca i zarzuty jakie podnosi są zdeterminowane treścią ujawnionego przez zamawiającego

uzasadnienia prawnego i faktycznego przez co odwołanie jest rozpoznawane przez Izbę w jego granicach. Tym samym Izba uznała, że przedmiotowy zarzut został podniesiony w odwołaniu, przez co była zobowiązana go rozpoznać.

Zgodnie z treścią art. 253 Pzp zamawiający informując o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, zobowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne. Uzasadnienie dla odrzucenia oferty odwołującego było zdawkowe i bardzo ogólnikowe. Zamawiający po pierwsze nie podniósł, że procedura samooczyszczenia dokonana przez odwołującego była niedopuszczalna. Zamawiający wprost w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego stwierdził, że dokonał oceny podjętych i opisanych w treści pisma z dnia 15.09.2021 r. czynności i działań Wykonawcy. Izba rozpoznając odwołanie była zobligowana ocenić wyjaśnienia odwołującego w kontekście przedstawionego przez zamawiającego uzasadnienia odrzucenia w związku z czym okoliczność niekwestionowania przez zamawiającego procedury samooczyszczenia uczyniła w zasadzie bezprzedmiotową całą argumentację przystępującego, która do tego zmierzała. Po drugie całość uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego, zaprezentowanego przez zamawiającego w piśmie z dnia 27 września 2021 r. sprowadzała się do stwierdzenia, że podjęte przez Wykonawcę działania (w ocenie Zamawiającego mające jedynie charakter ogólny i fasadowy, jak również nie udowodnione) nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Zdaniem Izby powyższe uzasadnienie było dalece niewystarczające. Wyjaśnienia odwołującego z dnia 15 września 2021 r. szeroko opisywały stan sprawy, prezentowały podjęte przez odwołującego środki naprawcze odwołujące się do treści art. 110 ust. 2 Pzp oraz zawierały dowody związane z podjęciem tych środków naprawczych. Tymczasem uzasadnienie poczynione przez zamawiającego nie zawierało żadnych konkretnych informacji dotyczących oceny podjętych przez odwołującego środków naprawczych w kontekście art. 110 ust. 2 Pzp. Ponadto art. 110 ust. 3 zdanie pierwsze nakłada na zamawiającego obowiązek oceny czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Zdaniem Izby ocena dokonana przez zamawiającego powinna znaleźć swoje przełożenie w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego. W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można było stwierdzić, że zamawiający w ogóle takiej oceny dokonał.

Tym samym Izba stwierdziła, że wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu należało uwzględnić. Na marginesie można było pokusić się o stwierdzenie, że okoliczności niniejszej sprawy doprowadziły skład orzekający do spostrzeżenia, że zamawiający podejmując czynności objęte odwołaniem, zdawał się przyjąć dość osobliwą taktykę działania, która zdawała się być nastawiona na możliwie jak najbardziej daleko idące niepodejmowanie jednoznacznych i przekonywujących decyzji.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględni odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał badania oferty odwołującego, która może zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 2 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od przystępującego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania (20 000 zł) oraz wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł), na podstawie złożonego na rozprawie rachunku.

Przewodniczący: .....