Sygn. akt KIO 3066/21

WYROK

z dnia 9 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Aneta Mlącka
Magdalena Rams

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2021 r. przez wykonawcę

IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez

PKP Polskie Linie Kolejowe Spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawcy Systra Societe anonyme z siedzibą w Paryżu (Francja) działającej poprzez Systra Spółkę akcyjną Oddział w Polsce z siedzibą we Wrocławiu,

B. wykonawcy Egis Poland Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 i 4 odwołania,

2. oddala odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 i 3,

3. kosztami postępowania obciąża IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Spółki z ograniczoną

odpowiedzialnością na rzecz Systra Societe anonyme działającej poprzez Systra Spółkę akcyjną Oddział w Polsce kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 z późn. 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 3066/21

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie dokumentacji projektowej dla szlaku Księginice -

Brzeg Dolny wraz z nadzorem autorskim realizowanego w ramach projektu pn. Prace na linii kolejowej C-E59 na odcinku Wrocław Brochów/Grabiszyn Głogów na podstawie ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 2 kwietnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 065-169269. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezprawne przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę i że Odwołujący nie złożył wyjaśnień w wymaganym przez Zamawiającego zakresie oraz odrzucenie oferty Odwołującego, a także poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dodatkowych,

2. art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 oraz w związku z art. 111 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezprawne przyjęcie, iż wobec oferty Odwołującego zachodzi wskazana podstawa odrzucenia,

3. art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewyczerpujące

uzasadnienie podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia oferty,

4. a w konsekwencji także art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucił jego ofertę

w oparciu o dwie podstawy: art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo

zamówień publicznych oraz art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał, że został wezwany do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty po aukcji

elektronicznej zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W odpowiedzi na wezwanie przedłożył wyjaśnienia, które, zdaniem Zamawiającego nie zawierają żadnej informacji dotyczącej zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy, co jest sprzeczne z przepisami i treścią wezwania do wyjaśnienia. Kalkulacja nie zawiera bowiem informacji, czy uwzględniono koszty składek finansowanych przez pracodawcę (emerytalna, rentowa, wypadkowa, fundusz pracy, fundusz gwarantowanych świadczeń pracowniczych) i na podstawie wyjaśnień nie można uznać, że Odwołujący sprostał obowiązkowi wyjaśnieniu wynikającemu z przepisu art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ wyjaśnienia, aby były skuteczne wymagają argumentacji, nie mogą zostać uznane za wyjaśnienia oświadczenia wykonawcy nie poparte żadnymi dowodami. Wyjaśnienia Odwołującego nie zawierają żadnej informacji na temat kosztów projektanta w specjalności inżynieryjnej mostowej. Wkalkulowanie w koszty kosztów doradztwa technicznego nie jest równoważne z kosztami podwykonawstwa. Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający uznał, że Odwołujący nie uzasadnił, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, a tym samym, czy zaoferowana podczas aukcji elektronicznej cena za wykonanie zamówienia jest rzetelna i wiarygodna.

Odwołujący nie zgodził się z oceną dokonaną przez Zamawiającego i uznał, że odrzucenie oferty jest bezpodstawne, a argumenty Zamawiającego są merytorycznie nieuzasadnione i oparte na nierzetelnej ocenie wyjaśnień Odwołującego. Zdaniem Odwołującego jego wyjaśnienia były rzeczowe, rzetelne i zawierały obszerne informacje i wyliczenia, obrazowały szczegółowo sposób skalkulowania ceny oferty oraz zostały poparte licznymi dowodami i danymi porównawczymi, a w konsekwencji były wystarczające dla wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tym samym Odwołujący należycie wywiązał się z obowiązku uregulowanego w art. 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych i wyjaśnienia Odwołującego w żadnej mierze nie mogą być uznane za niewystarczające, a cena zaoferowana przez Odwołującego - za rażąco niską.

Dalsza część argumentacji została pominięta w uzasadnieniu ze względu na umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie.

W uzasadnieniu zarzutów nr 2 i 3 Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty Zamawiający w ogóle nie odnosi się do art. 111 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący nie ma zatem możliwości polemizowania z argumentami Zamawiającego. Jednoznacznie wskazuje to zatem na niewyczerpujące uzasadnienie

podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia oferty, a tym samym naruszenie art. 253 ust. 1 pkt

2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Odwołującego można jednak domniemywać, że Zamawiający w ogóle nie wziął pod uwagę art. 111 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, względnie, iż uznał, że przedstawienie informacji wprowadzających w błąd nastąpiło przed upływem roku od dnia złożenia JEDZ w postępowaniu.

Art. 111 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykluczenie wykonawcy następuje na okres roku od zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Zamawiający nie może pominąć wyznaczonego ustawą okresu „przedawnienia". Jak wskazuje UZP w komentarzu do art. 111 ustawy z 2019 r.: „Jeżeli przewidziany w art. 111 Pzp okres wykluczenia dobiegnie końca, zamawiający nie ma prawa wykluczyć wykonawcy z postępowania ze względu na daną podstawę wykluczenia. Po upływie przewidzianego okresu rzetelność wykonawcy nie może być kwestionowana z powodu popełnionego wcześniej czynu, nawet bez podjęcia działań mających na celu samooczyszczenie." Niewątpliwie zatem brak uwzględnienia przy badaniu podstaw wykluczenia okresu „przedawnienia" jest naruszeniem art. 111 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Biorąc z kolei pod uwagę ewentualne przyjęcie przez Zamawiającego, że przedstawienie informacji prowadzających w błąd nastąpiło przed upływem roku od dnia złożenia JEDZ, to zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp 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. Z powyższego wynika, iż zdarzeniem będącym podstawą wykluczenia, od którego liczony jest okres „przedawnienia", jest przedstawienie informacji wprowadzających w błąd. Okoliczności postępowania, do którego nawiązuje Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, tj. postępowania na „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad opracowaniem projektów wykonawczych i wykonaniem robót budowlanych w ramach projektu pn. Rewitalizacja i odbudowa częściowo nieczynnej linii kolejowej nr 182 Tarnowskie Góry - Zawiercie", to w postępowaniu tym liderem konsorcjum wykonawców była firma BBF Spółka z o.o., Odwołujący był członkiem tego konsorcjum. Termin składania ofert w postępowaniu przypadał na 28 maja 2020 r. W tym dniu, zgodnie z warunkami zamówienia, lider konsorcjum - BBF Spółka z o.o. składając ofertę, złożył załącznik nr 8 do IDW zawierający wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert.

W tym wykazie zostały przedstawione dwie informacje uznane następnie w wyniku rozstrzygnięcia Izby w wyroku z 26 października 2020 r., KIO 2422/20, za informacje wprowadzające w błąd, tj. informacje że pan B. na pierwszej z wykazywanych inwestycji pełnił funkcję kierownika SRK w okresie od czerwca 2017 r. oraz na drugiej z wykazywanych inwestycji pełnił funkcję kierownika robót SRK. Obie powyższe informacje dotyczyły członka personelu BBF Sp. z o.o. Nie były to informacje dotyczące kadry Odwołującego i Odwołujący nie miał żadnej wiedzy i roli przy przekazaniu tych informacji.

Informacje te zostały przekazane w dniu składania ofert. Wprawdzie informacje te znalazły

się ponownie w wykazie osób złożonym na załączniku nr 6a do IDW (potencjał kadrowy) 17 lipca 2020 r., w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., jednakże były to dokładnie te same dwie informacje, o których mowa wyżej, tj. te, które zostały przedstawione Zamawiającemu 28 maja 2020 r.

Jak wynika z wyroku KIO 2422/20 „Konsorcjum BBF złożyło wraz z ofertą załącznik nr 8 IDW - Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert, w którym wskazało na potrzeby spełniania tego warunku, że osoba, którą dysponuje w zakresie PK4 to M. B. Dla wymienionej w wykazie osoby wykonawca wskazał doświadczenie, którym legitymowała się wymieniona osoba - cztery zamówienia realizowane na rzecz inwestora - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Z kolei wezwany do złożenia dokumentów w trybie art 26 ust. 1 ustawy Pzp, przystępujący złożył wykaz osób na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (załącznik nr 6a do IDW), w którym oświadczył, że kieruje na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym - również M. B. W opisie doświadczenia wymienił dwie te same prace, które wskazane zostały w wykazie, składanym na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert.” Nie sposób - jak wydaje się, iż zrobił to Zamawiający - przyjąć, że informacje wprowadzajcie w błąd zostały przekazane Zamawiającemu dopiero 17 lipca 2020 r., skoro znalazły się one w dokumencie złożonym Zamawiającemu 28 maja 2020 r. i od tego dnia Zamawiający miał o nich wiedzę. Nie zmienia tego okoliczność, iż czynności Zamawiającego związane z wezwaniem do wyjaśnień i uzupełnień dotyczyły dokumentu złożonego 17 lipca 2020 r., bowiem to nie moment, w którym Zamawiający podejmuje określone działania, decyduje o upływie okresu „przedawnienia”, o którym mowa w art. 111 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, a moment, w którym informacje zostały Zamawiającemu przedstawione. W przeciwnym wypadku okres wykluczenia wykonawcy z postępowania byłby uzależniony od podjęcia (albo nie) określonych czynności przez zamawiającego i ich daty, nie będąc tym samym ani obiektywnym, ani liczonym identycznie dla każdego wykonawcy. Taka interpretacja stwarzałaby niepewność po stronie wykonawcy co do terminu, w jakim będzie mógł być wykluczany z postępowań, co niewątpliwie nie daje się pogodzić z naczelnymi zasadami zamówień publicznych oraz z zasadą pewności prawa. Dodatkowo podjęcie działań na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. dotyczyło dokumentu złożonego 17 lipca 2020 r. tylko z tych przyczyn, iż taka czynność nie mogła dotyczyć dokumentu złożonego 28 maja 2020 r. Wynika to także z ww. wyroku KIO, w którym Izba odniosła się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004r.: „W tym miejscu wskazać należy, że zamawiający formułując wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odnosił się do treści załącznika nr 6a do IDW - Potencjał kadrowy, formułując wyłącznie wątpliwości co do treści tego dokumentu.

Dokument przedłożony przez Konsorcjum BBF stanowił wykaz osób na potwierdzenie spełniania warunków, nie zaś dokument służący ocenie ofert w ramach kryteriów. Z kolei załącznik nr 8 IDW - Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert, jako nie podlegający uzupełnieniom ani zmianom - nie był przedmiotem wyjaśnień i uzupełnień. Tym samym należy uznać, że zastrzeżenia odwołującego co do tego, że zamawiający nie był uprawniony do skierowania wezwania powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - jest nietrafiony.”

Ponieważ termin składania ofert w niniejszym postępowaniu, a zatem i data złożenia Zamawiającemu oświadczenia w JEDZ, które stało się przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego, przypadł na 17 czerwca 2021 r., odbyło się to już po upływie roku od dnia przedstawienia informacji wprowadzających w błąd, o których mowa powyżej. Dlatego, w ocenie Odwołującego, data początkowa, jaką należało przyjąć do oceny, czy okres wskazany w art. 111 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych upłynął, to dzień 28 maja 2020 r., czyli dzień, w którym informacje wprowadzające w błąd zostały przedstawione Zamawiającemu, a nie dzień, w którym informacje te zostały powtórzone w innym dokumencie. Z tej też przyczyny Odwołujący był uprawniony do złożenia w JEDZ odpowiedzi „Tak” na pytanie „Czy wykonawca może potwierdzić, że: nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) nie zataił tych informacji; c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję

zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?" W konsekwencji Odwołujący, składając powyższe oświadczenie, nie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących podstaw wykluczenia zawartych w JEDZ, a wykluczenie na podstawie art. 109 ust 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych nastąpiło z naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczące wykluczenia wykonawcy z postępowania są przepisami sankcyjnymi, niosącymi najdalej idący skutek dla wykonawcy, tj. pozbawienia go możliwości ubiegania się o zamówienie. Z tego względu, interpretacja przepisów dotyczących wykluczenia powinna podlegać interpretacji ścisłej, korzystnej dla wykonawcy, a nie rozszerzającej, stwarzającej dla wykonawcy obszar niepewności, jak powinien w danej sytuacji się zachować. Dlatego, w ocenie Odwołującego, w przypadku, gdy w postępowaniu dane informacje (te same) przekazywane są wielokrotnie, należy przyjąć, iż to chwila, w której dana informacja po raz pierwszy trafia do zamawiającego, jest zdarzeniem, o jakim mowa w art. 111 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. W przeciwnym wypadku nie sposób ustalić, które z nich miałoby być tym właściwym, które wykonawca (i zamawiający) mają uwzględnić przy badaniu podstaw wykluczenia. Nie można też przyjąć, iż każde przekazanie tej samej informacji jest takim zdarzeniem, bowiem wówczas okres wykluczenia zależałby de facto od działań Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu, w tym także ewentualnie działań naruszających ustawę Prawo zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego można tu kierować się, w drodze analogii, wyrokiem KIO 1781/20 zapadłym na gruncie art. 24 ust. 5 pkt 4 i art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., gdzie Izba wskazała, że przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje trzy możliwości jego interpretacji z uwagi na użytą alternatywę łączną „lub". Skoro tak, to termin przedawnienia należy liczyć od pierwszego zdarzenia będącego podstawą wykluczenia w ramach trzech z ww. zdarzeń (rozwiązania umowy, zasądzenia odszkodowania, rozwiązania umowy i zasądzenia odszkodowania). Odmienny sposób liczenia terminu może spowodować niepewność po stronie wykonawcy co do terminu, w jakim będzie mógł być wykluczany z postępowań.

Dyspozycja normy art. 111 pkt 6 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych nie obejmuje jednoznacznie okoliczności, z jakimi ma do czynienia Odwołujący i Zamawiający w postępowaniu. Jest to obszar interpretacyjny nieutrwalony dotąd orzecznictwem lub doktryną. W takiej sytuacji przyjęcie określonej interpretacji przepisów nie może stanowić o lekkomyślności lub niedbalstwie Odwołującego przy wypełnianiu JEDZ. W komentarzu UZP do art. 109 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje się, że wykonawca nie jest winny przedstawienia wprowadzających w błąd informacji, jeżeli informacje składa w dobrej wierze, czyli błędnym, ale usprawiedliwionym przekonaniu, że są one prawdziwe.

Nie bez znaczenia jest także okoliczność, że informacje uznane za wprowadzające w błąd nie były przekazane przez Odwołującego, gdyż nie dotyczyły jego personelu i Odwołujący nie miał żadnej wiedzy i roli przy ich przekazaniu.

W uzasadnieniu zarzutu nr 4 Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej. Gdyby bowiem Zamawiający nie naruszył ustawy, dokonałby wyboru innej oferty. Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest więc konsekwencją zarzutów powyższych.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości.

Podczas rozprawy Zamawiający nie przedstawił swojego stanowiska.

III Stanowisko przystępującego Systra

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w zakresie zarzutu nr 2 i 3 odwołania zgłosił wykonawca Systra Societe anonyme, który także zgłosił sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w zakresie zarzutu nr 2 i 3.

W ocenie przystępującego Systra Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. Prezentując odmienny pogląd Odwołujący powołuje się zasadniczo na dwa argumenty: czas, w jakim doszło do

wprowadzenia Zamawiającego w błąd oraz okoliczność, że informacja, która wprowadziła w błąd, dotyczyła personelu, który wykazywał inny członek konsorcjum.

Odwołujący powołał się na treść art. 111 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Odwołujący nie kwestionuje, że sytuacja wprowadzenia w błąd Zamawiającego miała miejsce, wskazuje jednak, że od zdarzenia minęło więcej niż rok, zatem podstawa wykluczenia nie zachodzi. Kwestionuje natomiast ocenę terminu, w jakim doszło do wprowadzenia w błąd.

Faktem jest zatem, że Odwołujący jako członek konsorcjum wprowadził Zamawiającego w błąd, co potwierdziła Izba w wyroku KIO 2422/20. W wyroku tym Izba wskazała na następujące okoliczności: 28 maja 2020 r. Odwołujący jako członek konsorcjum firm: BBF Sp. z o.o.; IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o.; IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U. ubiegał się o zamówienie, którego przedmiotem była usługa zarządzania i sprawowania nadzoru nad opracowaniem projektów wykonawczych i wykonaniem robót budowlanych w ramach projektu pn. Rewitalizacja i odbudowa częściowo nieczynnej linii kolejowej nr 182 Tarnowskie Góry - Zawiercie. Konsorcjum wraz z ofertą złożoną 28 maja 2020 r. złożyło załącznik nr 8 do IDW - Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert, wskazując na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym M. B. . Następnie, 17 lipca 2020 r., w odpowiedzi na wezwanie

w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., złożyło wykaz osób na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (załącznik nr 6a do IDW), opisując doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, również wymieniając w wykazie M. B. . 25 sierpnia 2020 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., wezwał konsorcjum do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów. Zamawiający wskazał m.in. na nieprawidłowości w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym w zakresie pozycji 1., tj. nadzór w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa Poznań pozostałe roboty, odcinek Sochaczew Swarzędz" FIDIC - Zamawiający wskazał, że M. B. pełnił funkcję Inspektora nadzoru - branża SRK w okresie od listopada 2018 r., a nie, jak to wskazało konsorcjum, w okresie od czerwca 2017 r. oraz w zakresie pozycji 2., tj. „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na przejazdach kolejowych - POIiŚ 7.1-59 -ETAP I; zadanie nr 1 i 6; POIiŚ 7.1-80 - ETAP II; zadanie nr 1 i 6" Inwestycja infrastrukturalna realizowana w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC - Zamawiający wskazał, że M. B. pełnił funkcję dyrektora ds. technicznych, a nie, jak to wskazało konsorcjum, - funkcję kierownika robót SRK. Pismem z 27 sierpnia 2020 r. konsorcjum przyznało, że pan B. nie posiada wykazanego w załącznikach doświadczenia. W wyniku tych okoliczności, po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, wykonawca TPF Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu m.in. zaniechanie wykluczenia konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu wprowadzenia w błąd w zakresie przedstawienia załącznika nr 8 do IDW - wykazu osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert oraz załącznika nr 6a do IDW - wykazu osób na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji orzeczenie KIO 2422/20 obejmowało ocenę wprowadzenia w błąd przy przedstawianiu informacji w załączniku 8 oraz załączniku 6a. Bezzasadnym zatem jest twierdzenie, że na podstawie art. 111 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych za dzień zdarzenia należy przyjąć termin złożenia oferty, a nie termin złożenia załącznika nr 6a do IDW, gdyż za wprowadzające w błąd KIO uznała informacje dotyczące doświadczenia pana B., przedstawione 28 maja 2020 r. w celu uzyskania punktów w kryteriach oraz przedstawione 17 lipca 2020 r. w celu potwierdzenia spełniania warunków. W rzeczywistości konsorcjum na podstawie tych samych informacji wykazywało zarówno spełnianie warunku udziału w postępowaniu, jak i dodatkowe doświadczenie w celu uzyskania punktów w kryterium. Zatem wprowadzenie w błąd dotyczyło dwóch okoliczności (warunków i kryteriów). Oznacza to, że nie można przyjąć optyki Odwołującego, jakoby wprowadzenie w błąd nastąpiło 28 maja 2020 r. i od tej daty należy obliczać termin określony w art. 111 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. W tej dacie Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd co do okoliczności stanowiących podstawę oceny w kryteriach oceny ofert. Następnie 17 lipca 2020 r. po raz kolejny wprowadził Zamawiającego w błąd co do okoliczności stanowiących podstawę oceny w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Przystępującego datą, od której należy obliczać termin, o którym mowa w art. 111 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych jest 27 sierpnia 2020 r., kiedy to konsorcjum przyznało, że informacje są niezgodne z rzeczywistym stanem faktycznym, czyli przestało wprowadzać Zamawiającego w błąd. Przyjęcie bowiem interpretacji Odwołującego oznaczałoby, że w postępowaniach, które są prowadzone w trybach negocjacyjnych, które trwają niekiedy dłużej niż rok, wykonawca nie byłby wykluczany z postępowania, jeśli od

momentu przedstawienia nieprawdziwych informacji do momentu ujawnienia faktu, że są nieprawdziwe, upłynął rok. Co więcej, prezentowana przez Odwołującego interpretacja mogłaby prowadzić do wniosku, że jeśli wykonawca raz wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając określoną informację, to prezentując ją po raz kolejny (w tym czy innym postępowaniu, innym kontekście, w ramach innej czynności) po upływie roku od dnia pierwszego wprowadzenia w błąd nie podlega wykluczeniu, gdyż liczy się dzień pierwszego zdarzenia, a nie każdorazowe posłużenie się tą informacją w celu wprowadzenia w błąd. Takie wniosek jest jednak sprzeczny z celem przepisu.

Pojęcie „przedstawienia informacji" powinno być interpretowane celowościowo, czyli ich prezentowanie, utrzymywanie Zamawiającego w błędnym przekonaniu co do rzeczywistości, a nie literalnie dzień przesłania określonego dokumentu. Nie jest zatem trafny również argument Odwołującego, jakoby takie podejście oznaczało, że o terminie „przedawnienia", o którym mowa w art. 111 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych decydował moment, w jakim to Zamawiający podejmie określone czynności. to wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd i utrzymywał ten stan aż do czasu, gdy Zamawiający sam zwrócił na to uwagę. Wykonawca mógł w każdym razie naprawić tą sytuację, informując Zamawiającego i składając samooczyszczenie. To nie czynność Zamawiającego wpływa na termin „przedawnienia", ale działania wykonawcy. Niemniej jednak nawet przyjęcie, że momentem wprowadzenia w błąd, od którego należy liczyć okres określony w art. 111 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, to moment złożenia określonych informacji Zamawiającemu, to konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd przynajmniej dwukrotnie, w tym 17 lipca 2020 r., w związku z tym wcześniej niż rok przed upływem terminu składania ofert, który wyznaczono na 17 czerwca 2021 r. Odwołujący próbuje bagatelizować ten fakt wskazując, że 17 lipca 2020 r. jedynie powtórzył nieprawdziwe informacje. Tymczasem złożenie załącznika nr 6a do IDW nie stanowiło powielenia informacji już raz złożonej, lecz nową czynność dotyczącą nowych okoliczności (spełniania warunku udziału w postępowaniu), po raz pierwszy dokonywaną w tym postępowaniu.

To, że liderem konsorcjum była BBF Sp. z o.o., a odwołujący był członkiem tego konsorcjum, a obie informacje dotyczyły członka personelu BBF Sp. z o.o., nie były to informacje dotyczące kadry Odwołującego i Odwołujący nie miał żadnej wiedzy i roli przy przekazywaniu tych informacji, w ocenie przystępującego Systra nie ma znaczenia dla oceny podstawy wykluczenia Odwołującego z niniejszego postępowania. W wyroku KIO 2422/20 Izba wskazała, że to wykonawca obowiązany jest do dochowania należytej, przynależnej profesjonaliście staranności przy składaniu oświadczeń w danym postępowaniu. Oceny postępowania wykonawcy dokonuje się przez pryzmat zawodowego charakteru jego działalności. Zgodnie z art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, W tym wypadku wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, bowiem te składane w toku przetargu zmierzają do udzielenia zamówienia publicznego temu właśnie wykonawcy i mają wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Jeżeli wykonawca przedstawia w złożonym przez siebie oświadczeniu informacje odnośnie osób, którymi dysponuje, pozostające w sprzeczności z faktami, zaś zamawiający z łatwością może dotrzeć do właściwych informacji, to uznać należy, że wykonawca wykazał się co najmniej niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Jak wskazuje się w orzecznictwie, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., IV CK 151/03).

Nie można w tym kontekście rozróżniać sytuacji lidera i członka konsorcjum, gdyż za prezentowane informacje odpowiada każdy z członków tego konsorcjum, lider natomiast jest wyłącznie wyznaczony do reprezentowania konsorcjum i kontaktów z zamawiającym. Jednakże jego oświadczenia wpływają na sytuację wszystkich członków konsorcjum. Dokonując zatem oceny sytuacji członków konsorcjum przez pryzmat zawodowego charakteru ich działalności, należy przyjąć, że brak jakiejkolwiek weryfikacji lub zabezpieczenia się przed taką sytuacją stanowi co najmniej lekkomyślność członka konsorcjum.

Istotą dochowania należytej staranności jest zbadanie okoliczności i ustalenie rzeczywistego stanu rzeczy, za co odpowiedzialni są wszyscy członkowie konsorcjum. Jeśli jeden z nich, nie weryfikując informacji, godzi się na ich złożenie w okoliczność postępowania przetargowego, godzi się także na konsekwencje określone w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest to co najmniej lekkomyślność Odwołującego.

W zakresie zarzutu nr 3 przystępujący Systra zauważył, że Odwołujący wskazał ogólnie, iż w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty brakuje odniesienia się do okoliczności określonych w art. 111 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez co nie ma możliwości polemizowania z argumentami Zamawiającego, co jednak w dalszej części odwołania czyni. Przystępującego Systra zauważył, że Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że zastosował art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych „ponieważ 17 lipca 2020 r. Konsorcjum przedstawiło nieprawdziwe informacje dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu". Sam brak wskazania stwierdzenia, że od 17 lipca 2020 r, do 17 czerwca 2021 r. nie upłynął rok, o którym mowa w art. 111 ust 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie stanowi żadnej wady uzasadnienia.

IV Stanowisko przystępującego Egis

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Egis Poland Sp. z o.o. Wykonawca ten nie zgłosił sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania, nie przedstawił też swojego stanowiska podczas rozprawy

V Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

W odniesieniu do zarzutu nr 1 i 4 odwołania Izba stwierdziła, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości. Wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego Egis Poland Sp. z o.o. nie zgłosił sprzeciwu wobec powyższego uwzględnienia, natomiast przystępujący Systra zgłosił sprzeciw w zakresie uwzględnienia zarzutu nr 2 i 3 odwołania.

Wobec powyższego oświadczenia Zamawiającego oraz oświadczeń obu wykonawców przystępujących po stronie Zamawiającego Izba uznała, że Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a wykonawcy przystępujący po stronie zamawiającego nie zgłosili sprzeciwu co do uwzględnienia zarzutu nr 1 i 4, zatem, zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, stwierdziła, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu nr 1 i 4

i orzekła jak w punkcie 1. sentencji.

Zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub

unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem

zawartym w odwołaniu. Natomiast zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Przepisy te, w ocenie Izby, per analogiam, mają zastosowanie także do poszczególnych zarzutów oraz do sytuacji, w której zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, lecz sprzeciw został zgłoszony co do uwzględnienia części zarzutów - w takim wypadku Izba umarza postepowanie w zakresie, którego nie dotyczy sprzeciw oraz rozpoznaje odwołanie co do pozostałych zarzutów.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 i 3 odwołania Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania, tj. treść dokumentów złożonych w postępowaniu, jak też stan faktyczny postępowania na „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad opracowaniem projektów wykonawczych i wykonaniem robót budowlanych w ramach projektu pn. Rewitalizacja i odbudowa częściowo nieczynnej linii kolejowej nr 182 Tarnowskie Góry - Zawiercie" oraz fakt wydania wyroku KIO 2422/20 z 26 października 2020 r. nie jest sporny między Stronami i Przystępującymi.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego, pism oraz stanowisk Stron i przystępującego Systra przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ramach rozpatrywanych zarzutów Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 oraz w związku z art. 111 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezprawne przyjęcie, iż wobec oferty Odwołującego zachodzi wskazana podstawa odrzucenia oraz art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewyczerpujące uzasadnienie podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia oferty.

Powołane przepisy stanowią:

Art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych: 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. 111 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych: Wykluczenie wykonawcy następuje, w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne

i prawne.

Jak wynika z uzasadnienia czynności Zamawiającego, oferta Odwołującego została

odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo

zamówień publicznych, ponieważ Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, wobec których brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie m.in. art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wraz z ofertą złożył oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia w formie JEDZ. W treści JEDZ, w odpowiedzi na pytanie „Czy Wykonawca może potwierdzić, że: nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) nie zataił tych informacji; c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia" Odwołujący oświadczył „TAK". Zamawiający jest posiadaniu informacji, że Odwołujący, występując w konsorcjum

z BBF Sp. z o.o. i IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U., w innym

prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu na „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad opracowaniem projektów wykonawczych i wykonaniem robót budowlanych w ramach projektu pn. Rewitalizacja i odbudowa częściowo nieczynnej linii kolejowej nr 182 Tarnowskie Góry - Zawiercie", zgodnie z wyrokiem KIO 2422/20 z 26 października 2020 r. został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., ponieważ 17 lipca 2020 r. konsorcjum przedstawiło nieprawdziwe informacje dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Biorąc powyższe Zamawiający stwierdził, że Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących podstaw wykluczenia zawartych w JEDZ, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Okoliczności faktyczne postępowania na „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad opracowaniem projektów wykonawczych i wykonaniem robót budowlanych w ramach projektu pn. Rewitalizacja i odbudowa częściowo nieczynnej linii kolejowej nr 182 Tarnowskie Góry - Zawiercie" nie były sporne: konsorcjum firm, którego Odwołujący był uczestnikiem, zostało wykluczone na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., który był odpowiednikiem art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych i stanowił, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Prawidłowość działania Zamawiającego w tym zakresie została potwierdziła wyrokiem Izby o sygn. KIO 2422/20.

W postępowaniu tym miały miejsce następujące zdarzenia: 28 maja 2020 r. konsorcjum, wraz z ofertą, złożyło załącznik nr 8 do IDW - wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert, wskazując na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej

kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym pana B. . Następnie, 17 lipca 2020 r., w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., złożyło załącznik nr 6a do IDW - wykaz osób na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W obu dokumentach konsorcjum w ten sam sposób opisało doświadczenie pana B. - osoby wskazanej na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym. 25 sierpnia 2020 r. Zamawiający

wezwał konsorcjum do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. wskazując na nieprawidłowości w zakresie opisanego w wykazie doświadczenia pana B., który na tych kontraktach pełnił inne funkcje niż wskazane, a zatem nie posiada wymaganego doświadczenia. 27 sierpnia 2020 r. konsorcjum potwierdziło, że przedstawione Zamawiającemu informacje były błędne.

Spór w sprawie dotyczył więc jedynie określenia, od którego momentu powinien być liczony termin wskazany w art. 111 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. W opinii Odwołującego powinien to być wyłącznie 28 maja 2020 r., kiedy to błędna informacja pojawiła się po raz pierwszy.

Izba nie podzieliła owego stanowiska Odwołującego. W jej ocenie jest bezsporne, że przedmiotowe, błędne informacje pojawiły się dwa razy, w dwóch różnych okolicznościach - po raz pierwszy 28 maja 2020 r. w wykazie osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert, sporządzonym według załącznika nr 8 do IDW, a drugi raz 17 lipca 2020 r. w wykazie osób na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, sporządzonym według załącznika nr 6a do IDW. Oba dokumenty zostały złożone w celu potwierdzenia innych aspektów udziału konsorcjum w postępowaniu i różne były skutki złożenia lub niezłożenia oby dokumentów, jak też ich prawidłowości (abstrahując od ewentualnego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych) - otóż w pierwszym przypadku skutkiem byłoby uzyskanie mniejszej liczby punktów lub 0 punktów w kryterium oceny ofert, do którego informacje się odnosiły, w drugim zaś - wykluczenie konsorcjum z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału. W obu dokumentach nie musiały też znajdować się te same informacje (te same realizacje). Zatem nie było to proste powielenie tych samych informacji odnoszących się do tych samych okoliczności.

W ocenie Izby nie można też uznać, jak chciałby Odwołujący, że wprowadzenie zamawiającego w błąd jest istotne jedynie w pierwszym momencie, a następnie wykonawca jest ekskulpowany, niezależnie od swoich dalszych poczynań. Wykonawca ma bowiem możliwość różnego zachowania w takiej sytuacji: dalszego powielania błędnych informacji (w tym utwierdzania zamawiającego w przekonaniu, że są prawidłowe), sprostowania lub

wyjaśnienia tych informacji, przedstawienia nowych informacji, zastosowania procedury self-cleaningu itd. Tym samym, zdaniem Izby, Zamawiający został wprowadzony w błąd dwukrotnie, tj. 28 maja 2020 r. i 17 lipca 2020 r. i tym samym w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego prawidłowo wskazał na datę późniejszą - 17 lipca 2020 r. jako datę, do której się odnosił, a co do której nie upłynął jeszcze roczny termin wskazany w art. 111 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie podzieliła tu stanowiska przystępującego Systra co do daty późniejszej, związanej z wezwaniem do wyjaśnień lub uzupełnienia wykazu osób na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego 27 sierpnia 2020 r. konsorcjum przyznało, że informacja jest błędna, zatem nie kontynuowało wprowadzania Zamawiającego w błąd.

Natomiast powołany przez Odwołującego wyrok KIO 1781/20 odnosi się do zupełnie innych okoliczności i innego przepisu prawnego (art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r.), w którym obliczanie terminu musi następować w inny sposób, inaczej pozbawione by było logiki działania, jak też mogłoby powodować albo zupełny brak sankcji, albo dwukrotne sankcje dla wykonawcy za to samo przewinienie (po rozwiązaniu umowy oraz po zasądzeniu odszkodowania, które to zdarzenia może dzielić szereg lat).

Co do podnoszonej przez Odwołującego kwestii, że nie ponosi on odpowiedzialności za wprowadzenie Zamawiającego w błąd, ponieważ informacje uznane za wprowadzające w błąd nie były przekazane przez Odwołującego, lecz lidera konsorcjum, nie dotyczyły personelu Odwołującego i Odwołujący nie miał żadnej wiedzy i roli przy ich przekazaniu, a wprowadzenia w błąd dokonał lider konsorcjum - Izba stwierdziła, że argument ten mógłby być wzięty pod uwagę, gdyby Odwołujący prawdziwość owego twierdzenia wykazał.

Zgodnie z dyspozycją art. 534 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący jednak, poza swoim twierdzeniem, które w tych okolicznościach należy uznać za gołosłowne, nie przedstawił żadnego dowodu na tę okoliczność, co nie pozwalało w żaden sposób zweryfikować, od kogo informacje te pochodzą - nawet wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert według załącznika nr 8 do IDW oraz wykaz osób na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu według załącznika nr 6a do IDW zostały przedstawione jedynie w postaci kopii (prawdopodobnie skanu) pojedynczych stron, nie opatrzonych nawet podpisami osób je sporządzających. Jednocześnie nie było i nie jest sporne, że zasadą jest, że za złożoną ofertę, jak i odpowiednio inne dokumenty składane w postępowaniu odpowiedzialność ponoszą wszyscy oferenci ją składający - wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia.

Tym samym Izba nie miała żadnych podstaw do uznania owego twierdzenia za prawidłowe i przesądzające o konieczności od odstąpienia od wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Co do twierdzenia Odwołującego, że jego działania nie można uznać za działanie będące wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa, gdyż nie zostało jednoznacznie określone, od którego momentu należy liczyć okres roczny, o którym mowa w art. 111 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych - Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Jak zostało doskonale opisane w zacytowanym powyżej fragmencie wyroku KIO 2422/20, wykonawca obowiązany jest do dochowania należytej, przynależnej profesjonaliście staranności przy składaniu oświadczeń w danym postępowaniu, a oceny jego postępowania dokonuje się przez pryzmat zawodowego charakteru działalności, co wynika wprost z art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego. Wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa w postępowaniu ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, bowiem mają one wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności.

Jeżeli wykonawca nie jest więc pewien, jak powinien postąpić w danej sytuacji, dla zachowania należytej staranności powinien postąpić z zachowaniem odpowiedniej ostrożności, nie zaś przyjmować interpretację niekoniecznie prawidłową, ale dla siebie korzystną. Jeśli Odwołujący nie był pewien, w jaki sposób obliczyć termin roczny, powinien wyjaśnić tę kwestię z Zamawiającym przed złożeniem oferty lub, składając oświadczenie, zawrzeć odpowiednią adnotację w dokumencie JEDZ.

Co zaś do samego zakwestionowanego przez Odwołującego uzasadnienia Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uzasadnienie bowiem jest krótkie, ale, w ocenie Izby, zawiera wystarczające informacje, by Odwołujący był w stanie prawidłowo rozpoznać motywy, jakimi kierował się Zamawiający. Zarzut Odwołującego w tym zakresie dotyczył braku odniesienia się w tym uzasadnieniu do okresu jednego roku wskazanego w art. 111 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak jednak słusznie zauważył przystępujący Systra, Zamawiający wyraźnie wskazał 17 lipca 2020 r. jako datę złożenia informacji, do której się odnosi, oraz do faktu złożenia konkretnego oświadczenia w JEDZ, które to oświadczenie zostało złożone 17 czerwca 2021 r. - w dniu składania ofert. Zatem z porównania obu dat, znanych Odwołującemu, w sposób oczywisty wynika, że Zamawiający uznał, że okres wskazany w art. 111 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych nie upłynął. Zamawiający mógł to oczywiście pro forma stwierdzić w swoim uzasadnieniu, jednak faktycznie w niczym by to nie zmieniało merytorycznego zakresu uzasadnienia i nie wpływało zarówno na sytuację Odwołującego, jak i zakres informacji o przyczynach odrzucenia oferty, które mu przekazano.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w punkcie 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5, § 8 ust. 2 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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 15.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Z kolei § 8 ust. 2 rozporządzenia stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz: 1) zamawiającego albo 2) uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości, albo 3) zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w części, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania.

Izba uwzględniła zatem uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego Systra w kwocie 3.600 złotych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: .....