

WYROK

z dnia 18 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Maksym Smorczewski
Justyna Tomkowska

Członkowie:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 15 marca 2022 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2022 r. przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego

- konsorcjum firm w składzie: Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Lider Konsorcjum z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17, Transprojekt Gdański spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Partner Konsorcjum z siedzibą w Gdańsku, ul. Zabytkowa 2, Torprojekt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Partner Konsorcjum z siedzibą w Warszawie, ul. Gniewkowska 1 i TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Partner Konsorcjum z siedzibą w Warszawie, ul. Annopol 22

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie (Lider Konsorcjum), ul. Kaczkowskiego 6 i Voessing Polska Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Tadeusza Kościuszki 53

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Centralny Port Komunikacyjny spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie

142B

przy udziale wykonawcy Databout spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bitwy Warszawskiej 1920 r. nr 7 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 571/22 i KIO 584/22 po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum Sweco - Sweco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Poznaniu, ul. Franklina Roosevelta 22 i TECNICA Y PROYECTOS Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie Calle Gomera 9 San Sebastian de los Reyes zgłaszających swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 571/22 i KIO 584/22 po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Tadeusza Kościuszki 68, Biuro Projektów Kolejowych i Usług Inwestycyjnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Tuwima 28 i FONON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Czackiego 7/9/11 zgłaszających swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 571/22 po stronie zamawiającego i KIO 584/22 po stronie odwołującego

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - konsorcjum firm w składzie: 1) SSF INGENIEURE AG - Lider Konsorcjum z siedzibą w Niemczech, Monachium, Domagkstraße 12, Saitec Spółka akcyjna - Partner Konsorcjum z siedzibą w Hiszpanii, LEIOA (BIZKAIA), PARQUE EMPRESARIAL IBARRABARRI, EDIFICIO A-2, Schuessler Plan Inżynierzy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Partner Konsorcjum z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 96, SchuBler-Plan Ingenieurgesellschaft GmbH - Partner Konsorcjum z siedzibą w

Niemcezech, Frankfurt am Main, Lindleystraße 11 i Europrojekt Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, ul. Nadwiślańska 55 zgłaszających swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 571/22 po stronie zamawiającego i KIO 584/22 po stronie odwołującego

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Egis Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 39A, EgisRail Spółka Akcyjna z siedzibą we Francji w Lyonie, 168 et 170 avenue Thiers, oraz Jaf- Geotechnika spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Trzcinicy, ul. Krótka 5 zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 584/22 po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala oba odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - konsorcjum firm w składzie: Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Lider Konsorcjum z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17, Transprojekt Gdański spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Partner Konsorcjum z siedzibą w Gdańsku, ul. Zabytkowa 2, Torprojekt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Partner Konsorcjum z siedzibą w Warszawie, ul. Gniewkowska 1 i TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Partner Konsorcjum z siedzibą w Warszawie, ul. Annopol 22 i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie (Lider Konsorcjum), ul. Kaczkowskiego 6 i Voessing Polska Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Tadeusza Kościuszki 53i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - konsorcjum firm w składzie: Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Lider Konsorcjum z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17, Transprojekt Gdański spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Partner Konsorcjum z siedzibą w Gdańsku, ul. Zabytkowa 2, Torprojekt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Partner Konsorcjum z siedzibą w Warszawie, ul. Gniewkowska 1 i TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Partner Konsorcjum z siedzibą w Warszawie, ul. Annopol 22i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie (Lider Konsorcjum), ul. Kaczkowskiego 6 i Voessing Polska Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Tadeusza Kościuszki 53 tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - konsorcjum firm w składzie: Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Lider Konsorcjum z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17, Transprojekt Gdański spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Partner Konsorcjum z siedzibą w Gdańsku, ul. Zabytkowa 2, Torprojekt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Partner Konsorcjum z siedzibą w Warszawie, ul. Gniewkowska 1 i TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Partner Konsorcjum z siedzibą w Warszawie, ul. Annopol 22 na rzecz zamawiającego - Centralny Port Komunikacyjny spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 142B kwotę 3 634 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika

2.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie (Lider Konsorcjum), ul. Kaczkowskiego 6 i Voessing Polska Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Tadeusza Kościuszki 53 na rzecz wykonawcy Databout spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bitwy Warszawskiej 1920 r. nr 7 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika,

2.4. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie (Lider Konsorcjum), ul. Kaczkowskiego 6 i Voessing Polska Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Tadeusza Kościuszki 53 na rzecz wykonawcy Databout spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bitwy Warszawskiej 1920 r. nr 7 na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum Sweco - Sweco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Poznaniu, ul. Franklina Roosevelta 22 i TECNICA Y PROYECTOS Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie Calle Gomera 9 San Sebastian de los Reyes kwotę 4 372 zł. 03 gr (słownie: cztery tysiące trzysta siedemdziesiąt dwa złote trzy grosze) tytułem wydatków pełnomocnika i kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 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:.....

Członkowie:

Sygn. akt KIO571/22

KIO 584/22

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zawarcie umowy ramowej na opracowanie dokumentacji projektowych dla kolejowych inwestycji towarzyszących związanych z budową Centralnego Portu Komunikacyjnego” zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 października 2021 r. nr 2021/S 193-503863.

W dniu 18 lutego 2022 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

Sygn. akt KIO 571/22

W dniu 28 lutego 2022 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie

zamówienia publicznego - konsorcjum firm w składzie: Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Lider Konsorcjum z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17, Transprojekt Gdański spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Partner Konsorcjum z siedzibą w Gdańsku, ul. Zabytkowa 2, Torprojekt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Partner Konsorcjum z siedzibą w Warszawie, ul. Gniewkowska 1 i TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Partner Konsorcjum z siedzibą w Warszawie, ul. Annopol 22. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictw udzielonych przez poszczególnych wykonawców w dniu 25 lutego 2022 r. zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z załączonych odpisów z KRS. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 28 lutego 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy przez ich błędne zastosowanie i odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, pomimo że odwołujący przedłożył w przewidzianym terminie wymagane przez zamawiającego dokumenty podmiotowe i udzielił stosownych wyjaśnień, co w konsekwencji prowadzić powinno do wyboru jako najkorzystniejszej

oferty odwołującego

- art. 239 ust. 1 ustawy poprzez jego błędne zastosowanie i zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert obowiązującymi w Postępowaniu z najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta złożona przez odwołującego
- art. 16 pkt 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, jak również nakazanie zamawiającemu:

- a. unieważnienie czynności wyboru ofert z dnia 18 lutego 2022 r.,
- b. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ocenę uzupełnionych w dniu 7 lutego 2022 r. przed odwołującym dokumentów podmiotowych i udzielonych wyjaśnień,
- c. wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

Nadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów na okoliczności wskazane w treści odwołania i zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu tego odwołania, ponieważ jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu. Unieważnienie niezgodnych z ustawą czynności zamawiającego polegających na bezzasadnym odrzuceniu oferty odwołującego i w konsekwencji ocena dokumentów podmiotowych i wyjaśnień odwołującego z dnia 7 lutego 2022 r. - skutkować będzie wyborem jako najkorzystniejszej oferty odwołującego w postępowaniu, umożliwiając zawarcie z zamawiającym umowy ramowej i uzyskanie przez odwołującego przedmiotowego zamówienia. Ewentualne nieuwzględnienie niniejszego odwołania pozbawi odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, czego skutkiem będzie poniesienie przez odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby uzyskując zamówienie.

W postępowaniu zamawiający otrzymał oferty od 12 wykonawców - w tym odwołującego. Na podstawie Rozdziału III ust. 5 oraz Rozdziałem XIX ust. 11 SWZ zamawiający odstąpił od czynności badania kryteriów oceny ofert, z uwagi na to, że liczba wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu jest mniejsza niż 20, tj. mniejsza niż maksymalna liczba wykonawców, z którymi zamawiający zamierzał zawrzeć umowę ramową. W dniu 20 stycznia 2021 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego z wezwaniem do złożenia, uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów podmiotowych, w tym dot. informacji z Krajowego Rejestru Karnego i wykazu osób w zakresie hydrogeologa, eksperta ds. oddziaływania na przyrodę ożywioną (zoologia), projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej i eksperta ds. optymalizacji terminalowych przepływów ładunkowych. W wezwaniu tym zamawiający określił wykonawcy termin na złożenie dokumentów „do dnia 31.01.2022 r.”. Następnie w dniu 26 stycznia 2022 r. - z uwagi na wniesienie przez jednego z wykonawców wniosku o przedłużenie terminu na uzupełnienie i wyjaśnienie dokumentów - zamawiający przedłużył termin na złożenie odpowiedzi na wezwania skierowane do wykonawców w dniu 20 stycznia 2022 r. „do dnia 7 lutego 2022 r. do godz. 11:00”.

Odwołujący uzupełnił wymagane przez zamawiającego dokumenty i udzielił kompleksowym wyjaśnień w dniu 7 lutego 2022 r., złączając za pośrednictwem Platformy SmartuPZP dokumenty w formie elektronicznej odpowiednio o godz. 14:24 i 15:11.

Zamawiający czynnością z dnia 18 lutego 2022 r. poinformował o wyborze jako najkorzyst-

niejszej w postępowaniu ofert wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty - z wyjątkiem oferty odwołującego. Oferta Konsorcjum Multiconsult została na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c ustawy odrzucona z uwagi na to, że zdaniem zamawiającego odwołujący nie przedłożył odpowiedzi na wezwanie z 20 stycznia 2022 r. w terminie.

Z powyższym stanowiskiem zamawiającego nie sposób się zgodzić z uwagi na okoliczności faktyczne i prawne przedstawione w dalszej części tego pisma.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że pomimo, iż przedłożył w dniu 7 lutego 2022 r. wymagane przez zamawiającego dokumenty i wyjaśnienia nie zostały one przez zamawiającego ocenione, prowadząc następnie do odrzucenia oferty Konsorcjum Multiconsult ze względu na nie złożenie „w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125

ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnienie warunków w udziału w postępowaniu, podmiotowego środka dowodowego, lub innych dokument w lub oświadczeń”.

W pierwszej kolejności odwołujący zaznaczył, że jak wprost wynika z art. 8 ustawy:

„1. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320) (dalej „KC”), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

2. Termin oznaczony w godzinach rozpoczyna się z początkiem pierwszej godziny i kończy się z upływem ostatniej godziny.

3. Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w godzinach jest pewne zdarzenie, nieuwzględnia się przy obliczaniu terminu godziny, w której to zdarzenie nastąpiło.

4. Termin obejmujący dwa lub więcej dni zawiera co najmniej dwa dni robocze.

5. Dniem roboczym nie jest dzień uznany ustawowo za wolny od pracy oraz sobota.”

Powyższy przepis (art. 8 ust. 1 ustawy) stanowi normę kolizyjną, w myśl której do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w konkursie oraz do umów stosuje się w pierwszej kolejności przepisy ustawy. Przepisy KC mają zastosowanie wyłącznie wtedy, kiedy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, tzn. nie regulują samodzielnie określonych kwestii.

Wobec stawianego przez odwołującego zarzutu podkreślenia wymaga, że w zakresie w jakim przepisy ustawy nie stanowią inaczej, w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego do liczenia terminów znajdują zastosowanie przepisy KC. Będą to przepisy art. 111-115 KC z odrębnościami wynikającymi z art. 8 ust. 2-5 ustawy. Przepisy art. 111-114 KC określają zasady liczenia terminów wyrażonych w dniach, tygodniach, miesiącach i latach. Traktują dzień (dobę) jako najmniejszą jednostkę czasu, za pomocą której może być oznaczony termin. Termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Jeżeli początkiem tak oznaczonego terminu jest pewne zdarzenie, nieuwzględnia się przy obliczaniu tego terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Termin oznaczony w tygodniach, miesiącach lub latach kończy się z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiada początkowemu dniowi

terminu, a gdyby takiego dnia w ostatnim miesiącu nie było - w ostatnim dniu tego miesiąca. Jeżeli termin jest oznaczony w miesiącach lub latach, a ciągłość terminu nie jest wymagana, miesiąc liczy się za 30 dni, a rok za 365 dni (art. 114 KC).

Wobec braku regulacji w przepisach KC dotyczącej sposobu liczenia terminów oznaczonych w godzinach, zasady obliczania tak oznaczonego terminu określone zostały w art. 8 ust. 2 i 3 ustawy. Termin oznaczony w godzinach rozpoczyna się z początkiem pierwszej godziny i kończy się z upływem ostatniej godziny (ust. 2). Jeżeli termin określony w godzinach został oznaczony tak, że jego początek wyznacza pewne zdarzenie przy obliczaniu tak oznaczonego terminu nie uwzględnia się godziny, w której to zdarzenie nastąpiło (ust. 3).

Mając na uwadze ww. zasady liczenia terminów, przepisy ustawy wskazują na konkretne czynności wykonywane w postępowaniu przez zamawiającego (np. liczony w dniach minimalny termin składania ofert w poszczególnych trybach udzielenia zamówienia czy liczony w miesiącach termin na ustalenie wartości zamówienia przed wszczęciem postępowania) lub wykonawcy (np. termin na wyrażenie zgody na poprawę omyłki).

Reguły dotyczące obliczania terminu wyznaczonego w godzinach znajdują zastosowanie w szczególności przy ustalaniu terminu, kiedy możliwa będzie publikacja ogłoszenia o zamówieniu w innym miejscu niż Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, jeżeli zamawiający nie został powiadomiony o publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia, udostępnia to ogłoszenie na stronie internetowej prowadzonego postępowania i dodatkowo w innym, wybranym przez siebie miejscu (art. 88 ust. 3 ustawy). Ponadto z art. 89 ust. 3 ustawy wynika, że zamieszczenie wstępnego ogłoszenia informacyjnego następuje po publikacji ogłoszenia o profilu nabywcy w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, chyba że zamawiający w ciągu 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia nie został powiadomiony o jego publikacji. Analogicznie termin 48 godzin obowiązuje także zamawiających sektorowych przy publikacji okresowych ogłoszeń informacyjnych o planowanych zamówieniach sektorowych (art. 370 ust. 2 ustawy). Reguła z art. 8 ust. 2 i 3 ustawy dot. liczenia terminów oznaczonych w godzinach odnosić się więc będzie do konkretnych przypadków przewidzianych w ustawie, których początek biegu uzależniony jest od wystąpienia danego zdarzenia.

Podkreślenia wymaga, że wszędzie tam, gdzie ustawa ustawy przewiduje termin godzinowy (co do zasady 48 godzin) jest to termin związany z czynnościami pozostającymi w postępowaniu wyłącznie po stronie zamawiającego - nigdy zaś termin obowiązujący wykonawców. Ustawa PZP nie przewiduje terminów oznaczonych w godzinach na dokonanie czynności takich jak złożenie „oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń”. Dodatkowo, nawet, gdyby przyjąć, że art. 8 ust. 2 i 3 ustawy znajduje zastosowanie również do czynności podejmowanych przez wykonawców, to należy zwrócić uwagę, że przedmiotowy „termin” wyznaczony przez zamawiającego przez wskazanie godziny zegarowej, nie jest terminem „wyznaczonym w godzinach”. Aby tak było, musiałaby zostać wskazana liczba godzin oraz pierwsza godzina lub zdarzenie, od których należy liczyć termin. Podkreślenia wymaga, że wyznaczony przez zamawiającego termin, upływający o godzinie 11:00 jest również terminem nieznanym ustawie, ze względu na to, że jest to termin wyrażony

nie tyle w godzinach - co w minutach i sekundach (przez wskazanie konkretnej godziny zegarowej), w wypadku którego zarówno w KC, jak i w ustawie brak jest reguł dot. liczenia czy dochowywania. Wobec czego, zdaniem odwołującego został on zastrzeżony nieskutecznie i jego niedochowanie przez odwołującego nie może skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c ustawy. Odwołujący podkreślił, że Dyrektywa 2014/24/UE również nie przewiduje możliwości wyznaczania terminów przez wskazanie konkretnej godziny zegarowej, a jeżeli wskazuje na możliwość wyznaczenia konkretnej godziny, to nie posługuje się pojęciem „termin”, jak np. w przepisach art. 27 - 31, lecz „data i godzina”, jak np. w art. 36 ust. 5.20. Co więcej, ustawa wyraźnie rozróżnia „termin” od „godziny”. Przykładowo, zgodnie z art. 324 ust. 3 pkt 1 ustawy, Zamawiający informuje o terminie i godzinie

pobrania danych wskazanych w pkt 1 tego przepisu, a zgodnie z art. 389 ust. 9 pkt 1 ustawy

zamawiający informuje o terminie i godzinie pobrania danych potrzebnych do składania ofert. Dodatkowo, porównanie wskazanych powyżej regulacji dyrektywy i ustawy wskazująca fakt, iż polski ustawodawca implementując przepisy dyrektywy określił „termin” zastosował do sytuacji, w której dyrektywa posługuje się określeniem „data” (art. 36 ust. 5-9 dyrektywy 2014/24/UE i art. 324 ust. 3 pkt 1 ustawy). Oznacza to, że „termin” utożsamiany jest z oznaczonym dniem, a nie godziną. Mając na uwadze powyższe, za w pełni uprawniony należało uznać pierwotnie wyznaczony termin na udzielenie wyjaśnień oznaczony w dniach („do dnia 31.01.2022 r.”), tj. do końca dnia w rozumieniu przepisów KC, natomiast późniejsze zastrzeżenie przez zamawiającego terminu oznaczonego z dokładnością do jednej minuty tj. „do dnia 7 lutego 2022 r. do godz. 11:00” trudno uznać za skuteczne - w szczególności w świetle przepisów KC i ustawy w zakresie liczenia i stosowania konkretnych terminów. Odwołujący oczywiście zdaje sobie sprawę z faktu, iż powszechną praktyką zamawiających jest wyznaczanie „terminów” na dokonywanie poszczególnych czynności przez wskazanie godziny zegarowej, do której dana czynność powinna być dokonana. Praktyka ta jest w większości przypadków respektowana przez wykonawców, co jednak nie oznacza, że znajduje swoje oparcie w przepisach ustawy. W ocenie odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu, z uwagi na jego szczególną rangę oraz wartość zamawianych świadczeń, zamawiający powinien podejmować takie działania, które są zgodne z obowiązującym prawem i równocześnie pozwalają na zrealizowanie celu w postaci wyboru oferty zgodnej z SWZ oraz złożonej przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu i niepodlegającego wykluczeniu. Jeżeli więc zamawiający wyznaczył termin wskazując datę i godzinę zegarową, to - z uwagi na wskazane powyżej zasady KC i ustawy dotyczące obliczania terminu, nieznające możliwości wskazania terminu przez konkretną godzinę zegarową - godzina zegarowa może być traktowana jedynie jako oczekiwanie czy sugestia zamawiającego, natomiast nie może być utożsamiana z pojęciem „termin”. Sankcja w postaci odrzucenia oferty jest natomiast przewidziana wyłącznie za niezłożenie oświadczeń lub dokumentów w przewidzianym terminie, a nie „do godziny zegarowej wskazanej przez zamawiającego”.

W ocenie odwołującego, kwalifikacji prawnej czy w danej sytuacji doszło do niezłożenia „w przewidzianym terminie” oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy, należy dokonywać przez pryzmat zasady proporcjonalności - wyrażonej w art. 16 pkt 3 ustawy. Nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że odwołujący nie złożył „w przewidzianym terminie” wymaganych wezwaniem z dnia 20 stycznia 2022 r. dokumentów wyjaśnień - z czym odwołujący w żaden sposób się nie zgadza - to w przedmiotowym postępowaniu sankcja w postaci odrzucenia oferty jest środkiem nieproporcjonalnym i jako taka jest niezgodna z art. 16 pkt 3 ustawy. Powołał wyrok z dnia 6 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 927/20, wyrok z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 371/17 oraz orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 września 1999 r., C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii wskazał, że: „określenie „proporcjonalny” używane jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję” i wyrok z dnia 22 lipca 2017 r., sygn. akt: KIO 1159/16, KIO 1174/16, wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97. Przekładając powołane orzecznictwo na stan faktyczny tego postępowania, odrzucenie przez zamawiającego oferty, podczas gdy odwołujący złożył wymagane dokumenty wyjaśnienia w

wyznaczonym przez zamawiającego dniu - w postępowaniu, którego wartość wynosi 8 698 561 776,56 złotych brutto oraz w sytuacji, w której zamawiający planował zawrzeć umowy ramowe z 20 wykonawcami, otrzymując łącznie 12 ofert - należy uznać za działanie nieproporcjonalne i w konsekwencji naruszające zasadę z art. 16 pkt 3 ustawy.

W kontekście stawianego przez odwołującego zarzutu nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że przesłanka odrzucenia z art 226 ust. 1 pkt 2 ustawy nie jest znana zarówno dyrektywie klasycznej, jak i sektorowej. Oznacza to, że w świetle obowiązujących dyrektyw zamówieniowych wyjaśnienia odwołującego jako rzekomo niezłożone „w przewidzianym terminie” nie skutkowałyby odrzuceniem oferty odwołującego. Zamawiający dokonując oceny przedmiotowego stanu faktycznego powinien niewątpliwie wziąć pod uwagę prounijną wykładnię polskiej ustawy i nie ograniczać wykonawcom dostępu do zamówienia w okolicznościach wykraczających poza okoliczności zdefiniowane dyrektywami, a w szczególności Dyrektywą 2014/24/UE. Podkreślenia wymaga fakt, iż ograniczanie dostępu do zamówień publicznych poprzez nadmiernie sformalizowane i restrykcyjne prowadzone postępowanie, od wielu już lat nie jest dopuszczalne w świetle zarówno przepisów dyrektyw, jak i polskiej ustawy. Czynności i zaniechania zamawiającego opisane w ramach zarzutu¹ prowadzą do wniosku, że zamawiający bezzasadnie zaniechał wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. W konsekwencji, zamawiający naruszył także art. 239 ustawy przez co zarzut 2 należy uznać za zasadny.

W dniu 1 marca 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 3 marca 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Databoutspółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta przystępującego została uznana za jedną z najkorzystniejszych ofert, co oznacza że z przystępującym zostanie podpisana umowa ramowa. Zamówienia częściowe będą udzielane dopiero po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym pozyskanie konkretnego zamówienia (zamówienia częściowego) będzie następowało w kolejnych postępowaniach prowadzonych łącznie z udziałem wykonawców z którymi zostaną zawarte umowy ramowe. Zamawiający z zgodnie z przepisami ustawy odrzucił ofertę odwołującego, co powoduje, że wykonawca ten nie będzie uprawniony do udziału w postępowaniach mających na celu wybór podmiotu, któremu zostanie powierzona realizacja poszczególnych zamówień częściowych. Gdyby zamawiający uwzględnił odwołanie wówczas przystępujący musiałby, jako jedna ze stron umowy ramowej, konkurować o pozyskanie zamówień częściowych z wykonawcą, którego oferta powinna być odrzucona i miałby mniejsze szanse pozyskania poszczególnych zamówień częściowych. Powyższe dowodzi naruszenia interesu przystępującego w uzyskaniu niniejszego zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez przystępującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie. Odwołujący zarzuca zamawiającemu w szczególności naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, ustawy w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy przez ich błędne zastosowanie i odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, pomimo że odwołujący przedłożył w przewidzianym terminie wymagane przez zamawiającego dokumenty podmiotowe i udzielił stosownych wyjaśnień, co w konsekwencji prowadzić powinno do wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego. Przystępujący ocenił zarzuty odwołującego jako bezpodstawne. W pierwszej kolejności zauważył, iż skoro w ocenie odwołującego termin wskazany przez zamawiającego został wyznaczony niezgodnie z przepisami, to powinien to podnieść już w dacie wezwania, w którym termin ten został określony a nie dopiero po odrzuceniu jego oferty. Obecnie zarzut ten jest spóźniony a argumentacja chybiona. Zamawiający podał konkretną godzinę i datę do czego był uprawniony, a wykonawca terminu nie dotrzymał. Fakty te są w niniejszej sprawie bezsporne. Po drugie z treści odwołania nie wynika, aby odwołujący wnosił o wydłużenie tego terminu, do czego przecież był uprawniony. Podkreślił także, iż ponoszona przez odwołującego zasada proporcjonalności nie może stać w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców - skoro bowiem zamawiający wszystkim wykonawcom wyznaczył termin na tych samych zasadach to dlaczego jednego wykonawcę miałby uprzywilejowywać dodatkowym czasem - stanowiłoby to nierówne traktowanie wykonawców zwłaszcza że jak wskazano wcześniej odwołujący nie wniósł o przedłużenie terminu. Takie działanie zamawiającego stanowiłoby rażące naruszenie zasady równości i uczciwej konkurencji. Wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Zgłoszenie zostało wniesione przez prokurenta samoistnego. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia stronom.

W dniu 4 marca 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum Sweco - Sweco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Poznaniu, ul. Franklina Roosevelta 22 i TECNICA Y PROYECTOS Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii,

w Madrycie Calle Gomera 9 San Sebastian de los Reyes. Przystępujący wskazał, że posiada

interes w przystąpieniu do niniejszego postępowania odwoławczego, bowiem oferta Sweco została wybrana do zawarcia umowy ramowej, co w konsekwencji umożliwia przystępującemu pozyskanie zamówienia wykonawczego. Przystępujący ma interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego. Uwzględnienie bowiem przedmiotowego odwołania spowoduje uszczerbek interesu przystępującego, przez realne obniżenie szans uzyskania zamówień wykonawczych w ramach zawartej umowy ramowej odpowiednio z 9,09% (takie są matematyczne szanse, jeśli w umowie ramowej będzie uczestniczyć 11-tu wykonawców) do 8,33% (matematyczne szanse gdy w umowie ramowej będzie uczestniczyć 12-tu wykonawców). W konsekwencji, w przypadku uwzględnienia odwołania wniesionego przez odwołującego, tożsamemu procentowemu obniżeniu ulegną szanse przystępującego wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego i osiągnięcia zysku. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez członka zarządu lidera z dnia 18 stycznia 2022 r. i przez pełnomocnika partnera działającego na podstawie ciągu pełnomocnictw z dnia 28 stycznia 2013 i 12 września 2008 r. z tymże ostatnie pełnomocnictwo zostało udzielone przez delegowanego członka zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom.

W dniu 4 marca 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Tadeusza Kościuszki 68, Biuro Projektów Kolejowych i Usług Inwestycyjnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Tuwima 28 i FONON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Czackiego 7/9/11 wnosząc o oddalenie odwołania i obciążenie odwołującego kosztami postępowania.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, ponieważ w wyniku rozstrzygnięcia zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 18 lutego 2022 roku to oferta przystępującego została wybrana jako jedna z najkorzystniejszych, a oferta odwołującego została słusznie odrzucona przez zamawiającego. Uwzględnienie zarzutów i żądań odwołującego spowodowałoby z kolei, że przystępujący mógłby utracić bezpowrotnie możliwość uzyskania dalszych zamówień udzielanych w ramach umów wykonawczych z uwagi na większą liczbę potencjalnych oferentów tj.: wykonawców zaproszonych przez zamawiającego do złożenia ofert na zawarcie umów wykonawczych.

W świetle powyższego należy przyjąć, iż w niniejszej sprawie w przypadku wygrania sprawy przez zamawiającego, wymiernym pożytkiem dla przystępującego wykonawcy będzie zwiększenie konkurencyjności dalszych ofert przystępującego złożonych w ramach postępowań wykonawczych na podstawie przedmiotowego postępowania o udzielenie umowy ramowej, albowiem konkurować będzie ze sobą mniejsza liczba wykonawców i co istotne konkurencja ta odbywać się będzie w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w sposób prawidłowy, zgody z obowiązującymi przepisami ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Przystępujący wskazał, iż przytoczone zarzuty odwołującego są całkowicie i ewidentnie chybione, zdaniem przystępującego czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego jest słuszna i odpowiada przepisom prawa. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia stronom. Zgłoszenie zostało wniesione przez wiceprezesa zarządu lidera, działającego w imieniu lidera i pozostałych członków, na podstawie udzielonych przez nich pełnomocnictw z dnia 6 grudnia 2021 r. sporządzonych zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z KRS i na podstawie uchwały Rady Nadzorczej lidera.

W dniu 3 marca 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - konsorcjum firm w składzie: 1) SSF INGENIEURE AG - Lider Konsorcjum z siedzibą w Niemczech, Monachium, DomagkstraBe 12, Saitec Spółka akcyjna - Partner Konsorcjum z siedzibą w Hiszpanii, LEIOA (BIZKAIA), PARQUE EMPRESARIAL IBARRABARRI, EDIFICIO A-2, Schuessler Plan Inżynierzy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Partner Konsorcjum z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 96, SchuBler-Plan Ingenieurgesellschaft GmbH - Partner Konsorcjum z siedzibą w Niemczech, Frankfurt am Main, LindleystraBe 11 i Europrojekt Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, ul. Nadwiślańska 55 wnosząc o oddalenie odwołania. Interes prawny przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego polega na tym, iż w przypadku oddalenia odwołania Konsorcjum Multiconsult krąg wykonawców dopuszczonych do wykonania umowy ramowej będzie węższy, co zwiększy szanse przystępującego na otrzymywanie zleceń na wykonywanie dokumentacji projektowej w ramach zamówienia publicznego. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez członka zarządu lidera konsorcjum z dnia 2 grudnia 2022 r. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia stronom.

W dniu 9 marca 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

- 1) oddalenie odwołania w całości;
- 2) obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

Zamawiający wskazał, że na podstawie art. 126 ust. 1, art. 128 ust. 1 oraz art. 128 ust. 4 ustawy wezwał w dniu 20 stycznia 2022 r. wszystkich wykonawców, w tym wykonawcę Multiconsult do złożenia, uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów przedłożonych wraz z ofertą, wyznaczając termin na ich złożenie do 31 stycznia 2022 r. Wezwanie dotyczyło uzupełnienia dokumentów składanych zarówno na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, jak i braku podstaw wykluczenia. Na wniosek innego wykonawcy, termin na złożenie odpowiedzi na wezwania został wydłużony do 7 lutego 2022 r. do godz. 11:00, o czym wszyscy wykonawcy zostali poinformowani w dniu 26 stycznia 2022 r. o godzinie 9:47:29 za pośrednictwem Platformy Zakupowej SmartPZP (dalej „SmartPZP”). Na prośbę zamawiającego, uzyskaliśmy od SmartPZP informację, że wykonawca Multiconsult () pobrał korespondencję (nazwa pliku: Przedłużenie terminu odp. na wezwania_250122_sig.pdf) w dniu 26 stycznia 2022 r. o godzinie 09:49:41 - w załączeniu informacja od SmartPZP.

Wykonawca Multiconsult nie wnioskował o wydłużenie terminu składania uzupełnień i wyjaśnień oraz nie wskazywał, że wezwanie lub informacja o wydłużeniu terminu zostały w jakikolwiek sposób sporządzone nieprawidłowo. Do wymaganego terminu wykonawca nie przedłożył dokumentów stanowiących odpowiedź na wezwanie zamawiającego, dokonał tego w dniu 7 lutego 2022 r. odpowiednio o godz. 14:24 i 15:11, czyli po terminie wskazanym przez zamawiającego w piśmie z 26 stycznia 2022 r. Na powyższe, zamawiający w załączeniu przekazał dowód w postaci wydruku strony ze SmartPZP potwierdzający wpływ dokumentów i wyjaśnień po wymaganym terminie. Wykonawca nie informował również zamawiającego o jakichkolwiek problemach technicznych związanych z funkcjonowaniem SmartPZP. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w sposób jednoznaczny wskazuje: (np. akt: KIO 1729/19, wyrok z dnia 17 września 2019 r.): Izba podziela prezentowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, zgodnie z którym przekroczenie wyznaczonego przez zamawiającego terminu na złożenie wyjaśnień należy traktować tak, jak sytuację zaniechania złożenia tychże wyjaśnień przez wykonawcę. Zamawiający wskazał, że brak złożenia w terminie uzupełnień spowodował, że nie było możliwe uznanie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykazanie braku podstaw wykluczenia przez Multiconsult. Zamawiający nie przyjmuje argumentacji przedstawionej w odwołaniu przez Multiconsult. W swojej argumentacji odwołujący wywodzi, że reguła z art. 8 ust. 2 i 3 ustawy dotycząca liczenia terminów oznaczonych w godzinach dotyczy czynności pozostających w postępowaniu wyłącznie po stronie zamawiającego - nigdy zaś termin godzinowy nie obowiązuje wykonawców. Trudno jest zgodzić się z tym twierdzeniem mając na uwadze, że chociażby termin składania i otwarcia ofert zawsze wyznaczany jest w godzinach. Podkreślenia wymaga również treść art. 8 ust. 2 ustawy, który wprost wskazuje, że pod pojęciem „termin” możemy oznaczać również godziny. Termin oznaczony w godzinach rozpoczyna się z początkiem pierwszej godziny i kończy się z upływem ostatniej godziny.

Uwzględniając powyższe, oferta wykonawcy Multiconsult musiała zostać odrzucona zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c ustawy, które to działanie zostało podjęte.

W stanowisku pisemnym Konsorcjum Europrojekt z dnia 14 marca 2022 r. przystępujący wniósł o oddalenie odwołania Konsorcjum Multiconsult.

Przystępujący w całości poparł i przyjął jako własne uzasadnienie odpowiedzi na odwołanie zamawiającego z dnia 09.03.2022 r.

Odnosząc się do treści odwołania wskazał, że Konsorcjum Multiconsult potwierdziło, że Zamawiający przedłużył termin na złożenie odpowiedzi na wezwania skierowane do wykonawców w dniu 20 stycznia 2022 r. „do dnia 7 lutego 2022 r. do godz. 11:00” oraz potwierdziło, że odwołujący uzupełnił wymagane przez zamawiającego dokumenty i udzielił kompleksowym wyjaśnień w dniu 7 lutego 2022 r., złączając za pośrednictwem Platformy SmartPZP dokumenty w formie elektronicznej odpowiednio o godz. 14:24 i 15:11. Tym samym odwołujący przyznał, że nie spełnił swojego obowiązku zgodnie z wezwaniem, a tym samym nie złożył wymaganych wyjaśnień i dokumentów w wyznaczonym terminie.

Nie jest zasadny argument odwołującego jakoby zamawiający nie mógł wyznaczyć terminu na złożenie wyjaśnień i/lub uzupełnienia dokumentów za pomocą konkretnej godziny. Ustawa Pzp nie formułuje takiego zakazu, a taki sposób wyznaczania terminu jest powszechnie praktykowany przez zamawiających. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie uznaje się, że oznaczenie terminu za pomocą daty dziennej i godziny jest dopusz-

czalne i wiążące dla wszystkich uczestników postępowania. Tak np. w wyroku KIO z dnia 27 sierpnia 2013 r. KIO 1936/13.

Nie są uzasadnione zarzuty odwołującego dotyczące rzekomego braku proporcjonalności, czyli zachowania proporcjonalnego do danej sytuacji. Odwołujący sam zauważył, iż "W dniu 20 stycznia 2021 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego z wezwaniem do złożenia, uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów podmiotowych, w tym dot. informacji z Krajowego Rejestru Karnego i wykazu osób w zakresie hydrogeologa, eksperta ds. oddziaływania na przyrodę ożywioną (zoologia), projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej i eksperta ds. optymalizacji terminalowych przepływów ładunkowych. W wezwaniu tym zamawiający określił wykonawcy termin na złożenie dokumentów „do dnia 31.01.2022 r.” Następnie w dniu 26 stycznia 2022 r. - z uwagi na wniesienie przez jednego z wykonawców wniosku o przedłużenie terminu na uzupełnienie i wyjaśnienie dokumentów - zamawiający przedłużył termin na złożenie odpowiedzi na wezwania skierowane do wykonawców w dniu 20 stycznia 2022 r. „do dnia 7 lutego 2022 r. do godz. 11:00”.

Z podkreślonego fragmentu wynika jednoznacznie, że odwołujący nie wnosił o przedłużenie pierwotnego terminu, a zatem nie było przeszkód, aby uzupełnić dokumenty w terminie do 31.01.2022 r. Pamiętać należy, że termin wyznaczony przez zamawiającego ma charakter terminu maksymalnego, ale wykonawca może uzupełnić dokumenty lub wyjaśnienia wcześniej. Skoro odwołujący tego nie uczynił ani w terminie pierwotnym, ani przedłużonym, a jednocześnie nie wnioskował o przedłużenie terminu pierwotnego to należy uznać, że nie spełniał warunków przetargowych oraz nie wykazał się należyłą starannością uwzględniającą zawodowy charakter jego działalności.

Nie ma uzasadnienia przywoływanie wyroków KIO lub Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości odnoszących się do zasady proporcjonalności. Wszystkie z tych orzeczeń, a przynajmniej w fragmentach przytoczonych przez odwołującego, odnoszą się do ogólnej zasady proporcjonalności, która w niniejszym przypadku musi ulec konkretyzacji. Co więcej, jedno z

orzeczeń przywołanych przez odwołującego, tj. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z wyroku z dnia 22 lipca 2017 r., sygn. akt. KIO 1159/16, KIO 1174/16, potwierdza wręcz, że zasadę proporcjonalności w zakresie ewentualnego nieznaczego przekroczenia terminu wyznaczonego przez zamawiającego należy uwzględniać wyjątkowo, gdy faktycznie dany wykonawca powołałby wszelkie inne środki w celu terminowego wykonania zobowiązania.

W sposób jednoznaczny przystępujący Europrojekt stwierdził, iż w powyższym przykładzie wykonawcy zależało na terminowym i starannym wypełnieniu zobowiązania, a zwłoka była faktycznie nieznaczna. W niniejszej sprawie nie mamy do czynienia w taką sytuację. Odwołujący nie zainteresował się terminowym złożeniem wyjaśnień/dokumentów. Wysłał pismo w prawie trzygodzinną zwłoką, nieinformował, że ma problemy techniczne lub jakiegokolwiek innego. Po prostu zlekceważył prawidłowe i rzetelne wykonanie zobowiązania.

Zdaniem przystępującego przekroczenie terminu na złożenie wyjaśnień/uzupełnienie dokumentów bezwzględnie powoduje konieczność odrzucenia oferty. Niezależnie od powyższego w tej sprawie odwołujący nie dochował elementarnych zasad należytej staranności, nie powziął żadnych środków, aby sanować swoje uchybienie.

Sygn. akt KIO 584/22

W dniu 28 lutego 2022 r. odwołanie wniosli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie (Lider Konsorcjum), ul. Kaczkowskiego 6 i Voessing Polska Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Tadeusza Kościuszki 53. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictw z dnia 28 lutego 2022 r. udzielonych za lidera przez prezesa i wiceprezesa zarządu, za partnera przez prokurenta samoistnego, zgodnie z zasadami reprezentacji. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 28 lutego 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 w zw. z art. 16 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Sweco z postępowania pomimo, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub co najmniej, 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 przez zatajenie w ofercie Konsorcjum Sweco informacji, że

Sweco Polska Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) wprowadziła w błąd innego zamawiającego w ramach wcześniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

2. naruszenie art. 111 pkt 5) i/lub 6) ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum

Sweco z postępowania pomimo, że nie upłynęły okresy wskazane w tych przepisach, w ciągu trwania których wykonawca który uprzednio, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub co najmniej, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane dopuścił się wprowadzenia w błąd zamawiającego lub przestawienia informacji wprowadzających w błąd, powinien podlegać wykluczeniu z postępowań w sprawie udzielenia zamówienia publicznego,

3. naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 w zw. z art. 16 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Sweco z postępowania pomimo, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub co najmniej, 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 przez podanie nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia zawodowego pana Ł. K., tj. wskazanie że pełnił on funkcję Koordynatora Projektu dla zadania pn.: Opracowanie dokumentacji projektowej i materiałów przetargowych w ramach projektu POIiŚ 7.1-73 pn.: „Modernizacja linii kolejowej Nr 7 Warszawa wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Otwock - Lublin - Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)” - odcinek Dęblin - Lublin w km 107,283 - 175,850, w sytuacji gdy rzeczywistym Koordynatorem Projektu były pan M. S.;

4. naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 w zw. z art. 16 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Databout z postępowania pomimo, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub co najmniej, 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 przez podanie nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia zawodowego pana Ł. K., tj. wskazanie że pełnił on funkcję Koordynatora Projektu dla zadania pn.: Opracowanie dokumentacji projektowej i materiałów przetargowych w ramach projektu POIiŚ 7.1-73 pn.: „Modernizacja linii kolejowej Nr 7 Warszawa wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Otwock - Lublin - Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)” - odcinek Dęblin - Lublin w km 107,283 - 175,850, w sytuacji gdy rzeczywistym Koordynatorem Projektu były pan M. S.;

5. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 16 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Sweco pomimo, że wobec wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania, a decyzja zamawiającego wyborze oferty Konsorcjum Sweco została podjęta z naruszeniem przepisów ustawy,

6. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 16 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Databout pomimo, że wobec wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania, a decyzja zamawiającego wyborze oferty tego wykonawcy została podjęta z naruszeniem przepisów ustawy

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności z dnia 18 lutego 2022 r. polegającej na wyborze oferty Konsorcjum Sweco jako jednej z ofert najkorzystniejszych,
2. unieważnienie czynności z dnia 18 lutego 2022 r. polegającej na wyborze oferty wykonawcy Databout jako jednej z ofert najkorzystniejszych,
3. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
4. wykluczenia Konsorcjum Sweco z postępowania oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy,
5. wykluczenia wykonawcy Databout z postępowania oraz odrzucenia oferty tego wyko-

nawcy.

Ponadto o przeprowadzenia dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania i dokumentów przedstawionych na rozprawie na okoliczności wskazane w treści odwołania jednocześnie o zawieszenie rozpoznania niniejszego odwołania do czasu wydania rozstrzygnięcia w postępowaniu toczącym się przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygnaturą akt KIO 375/22, ze względu na znaczenie wyroku, który zapadnie w przywołanej sprawie dla oceny zarzutów niniejszego odwołania.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia tego odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy, jako wykonawca, który miał i nadal ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący złożył w postępowaniu ważną ofertę, uznaną przez zamawiającego za jedną z ofert najkorzystniejszych w postępowaniu, które miało na celu nie udzielenie zamówienia jako takiego ale wybór podmiotów, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, a w konsekwencji podmiotów mających następnie możliwość pozyskania i realizacji zamówień częściowych.

Z uwagi na fakt, iż nie wszystkie warunki wykonania usług zostały określone w umowie ramowej, zamówienia częściowe będą udzielane po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po wcześniejszym doprecyzowaniu warunków wykonania usług, będących przedmiotem danego zamówienia częściowego (Rozdział III pkt. 8 SWZ dla postępowania). Tak więc pozyskanie danego zamówienia (zamówienia częściowego) będzie następowało na etapie kolejnych postępowań.

Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Sweco oraz oferty wykonawcy Databout, co powoduje, że wykonawcy ci będą uprawnieni do udziału w postępowaniach mających na celu wybór podmiotu, któremu zostanie powierzona realizacja poszczególnych zamówień częściowych. Taki udział wykonawców, którzy powinni podlegać wykluczeniu z postępowania, a ich oferty odrzuceniu, może uniemożliwić pozyskanie i wykonywanie zamówień częściowych odwołującemu, a więc narazić odwołującego na szkodę polegającą na braku możliwości pozyskania zamówienia, a tym samym utratę korzyści, jakie wykonawca zamierzał osiągnąć, realizując to zamówienie.

Gdyby zamawiający postąpił prawidłowo, zgodnie z przepisami ustawy, to odwołujący nie musiałby, jako jedna ze stron umowy ramowej, konkurować o pozyskanie zamówień częściowych z wykonawcami, których oferty powinny być odrzucone i miałby większe szanse pozyskania poszczególnych zamówień częściowych i realizacji tych zamówień.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia dla postępowania (Rozdział V Podstawy Wykluczenia z postępowania, pkt. 1) zamawiający wskazał, że wykluczy wykonawców:

1) wobec których zachodzą podstawy do wykluczenia z postępowania na podstawie:

- a) art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a-g, pkt 3-6 oraz ust. 2 ustawy,
- b) art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy, z wyjątkiem przypadku, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h ustawy,
- c) art. 109 ust. 1 pkt 4-5 i 7-10 ustawy.

W punkcie 2 przywołanego rozdziału zamawiający podkreślił, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy z takich wykonawców z osobna zobowiązany jest wykazać brak podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a-g oraz pkt 2 ustawy (w zakresie katalogu przestępstw, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a-g ustawy), art. 108 ust. 1 pkt 3-6 i ust. 2 ustawy, art. 109 ust. 1 pkt 4-5 i 7-10 ustawy.

Natomiast zgodnie z punktem 7 przywołanego wyżej Rozdziału zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania. Okres wykluczenia wykonawcy został określony w art. 111 ustawy.

Ostateczny termin składania ofert w postępowaniu został wyznaczony na 28 grudnia 2021 r. Jednym z wykonawców, biorących udział w postępowaniu jest Konsorcjum Sweco, które złożyło swoją ofertę w dniu 27 grudnia 2021 r.

W dniu 18 lutego 2022 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze ofert najkorzystniejszych. Zamawiający wskazał, że zgodnie z Rozdziałem III ust. 5 oraz Rozdziałem XIX ust. 11 SWZ odstąpił od czynności badania kryteriów oceny ofert, z uwagi na fakt, że w postępowaniu liczba wykonawców, którzy nie podlegają wy-

kluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu jest mniejsza niż 20, tj. mniejsza niż maksymalna liczba wykonawców, z którymi zamawiający zamierzał zawrzeć umowę ramową w postępowaniu. Wymienione wyżej oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze, gdyż nie podlegają odrzuceniu, spełniają warunki formalne, a wykonawcy potwierdzili, że spełniają warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający w Rozdziale III ust. 5 oraz w Rozdziale XIX ust. 11 SWZ przewidział, że jeżeli liczba wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie mniejsza niż 20, wówczas zamawiający zaprosi do zawarcia umowy ramowej wszystkich wykonawców.

Wśród ofert wybranych przez zamawiającego była oferta Konsorcjum Sweco.

W dokumencie JEDZ Lidera Konsorcjum Sweco - spółki Sweco Polska Sp. z o.o. w części C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, Sweco Polska Sp. z o.o.:

a. w odpowiedzi na pytanie: Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową zaznaczyła odpowiedź Tak, przy czym wskazała, że wykonawca nie powziął środków w celu samooczyszczenia. Jednocześnie w dokumencie zamieszczono odwołanie do osobnego dokumentu Załącznik do dokumentu JEDZ - do Części III. w odpowiedzi na pytanie: Czy wykonawca może potwierdzić, że: a) 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 (...) zaznaczyła odpowiedź Nie, wyjaśniając jednocześnie że: w dniu 01.07.2021 r. zapadł wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 1430/21) przesądzający, iż Sweco Polska Sp. z o.o. (dalej jako: „Sweco”) wprowadziło w błąd zamawiającego przez nieprawidłowe wskazanie zakresu uprawnień personelu kluczowego. W związku z powyższym Sweco kierując się treścią przepisu art. 110 ust. 2, wdrożył działania samooczyszczenia, których szczegółowy opis stanowi załącznik do dokumentu JEDZ (plik o nazwie Sweco Polska Karta self-cleaning).

W dokumencie zatytułowanym Załącznik do dokumentu JEDZ do Części III. Podstawy wykluczenia, pkt. C.) - w zakresie przesłanek opisanych w art. 109 ust. 1 pkt. 7 wykonawca przedstawił informacje dotyczące realizacji wcześniejszej umowy w przedmiocie zamówienia publicznego zawartej pomiędzy Sweco Polska Sp. z o.o. a spółką Tramwaje Śląskie S.A., stwierdzając w pierwszej kolejności:

Wykonawca Sweco Polska sp. z o.o. (dalej jako „Sweco”) niniejszym przedkłada wyczerpujący opis stanu faktycznego dotyczącego realizacji zamówienia publicznego pn.: „Zintegrowany Projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko-

Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego”. W której Zamawiający - spółka Tramwaje Śląskie S.A. odstąpiła od umowy z Wykonawcą Sweco.

Sweco Polska Sp. z o.o. oświadczyła, że doszło do sytuacji, w której inny zamawiający (Tramwaje Śląskie Sp. z o.o.) odstąpiła od umowy z nią. W dalszej części wyjaśnień zostały opisane okoliczności zależne od Sweco Polska Sp. z o.o., które doprowadziły do takiej sytuacji oraz działania tego zamawiającego. Między innymi wskazano:

Zamawiający udzielił Sweco zamówienia dot. pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w zakresie ww. zadań inwestycyjnych (w szczególności zadań, nad którymi nadzór obecnie powierzono Wykonawcy LG ROAD Ł. G. - zamówienie udzielone w dniu 28 lipca br. w trybie zamówienia z wolnej ręki) na podstawie umowy nr DO/227/17 z dnia 20 kwietnia 2017 r. (dalej: umowa 1) oraz umowy nr DO/461/18 z dnia 14 września 2018 r. (dalej: Umowa 2).

Sweco wykonywało umowę 1 i Umowę 2 przy współpracy z Panem Ł. G.. Strony łączyła m.in. umowa w formie pisemnej o świadczenie usług z dnia 1 stycznia 202 r. (dalej: Umowa Zlecenie), a także ustne porozumienia. Na podstawie ww. Umów, Pan Ł. G. zobowiązany był do pełnienia funkcji koordynatora nadzoru inwestorskiego dla poszczególnych części projektu objętego Umowami 1 i 2.

Pan Ł. G. mimo ciążących na nim obowiązków wynikających z umów łączących go ze Sweco, stanowiących część przedmiotu zamówienia dla zamawiającego, nie wykonywał ich należycie, co powodowało po stronie Sweco konieczność zastępowania jego osoby innymi członkami Personelu i narażało Sweco na negatywne skutki ze strony zamawiającego. Zamawiający kierował do Sweco pisma, w których wskazywał na brak np. obecności Pana Ł. G. na naradach, czy brak podpisywania przez Pana Ł. G. kluczowych dokumentów związanych z realizacją Umowy 1 i 2. Zamawiający prezentował wobec Sweco stanowisko, że ww. oko-

liczność może doprowadzić do naliczenia wobec Sweco kar umownych oraz wyciągnięcia innych konsekwencji kontraktowych, w tym w szczególności rozwiązania umów ze Sweco - co ostatecznie miało miejsce, wobec złożenia przez zamawiającego w dniu 6 maja 2021 r. oświadczenia o częściowym rozwiązaniu Umów 1 i 2 ze Sweco, z powołaniem m. in. na nie- należyte pełnienie funkcji Koordynatora nadzoru inwestorskiego przez Pana Ł. G.. Zamawia- jący powoływał się dodatkowo na inne rzekome nieprawidłowości, które jednak Sweco kwe- stionowało i nadal kwestionuje jako nieuprawnione i pozbawione podstaw prawnych. Spór pomiędzy stronami zasadza się bowiem na kluczowym zakresie na tle takiej kwestii czy Sweco jako świadczący nadzór nad realizacją zadań inwestycyjnych jest zobowiązane do poprawiania błędów, braków i niedoróbek dokumentacji projektowej, którą na zlecenie za- mawiającego opracowywały podmioty trzecie przed zaangażowaniem Sweco w procesy in- westycyjne. Sweco nie godziło się na poprawianie ww. dokumentacji, a zamawiający żądał podjęcia takich pozakontraktowych działań, bowiem projekt jest dofinansowany ze środków unijnych (POiŚ) zaś stwierdzenie nieprawidłowego przygotowania inwestycji (w tym ukazanie błędów i braków projektowych w zaakceptowanej przez zamawiającego dokumentacji projek- towej) mogłyby doprowadzić do nałożenia na zamawiającego znacznych korekt finansowych da Projektu.

Wspomnianym wyżej pismem z dnia 6 maja (nr DI/JRP-B/0795/21) Zamawiający oświadczył, że rozwiązuje z ważnych powodów ze skutkiem natychmiastowym Umowę 1 i Umowę 2 w części. W tym miejscu wskazano, że dla Umowy 1 dotyczy t zadania nr 10, ale Umowy 2 zadań 2.5, 2.6, i 2.8.1. Zamawiający powołał się na art. 70 kc w związku z art. 746 par. 1 kc i postanowienia par. 10 ust. 1 lit. a, b e Umów podnosząc jakoby Sweco jako inżynier dopuścił się szeregu nieprawidłowości w realizacji umów skutkujących ziszczeniem się po stronie zamawiającego uprawnienia do rozwiązania przedmiotowych Umów we wskazanym przez zamawiającego zakresie.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że w dniu 6 maja 2021 r. zamawiający Tramwaje Śląskie S.A. dokonał rozwiązania umowy ze Sweco Polska Sp. z o.o. z przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy.

W dalszej części Sweco Polska Sp. z o.o. wyjaśniła, że powyższą decyzję zamawiającego kwestionuje, a powstały pomiędzy stronami spór doprowadził do złożenia przez Sweco Pol- ska Sp. z o.o. oświadczenia o odstąpieniu od umowy z tym zamawiającym.

W efekcie wobec braku polubownego rozwiązania opisanego sporu pomiędzy stronami oraz brakiem zmiany sytuacji faktycznej związanej z realizacją umów, w tym w zakresie kwestii personalnych, jak również brakiem współdziałania przez zamawiającego ze Sweco przy rea- lizacji Umów 1 i 2 oraz nieuprawnionym pozbawieniem Sweco kluczowej części wynagro- dzenia przez złożenie przez zamawiającego oświadczenia z dnia 6 maja 2021 r. Sweco oświadczyło o rozwiązaniu z ważnych powodów z przyczyn leżących po stronie zamawiają- cego całości Umowy 1 i Umowy 2.

Sweco Polska Sp. z o.o. powołała się też na powiązane postępowanie, toczące się przez

Krajową Izbą Odwoławczą (sygn. akt KIO 2454/21).

W dniu 17 sierpnia 2021 r. Sweco wniosło odwołanie do Izby (sygn. akt KIO 2454/21), w któ- rym zarzuciło zamawiającemu - spółce Tramwaje Śląskie S.A.:

1. niezgodne z prawem udzielenie wykonawcy LG ROAD Ł. G. zamówienia z wolnej ręki bez zachowania trybów konkurencyjnych ze względu na nieprawidłowe przyjęcie przez zamawiającego, że ziszczyły się przesłanki zastosowania tego trybu z art. 214 ust. 1 pkt 5
2. udzielenie wykonawcy LG ROAD Ł. G. zamówienia publicznego w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Rozprawa odbyła się 5 października 2021 r., a wyrok ogłoszono w dniu 15 października 2021 r. KIO uwzględniło zarzuty odwołania, uznając, że zamawiający udzielił zamówienia z wolnej ręki niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i nakazało unieważnienie zawartej w dniu 28 lipca 2021 r. umowy.

Lider Konsorcjum Sweco pominął w swoich wyjaśnieniach jednak fakt, że przedmiotowy wy- rok uznał za niedopuszczalne udzielenie przez zamawiającego zamówienia z wolnej ręki nie dlatego, że umowa z wykonawcą Sweco Polska Sp. z o.o. była nierozwiązana czy rozwiąza- na nieprawidłowo, lecz dlatego, że nie zostały spełnione inne przesłanki udzielenie zamó- wienia z wolnej ręki. Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła istotne fakty:

To jest, że zamawiający 6 maja 2021 r. rozwiązał ze skutkiem natychmiastowym ww. Umowy 1 i 2 zawarte dla etapów I i II w zakresie czterech zadań 10, 2.5, 2.6 i 2.8.1. Odwołujący pi- smem z dnia 15 lipca 2021 r. doręczonym zamawiającemu 16 lipca 2021 r. rozwiązał ze

skutkiem natychmiastowym ww. Umowy w pozostałym zakresie,

Dowód: wyrok KIO 2454/21

Wykonawca podkreślił, że ze względu na okoliczności związane z rozwiązaniem umowy, uważa, że wobec spółki, pomimo opisywanej sytuacji, nie zachodzi przesłanka wykluczenia wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy .

Sweco wskazał, że przedstawienie przez Sweco ww. sytuacji w JEDZ wynika z transparentności działania Sweco, ale nie uznaje on, że powinien podlegać wykluczeniu z ww. przesłanki w opisanych okolicznościach.

Zamawiający - Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o. przyjął powyższe wyjaśnienia Konsorcjum Sweco.

W odniesieniu do wskazanej w dokumencie JEDZ Sweco Polska Sp. z o.o. kwestii związanej z wcześniejszym wprowadzeniem w błąd zamawiającego w innym postępowaniu, w dokumencie zatytułowanym Karta dot. self - cleaning Sweco Polska Sp. z o.o. wyjaśniła, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na realizację usługi pn.: Pełnienie nadzoru inwestorskiego w ramach realizacji projektu „Budowa Centrum Obsługi Odwiedzających Państwowe Muzeum Auschwitz - Birkenau w Oświęcimiu etap III i IV, na skutek odwołania wniesionego przez BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k zapadł wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1430/21) stwierdzający, że Sweco Polska Sp. z o.o. wprowadziła w błąd zamawiającego, którym było Państwowe Muzeum Auschwitz - Birkenau w Oświęcimiu, przez nieprawidłowe wskazanie zakresu uprawnień osób mających wchodzić w skład kluczowego personelu.

Sweco Polska Sp. z o.o. przywołanym dokumentem objęła wyczerpujące wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych z sankcjonowanym zachowaniem w postępowaniu oraz podjęte działania zaradcze w celu unikania wystąpienia takich zdarzeń w przyszłości, załączając także dokumenty potwierdzające działania naprawcze.

Także w tym zakresie zamawiający zaakceptował samooczyszczenie Konsorcjum Sweco. Pomimo przywołania wyżej wskazanych okoliczności i dokumentów, Sweco Polska Sp. z o.o. pominęła fakt, że w innym postępowaniu wprowadziła zamawiającego w błąd, ukrywając

przed zamawiającym CPK, że doszło w stosunku do niej do rozwiązania wcześniej zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Sweco Polska Sp. z o.o. wzięła udział w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. (dalej MPWiK), w trybie sektorowych negocjacji z ogłoszeniem na realizację zadania pn.: Opracowanie koncepcji programowo- planistycznej pod nazwą Master plan dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z perspektywą do roku 2020; Numer referencyjny postępowania: 00931/WS/PW/PZP-DRZ-WRI/U/2021.

W dokumencie Opis Potrzeb i Wymagań dla postępowania prowadzonego przez MPWiK, zostały wskazane fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawców z postępowania objęte

art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 5 i 7-10 ustawy (pkt. 5.1.2.2 OPIW).

Dowód: OPIW dla postępowania

W dniu 4 lutego 2022 r. MPWiK odrzucił ofertę Sweco Polska Sp. z o.o. w oparciu o art. 362

pkt 1 ustawy w zw. z art. 226 ust.1 pkt 2 lit. a) ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy oraz postanowieniami 5.1.2.2. i 6.1.4.6 SWZ dla tego postępowania (pismo Informacja o odrzuceniu oferty).

Formułując uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty zamawiający MPWiK wskazał, że:

a. Sweco Polska Sp. z o.o. wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu złożyła dokument JEDZ, w którym na pytanie Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową zaznaczyła odpowiedź Nie, nie załączając żadnych wyjaśnień/dokumentów w tym zakresie;

b. Sweco Polska Sp. z o.o. złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu w dniu 15 lipca 2021 r.;

c. wniosek Sweco Polska Sp. z o.o. został pozytywnie oceniony przez zamawiającego MPWiK i wykonawca ten został zaproszony do udziału w postępowaniu oraz do złożenia oferty;

d. oferta Sweco Polska Sp. z o.o. została oceniona jako najkorzystniejsza i zamawiający MPWiK wezwał wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym do złożenia oświadczenia o aktualności informacji zawartych w JEDZ;

e. w odpowiedzi na wezwanie Sweco Polska Sp. z o.o. w dniu 19 stycznia 2022 r. złożyła między innymi oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w JEDZ, w którym wykonawca oświadczył o aktualności informacji zawartych w JEDZ dotyczących podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3 - 6 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1, 5 i 8 - 10 ustawy Jednocześnie wykonawca w treści oświadczenia wskazał, że: „a w zakresie, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy, Sweco Polska sp. z o.o. przedkłada aktualny Dokument JEDZ wraz z Załącznikiem do JEDZ (do Części III. Podstawy wykluczenia, pkt C.) - w zakresie przesłanek opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7”.

f. treść nowego dokumentu JEDZ zawierała oświadczenie, z którego wynikało, że wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Do JEDZ Sweco Polska Sp. z o.o. dołączyła Załącznik do JEDZ (do Części III. Podstawy wykluczenia, pkt C.) zaznaczając jednocześnie, że dokument ten był przedkładany także w innych postępowaniach przetargowych. Wykonawca wskazał także, że nie przedsięwziął środków w celu samooczcyszczenia.

g. ponieważ złożony JEDZ zawierał w tym przedmiocie oświadczenie sprzeczne z oświadczeniem objętym dokumentem JEDZ z dnia 15 lipca 2021 r., MPWiK wezwał Sweco Polska Sp. z o.o. do wyjaśnień, a następnie wykluczył wykonawcę z postępowania i odrzucił jego ofertę.

MPWiK podkreślił, że: z pierwotnego JEDZ, złożonego przez wykonawcę dnia 15.07.2021 r. wynikało, że wykonawca nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Natomiast w kolejnym JEDZ, złożonym przez wykonawcę z własnej inicjatywy dnia 19.01.2022 r., zawarte zostało oświadczenie, z którego wynika, że znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Przedmiotowe oświadczenia są zatem ze sobą sprzeczne, pomimo że zamawiający ustalił, iż w okresie pomiędzy ich złożeniem nie zmieniły się okoliczności faktyczne, które mogłyby stanowić podstawę do zmiany treści oświadczenia. Z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów wynika bowiem, że zdarzenia, które miałyby stanowić podstawę do aktualizacji JEDZ, miały miejsce w maju 2021 r., podczas gdy pierwotna treść JEDZ została złożona przez wykonawcę dnia 15.07.2021 r. Zatem już podczas składania pierwotnego dokumentu JEDZ istniały podstawy do poinformowania zamawiającego o zaistnieniu okoliczności faktycznych, które zostały wskazane przez wykonawcę w oświadczeniu JEDZ złożonym dnia 19.01.2022 r. Wykonawca natomiast dnia 15.07.2021 r. złożył oświadczenie, że wobec niego nie wystąpiły okoliczności, które w istocie zaistniały na moment składania tego oświadczenia. Powyższa sprzeczność świadczy o wprowadzeniu zamawiającego w błąd. Dodatkowo wskazać należy, że oświadczenie, o którym mowa powyżej, zostało złożone przez wykonawcę w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Celem składanych informacji było zatem stwierdzenie czy wykonawca powinien zostać zaproszony do udziału w postępowaniu. W przypadku uznania przez zamawiającego, że wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania, wykonawca nie mógłby uczestniczyć w dalszych etapach prowadzonego postępowania. Z tej perspektywy należy stwierdzić, że wprowadzenie w błąd, o którym mowa powyżej, po pierwsze - dotyczyło przedstawienia informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania, po drugie - mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania. Jak wynika bowiem z dalszego przebiegu postępowania, zamawiający uznał, że oferta wykonawcy zawiera najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert, co stanowiło podstawę do wezwania tego wykonawcy dnia 13.01.2022 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Gdyby wykonawca zawarł oświadczenie, które zostało przez niego złożone w JEDZ dnia 19.01.2022 r., już w pierwotnym dokumencie JEDZ złożonym przez tego wykonawcę dnia 15.07.2021 r., to zamawiający mógłby dojść do wniosku, że wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania na wcześniejszym jego etapie. Taki wniosek mógłby z kolei doprowadzić do wyłączenia możliwości dalszego uczestnictwa wykonawcy w postępowaniu i jego eliminacji z tego postępowania, a także do zmiany kolejności w rankingu ofert.

Z powyższych względów należy uznać, że wprowadzenie zamawiającego w błąd opisane w poprzedzającym akapicie, mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania.

Dowód: pismo MPWiK z 4 lutego 2022 r. Informacja o odrzuceniu oferty

Biorąc powyższe pod uwagę nie może być wątpliwości, że składając JEDZ wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu MPWiK, Sweco Polska Sp. z o.o. powinna wskazać na okoliczności związane z rozwiązaniem umowy zawartej uprzednio ze spółką Tramwaje Śląskie S.A., a brak tej informacji powoduje konieczność wykluczenia tego wykonawcy także z niniejszego postępowania.

Wykonawca Sweco Polska Sp. z o.o. przez zaniechanie ujawnienia wobec MPWiK informacji o rozwiązaniu umowy ze spółką Tramwaje Śląskie S.A. co najmniej przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co stanowi przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy a nie można wykluczyć, że było to także działanie świadome i zamierzone. Faktem jest, że w oparciu o dokumenty (JEDZ) nie zawierające informacji o ewentualnej podstawie wykluczenia MPWiK dopuścił Sweco Polska Sp. z o.o. do udziału w postępowaniu oraz zaprosił do składania ofert, a także uznał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą. Doszło więc niewątpliwie do wprowadzenia zamawiającego w błąd. Jednocześnie późniejsze działania Sweco Polska Sp. z o.o. wskazują wyraźnie, że wykonawca ten miał świadomość, konieczności przywołania sprawy rozwiązania umowy ze spółką Tramwaje Śląskie S.A. w ramach kolejnych postępowań przetargowych, w który uczestniczyła spółka.

I tak w niniejszym postępowaniu Sweco Polska Sp. z o.o. z własnej inicjatywy dołączyła do JEDZ wspomniany wyżej Załącznik do dokumentu JEDZ - do Części III, odnoszący się do tego właśnie zdarzenia - rozwiązania umowy ze spółką Tramwaje Śląskie S.A. Oznacza to, że co do zasady Sweco Polska Sp. z o.o. potraktowała oświadczenie o rozwiązaniu umowy z 06 maja 2021 r. jako oświadczenie, które może stanowić podstawę wykluczenia w oparciu o ww. przepis. A skoro tak, to winna była poinformować zamawiającego o fakcie złożenia przez Tramwaje Śląskie S.A. oświadczenia o rozwiązaniu umów nr 1 i 2 w ramach dokumentu JEDZ złożonego w dniu 15 lipca 2022 r. Gdyby bowiem przedmiotowe oświadczenie z 06 maja 2021 r. byłoby bezprzedmiotowe dla kwestii potencjalnych podstaw do wykluczenia Sweco Polska Sp. z o.o., to wykonawca ten w ogóle nie powinien wspominać w późniejszych wyjaśnieniach o tym oświadczeniu. W efekcie nawet w ocenie samego wykonawcy, mając na względzie późniejsze wyjaśnienia składane przez niego w kolejnych postępowaniach, oświadczenie Tramwajów Śląskich S.A. z 06 maja 2021 r. o rozwiązaniu umowy stanowiło zdarzenie wymagające poinformowania o nim kolejnych zamawiających oraz złożenia wyjaśnień. W przeciwnym wypadku wykonawca Sweco Spółka z o.o. winien pominąć to zdarzenie w składanych kolejnych wyjaśnieniach jako bezprzedmiotowe. Tak jednak się nie stało, co powoduje, że informacja o zdarzeniu z 06 maja 2021 r. winna znaleźć się w wyjaśnieniach do JEDZ z 15.07.2021 r.

Odwolujący podkreślił, że okoliczności związane z odstąpieniem od umowy zawartej z Tramwajami Śląskimi S.A. wskazują na zaistnienie przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy. Nie może być wątpliwości (wynika to z wyjaśnień samego Lidera Konsorcjum Sweco), że pismem z dnia 6 maja 2021 r. zamawiający Tramwaje Warszawskie S.A. odstąpił od części umów nr 1 i 2, zawartych z Sweco Polska Sp. z o.o. ze względu na nieprawidłowości w realizacji umowy, leżące po stronie tego wykonawcy, spełniające przesłanki określone w § 10 ust. 1 lit. a, b i e umowy 1 oraz 2.

Wskazał, że powołane przez zamawiającego postanowienia umów, stanowiące podstawę prawną odstąpienia obejmowały następujące okoliczności, niewątpliwie wskazujące na nie należyte realizowanie przez wykonawcę postanowień zawartych umów:

„§ 10

1. Zamawiający może odstąpić od niniejszej Umowy w całym okresie obowiązywania niniejszej Umowy ze skutkiem następującym w chwili doręczenia wykonawcy oświadczenia woli zamawiającego w przedmiocie odstąpienia w taki sposób, że mógł się z nim zapoznać, w każdym czasie po uprzednim doręczeniu mu wezwania do usunięcia danego problemu z określeniem terminu jego usunięcia, a w przypadku określonym pod lit. f po uprzednim uprzedzeniu, jeżeli:

- a) wykonawca opóźnia się z dochowaniem ustalonych Umową terminów jej realizacji lub realizacji jej poszczególnych elementów o więcej niż 14 dni kalendarzowych,
- b) wykonawca z własnej winy przerywa realizację Umowy i nie podejmuje jej realizacji przez okres kolejnych 14 dni kalendarzowych,
- e) Zamawiający stwierdzi, że wykonawca świadczy usługi objęte Umową niezgodnie z jej

postanowieniami, z projektami lub przepisami technicznymi i wezwie go do zmiany sposobu ich prowadzenia, wyznaczając w tym celu odpowiedni termin, a wykonawca w terminie tym odpowiednich zmian w świadczonych usługach nie dokona, przy czym termin wyznaczony wykonawcy nie może wynosić mniej niż 14 dni,”

Dowód: skan umowy nr 1 i 2

Dodał, że możliwość wykluczenia wykonawcy z powodu częściowego odstąpienia lub wypowiedzenia umowy jest powszechnie zaakceptowana w orzecznictwie KIO: i tak przykładowo: Wyrok KIO z 18.09.2019 r., KIO 1724/19: „Pismem z dnia 18 września 2017 r. Zamawiający wyznaczył wykonawcy nieprzekraczalny termin wykonania robót. (...) Wobec nie wykonania całości umowy przez wykonawcę we wskazanym terminie Zamawiający pismem z dnia 9 października 2019 r. odstąpił od umowy w części nie wykonanej. (...)”. Ostatecznie Krajowa Izba uznała, że podstawy wykluczenia wykonawcy zostały spełnione: „Reasumując, Izba stwierdziła, że zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania nie dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 i art. 91 ust. 1 ustawy. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy.” W podobnym duchu wypowiada się J. Jarnicka: 1. Wprowadzenie. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie lub długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania stanowi kolejną z fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy. Stan prawny w tym zakresie uległ zmianie w stosunku do regulacji PZP2004. Obecnie sankcją wykluczenia objęte jest nienależyte wykonanie lub nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie lub długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji. Wykluczenie może zatem nastąpić nie tylko w przypadku nienależytego wykonania zamówienia, ale również jeśli jedno ze zobowiązań składających się na to zamówienia nie było należycie zrealizowane.

Wyjaśnił, że Sweco Polska Sp. z o.o. nie zgodziła się z wykluczeniem z postępowania prowadzonego przez MPWiK i wniosła w tym zakresie odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Do postępowania odwoławczego, toczącego się pod sygnaturą KIO 375/22 przystąpiła MGGP S.A. po stronie zamawiającego. Jednocześnie MPWiK złożyła odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości ze względu na jego bezzasadność. Następnym termin rozprawy w sprawie został wyznaczony na 10 marca 2022 r.

Niezależnie od zakwestionowania działań zamawiającego MPWiK co do wykluczenia, w ocenie odwołującego nie mających podstaw prawnych i faktycznych, odwołujący stoi na stanowisku, że całokształt przytoczonych wyżej okoliczności powinien skutkować wykluczeniem Konsorcjum Sweco z postępowania.

Konsorcjum Sweco zataiło w niniejszym postępowaniu, że co najmniej przedstawiło informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i/lub wprowadziło zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub zataiło te informacje w ramach postępowania prowadzonego przez MPWiK. W skutek tego Konsorcjum Sweco nie przeprowadziło procedury self-cleaningu, która mogła uchronić tego wykonawcę od wykluczenia z postępowania.

Dodatkowo zdarzenie, które spowodowało wykluczenie Lidera Konsorcjum Sweco tj. Sweco Polska Sp. z o.o. z postępowania prowadzonego przez MPWiK nastąpiło w dniu 15 lipca 2021 r. (złożenie dokumentu JEDZ z nieprawdziwymi informacjami co do wystąpienia sytuacji wcześniejszego rozwiązania umowy w przedmiocie zamówienia publicznego), w związku z czym nawet gdyby przyjąć, że zdarzenie to spełniało przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy, to zgodnie z art. 111 pkt 6) tej ustawy nie upłynął jeszcze roczny okres wyłączenia takiego wykonawcy z możliwości ubiegania się o zamówienia publiczne, nie mówiąc już o sankcji związanej z art. 109 ust. 1 pkt 8) czyli okresem dwuletnim.

Dodatkowo Konsorcjum Sweco przedstawiło nieprawdziwe informacje dotyczące osoby p. Ł. K., wskazanego do pełnienia funkcji Koordynatora Projektu.

Powyższe dotyczy także wykonawcy Databout Sp. z o.o., którego oferta została wybrana przez zamawiającego jako jedna z ofert najkorzystniejszych. Wykonawca ten także powołał się na wiedzę i doświadczenie pana Ł. K., wskazanego i tu do funkcji Koordynatora Projektu. Zamawiający CPK wymagał, aby osoba mająca pełnić funkcję Koordynatora Projektu:

a. posiadała uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w jednej ze specjalności wskazanych w punktach 2, 5, 6, 7, 9, 13, 17 w niniejszej tabeli tj. uprawnienia branży torowej, branży mostowej, branży drogowej, branży konstrukcyjno-budowlanej, branży

sanitarnej, branży elektroenergetycznej, branży SRK,

b. w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu na składanie ofert pełniła funkcję koordynatora w ramach co najmniej 2 usług obejmujących m.in. opracowanie projektu budowlanego dla odcinka dwutorowej lub jednotorowej linii kolejowej o prędkości co najmniej 120-159 km/h i długości co najmniej 15 km, obejmującego co najmniej dwie stacje lub posterunki odgałęźne, przy czym zakres prac projektowych obejmował co najmniej 9 z branż o których mowa w pkt. 2, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 13, 16, 17, 19 Załącznika nr 9 tj. branży torowej, branży mostowej, branży drogowej, branży architektonicznej, branży sanitarnej, branży hydrotechnicznej, branży sieć trakcyjna, branży elektroenergetycznej nietrakcyjnej, branży SRK, branży telekomunikacyjnej (Załącznik nr 9 do OPZ).

Na potwierdzenie spełnienia przez p. K. wymagań zamawiającego w zakresie doświadczenia zawodowego Konsorcjum Sweco Polska oraz wykonawca Databout Sp. z o.o. wskazały między innymi na jego udział w realizacji projektu pn.: „Opracowanie dokumentacji projektowej i materiałów przetargowych w ramach projektu POIiŚ 7.1-73 pn.: „Modernizacja linii kolejowej Nr 7 Warszawa wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Otwock - Lublin - Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)” - odcinek Dęblin - Lublin w km 107,283 - 175,850.

Odwołujący wyjaśnił, że powyższy projekt był realizowany przez MGGP S.A. (Lidera Konsorcjum MGGP), na podstawie umowy nr 90/114/0011/13/Z/I z dnia 26 lipca 2013 r., zawartej z PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., stąd odwołujący posiada pełną wiedzę dotyczącą kadry zaangażowanej w realizację tego projektu. Odwołujący nie ma żadnych wątpliwości, że funkcję Koordynatora Projektu pełnił p. M. S., natomiast p. Ł. K. pełnił jedynie funkcję Kierownika Projektu, przy czym funkcja ta nie była funkcją wymaganą przez PKP PLK S.A., a jedynie została ustanowiona z przyczyn organizacyjnych, przez MGGP S.A.

Odwołujący podkreślił, że ze względu na wymagania postępowania przetargowego, w wyniku którego została zawarta umowa nr 90/114/0011/13/Z/I, pan Ł. K. nie mógł pełnić funkcji Koordynatora Projektu dla tego zadania. PKP PLK S.A. wymagała bowiem, aby osoba Koordynatora Projektu dla wskazanej wyżej inwestycji:

a. posiadała uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności kolejowej bez ograniczeń;

b. posiadała doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który w okresie ostatnich 5 lat wykonał co najmniej dwa opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej dla budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy), które obejmowały swym zakresem łącznie co najmniej szlak i 2 stacje kolejowe położone na zelektryfikowanej linii kolejowej.
Dowód: SIWZ dla postępowania nr referencyjny IRZUd-2130-007-05/12

Pan Ł. K. w 2013 roku nie posiadał odpowiedniego doświadczenia, ale co ważniejsze nie spełniał przede wszystkim warunku dotyczącego uprawnień zawodowych. Zarówno wówczas jak i w chwili obecnej (co wynika z treści załącznika nr 9A pkt. 1 ppkt 2) ofert obydwóch wykonawców) pan K. posiada uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (numer uprawnień MAP/IE/0460/12), uzyskane 26 czerwca 2012 r.

Nie mógł więc pełnić funkcji Koordynatora Projektu w ramach realizacji przez MGGP S.A. umowy nr 90/114/0011/13/Z/I, której przedmiotem było Opracowanie dokumentacji projektowej i materiałów przetargowych w ramach projektu POIiŚ 7.1-73 pn.: „Modernizacja linii kolejowej Nr 7 Warszawa wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Otwock - Lublin - Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)” - odcinek Dęblin - Lublin w km 107,283 - 175,850, na realizację której to inwestycji powołują się zarówno Konsorcjum Sweco jak i wykonawca Databout, gdyż nie posiadał uprawnień budowlanych do projektowania w specjalności kolejowej bez ograniczeń.

Wskazał, że biorąc także pod uwagę, że pan Ł. K. uzyskał uprawnienia w czerwcu 2012 r. to wydaje się co najmniej wątpliwe aby mógł do chwili złożenia ofert w przedmiotowym postępowaniu, co nastąpiło w grudniu 2013 r., uzyskać odpowiednie doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym W związku z powyższym Konsorcjum Sweco jak i wykonawca Databout, co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamawiającego lub nawet wykonawcy ci, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub którzy zataił te informacje. W związku z powyższym wykonawcy ci powinni podlegać wykluczeniu z postępowania, a ich oferty powinny zostać odrzucone.

W zakresie osoby Koordynatora Projektu ani Konsorcjum Sweco ani wykonawca Databout nie skorzystali z instytucji samooczystczenia.

Odwolujący wskazał, że zgodnie z przyjętą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej złożenie przez wykonawcę dokumentu lub oświadczenia o nieprawdziwej treści ma charakter ostateczny i nie podlega uzupełnieniu w oparciu o art. 128 ust. 1 ustawy. Powyższe potwierdza między innymi niedawny wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 29 września 2021 r. sygn. akt KIO 2720/21, w którym Izba stwierdziła, że instytucja uzupełnienia dokumentu nie służy do zastępowania informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi. Taka praktyka jest sprzeczna z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W dniu 1 marca 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 3 marca 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Databout spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta przystępującego została uznana za jedną z najkorzystniejszych ofert, co oznacza że z przystępującym została podpisana umowa ramowa. Zamówienia częściowe będą udzielane dopiero po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym pozyskanie konkretnego zamówienia (zamówienia częściowego) będzie następowało w kolejnych postępo-

waniach prowadzonych włącznie z udziałem wykonawców z którymi zostaną zawarte umowy ramowe. Zarzuty odwołującego są w ocenie przystępującego bezpodstawne, bowiem przystępujący nie wprowadził zamawiającego w błąd oraz nie podał jakichkolwiek nieprawdziwych informacji. Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu a jego oferta nie podlega odrzuceniu zatem wszystkie czynności zamawiającego były prawidłowe. Szczegółowe uzasadnienie zostanie przedstawione przez przystępującego w trakcie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą. W związku z powyższym, wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Zgłoszenie zostało wniesione przez prokurenta samoistnego. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia stronom.

W dniu 4 marca 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum Sweco - Sweco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Lider Konsorcjum) z siedzibą w Poznaniu, ul. Franklina Roosevelta 22 i TECNICA Y PROYECTOS Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie Calle Gomera 9 San Sebastian de los Reyes. Przystępujący wskazał, że posiada interes w przystąpieniu do niniejszego postępowania odwoławczego, bowiem oferta Sweco została wybrana do zawarcia umowy ramowej, co w konsekwencji umożliwi przystępującemu pozyskanie zamówienia wykonawczego. Przystępujący ma interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego. Uwzględnienie bowiem przedmiotowego odwołania spowoduje uszczerbek interesu przystępującego, przez realne obniżenie szans uzyskania zamówień wykonawczych w ramach zawartej umowy ramowej odpowiednio z 9,09% (takie są matematyczne szanse, jeśli w umowie ramowej będzie uczestniczyć 11-tu wykonawców) do 8,33% (matematyczne szanse gdy w umowie ramowej będzie uczestniczyć 12-tu wykonawców). W konsekwencji, w przypadku uwzględnienia odwołania wniesionego przez odwołującego, tożsamemu procentowemu obniżeniu ulegną szanse przystępującego wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego i osiągnięcia zysku. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez członka zarządu lidera z dnia 18 stycznia 2022 r. i przez pełnomocnika partnera działającego na podstawie ciągu pełnomocnictw z dnia 28 stycznia 2013 i 12 września 2008 r. z tymże ostatnie pełnomocnictwo zostało udzielone przez delegowanego członka zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom.

W dniu 4 marca 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Tadeusza Kościuszki 68, Biuro Projektów Kolejowych i Usług Inwestycyjnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Tuwima 28 i FONON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Czackiego 7/9/11 wnosząc o uwzględnienie odwołania i obciążenie zamawiającego kosztami postępowania. Przystępujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego wykonawcy, ponieważ w wyniku rozstrzygnięcia zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 18 lutego 2022 roku zarówno oferta przystępującego jak i wykonawców tj.: Konsorcjum Sweco Polska Sp. z o.o. (Lider) - Tecnica yProyectos SA (Partner) oraz Databout Sp. z o.o. zostały wybrane jako jedne z wielu najkorzystniejszych. Uwzględnienie zarzutów i żądań odwołującego spowodowałoby z kolei, że ww. wykonawcy powinni zostać

wykluczeni z przedmiotowego postępowania a ich oferty odrzucone, co miałooby pozytywny wpływ na sytuację przystępującego albowiem jego szanse na uzyskanie zamówień wykonawczych w ramach niniejszego zamówienia na zawarcie umowy ramowej wzrosłyby przez zmniejszenie ilości potencjalnych wykonawców zaproszonych do składania ofert na zawarcie umów wykonawczych. W świetle powyższego należy przyjąć, iż w niniejszej sprawie w przypadku wygrania sprawy przez odwołującego, wymiernym pożytkiem dla przystępującego wykonawcy będzie zwiększenie konkurencyjności dalszych ofert przystępującego złożonych w ramach postępowań wykonawczych na podstawie przedmiotowego postępowania o udzielenie umowy ramowej, albowiem konkurować będzie ze sobą mniejsza liczba wykonawców i co istotne konkurencja ta odbywać się będzie w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w sposób prawidłowy, zgody z obowiązującymi przepisami ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia stronom. Zgłoszenie zostało wniesione przez wiceprezesa zarządu lidera, działającego w imieniu lidera i pozostałych członków, na podstawie udzielonych przez nich pełnomocnictw z dnia 6 grudnia 2021 r. sporządzonych zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z KRS i na podstawie uchwały Rady Nadzorczej lidera.

W dniu 4 marca 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - konsorcjum firm w składzie: 1) SSF INGENIEURE AG - Lider Konsorcjum z siedzibą w Niemczech, Monachium, Domagkstraße 12, Saitec Spółka akcyjna - Partner Konsorcjum z siedzibą w Hiszpanii, LEIOA (BIZKAIA), PARQUE EMPRESARIAL IBARRABARRI, EDIFICIO A-2, Schuessler Plan Inżynierzy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Partner Konsorcjum z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 96, Schubler-Plan Ingenieuresellschaft GmbH - Partner Konsorcjum z siedzibą w Niemczech, Frankfurt am Main, Lindleystraße 11 i Europrojekt Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, ul. Nadwiślańska 55 wnosząc o uwzględnienie odwołania. Interes prawny przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego polega na tym, iż w przypadku uwzględnienia odwołania i wykluczenia wykonawców SWECO i Databout krąg wykonawców dopuszczonych do wykonania umowy ramowej będzie węższy, co zwiększy szanse przystępującego na otrzymywanie zleceń na wykonywanie dokumentacji projektowej w ramach zamówienia publicznego. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez członka zarządu lidera konsorcjum z dnia 2 grudnia 2022 r. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia stronom.

W dniu 4 marca 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Egis Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 39A, Egis Rail Spółka Akcyjna z siedzibą we Francji w Lyonie, 168 et 170 avenue Thiers, oraz Jaf- Geotechnika spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Trzciny, ul. Krótka 5 wnosząc o uwzględnienie odwołania. Przystępujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania odwoławczego na korzyść odwołującego. W dniu 18 lutego 2022 r. zamawiający zawiadomił wykonawców, że dokonał wyboru najkorzystniejszych ofert w postępowaniu, za które uznał oferty złożone przez 11 wykonawców, w tym ofertę odwołującego, przystępującego, ale także ofertę następujących wykonawców: konsorcjum firm: Sweco Polska sp. z o.o. oraz Tecnica y Proyectos S.A. (dalej jako „Konsorcjum Sweco”) oraz wykonawcy: Databout sp. z o.o. (dalej jako „Databout”). Przystępujący podziela zarzuty odwołującego względem wykonawców: Konsorcjum Sweco i Databout, uznając odwołanie za zasadne. Oferty tych wykonawców powinny zostać odrzucone przez zamawiającego. Fakt, że zamawiający zaniechał dokonania tej czynności godzi w interes przystępującego. Taka sytuacja umożliwia bowiem wyżej wymienionym wykonawcom ubieganie się o udzielenie zamówień częściowych. To z kolei może uniemożliwić przystępującemu pozyskanie i realizację takich zamówień, co powodować będzie szkodę co najmniej w postaci zysku, jaki przystępujący mógłby osiągnąć w związku z realizacją kolejnych zamówień częściowych. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia stronom. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4 marca 2022 r. udzielonego przez prezesa zarządu lidera, zgodnie z odpisem z KRS. Lider działał na podstawie pełnomocnictw z dnia 22 listopada 2021 r. i 6 grudnia 2021 r. udzielonych zgodnie z zasadami reprezentacji partnerów.

W dniu 9 marca 2022 r. zamawiający oświadczył, że uwzględnił zarzuty odwołania w całości i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego. Zamawiający wskazał, że za pośrednictwem SmartPZP przekazał stronom postępowania odwoławczego informację o uwzględnieniu odwołania, która stanowi również załącznik do odpowiedzi. Zamawiający wskazał, że odwołujący w swoim odwołaniu przedstawia fakty, z których wynika, że zarówno wykonawca Databout sp. z o.o. (dalej „Databout”), jak i Konsorcjum: SWECO Polska sp. z o.o. - TECN-

CAY PROYECTOS S.A. (dalej „SWECO”) w swoich ofertach przedstawili na stanowisko Koordynatora Projektu pana Ł. K. i jednocześnie obaj wykonawcy wskazali nieprawdziwe informacje w zakresie posiadania przez zaproponowaną osobę doświadczenia spełniającego wymagania opisane w dokumentacji postępowania. Pan Ł. K. na wskazanej inwestycji pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej i materiałów przetargowych w ramach projektu POIŚ 7.1-73 pn.: „Modernizacja linii kolejowej Nr 7 Warszawa wschodnia Osobowa - Doro-husk na odcinku Otwock - Lublin - Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)” - odcinek Dęblin - Lublin w km 107,283 - 175,850” nie pełnił funkcji Koordynatora Projektu (tak jak to podano w załączniku nr 9A do oferty). Funkcję Koordynato-ra Projektu pełniła zupełnie inna osoba.

Odwolujący wskazał, że był wykonawcą wskazanej inwestycji i na potrzeby organizacyjne przy jej realizacji ustanowiono funkcję Kierownika Projektu, którą pełnił pan Ł. K.. Ponadto odwołujący argumentował, że pan Ł. K. nie mógł pełnić funkcji Koordynatora Projektu na powyższym zadaniu, ponieważ nie spełniał warunków dotyczących doświadczenia, jak rów-nież nie posiadał wymaganych uprawnień zawodowych, opisanych przez zamawiającego organizującego powyższe postępowanie tj. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Na potwierdze-nie powyższego odwołujący dołączył do odwołania dowody w tej sprawie w postaci SIWZ opisującej stawiane wymagania względem osoby na stanowisko Koordynatora Projektu. Bazując na informacjach zawartych w odwołaniu, zamawiający stwierdził, że wykonawcy Databout i SWECO przedstawiając nieprawdziwe informacje w zakresie spełniania warun-ków udziału w postępowaniu wprowadzili zamawiającego w błąd, co w konsekwencji miało wpływ na jego decyzję w zakresie wyboru ich ofert jako najkorzystniejszych.

Dodatkowo wykonawca SWECO zataił fakt, że na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy został 4 lutego br. wykluczony z postępowania prowadzonego przez innego zama-wiającego tj. Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. (dalej „MPWiK”)

Odwolujący MGPP w swoim odwołaniu wystarczająco opisał sytuację związaną z tym fak-tem. Jednocześnie zamawiający poinformował, że SWECO składając 7 lutego 2022 r. na wezwanie zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy oświadczenie o aktualności Jedno-litego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej „JEDZ”) potwierdził, że oświadczenie JEDZ złożone wraz z ofertą 28 grudnia 2021 r. w zakresie m.in. art. 109 ust. 1 pkt 7 - 10 ustawy jest aktualne, tym samym w sposób świadomy wprowadził zamawiającego w błąd, że nie podlega wykluczeniu z postępowania. W załączeniu jako dowód oświadczenie o aktual-ności JEDZ wykonawcy SWECO Polska sp. z o.o. złożone i podpisane w dniu 7 lutego 2022 r. przez osobę upoważnioną. Wykonawca SWECO również w terminie późniejszym nie poin-formował zamawiającego o sytuacji wynikłej w postępowaniu prowadzonym przez MPWiK.

Zgodnie z brzmieniem art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy zamawiający może wykluczyć z postępo-wania wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wpro-wadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środ-ków dowodowych.

Podobnie, na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy zamawiający może wykluczyć z postę-powania wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zama-wiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W obu wyżej wskazanych przepisach, aby mogło dojść do wykluczenia wykonawcy z postę-powania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca musi wprowadzić w błąd zama-wiającego i to wprowadzenie w błąd musi dodatkowo skutkować podjęciem przez zamawiają-cego decyzji, która miała istotny wpływ na wynik postępowania. W zaistniałym stanie fak-tycznym będącym podstawą niniejszego odwołania, zamawiający opierając się na dokumen-tach przedłożonych przez Databout i SWECO, uznał, że spełniają oni warunki udziału w po-stępowaniu i dokonał wyboru ich ofert jako najkorzystniejszych. Okoliczności przedstawione przez odwołującego w odwołaniu nie mogły być jednak wcześniej znane zamawiającemu. Biorąc pod uwagę powyższe, w szczególności opierając się na informacjach zawartych w odwołaniu, zamawiający wskazał, że w jego ocenie zasadnym jest odrzucenie oferty Data-

bout i SWECO na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp. Odrzucenie ofert SWECO

i Databout w zakresie sytuacji związanej z osobą wskazaną na funkcję Koordynatora Projek-tu nastąpi w związku z wystąpieniem przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Natomiast w zakresie sytuacji związanej z tokiem postępowania prowadzo-nego przez MPWiK, odrzucenie oferty SWECO nastąpi w związku z wystąpieniem przesłanki

wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał bowiem, że nie jest możliwe jednoczesne wypełnienie dyspozycji art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy w zakresie jednego działania. Celowe działanie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy, na które głównie wskazuje odwołujący, jest winą umyślną wykonawcy, podczas gdy lekkomyślność i niedbalstwo stanowi przejaw winy nieumyślnej. Działanie wykonawcy nie może, poza tym jednocześnie spełniać znamion lekkomyślności i niedbalstwa, jak wskazuje odwołujący, gdyż z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć, natomiast lekkomyślność występuje, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie. Zamawiający uznał, że w zaistniałej sytuacji ma miejsce wina umyślna w działaniu SWECO polegająca na zatajeniu informacji powstałych w toku postępowania prowadzonego przez MPWiK, natomiast w zakresie wskazania osoby pana Ł. K. przez SWECO i Databout w swoich ofertach, działanie to kwalifikujemy jako znamień lekkomyślności i niedbalstwa.

W pisemnym stanowisku z dnia 14 marca 2022 r. przystępujący Konsorcjum Europrojekt podtrzymał w całości swoje stanowisko w sprawie i wniósł o uwzględnienie odwołania Konsorcjum MGGP S.A. - Voessing Polska Sp. z o.o.

Przystępujący poparł oświadczenie zamawiającego z dnia 09.03.2022 r. nr sprawy: 33/21/MO/PZP/273 o uwzględnieniu odwołania w całości oraz popiera i przyjmuje jako własne uzasadnienie odwołania Konsorcjum MGGP S.A. - Voessing Polska Sp. z o.o. oraz uzasadnienie odpowiedzi na odwołanie zamawiającego z dnia 09.03.2022 r.

W ocenie przystępującego uzasadnienie oraz dowody zamieszczone w odwołaniu w sposób jednoznaczny potwierdzają, iż oferty Konsorcjum Sweco i oferta Databout sp. z o.o. powinny zostać odrzucone a wykonawcy ci wykluczeni z postępowania. W związku z faktem, iż wykonawcom tym przysługuje w dalszym ciągu uprawnienie do złożenia sprzeciwu do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego i dalsze kontynuowanie postępowania odwoławczego na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą Przystępujący, popierając treść odwołania i treść odpowiedzi na odwołanie udzielonej przez zamawiającego, wniósł o uwzględnienie odwołania i wykluczenie Konsorcjum Sweco oraz Databout sp. z o.o. z postępowania oraz odrzucenie ofert tych wykonawców.

W ocenie przystępującego Konsorcjum SWECO wprowadziło zamawiającego w błąd, co do podstaw wykluczenia z postępowania i wypełniła formularz JEDZ nie ujawniając wszystkich przedmiotowo istotnych informacji w tym zakresie, a jednocześnie świadomie lub w wyniku rażącego niedbalstwa nie poinformowała o okolicznościach stanowiących podstawę wykluczenia Konsorcjum SWECO z postępowania.

Okolicznością, o której nie poinformował Konsorcjum SWECO w JEDZ, a która to okoliczność ma bezpośredni wpływ na ocenę, czy ten wykonawca powinien podlegać wykluczeniu z postępowania, był udział Sweco Polska Sp. z o.o. w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. (dalej MPWiK), w trybie sektorowych negocjacji z ogłoszeniem na realizację zadania pn.: Opracowanie koncepcji programowo- planistycznej pod nazwą Master plan dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z perspektywą do roku 2020; Numer referencyjny postępowania: 00931/WS/PW/PZP-DRZ-WRI/U/2021.

Z okoliczności tej sprawy wynika jednoznacznie, iż w powyższym postępowaniu Sweco Polska sp. z o.o., złożyła MPWiK ofertę w dniu 15.07.2021 r., ale nie poinformowała zamawiającego w JEDZ o fakcie rozwiązania ze skutkiem natychmiastowym w dniu 06.05.2021 r.

umowy na wykonanie zamówienia publicznego przez innego zamawiającego - Tramwaje

Śląskie S.A. Z uzasadnienia decyzji MPWiK o wykluczeniu Sweco Polska sp. z o.o. z postępowania wynika jednoznacznie, iż wykonawca ten wiedział lub mógł wiedzieć, przy zastosowaniu elementarnych zasad należytej staranności, że w dniu składania oferty obowiązany był poinformować o rozwiązaniu umowy przez Tramwaje Śląskie S.A., i mógł już w tym terminie złożyć ewentualne wyjaśnienia w procedurze self - cleaning. Zdaniem przystępującego ta okoliczność jest obiektywna, widoczna na pierwszy rzut oka i nie wymaga pogłębionej analizy.

W niniejszym postępowaniu organizowanym przez Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. ostateczny termin składania ofert upływał 28.12.2021 r. Konsorcjum SWECO złożyło swoją ofertę w dniu 27.12.2021 r. Zatem w dniu składania oferty Konsorcjum SWECO miało pełną wiedzę lub przy zachowaniu elementarnych zasad należytej staranności powinno wiedzieć, iż w postępowaniu organizowanym przez MPWiK złożone zostały nieprawdziwe informacje. O literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż decydującym momentem dla oceny czy wykonawca złożył nieprawdziwe informacje jest chwila złożenia tych informacji lub ich zatajenia, a nie

moment odkrycia tej okoliczności przez zamawiającego i podjęcia ewentualnej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Tak m.in. Grabarczyk Magdalena, Podstawy wykluczenia nierzetelnego wykonawcy w nowym Prawie zamówień publicznych z perspektywy orzecznictwa, Opublikowano: Zam.Pub.Dor. 2021/7/28-39:

Jak wynika z wykładni gramatycznej art. 109 ust. 2 pkt 8 i 10 p.z.p. istotne jest tu działanie wykonawcy, który składając oświadczenia lub dokumenty wprowadza w błąd zamawiającego, przy czym pierwszy z powołanych przepisów rozszerza tę przesłankę o zatajenie informacji albo brak możliwości przedstawienia wymaganych dokumentów. W grę wchodzi tu zatem również zaniechanie wykonawcy polegające na braku wskazania informacji doniosłych dla możliwości uzyskania zamówienia, jak niemożność przedstawienia wymaganych oświadczeń lub dokumentów.

Dla ustalenia długości okresu wykluczenia istotne jest zatem precyzyjne ustalenie zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia oraz umieszczenie go w czasie. W przypadku wprowadzenia zamawiającego w błąd, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 [p.z.p.] zdarzeniem tym jest co do zasady złożenie zamawiającemu oświadczenia wprowadzającego go w błąd. Jednak w przypadku art. 109 ust. 1 pkt 7 [p.z.p.] ustalenie zdarzenia jest już utrudnione. Można przyjąć, że w przypadku wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy zdarzeniem tym może być albo złożenie oświadczenia przez zamawiającego, albo upływ terminu wypowiedzenia lub odstąpienia.

W niniejszym postępowaniu Konsorcjum SWECO zostało wybrane jako wykonawca spełniający warunki udziału w postępowaniu. Skutek taki spowodowany został poprzez zatajenie lub niepoinformowanie zamawiającego o istotnych okolicznościach wpływających na ocenę podstaw do wykluczenia z postępowania. Zauważyć należy, iż Krajowa izba Odwoławcza jednoznacznie oceniła, jeszcze na tle poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, iż wprowadzenie zamawiającego w błąd, które miało istotny wpływ na wynik postępowania jest bezwzględna przesłanką wykluczającą wykonawcę.

W poprzednim stanie prawnym właściwą regulacją był art. 24 ust. 1 pkt. 16 Pzp. W wyroku KIO z dnia 19 maja 2021 r. KIO 879/21 stwierdzono, iż: „Zarówno w przypadku dawnego art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. jak i obecnie obowiązującego art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp skutek złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych czy niepełnych, czyli wprowadzających w błąd informacji przejawia się w tym, że gdyby wykonawca przedstawił prawdziwe lub pełne informacje, zamawiający podjąłby inną decyzję w prowadzonym postępowaniu, gdyż nie zostałby wprowadzony w błąd. Przy czym należy zaznaczyć, że decyzje odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia, zakwalifikowania do udziału w postępowaniu zamawiający podejmuje na podstawie oświadczeń i dokumentów przedstawionych przez wykonawcę. W tym sensie na potrzeby prowadzonego postępowania znaczenie ma, czy wykonawca formalnie wykazał w ten sposób spełnianie warunków udziału, kryteriów kwalifikacji czy brak podstaw do wykluczenia. Natomiast zamawiający nie ma obowiązku ustalania tzw. prawdy materialnej tzn., czy biorąc pod uwagę najlepszy możliwy sposób wykazania tych okoliczności przez wykonawcę, obiektywnie spełnia on warunki, kryteria kwalifikacji lub nie podlega wykluczeniu. Skoro według art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału lub nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, nie ma podstaw prawnych, aby skutek wprowadzenia w błąd zamawiającego odnosić do innego stanu rzeczy niż wynikający ze złożonych przez wykonawcę w postępowaniu oświadczeń lub dokumentów.”

Podobnie KIO w wyroku z dnia 19 kwietnia 2021 r. KIO 656/21:

W ocenie przystępującego Konsorcjum SWECO nie tylko nie poinformował zamawiającego - Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. o istotnych okolicznościach wpływających na ocenę podstaw do wykluczenia z postępowania, ale schemat działania wydaje się podobny jak w przypadku postępowania przetargowego organizowanego przez MPWiK.

W zakresie zarzutów do oferty Databout sp. z o.o. przystępujący w pełni popiera wszystkie zarzuty odwołującego, gdyż odwołujący posiada wiedzę wewnętrzną na temat uprawnień i zakresu obowiązków kontraktowych wykonywanych przez Pana Ł. K. w ramach projektu pn.: Opracowanie dokumentacji projektowej i materiałów przetargowych w ramach projektu POLiŚ 7.1-73 pn.: „Modernizacja linii kolejowej Nr 7 Warszawa wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Otwock - Lublin - Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)” - odcinek Dęblin - Lublin w km 107,283 - 175,850.

W dniu 14 marca 2022 r. wykonawca Databout wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Wniósł o:

1. oddalenie zarzutów podnoszonych w odwołaniu MGGP S.A. w stosunku do wykonawcy Databout;
2. przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do pisma oraz przedstawianych narozprawie;
3. zasądzenie kosztów postępowania na rzecz Databout Sp. z o. o. , w tym kosztów zastępstwa.

Przystępujący Databout podniósł, że w tym postępowaniu zamawiający wymagał aby osoba wskazana na stanowisko Koordynatora projektu:

- 1) Posiadała uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w jednej ze specjalności wskazanych w lp. 2, 5, 6, 7, 9, 13, 17 Załącznika nr 9 do OPZ
- 2) W ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu na składanie ofert pełniła funkcję koordynatora w ramach co najmniej 2 usług obejmujących m.in. opracowanie projektu budowlanego dla odcinka dwutorowej lub jednotorowej linii kolejowej o prędkości co najmniej 120-159 km/h i długości co najmniej 15 km, obejmującego co najmniej dwie stacje lub posterunki odgałęźne, przy czym zakres prac projektowych obejmował co najmniej 9 z branż, o których mowa w pkt. 2, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 13, 16, 17, 19 Załącznika nr 9 do OPZ

Databout na stanowisko Koordynatora projektu wskazał Pana Ł. K. oraz projekty w których brał udział w tym m.in. umowę na „Opracowanie dokumentacji projektowej i materiałów przetargowych w ramach projektu POLiŚ 7.1-73 pn. : Modernizacja linii kolejowej nr 7 Warszawa-Wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Otwock - Lublin - prace przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe) - odcinek Dęblin - Lublin w km 107,283 - 175,850” - realizowaną na rzecz PKP PLK.

Odwołujący zakwestionował udział Pana K. w ww. projekcie wskazując, że jest to informacja nieprawdziwa w zakresie posiadania przez zaproponowaną osobę doświadczenia spełniającego wymagania opisane w dokumentacji postępowania, co powinno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Przystępujący Databout wskazał, że Pan Ł. K. brał udział w realizacji ww. projektu na rzecz PKP PLK.

Po drugie istotne dla oceny działań wykonawcy Databout w przedmiotowej sprawie jest, że nie istnieje żaden przepis, który precyzowałby co dokładnie należy do zadań osoby pełniącej funkcję koordynatora projektu jak również nie ma utartego powszechnego rozumienia tego pojęcia, które jednoznacznie określałoby zakres jego obowiązków. Zakres zadań osoby pełniącej funkcję koordynatora projektu (jak również fakt czy w ogóle występuje w danym projekcie taka funkcja a nie np. kierownik, manager) stanowi arbitralną decyzję konkretnego zamawiającego, przy czym zakres wymaganego doświadczenia od poszczególnych osób powinien odpowiadać czynnościom wiążącym się z realizacją przedmiotu zamówienia, bowiem warunki udziału w postępowaniu powinny być z nim związane. Funkcja określanaw tym postępowaniu „Koordynator projektu” związana z szeroko rozumianym organizowa-

niem (koordynowaniem) projektów u różnych zamawiających przybiera różną nazwę - Koordynator projektu, Kierownik projektu, Menadżer projektu itd. Tym samym w niniejszej sprawie kluczowa powinna być analiza faktycznego zakresu obowiązków realizowanego przez daną osobę a nie sama nazwa stanowisk jaką przypisał mu konkretny zamawiający, bowiem ta może być całkowicie myląca a obowiązki wykonywane przez wskazaną osobę pod inną nazwą stanowiska odpowiadać wymaganiom zamawiającego stawianym w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania. Tym bardziej, że przy ocenie doświadczenia danej osoby chodzi o jego faktyczne posiadanie tj. nabycie w trakcie realizowanych usług a nie o formalną nazwę stanowisk pełnionych w trakcie realizacji tych usług - doczego próbuje sprowadzić treść warunku odwołujący.

Pan Ł. K. może potwierdzić swój udział w realizacji tej umowy na stanowisku Kierownika Projektu szeregiem dokumentów. Do zakresu jego obowiązków należało kompleksowe koordynowanie wszystkich działań w projekcie w tym m.in. planowanie i koordynacja prac w ramach projektu, koordynacja zespołów projektowych, wybór podwykonawców, przygotowywanie umów, udział w naradach projektowych wewnętrznych i zewnętrznych, udział w posiedzeniach ZOPI, reprezentowanie inwestora w procesie uzyskiwania decyzji, monitorowanie problemów i ryzyk związanych z koordynowanym projektem, kompleksowe raportowanie. Powyższy zakres obowiązków z całą pewnością spełnia zakres „koordynowania” wymagany przez zamawiającego od Koordynatora Projektu w ramach warunków w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania.

Zgodnie z pkt 3.2.1. Ramowego opis przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu (Załącznik nr1 do SWZ: OPZ-R) prowadzonym przez CPK- „Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przez okres obowiązywania Umowy Wykonawczej zatrudniał na umowę o pracę osobę pełniącą funkcję Koordynatora Projektu (Pracownik Wyznaczony), do którego obowiązków należy m. in. wykonywanie poniższych czynności:

- planowanie i koordynacja prac;
- analiza wyników prac pod kątem wypełnienia wymagań Zamawiającego i podejmowanie wszelkniezbędnych czynności w celu zapewnienia oczekiwanej jakości Opracowań i do radztwa;
- identyfikowanie problemów i ryzyk mogących wpływać na jakość merytoryczną lub termin wykonaniaopracowań oraz propozycje ich rozwiązań/minimalizacji;
- przekazywanie wyników prac Zamawiającemu w terminach wskazanych w Umowie Wykonawczej”.

Odwołujący stwierdził, że w ramach projektu realizowanego przez PKP PLK to Pan M. S. pełnił funkcję - Koordynatora Projektu, zaś Pan Ł. K. pełnił funkcję Kierownika Projektu. Odwołujący wskazał że „funkcja ta nie była wymagana przez PKP PLK, a jedynie została utworzona przyczyn organizacyjnych, przez MGPP S.A.”

Przystępujący zwrócił uwagę na istotne niedopowiedzenia i nadinterpretacje mające miejscepo stronie odwołującego odnoszące się zarówno do stanowiska Pana M. S. jak i Pana Ł. K.. Wbrew temu co twierdzi odwołujący stanowisko, na które został wskazany w przetargu PKP PLK Pan M. S. to nie „Koordynator projektu” ale „Koordynator Projektu (Generalny Projektant)”.

Kwestia ta jest kluczowa bowiem z opisu doświadczenia, które PKP PLK wymagało na to stanowiskowywnika wprost, że ograniczało się wyłącznie do wąskiego zakresu polegającego na „kierowaniu zespołemprojektowym”. Dowód nr 1 - wyciąg z dokumentacji PKP PLK.

Tym samym zakres doświadczenia wymagany na stanowisko Koordynatora Projektu (GeneralnegoProjektanta), które pełnił Pan M. S. nie dotyczył prac koordynacyjnych całego projektu a jedyniekierowania zespołem projektowym. Oznacza to, że zakresy obu funkcji istotnie się różnią. Na koordynacjęprojektu składa się szereg innych zadań o czym świadczy faktyczny udział Pana Ł. K. wprojekcie PKP PLK na stanowisku Kierownika projektu.

Tym samym pominięcie przez odwołującego w treści odwołania zarówno istotnego elementu nazwystanowiska Koordynatora projektu w zadaniu realizowanym na rzecz PKP PLK jakim jest „Główny projektant”, a także zakresu faktycznie wymaganego doświadczenia na tym stanowisku stanowi próbę manipulacji stanem faktycznym mająca dowodzić, że Databout nie spełniał warunków udziału w postępowaniu.

Tymczasem zakres funkcji sprawowanej przez Pana Ł. K. w ramach projektu na rzecz PKP-

PLK był szerszy niż Koordynatora projektu (Głównego projektanta) bowiem dotyczył planowania i koordynacji wszystkich prac w projekcie. Co więcej konieczność utworzenia tego stanowiska potwierdza sam odwołujący wskazując na „przyczyny organizacyjne” utworzenia stanowiska Kierownika projektu, co wskazuje, żeKoordynator Projektu (Główny Projektant) nie wykonywał zakresu zadań związanych z jego koordynacją wrozumieniu warunku postawionego przez CPK. Nie sposób pominąć także wspomnianych w dalszej części niniejszego pisma kwestii związanych z faktycznym zakresem obowiązków pracowniczych po stronie PanaŁ. K., który w trakcie realizacji tego projektu był pracownikiem odwołującego.

Oznacza to, że MGPP biorąc pod uwagę wąski zakres obowiązków Głównego projektanta oraz wspomnianeprzez samego odwołującego „przyczyny organizacyjne” utworzyło stanowiska Kierownika projektu w celu pełnej kontroli nad koordynacją prac, którą gwarantował etatowy pracownik odwołującego będący jednocześnie jej kadrą zarządzającą zatrudnioną do realizacji tego rodzaju zadań.

O udziale Pana Ł. K. w projekcie na rzecz PKP PLK świadczy szereg dowodów w tym dokumenty wytwarzane w ramach realizacji umowy na „Opracowanie dokumentacji projektowej i materiałów przetargowych w ramach projektu POLiS 7.1-73 pn.: Modernizacja linii kolejowej nr 7 WarszawaWschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Otwock - Lublin - prace przygotowawcze (dokumentacjaprojektowa i materiały przetargowe) - odcinek Dęblin - Lublin w km 107,283 - 175,850”.

Dowody w tym zakresie zostaną przedstawione na rozprawie.

Oznacza to, że sam zamawiający - PKP PLK nie miał wątpliwości co do roli i zakresu obo-

wiązków Pana Ł. K. wskazując i potwierdzając na szeregu dokumentów jego istotną funkcję koordynującą. W sytuacji gdyby zamawiający kwestionował utworzenie takiej funkcji jak również jej zakresu wówczas Pan Ł. K. z całą pewnością nie pojawiałby się na dokumentach akceptowanych przez zamawiającego.

Odnosząc się do kwestii posiadania przez Pana K. uprawnień w ramach projektu PKP PLK podnoszonych w pkt 42-45 odwołania, przystępujący wskazał, że podnoszony przez odwołującego brak uprawnień po stronie Pana Ł. K. nie ma znaczenia dla oceny przedmiotowej sprawy bowiem to nie Pan Ł. K. był osobą wskazaną na spełnienie warunku udziału w postępowaniu prowadzonym przez PKP PLK. Zgodnie z wymaganiami PKP PLK przy realizacji zadania powinna brać udział osoba posiadająca stosowne uprawnienia i doświadczenie - co miało miejsce i osoba tą był Pan M. S.. Nie mniej jednak powierzenie Panu M. S. funkcji Koordynatora projektu (Głównego projektanta) nie wykluczało pełnienia funkcji równoległej do Generalnego Projektanta - Koordynatora Projektu tj. funkcji Kierownika Projektu. Tym bardziej, że jak wskazano wcześniej zakres zadań Głównego projektanta był inny niż Kierownika projektu. Ponadto, co kluczowe rzeczono uprawnienia były niezbędne do wykonywania funkcji wiążących się z pracami projektowymi ale nie są związane z powierzonymi obowiązkami i zakresem czynności realizowanych w ramach prowadzonych prac projektowych polegających na czynnościach nadzorczo koordynujących- do tych drugich nie są potrzebne tego rodzaju uprawnienia - co potwierdza dopuszczenie do koordynowania projektu przez PKP PLK Pana Ł. K..

Przystępujący Databout wskazał, że tezy stawiane przez odwołującego nie znajdują potwierdzenia także w jego dokumentach kadrowych dotyczących Pana Ł. K..

Pan Ł. K. był zatrudniony w MGGP, na podstawie umowy o pracę w okresie od 01.01.2012 do 31.03.2016 r. W okresie zatrudnienia Pan Ł. K. wykonywał prace:

- Kierownika projektu od 01.01.2012 do 30.09.2012 r.
- Głównego menadżera od 01.10.2012 do 31.10.2014 r.
- Zastępcy Dyrektora od 01.11.2014 do 31.03.2016 r.

Podkreślił, iż nawet pobieżna analiza zakresu obowiązków Pana Ł. K. (Dowód nr2 - dokumentacja kadrowa) wskazuje, że zakres obowiązków Pana Ł. obejmował właśnie koordynację projektów. Zgodnie z opisem do głównych zadań na stanowisku „Kierownik projektu” należało:

- koordynowanie prac,
- koordynowanie i realizacja projektów,
- koordynowanie procesów i działań związanych z kierowaniem projektem,
- współpraca z podwykonawcami,
- koordynacja realizacji poszczególnych etapów procesu sporządzania dokumentacji,
- uczestnictwo w spotkaniach monitorujących zamawiającym organizacja etapowa,
- prezentacja wyników prac nad projektem dla dyrektora jednostki.

Zgodnie ze świadectwem pracy Pan Ł. K. od 01.10.2012 pełnił funkcje Głównego menadżera do którego obowiązków należała także „Koordynacja i nadzór na realizowanymi projektami”. Niezależnie od powyższych argumentów warto w tym miejscu przytoczyć także przykład szeregu postępowań, w których PKP PLK stawiała wymagania wykazania się w ramach potencjału kadrowego „Koordynatorem projektu”, na które to stanowisko wskazywany był Pan Ł. K. z doświadczeniem w realizacji projektu pn.: „Opracowanie dokumentacji projektowej i materiałów przetargowych w ramach projektu POIiŚ 7.1-73 pn. : Modernizacja linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Otwock - Lublin - prace przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe) - odcinek Dęblin - Lublin w km 107,283 - 175,850” . W żadnym z tych postępowań fakt ten nie był kwestionowany przez zamawiającego a więc PKP PLK.

- wyciąg z tych projektów zostanie zaprezentowany na rozprawie.

Resumując:

1. Po pierwsze żaden zapis dokumentacji w postępowaniu prowadzonym przez PKP PLK na: Opracowanie dokumentacji projektowej i materiałów przetargowych w ramach projektu POIiŚ 7.1-73 pn.: „Modernizacja linii kolejowej Nr 7 Warszawa wschodnia Osobowa -

Dorohusk naodcinku Otwock - Lublin - Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)" - odcinek Dęblin - Lublin w km 107,283 - 175,850 - nie zabraniał aby oprócz Koordynatora projektu (Głównego projektanta) w skład zespołu wchodziła także osoba, która będzie pełniła funkcję Kierownika Projektu i zajmie się szeroko rozumianym planowaniem i koordynowaniem prac w ramach projektu. Co więcej biorąc pod uwagę zakres obowiązków Głównego projektanta takie stanowisko było konieczne dla sprawnego zarządzania i koordynowania prac w tym projekcie. Kwestionowanie obecnie tego faktu przez odwołującego na celu wyłącznie próby wyeliminowania konkurencji.

2. Po drugie na faktyczny udział Pana Ł. K. w realizacji tego zadania jako Kierownika Projektu (a tym samym nabycie doświadczenia w zakresie odpowiadającym doświadczeniu wymaganym w niniejszym Postępowaniu) potwierdza fakt dopuszczenia przez PKP PLK Pana Ł. do udziału w realizacji zamówienia jako Kierownika projektu, co znalazło odzwierciedlenie w szeregu dokumentów.

W tym wypadku trudno odmówić osobie, która faktycznie pełniła funkcję Kierownika projektu nabycia doświadczenia, takiego jak planowanie, koordynowanie i nadzór nad projektem, a które wymagane jest na stanowisku Koordynatora projektu w przedmiotowym postępowaniu. Przy czym bez znaczenia, jest czy dana osoba nabywała to doświadczenie pracując na stanowisku dokładnie odpowiadającym nazwie przyjętej przez zamawiającego - CPK, bowiem liczy się wyłącznie zakres obowiązków jakie ta osoba wykonywała, z uwagi na brak odpowiednich przepisów oraz ustandaryzowanej praktyki przypisującej w sposób jednoznaczny i wiążący określone obowiązki do danej nazwy stanowiska.

W sytuacji gdy dana osoba realizując funkcję kierownika projektu faktycznie koordynowała prace w projekcie na co wskazują dokumenty związane z projektem PKP PLK, to brak jest podstaw do twierdzenia, że Pan K. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu a działanie wykonawcy było ukierunkowane na wprowadzenie zamawiającego w błąd.

3. Powyższe oznacza, że Databout nie wprowadził zamawiającego w błąd, który powinien skutkować wykluczeniem z Postępowania na podstawie art. 109 ust 1 pkt 8 ustawy PZP. Pan Ł. K. został wskazany na stanowisko Koordynatora projektu i w tabeli zostały wskazane projekty, w których Pan Ł. brał udział i oświadczenie wykonawcy jest zgodne ze stanem faktycznym. Co istotne, zamawiający nie wezwał wykonawcy Databout do udzielenia wyjaśnień w przedmiotowej sprawie tylko opierając się wyłącznie na twierdzeniach odwołującego uwzględnił zarzuty odwołania czego skutkiem byłoby odrzucenie oferty przystępującego. W ocenie Databout zamawiający powinien był zwrócić się do niego, co najmniej o udzielenie wyjaśnień w przedmiotowej sprawie, co dałoby przystępującemu szansę na przedstawienie wyjaśnień i dowodów dotyczących doświadczenia Pana Ł. K. potwierdzających, że legitymuje się on właściwym zakresem doświadczenia. Jedynie na marginesie przystępujący wskazuje, że nawet w sytuacji gdy zakres wskazanego doświadczenia klasyfikowałby się w ocenie zamawiającego jako spełniający postawione wymaganie (z czym przystępujący się nie zgadza) skutkiem powinno być wezwanie do uzupełnienia przedstawionych dokumentów a nie odrzucenie oferty. Nie może być bowiem w niniejszym stanie faktycznym mowa o wypełnieniu dyspozycji przesłanki wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy, bowiem wykonawca nie wprowadził zamawiającego w błąd.

Przystępujący Konsorcjum Sweco w pisemnym stanowisku z dnia 14 marca 2022 r. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości odwołania wniesionego przez odwołującego.

Nadto wniósł o nieuwzględnienie przez Izbę wniosku o umorzenie postępowania odwoławczego i rozpatrzenie w całości wszystkich zarzutów podniesionych przez odwołującego w odwołaniu wniesionym w dniu 28 lutego 2022 r. przez ich oddalenie w całości jako niezasadnych oraz o zasądzenie kosztów na rzecz przystępującego od odwołującego zgodnie z wykazem kosztów przedstawionym na posiedzeniu lub rozprawie.

Przystępujący w pierwszej kolejności wskazuje na możliwości i zasady korzystania przez wykonawców z przysługujących im uprawnień do skorzystania ze środków ochrony prawnej na zasadach Pzp (a wcześniej tzw. „stara Pzp”).

Przede wszystkim na zasadę, że kontrola poprawności działań i zaniechań zamawiającego w postępowaniu dokonywana w ramach środków ochrony prawnej następuje w zakresie wyznaczonym treścią odwołania. Zgodnie z art. 555 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, a zgodnie z treścią art. 516 ust. 1 nPzp, odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy (pkt 7), zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów (pkt 8), określać żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania (pkt 9) oraz wskazywać m.in. okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności (pkt 10). Określone natomiast w w/w przepisie wymogi konstrukcyjne

odwołania przesądza, że treść zarzutu wyznacza nie tylko przywołany przepis, ale także okoliczności faktyczne zawarte w argumentacji. Oznacza to obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej zarzutów, ale też okoliczności faktycznych uzasadniających zarzut naruszenia danego przepisu. Z postawionymi zarzutami skorelowane jest natomiast żądanie, kierowane w związku z podnoszonymi nieprawidłowościami w działaniu zamawiającego. Te w/w elementy łącznie wyznaczają zakres rozstrzygnięcia przez Izbę. Powyższe wskazuje zatem jednoznacznie, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut (kwalifikację prawną) oraz zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie zarzutu.

Orzecznictwo sądów powszechnych, jak również wyroki KIO, jakkolwiek zapadłe na gruncie przepisów starej Pzp (zachowujące, co do zasady, swoją aktualność również na gruncie Pzp) wskazują na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Powołał wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 18 kwietnia 2012 r. w sprawie o sygn. I Ca 117/12 Pogląd, że kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności kwestionowanych zachowań zamawiającego, ugruntowany jest również w orzecznictwie KIO. Przykładowo w wyroku sygn. KIO 3293/20.

Przenosząc powyższe na realia rozpoznawanej sprawy Przystępujący wskazał, iż:

1. Odwołujący nie skonstruował w odwołaniu zarzutu dot. naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp (wykluczenie za wcześniejsze niewykonanie zamówienia) a gros treści odwołania odnosi się do tej okoliczności, które zatem powinny zostać w ogóle pominięte w postępowaniu przed Izłą;
2. dla zarzutów nr 1 oraz nr 2 (wg numeracji zarzutów określonych na stronie 2-giej odwołania) w argumentacji ujętej zarówno w części wstępnej odwołania, jak i w części zawierającej uzasadnienie, Odwołujący nie wskazał wszystkich elementów stanu faktycznego niezbędnych dla oceny sprawy - co jak zostanie wykazane w dalszej części pisma będzie miało kluczowe znaczenie dla oceny stanowisk stron.

Powyższe, zdaniem Sweco oznacza, że zarzuty numer 1 oraz numer 2 odwołania (wg numeracji zarzutów na stronie 2-giej odwołania) nie są konkretne i nie zostały w ogóle uzasadnione albo są uzasadnione wbrew rzeczywistym okolicznościom.

Przystępujący wskazywał już w niniejszym piśmie, że nie jest w stanie w treści odwołania znaleźć konkretnych faktycznych zarzutów odnoszących się do tego jakie konkretnie informacje zataił w treści oświadczenia JEDZ złożonego w dniu 27 grudnia 2021 r. oraz dlaczego odwołujący uważa, że Sweco powinno było w informacji przedkładanej tamtego dnia poinformować o tym, że jest winne wprowadzenia w błąd innego zamawiającego w innym postępowaniu (postępowanie Master plan dla MPWiK SA w Warszawie), skoro decyzja tego zamawiającego w wykluczeniu Sweco z postępowania z przyczyn dotyczących art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 oraz 10 Pzp podjęta została półtora miesiąca później (4 lutego 2022 r.) i na dzień wniesienia odwołania nie było jeszcze przesądzone, czy taka decyzja MPWiK SA jest decyzją prawidłową. Sweco bowiem odwołało się do KIO na taką decyzję MPWiK SA (sprawa o sygn. KIO 375/22) - wyrok KIO ogłoszony 14 marca 2022 r. o godzinie 12.30.

Wyrok Izby, co prawda oddalił odwołanie Sweco kwestionujące działanie MPWiK, ale jednocześnie potwierdził, że rozwiązanie umowy z TŚ nie wypełniło przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp. Zatem prawdziwe było oświadczenie Sweco, że z tego powodu nie podlega wykluczeniu ani wcześniej ani później.

Dla lepszego zobrazowania przebiegu obydwu postępowań przetargowych Przystępujący przedstawia diagram jak poniżej w kolejności chronologicznej):

15 lipca 2021 r. - Złożenie przez Sweco pierwszego dokumentu JEDZ bez informacji o rozwiązaniu kontraktu z Tramwajami Śląskimi SA; na ten dzień kontrakt był realizowany, a 6 maja 2021 r. nastąpiło jedyne ograniczenie zakresu jego wykonywania. Rzeczywiste rozwiązanie kontraktu nastąpiło 16 lipca 2021 r. dokumentem Sweco poinformowało o wyroku KIO z dnia 1 lipca 2021 r. tj. o wykluczeniu Sweco z powodu podawania nieprawdziwych informacji na w przetargu IK Muzeum w Oświęcimiu (sygn. KIO 1430/21) i przedłożyło „samoooczyszczenie”

27 grudnia 2021 - Złożenie przez Sweco oferty wraz z dokumentem JEDZ, w którym Sweco m.in. poinformowało o:

a/ o wyroku KIO z dnia 1 lipca 2021 r. tj. o wykluczeniu Sweco z powodu podawania nieprawdziwych informacji na w przetargu IK Muzeum w Oświęcimiu (sygn. KIO 1430/21) przedłożyło „samoooczyszczenie” ,

b/o okolicznościach rozwiązania w dniu 16 lipca 2021r. kontraktu z Tramwajami Śląskimi SA

wraz z argumentacją, dlaczego uważa, że nie dotyczy go przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp

17 stycznia 2022 - Złożenie przez Sweco (jako wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej) oświadczenia aktualizacyjnego JEDZ oraz nowego dokumentu JEDZ, w którym Sweco poinformowało o zmianie jaka zaistniała w jego realnej sytuacji w okresie pomiędzy 15 lipca 2021 r. a 17 stycznia 2022 r. w zakresie wystąpienia nowej potencjalnej przesłanki wykluczenia (art. 109 ust. 1 pkt 7) z powodu rozwiązania kontraktu z Tramwajami Śląskimi SA oraz przedłożyło informację:

- o okolicznościach rozwiązania w dniu 16 lipca 2021 r. kontraktu z Tramwajami Śląskimi SA wraz z argumentacją, dlaczego uważa, że nie dotyczy go przesłanka wykluczenia z art. 109

ust. 1 pkt 7 Pzp

26 stycznia 2022 - Złożenie przez Sweco dodatkowych wyjaśnień dokumentów kontraktowych (po wezwaniu od MPWiK SA) dotyczących okoliczności rozwiązania kontraktu z Tramwajami Śląskimi spółka akcyjna

04 lutego 2022 - Wykluczenie Sweco z postępowania przez MPWiK

07 lutego 2022 - Przedłożenie przez Sweco oświadczenia aktualizacyjnego JEDZ - potwierdzenie aktualności informacji wg dokumentu JEDZ z dnia 27 grudnia 2021 r.

14 lutego 2022 - Wniesienie przez Sweco odwołania do Prezesa KIO na decyzję Zamawiającego z dnia 4 lutego 2022 r. (sprawa pod sygn. KIO 375/22)

18 lutego 2022 - Wybór oferty Sweco jako najkorzystniejszej dla celów zawarcia umowy ramowej

25 lutego 2022 - Posiedzenie i pierwsza rozprawa KIO (sygn. KIO 375/22)

28 lutego 2022 - Wniesienie przez odwołującego odwołania z zarzutami przeciwko Sweco zatajenia informacji o wykluczeniu Sweco z postępowania Master plan dla MPWiK (sygn. KIO 584/22)

10 marca 2022 Druga rozprawa KIO (sygn. KIO 375/22)

14 marca 2022 godzina 12.30 Ogłoszenie wyroku KIO (sygn. KIO 375/22)

15 marca 2022 godzina 11.00 Posiedzenie i rozprawa KIO (sygn. KIO 584/22)

Już taka chronologia wydarzeń pokazuje, że wydaje się nieprawidłowym zarzut zatajenia przez Sweco w dniu 27 grudnia 2021 r. informacji o późniejszym wykluczeniu Sweco z postępowania na Master plan. Odwołujący zdaje się prezentować tezę, że w pewnych sytuacjach wykonawcy uczestniczący w postępowaniach przetargowych na zasadach Pzp powinni niejako „na wyrost”, bez zaistnienia jakichkolwiek podstaw faktycznych, składać pewne oświadczenia, a potem ewentualnie mogliby się z nich wycofywać.

W odniesieniu zaś do okoliczności i chronologii wydarzeń zaprezentowanych wyżej kolejną tezę prezentowaną przez odwołującego zdaje się być teza o tym, że każda decyzja zamawiającego w każdym postępowaniu prowadzonym na zasadach Pzp jest zawsze decyzją prawidłową. Nie można się z taką tezą zgodzić. Jeśli taka teza miałaby funkcjonować, to niepotrzebne byłyby chociażby wszystkie uregulowania Pzp mówiące o środkach ochrony prawnej.

Zarzut numer 3 (wg numeracji zarzutów określonych na stronie 2-giej odwołania) naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 w zw. z art. 16 Pzp oparty jest na nieprawdziwym stwierdzeniu odwołującego, że Sweco rzekomo oświadczyło/ wskazało, iż na jednym z zadań w opisie doświadczenia zawodowego Pana Ł. K., pełnił on funkcję Koordynatora Projektu, gdy w rzeczywistości funkcję Koordynatora Projektu na tym zadaniu pełniła inna osoba (Pan M. S.).

W pierwszej kolejności przystępujący zdementował informację podaną przez odwołującego i przytacza poniżej prawdziwą treść oświadczenia, pod którym podpisało się Sweco w dniu 27

grudnia 2022 r.:

W ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu na składanie ofert pełnił funkcję koordynatora w ramach co najmniej 2 usług obejmujących m.in. opracowanie projektu budowlanego dla

odcinka dwutorowej lub jednotorowej linii kolejowej o prędkości co najmniej 120-159 km/h i długości co najmniej 15 km, obejmującego co najmniej dwie stacje lub posterunki odgałęźne, przy czym zakres prac projektowych obejmował co najmniej 9 z branż, o których mowa w pkt. 2, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 13, 16, 19 Załącznika nr 9 do OPZ

Dowód:

Wykaz osób na załączniku nr 9A przedłożony przez Sweco wraz z ofertą w dniu 27 grudnia 2022 r. w aktach postępowania.

Podobnie jak w przypadku zarzutów nr 1 oraz nr 2, również dla zarzutu nr 3 odwołujący nie wskazał prawdziwych okoliczności faktycznych uzasadniających postawiony zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 Pzp, w zw. z art. 16 Pzp. Poprzestał na nie odpowiadającym prawdzie i niezgodnie z przedłożonymi oświadczeniami Sweco stwierdzeniu, że Sweco podało w ofercie, że Pan Ł. K. pełnił funkcję Koordynatora Projektu, nie wyjaśniając w kolejnych punktach uzasadnienia odwołania (punkty od numeru 39 do numeru 45), dlaczego zrównuje on:

a/ nazwę własną funkcji, na którą Sweco desygnuje Pana Ł. K. w przedmiotowym postępowaniu: Koordynator Projektu,

b/ z literalnym brzmieniem warunku brzegowego w zakresie posiadanego doświadczenia dla kandydata desygnowanego na stanowisko Koordynatora Projektu (przywołanym zresztą przez odwołującego w pkt 39 ppkt b. na stronie 13-tej odwołania), że musi być to osoba, która cyt.: „pełniła funkcję koordynatora”; oraz:

c/ dlaczego uznaje on, że treść oświadczenia złożonego przez Sweco w opisie doświadczenia zawodowego Pana Ł. K., cyt.: „pełnił funkcję koordynatora” oznacza zero/ jedyńkowo (tak należy je czytać), że Sweco złożyło oświadczenie, że Pan Ł. K. pełnił funkcję Koordynatora Projektu na rekomendowanych zadaniach.

W tym miejscu przystępujący sygnalizuje wyprzedzająco (rozwiniecie w dalszej części pisma), że w jego ocenie zapisy:

-/ pełnił funkcję koordynatora (jak stanowi wymóg zgodnie z SWZ oraz jak złożone oświadczenie Sweco), oraz

-/ pełnił funkcję Koordynatora Projektu (jakiego używa odwołujący) są to znaczeniowo całkowicie różniące się określenia, których nie można traktować jako synonimy.

Ten pogląd zdaje się podziela również zamawiający, który różnicuje w poszczególnych dokumentach przedmiotowego zamówienia takie i podobne pojęcia, posługując się odpowiednio:

-/ wielkimi literami na początku wyrazu/wyrazów dla określania/definiowania nazw własnych np.: stanowisk, opracowań, dokumentów, etc.

•/ małymi literami na początku wyrazu/wyrazów dla określania np. czynności bądź innych działań wykonywanych przez poszczególne osoby (np. w wymaganiach dla osób desygnowanych na stanowiska projektantów poszczególnych branż, gdzie wymagane doświadczenie opisane zostało jako, cyt.: „wykonał w charakterze projektanta”).

Powyższy brak wyjaśnienia odwołującego dlaczego zrównuje on te w/w zapisy, zdaniem Sweco oznacza, że zarzut numer 3 (wg numeracji zarzutów na stronie 2-giej odwołania) nie jest konkretny i nie został w ogóle uzasadniony.

Odwołujący, konstruując zarzuty nr 1 i 2, działa w założeniu, że zawarte doświadczenie zawodowe kandydata zaproponowanego przez Sweco jest nieprawdziwe, a przez to wprowadzono zamawiającego w błąd co do wykazania, że przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Założenie to jest natomiast błędne i przystępujący zaprzecza, aby przedstawione przez niego informacje były nieprawdziwe.

Odwołujący kwestionuje prawdziwość danych z wykazu osób w odniesieniu do osoby Pana Ł. K. i powołania się w tym wykazie na doświadczenie tej osoby w pełnieniu funkcji koordynatora na jednej z rekomendowanych 2-ch usług, cyt. za ofertą Sweco:

W ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu na składanie ofert pełnił funkcję koordynatora w ramach co najmniej 2 usług obejmujących m.in. projektu budowlanego dla odcinka dwutorowej lub

2) Nazwa projektu: Opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej i materiałów

przetargowych w ramach projektu POLiŚ 7.1-73 pn. : Modernizacja linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa — Dorohusk na odcinku Otwock — Lubiń — prace przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe) odcinek Dęblin — Lublin w km 107,283 —

okres realizacji: 07.2013-04.2016 Odbiorca: PKP PLK S.A.

Odwolujący przypisuje przystępującemu złożenie oświadczenia o innej treści, tj., że Sweco rzekomo oświadczyło, iż w ramach w/w usługi Pan Ł. K. pełnił funkcję Koordynatora Projektu i na tej podstawie buduje swoją argumentację, że przystępujący w sposób zamierzony lub w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd co do spełniania warunku udziału w postępowaniu względnie wskutek lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił nieprawdziwe informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, które mogły mieć i miały istotny wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu.

Opiera się przy tym odwołujący o własną wiedzę z realizacji tej usługi (którą odwołujący jako wykonawca realizował) wskazując, iż cyt.: „rzeczywistym Koordynatorem Projektu był pan M. S.” Podpiera się odwołujący dodatkowo argumentami, że ówczesnie, tj. w roku 2013 Pan Ł. K. nie mógł pełnić funkcji Koordynatora Projektu w ramach kontraktu realizowanego dla PKP PLK SA, ponieważ nie legitymował się wymaganymi dla tego stanowiska uprawnieniami budowlanymi oraz wymaganym doświadczeniem zawodowym.

Podkreśla jednak odwołujący i potwierdza, co w ocenie przystępującego jest bardzo istotne dla sprawy, że Pan Ł. K. pełnił funkcję Kierownika Projektu, choć zaznacza przy tym, że funkcja ta nie była funkcją wymaganą przez PKP PLK SA, a jedynie została ustanowiona z przyczyn organizacyjnych firmy MGPP SA.

W pierwszej kolejności przystępujący podkreślił, że zamawiający w opisie doświadczenia osoby na stanowisko Koordynatora Projektu nie wymagał, aby osoba ta zdobyła wymagane doświadczenie w ramach funkcji kontraktowych, dla których poszczególne osoby musiały być oficjalnie zgłaszane i zatwierdzane przez ówczesnych zamawiających.

Oznacza to, że zamawiający dopuszczał wykazywanie się doświadczeniem w koordynowaniu prac jakiegoś zespołu zdobyte na odpowiednim i obejmującym czynności koordynacyjne stanowisku, które to stanowisko zapisami ówczesnego kontraktu nie wymagało wcześniejszego zatwierdzenia. Istotnym natomiast dla zamawiającego było (i tak odczytywał wymóg SWZ przystępujący), żeby osoba desygnowana na stanowisko Koordynatora Projektu legitymowała się doświadczeniem będąc najwyżej postawioną osobą w hierarchii danego Projektu/usługi określonego charakteru i wykonującą w ramach tego Projektu/usługi czynności koordynacyjne (w całości lub w części) - chodziło zatem nie o nazwę stanowiska (funkcji) ale zakres zdobytego doświadczenia.

Odwolujący natomiast w odwołaniu nie zakwestionował, że Pan Ł. K. takie hierarchicznie najwyżej postawione stanowisko w ramach kontraktu dla PKP PLK SA zajmował, nie zakwestionował również tego, że Pan Ł. K. wykonywał czynności koordynacyjne w ramach tego kontraktu. Skupił się jedynie na nazwie własnej stanowiska, które piastował Pan Ł. K. i tylko na tej podstawie zbudował swoje twierdzenie o podaniu przez Sweco nieprawdziwej informacji. Co ważniejsze, odwołujący uczynił to wbrew treści dokumentów, które posiada jako wykonawca usługi referencyjnej.

W ocenie przystępującego już te ww. fakty pokazują, iż odwołanie wniesione przez odwołującego zbudowane zostało na zmanipulowanym obrazem okoliczności na projekcie referencyjnym oraz na nadinterpretacji zapisów SWZ, a nie na treści złożonego przez Sweco oświadczenia.

Jako dowód przedstawia w tym miejscu przystępujący dokument kontraktowy z kontraktu

realizowanego przez MGPP SA (Lidera Konsorcjum odwołującego) dla PKP PLK SA pn.:

„Organizacja i Metodologia Realizacji Zamówienia”, w którym to dokumencie:

a/ na stronie tytułowej jako Koordynatorzy Projektu wskazani są Pan M. S. oraz Pan Ł. K.; b/ na stronie 12 na schemacie organizacyjnym jako równorzędni Koordynatorzy Projektu wskazane są stanowiska: Głównego Projektanta oraz Kierownika Projektu; c/ na stronie 13 zawarto krótki opis przyszłych działań Kierownika Projektu

222.3 Kierownik Projektu

Jest odpowiedzialny przed Dyrektorem Projektu za pomyślenie wykonanie usługi przez wykonawcę prac projektowych oraz zapewnienie, że wykonawca prac projektowych wywiązuje się z technicznych, zawodowych i umownych zobowiązań. W jego obowiązkach leży poszukiwanie rozwiązań i aktywne zarządzanie projektami.

Dowód:

Załącznik nr 1 - Organizacja i Metodologia Realizacji Zamówienia - dokument kontraktowy z roku 2013 z kontraktu realizowanego dla PKP PLK SA przez MGP SA

Zgodnie z zasadami Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Przystępujący powołał wyrok z dnia 28 sierpnia 2018 r. (sygn. KIO 1612/18).

Podkreślenia w związku z powyższym wymaga, że przy określeniu powyższego warunku udziału w postępowaniu, odnoszącego się do doświadczenia zawodowego osoby na stanowisko Koordynatora jednej z osób w personelu wykonawcy, zamawiający posłużył się sformułowaniami, których nie zdefiniował szczegółowo na potrzeby prowadzonego postępowania. Po pierwsze, nie określił zamawiający, co należy rozumieć przez „pełnienie funkcji koordynatora w ramach usługi a także, które konkretnie czynności koordynacyjne będą potwierdzać spełnianie warunku. Literalne rozumienie omawianego warunku, co wykazano już wcześniej, prowadziło do wniosku, że zamawiający rozróżniał znaczenie pojęć „Koordynator

Projektu” oraz „pełnienie funkcji koordynatora w ramach usługi”, zaś odwołujący nawet nie próbował wykazać, że w każdym przypadku pojęcia te są jednoznaczne.

W ocenie przystępującego zamiarem zamawiającego było ustalenie wymogu, aby osoba dedykowana przez wykonawcę na stanowisko Koordynatora Projektu posiadała doświadczenie zawodowe w wykonaniu określonego zakresu usługi - czynności koordynacyjnych, a nie żeby w ramach usługi rekomendacyjnej „zajmowała stanowisko o nazwie własnej: Koordynator Projektu” (jak chce tego odwołujący), choć np. w skrajnych przypadkach wcale takich czynności koordynacyjnych by nie wykonywała. Takie rozumienie omawianego warunku udziału w Postępowaniu jakie prezentujemy pozostaje w naszej ocenie w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, wyrażonymi w art. 16 Pzp.

Nie ulega zatem wątpliwości, że interpretacja postanowień SWZ w przedmiotowym postępowaniu, którą zdaje się prezentować odwołujący, jest bardziej restrykcyjna niż ich literalne brzmienie. Taka wykładania postanowień SWZ jest natomiast niedopuszczalna (por. wyrok KIO z dnia 20 października 2020 r., KIO 2127/20), wyrok z dnia 18 stycznia 2021 r. (sygn. KIO 3222/20)

Uwzględniając zakres rzeczowy zamówienia, którego zamierza udzielić zamawiający, a także zasady wynikające z proporcjonalności warunków, postawione przez zamawiającego wymaganie winno być rozumiane w taki sposób, że chodzi o doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji koordynatora, rozumianym jako wykonywanie czynności koordynatora, a nie literalnie nazwa własna zajmowanego stanowiska.

Taki właśnie był zakres usług - czynności koordynacyjne, w ramach kontraktu dla PKP PLK SA i takie czynności koordynacyjne wykonywał Pan Ł. K., co wynika z dokumentów kontraktowych opracowanych przez firmę MGGPSA - firmy Lidera odwołującego, tj. Metodyce i Organizacji Realizacji Zamówienia dołączonej przez Sweco do niniejszego pisma.

W związku z powyższym nie ma podstaw do przyjęcia, aby informacje zawarte w złożonym przez przystępującego 1 wykazie osób, dotyczące doświadczenia zawodowego Pana Ł. K. wskazanego przez Sweco na stanowisko Koordynatora Projektu, były nieprawdziwe i wprowadzały zamawiającego w błąd.

W pisemnym stanowisku z dnia 14 marca 2022 r. przystępujący Konsorcjum Egiswniöst o uwzględnienie odwołania.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ, załącznika nr 9A, JEDZ Sweco, JEDZ Databout, Załącznika nr 9A Sweco, Załącznika nr 9 Databout, Załącznika do JEDZ Sweco do cz. III podstawy wykluczenia pkt. C w zakresie przesłanek opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7, pliku Sweco Polska Karta self-cleaning, załączników nr 13 złożonych przez Databout i Swego, wezwania do Multiconsult z dnia 20 stycznia 2022 r., przedłużenia terminu na złożenie wyjaśnień, zastawu logów, SWZ MPWiK m. st. Warszawy spółka akcyjna, umowy nr 1, umowy nr 2, informacji o odrzuceniu oferty Sweco w postępowaniu MPWiK m. st. Warszawa spółka akcyjna, dowodów dołączonych do odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pism procesowych przystępujących Sweco i Databout oraz złożonych na rozprawie przez odwołującego i przystępującego Databout.

Na podstawie tych dokumentów, Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale V SWZ zamawiający opisał podstawy wykluczenia z postępowania, a wśród nich w pkt. 1.1. lit. c - art. 109 ust. 1 pkt 4-5 i 7-10 ustawy Pzp.

2. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy z takich wykonawców z osobna zobowiązany był wykazać brak podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a-g oraz pkt 2 ustawy Pzp (w zakresie katalogu przestępstw, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a-g ustawy Pzp), art. 108 ust. 1 pkt 3-6 i ust. 2 ustawy Pzp, art. 109 ust. 1 pkt 4-5 i 7-10 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że nie może wykluczyć Wykonawcy, wobec którego zachodzą podstawy do wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4-5 lub 7 ustawy Pzp, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne.

Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 4-5 i 7-10 ustawy Pzp, 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.

Zamawiający oceni, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 4 są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 4, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wykluczy wykonawcę z postępowania.

Zamawiający w rozdziale VI pkt. 2 pkt. 2) postawił warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej - w zakresie potencjału osobowego. Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że osoby, które będą skierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia, legitymują się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca na każdą funkcję wymienioną poniżej:

- a) Koordynator projektu,

wskaże osoby spełniające wymagania opisane przez zamawiającego w Załączniku nr 9 do OPZ Kolumna 7 i Kolumna 8 w ilości wymaganej przez zamawiającego w Kolumnie 3.

3. UWAGI:

1) Przez sformułowanie „zrealizował”, „wykonał” i „brał udział” Zamawiający rozumie udział danej osoby w opracowaniu dokumentacji przez okres co najmniej 12 miesięcy, a jeżeli okres opracowania dokumentacji był krótszy, to przez cały okres opracowania dokumentacji, przyczym w takim wypadku, wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą wyraźne oświadczenie, że okres opracowania dokumentacji był krótszy niż 12 miesięcy.

2) Zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz.U. 2020 r. poz. 1333 ze zm.) (dalej: „Prawo Budowlane”) przez „budowę” zamawiający rozumie wykonywanie obiektu

budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego.

3) Zgodnie z Prawem Budowlanym przez „przebudowę” zamawiający rozumie wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego.

4) Przez „Dokumentację Wstępną” zamawiający rozumie jeden z poniżej wskazanych dokumentów:

a) Studium Techniczno - Ekonomiczno - Środowiskowego lub

b) Studium Techniczno - Ekonomiczno - Środowiskowego z elementami koncepcji programowej lub

c) Studium Wykonalności lub

d) Każde inne opracowanie zawierające łącznie co najmniej: kontekst przestrzenny i społeczno-gospodarczy inwestycji, prognozy ruchu, analizy ruchowo-eksploatacyjne, konsultacje ze społecznością lokalną i Jednostkami Samorządu Terytorialnego, konsultacje branżowe, koncepcje węzłów przesiadkowych, wielobranżową koncepcję techniczną wariantów, analizy środowiskowe, analizę kosztów i korzyści, analizę wielokryterialną.

8) Wskazane przez Wykonawcę w ofercie wykształcenie, kwalifikacje i doświadczenie poszczególnych osób wskazanych przez Wykonawcę na potrzeby spełnienia warunków udziału w Postępowaniu lub kryteriów oceny ofert będzie weryfikowane przez zamawiającego na dzień składania ofert.

4. Zgodnie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp w przypadku, gdy warunek udziału w Postępowaniu określony pkt 1 lub 2 powyżej (zdolność techniczna lub zawodowa), spełniają nie wszyscy Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie Zamówienia, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie Zamówienia dołączają do oferty oświadczenie zgodne z Załącznikiem nr 6 do SWZ, z którego wynika, które usługi wykona Wykonawca spełniający ww. warunki. Załącznik nr 9A:

1 Koordynator Projektu (1 os.), Imię i nazwisko:, Podstawa dysponowania osobą:, (zasób własny/zasób innego podmiotu), Uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w jednej ze specjalności wskazanych w lp. 2, 5, 6, 9, 13, 17 Załącznika nr 9 do OPZ - W ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu na składanie ofert pełnił funkcję koordynatora w ramach co najmniej 2 usług obejmujących m.in. opracowanie projektu budowlanego dla odcinka dwutorowej lub jednotorowej linii kolejowej o prędkości co najmniej 120-159 km/h i długości co najmniej 15 km, obejmującego co najmniej dwie stacje lub posterunki odgałęźne, przy czym zakres prac projektowych obejmował co najmniej branże o których mowa w pkt. 2,

5, 6, 8, 9, 10, 11, 13, 16, 17, 19 Załącznika nr 9 do OPZ.

W odniesieniu do wymagań wskazać dane w sposób pozwalający na identyfikację doświadczenia:

1) Nazwa projektu:

Okres realizacji:

Odbiorca:

Usługa obejmowała m.in. opracowanie projektu budowlanego dla odcinka.....(dwutorowej lub jednotorowej) linii kolejowej o prędkości (co najmniej 120-159

km/h) i długości.....(co najmniej 15 km), obejmującego..... (co najmniej

dwie stacje lub posterunki odgałęźne), przy czym zakres prac projektowych obejmował branże (co najmniej branże o których mowa w pkt. 2, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 13, 16, 17, 19 Za-

łącznika nr 9 do OPZ).

2) Nazwa projektu:

Okres realizacji:

Odbiorca:

Usługa obejmowała m.in. opracowanie projektu budowlanego dla odcinka.....(dwutorowej lub jednotorowej) linii kolejowej o prędkości (co najmniej 120-159

km/h) i długości.....(co najmniej 15 km), obejmującego..... (co najmniej

dwie stacje lub posterunki odgałęźne), przy czym zakres prac projektowych obejmował branże (co najmniej branże

o których mowa w pkt. 2, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 13, 16, 17, 19 Załącznika nr 9 do OPZ).

JEDZ SWECO:

Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat: SWECO zaznaczył: TAK
Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia? SWECO zaznaczył Nie - Załącznik do dokumentu JEDZ - do Części III. Podstawy wykluczenia, pkt C - w zakresie przesłanek opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp

Czy wykonawca może potwierdzić, że: a)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?

Sweco odpowiedział NIE i wskazał: W dniu 01.07.2021 r. zapadł wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 1430/21) przesądzający, iż Sweco Polska Sp. z o.o. (dalej jako: „Sweco”) wprowadziło w błąd zamawiającego poprzez nieprawidłowe wskazanie zakresu uprawnień personelu kluczowego. W związku z powyższym Sweco kierując się treścią przepisu art. 110 ust. 2 Pzp, wdrożył działania samooczyszczenia, których szczegółowy opis stanowi załącznik do dokumentu JEDZ (plik o nazwie Sweco Polska Karta self-cleaning)

W Załączniku do dokumentu JEDZ - do Części III. Podstawy wykluczenia, pkt C - w zakresie przesłanek opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp Sweco opisał stan faktyczny dotyczący realizacji zamówienia publicznego pn. „Zintegrowany Projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko-Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego”, w której zamawiający- spółka Tramwaje Śląskie S.A. odstąpiła od umowy z wykonawcą: Sweco. Cytaty zawarte w odwołaniu Konsorcjum Multiconsult są dokładne stąd Izba nie widzi konieczności powielania ich treści w tym miejscu.

Z załącznika wynika, że Sweco uważa, że sam fakt odstąpienia od umów 1 i 2 w części przez zamawiającego Tramwaje Śląskie nie może być uznany za dowodzący, że do odstąpienia doszło z przyczyn leżących po stronie Sweco. Ponadto uważa, że fakt, kto ponosi odpowiedzialność za odstąpienie od umowy jest sporny, gdyż wiąże się z zachowaniem podwykonawców, z którymi następnie zamawiający Tramwaje Śląskie próbował zawrzeć umowę w trybie zamówienia z wolnej ręki lub w trybie pozaustawowym, a także z oczekiwaniem przez zamawiającego wykonania czynności nie objętych umowami, co w efekcie doprowadziło do sytuacji, w której to Sweco odstąpiło od umowy nr 1 i 2 w całości.

Z Karty self- cleaningu wynika, że dotyczy ona zamawiającego - Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu, który prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego w ramach realizacji projektu pn. „Budowa Centrum Obsługi Odwiedzających Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu - etap III i etap IV”. Jednakże okoliczności związane z czynnością zamawiającego oceny tego dokumentu nie były sporne pomiędzy stronami.

JEDZ Databout:

winien wprowadzenia w błąd, zatajenia informacji lub niemożności przedstawienia wymaganych dokumentów lub uzyskania poufnych informacji na temat przedmiotowego postępowania Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji:

- a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;
- b) zataił te informacje;
- c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz
- d) przedsięwziął kroki, 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?

Proszę podać odpowiedź

Databout oświadczył - Tak

Załącznik nr 9A Databout:

1 Koordynator Projektu (1 os.) Imię i nazwisko: Ł. K. Podstawa dysponowania osobą: Zasób własny(zasób własny/zasób innego podmiotu

Uprawnienia budowlane do projektowania bezograniczeń w jednej ze specjalności wskazanych lp. 2, 5, 6, 7, 9, 13, 17 Załącznika nr 9 do OPZ

Wskazana osoba posiada uprawnienia do(podać pełną nazwę z decyzji nadaniauprawnień) projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych wydane w dniu 26.06.2012r.

- jest wpisana na listę OIIB pod nr MAP/IE/0460/12 lub

W ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu na składanie ofert pełnił funkcję koordynatora w ramach co najmniej 2 usług obejmujących m.in. opracowanie projektu budowlanego dla odcinka dwutorowej lub jednotorowej linii kolejowej o prędkości co najmniej 120-159 km/h i długości co najmniej 15 km, obejmującego co najmniej dwie stacje lub posterunki odgałęźne, przy czym zakres prac projektowych obejmował co najmniej 9 z branż, o których mowa w pkt. 2, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 13, 16, 17, 19 Załącznika nr 9 do OPZ.

W odniesieniu do wymagań wskazać dane w sposób pozwalający na identyfikację doświadczenia:

- 2) Nazwa projektu: „Opracowanie projektu budowlanego i wykonawczego oraz realizację robót LOT B w formule „Projektuj i Buduj” w ramach projektu POIiŚ 5.1-3 „Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek Warszawa Okęcie- Radom (LOT A,B,F)”

Okres realizacji: 05.2017-12.2021

Odbiorca: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

Usługa obejmowała m.in. opracowanie projektu budowlanego dla odcinka dwutorowej (dwutorowej lub jednotorowej) linii kolejowej o prędkości 160 km/h (co najmniej 120-159 km/h) i długości powyżej 15 km (co najmniej 15 km), obejmującego 2 stacje (Chynów, Warka) (co najmniej dwie stacje lub posterunki odgałęźne), przy czym zakres prac projektowych obejmował branże tory, mosty, drogi, architektura, sanitarna, hydrotechniczna, sieć trakcyjna, elektroenergetyka nietrakcyjna, telekomunikacja (co najmniej 9 z branż, o których mowa w pkt. 2, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 13, 16, 17, 19 Załącznika nr 9 do OPZ).

- 2) Nazwa projektu: Opracowanie dokumentacji projektowej i materiałów przetargowych w ramach projektu POIiŚ 7.1-73 pn. : Modernizacja linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Otwock - Lublin - prace przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe) - odcinek Dęblin - Lublin w km 107,283 - 175,850”

Okres realizacji: 07.2013 -04 .2016*

Odbiorca: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A

Usługa obejmowała m.in. opracowanie projektu budowlanego dla odcinka dwutorowej (dwu-

torowej lubjednotorowej) linii kolejowej o prędkości 160km/h (co najmniej 120-159 km/h) i długości powyżej 15 km (co najmniej 15 km), obejmującego co najmniej 4 stacje (co najmniej dwie stacje lub posterunki odgałęźne), przy czym zakres prac projektowych obejmował branże tory, mosty, drogi, architektura, sanitarna, hydrotechniczna, sieć trakcyjna, elektroenergetyka nietrakcyjna, sterowanie ruchem kolejowym, telekomunikacji (co najmniej 9z branż o których mowa w pkt. 2, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 13, 16, 17, 19 Załącznika nr 9 do OPZ)

Nie było sporne w sprawie, że przystępujący SWECO w swoim Załączniku nr 9 na stanowisko koordynatora projektu wskazał również p. Ł. K. powołując się na jego doświadczenie w ramach projektu Opracowanie dokumentacji projektowej i materiałów przetargowych w ramach projektu POIiŚ 7.1-73 pn. Modernizacja linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Otwock - Lublin - prace przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe) - odcinek Dęblin - Lublin w km 107, 283 - 175, 850. Co do zadań wykonywanych na tym projekcie przystępujący Sweco nie podał stanowiska jedynie tak jak Databout skorzystał z wzoru opracowanego zamawiającego wskazując na doświadczenie zgodnie z brzmieniem warunku „W ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu na składanie ofert pełnił funkcję koordynatora w ramach co najmniej 2usług obejmujących m.in. opracowanie projektu budowlanego dla odcinka dwutorowej lub jednotorowej linii kolejowej o prędkości co najmniej 120-159 km/h i długości co najmniej 15 km, obejmującego co najmniej dwie stacje lub posterunki odgałęźne, przy czym zakres prac projektowych obejmował co najmniej 9z branż, o których mowa w pkt. 2, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 13, 16, 17, 19 Załącznika nr 9 do OPZ.”

Załącznik nr 13 do SWZ - Oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ Databout złożył oświadczenie, że informacje zawarte w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ), w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w: 108ust. 1 pkt 3, 4, 5 i 6 oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7-10 ustawy Pzp są nadal aktualne.

Załącznik nr 13 do SWZ - Oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ Sweco z dnia 7 lutego 2022 r. złożył oświadczenie, że informacje zawarte w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ), w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w: 108ust. 1 pkt 3, 4, 5 i 6 oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7-10 ustawy Pzp są nadal aktualne.

Zamawiający w dniu 1 lutego 2022 r. po ponownym przeanalizowaniu uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do następujących plików

1. **TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA** - Załącznik nr 1 Procedura Oferowania i Instrukcja wersja wdrożona 14 lipca 2021;
2. **TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTW** - załącznik nr 7 Procedura Szkolenia;

oraz częściowo informacji zawartych w pliku o nazwie „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA_Sweco Załącznik do JEDZ Art. 109 ust. 1 pkt 7 nPzp,

uznał, że zostały one prawidłowo zastrzeżone przez Wykonawcę i spełniają przesłanki określone w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Iżba zatem w opisie dokumentu dotyczącego art. 107 ust. 1 pkt 7 nPzp ograniczyła się do przytoczenia treści jawnej.

Z SWZ dotyczącego przetargu nieograniczonego na opracowanie dokumentacji projektowej i materiałów przetargowych w ramach projektu pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Otwock-Lublin prace przygotowawcze

(dokumentacja projektowa i materiały przetargowe) wynika, że zamawiający w tym postępowaniu wymagał ustanowienia : Koordynatora Projektu (Generalny Projektant) Uprawnienia: uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności kolejowej, Kwalifikacje: Doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który w okresie ostatnich 5 lat wykonał co najmniej dwa opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej (każda obejmująca co najmniej projekt budowlany lub projekt wykonawczy) dla budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy), które obejmowały swym zakresem łącznie co najmniej szlak i 2 stacje kolejowe położone na zelektryfikowanej linii kolejowej. W ramach osób wymaganych do realizacji zamówienia nie ma funkcji kierownika projektu. Termin składania ofert miał upłynąć w dniu 16 października 2012 r.

Izba w wyroku z dnia 15 października 2021 r. sygn.. akt KIO 2454/21 uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących nieuprawnionego udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki i unieważnia umowę z 28 lipca 2021 r. nr DO/370/21, zawartą przez Tramwaje Śląskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie z wykonawcą Ł. G. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Ł. G. ŁG ROAD, w pozostałym zakresie oddaliła odwołanie. W odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie strony tj. Sweco i Tramwaje Śląskie szeroko argumentowały swoje stanowiska, co do tego, po czyjej stronie leżą przyczyny rozwiązania umów przed terminem. Izba zważyła, że podnoszone przez strony okoliczności wskazujące na istnienie pomiędzy nimi sporu związanego z realizacją Umów, jakkolwiek mają związek z ewentualnym wykazaniem po której stronie leżą przyczyny, które doprowadziły do rozwiązania Umów, a następnie zawarcia przez zamawiającego kwestionowanej przez odwołującego umowy w wyniku postępowania przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na część zadań uprzednio realizowanych przez odwołującego, to jednak nie mają one przesądzającego znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie przez Izbę. W sprawie zostało bowiem wykazane, że nie wystąpiły pozostałe elementy ww. przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki. Natomiast ww. sporne pomiędzy stronami kwestie, jak słusznie zauważył zamawiający, stanowią przedmiot ewentualnych roszczeń, do rozstrzygnięcia których uprawniony jest sąd powszechny. W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby wystąpiła wyjątkowa sytuacja, której zamawiający nie mógł przewidzieć. Z twierdzeń stron przedstawionych na rozprawie oraz treści odpowiedzi na odwołanie wynika, że po rozwiązaniu za pismem z 6 maja 2021 r. przez zamawiającego w części umów łączących go z odwołującym, m.in. z uwagi na brak dostępności personelu, strony prowadziły w okresie czerwiec - lipiec rozmowy w sprawie polubownego zakończenia istniejących pomiędzy nimi kwestii spornych, w ramach których była mowa o rozwiązaniu umów. Oznacza to, że przedterminowe rozwiązanie tych umów było uwzględniane przez strony, a w konsekwencji zamawiający mógł i powinien podjąć działania zmierzające do udzielenia zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami Pzp. Nie jest bowiem sytuacją wyjątkową, że strony, które przewidują rozwiązanie umowy, nie dochodzą w ramach prowadzonych negocjacji do porozumienia, a zatem muszą się liczyć z tym, że rozwiązanie umowy nastąpi jednostronnie przez jedną z nich. Tymczasem przez wyjątkową sytuację, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, należy rozumieć taką, której obiektywnie nie dało się przewidzieć, a w konsekwencji nie dało się uniknąć. Zwykle w takim przypadku chodzi o zdarzenia losowe, np. awarie, klęski żywiołowe, którym nie można przypisać cechy cyklicznego występowania i których nie można było przewidzieć. Rozwiązania w pozostałej części umów przez odwołującego wobec wcześniejszego rozwiązania w części umów przez zamawiającego i pozostawiania stron w stanie sporu, zagrożenia obciążenia odwołującego karami umownymi oraz zapowiedzi rozwiązania umów, nie można uznać za sytuację wyjątkową, której obiektywnie nie można było przewidzieć.

Postępowanie nr 00931/WS/PW/PZP-DRZ-WRI/U/2021 Opis potrzeb i wymagań w

zamówieniu sektorowym negocjacje z ogłoszeniem prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych pn. Opracowanie koncepcji programowo-planistycznej pod nazwą Master plan dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji m.st. Warszawy S.A. z perspektywą do roku 2050 wynika, że zamawiający opisał brak podstaw wykluczenia w ten sposób:

5.1.2. nie podlegają wykluczeniu na podstawie:

5.1.2.2. art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 5 i 7-10 ustawy Pzp.

Z informacji o odrzuceniu z dnia 4 lutego 2022 r. wynika, że MPWiK m. st. Warszawy spółka akcyjna działając z z art. 226 ust.1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp oraz postanowieniami 5.1.2.2. i 6.1.4.6 SWZ odrzucił ofertę złożoną przez Sweco Polska sp. z o.o. Wskazał, że Wykonawca w dniu 15.07.2021 r. zamieścił na Platformie zakupowej zamawiającego wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Wraz z wnioskiem Wykonawca złożył Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, dalej jako: „JEDZ”. W treści JEDZ Wykonawca złożył oświadczenie o poniższym brzmieniu:

Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?

Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat. Sweco oświadczył: Nie Ze złożonego dokumentu wynikało zatem oświadczenie, że Wykonawca nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową.

W związku z pozytywną oceną wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, Zamawiający zaprosił Wykonawcę do udziału w Postępowaniu, a następnie do złożenia oferty.

W wyniku stwierdzenia, że oferta Wykonawcy zawiera najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert, Zamawiający dnia 13.01.2022 r. wezwał Wykonawcę w terminie do dnia 24.01.2022 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym do złożenia oświadczenia Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w JEDZ.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, Wykonawca dnia 19.01.2022 r. złożył wymagane dokumenty, wśród których znajdowało się oświadczenie Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w JEDZ, w którym Wykonawca oświadczył o aktualności informacji zawartych w JEDZ dotyczących podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3 - 6 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1, 5 i 8 - 10 ustawy Pzp. Jednocześnie Wykonawca w treści oświadczenia wskazał, że: „a w zakresie, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Sweco Polska sp. z o.o. przedkłada aktualny Dokument JEDZ wraz z Załącznikiem do JEDZ (do Części III. Podstawy wykluczenia, pkt C.) - w zakresie przesłanek opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp”.

W treści JEDZ załączonego do pisma Wykonawcy z dnia 19.01.2022 r. zawarte zostało oświadczenie, z którego wynika, że Wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową (jest to zatem oświadczenie odmienne w stosunku do oświadczenia złożonego w JEDZ z dnia 15.07.2021 r.). Jednocześnie Wykonawca oświadczył, że w zakresie dotyczącym okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy Pzp przedkłada Załącznik do JEDZ (do Części III. Podstawy wykluczenia, pkt C.) z

zaznaczeniem, że dokument ten był przedkładany zamawiającemu w innych postępowaniach przetargowych. Wykonawca zaznaczył także, że nie przedsięwziął środków w celu samooczyszczenia.

W Załączniku do JEDZ (do Części III. Podstawy wykluczenia, pkt C.) Wykonawca wskazał na przyczyny złożenia oświadczenia, że znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową.

W ocenie zamawiającego wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę były niewystarczające dla dokonania oceny, czy względem Wykonawcy zaistniała podstawa do wykluczenia z Postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający dnia 21.01.2022 r., działając w oparciu o art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy złożonymi dokumentami JEDZ w zakresie oświadczenia o zaistnieniu podstawy do wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, przy uwzględnieniu faktu, że pierwotny JEDZ został złożony dnia 15.07.2021 r., natomiast okoliczności wskazywane przez Wykonawcę jako stanowiące podstawę do modyfikacji oświadczenia w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 7 podstawa do wykluczenia, wystąpiły przed złożeniem pierwotnego JEDZ. Dodatkowo Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień obejmujących wszystkie okoliczności faktyczne niezbędne dla dokonania oceny, czy w stosunku do Wykonawcy nie zaistniała podstawa do wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz do złożenia dowodów na potwierdzenie, że wobec Wykonawcy nie zaistniała ww. podstawa do wykluczenia. Zamawiający wezwał także Wykonawcę do udzielenia informacji, jakie środki Wykonawca podjął, aby podobna sytuacja nie wydarzyła się w przyszłości. Zamawiający wyznaczył Wykonawcy termin na złożenie odpowiedzi na wezwanie z dnia 21.01.2022 r., na dzień 27.01.2022 r.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 21.01.2022 r., Wykonawca dnia 27.01.2022 r. przedstawił stosowne wyjaśnienia wraz z załącznikami.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Wykonawca złożył w toku Postępowania sprzeczne ze sobą oświadczenia co do zaistnienia podstaw do wykluczenia go z Postępowania. Z pierwotnego JEDZ, złożonego przez Wykonawcę dnia 15.07.2021 r. wynikało, że Wykonawca nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Natomiast w kolejnym JEDZ, złożonym przez Wykonawcę z własnej

inicjatywy dnia 19.01.2022 r., zawarte zostało oświadczenie, z którego wynika, że znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Przedmiotowe oświadczenia są zatem ze sobą sprzeczne, pomimo że Zamawiający ustalił, iż w okresie pomiędzy ich złożeniem nie zmieniły się okoliczności faktyczne, które mogłyby stanowić podstawę do zmiany treści oświadczenia. Z przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów wynika bowiem, że zdarzenia, które miałyby stanowić podstawę do aktualizacji JEDZ, miały miejsce w maju 2021 r., podczas gdy pierwotna treść JEDZ została złożona przez Wykonawcę dnia 15.07.2021 r. Zatem już podczas składania pierwotnego dokumentu JEDZ istniały podstawy do poinformowania zamawiającego o zaistnieniu okoliczności faktycznych, które zostały wskazane przez Wykonawcę w oświadczeniu JEDZ złożonym dnia 19.01.2022 r. Wykonawca natomiast dnia 15.07.2021 r. złożył oświadczenie, że wobec niego nie wystąpiły okoliczności, które w istocie zaistniały na moment składania tego oświadczenia. Powyższa sprzeczność świadczy o wprowadzeniu zamawiającego w błąd.

Dodatkowo wskazać należy, że oświadczenie, o którym mowa powyżej, zostało złożone przez Wykonawcę w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z Postępowania. Celem składanych informacji było zatem stwierdzenie czy Wykonawca powinien zostać zaproszony do udziału w Postępowaniu. W przypadku uznania przez zamawiającego, że Wykonawca powinien zostać wykluczony z Postępowania, Wykonawca nie mógłby uczestniczyć w dalszych etapach prowadzonego Postępowania. Z tej perspektywy należy stwierdzić, że wprowadzenie w błąd, o którym mowa powyżej, po pierwsze - dotyczyło przedstawienia informacji, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z Postępowania, po drugie - mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku Postępowania. Jak wynika bowiem z dalszego przebiegu Postępowania, Zamawiający uznał, że oferta Wykonawcy zawiera najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert, co stanowiło podstawę do wezwania tego Wykonawcy dnia 13.01.2022 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Gdyby Wykonawca zawarł oświadczenie, które zostało przez niego złożone w JEDZ dnia 19.01.2022 r., już w pierwotnym dokumencie JEDZ złożonym przez tego Wykonawcę dnia 15.07.2021 r., to Zamawiający mógłby dojść do wniosku, że Wykonawca powinien zostać wykluczony z Postępowania na wcześniejszym jego etapie. Taki wniosek mógłby z kolei doprowadzić do wyłączenia możliwości dalszego uczestnictwa Wykonawcy w Postępowaniu i jego eliminacji z tego Postępowania, a także do zmiany kolejności w rankingu ofert. Z powyższych względów należy uznać, że wprowadzenie zamawiającego w błąd opisane w poprzedzającym akapicie, mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku Postępowania.

Mając na względzie okoliczności opisane powyżej, Zamawiający stwierdził, że względem Wykonawcy zaistniały podstawy do wykluczenia z Postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp oraz w punkcie 5.1.2.2. SWZ. Stosownie do brzmienia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez

wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Dodatkowo Zamawiający wskazuje, że Wykonawca dnia 19.01.2022 r. złożył oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ, w którym nie potwierdził aktualności informacji zawartych w JEDZ złożonym dnia 15.07.2021 r. Następnie Wykonawca z własnej inicjatywy przedłożył kolejny raz JEDZ, z którego wynikało, że Wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Przy uwzględnieniu roli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumentów, takich jak JEDZ oraz oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ należy stwierdzić, że Wykonawca przyznał, że względem niego zaistniała podstawa do wykluczenia z Postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, przy jednoczesnym zaniechaniu podjęcia jakichkolwiek czynności zmierzających do wykazania, że pomimo wcześniejszego rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest wykonawcą rzetelnym i daje należyłą rękojmię realizacji zamówienia publicznego objętego Postępowaniem. W ocenie zamawiającego przyznania przez Wykonawcę faktu podlegania wykluczeniu z Postępowania nie zmienia fakt kwestionowania tej okoliczności w kolejnych pismach złożonych przez Wykonawcę. W przeciwnym razie nie zaistniałaby bowiem podstawa do aktualizacji informacji zawartych w JEDZ.

Należy także podkreślić, że Wykonawca z jednej strony przyznaje, że znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została

rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne

porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową, a z drugiej strony kwestionuje zaistnienie względem niego podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Warto zatem zauważyć, że celem składania oświadczeń i dokumentów w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu wykazania braku podstaw do

wykluczenia jest stwierdzenie czy wykonawca jest rzetelny i daje należyłą rękojmię realizacji zamówienia publicznego. Zdaniem zamawiającego Wykonawca w toku Postępowania nie potwierdził przedmiotowych okoliczności. Z przedłożonych dokumentów wynika jednoznacznie, że Wykonawca w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pomimo zaistnienia przedmiotowych okoliczności Wykonawca zaniechał jakiegokolwiek próby wykazania, że podjął działania, o których mowa w art. 110 ustawy Pzp, zmierzające do wykazania rzetelności Wykonawcy. Natomiast okoliczności przywoływane przez Wykonawcę po złożeniu JEDZ 19.01.2022 r., zdaniem zamawiającego nie mają związku z istotą oceny wystąpienia okoliczności, o których mowa w 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i jako takie nie mogą świadczyć o braku zaistnienia podstaw do wykluczenia z Postępowania względem Wykonawcy.

Z pisma PKP PLK z dnia 14 marca 2022 r. wynika, że poświadcza doświadczenie Pana M. S. jako Koordynatora projektu w okresie: 07.2013 - 12.2016 r. (generalny projektant) w firmie: MGGP S.A., w ramach zadania inwestycyjnego pn. Opracowanie dokumentacji projektowej i materiałów przetargowych w ramach projektu pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa — Dorohusk na odcinku Otwock — Lublin - Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe) — ODCINEK DĘBLIN - LUBLIN w km 107,283 - 175,850”.

Z opisu przedmiotu zamówienia na Opracowanie dokumentacji projektowej i materiałów przetargowych w ramach projektu POLiś 7.1-73 pn.: „Modernizacja linii kolejowej Nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa — Dorohusk na odcinku Otwock — Lublin — Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)” — odcinek Dęblin - Lublin w km 107,2+83 - 175,8+50 wynika, że pkt. 6 Wymagania pkt. 6.1. Personel Kluczowy - wykonawca ma zapewnić wystarczającą liczbę wykwalifikowanego personelu gwarantującą właściwą jakość wykonywanych prac. Z pkt. 6.1.1) Koordynator Projektu wynika, że wykonawca ma wskazać jedną osobę na to stanowisko (niedopuszczalne jest wskazanie większej ilości osób) Koordynator Projektu jest osobą wskazaną w umowie upoważnioną w imieniu wykonawcy do zarządzania umową i bezpośrednich kontaktów z zamawiającym.

Z pkt 7.1 wynika, że do zadań Koordynatora Projektu należą wszelkie związane z projektem formalne uzgodnienia między wykonawcą a zamawiającym oraz przygotowywanie cyklicznych informacji o projekcie, rozwiązywanie, we współpracy z zamawiającym, wszelkich problemów zaistniałych w trakcie realizacji projektu.

Z opisu stanowiska pracy Ł. K. jako Dyrektora Biura w MGGP wynika, że z pkt. 3.1.c) był odpowiedzialny za koordynację i nadzór nad realizacją projektów, o kwestiach związanych z efektywnym zarządzaniem stanowi pkt. 2, a kontroli i nadzoru pkt. 4 lit. d a także pkt. 4.10, 4.11, 4.12.

Z opisu stanowiska pracy Ł. K. jako Kierownika projektu wynika, że główne zadania jakie miał na tym stanowisku to pkt. 3:

1. Koordynowanie prac
 2. Koordynowanie i realizacja projektów (m.in. budżetowanie, harmonogram realizacyjny); koordynacja procesów i działań związanych z kierowaniem projektem
 3. Współpraca z podwykonawcami (m.in. realizacja i terminowość umów, negocjowanie zakresu i cen)
 4. Koordynacja realizacji poszczególnych etapów procesu sporządzania dokumentacji
 5. Uczestnictwo w spotkaniach monitorujących z Zamawiającym
 6. Organizacja i etapowa prezentacja wyników prac nad projektem dla Dyrektora jednostki
 7. Stałe podnoszenie kwalifikacji zawodowych, uczestnictwo w szkoleniach specjalistycznych
- Ze świadectwa pracy p. Ł. K. wynika, że był zatrudniony w MGGP S.A.

w okresie od 01.01.2012 do 31.03.2016 na czas nie określony w wymiarze: w pełnym

wymiarze czasu pracy od 01.01.2012 do 31.03.2016

2. W okresie zatrudnienia pracownik wykonywał pracę:

KIEROWNIK PROJEKTU od 01.01.2012 do 30.09.2012

GŁÓWNY MENADŻER od 01.10.2012 do 31.10.2014

ZASTĘPCA DYREKTORA OBSZARU od 01.11.2014 do 31.03.2016

W dniu 14 marca 2022 r. PKP PLK Centrum Realizacji Inwestycji Region Centralny

potwierdziło, że Ł. K. brał udział w opracowywaniu dokumentacji projektowej i materiałów przetargowych w ramach projektu POLiS 7.1-73 pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 7

Warszawa Wschodnia Osobowa — Dorohusk na odcinku Otwock — Lublin — Prace

Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)” odcinek Dęblin —

Lublin w km 107,283-175,850 realizowanej w okresie od lipca 2013 r. do grudnia 2016 r.

W umowie z wykonawcą prac projektowych (MGGP S.A.) został wskazany jako osoba nadzorująca prace ze strony wykonawcy na stanowisku Główny Menadżer. W dokumentacji projektowej (Projekt budowlany) oraz w Raportach z Postępu prac wykonawcy występuje jako Kierownik Projektu, a w przedstawionej przez wykonawcę Organizacji metodologii realizacji zamówienia został wskazany jako Koordynator Projekt —zastępca, Jednocześnie PKP PLK podkreśliło, że funkcja Kierownika Projektu oraz Zastępcy Koordynatora Projektu,

po stronie Wykonawcy, nie jest stanowiskiem wskazanym w Kontrakcie.

Z oświadczenia M. S. wynika, że potwierdza on, że Pan Ł. K. pełnił funkcje Kierownika projektu przy realizacji zadania pn.: „Opracowanie dokumentacji projektowej i materiałów przetargowych w ramach projektu POLiS 7.1-73 pn. : Modernizacja linii kolejowej nr 7

Warszawa Wschodnia Osobowa — Dorohusk na odcinku Otwock — Lublin — prace

przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe) — odcinek Dęblin — Lublin w km 107,283 - 175,850” realizowanego na rzecz PKP PLK, w którym ja pełniłem funkcję Koordynatora projektu Głównego projektanta.

Do obowiązków Pana Ł. K. należało szereg zadań związanych z koordynacją projektu, w tym w szczególności: planowanie i koordynacja prac w ramach projektu, koordynacja zespołów projektowych, wybór podwykonawców, przygotowywanie umów, udział w naradach projektowych wewnętrznych i zewnętrznych, udział w posiedzeniach ZOPI, reprezentowanie Inwestora w procesie uzyskiwania decyzji, monitorowanie problemów i ryzyk związanych z

koordynowanym projekt, kompleksowe raportowanie.

Z Raportu o postępie prac nr 4 wynika, że w postępowaniu Opracowanie dokumentacji projektowej i materiałów przetargowych w ramach projektu POLiS 7.1-73 pn. : Modernizacja linii kolejowej nr 7 WarszawaNazwa Wschodnia Osobowa — Dorohusk na odcinku Otwock -

Lublin - prace przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe) - odcinek Dęblin - Lublin w km 107,283 - 175,850” jako wykonawcę wskazano MGGP, jako Dyrektora Projektu E. L., jako Koordynatorów: Generalnego Projektanta M. S. i Kierownika Projektu: Ł. K. pismo jest datowane na grudzień 2013 nie jest podpisane.

Z Metodologii i Organizacji Realizacji Projektu do umowy na Opracowanie dokumentacji projektowej i materiałów przetargowych w ramach projektu POLiS 7.1-73 pn.: „Modernizacja linii

kolejowej Nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa — Dorohusk na odcinku Otwock — Lublin —

Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)” — odcinek Dęblin - Lublin w km 107,2+83 - 175,8+50 wynika, że wykonawcą był MGGP SA, Koordynatorem Projektu/Generalnym Wykonawcą M. S. i Ł. K., a Dyrektorem Projektu E. L. - nie podpisane. Na str. 12 jest schemat organizacyjny z którego wynika, że na czele projektu umieszczono Komitet Sterujący - Dyrektora Projektu, a bezpośrednio pod nim Koordynatorów projektu : Główny Projektant i Kierownik Projektu, a ze str. 14 wynika, że: 2.2.2.3 Kierownik Projektu

Jest odpowiedzialny przed Dyrektorem Projektu za pomyślne wykonanie usługi przez Wykonawcę Prac Projektowych oraz zapewnienie, że Wykonawca Prac Projektowych wywiązuje się z technicznych, zawodowych i umownych zobowiązań. W jego obowiązkach leży poszukiwanie rozwiązań i aktywne zarządzanie projektami.

2.2.2.4 Generalny Projektant

- Zarządza Zespołami Roboczymi (branżowymi), poprzez Liderów Zespołów, w tym w trakcie planowania prac, jak i realizacji warunków technicznych,
- Współpracuje z Kierownikiem Projektu w zakresie odebrania zadań do wykonania,
- Raportuje do Kierownika Projektu podczas wykonywania zadań,
- Przekazuje Kierownikowi Projektu wykonane zadania.

Izba uznała za nie przydatne dla rozstrzygnięcia dowody dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia dla przetargu nieograniczonego na opracowanie dokumentacji projektowej na podstawie materiałów opracowanych w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E30 na odcinku Kędzierzyn Koźle - Opole Zachodnie linia kolejowa nr 132 Bytom - Wrocław Główny na odcinku Opole Groszowice - Opole Zachodnie w zakresie linii nr 132 od km 97,210 do km 101,100 wskazując, że stan faktyczny jaki wynika z tych dokumentów nie jest tożsamy ze stanem faktycznym w bieżącym postępowaniu, gdyż w tamtym postępowaniu zamawiający wymagał podania stanowiska zajmowanego przez wskazywaną osobę w czasie wykonywania wykazywanego doświadczenia (usługi) jak i stanowiska, na które wskazywana osoba jest wskazywana i tam WYG podało, że stanowisko pełnione przez Ł. K. w trakcie wykonania usługi LK-7, to kierownik projektu, a p. Ł. K. był proponowany na stanowisko koordynatora. Tym samym Dowody te nie stanowią odpowiedzi na pytanie, jak prawidłowo powinien zachować się zamawiający w sytuacji, gdy osoba proponowana na stanowisko koordynatora zajmowała w okresie nabywania doświadczenia nominalnie inne stanowisko niż Koordynator Projektu.

Dowody z sprawie KIO 571/22

W dniu 20 stycznia 2022 r. wezwał wykonawcę Multiconsult do złożenia w trybie art. 126 ust. 1 dokumentów podmiotowych, uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 dokumentów podmiotowych i wyjaśnienia w trybie art. 128 ust. 4 dokumentów podmiotowych do dnia 31 stycznia 2022 r. bez innego dookreślenia terminu.

W dniu 26 stycznia 2022 r. zamawiający przedłużył termin na złożenie odpowiedzi na wezwania skierowane do wykonawców w dniu 20 stycznia 2022 r. „do dnia 7 lutego 2022 r. do godz. 11:00.

Centrum Wsparcia Kompetencyjnego Smart PZP w dniu 8 marca 2022 r. poinformował zamawiającego, że analiza logów systemowych wykazała, iż Wykonawca

pobrał korespondencję

(Przedłużenie terminu odp. na wezwania_250122_sig.pdf) do oferty nr

1208/33/21/MO/PZP/273 w dniu 2022-01-26 o godzinie 09:49:41.

Z wyciągu z logów wynika, że Multiconsult z adresu rozpoczął wysyłanie plików plikiem zal_8_Grupa_kapitalowa_04_10_2021_15.16.26.0.pdf w dniu 7 lutego 2022 r. o godz.: 14:25:53, a zakończył plikiem Dyplom.pdf o 15:11:15 Na rozprawie odwołujący podał, że złożenie dokumentów po godzinie 11:00 było wynikiem błędu pracownika, który kierował się treścią pierwszego wezwania i że do momentu odrzucenia jego oferty odwołujący nie miał świadomości, że spóźnił się z wykonaniem wezwania.

Ocena zgromadzonego materiału dowodowego dokonana przez Izbę:

Sygn. akt KIO 571/22

Izba oceniła stan faktyczny jako niesporny pomiędzy stronami. Zamawiający wyznaczył termin na 7 lutego 2022 r. godz. 11:00, odwołujący Multiconsult złożył dokumenty w tym dniu o godz. 14:24 i 15:11.

Sygn. akt KIO 584/22

Izba ustaliła, że 6 maja 2021 Tramwaje Śląskie częściowo odstąpiły od umów 1 i 2, Izba ustaliła, że 15 lipca 2021 Sweco złożyło ofertę z JEDZem do MPWiK m. st. Warszawy nie podając informacji o odstąpieniu częściowym przez Tramwaje Warszawskie. 16 lipca 2021 r.

miało miejsce odstąpienie Sweco od umów 1 i 2 w pozostałym zakresie. W okresie czerwiec

- lipiec 2021 r. pomiędzy Tramwajami Śląskimi i Sweco toczyły się negocjacje, co do sposobu rozwiązania sporu, które nie zakończyły tego sporu, spór trwał nadal w dniu 15 października 2021 r., gdyż w wyroku wydanym przez Izbę w sprawie sygn. akt KIO 2454/21 Izba ustaliła: „Izba zważyła, że podnoszone przez strony okoliczności wskazujące na istnienie pomiędzy nimi sporu związanego z realizacją Umów, jakkolwiek mają związek z ewentualnym wykazaniem po której stronie leżą przyczyny, które doprowadziły do rozwiązania Umów, a następnie zawarcia przez zamawiającego kwestionowanej przez odwołującego umowy w wyniku postępowania przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na część zadań uprzednio realizowanych przez odwołującego, to jednak nie mają one przesądzającego znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie przez Izbę. (...) Natomiast ww. sporne pomiędzy stronami kwestie, jak słusznie zauważył zamawiający, stanowią przedmiot ewentualnych roszczeń, do rozstrzygnięcia których uprawniony jest sąd powszechny.”

Brak jest jakiegokolwiek dowodu na to, że w dacie 27 grudnia 2022 r. spór pomiędzy stronami, co do ustalenia po czyjej stronie leżą przyczyny tak częściowego odstąpienia jak i całkowitego, ustał. Izba ustaliła, że w dniu 17 stycznia 2022 r. przystępujący Sweco aktualizując JEDZ w postępowaniu dla MPWiK m. st. Warszawy podał niewystępujące w nim wcześniej informacje dotyczące odstąpienia od umów nr 1 i 2 w postępowaniu Tramwajów Śląskich. Izba ustaliła także, że MPWiK m. st. Warszawy badał kwestię różnic w JEDZu załączonym do oferty i zaktualizowanym i wzywał Sweco do wyjaśnień. Te zostały złożone 26 stycznia 2022 r. Tym samym, Izba ustaliła, na dzień 26 stycznia 2022 r. przystępujący Sweco nie miał wiedzy jakie będzie stanowisko zamawiającego MPWiK, co do aktualizacji JEDZ.

W ocenie Izby zamawiający MPWiK mógł uznać, że przystępujący wykazał, że nie zaistniały w postępowaniu Tramwajów Śląskich wszystkie przesłanki opisane w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy, które obligowałyby przystępującego Sweco do złożenia informacji o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie Sweco, a w konsekwencji uznać, że wykonawca podał prawdziwe i jednakowe dane w JEDZu pierwotnym i JEDZu zaktualizowanym o braku podstaw wykluczenia, a informacje o losach umów 1 i 2 stanowią swoiste *supplua non nocent* podane jedynie z ostrożności zawodowej wykonawcy. Zamawiający mógł ocenić wyjaśnienia jako swoisty *selfcleaning* i uznać jego skuteczność lub nie, czy wreszcie, tak jak miało to miejsce 4 lutego 2022 r. mógł dojść do przekonania, że został wprowadzony w błąd.

Tym samym Izba ustaliła, że na pewno do dnia 4 lutego 2022 r. przystępujący Sweco nie miał świadomości wprowadzenia w błąd zamawiającego MPWiK. Tym samym w ocenie Izby w świetle zaistniałych zdarzeń faktycznych Izba nie ustaliła, że treść JEDZa z dnia 27 grudnia 2022 r. złożonego w tym postępowaniu nie odpowiadała w tej dacie rzeczywistemu stanowi rzeczy odzwierciedlającemu świadomość Sweco, co do możliwości wprowadzenia w błąd zamawiającego MPWiK m. st. Warszawy. Wiedzę o wprowadzeniu w błąd zamawiającego MPWiK m. st. Warszawy przystępujący Sweco zdobył w dniu 4 lutego 2022 r., ale wówczas miał prawo skorzystać ze środków ochrony prawnej, kwestionując zasadność oceny wyjaśnień z dnia 26 stycznia 2022 r. dokonanej przez zamawiającego MPWiK m. st. Warszawy.

Zatem na dzień wniesienia odwołania w sprawie sygn. akt KIO 584/21 Izba nie znalazła podstaw do ustalenia, że przystępujący złożył w JEDZu informacje wprowadzające zamawiającego CPK w błąd. W konsekwencji Izba ustaliła, że w dacie wyboru oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu tj. 18 lutego 2022 r. zamawiający nie miał podstaw do uznania, że oferta przystępującego Sweco podlega odrzuceniu.

Izba opierając się na piśmie PKP PLK z dnia 14 marca 2022 r., oświadczeniu M. S., opisowi stanowiska Ł. K. i jako świadectwie pracy ustaliła, że w Ł. K. pracował na projekcie Opracowanie dokumentacji projektowej i materiałów przetargowych w ramach projektu POLiś 7.1-73 pn.: „Modernizacja linii kolejowej Nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa — Dorohusk

na odcinku Otwock — Lublin — Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)” — odcinek Dęblin - Lublin w km 107,2+83 - 175,8+50 na stanowisku Kierownika Projektu, na tym stanowisku, zgodnie z opisem stanowiska wykonywał zadania takie jak: koordynowanie prac, koordynowanie i realizacja projektów (m.in. budżetowanie, harmonogram realizacyjny); koordynacja procesów i działań związanych z kierowaniem projektem, współpraca z podwykonawcami (m.in. realizacja i terminowość umów, negocjowanie zakresu i cen), koordynacja realizacji poszczególnych etapów procesu sporządzania dokumentacji, uczestnictwo w spotkaniach monitorujących z Zamawiającym, organizacja i etapowa prezentacja wyników prac nad projektem dla Dyrektora jednostki, co pokrywa się z oświadczeniem p. S.. Izba ustaliła na podstawie wyjaśnień zamawiającego na rozprawie, że zamawiający nie rozumiał warunku udziału w postępowaniu jako wymogu sprawowania określonego nazwą stanowiska, ale nabycia doświadczenia w wykonywaniu zadań mieszczących się w funkcji koordynatora. Zamawiający podkreślił, że żądanie wykazania się zajmowaniem określonego stanowiska definiowanego jego nazwą byłoby nadmiarowe i wskazał, że w jego ocenie funkcję koordynatora może też wypełniać osoba na stanowisku Dyrektora Projektu czy Kierownika Projektu - vide protokół z dnia 15 marca 2022 r. Izba oceniła, że do wiedzy powszechnej należy, że w potocznym rozumieniu zakresu zadań koordynatora mieszczą się zadania polegające na zapewnieniu współdziałania między wykonawcą, a inwestorem, nadzór nad realizacją zadań, raportowanie i kontrola terminowości, czy ustalanie ryzyk i rozwiązywanie sporów. Izba ustaliła zatem, że przystępujący Sweco i Databout po zapoznaniu się ze świadectwem pracy i opisem stanowiska kierownika projektu mieli podstawy do uznania, że p. Ł. K. pełnił funkcję koordynatora, równoległe z M. S., choć jego stanowisko było nazwane „Kierownik Projektu”. Izba ustaliła, że nie było sporne, że to p. M. S. zajmował stanowisko Koordynatora Projektu - Generalnego Projektanta na omawianym kontrakcie i, że inna osoba nie mogła stanowiska o tej nazwie posiadać z uwagi na postanowienia Opisu przedmiotu zamówienia. Jednak z tego też opisu Izba ustaliła, że zamawiający PKP PLK nie zakazał zatrudnić szerzej wykwalifikowanej kadry, niż personel kluczowy i według przedłożonego materiału dowodowego MGGP z tej możliwości skorzystał ustanawiając Kierownika Projektu z zakresem obowiązków odpowiadającym funkcji koordynatora. Teza przeciwna przez odwołującego MGGP nie została wykazana.

Izba ustaliła zatem, że przystępujący Sweco i Databout podali zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy informacje, co do doświadczenia p. Ł. K. na kontrakcie dla PKP PLK. W konsekwencji Izba ustaliła, że zamawiający nie miał w dacie 18 lutego 2022 r. podstawy do uznania, że wykonawcy Sweco i Databout nie spełniają warunków udziału w postępowaniu lub podali informacje nie odzwierciedlające stanu rzeczywistego.

Izba ustaliła następujący stan prawny:

Art. 109 ust. 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

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

10) 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 Wykluczenie wykonawcy następuje:

5) w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8, na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia;

6) w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Art. 126 ust. 1. Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Art. 128 ust. 1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Ust. 4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Art. 226 ust. 1 Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

Art. 16 Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że wszystkie zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 525 ust. 1 - 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia okoliczności, które skutkowałyby odrzuceniem odwołań na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazali przesłanki materialnoprawne dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Sygn. akt KIO 571/22

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy przez ich błędne zastosowanie i odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, pomimo że Odwołujący przedłożył w przewidzianym terminie wymagane przez zamawiającego dokumenty podmiotowe i udzielił stosownych wyjaśnień, co w konsekwencji prowadzić powinno do wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim zarzut oparty jest na błędnym założeniu, że przepisy art. 8 ust. 2- 5 ustawy oraz art. 115 Kodeksu cywilnego, to przepisy stanowiące o tym, jakie terminy są zgodne z prawem w postępowaniach toczonych na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba tego poglądu nie podziela i wskazuje, że przepisy art. 8 ust. 2 - 5 ustawy (z wyłączeniem art. 8 ust. 4, który określa ile dni roboczych musi zawierać termin dwudniowy lub dłuższy) stanowią jedynie o sposobie obliczenia terminu, a nie o tym jaki termin ma być stosowany przez zamawiających w prowadzonych przez nich postępowaniach. Przepisy art. 8 ustawy, jak i art. 115 kc stanowią instrukcje dla uczestników obrotu prawnego, jak powinni rozumieć długość terminu, gdy nie zostało to jednoznacznie podane. Terminy mogą być bowiem oznaczone datą jeżeli terminem jest okres. Upływ okresu może być oznaczony także datą, a nawet dokładniej datą i godziną, ale także pewnym zdarzeniem np. ustaniem bytu prawnego danego podmiotu. Przepisy art. 8 ustawy i 115 kc znajdują zastosowanie w sytuacji, gdy zachodzi potrzeba rozwiania wątpliwości, kiedy należy zrealizować świadczenie, czy zachować się w określony sposób, aby nie popaść w

opóźnienie czy zwłokę. W przypadku terminu wyznaczonego jedynie datą może pojawiać się bowiem wątpliwość, czy podmiot spełniający świadczenie o 10:00 jest w terminie, czy też może do 18:00 będzie w terminie i w celu usunięcia potencjalnych sporów na tym tle ustawodawca zdecydował się wprowadzić normy regulujące te wątpliwe sytuacje, tak aby dłużnik i wierzyciel mieli pewność obrotu prawnego. Tym samym w sytuacji, kiedy termin jest określony precyzyjnie i nie budzi wątpliwości, ani nie może być różnie interpretowany, nie ma potrzeby sięgania do norm określających sposoby jego obliczenia. Również termin inny niż wynikający z treści norm art. 8 ustawy i 115 kc, o ile nie jest prawnie zakazany, jest dozwolony np. kwartalny, półtoraroczny, liczony w minutach np. na kolejne postąpienie w aukcji elektronicznej. Tym samym należy przywrócić się powołanym wyżej normom art. 126 ust. 1 i 128 ust. 1 i 4 ustawy. Z art. 126 ust. Wynika, że zamawiający wzywa w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, a w art. 128 ust. 1, że wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Oznacza to, że pierwszy termin jest terminem ustawowym, bo sprzeczny z ustawą będzie termin krótszy niż 10 dni, a drugi termin jest terminem pozostawionym swobodzie zamawiającego, może być to każdy dowolnie wyznaczony termin, oczywiście z zastrzeżeniem art. 8 ust. 4, jeśli obejmowałby minimum dwa dni. W tej sprawie bezsporne jest, że pierwotny termin był wyznaczony zgodnie z art. 126 ust. 1 bo wezwanie zostało skierowane 20 stycznia 2022 r., a wyznaczono termin na 31 stycznia 2022 r. czyli wymóg ustawowy minimum 10 dni został zachowany i niewątpliwie ten termin liczył co najmniej 2 dni robocze. Z kolei ustawodawca milczy na temat możliwości przedłużania terminu z art. 126 ust. 1 i 128 ust. 1 ustawy, jednakże w orzecznictwie jest to dopuszczalne, pod warunkiem zachowania zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji. W tej sprawie zamawiający na wniosek jednego wykonawcy przedłużył o 7 dni (a więc także o termin zawierający dwa dni robocze) termin do 7 lutego 2022 r. jednakowo dla wszystkich wykonawców, co powodowało, że ich równowaga konkurencyjna nie była zachwiana. Zamawiający wobec braku zakazu ustawowego miał prawo w ocenie Izby wyznaczyć termin oznaczony nie tylko datą, ale także godziną, w celu usunięcia wątpliwości po stronie wykonawców kiedy termin będzie dochowany. W ocenie Izby takie działanie było uprawnione, a nadto rodziło tak po stronie zamawiającego pewność oceny, czy termin został

dochowany, czy przekroczony, co ma istotne znaczenie przy badaniu podstawy wykluczenia

z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c, gdyż przepis ten nakazuje odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, a także innych oświadczeń lub dokumentów. Tym samym zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, gdy złożenie dokumentów nastąpiło po upływie przewidzianego terminu, sankcja ta wynika z mocy ustawy. Izba stoi na stanowisku, że badana w tym odwołaniu sprawa nie jest tożsama z orzeczeniem przytoczonym przez odwołującego w odwołaniu, w tamtej sprawie wykonawca próbował złożyć dokumenty w terminie, lecz doznał przeszkód natury technicznej, natomiast tu jak sam odwołujący podkreślał pracownik omyłkowo nie dostrzegł, że termin wyznacza również godzina, a nie wyłącznie data. Nie można zatem uznać, że możliwe byłoby w tym przypadku zastosowanie zasady proporcjonalności. Gdyby pójść tokiem rozumowania odwołującego, to należałoby oczekiwać na składanie ofert do północy i także o północy tego lub następnego dnia dokonywać ich otwarcia, gdyż w art. 134 ust. 1 pkt 15 i 16 ustawodawca posłużył się pojęciem termin, a nie data i godzina, jeszcze trudniej przenieść argumentację odwołującego na grunt aukcji elektronicznej i terminu otwarcia aukcji i terminu jej zamknięcia np. gdy zamawiający często określają ten termin jako upływ określonego przedziału czasowego np. w minutach od ostatniego postąpienia. Nadto w ocenie Izby uznanie, że złożenie dokumentów i wyjaśnienie po upływie przewidzianego terminu może być dopuszczalne, godzi w zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, zwłaszcza w świetle informacji zamawiającego, że inny wykonawca oczekiwał wydłużenia mu terminu na dostarczenie dokumentów ponad termin określony przez zamawiającego i zamawiający się do tego wniosku nie przychylił. Gdyby zamawiający w tej sytuacji dopuścił ofertę odwołującego pozostawałby w sprzeczności z własnym oświadczeniem o odmowie dalszego przedłużenia terminu i postawiłby odwołującego w korzystniejszej sytuacji niż pozostałych wykonawców. W ocenie Izby takie działanie byłoby sprzeczne z zasadami równorzędności do zasady proporcjonalności czy równego traktowania i uczciwej konkurencji. Co do omyłek i ewentualnej ich poprawy, to Izba zwraca uwagę, że ustawodawca nie zdecydował się na podobne do art. 168 par. 1 kpc ustawy pozwalające na przywrócenie uchybionego terminu, przeciwnie wskazał, że skutkiem uchybienia terminu jest odrzucenie ofert. Z tych wszystkich względów Izba uznała zarzut za niezasadny i oddaliła go.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy poprzez jego błędne zastosowanie i zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert obowiązującymi w postępowaniu za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta złożona przez odwołującego

Zarzut zasługuje na oddaleniu. Jak wynika z rozważań Izby w odniesieniu do zarzutu po-

przedzającego, oferta odwołującego została odrzucona zgodnie z przepisami ustawy, tym samym zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy nie dokonując wyboru oferty odwołującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego, art. 16 pkt 1 ustawy przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba nie dopatrzyła się w zachowaniu zamawiającego naruszenia zasad postępowania, przeciwnie uwzględnienie odwołania mogłoby doprowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Sygn. akt KIO 584/22

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 w zw. z art. 16 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Sweco z postępowania pomimo, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub co najmniej, 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 przez zatajenie w ofercie Konsorcjum Sweco informacji, że Sweco Polska Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) wprowadziła w błąd innego zamawiającego w ramach wcześniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz

Zarzut naruszenia przez zamawiającego naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 w zw. z art. 16 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Sweco z postępowania pomimo, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub co najmniej, 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 przez podanie nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia zawodowego pana Ł. K., tj. wskazanie że pełnił on funkcję Koordynatora Projektu dla zadania pn.: Opracowanie dokumentacji projektowej i materiałów przetargowych w ramach projektu POIiŚ 7.1-73 pn.: „Modernizacja linii kolejowej Nr 7 Warszawa wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Otwock - Lublin - Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)” - odcinek Dęblin - Lublin w km 107,283 - 175,850, w sytuacji gdy rzeczywistym Koordynatorem Projektu były pan M. S.; oraz

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 w zw. z art. 16 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Databout z postępowania pomimo, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub co najmniej, 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 przez podanie nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia zawodowego pana Ł. K., tj. wskazanie że pełnił on funkcję Koordynatora Projektu dla zadania pn.: Opracowanie dokumentacji projektowej i materiałów przetargowych w ramach projektu POIiŚ 7.1-73 pn.: „Modernizacja linii kolejowej Nr 7 Warszawa wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Otwock - Lublin - Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)” - odcinek Dęblin - Lublin w km 107,283 - 175,850, w sytuacji gdy rzeczywistym Koordynatorem Projektu były pan M. S.

Izba rozpozna zarzuty łącznie. Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego przystępujący Sweco konsekwentnie twierdzi, że nie zachodzi wobec niego podstawa wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z odstąpieniem od umów 1 i 2 z Tramwajami Śląskimi, a informacje dotyczące okoliczności rozwiązania tych umów podawał zamawiającemu jedynie z ostrożności, tak w badanej sprawie, jak i wobec

zamawiającego MPWiK w dacie 17 stycznia 2022 r. (data złożenia uaktualnionego JEDZa). Do 4 lutego 2022 r. przystępujący Sweco nie wiedział, że fakt podania zamawiającemu MPWiK informacji o rozwiązaniu tych umów w dniu 17 stycznia 2022 r. zostanie oceniony jako informacja wprowadzająca w błąd. A nawet na datę 4 lutego 2022 r. ta ocena dokonana przez zamawiającego MPWiK nie była ostateczna, gdyż przysługiwały od niej środki ochrony prawnej. Tym samym w ocenie Izby nie można było przypisać odwołującemu świadomości, że w dacie 27 grudnia 2021 r. wiedział, że wprowadził zamawiającego MPWiK w błąd. W konsekwencji nie można było uznać, że informacje podane w JEDZu w dniu 27 grudnia 2021 r. były informacjami niezgodnymi z rzeczywistym stanem faktycznym i wiedzą przystępującego Sweco. Aby zastosować normę art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy zamawiający musiałby być zdolny wykazać przystępującemu Sweco, że miał świadomość, że nie podając w JEDZu MPWiK informacji o sposobie zakończenia zamówienia Tramwajów Śląskich, wprowadza tamtego zamawiającego w błąd, co do nieistnienia podstaw wykluczenia i wykazać zamiar bezpośredni albo co najmniej ewentualny wprowadzenia w błąd, co w ocenie Izby nie mogło mieć miejsca w badanym stanie faktycznym, a nadto potwierdza to również wyrok Izby z dnia 14 marca 2022 r. w sprawie sygn. akt KIO 375/22, gdyż w tym wyroku również Izba nie dopatryła się zawinonego wprowadzenia w błąd.

Z kolei dla zastosowania normy z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy zamawiający musiałby wykazać wprowadzenie jedynie niedbalstwo, czy lekkomyślność, jednak musiałby wykazać, że wprowadzenie w błąd miało istotny wpływ na wynik postępowania, a w ocenie Izby tego elementu jak świadomości wykonawcy, że w dniu 15 lipca 2021 r. wprowadził w błąd zamawiającego MPWiK zamawiający w dacie 18 lutego 2022 r. nie był w stanie wykazać. Należy bowiem wziąć pod uwagę, że w pierwszej kolejności zamawiający musiałby wykazać wykonawcy Sweco, że ten nie wykonał lub nienależycie wykonał umowę z Tramwajami Śląskimi, a zatem jego oświadczenie w przedmiocie braku podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy jest niezgodne z rzeczywistością. Natomiast w tej sprawie zamawiający oceniając wyjaśnienia przystępującego Sweco co do okoliczności rozwiązania umów z Tramwajami Śląskimi doszedł do przekonania, że Sweco miał prawo złożyć oświadczenie „Tak” na pytanie: Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? i na pytanie: czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia? SWECO zaznaczył „Nie”. Zatem w tym postępowaniu zamawiający nie uznał, że przyczyna potencjalnych nieprawdziwych informacji w JEDZu uzasadniała podejmowanie samooczyszczenia. Co więcej, odwołujący nie kwestionował tej czynności zamawiającego w odwołaniu. A konieczne jest, żeby dostrzec, że Izba w sprawie sygn. akt KIO 375/22 doszła do przekonania, że zaistnienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy nie wykazał także zamawiający MPWiK. Tym samym skoro przyczyna (odstąpienia od umów 1 i 2 w Tramwajach Śląskich) oceny informacji podawanych w JEDZ nie generowała konieczności wykluczenia przystępującego Sweco z postępowania, to Sweco nie mógł mieć świadomości, że nie podając tych informacji w JEDZu w dniu 15 lipca 2021 r. wprowadzi zamawiającego w błąd, który powinien był ujawnić w JEDZu z 27 grudnia 2021 r. Biorąc to pod uwagę Izba nie dopatryła się naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy w tym zakresie.

W odniesieniu do zarzutu wadliwej oceny oświadczeń wykonawców Sweco i Databout co do doświadczenia p. Ł. K., to w ocenie Izby odwołujący nie podołał ciężarowi dowodu w tym zakresie. Odwołujący wprowadził wykazał, że koordynatorem Projektu dla zamawiającego PKP PLK był p. M. S., ale nie wykazał, że zakres zadań p. K. na stanowisku Kierownika Projektu nie odpowiadał funkcji koordynatora. Zamawiający wyjaśnił, że nie oczekiwał, aby osoba legitymowała się doświadczeniem na określonym z nazwy stanowisku, tym samym wykazanie wyłącznie faktu, że na stanowisku nazwanym Koordynator Projektu był zatrudniony M. S. nie stanowiło wystarczającego dowodu na to, że przystępujący przedstawili informacje wprowadzające w błąd. Zamawiający nie żądał podania informacji o stanowiskach pełnionych w ramach wykazywanych doświadczeń, a oświadczenie o treści „W ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu na składanie ofert pełnił funkcję koordynatora w ramach co najmniej 2 usług obejmujących m.in. opracowanie projektu budowlanego dla odcinka dwutorowej lub jednotorowej linii kolejowej o prędkości co najmniej 120-159 km/h i długości co najmniej 15 km, obejmującego co najmniej dwie stacje lub posterunki odgałęźne, przy czym zakres prac projektowych obejmował co najmniej branże o których mowa w pkt. 2, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 13, 16, 17, 19 Załącznika nr 9 do OPZ” było elementem wzoru opracowanego przez zamawiającego załącznika nr 9A, tym samym jego powielenie nie mogło być uznane za wprowadzające w błąd zamawiającego. Odwołujący nie wskazał, w którym miejscu załącznika nr 9A wykonawcy mieliby składać oświadczenia o stanowisku na wykazywanym projekcie. Nadto w ocenie Izby dowody przedstawione przez przystępujący Sweco i Databout dowodzą iż dopełnili oni aktów należytej staranności przy badaniu zakresu obowiązków p. K. jako kierownika projektu. Tym samym Izba ponownie nie dopatryła się naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 ustawy. Zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 111 pkt 5) i/lub 6) ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Sweco z postępowania pomimo, że nie upłynęły okresy wskazane w tych przepisach, w ciągu trwania których wykonawca który uprzednio, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub co najmniej, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane dopuścił się wprowadzenia w błąd zamawiającego lub przedstawienia informacji wprowadzających w błąd, powinien podlegać wykluczeniu z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego

Zarzut nie potwierdził się. Izba wzięła pod uwagę fakt, że przedmiotem oceny Izby są czynności zamawiającego dokonane w dacie 18 lutego 2022 r. W tej dacie przystępujący Sweco pozostawał w sporze z zamawiającym MPWiK co do tego, czy wprowadził zamawiającego w błąd w tamtym postępowaniu, czy też nie, a wykluczenie przystępującego Sweco było nieostateczne. Tym samym zamawiający nie mógł wykluczyć przystępującego Sweco z powodu wykluczenia, które w dacie podejmowania czynności przez zamawiającego jeszcze skutecznemu nie nastąpiło. Słusznie zauważał tu przystępujący Sweco, że podważałoby, to możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej. Nadto w sprawie nie zostało wykazane, że zaistniała wobec Sweco podstawa wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy, tym samym zaniechanie zastosowania art. 111 pkt 5 nie mogło okazać się zasadne. Co do możliwości zastosowania art. 111 ust. 6 ustawy, to wykluczenie stało się wprawdzie ostateczne z datą wydania orzeczenia przez Izbę w dniu 14 marca 2022 r. w sprawie sygn. akt KIO 375/22, Izba jednak musi wziąć pod uwagę, że orzeczenie to jest nadal wzruszalne za pomocą skargi do Sądu Okręgowego w Warszawie, co zapowiedział przystępujący Sweco na rozprawie. Izba ma także na względzie fakt, że w doktrynie podnoszone są głosy, że przepis art. 57 ust. 4 lit. j dyrektywy klasycznej, którego implementacją jest art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy odnosi się wyłącznie do wykluczenia w postępowaniu, w którym podano informacje wprowadzające w błąd mające wpływ na wynik postępowania. W doktrynie przedstawiana jest w tym zakresie również wykładnia, że do tego przepisu nie może mieć zastosowania zakaz ubiegania się o zamówienie, o którym mowa w art. 57 ust. 7 dyrektywy. Jedynie dla wzmocnienia argumentacji Izba wskazuje, że skoro zamawiający ocenił wyjaśnienia wykonawcy na gruncie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy i uznał je za nieuprawniające do wykluczenia, to nie podanie informacji o okoliczności nie stanowiącej przesłanki wykluczenia, nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, tym samym uznanie obecnie, że wykonawca nie podając tych informacji ma być za ich niepodanie wykluczany przez okres roku od pierwszego zaniechania podania byłoby nielogiczne. Słusznie też podnosił przystępujący, że nie mając świadomości wprowadzenia w błąd w dacie składania oferty nie miał możliwości przedstawienia okoliczności sprawy, ich wyjaśnienia i wykazania środków naprawczych, co gwarantuje mu przepis art. 110 ust. 2 ustawy. Tym samym w ocenie Izby fakt wydania wyroku w sprawie KIO 375/22 nie może tworzyć nowego stanu faktycznego, którego istnienia nie był świadomy zamawiający w dacie 18 lutego 2022 r. Z tych wszystkich względów zarzut zasługiwał na oddaleniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 16 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Sweco pomimo, że wobec wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania, a decyzja zamawiającego wyborze oferty Konsorcjum Sweco została podjęta z naruszeniem przepisów ustawy oraz Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 16 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Databout pomimo, że wobec wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania, a decyzja zamawiającego wyborze oferty tego wykonawcy została podjęta z naruszeniem przepisów ustawy

Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. W ocenie Izby skoro nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10, to nie zaistniała podstawa odrzucenia odwołania z art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy.

Z uwagi na powyższe, Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniach przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz §8 ust. 2 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1

i 2 lit. a i b 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, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy nPzpw wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy nPzps strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty dojazdu (pkt. 2 lit. a) i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący, zaś Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia od odwołującego na rzecz zamawiającego, co miało miejsce w sprawie sygn. akt KIO 571/22, gdzie w poczet kosztów zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600 zł. i opłaty skarbowe, zaś z § 8 ust. 2 pkt 2 wynika nakaz zasądzenia kosztów od odwołującego na rzecz sprzeciwiających się uczestników postępowania, w przypadku, gdy zamawiający uwzględnił odwołanie w całości.

Kierując się tym nakazem Izba zasądziła koszty na rzecz przystępujących Databout w kwocie 3 600 zł. z tytułu wydatków pełnomocnika i na rzecz przystępującego Sweco w kwocie 4 372, 03 zł. obejmujące zwrot wydatków pełnomocnika i kosztów dojazdu.

Przewodniczący: