

WYROK

z dnia 18 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala  
Anna Chudzik  
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Inko Consulting Sp. z o.o., ul. Dworcowa 18 lok. 6, 43-200 Pszczyna oraz Drogowa Trasa Średnicowa S.A., ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, oddział w Krakowie, ul. Mogińska 25, 31-542 Kraków

przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Firma Inżynierska Arcus J.B, ul. Kuźnicy Kołłątajowskiej 17i/37, 31-234 Kraków oraz Integral Sp. z o.o., ul. 73 Pułku Piechoty 1 pawilon E, 40-467 Katowice, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
2. wykonawcy MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: „ECM Group Polska” S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa oraz JPL Project Sp. z o.o., Al. Niepodległości 58, 02-626 Warszawa, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Inko Consulting Sp. z o.o., ul. Dworcowa 18 lok. 6, 43-200 Pszczyna oraz Drogowa Trasa Średnicowa S.A., ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Inko Consulting Sp. z o.o., ul. Dworcowa 18 lok. 6, 43-200 Pszczyna oraz Drogowa Trasa Średnicowa S.A., ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Inko Consulting Sp. z o.o., ul. Dworcowa 18 lok. 6, 43-200 Pszczyna oraz Drogowa Trasa Średnicowa S.A., ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice, na rzecz zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1747/18

#### UZASADNIENIE

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zarządzanie Kontraktem i pełnienie nadzoru nad zadaniem: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S52 odc. Północna

Obwodnica Krakowa: węzeł Modlnica - węzeł Kraków Mistrzejowice (bez węzła)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

w dniu 12 maja 2018 r., nr 2018/S 090-203328. Pismem z dnia 21 sierpnia 2018 r. zamawiający zawiadomił o wykluczeniu z postępowania, m.in. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, trzech wykonawców.

W dniu 21 sierpnia 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Inko Consulting Sp. z o.o., ul. Dworcowa 18 lok. 6, 43-200 Pszczyna oraz Drogowa Trasa Średnicowa S.A., ul. Mieszka I 10, 40-877 Kraków (dalej: „Inko” lub „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt. 17 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 24

ust. 4 ustawy Pzp poprzez: bezzasadne wykluczenie odwołujących z postępowania i uznanie ich oferty za odrzuconą, mimo braku ku temu przesłanek, na skutek podania w załączonym do oferty formularzu 2.2 „kryteria pozacenowe” zadań

niepotwierdzających w ocenie zamawiającego w pełni spełniania wymagań zamawiającego, podczas gdy zgodnie z pkt. 19.1.3.2. 2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”), w konsekwencji takiej sytuacji odwołujący powinni otrzymać za daną pozycję 0 pkt w ramach kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta”, ale w żadnym razie nie powinni zostać wykluczeni;

2) art. 24 ust. 1 pkt. 17 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie odwołujących z postępowania i uznanie ich oferty za odrzuconą, mimo braku ku temu przesłanek w szczególności w wyniku wadliwego i bezpodstawnego przyjęcia, że odwołujący przedstawili w zakresie doświadczenia członka personelu K.L. informacje wprowadzające w błąd zamawiającego i mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, podczas gdy w szczególności ze względu na fakt, że zamawiającemu a priori znany był

całokształt doświadczenia K.L., a zatem co do tych okoliczności nie mógł

zostać w ogóle wprowadzony w błąd, gdyż zarówno zadania przedstawione przez odwołującego w formularzu 2.2 „kryteria pozacenowe”, jak i inne zadanie spełniające kryteria oceny w przedmiotowym postępowaniu, w których wykonaniu uczestniczył K.L., były realizowane na rzecz tego samego oddziału GDDKiA, który prowadzi niniejsze postępowanie, a więc nie może być mowy o przedstawieniu informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, gdy informacje te dotyczą okoliczności w oczywisty sposób i w całym zakresie uprzednio znanych zamawiającemu, przy

czym o pełnej uprzedniej wiedzy zamawiającego o doświadczeniu ww. członka personelu świadczy m.in. to, że sam wskazał odwołującemu na niezgodność przedstawionej informacji z własną uprzednią wiedzą zamawiającego;

3) art. 24 ust. 1 pkt. 17 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie odwołujących z postępowania i uznanie ich oferty za odrzuconą, mimo braku ku temu przesłanek w wyniku w szczególności wadliwego i bezpodstawnego przyjęcia, że odwołujący przedstawili w zakresie doświadczenia członka personelu informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a to zważywszy na istniejącą uprzednio pełną własną wiedzę zamawiającego o doświadczeniu p. K.L., która to wiedza stanowiła podstawę decyzji zamawiającego, jak i ze względu na okoliczność, iż maksymalna ilość punktów do przyznania za doświadczenie pojedynczego członka personelu to 3 pkt, a niezależnie od przyznania w tym zakresie odwołującemu 0 pkt lub 3 pkt, ze względu na pozostałe kryteria oceny ofert, w szczególności kryterium „Ceny”, kwestia ta nie miałyby żadnego istotnego wpływu na decyzje zamawiającego, gdyż oferta odwołujących w dalszym ciągu byłaby ofertą najkorzystniejszą.

Z daleko posuniętej ostrożności, podtrzymując w całej rozciągłości stanowisko o braku jakichkolwiek podstaw wykluczenia odwołujących z postępowania, odwołujący zarzucił również naruszenie:

4) art. 24 ust. 8 ustawy Pzp poprzez brak jakiegokolwiek wezwania odwołujących do złożenia wyjaśnień i dowodów w ramach procedury samooczyszczenia, w sytuacji gdy procedura samooczyszczenia (ang. self-cleaning) polega na tym, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy, zamawiający obowiązany jest umożliwić wykonawcy przedstawienie dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność, a pozytywna weryfikacja tych dowodów obciąża zamawiającego do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania, a zatem istnieje dodatkowy warunek wykluczenia wykonawcy, jakim jest umożliwienie wykonawcy przedstawienia dowodów na samooczyszczenie.

W szczególności odwołujący wskazał, że: „Wezwaniem z dnia 04.07.2018 r. Zamawiający

poinformował Odwołujących, że z posiadanych przez niego dokumentów (a zatem z własnej wiedzy, którą Zamawiający posiadał a priori w pełnym zakresie, bez konieczności występowania do jakichkolwiek innych podmiotów) wynika, iż K.L. na zadaniu „Zarządzanie Kontraktem pn. „Budowa drogi ekspresowej S7 na terenie miasta Krakowa odcinek od węzła drogowego Rybitwy od węzła drogowego Igołomska wraz z przeprawą mostową przez rzekę Wisłę oraz pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowlanych” pełnił funkcje Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej w okresie od 19.01.2015 r., a nie od 07.2014 r., podczas gdy zapisy SIWZ wymagają wykazania się doświadczeniem od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Odwołujący wyjaśnili, iż błąd ten został spowodowany niezawinioną omyłką w wypełnieniu formularza 2.2., oraz że K. L. dysponuje wymaganym doświadczeniem na zadaniu, które również było realizowane dla Zamawiającego tj. GDDKiA - Oddział w Krakowie: „Zarządzanie projektem Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko pn.: „Kontynuacja budowy autostrady A-4, Tarnów Rzeszów na odcinku od węzła Krzyż do węzła Dębica Pustynia km 502+796,97 do km 537+550\* wraz z nadzorem nad realizacją robót”.

Zamawiający bez jakichkolwiek dalszych wezwań wobec Odwołujących,

w szczególności bez skierowania jakiegokolwiek wezwania w trybie art. 24 ust. 8 PZP, dnia 21.08.2018 r. podjął decyzję o wykluczeniu Odwoływających z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 PZP, wskazując, iż Odwoływający mieli rzekomo przedstawić w sposób zawiniony informacje wprowadzające go w błąd i mogące mieć istotny wpływ na jego decyzję w Postępowaniu. W informacji o wykluczeniu Zamawiający poinformował Odwoływającego, że w jego ocenie również drugie zadanie podane w formularzu 2.2. w ramach doświadczenia K. L. nie spełnia wskazanych w SIWZ kryteriów pozwalających na przyznanie wykonawcy dodatkowych punktów. (...)

Jakkolwiek sam Zamawiający określił treść formularza 2.2. „kryteria pozacenowe”, gdzie w odpowiedniej rubryce odnoszącej się do Podkryterium 2.2. - Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej - stanowiska na które zgłoszony został K. L., Zamawiający zawarł formułę o spełnianiu wymagań określonych w SIWZ przez podane doświadczenia (a zatem nie jest to formuła dodana przez Wykonawcę) to z

zestawienia powyższych zapisów SIWZ, tj. postanowienia że w przypadku podania w formularzu 2.2. zadań niespełniających wykonawca otrzyma 0 pkt za daną pozycję, oraz treści tego formularza zawierającej oświadczenie co do zgodności zadania z opisem podkryterium i pełnienia funkcji od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, wynika jednoznacznie, że Zamawiający przewidział ewentualność, że w formularzu 2.2. wykonawca może wpisać zadanie niespełniające podanego opisu i przewidział w SIWZ wyłączną sankcję za taką okoliczność w postaci przyznania 0 pkt. W świetle powyższego nie można zatem logicznie przyjąć poglądu, który zdaje się prezentować Zamawiający, że każda wpisana do formularza 2.2. informacja, która nie potwierdzała spełniania wymagań opisanych przez Zamawiającego w ramach kryterium „Doświadczenie personelu konsultanta”, mogła jednocześnie zostać uznana za informację wprowadzającą w błąd Zamawiającego w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP. Wówczas wprowadzone przez samego Zamawiającego postanowienie mówiące, że za zadania które nie potwierdza spełnienia wymagań wykonawca otrzyma 0pkt byłby całkowicie bezprzedmiotowy, bo taki wykonawca byłby przecież niejako z definicji wykluczony. (...)

Zaskarżona czynność Zamawiającego została podjęta w oparciu o wadliwe przyjęcie, że Odwoływający przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd. Należy mieć na uwadze to, że oba zadania przedstawione przez Odwoływającego w formularzu 2.2. „kryteria pozacenowe” w ramach doświadczenia K. L., zostały zrealizowane nie tylko dla tego samego zamawiającego, bo dla Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, ale także dla tej samej jednostki zamawiającego GDDKiA - Oddziału w Krakowie.

Z tego powodu, Zamawiającemu a priori i w pełnym zakresie doskonale znany był całokształt będącego przedmiotem jego wątpliwości doświadczenia K. L. . Zamawiający zresztą wprost potwierdził fakt posiadania wiedzy o doświadczeniu ww. członka personelu, bowiem w wezwaniu z dnia 04.07.2018 r. wskazał, że posiada dokumenty, z których wynika, że informacja podana przez Odwoływającego nie jest zgodna z prawdą.

Mając to na uwadze, należy wskazać, że ze względu na fakt, iż Zamawiającemu uprzednio (przed złożeniem oferty) znany był całokształt doświadczenia K. L. i posiadał w tym zakresie pełną wiedzę, to podanie przez Odwoływających omyłkowo niezgodnej z rzeczywistością informacji w tym zakresie nie mogło w ogóle spowodować i nie spowodowało po stronie Zamawiającego jakiegokolwiek stanu błędu, ale także nie mogło mieć jakiegokolwiek wpływu na jego decyzję, gdyż Zamawiający ostatecznie i tak kierował się posiadaną uprzednią wiedzą o stanie faktycznym. Powyższe jest oczywiste zważywszy na to, iż wszystkie zadania były realizowane przez K. L. dla tej samej jednostki GDDKiA - Oddziału w Krakowie tj. Oddziału prowadzącego Postępowanie. (...)

W ocenie Odwoływających, nie można w żaden sposób mówić o przedstawieniu przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP, jeśli informacje te dotyczą okoliczności znanych uprzednio i w pełnym zakresie Zamawiającemu - tak jak w niniejszej sprawie. W takiej bowiem sytuacji Zamawiający posiada własną uprzednią wiedzę i nawet potencjalnie nie może zostać u niego wywołany stan błędu. (...)

Jak wskazano powyżej, w realiach niniejszej sprawy w ocenie Odwoływających nie zaistniały jakiegokolwiek ustawowe przesłanki ich wykluczenia, jednocześnie z daleko posuniętej ostrożności należy wskazać, że w aktualnym stanie prawnym istotne znaczenie należy przyznać celom wprowadzenia przesłanek wykluczenia wykonawców oraz wprowadzonej procedurze samooczyszczenia. (...) W realiach niniejszej sprawy, błąd Odwoływających w żaden sposób nie prowadził do zakwestionowania ich rzetelności, a jeśli Zamawiający zmierzał do wykluczenia Odwoływających (jak wskazują Odwoływający całkowicie niezasadnie), winien on umożliwić Odwoływającym złożenie wyjaśnień i dowodów zgodnie z art. 24 ust. 8 PZP”.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia zaskarżonej czynności zamawiającego tj. czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Pismem z dnia:

- 1) 4 września 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Firma Inżynierska Arcus J.B, ul. Kuźnicy Kołtątajowskiej 17i/37, 31-234 Kraków oraz Integral Sp. z o.o., ul. 73 Pułku Piechoty 1 pawilon E, 40-467 Katowice, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- 2) 5 września 2018 r. wykonawca MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- 3) 6 września 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie: „ECM Group Polska” S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa oraz JPL Project Sp. z o.o., Al. Niepodległości 58, 02-626 Warszawa, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność wszystkich przystąpień dokonanych w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Pismem z dnia 14 września 2018 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wskazał w szczególności: „Odwołujący wskazuje, że Zamawiający przewidział w SIWZ pkt 19.1.3.2 pkt 2 Podkryterium 2.2 weryfikację oświadczeń wykonawców, a w przypadku niepotwierdzenia ich prawdziwości, przyznanie 0 punktów w kryterium pozacenowym. W świetle tych zapisów - w ocenie Odwołującego - Zamawiający nie może wykluczyć Wykonawcy z postępowania w oparciu o przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, nawet jeżeli podane dane okażą się nieprawdziwe. Dla poparcia zasadności zaprezentowanego w tym zakresie stanowiska, Odwołujący przywołuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 kwietnia 2018r. Sygn. akt: KIO 550/18.

Zamawiającemu znane jest przywołane powyżej orzeczenie, gdyż dotyczyło ono postępowania prowadzonego przez GDDKIA. Zwrócić jednak należy uwagę, że zostało ono skutecznie zakwestionowane. Wyrokiem z dnia 20 lipca 2018r. Sąd Okręgowy w Warszawie Wydział XXIII Ga 849/18 zmienił rozstrzygnięcie KIO, uznając, iż zapis SIWZ, zgodnie z którym „za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełnienia powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów” nie stanowi podstawy do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli wykazane zostanie w postępowaniu, że wykonawca wprowadził lub próbował wprowadzić zamawiającego w błąd co do tego, że powinien on uzyskać dodatkowe punkty w kryterium oceny ofert. (...)

Nie jest też tak - jak chce Odwołujący - że Zamawiający wprowadzając w SIWZ zapisy dotyczące procedury weryfikacyjnej zakładał a priori, że otrzyma nieprawdziwe oświadczenia wykonawców i dopuszczając taką sytuację obwarował jedynie sankcją nieprzyznania punktów. Zamawiający przewidział procedurę weryfikacji i przyznania ewentualnie 0 punktów, w sytuacjach gdy wykazane osoby, bądź zadania nie potwierdzą spełnienia wymagań SIWZ, ale jednocześnie podanie danych w tym zakresie nie stanowi okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp. (.)

Wobec tego, że fakt podania przez Odwołującego nieprawdziwych informacji w zakresie doświadczenia Pana K.L., nie jest przez Odwołującego kwestionowany, mając na uwadze przywołane powyżej interpretacje i uregulowania prawne, zarzut Odwołującego zawarty w punkcie I. uznać należy za niezasadny. (.)

Odwołujący wskazuje, że mimo podania nieprawdziwych danych co do okoliczności, które miały wpływ na ilość przyznanych punktów, nie zaistniały przesłanki upoważniające Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Odwołujący twierdzi bowiem, że przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp dezaktualizują się wówczas, gdy nieprawdziwe informacje mogą być zweryfikowane w oparciu o materiały i informacje będące w posiadaniu Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, z uwagi na to, że nieprawdziwe dane dotyczyły zadań realizowanych na rzecz Zamawiającego, nie mogły one wprowadzić Zamawiającego w błąd,

a to z kolei oznacza, że przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4 pzp uległy dekompletacji.

Odwołujący twierdzi również, że przedstawione przez niego nieprawdziwe informacje nie miały żadnego wpływu na wynik postępowania, gdyż nawet gdyby nie zostały przedstawione w ramach tych kryterium żadne dane, oferta Odwołującego i tak winna być uznana za najkorzystniejszą. Stanowisko Odwołującego w powyższym zakresie nie zasługuje na akceptację.

Przede wszystkim podkreślić należy, że gdyby Zamawiający dokonał oceny przesłanek wykluczenia w sposób jakiego oczekuje Odwołujący, jego działania prowadziłyby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Stawiałyby bowiem w korzystniejszej, uprzywilejowanej sytuacji te podmioty, które działały na rzecz Zamawiającego. Mogłyby one przedstawiać dowolne informacje i oczekiwać że Zamawiający je skoryguje, uzupełni lub dokona zmiany, bez istotnych konsekwencji.

W ocenie Zamawiającego dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp znajduje zastosowanie nie tylko w sytuacji skutecznego wprowadzenia w błąd zamawiającego, ale także wówczas, gdy czynność wykonawcy może wywołać taki skutek. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie ulega wątpliwości, iż informacje przedstawiane przez Wykonawców w Formularzu "Kryteria pozacenowe" oraz w "Wykazie osób" mogą w sposób istotny wpłynąć na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, zarówno w zakresie przyznawania dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert jak i w zakresie weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu. (...)

Norma zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. stanowi o wykluczeniu wykonawcy, gdy informacje wprowadzające zamawiającego w błąd przedstawione zostaną w sposób zawiniony, przy czym wystarczające jest wykazanie winy nieumyślnej w postaci lekkomyślności - rozumianej jako brak zamiaru co do bezprawnego działania, jednak przy świadomości, że działanie może naruszać prawo, lub niedbalstwa - kiedy wykonawca wprost nie przewiduje skutku, jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, podczas gdy skutek ten mógł i powinien być przewidzieć.

Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnić się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Nie budzi wątpliwości, że Odwołujący przedstawiając doświadczenie Pana K.L., nie tylko mógł, ale też powinien był sprawdzić, czy pełnił on wykazane funkcje od początku do końca. Brak takiego sprawdzenia świadczy o niedbalstwie, które w przypadku podmiotów profesjonalnych, jakim wydaje się być Odwołujący, nie może być akceptowane. Nie dokonując właściwego sprawdzenia przedstawianych Zamawiającemu danych, Odwołujący działa lekkomyślnie. Musiał lub przynajmniej powinien był liczyć się z

tym, że przedstawiane informacje mogą okazać się nieprawdziwe. Wyrażone w treści odwołania oczekiwanie, że Zamawiający dokona sprostowania nieprawdziwych informacji w oparciu o materiały własne, nie znajduje jakiegokolwiek usprawiedliwienia. Nie zasługuje na akceptację sytuacja, w której wykonawca podaje dane nieprawdziwe i oczekuje na aktywność Zamawiającego, lub liczy na to, że Zamawiający nie pozyska danych pozwalających na odkrycie nieprawidłowości.

Nie jest ważne, czy zamawiający posiada wiedzę czy nie. Istotny jest fakt, że wykonawca złożył nieprawdziwe (błędne) informacje. Podobne rozumowanie przedstawione zostało w wyroku z dnia 20 lipca 2018r. Sąd Okręgowy w Warszawie Wydział XXIII Ga 849/18. (.)

W ocenie Zamawiającego, nie budzi wątpliwości, że procedura self-cleaningu służy dobrowolnemu naprawieniu szkody, które nastąpiło w tym postępowaniu z uwagi na podanie nieprawdziwych danych.

Niewątpliwie Wykonawca winny wprowadzenia w błąd musi się do tego przyznać zanim fakt ten uświadomi sobie Zamawiający. Następnie Wykonawca powinien:

- 1) poinformować o zdarzeniu Zamawiającego,
- 2) wykazać jakie informacje są nieprawdziwe bądź nierzetelne,
- 3) wyjaśnić okoliczności, w jakich doszło do ich przekazania Zamawiającemu,
- 4) wskazać sposób, w jaki na przyszłość wykonawca ma zamiar zabezpieczyć się przed powtórzeniem się tego rodzaju sytuacji, w tym ewentualnie poinformować, czy i jakie

konsekwencje służbowe wykonawca wyciągnął wobec odpowiedzialnych za wprowadzenie Zamawiającego w błąd pracowników,

5) przekazać informacje rzetelne w miejsce nieprawidłowych.

(tak m.in. KIO w wyroku z dnia 2 lutego 2018r. KIO 112/13, KIO 116/18 oraz w wyroku z dnia 28 lutego 2018r. KIO 274/18).

Działania, o których mowa powyżej, winny więc być podjęte nie tylko dobrowolnie i z inicjatywy Odwołującego, ale też winny być podjęte niezwłocznie. Oczekiwanie, że to Zamawiający będzie wzywał Odwołującego do przeprowadzenia self-cleaningu jest bezpodstawne. O ile obowiązek Zamawiającego w tym zakresie można było rozważać na podstawie art. 24 ust. 2A Pzp w poprzednim brzmieniu ustawy, o tyle nie ma do tego podstaw w aktualnej treści art. 24 ust. 8 pzp”.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa zarządzania kontraktem i pełnienia nadzoru nad zadaniem: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S52 odc. Pódnocna Obwodnica Krakowa: węzeł Modlnica - węzeł Kraków Mistrzejowice (bez węzła)”.

W pkt 19 siwz zamawiający przewidział trzy kryteria oceny ofert:

- cena - 60%,
- jakość - 22 %,
- doświadczenie personelu Konsultanta - 18%.

W ramach kryterium „doświadczenie personelu Konsultanta” zamawiający przewidział pięć podkryteriów dotyczących kwalifikacji:

- inżyniera kontraktu - max. liczba punktów - 6,
- głównego inspektora nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej - max. liczba punktów - 3
- specjalisty ds. rozliczeń - max. liczba punktów - 3,
- specjalisty ds. roszczeń - max. liczba punktów - 3,
- technologa - max. liczba punktów - 3.

W ramach podkryterium głównego inspektora nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej zamawiający przyznawał punkty za następujące doświadczenie: doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 100 mln PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 19.1.3.3. IDW

- Tom I SIWZ) na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych lub Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta:

- za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania wykonawca otrzyma 1 punkt,
  - za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania wykonawca otrzyma 3 punkty,
  - za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania wykonawca otrzyma 0 punktów,
  - za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełnienia powyższych wymagań wykonawca otrzyma 0 punktów.

Zgodnie z pkt 19.1.3.3. IDW - Tom I SIWZ „jako wykonanie zadania należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadczenia Przejęcia (dla zadań realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zadań, dla których nie wystawia się Świadczenia Przejęcia)”.

Odwołujący złożył ofertę, w której na stanowisko głównego inspektora nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej wskazał pana K.L. i opisał jego doświadczenie w następujący sposób:

„Na potwierdzenie posiadania przez Pana/ią K.(...) doświadczenia zgodnie z opisem podkryterium zawartym w pkt 19 IDW - Tom I SIWZ przedstawiam informacje i oświadczam, że osoba posiada doświadczenie przy realizacji wskazanego zadania/zadań od rozpoczęcia robót do wykonania zadania:

Zadanie 1:

- nazwa zadania: Przebudowa drogi krajowej nr 7 Kraków Chyżne na drogę ekspresową S-7 odcinek Myślenice - Pcm w km 669+872 do 682+108
- rodzaj zadania (budowa/przebudowa/nadzór nad budową/ nadzór nad przebudową dróg lub ulic): przebudowa drogi,
- klasa drogi (A/S/GP dwujezdniowa): S dwujezdniowa,
- wartość robót netto PLN: 242 900 000,00 PLN netto,
- stanowisko/stanowiska (Kierownik Budowy/Kierownik Robót Drogowych/Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej/Inżynier Kontraktu/Inżynier Rezydent): Inspektor Nadzoru Specjalności inżynierskiej drogowej od rozpoczęcia robót do wykonania zadania 01.2008 - 06.2009 (28 m-cy),

Zadanie 2:

- nazwa zadania: Zarządzanie Kontraktem pn: Budowa drogi ekspresowej S-7 na terenie miasta Krakowa (tzw. trasy nowohuckiej) odcinek od węzła drogowego „Rybitwy" (Christo Botewa) do węzła drogowego „Igołomska" wraz z przeprawą mostową przez rzekę Wisłę oraz pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowlanych
- rodzaj zadania (budowa/przebudowa/nadzór nad budową/ nadzór nad przebudową dróg lub ulic): przebudowa drogi,
- klasa drogi (A/S/GP dwujezdniowa): S dwujezdniowa,
- wartość robót netto PLN: 429 999 067,00 PLN netto,
- stanowisko/stanowiska (Kierownik Budowy/Kierownik Robót Drogowych/Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej/Inżynier Kontraktu/Inżynier Rezydent): Inspektor Nadzoru Specjalności inżynierskiej drogowej od rozpoczęcia robót do wykonania zadania 07.2014 - 07.2017 (36 m-cy)”.

Pismem z dnia 4 lipca 2018 r., działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień. Zamawiający wskazał: „W Formularzu 2.2 - „Formularz Kryteria pozacenowe”, złożonym wraz ofertą, w Podkryterium 2.2. na stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej zaproponowali Państwo Pana K. (...). Z dokumentów posiadanych przez Zamawiającego wynika, że Pan K. (...) pełnił funkcję Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej na zadaniu „Zarządzanie Kontraktem pn. Budowa drogi ekspresowej S-7 na terenie miasta Krakowa (tzw. Trasy nowohuckiej) odcinek od węzła drogowego „Rybitwy" (Christo Botewa) do węzła drogowego „Igołomska" wraz z przeprawą mostową przez rzekę Wisłę oraz pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowlanych" od 19.01.2015, podczas gdy w formularzu została wpisana data 07.2014. Proszę o wyjaśnienie, czy wskazana osoba pełniła tę funkcję od rozpoczęcia robót do wykonania ww. zadania”.

Udzielając odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący wskazał, że: „W wyniku niezawinionego i niezależnego od Wykonawcy błędu w odniesieniu do kontraktu pn. Zarządzanie Kontraktem pn. „Budowa drogi ekspresowej S7 na terenie miasta Krakowa odcinek od węzła drogowego Rybitwy od węzła drogowego Igołomska wraz z przeprawą mostową przez rzekę Wisłę oraz pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowlanych" dla

Pana K. (...) omyłkowo została pobrana z bazy danych data realizacji kontraktu, zamiast daty pełnienia przez niego funkcji na tym kontrakcie. Zgodnie ze stanem faktycznym Pan K. (...) pełnił przedmiotową funkcję na tym kontrakcie od dnia 19.01.2018r. (...) Podkreślić należy, że wskazana powyżej omyłka pozostaje bez jakiegokolwiek wpływu na tok postępowania czy decyzje Zamawiającego tj. w szczególności niezależnie od omyłki p. K. (...) obiektywnie spełnia wszelkie wymagania w zakresie doświadczenia określone przez Zamawiającego, jak również p. K. (...) legitymuje się wykonaniem usługi o wartości powyżej 100 mln złotych i wymaganym okresie trwania, jak wskazano powyżej. Ponadto wskazujemy, że Pan K. (...) jako Inspektor Nadzoru współpracuje z Generalną Dyrekcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie od wielu lat, zatem jego kwalifikacje i doświadczenie są Zamawiającemu w pełni znane.

Przedstawiona omyłka była zatem całkowicie nieistotna i wynikała z okoliczności niezależnych od Wykonawcy, a w żaden sposób nie była celowa (co jest oczywiste wobec obiektywnego spełnienia przez Pana (...) wszelkich kryteriów). Omyłkowe wykazanie okresu pełnienia funkcji na Kontrakcie wynikało z błędu technicznego tj. błędnego zawarcia w formularzu w zakresie dat odniesienia do czasu trwania kontraktu, a nie do okresu pełnienia funkcji”.

Pismem z dnia 12 lipca 2018 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2018 r. zamawiający przekazał wykonawcom informację o wykluczeniu trzech spośród nich, w tym m.in. odwołującego. Odwołujący został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wykluczenia zamawiający wskazał: „W związku z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20.07.2018. w sprawie sygn. akt XXIII Ga 849/18, gdzie stroną było GDDKiA oraz po dokonaniu przeglądu aktualnego orzecznictwa KIO (w szczególności orzeczeń KIO 1000/18, KIO 1319/18 wydanych w postępowaniach, w których stroną było GDDKiA), Zamawiający uznał, że wezwanie do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust 1 ustawy Pzp było przedwczesne. Zgodnie bowiem ze wspomnianym wyrokiem Sądu zapis SIWZ, iż „za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełnienia powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów” nie stanowi podstawy do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli wykazane zostanie w postępowaniu, że wykonawca wprowadził lub próbował wprowadzić zamawiającego w błąd co do tego, że powinien on uzyskać dodatkowe punkty w kryterium oceny ofert. Wobec powyższego, Zamawiający dokonał kolejno oceny, czy wobec Wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej, nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania określone w art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. (...)”. W wyniku powyższego zamawiający ustalił, że „Pan K. (...) nie pełnił funkcji inspektora nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej od rozpoczęcia robót do wykonania zadania 1 pn. Przebudowa drogi krajowej nr 7 na odc. Kraków Chyżne na drogę ekspresową S-7 odcinek Myślenice - Pcim w km 669+872+108. Z dokumentów Zamawiającego wynika, że kontrakt na roboty rozpoczął się: podpisanie umowy: 6.10.2004 r., przekazanie placu budowy 27.10.2004 r., czyli Pan K. (...) nie był od rozpoczęcia robót do wykonania zadania. Ponadto od 01.2008 - 06.2009 r. jest 18 miesięcy nie 28 miesięcy”. Zamawiający ustalił także, że „Pan K. (...) nie pełnił funkcji inspektora nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej od rozpoczęcia robót do wykonania zadania 2 pn. Zarządzanie kontraktem pn. Budowa drogi ekspresowej S-7 na terenie miasta Krakowa (tzw. trasy nowohuckiej) odcinek od węzła drogowego "Rybitwy" (Christo Botewa) do węzła drogowego "Igołomska" wraz z przeprawą mostową przez rzekę Wisłę oraz pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowlanych. Z dokumentów Zamawiającego wynika, że kontrakt na roboty rozpoczął się: podpisanie umowy 22.07.2014 r., podpisanie umowy na nadzór 1.09.2014, a Pan K. (...) pełnił te funkcje od 19.01.2015 r. czyli Pan K. (...) nie był od rozpoczęcia robót do wykonania zadania. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach potwierdził, że Pan K. (...) pełnił te funkcje od 19.01.2015 czyli 30 miesięcy”.

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

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez

niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Przedmiotem sporu pomiędzy stronami nie są w niniejszej sprawie okoliczności faktyczne polegające na tym, że pan K. L. wskazany jako kandydat na stanowisko głównego inspektora nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, pełnił wykazaną do kryterium oceny ofert funkcję od 19 stycznia 2015 r., nie zaś od lipca 2014 r. Powyższe przyznał sam odwołujący w piśmie z dnia 10 lipca 2018 r. stanowiącym odpowiedź na wezwanie zamawiającego o wyjaśnienia. Przedmiotem sporu jest natomiast to, czy wskazanie w ofercie, że pan K. L. pełnił ww. funkcję w okresie od lipca 2014 r., stanowi podstawę do

wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z przepisu wynika, że podstawą wykluczenia wykonawcy jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, przy czym nie musi być ono wynikiem działania umyślnego, ale wystarczające jest dopuszczenie się przez wykonawcę lekkomyślności lub niedbalstwa. Dodatkowo Ustawodawca wymaga, aby wprowadzenie w błąd zamawiającego mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co oznacza, że wprowadzenie w błąd musi dotyczyć takich czynności zamawiającego, które wpływają na sytuację wykonawcy w postępowaniu, tj. na jego wykluczenie z postępowania, odrzucenie jego oferty bądź na jego szanse w uzyskaniu zamówienia (pozycję w rankingu ofert). Wszystkie ww. przesłanki muszą być spełnione łącznie, aby możliwe było wykluczenie wykonawcy na podstawie ww. przepisu.

W przedmiotowej sprawie odwołujący zakwestionował w pierwszej kolejności możliwość wprowadzenia zamawiającego w błąd, powołując się na fakt, że termin pełnienia funkcji przez pana K. L. był znany zamawiającemu, ponieważ pan K. L. pełnił tę funkcję w trakcie realizacji zamówienia wykonywanego na rzecz GDDKiA, w tym dokładnie na rzecz oddziału prowadzącego niniejsze postępowanie. Powyższe stanowisko odwołującego nie może zostać uznane za prawidłowe z następujących względów.

Po pierwsze, sam fakt, że określone zamówienie było wykonywane na rzecz konkretnego zamawiającego, nie jest dowodem tego, że ten zamawiający jest tego faktu świadomy, jak też że jest świadomy wszelkich warunków wykonywania tego zamówienia. Stwierdzenie zatem, czy podanie nieprawdziwej informacji w związku z wykonywaniem zamówienia na rzecz danego zamawiającego, jest czy nie jest wprowadzeniem tego zamawiającego w błąd, wymagałoby każdorazowo badania stanu emocjonalnego i sfery psychicznej zamawiającego w celu ustalenia, czy jest on świadomy faktów, co do których podano w ofercie nieprawdziwą informację. Z całą pewnością Ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie uzależnił przesłanki wprowadzenia w błąd od wyżej opisanego stanu świadomości zamawiającego, dlatego też nie można uznać, że od istnienia bądź nieistnienia tej świadomości zależy, czy zamawiający został wprowadzony w błąd. Do stwierdzenia faktu wprowadzenia w błąd zamawiającego, na podstawie ww. przepisu, wystarczy, że podana została nieprawdziwa, tj. niezgodna z rzeczywistością informacja, bez względu na to, czy zamawiający opierając się na własnej wiedzy był ją w stanie zweryfikować, czy też nie.

Stanowisko to jest tym bardziej uzasadnione, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują obowiązku badania przez zamawiającego prawdziwości podanych informacji.

Po drugie, uznanie, że podanie nieprawdziwej informacji dotyczącej zamówienia realizowanego na rzecz konkretnego zamawiającego, nie jest wprowadzeniem w błąd tego zamawiającego, prowadziłoby do tego, że art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie znajdowałby zastosowania. Albo bowiem zamawiający zorientowałby się, że podano w ofercie nieprawdziwą informację, ale ze względu na fakt, że dotyczy ona zamówienia realizowanego na jego rzecz, niemożliwe byłoby uznanie, że nastąpiło wprowadzenie w błąd, albo zamawiający nie orientowałby się, że podano nieprawdziwą informację i wykonawca nie ponosiłby z tego tytułu żadnych konsekwencji. W jednym i w drugim przypadku art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie znalazłby zastosowania, podczas gdy, jak wskazano powyżej, przepis nie uzależnia możliwości jego zastosowania od stanu świadomości zamawiającego, a do uznania, że nastąpiło wprowadzenie w błąd wystarczające jest stwierdzenie podania

nieprawdziwej informacji przez wykonawcę.

Po trzecie, uznanie, że podanie nieprawdziwej informacji dotyczącej zamówienia realizowanego na rzecz konkretnego zamawiającego, nie jest wprowadzeniem w błąd tego zamawiającego, prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Przyjęcie takiego stanowiska oznaczałoby bowiem, że nie byłiby wykluczani z postępowania wykonawcy, którzy podali nieprawdziwą informację dotyczącą zamówienia realizowanego na rzecz zamawiającego prowadzącego to postępowanie, a byłiby wykluczani wykonawcy, którzy podali nieprawdziwą informację, jak też bez względu na liczbę punktów przyznaną pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, jego oferta pozostaje ofertą najkorzystniejszą. Należy jednak zauważyć, że doświadczenie głównego inspektora nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej jest w niniejszym postępowaniu jednym z podkryteriów oceny ofert. Oznacza to, że punkty przyznane w tym podkryterium mają wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty, a co za tym idzie - na możliwość uzyskania przez danego wykonawcę zamówienia publicznego. Tym samym czynności podejmowane w ramach kryteriów oceny ofert zawsze mają (nie tylko mogą mieć) istotny wpływ na decyzje zamawiającego zapadłe w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Innymi słowy: m.in. od kryteriów oceny ofert zależy czy i która oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, przez co zawsze wpływają one w sposób istotny na najważniejsze decyzje zamawiającego i na wynik postępowania.

Niezależnie od powyższego odwołujący zakwestionował możliwość uznania, że w przedmiotowej sprawie podanie nieprawdziwej informacji mogło mieć znaczenie dla postępowania, tj. że mogło mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego. Odwołujący wywodził powyższe stanowisko z faktu, że bez względu na liczbę punktów przyznaną mu w podkryterium dotyczącym doświadczenia głównego inspektora nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, jak też bez względu na liczbę punktów przyznaną pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, jego oferta pozostaje ofertą najkorzystniejszą. Należy jednak zauważyć, że doświadczenie głównego inspektora nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej jest w niniejszym postępowaniu jednym z podkryteriów oceny ofert. Oznacza to, że punkty przyznane w tym podkryterium mają wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty, a co za tym idzie - na możliwość uzyskania przez danego wykonawcę zamówienia publicznego. Tym samym czynności podejmowane w ramach kryteriów oceny ofert zawsze mają (nie tylko mogą mieć) istotny wpływ na decyzje zamawiającego zapadłe w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Innymi słowy: m.in. od kryteriów oceny ofert zależy czy i która oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, przez co zawsze wpływają one w sposób istotny na najważniejsze decyzje zamawiającego i na wynik postępowania.

Należy ponadto zauważyć, że w chwili składania przez odwołującego oświadczenia w sprawie doświadczenia pana K. L., oświadczenie to miało znaczenie dla uzyskania przez odwołującego dodatkowych punktów w kryteriach oceny ofert. W momencie składania oświadczenia nie było bowiem wiadomo, że złożone zostaną takie oferty, wśród których bez względu na ilość przyznaną punktów, najkorzystniejszą pozostawać będzie oferta odwołującego. Nie można zatem sytuacji, która powstała po otwarciu ofert przekładać na moment składania oświadczenia w przedmiocie doświadczenia ocenianego w ramach podkryterium oceny ofert. Fakt, że obecna sytuacja w postępowaniu jest taka, że oferta odwołującego pozostaje najkorzystniejsza bez względu na punktację przyznaną jego ofercie w ramach przedmiotowego podkryterium, nie ma zatem znaczenia dla istotności oświadczenia odwołującego w chwili jego składania i dla uznania, że wprowadzenie zamawiającego w błąd poprzez podanie nieprawdziwej informacji ma istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w tym postępowaniu.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego dotyczącej postanowienia siwz, zgodnie, z którym za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełnienia wymagań określonych w ww. podkryterium wykonawca otrzyma 0 punktów, należy podkreślić, że postanowienie to należy rozumieć jako odnoszące się do zawartych w ofercie informacji, które wprawdzie nie potwierdzają spełnienia wymagań, ale które są zgodne ze stanem rzeczywistym. Tym samym postanowienie to nie ma zastosowania do podanych przez wykonawcę informacji, które są nieprawdziwe. W przedmiotowej sprawie istota rzeczy tkwi nie w tym, że opisane w ofercie doświadczenie pana K. L. nie spełnia wymagań określonych w podkryterium, ale w tym, że w ramach tego doświadczenia odwołujący podał informacje nieprawdziwe, co do okresu pełnienia przez pana K. L. funkcji. Dlatego też ww. postanowienie siwz nie może mieć zastosowania w niniejszej sprawie.

Nie można również przyjąć argumentu odwołującego o możliwości zaliczenia na poczet wykazywanego doświadczenia pana K. L. innego jego doświadczenia niewskazanego pierwotnie w ofercie. Po pierwsze, podkreślić należy, że informacje podane przez wykonawcę w ofercie w ramach kryteriów oceny ofert, stanowią treść oferty i zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie mogą być zmieniane, w tym także poprzez uzupełnienie. Po

drugie, na przeszkodzie takiemu uzupełnieniu stoi także treść pkt 19.1.3.5. siwz, zgodnie z którym w następstwie czynności złożenia wyjaśnień wykonawca nie może uzupełniać Formularza „Kryteria pozacenowe” w zakresie podkryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” o dodatkowe zadania nieujęte w formularzu lub dokonywać ich zmiany. Po trzecie, nie jest dopuszczalna sytuacja, w której informację nieprawdziwą zastępuje się informacją prawdziwą w celu uniknięcia wykluczenia z postępowania. Tym samym doświadczenie pana K. L., w związku z którym podano nieprawdziwą informację, nie może zostać zamienione na inne, niewskazane pierwotnie w ofercie.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego dotyczącej art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z tym przepisem: Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Tzw. samooczyszczenie stanowi procedurę szczególną, pozwalającą wykonawcy podlegającemu wykluczeniu podjąć środki w celu wykazania, że mimo popełnionych błędów, czy nagannych zachowań, jest on w stanie rzetelnie wykonać zamówienie. Procedura ta ma szczególne zastosowanie w sytuacji, gdy błąd wykonawcy polega na podaniu nieprawdziwych informacji. Należy przyjąć, że w takiej sytuacji, aby wykonawca mógł skorzystać z procedury samooczyszczenia, musi podjąć ją z własnej inicjatywy, w szczególności zaś zanim zamawiający poweźmie wiadomość o nieprawdziwości informacji. Tylko bowiem niezwłoczne działanie wykonawcy, przed zorientowaniem się zamawiającego, że podano mu informację nieprawdziwą, może umożliwić jego skuteczne samooczyszczenie się. W przedmiotowej sprawie odwołujący nie podjął z własnej inicjatywy procedury samooczyszczenia, a jedynie po wezwaniu zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, w piśmie z dnia 10 lipca 2018 r. wyjaśnił, że doszło do omyłki w podaniu rozpoczęcia pełnienia funkcji przez pana K. L. Wyjaśnienie takie nie tylko zostało udzielone po zorientowaniu się zamawiającego, że podano informację nieprawdziwą, ale nie zawiera ponadto treści odpowiadających normie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, tj. nie wskazuje, jakie środki podjął wykonawca, aby w przyszłości uniknąć podawania informacji nieprawdziwych. Tym samym odwołujący nie wykorzystał możliwości samooczyszczenia w formie przysługującej mu na gruncie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp i nie ma podstaw do uznania, że zamawiający zobowiązany jest na obecnym etapie postępowania umożliwić odwołującemu samooczyszczenie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt. 17 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 4 oraz art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący .....

KIO 1747/18