

WYROK

z dnia 4 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę ECM Group Polska spółka akcyjna w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział we Wrocławiu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Drogowa Trasa Średnicowa spółka akcyjna w Katowicach i INKO CONSULTING spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pszczynie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy Lafrentz Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ECM Group Polska spółka akcyjna w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę ECM Group Polska spółka akcyjna w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy ECM Group Polska spółka akcyjna w Warszawie na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

I. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział we Wrocławiu (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i wybudowanie S3 Łęgnica (A4) - Lubawka zad. III od węzła Bolków (bez węzła) do węzła Kamienna Góra Północ”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo ustawa Pzp).

W dniu 9 sierpnia 2018 r. wykonawca ECM Group Polska spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust 1 pkt 17 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez ich błędne zastosowanie i wykluczenie Odwołującego oraz odrzucenie oferty z powodu podania informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego w zakresie doświadczenia osoby S. K. podczas, gdy Odwołujący dochował staranności przy sporządzaniu oferty, Zamawiający nie został wprowadzony w błąd i kwestionowane informacje nie miały wpływu na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu;
2. art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp poprzez bezzasadne kwestionowanie zasadności przeprowadzenia procedury samooczyszczenia, podczas gdy Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 maja 2018r, w sprawie sygn. akt KIO 819/18 nakazała Zamawiającemu umożliwienie Odwołującemu przeprowadzenia procedury samooczyszczenia, a także błędną ocenę procedury samooczyszczenia wdrożonej przez Odwołującego i uznanie, że Odwołujący nie wykazał, że podjął wszelkie niezbędne środki, by jego działania jako profesjonalisty charakteryzowały się rzetelnością podczas gdy prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień i dowodów w ramach procedury samooczyszczenia winna prowadzić do wniosku, że Odwołujący w sposób należyty wykazał, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania rzetelności Odwołującego.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający bezpodstawnie uznał, że w zaistniałym stanie faktycznym ziszczyły się przesłanki do wykluczenia Odwołującego z powodu przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego, ponieważ przeprowadzona procedura samooczyszczenia potwierdza, że Odwołujący podjął środki wystarczające do wykazania rzetelności. W przedmiotowym stanie faktycznym istota sporu jest de facto ocena przeprowadzonej przez Odwołującego procedury self-cleaning, ponieważ co do podania informacji wprowadzających w błąd Krajowa Izba Odwoławcza zajęła przywoływanym wyroku KIO 819/18. Jak wskazała jednak Izba w tym wyroku, wykluczenie Odwołującego z postępowania należało uznać za przedwczesne. Z uzasadnienia wynika, że dopiero ewentualny brak wdrożenia procedury samooczyszczenia lub negatywna ocena wdrożonych rozwiązań będzie uprawniała Zamawiającego do wykluczenia Wykonawcy.

Reasumując, Odwołujący stwierdzał, że w jego ocenie przeprowadził w sposób należyty procedurę samooczyszczenia, a tym samym Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia go z postępowania w związku z podaniem informacji wprowadzających w błąd odnośnie S. K.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

1. unieważnienie wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty i uwzględnienie jej przy wyborze oferty najkorzystniejszej,

2. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Drogowa Trasa Średnicowa spółka akcyjna w Katowicach i INKO CONSULTING spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pszczynie oraz wykonawca Lafrentz Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić.

Izba jako dowód w sprawie z urzędu dopuściła dokumentację postępowania sygn. akt KIO 596/18 i KIO 819/18.

Zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 17 i art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez ich błędne zastosowanie i wykluczenie Odwołującego oraz odrzucenie oferty z powodu podania informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego w zakresie doświadczenia osoby S. K. podczas, gdy Odwołujący dochował staranności przy sporządzaniu oferty. Zamawiający nie został wprowadzony w błąd i kwestionowane informacje nie miały wpływu na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Odwołujący w kilku postępowaniach podał informacje dotyczące Pana S. K. Informacje te zostały przez Izbę uznane za nieprawdziwe w postępowaniu sygn. akt KIO 596/18. Co więcej, w przywołanym postępowaniu odwoławczym, Izba stwierdziła, że okoliczność, iż informacje dotyczące Pana K. są nieprawdziwe, była bezsporna („Niezgody z prawdą tego oświadczenia nie była zatem sporna, gdyż została ona przyznana przez Odwołującego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie była kwestionowana na etapie rozprawy.” - strona 31 uzasadnienia wyroku w sprawie sygn. akt KIO 596/18).

2. W postępowaniu, w którym wniesiono rozpatrywane odwołanie, Odwołujący podał te same informacje w odniesieniu do Pana S. K. Informacje te miały wpływ na przyznanie punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych przez Odwołującego. Po pierwsze, Odwołujący sam przyznał, że informacje dotyczące Pana K. były nieprawdziwe, po drugie, zostało to potwierdzone orzeczeniem sygn. akt KIO 596/18. Zatem zaistniała przesłanka wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 i w konsekwencji odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 8 i 9 Prawa zamówień publicznych poprzez

bezzasadne kwestionowanie zasadności przeprowadzenia procedury samooczyszczenia,
podczas gdy Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 maja 2018r, w sprawie sygn. akt
KIO 819/18 nakazała Zamawiającemu umożliwienie Odwołującemu przeprowadzenia
procedury samooczyszczenia, a także błędną ocenę procedury samooczyszczenia
wdrożonej przez Odwołującego i uznanie, że Odwołujący nie wykazał, że podjął wszelkie
niezbędne środki, by jego działania jako profesjonalisty charakteryzowały się rzetelnością
podczas gdy prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień i dowodów w ramach procedury
samooczyszczenia winna prowadzić do wniosku, że Odwołujący w sposób należyty wykazał,
że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania rzetelności Odwołującego.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W postępowaniu sygn. akt KIO 819/18 Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1a) sentencji orzeczenia, uwzględniła odwołanie „w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 8 ustawy Prawa zamówień publicznych” i nakazała Zamawiającemu „unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz nakazuje wezwanie na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie przedstawienia dowodów na podjęcie środków gwarantujących jego rzetelność i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyników dokonanych czynności”.
2. Zamawiający nie zgodził się z powyższym orzeczeniem i złożył na nie skargę do właściwego Sądu Okręgowego. Niezależnie od powyższego, biorąc pod uwagę, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jest wykonalny z chwilą jego ogłoszenia, Zamawiający wezwał Odwołującego do przedstawienia dowodów zgodnie z art. 24 ust. 8 Prawa zamówień publicznych.
3. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie przy pismach z dnia z 28 maja, 21 czerwca i 9 lipca 2018 r. przedkładał dokumenty, mające jego zdaniem wykazać skuteczne przeprowadzenie procedury samooczyszczenia. Przy piśmie z dnia 25 maja 2018 r. przedłożył „Instrukcję weryfikacji informacji dotyczących doświadczenia personelu” z dnia 21 maja 2018 r. (dalej: Instrukcja). Z § 3 ust. 1 tejże Instrukcji wynika, że „Personel Działu prawnego jest zobowiązany do stosowania dla każdej z danych co najmniej dwóch z poniżej opisanych metod weryfikacji danych w tym jedną z metod bezpośrednich wskazanych w pkt 2 i 3 poniżej.” W kolejnych ustępach § 3 wskazano następujące metody weryfikacji: spotkanie z członkiem przyszłego Personelu (ust. 2), bezpośrednia rozmowa telefoniczna z „daną sobą [zapewne osobą - przyp. składu orzekającego] Personelu” (ust. 3), bazy danych związane z prowadzeniem i udzieleniem inwestycji (ust. 4), strony internetowe (ust. 5), zapytania w formie wniosku o dostępie do informacji publicznej (ust. 6), sprawdzenie danych z już posiadanymi przez spółkę informacjami (ust. 7). Izba na posiedzeniu odtajniła polemikę pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym, w aktach postępowania odwoławczego, dotyczącą procedury samooczyszczenia, nie dopatrując się przesłanek, uzasadniających utajnienie jej jako tajemnicy przedsiębiorstwa.
4. Zamawiający ocenił skuteczność procedury samooczyszczenia negatywnie i wykluczył Odwołującego z postępowania.

Izba przyznała rację Zamawiającemu. Z przywołanego § 3 Instrukcji wynika, że należy weryfikować informacje co najmniej dwoma metodami, ale nie wynika, że obie te metody nie mogą być źródłami opartymi wyłącznie na kontakcie z osobą, której dane dotyczą. Być może intencja Odwołującego przy tworzeniu Instrukcji była inna, jednak interpretacja postanowień Instrukcji przez Zamawiającego była w ocenie składu orzekającego prawidłowa - Instrukcja nie wyklucza oparcia weryfikacji informacji (które potencjalnie mogą mieć wpływ na wynik postępowania) wyłącznie na źródłach osobowych, które mogą być zawodne, z wielu powodów. Ponadto, gdyby nawet, obok obowiązkowego źródła osobowego, wybrać drugą metodę weryfikacji, spośród katalogu opisanego w § 3 Instrukcji, to mogłyby to być strony internetowe, które nie są w pełni wiarygodne. W postępowaniu sygn. akt KIO 596/18 sam Odwołujący w odwołaniu wskazywał, „że informacje na stronach internetowych nie mogą być wiążącym źródłem informacji, gdyż często zawierają informacje sprzeczne, nierzetelne i nie odpowiadające stanowi faktycznemu.” (opis stanu faktycznego ze strony 8 uzasadnienia wyroku sygn. akt KIO 596/18).

Reasumując, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo w sposób negatywny ocenił procedurę samooczyszczenia opisaną przez Odwołującego. Procedura taka nie będzie skuteczna, jeżeli Odwołujący, regulując procedurę weryfikacji prawdziwości informacji, przyznaje prymat źródeł osobowych nad innymi, zobiektywizowanymi źródłami. Ponadto strony internetowe, w połączeniu ze źródłami osobowymi, nie gwarantują uzyskania w pełni wiarygodnych informacji. Zatem opisane przez Odwołującego metody weryfikacji prawdziwości informacji, nie są wystarczającymi, zgodnymi z art. 24 ust. 8 Prawa zamówień publicznych, środkami organizacyjnymi, odpowiednimi dla zapobieżenia nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Dlatego decyzja Zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania była prawidłowa, i Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów prawa, podnoszonych w odwołaniu.

Ze względu na powyższe okoliczności, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5

Przewodniczący: