

WYROK

z dnia 4 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Konik
Emil Kuriata
Anna Kuszel - Kowalczyk**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2018 r. przez wykonawcę **MGGP Spółkę Akcyjną z siedzibą w Tarnowie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu i na rzecz którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie**,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez bezpodstawne wykluczenie wykonawcy MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie w zakresie części 3 zamówienia oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie do złożenia wyjaśnień w zakresie osoby przedstawionej w „Wykazie osób” na stanowisko specjalisty ds. roszczeń pana R.Z. i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie z udziału w postępowaniu w zakresie części 3 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy MGGP Spółka

Akcyjna z siedzibą w Tarnowie, w tym wezwanie wykonawcy MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści formularza „Wykaz osób” w celu ustalenia czy pan R.Z. wskazany na stanowisko specjalisty ds. roszczeń spełnia warunek udziału w postępowaniu, tj. czy był osobą zgłoszoną do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera.

2. W pozostałym zakresie uznaje zarzuty odwołania za niepotwierdzone.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu i na rzecz którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
4. Zasądza od Zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu i na rzecz którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, na rzecz MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie, kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania.

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 Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu i na rzecz którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S19 Lublin - Rzeszów, odc. Lublin - koniec obw. Kraśnika” w podziale na 3 części”; znak: O.LU.D-3.2410.3.2017.af. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 lipca 2017 r. pod nr 2017/S 134-274801.

W dniu 18 czerwca 2018 r. wykonawca MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegających na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S19 Lublin - Rzeszów, odc. Lublin - koniec obw. Kraśnika w zakresie części 2 zamówienia oraz wobec czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S19 Lublin - Rzeszów, odc.

Lublin - koniec obw. Kraśnika w zakresie części 3 zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 8 pzp w zw. z art. 24 ust 9 pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp w zw. z art. 92 ust. 1a pzp poprzez brak umożliwienia skorzystania z procedury tzw. samooczyszczenia, co w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania w zakresie części 2 zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp;
2. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 pzp, do udzielenia wyjaśnień w zakresie wskazania na stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej Pana J. J. w ramach części 2 zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania w zakresie części 2 zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp;
3. art. 24 ust 4 pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp poprzez bezpodstawne uznanie oferty Odwołującego w zakresie części 2 zamówienia za odrzuconą, na skutek wykluczenia Odwołującego w zakresie części 2 zamówienia w efekcie

przeprowadzenia badania i oceny oferty wbrew przepisom ustawy pzp oraz postanowieniom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;

4. art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego w zakresie części 3 zamówienia, pomimo, że Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu informacji wprowadzających go w błąd w zakresie dotyczącym wskazania na stanowisko specjalisty ds. roszczeń Pana R.Z., wobec czego nie doszło do spełnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp;
5. art. 26 ust. 3 pzp w zw. z art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego, do udzielenia wyjaśnień w zakresie wskazania na stanowisko specjalisty ds. roszczeń Pana R.Z. w ramach części 3 zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania w zakresie części 3 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp;
6. art. 24 ust. 4 pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp poprzez bezpodstawne uznanie oferty w zakresie części 3 zamówienia za odrzuconą, ponieważ Odwołujący został bezprawnie wykluczony z postępowania w zakresie części 3, bowiem nie przedstawił Zamawiającemu informacji wprowadzających go w błąd w zakresie dotyczącym wskazania na stanowisko specjalisty ds. roszczeń Pana R.Z.;
7. art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp poprzez niewystarczające podanie uzasadnienia faktycznego przy informowaniu Odwołującego o wykluczeniu w zakresie części 3 zamówienia, co potwierdza brak podstaw do wykluczenia Odwołującego w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części 2 zamówienia;
3. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części 3 zamówienia;
4. nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny oferty zgodnie z przepisami ustawy pzp, w tym nakazanie Zamawiającemu wszczęcie w stosunku do Odwołującego procedury samooczyszczenia w trybie art. 24 ust. 8 pzp w zakresie części 2 zamówienia oraz nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego w

trybie art. 26 ust. 3 pzp w zw. z art. 26 ust. 4 pzp do udzielenia wyjaśnień w zakresie części 2 zamówienia oraz części 3 zamówienia.

5. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ będąc podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą z zakresu m. in. inżynierii i architektury realizuje i uczestniczy w licznych inwestycjach na rynku infrastruktury i transportu, budownictwa, ochrony środowiska, gospodarki wodnej, rolnictwa, energetyki czy telekomunikacji, wobec czego jest zainteresowany dalszym udziałem w przedmiotowym postępowaniu.

Ponadto Odwołujący wskazał, że powodem wniesienia odwołania jest niezgodne z prawem postępowanie Zamawiającego polegające na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części 2 zamówienia oraz w zakresie części 3 zamówienia. Powyższe w istotny sposób narusza interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, przez co możliwe jest poniesienie przez niego szkody z uwagi na brak możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji możliwą utratę korzyści związanych z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uwzględnienia odwołania, Odwołujący ma nadal szansę na uzyskanie przedmiotowego postępowania. Odwołujący przywołał również pogląd wyrażony w opinii wdanej przez Urząd Zamówień Publicznych, zgodnie z którym: „zgodnie z brzmieniem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, który nie uległ zmianie na gruncie znowelizowanej ustawy, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Dotychczas wykonawca, którego oferta została sklasyfikowana np. na 4 pozycji, mógł kwestionować wybór najkorzystniejszej oferty, o ile zakwestionował również oferty wykonawców sklasyfikowanych wyżej niż wykonawca odwołujący się. Wprowadzenie do ustawy Pzp art. 25 a wiąże się z nowym podejściem do badania spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia lub kryteriów selekcji, zgodnie z którym wykonawca wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie (powyżej progów UE - w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia). Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji. Natomiast zamawiający, co do zasady, wezwie do złożenia dokumentów na potwierdzenie

ww. okoliczności jedynie wykonawcę, którego ofertę ocenił najwyżej (który uplasował się na najwyższej pozycji rankingowej). W związku z powyższym możliwe będzie złożenie odwołania na wybór najkorzystniejszej oferty przez wykonawcę sklasyfikowanego np. na 4 pozycji rankingowej bez kwestionowania ofert sklasyfikowanych na pozycji nr 2 i 3, z uwagi na to, że oferty te nie zostały ostatecznie (i może w ogóle do tego nie dojść) zweryfikowane przez zamawiającego na podstawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia”.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

Zarzut 1.

Zamawiający pismem z dnia 8 czerwca 2018 r. poinformował Odwołującego, że został wykluczony z postępowania w zakresie części 2 zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, wedle którego 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.

Uzasadnienie faktyczne decyzji podjętej przez Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego brzmiało w sposób następujący: *Pan J. J. wskazany na stanowisko Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej. Osoba proponowana przez Wykonawcę do pełnienia funkcji Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej powinna spełniać wymagania określone w warunkach udziału w postępowaniu - zdolność techniczna lub zawodowa - pkt 7.2. 3) b) - 2 Instrukcji dla Wykonawców oraz wymagania dotyczące Podkryterium w zakresie Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej. Wykonawca oświadczył w Formularzu „Kryteria pozacenowe” część 2, że Pan J.J. wskazany na stanowisko Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej sprawował funkcję Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, od początku realizacji robót do ich zakończenia na zadaniu pn. „Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 od rejonu węzła „Opacz” do węzła „Raszków” i powiązania z drogą krajową Nr 7”, a w Formularzu „Wykaz osób” oświadczył że na ww. zadaniu Pani J.J. pracował w okresie od 04.2015 do 01.2016 r.*

Na skutek dokonanej przez Zamawiającego weryfikacji informacji przedstawionej w ramach postępowania, Zamawiający ustalił, że na ww. zadaniu Pan J.J. pełnił funkcję Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej w okresie od 14.04.2015 roku do 31.01.2016 roku. Z informacji uzyskanej z Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie wynika, że ww. zadanie było realizowane od 01.05.2013 r. Powyższa informacja potwierdza, że Pan J.J. nie pełnił ww. funkcji od rozpoczęcia robót.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp nie dał szansy Odwołującemu na wytłumaczenie opisywanej w wyżej cytowanym uzasadnieniu faktycznym sytuacji, poprzez wezwanie Odwołującego do wyjaśnień w tymże zakresie, bowiem tylko wtedy Odwołujący miałby szansę wyczerpująco wyjaśnić stan faktyczny oraz podjąć konkretne środki (w tym kadrowe) celem naprawienia swego błędu i wykazania swej rzetelności. Podkreślenia wymaga fakt, że instytucja samooczyszczenia ma zastosowana do obligatoryjnej przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp.

Tymczasem art. 24 ust. 8 pzp stanowi, że 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. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu. Kontynuacją cytowanego przepisu jest art. 24 ust. 9 pzp, który przewiduje, że: wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust 8.

Odwołujący wskazał również na postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Tom I Instrukcja dla Wykonawców (dalej IdW) w Rozdziale 8 - „Przesłanki wykluczenia Wykonawców” w pkt 8.4 i 8.5 przewidywały obowiązek stosowania procedury samooczyszczenia za wzór ustawowego prawa samooczyszczenia.

Zamawiający nie zastosował art. 24 ust. 9 pzp w zw. z art. 24 ust. 8 pzp, choć stan faktyczny wskazywał, że Odwołujący nie mając wiedzy o popełnionym błędzie, w rzeczywistości, nie mógł dokonać samooczyszczenia, przed dokonaniem przez Zamawiającego decyzji o jego wykluczeniu z postępowania w części 2 zamówienia. Na obowiązek zastosowania przez Zamawiającego procedury, o której mowa w art. 24 ust. 8 pzp, czyli tzw. samooczyszczenia, z ang. self-cleaning, wskazuje również brzmienie przepisu art. 92 ust. 1a pzp, wedle którego w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust 8, informacja, o której mowa w ust. 1 pkt 2, zawiera wyjaśnienie powodów, dla których dowody przedstawione przez wykonawcę, zamawiający uznał za niewystarczające.

Wyżej opisane postępowanie Zamawiającego w ocenie Odwołującego rażąco narusza przepisy ustawy pzp, a w szczególności naczelne zasady postępowania takie jak choćby zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada konkurencyjności.

Wadliwe prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego w przedmiotowym przypadku potwierdzają zdaniem Odwołującego liczne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej przywołane przez niego w treści odwołania jak np. wyrok z dnia 9 lutego 2017 r., gdzie Krajowa Izba Odwoławcza szczegółowo wyjaśniła stosowanie procedury samooczyszczenia. Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu w zakresie części 2 zamówienia, w stosunku do Odwołującego, Zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego, nie umożliwił mu skorzystania z procedury samooczyszczenia, która została ustawowo zagwarantowana wykonawcom, wobec czego Zamawiający bezpośrednio naruszył prawa przysługujące uczestnikowi postępowania.

Odwołujący przywołał też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2017 r. gdzie wyraźnie podkreślono, że procedura samooczyszczenia dotyczy toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia, zatem może być stosowana, także po otwarciu ofert. Odwołujący wskazał też na stanowisko M. S., zgodnie z którym wykonawca w jednolitym dokumencie lub oświadczeniu, o których mowa w art. 25a ust. 1, oświadcza, czy podlega wykluczeniu. Jeżeli zachodzi któraś z okoliczności wykluczenia na podstawie przesłanek obligatoryjnych lub zastosowanych w danym postępowaniu przesłanek fakultatywnych, wykonawca oświadcza, że zachodzą podstawy wykluczenia, ale podjął działania w celu samooczyszczenia. Jeżeli tak stanowią postanowienia ogłoszenia lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dowody na potwierdzenie podjęcia środków zaradczych wykonawca przedstawia wraz z wnioskiem lub ofertą, w innym przypadku dokumenty te będą złożone po wezwaniu zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3, gdyż należą do innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Również w sytuacji, gdy wykonawca ocenia, że nie podlega wykluczeniu, zamawiający natomiast na podstawie różnych dowodów ustala, że przesłanka wykluczenia zachodzi, dopuszczalne jest przeprowadzenie przez wykonawcę procedury samooczyszczenia. Intencją wprowadzenia tej instytucji jest umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy podjęli odpowiednie działania i są zdolni do wykonania zamówienia. Służy to również podniesieniu konkurencyjności postępowań. Inna wstępna ocena stanu faktycznego przez wykonawcę i zamawiającego nie powinna być przeszkodą w zastosowaniu tej instytucji.

Odwołujący wskazał na postanowienia Rozdziału 19 IdW - „Kryteria wyboru i sposób oceny ofert oraz udzielenie zamówienia” gdzie w pkt 19.1.3.5. przewidziano następujące rozwiązanie:

19.1.3.5. Zamawiający informuje, że Formularz „Kryteria pozacenowe” w zakresie podkryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” nie stanowi dokumentu składanego w celu potwierdzenia spełniania warunków, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może mieć zastosowanie jedynie w zakresie wyjaśnienia treści złożonych ofert. 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.

Jeśli w wyniku zastosowania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie okoliczności, o których mowa w 25 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca dokona zmiany osoby wskazanej na stanowisko, które podlega ocenie i punktacji w ramach kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” -podkryterium od 2.1. do 2.6. - wówczas Zamawiający w ramach tego podkryterium nie przyzna punktów.

Wykonawca w ramach kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” może wskazać tylko jedną osobę na stanowiska wskazane w podkryterium od 2.1.

- do 2.6. W przypadku, gdy Wykonawca wskaże więcej niż 1 osobę do pełnienia danej funkcji, Zamawiający oceniał będzie jedynie tę osobę, która została wskazana jako pierwsza w kolejności.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, gdyby Zamawiający działał w zgodzie z zapisami IdW oraz z zapisami ustawy pzp, w trybie art. 26 ust. 3 pzp, wezwałby Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie wskazania na stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej Pana J.J. w ramach części 2 zamówienia. Odwołujący miałby szansę wyjaśnić, że pomyłka w zakresie wskazania okresu realizowania prac przez Pana J.J. miała charakter incydentalny, natomiast Odwołujący podjął szereg konkretnych środków, które mają przełożenie na wykazanie rzetelności Odwołującego, w szczególności Odwołujący mógł poczynić zmiany w wykazie osób, bowiem pkt 19.1.3.5 IdW pozwalał na zmianę osoby wskazywanej na dane stanowisko. Jedynym rygorem dokonanej zmiany miało być przyznanie 0 punktów za zamienioną osobę w ramach kryterium oceny ofert - „Doświadczenie personelu Konsultanta”.

Na koniec należy wskazać, że przepis wskazuje przykładowe działania, które mógł podjąć wykonawca, a które wskazują na odzyskanie zdolności do wykonywania umów w sprawie zamówienia publicznego: naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę, naprawienie szkody, wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpraca z organami ścigania. Katalog ten nie jest wyczerpujący - nie obejmuje też wszystkich działań dopasowanych do rodzaju okoliczności będących podstawą wykluczenia. W każdym przypadku ocena, czy środki są wystarczające i odpowiednie, wymaga dogłębnej analizy stanu faktycznego oraz wzięcia pod uwagę wszelkich

okoliczności. Podkreślić należy, że zamawiający powinien ocenić wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, który wypełnia przesłankę wykluczenia, rozpatrzyć przedłożone dowody pod kątem ich wiarygodności. Jeżeli zamawiający uznaje, że podjęte działania zaradcze wpływają na odzyskanie przez wykonawcę zdolności do rzetelnego wykonania zamówienia oraz zostały w odpowiedni sposób wykazane przez przedłożenie wiarygodnych dowodów, to nie będzie obowiązany do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zarzut 2.

Odwołujący przywołał brzmienie art. 26 ust. 3 pzp i wskazał, że przepis ten dotyczy instytucji uzupełniania dokumentów. W wyniku nowelizacji z 22.06.2016 r. pojęcie uzupełnienia należy rozumieć szeroko - nie tylko zgodnie z definicją słownikową jako stanie się dopełnieniem czegoś, uczynienie kompletnym przez dodanie tego, czego brakuje. W wyniku zastosowania art. 26 ust. 3 wykonawca może złożyć dokument brakujący, uzupełnić informacje, poprawić dokument lub wyjaśnić. Celem instytucji uzupełniania dokumentów jest stworzenie możliwości usunięcia braków lub uchybień w złożonych na wezwanie zamawiającego oświadczeniach i dokumentach, tak aby wykonawca faktycznie zdolny do wykonania zamówienia nie był eliminowany z postępowania jedynie ze względów formalnych, nie zaś merytorycznych. Odwołujący wskazał, że nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. został wprowadzony obowiązek wezwania do udzielenia wyjaśnień dotyczących dokumentów lub oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, który do tej pory normował jedynie instytucję wezwania do uzupełnień. Zatem przyjęć należy, że ustawodawca dążył do tego by wykluczanie wykonawców nie następowało poniekąd „z automatu”, a dopiero w przypadku potwierdzenia się podstaw wykluczenia, po uprzednim przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego z danym Wykonawcą w tym zakresie. Nie może dochodzić do sytuacji, by Zamawiający w oparciu tylko i wyłącznie o informacje zdobyte od podmiotów nie biorących udziału w postępowaniu podejmował decyzję o wykluczeniu danego wykonawcy z postępowania nie umożliwiając wypowiedzenia się w temacie podmiotowi wykluczalnemu.

Mając na uwadze, że ratio legis przepisu art. 26 ust. 3 pzp sprowadza się do tego, żeby formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale faktycznie takie warunki spełniają, Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 pzp winien wezwać Odwołującego do wyjaśnień w zakresie wskazania na stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej Pana J.J. w ramach części 2 zamówienia. Odwołujący, zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 3 pzp oraz zgodnie z zapisami IdW, mógłby wtedy dokonać zmiany w wykazie osób, bowiem pkt 19.1.3.5 IdW pozwalał na zmianę osoby wskazywanej na dane stanowisko. Jedynym rygorem dokonanej zmiany miało być

przyznanie 0 punktów za zamienioną osobę w ramach kryterium oceny ofert - „Doświadczenie personelu Konsultanta”.

Zarzut 3.

Przepis art. 24 ust. 4 pzp stanowi, że „ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”, zatem oferta Odwołującego mogła zostać uznana za odrzuconą wyłącznie w przypadku zaistnienia przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 24 pzp. Tymczasem, jak wskazano w uzasadnieniu zarzutu I oraz zarzutu II odwołania, w przedmiotowym postępowaniu, w zakresie części 2 zamówienia, podejmując decyzję o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp naruszono szereg przepisów IdW oraz ustawy pzp, wobec czego czynność wykluczenia winna zostać unieważniona, a oferta Odwołującego w zakresie części 2 nie powinna być uznana za odrzuconą.

Zarzut 4.

Zamawiający pismem z dnia 8 czerwca 2018 r. poinformował Odwołującego, że został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust, 1 pkt 17 pzp. Uzasadnienie faktyczne Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego w zakresie 3 części zamówienia było następujące: *Wykonawca w zakresie doświadczenia nw. osób podał nieprawdziwe informacje, wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nieprawdziwe informacje dotyczyły opisu doświadczenia osób wskazanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, zarówno branego pod uwagę przy dokonywaniu oceny ofert w Kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” jak też przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.*

Poniżej przekazujemy zestawienie z przeprowadzonej przez Zamawiającego weryfikacji;

Pan R. Z. wskazany na stanowisko specjalisty ds. roszczeń.

Osoba proponowana przez Wykonawcę do pełnienia funkcji specjalisty ds. roszczeń powinna spełniać wymagania określone w warunkach udziału w postępowaniu - zdolność techniczna lub zawodowa - pkt 7.2. 3) b) - 5 Instrukcji Dla Wykonawców oraz wymagania dotyczące Podkrytenum w zakresie specjalisty ds. roszczeń.

Wykonawca oświadczył w Formularzu "Wykaz osób", część 3, że Pan R. Z. wskazany na stanowisko specjalisty ds. roszczeń posiada doświadczenie zdobyte na zadaniu pn. Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nad realizacją zadania: "Zaprojektowanie i budowa Trasy Górna na odcinku od skrzyżowania al. Jana Pawła II ~ ul. Pabianicka do ul. Rzgowskiej w Łodzi", na stanowisku główny specjalista ds, roszczeń, a w części niejawnej Formularza JEDZ oświadczył że na ww. zadaniu Pan R.Z. pracował w okresie od 01.2012 do 09.2014 r

Na skutek dokonanej przez Zamawiającego weryfikacji Zamawiający otrzymał informację z Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi, że stanowisko główny specjalista ds. roszczeń (zgodnie z 51WZ) na w zadaniu nie było wymagane. Zatem Pan R.Z. na zadaniu pn. Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nad realizacją zadania: "Zaprojektowanie i budowa Trasy Górna na odcinku od skrzyżowania al. Jana Pawła II - ul. Pabianicka do ul. Rzgowskiej w Łodzi" nie pracował na stanowisku główny specjalista ds. roszczeń. Zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 1 pkt 17 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.

Odwołujący wskazał, że według tezy zawartej w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2017 r. „zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., wykluczenie wykonawcy z postępowania w oparciu o ten przepis wymaga łącznego wystąpienia następujących przestanków:

- 1) przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających zamawiającego w błąd,
- 2) informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 3) przedstawienie tych informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy”.

Zamawiający w uzasadnieniu prawnym informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania w zakresie części 3 zamówienia również cytuje powołany wyżej wyrok, z tą różnicą, że nie dodaje kolejnej tezy postawionej w tymże wyroku, mianowicie, że zaistnienie w ofercie sprzeczności treści oświadczeń lub dokumentów i wynikające z nich wątpliwości nie mogą stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, a dokumenty zawierające wątpliwości niepełne informacje, które nie potwierdzają warunku udziału w postępowaniu bądź też zawierają nieścisłości, podlegają wyjaśnieniu.

Wobec powyższego, Zamawiający, przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania, winien wyjaśnić swoje wątpliwości w zakresie dokumentów złożonych przez Odwołującego dotyczących części 3 zamówienia, które uznał za wprowadzające go w błąd. Wystosowanie odpowiedniego wezwania do Odwołującego było konieczne celem ustalenia czy wskazany w formularzu „Wykaz osób” Pan R. Z. posiadał odpowiednie doświadczenie na stanowisko specjalisty ds. roszczeń.

Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy pzp, wówczas Odwołujący mógłby wyjaśnić, że w stosunku do Odwołującego nie zachodziła przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, bowiem informacje przedłożone przez Odwołującego dotyczące doświadczenia Pana R.Z. były prawdziwe.

Odwołujący potwierdza, że Pan R.Z. pracował w okresie od miesiąca stycznia 2012 r. do miesiąca września 2014 r. na stanowisku Głównego specjalisty ds. roszczeń przy zadaniu na „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nad realizacją zadania: Zaprojektowanie i budowa Trasy Górna na odcinku od skrzyżowania al. Jana Pawła II - ul. Pabianicka do ul. Rzgowskiej w Łodzi”, na dowód czego przedkłada dokument z dnia 11 lutego 2016 r. wystawiony przez Inżyniera Kontraktu Pana A.W., który potwierdził, iż Pan R.Z. w okresie od miesiąca stycznia 2012 r. do miesiąca września 2014 r. świadczył kompleksową obsługę prawną dla ww. zadania obejmującą swoim zakresem rozpatrywanie, analizę, udzielanie odpowiedzi oraz prowadzenie dalszej korespondencji w zakresie roszczeń zgłaszanych przez wykonawcę - co odpowiadało pełnieniu funkcji Głównego specjalisty ds. roszczeń. Pismo, o którym mowa stanowi załącznik nr 5 do odwołania.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym zawartym w informacji o wykluczeniu z postępowania Odwołującego w zakresie części 3 powoływał się na okoliczność, iż według Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi stanowisko Główny specjalista ds. roszczeń nie było wymagane zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ). Podkreślenia wymaga okoliczność, że Odwołujący w składanych oświadczeniach nie zaznaczał, że stanowisko to wynikało z zapisów SIWZ. Ponadto, w żadnym z postanowień IdW nie jest zastrzeżona informacja, że osoba wskazywana na dane stanowisko wcześniej musiała pozostawać na tożsamym stanowisku, które wynikało z zapisów SIWZ. Taka ocena doświadczenia przez Zamawiającego godzi w podstawowe zasady obowiązujące w prawie zamówień publicznych, m.in. w zasadę konkurencyjności i zasadę równego traktowania wykonawców, bowiem zastrzega wykazanie doświadczenie w zasadzie do pracy wykonywanej na rzecz podmiotów publicznych, które w dokumentacji przetargowej postawiły wymagania w zakresie zdolności zawodowej.

Potwierdzając, że w przedmiotowym przypadku nie doszło do spełnienia przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, wyjaśnić należy, że do informacji, które wprowadzają zamawiającego w błąd, należy zaliczyć takie informacje, które nie są zgodne z rzeczywistością, istniejącym stanem faktycznym. Są więc to informacje nieprawdziwe, oddające fałszywie stan faktyczny, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający pozostaje w błędzie, czyli ma mylne wyobrażenie o rzeczywistości lub też brak jakiegokolwiek wyobrażenia o niej. Ponadto, zgodnie z wyrokiem z dnia 5 marca 2018 r. „nie jest możliwym wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do okoliczności, które są zgodne z istniejącym stanem faktycznym”. Natomiast, „przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) należy rozumieć m.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy”.

Reasumując uznać należy, że skoro w świetle brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp wykluczenie wykonawcy wymaga łącznego wystąpienia trzech przestanków (tj. przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz przedstawienie tych informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy), uznać należy, że w stosunku do Odwołującego nie można zastosować wykluczenia, bowiem informacje przedstawione przez Odwołującego były zgodne z rzeczywistością i nie mogły wprowadzać w błąd Zamawiającego.

Zarzut 5.

Zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 3 pzp „jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania”. Z kolei art. 26 ust. 4 pzp stanowi, że „zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1”.

W zakresie konieczności wzywania do udzielenia wyjaśnień, gdy dokumenty składane przez Odwołującego budzą wątpliwości Zamawiającego, aktualna pozostaje argumentacja dotycząca zarzutu nr III odwołania.

Ponadto, Odwołujący zauważył, że zamawiający jest obowiązany do rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 26 ust 4 pzp powinien być rozpatrywany w kategoriach uprawnień zamawiającego, a więc prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień, połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 pzp, w sposób staranny i należyty. Celem wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, jest uzyskanie dodatkowych informacji w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści tych oświadczeń lub dokumentów.

Odwołujący wskazał, że w zakresie części 3 zamówienia, Zamawiający pismem z dnia 9 stycznia 2018 r. wezwał Odwołującego do złożenia wykazu osób, o którym mowa w pkt 9.7.1d IdW, w zakresie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że Wykonawca winien poprawić formularz z uwzględnieniem

postanowienia, że Wykonawca może dokonać zmiany osoby wskazywanej na dane stanowisko. Odwołujący czyniąc zadość wezwaniu pismem z dnia 12 stycznia 2018 r. zastąpił osobę Pana R.Z. osobą Pana A.S. na stanowisku specjalista ds. rozszczeń. Co istotne, Zamawiający w ww. piśmie nie wzywa Odwołującego do wyjaśnień w zakresie dotyczącym doświadczenia Pana R.Z. ani też nie wskazał by brak wyjaśnień w tym zakresie wiązał się z wykluczeniem Odwołującego. Tymczasem, uznać należy, że Zamawiający powziąwszy wątpliwość w zakresie informacji dotyczących Pana R.Z. oraz dokładając należytej staranności w proces badania i oceny ofert, w trybie art. 26 ust. 3 pzp w zw. z art. 26 ust. 4 pzp, winien wezwać Odwołującego do wyjaśnień w zakresie wskazania na stanowisko Specjalisty ds. rozliczeń Pana R.Z., bowiem niedopuszczalnym jest wykluczenie Odwołującego, który pozbawiony został prawa wyjaśnienia sprawy.

Zarzut 6.

Zgodnie z art. 24 ust. 4 pzp: „ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”, zatem oferta Odwołującego mogła zostać uznana za odrzuconą wyłącznie w przypadku zaistnienia jednej z przesłanek wykluczenia opisanych w art. 24 pzp.

Tymczasem, jak Odwołujący wskazał w uzasadnieniu zarzutu IV oraz zarzutu V odwołania, w przedmiotowym postępowaniu w zakresie części 3 zamówienia, decyzja o wykluczeniu Odwołującego była bezprawna, wobec czego czynność wykluczenia winna zostać unieważniona, a oferta Odwołującego w zakresie części 3 nie powinna być uznana za odrzuconą.

Zarzut 7.

Zgodnie z tezą wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 września 2017 r. „obowiązek informacyjny podania uzasadnienia faktycznego i prawnego stanowi przejaw praktycznej realizacji wyrażonej w art. 8 ust. 1 p.z.p. zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 p.z.p. ustawy zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Biorąc pod uwagę przywołane zasady za niedopuszczalne uznać należy, aby wykonawca kwestionując zasadność podjętych wobec niego czynności, samodzielnie musiał domniemywać rzeczywistych przyczyn, które legły u podjęcia zakomunikowanej mu decyzji, wykraczając poza treść otrzymanego uzasadnienia. Z normy wyrażonej w art. 93 ust. 3 pkt 2 p.z.p. (analogicznie jak z przepisów art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 p.z.p.) wynika, że zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanej czynności w taki sposób, aby zagwarantować im możliwość skutecznej weryfikacji jej prawidłowości” .

Tymczasem, uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania w zakresie części 3 zamówienia sformułowane przez Zamawiającego nie spełnia wymogów art. 91 ust.

1 pkt 2 pzp, który stanowi, że „Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni - podając uzasadnienie faktyczne i prawne”, bowiem Zamawiający w zasadzie na potrzeby każdej z informacji o wykluczeniu Wykonawców z postępowania (dla części 1, dla części 2 i dla części 3) używa tego samego uzasadnienia prawnego nie dostosowując wydawanych informacji do konkretnych rozstrzygnięć. W przypadku Odwołującego informując o wykluczeniu z postępowania w zakresie części 3 zamówienia wskazuje, że przedstawiane przez Odwołującego informacje w formularzu „Wykaz osób oraz w formularzu „Kryteria pozacenowe” w istotny sposób mogą wpłynąć na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Tymczasem, informacja odnośnie Pana R.Z. ujęta była wyłącznie w „Wykazie osób”. Powyższe świadczy o braku dochowania należytej staranności przy konstruowaniu uzasadnienia faktycznego i prawnego dla decyzji o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania. Jednakże, mając na uwadze naczelne zasady zamówień publicznych, nie ulega wątpliwości, że właściwe uzasadnienie faktyczne i prawne dla podejmowanych przez Zamawiającego czynności jest niezwykle istotne w świetle praw przysługujących Wykonawcy. Tylko dobrze spełniony obowiązek informacyjny przez Zamawiającego będzie w stanie odnieść skutek i przekonać Wykonawcę, iż decyzja podjęta przez Zamawiającego była właściwa. W przeciwnym razie to Wykonawca zostaje obciążony poszukiwaniem podstaw prawnych i faktycznych rozstrzygnięcia podjętego przez Zamawiającego, tak jak ma to miejsce w przedmiotowej sprawie.

W dniu 25 czerwca 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i TPF Getinsa Euroestudios S.L. z siedziba w Madrycie zgłosili przystąpienie do przedmiotowego postępowania w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Odwołującego.

Pismami z dnia 20 czerwca 2018 r. oraz z dnia 2 lipca 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołanie, domagając się oddalenia odwołania w całości.

Odwołujący złożył pismo procesowe z dnia 26 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem zainteresowanym o ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w trybie procedury wskazanej w art. 24aa ustawy Pzp.

W tym miejscu wyjaśnić należy, że przy procedurze, o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp, badając kwestię interesu prawnego we wniesieniu odwołania, należy pamiętać, że interes ten rozumiany jest szerzej. Co do zasady, stosując procedurę, o której mowa w art. 24 aa ustawy Pzp, ocena czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu nie jest dokonywana wobec wszystkich wykonawców jednocześnie. Zatem istotą tej procedury jest to, że w pierwszej kolejności Zamawiający dokonuje oceny złożonych ofert, natomiast kwestia spełniania warunków udziału w postępowaniu i podstaw wykluczenia badana jest wobec tego wykonawcy, którego oferta we wstępnym rankingu uzyskała największą ilość punktów. W przedmiotowej sprawie Zamawiający badając oferty dotykał jednocześnie kwestii spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, a które zostały wskazane w formularzy „Kryteria pozacenowe” w celu uzyskania dodatkowej punktacji. Nie oznacza to jednak, że Odwołujący nie ma interesu prawnego w kwestionowaniu tych czynności Zamawiającego.

Ponadto wskazać należy, co wielokrotnie było podkreślane w orzecznictwie Izby, a skład orzekający pogląd ten podziela, że okoliczność, iż cena oferty przekracza kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia nie może stanowić o braku interesu we wniesieniu odwołania. Należy mieć bowiem na uwadze, że zgodnie z art. 93 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający zawsze może zwiększyć kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Izba postanowiła uwzględnić zgłoszoną przez Zamawiającego opozycję co do zgłoszonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TPF spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz TPF Getinsa Euroestudios S.L z siedzibą w Madrycie, przystąpienia do udziału w przedmiotowym postępowaniu w charakterze uczestnika postępowania po stronie Odwołującego. Zgłaszający przystąpienie został skutecznie wykluczony z udziału w przedmiotowym postępowaniu, gdyż w ustawowym terminie nie wniósł własnego odwołania na czynność wykluczenia, zatem wskazując w zgłoszeniu przystąpienia na interes w rozstrzygnięciu

odwołania na korzyść strony, do której przystąpił z uwagi na to, że „został wykluczony z przedmiotowego postępowania przez Zamawiającego ze wskazaniem analogicznego uzasadnienia prawnego”, stanowi o niewypełnieniu przesłanki wskazania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił, o której mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Ewentualne rozstrzygnięcie odwołania na korzyść odwołującego nie wpłynie w żaden sposób na sytuację zgłaszającego przystąpienie, skoro nie wniósł on własnego odwołania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Jak wynika z treści SIWZ w pkt 7 tomu I IDW Zamawiający w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie osób oddelegowanych do pełnienia wskazanych w treści SIWZ funkcji, zawarł następujące warunki udziału w postępowaniu (kryteria kwalifikacji):

- w zakresie osoby proponowanej do pełnienia funkcji Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej:

wymagana liczba osób: po 1 osobie na każdą część zamówienia

Doświadczenie zawodowe: Minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dwujezdniowych dróg lub ulic klasy min. GP każde o wartości robót co najmniej: dla części 1 - 147 mln PLN netto; dla części 2 – 200 mln PLN netto; dla części 3 – 153 mln PLN netto, na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych lub Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta.

- w zakresie wymagań dla osoby proponowanej do pełnienia funkcji specjalisty ds. roszczeń:

Doświadczenie zawodowe:

A)

Minimum 24 miesiące doświadczenia zdobytego w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert/wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub 10 lat przed upływem terminu złożenia wniosku o zaakceptowanie proponowanej osoby do pełnienia funkcji Specjalisty ds. roszczeń przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont lub nadzór nad budową lub przebudowę lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z poniższą definicją) każde o wartości robót co najmniej:

dla części 1 - 147 mln PLN netto;

dla części 2 – 200 mln PLN netto;

dla części 3 – 153 mln PLN netto,

na stanowisku/stanowiskach:

stanowisku ds. roszczeń lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu/Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera.

albo

B)

1. Minimum 60 miesięcy doświadczenia, zdobytego w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert/wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub 10 lat przed upływem terminu złożenia wniosku o zaakceptowanie proponowanej osoby do pełnienia funkcji Specjalisty ds. roszczeń przy zarządzaniu, z ramienia Inwestora, realizacją 1 lub 2 lub 3 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont dwujezdniowych dróg lub ulic klasy min. GP każde o wartości robót co najmniej:

dla części 1 - 147 mln PLN netto;

dla części 2 – 200 mln PLN netto;

dla części 3 – 153 mln PLN netto,

na stanowisku/stanowiskach:

Dyrektora jednostki organizacyjnej Inwestora lub Dyrektora lub Zastępcy Dyrektora pionu do spraw realizacji inwestycji lub Naczelnika lub osoby kierującej Wydziałem/Zespołem do spraw realizacji inwestycji lub Kierownika Projektu lub Specjalisty do spraw analizy roszczeń.

W pkt 19.1.3. SIWZ Zamawiający zawarł opis kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” wraz z opisem podkryteriów i sposobu przyznawania punktów (pkt 19.1.3.1 SIWZ). Podkryterium 2.3 Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej zostało opisane w sposób następujący:

max. ilość punktów – 3.

Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dwujezdniowych dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej:

dla części nr 1 - 147 mln PLN netto

dla części nr 2 - 200 mln PLN netto

dla części nr 3 - 153 mln PLN netto

od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 7 IDW – Tom I SIWZ) na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych lub Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej lub Inżynier Kontraktu lub Inżynier Rezydent.

• 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 spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.*

W zakresie podkryterium 2.5 Specjalista ds. roszczeń:

max. ilość punktów – 3.

Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub remont lub nadzór nad budową lub przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 7 IDW – Tom I SIWZ) o wartości robót co najmniej:

dla części nr 1 - 147 mln PLN netto

dla części nr 2 - 200 mln PLN netto

dla części nr 3 - 153 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: stanowisku ds. roszczeń lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu/Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera.

- *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 spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.*

Ponadto stosownie do treści postanowienia pkt 19.1.3.5 SIWZ: Zamawiający informuje, że Formularz „Kryteria pozacenowe” w zakresie podkryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” nie stanowi dokumentu składanego w celu potwierdzenia spełniania warunków, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może mieć zastosowanie jedynie w zakresie wyjaśnienia treści złożonych ofert. 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. Jeśli w wyniku zastosowania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie okoliczności, o

których mowa w 25 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca dokona zmiany osoby wskazanej na stanowisko, które podlega ocenie i punktacji w ramach kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” -podkryterium od 2.1. do 2.6. - wówczas Zamawiający w ramach tego podkryterium nie przyzna punktów. Wykonawca w ramach kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” może wskazać tylko jedną osobę na stanowiska wskazane w podkryterium od 2.1. – do 2.6. W przypadku, gdy Wykonawca wskaże więcej niż 1 osobę do pełnienia danej funkcji, Zamawiający oceniał będzie jedynie tę osobę, która została wskazana jako pierwsza w kolejności.

Następnie Izba ustaliła, że Formularz 2.2. zatytułowany *FORMULARZ „KRYTERIA POZACENOWE” CZĘŚĆ 2* w kryterium Doświadczenie Personelu Konsultanta, podkryterium 2.2 *Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej* miał następujące brzmienie: *Na potwierdzenie posiadania przez p. (imię i nazwisko) 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: (...).* Analogiczne brzmienie w tej części miał Formularz 2.2. dla części 3 w kryterium Doświadczenie Personelu Konsultanta, podkryterium 2.4. *Specjalista ds. roszczeń.*

Ze złożonego przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie Formularza „Kryteria pozacenowe” dla części 2 wynika, że w podkryterium 2.2. Odwołujący w celu uzyskania punktacji, wskazał pana J.J. jako osobę, która „posiada doświadczenie przy realizacji wskazanego zadania/zadań od rozpoczęcia robót do wykonania zadania”, zadaniem referencyjnym była „Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 od rejonu węzła „Opacz” do węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową nr 7”. Natomiast w Formularzu dla części 3 Odwołujący wskazał na stanowisko Specjalisty ds. roszczeń pana R.Z., ale nie wskazał żadnych zadań referencyjnych celem uzyskania punktacji w tym podkryterium.

Natomiast ze złożonego „Wykazu osób” wynikało, że do pełnienia Funkcji Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej wskazano również pana J.J. i dwa zadania, w tym to zadanie, które zostało wskazane w Formularzu 2.2. dla części 2 w podkryterium 2.2, z tą różnicą, że w „Wykazie osób” wskazano, że ta osoba pełniła funkcję Inspektora nadzoru na przedmiotowym zadaniu w okresie od 04.2015 – 01.2016 r.

Co do pana R.Z. w „Wykazie osób” oświadczono, że w okresie 01.2012 – 09.2014 pełnił on funkcję Głównego specjalisty ds. roszczeń na zadaniu „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nad realizacją zadania Zaprojektowanie i budowa Trasy Górna na odcinku od skrzyżowania al. Jana Pawła II – ul. Pabianicka do ul. Rzgowskiego w Łodzi.

Pismem z dnia 9 stycznia 2018 r. w zakresie części 3 Zamawiający wezwał Odwołującego do zmiany osoby na stanowisko specjalisty ds. roszczeń i w konsekwencji do zmiany wykazu. Pismem z dnia 12 stycznia 2018 w odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący złożył nowy wykaz osób, w którym na stanowisko specjalisty ds. roszczeń wskazał pana A.S.

Pismami z dnia 8 czerwca 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie części 2 i 3, jako podstawę prawną czynności podając art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę na treść art. 191 ust. 2 oraz 192 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych i zasady, które musi uwzględniać z urzędu rozstrzygając w zakresie podnoszonych w odwołaniu zarzutów. Zgodnie z pierwszą regulacją „Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania”. Natomiast stosownie do treści drugiego z przepisów: „Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”.

Kierując się powyższymi zasadami skład orzekający doszedł do przekonania, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez bezpodstawne wykluczenie wykonawcy MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie w części 3 zamówienia oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie do złożenia wyjaśnień w zakresie osoby przedstawionej w „Wykazie osób” na stanowisko specjalisty ds. roszczeń pana R.Z., ponieważ w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów, które mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W przedmiotowej sprawie jest okolicznością bezsporną, że zaistniałych (na tle informacji wynikających ze złożonych przez Odwołującego formularza 2.2 „kryteria pozacenowe” oraz formularza „Wykaz osób”) wątpliwości Zamawiający nie wyjaśniał z Odwołującym, lecz poprzestał na informacjach uzyskanych od zamawiających – odbiorców robót wskazanych przez Odwołującego w Formularzu „Kryteria pozacenowe” oraz w „Wykazie osób”.

W zakresie podstawy wykluczenia zastosowanej przez Zamawiającego w części 3 zamówienia, wskazać należy co następuje.

Z uzasadnienia wykluczenia wynika, że osoba proponowana do pełnienia funkcji specjalisty ds. roszczeń powinna spełniać wymagania określone w warunkach udziału w

postępowaniu - zdolność techniczna lub zawodowa – pkt 7.2.3) b) – 5 IDW oraz wymagania dotyczące Podkryterium w zakresie specjalisty ds. roszczeń. Na skutek weryfikacji, Zamawiający ustalił, że na podanym przez Odwołującego zadaniu w treści „Wykazu osób”, stanowisko specjalista ds. roszczeń nie było wymagane. W konsekwencji Zamawiający uznał, że „pan R.Z. na zadaniu „Zaprojektowanie i budowa Trasy Górna na odcinku od skrzyżowania al. Jana Pawła II – ul. Pabianicka do ul. Rzgowskiej w Łodzi” nie pracował na stanowisku główny specjalista ds. roszczeń”. Z dowodu przedłożonego podczas rozprawy, tj. z korespondencji mailowej z dnia 4 grudnia 2018 r. wynika, że na wskazanym zadaniu „w załączonej do umowy SIWZ nie było wymagań dotyczących przedstawienia w schemacie organizacyjnym osoby zatrudnionej na stanowisku: Główny specjalista ds. roszczeń”. Podczas rozprawy Zamawiający wskazał ponadto na brzmienie warunku w zakresie specjalisty ds. roszczeń i wymóg, że specjalista ten „miał być zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadać odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania inżyniera”. Tymczasem kwestia ta nie została przez Zamawiającego wprost ustalona. Informacja otrzymana przez Zamawiającego nie dotyczy w ogóle powyższego wymagania. Ponadto Izba miała na uwadze treść złożonego formularza „Wykaz osób”, gdzie w zakresie osoby wskazanej na stanowisko specjalista ds. roszczeń Odwołujący oświadczył, że proponuje pana R.Z., który w okresie od stycznia 2012 do września 2014 r. sprawował funkcję Głównego specjalisty ds. roszczeń na zadaniu „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nad realizacją zadania Zaprojektowanie i budowa Trasy Górna na odcinku od skrzyżowania al. Jana Pawła II – ul. Pabianicka do ul. Rzgowskiej w Łodzi Inwestycja obejmująca budowę o klasie technicznej drogi GP. Łączna wartość robót 345 mln zł netto. „Jak wynika z powyższego w wykazie brakuje informacji, czy osoba ta została zgłoszona do Zamawiającego oraz posiadała odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania inżyniera. Stąd też dla prawidłowej oceny, czy wskazanie przez Odwołującego pana R.Z. na stanowisko specjalisty ds. roszczeń jest wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie niezbędne jest ustalenie, czy pan R.Z. (w przywołanym w wykazie osób zadaniu) był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania inżyniera. Z tego powodu Izba uznała za właściwe i celowe nakazanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego w części 3, w tym wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia „Wykazu osób” w zakresie, w jakim odnosi się on do doświadczenia pana R.Z. i ustalenie, czy na wskazanym zadaniu zajmował on stanowisko ds. roszczeń i był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania inżyniera, tylko bowiem ustalenie powyższego w sposób jednoznaczny pozwoli przesądzić o tym, czy Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu w omawianym zakresie.

W związku z powyższym czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp była wadliwa, ponieważ w stanie faktycznym będącym przedmiotem rozpoznania, nie doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Dodatkowo, skoro – jak słusznie podniósł Odwołujący – w treści SIWZ nie został zawarty wymóg, aby posługiwać się tylko zadaniami, w których wymóg przedstawienia specjalisty ds. roszczeń wynikał wprost z treści SIWZ, to nie można na obecnym etapie postępowania robić z tego zarzutu pod adresem Odwołującego. Odwołujący załączając do odwołania oświadczenie Inżyniera Kontraktu z dnia 11 lutego 2016 r. wykazał tym samym, że pan R.Z. wraz z pozostałymi osobami wskazanymi w treści tego oświadczenia świadczył na przedmiotowym zadaniu usługi wpisujące się w pełnienie funkcji głównego specjalisty ds. roszczeń, wobec czego uznać należy, że nie doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Natomiast co do „Wykazu osób”, w ocenie składu orzekającego, w zakresie w jakim odnosi się do pana R.Z., wykaz ten nie zawiera nieprawdziwych informacji lecz informacje niepełne, które nie pozwalają na ocenę czy został spełniony warunek udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji nie może być mowy o przedstawieniu nieprawdziwych informacji i wprowadzeniu Zamawiającego w błąd.

Z daleko posuniętej ostrożności Izba wskazuje Zamawiającemu, że jeżeli w wyniku wyjaśnień Zamawiający ustali, że pan R.Z. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, powinien przejść do oceny doświadczenia osoby przedstawionej w odpowiedzi na wezwanie z dnia 9 stycznia 2018 r. i dokonać weryfikacji, czy spełnia ona wymagania wskazane w treści SIWZ w omawianym zakresie.

Pozostałe zarzuty odwołania nie potwierdziły się z następujących powodów.

Jak wynika z dowodów złożonych przez Zamawiającego, w zakresie pana J.J., Zamawiający ustalił, że osoba ta pełniła funkcję Inspektora Nadzoru robót drogowych na wskazanej inwestycji w okresie od 14 kwietnia 2015 roku do 31 stycznia 2016 r. Dodatkowo Zamawiający uzyskał informację, że osoba ta nie pełniła powyższej funkcji od początku do końca realizacji inwestycji, ponieważ data rozpoczęcia robót to 1 maja 2013 r. a data zakończenia to 12 grudnia 2015 r. (vide: dowód nr 2 – korespondencja mailowa z dnia 6 czerwca 2018 r.). Ponadto Zamawiający przedstawił dowód nr 3, tj. wydruk ze strony internetowej s8-opacz-paszkw.pl, z którego wynika, że przekazanie placu budowy nastąpiło w dniu 16 kwietnia 2013 r. Dodatkowo podczas rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że w przypadku powyższego zadania charakter robót był taki, że inżynier ds. robót drogowych musiał być zaangażowany od samego początku realizacji robót. W związku z tym ma

podejrzanie, że od rozpoczęcia robót funkcję tą pełniła inna osoba, która następnie od kwietnia 2015 r. została zastąpiona przez pana J.

Skład orzekający oceniając czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp dokonaną w oparciu o powyższe ustalenia doszedł do przekonania, że była ona prawidłowa. Przede wszystkim powyższe daty są między stronami bezsporne. Odwołujący wprost przyznał na rozprawie, że nie kwestionuje iż rozpoczęcie robót miało miejsce 1 maja 2013 r. Dostrzeżenia wymaga, że przedmiotem zamówienia jest, obok kontynuacji projektowania, budowa drogi, a okres między rozpoczęciem robót, a pełnieniem przez wskazaną osobę funkcji Inspektora Nadzoru robót drogowych jest bardzo długi (prawie dwa lata). Wreszcie, brzmienie podkryterium nie pozostawia najmniejszych wątpliwości – osoba wskazana w podkryterium 2.3 miała posiadać *doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dwujezdniowych dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej (...) od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (...) na stanowisku/stanowiskach (...).*

Zatem skoro okolicznością bezsporną jest to, że rozpoczęcie robót na wskazanym zadaniu miało miejsce 1 maja 2013 r., a pan J. J. pełnił wskazaną funkcję od kwietnia 2015 r., to nie spełnia on powyższego wymogu, a wykonawca oświadczając, iż pełnił on tę funkcję od rozpoczęcia robót wprowadził Zamawiającego w błąd i tym samym słusznie został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 8 ustawy pzp 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. Jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8, wówczas wykonawca nie podlega wykluczeniu (art. 24 ust. 9 ustawy pzp). Omawiana instytucja tzw. samooczyszczenia (ang. self-cleaning), wywodzi się z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE. Ma ona na celu umożliwienie wykonawcy podjęcia określonych działań w celu uniknięcia wykluczenia z postępowania, nawet gdy istnieją wobec niego przesłanki wykluczenia. Podkreślenia wymaga, że procedura naprawcza nie daje możliwości zakwestionowania

podstaw wykluczenia, lecz pozwala wykonawcy udowodnić, że mimo zaistnienia jednej lub kilku przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16–20 i ust. 5 ustawy Pzp, podjęte przez niego działania są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Innymi słowy, nawet w przypadku stwierdzenia określonych naruszeń zamawiający nie będzie uprawniony do wykluczenia wykonawcy, jeżeli ten ostatni udowodni, iż podjął środki zaradcze w celu wyeliminowania powstania takich naruszeń w przyszłości, jak też w celu naprawienia szkody. Warunkiem skorzystania z instytucji samooczyszczenia jest przyznanie się wykonawcy do deliktu. Jeśli temu zaprzecza, to jego oświadczenie o samooczyszczeniu jest niewiarygodne (vide: KIO z dnia 3 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 139/17 oraz wyrok KIO z dnia 27 marca 2018 r. sygn. 444/18).

Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy wskazać należy, że skoro Odwołujący nie przyznaje, że miało miejsce wprowadzenie w błąd Zamawiającego, to nie może być mowy o skutecznym samooczyszczeniu. Ponadto z argumentacji przedstawionej przez Odwołującego w treści odwołania wynika, że samooczyszczenie miałyby polegać jedynie na przedstawieniu nowej osoby, w miejsce tej, której doświadczenie zostało zakwestionowane przez Zamawiającego. Tymczasem zwrócić należy uwagę Odwołującemu, że w sytuacji, jaka zaistniała w przedmiotowej sprawie tj. stwierdzenia, że zostały przedstawione informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie ma możliwości uzupełnienia dokumentu w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp poprzez niewystarczające podanie uzasadnienia faktycznego przy informowaniu Odwołującego o wykluczeniu w zakresie części 3 zamówienia. Z treści złożonego formularza „Kryteria pozacenowe” wynika, że pan R.Z. został wskazany na stanowisko specjalisty ds. roszczeń, ale Odwołujący nie wskazał dla tego osoby żadnych zadań w celu uzyskania punktów w tym kryteriów. Stąd też, choć źródłem informacji o doświadczeniu ww. osoby nie był ww. formularz, lecz „Wykaz osób”, nie można uznać aby okoliczność, iż w uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający nie referował do „Wykazu osób” przesądzała o zasadności zarzutu. Istotne z punktu widzenia prawidłowości sporządzenia uzasadnienia jest to, że Odwołujący na jego podstawie mógł wnieść odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów 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 (Dz.U. z 22 maja 2018 r. poz. 972.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....