

Sygn. akt: KIO 620/21

WYROK
z dnia 26 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2021 r. przez Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Andrespol z siedzibą w Andrespolu oraz PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Polwar Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego - na rzecz zamawiającego - kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia jednego pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, którym jest Gmina Andrespol z siedzibą w Andrespolu oraz PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (jednostka prowadząca postępowanie Gmina Andrespol z siedzibą w Andrespolu) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa skrzyżowania bezkolizyjnego z liniami kolejowymi nr 25 i 17 w ciągu ulicy Brzezińskiej w Andrespolu wraz z budową przyległego układu drogowego, w zamian za likwidację przejazdu kolejowo- drogowego kat A w km 18,175 linii kolejowej nr 25 i w km 13,162 linii kolejowej nr 17, w ramach projektu pn. „poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach Unii kolejowych z drogami – etap III”. , znak postępowania ZP.271.04.20.020.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonym, na podstawie ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843 z późn. zm.) zwanej dalej „ustaw” lub „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 127-309522 z dnia 3 lipca 2020 r.

W dniu 25 lutego 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej Odwołujący) od niezgodnej z przepisami prawa zamówień publicznych czynności i zaniechania Zamawiającego podjętych w postępowaniu tj. na nieuzasadnione wykluczenie Odwołującego z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą, a w konsekwencji wybór oferty Polwar S.A. niezgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa zamówień publicznych:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania na skutek nieuprawnionego przyjęcia, że odwołujący na skutek niedbalstwa wprowadził w błąd Zamawiającego co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji art. 24 ust. 4 Pzp poprzez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą;
2. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez nieuzasadnione pominięcie przez Zamawiającego przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu poprawionego załącznika nr 4 do IDW - wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia przedłożonego przez odwołującego w dniu 22.12.2020 r.;
3. ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 2 na skutek przyjęcia braku uprawnienia do samodzielnego uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, Odwołujący zarzucił - naruszenie przez

Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do przedłożenia/poprawienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp (w zakresie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 8.2.3. SIWZ odnoszącego się do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - kierownika robót urządzeń sterowania ruchem kolejowym);

4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania przetargowego przez Zamawiającego w sposób naruszający zasady równego traktowania, uczciwej konkurencji i nieuprawnione wykluczenie odwołującego z postępowania oraz zaniechanie wyboru jego oferty jako niekorzystniejszej.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.
2. unieważnienie czynności wyboru oferty Spółki Polwar S.A. jako najkorzystniejszej,
3. powtórzenie czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz z uwzględnieniem poprawionego załącznika nr 4 do IDW - wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia w zakresie kierownika robót urządzeń sterowania ruchem kolejowym i nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty odwołującego;
4. ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia wniosku wskazanego w pkt 3 Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wezwania odwołującego do przedłożenia/poprawienia dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp i w konsekwencji nakazanie zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego;
5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów Postępowania, dokumentu przedłożonego do niniejszego pisma oraz ewentualnych dowodów złożonych na rozprawie przed KIO.

Odwołujący wskazał że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ na skutek uchybień Zamawiającego, które stanowią przedmiot zarzutów niniejszego odwołania, odwołujący został wykluczony w postępowaniu, choć złożona przez niego oferta została sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu złożonych ofert.

Kwestionowane niniejszym odwołaniem czynności Zamawiającego spowodują poniesienie szkody przez Odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu mu uzyskania i realizacji zamówienia.

W kontekście interesu prawnego odwołujący wskazał, że aktualnym stanowiskiem KIO,

że „środki ochrony prawnej określone w dziale VI P.z.p. 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 ustawy.”

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący wskazał, że przedmiotem niniejszego postępowania jest realizacja zadania inwestycyjnego, którego zakres obejmuje wykonanie:

1. dokumentacji projektowej niezbędnej do prawidłowego wykonania wszystkich robót budowlanych i uzyskania dla niej wszystkich wymaganych opinii, uzgodnień, dopuszczeni, warunków, decyzji i pozwoleń niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia,
2. wszystkich robót budowlanych zgodnie z zakresem zamówienia na podstawie opracowanej przez Wykonawcę i zatwierdzonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej oraz wszystkich robót przygotowawczych niezbędnych do wykonania zakresu Umowy oraz wykonania wszelkich czynności wymaganych prawem,
3. przeprowadzenie oceny zgodności podsystemu strukturalnego Sterowanie - urządzenia przytorowe objętego zakresem zamówienia na każdym etapie (projektowania, budowy i końcowych prób podsystemu).

Warunkiem udziału w postępowaniu było dysponowanie potencjałem niezbędnym do wykonania zamówienia. W 8.2.3. ppkt 7 SIWZ IDW Zamawiający wskazał na wymóg dysponowania przez wykonawców potencjałem kadrowym, tj. kierownikiem robót urządzeń sterowania ruchem kolejowym. Zamawiający wymagał od kandydata na to stanowisko uprawnień budowlanych bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi, których zakres obejmować miał urządzenia sterowania ruchem kolejowym. Dodatkowo kandydat miał wykazać się doświadczeniem zawodowym w wymiarze 3 lat *„na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym na robotach związanych z remontem (tylko dla remontów lub rewitalizacji linii), budowa lub przebudowa infrastruktury kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym”*.

W zakresie powyższego wymogu składając ofertę Odwołujący polegał na potencjale podmiotu trzeciego, tj. P. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Teletechnika P. B., który udostępnił Odwołującemu kandydata na kierownika robót urządzeń sterowania ruchem kolejowym (SRK) P. B. . Zgodnie z informacją uzyskaną od podmiotu udostępniającego Pan P. B. spełniał warunki postawione przez Zamawiającego, zarówno w odniesieniu do uprawnień, jak i posiadanego doświadczenia.

W zakresie wymaganego doświadczenia podmiot udostępniający wskazał, że P. B. nabył doświadczenie przy realizacji następujących zadań:

1. budowa na rzecz PKP PLK IZ Rzeszów w okresie 09.2019-06.2020. „Wymiana

- istniejących urządzeń typu SPA-1 na SPA-4 bez zmiany kategorii przejazdu w km 56,534 linii 71 Ocice - Rzeszów Gł.”
2. budowa na rzecz PKP PLK SA IZ Sosnowiec w okresie 06.2019-11.2019. Przebudowa urządzeń sterowania ruchem kolejowym na stacji Puszcza Mariańska linia nr 12,
 3. budowa na rzecz Strabag Sp. z o. o. w okresie 02.2018 - 07.2019 „Rozbudowa układu drogowego ul. Pod Trzema Mostami w Gnieźnie na odcinku od Al. Reymonta do ul. Osiniec - roboty z branży SRK”,
 4. budowa na rzecz PKP PLK SA IZ Szczecin w okresie 02.2017-12.2017. „Wykonywanie napraw awaryjnych urządzeń sterowania ruchem kolejowym na terenie działania Zakładu Linii Kolejowych w Szczecinie”,
 5. budowa na rzecz PKP PLK SA IZ Opole w okresie 08.2016-12.2016 „Zmiana sposobu strzeżenia przejazdu kategorii A z miejsca na z odległości linia kolejowa 137 szlak Nowy Świątów - Nysa z robotami towarzyszącymi”.

Pismem z 18 grudnia 2020 r. Zamawiający wezwał STRABAG Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 PZP „dotyczących doświadczenia kierownika robót urządzeń sterowania ruchem kolejowym”. Jednocześnie też w komentowanym piśmie Zamawiający wyjaśnił, że:

„Wymagał, aby osoba wskazana przez Wykonawcę do pełnienia funkcji kierownika robót urządzeń sterowania ruchem kolejowym posiadała co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego, na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym na robotach związanych z remontem (tylko dla remontów lub rewitalizacji linii), budową lub przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym”.

W komentowanym wezwaniu Zamawiający zasygnalizował, że zgodnie z informacją uzyskaną od PKP PLK S.A. Pan P. B. nie był kierownikiem robót elektroenergetycznych w zakresie sterowania ruchem kolejowym na projektach realizowanych na rzecz PKP PLK S.A. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia tej informacji.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie w dniu 22 grudnia 2021 r. odwołujący wskazał, że w ramach opisanych zadań Pan P. B. brał udział przy nadzorowaniu i przebudowie urządzeń sterowania ruchem kolejowym oraz przy opracowywaniu dokumentacji powykonawczej, przy czym w ramach realizacji powyższych zadań nie było konieczności prowadzenia dziennika budowy. Odwołujący, zgodnie z informacją uzyskaną od podmiotu udostępniającego wyjaśnił, że Pan P. B. zdobył wymagane doświadczenie w zakresie SRK, choć nie został formalnie zgłoszony Zamawiającemu, jako kierownik, z uwagi na to, że nie było takiego wymogu.

Jednocześnie też odwołujący wyjaśnił, że co do doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego nie było wymagane pełnienie funkcji w rozumieniu wymogów administracyjnoprawnych (co wiąże się z wymogiem odpowiednich zgłoszeń czy wpisów do dziennika budowy), ale doświadczenie zawodowe na „stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót”. Innymi słowy w odniesieniu do doświadczenia na stanowisku kierownika robót SRK sformułowany w SIWZ warunek nie stawiał wymogu, by kierownik budowy nabył doświadczenia na tym stanowisku wyłącznie w ramach inwestycji wymagających formalnego zgłoszenia danej osoby do inwestora, czy w ramach inwestycji wymagających prowadzenia dziennika budowy.

W wyjaśnieniach z 22 grudnia 2020, na które powołuje się Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji, Odwołujący faktycznie wskazał, że zgodnie z informacją uzyskaną od podmiotu udostępniającego Pan P. B. zdobywał doświadczenie na stanowisku kierownika robót, a zatem irrelevantne dla oceny spełniania warunków zgodnie z opisem zawartym w SIWZ było notyfikowanie tego faktu Zamawiającemu danej inwestycji.

Powyższe stanowisko Odwołującego zostało zakwestionowane przez Zamawiającego w uzasadnieniu skarżonej decyzji:

„Zamawiający na podstawie SIWZ stwierdza, iż wykonawca w tym zakresie mija się z faktami, gdyż pojęcie kierownika robót było zdefiniowane pod tabelą wymagań co do kwalifikacji osób, jako: „4. Definicja budowy lub przebudowy, kierownika budowy lub robót została określona w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. 2020 r. poz. 695 ze zm.).”

Co istotne, ani w wezwaniu do udzielenia wyjaśnień z 18 grudnia 2020r. ani w decyzji o wykluczeniu z 15 lutego 2021r. Zamawiający nie ujawnił, w jaki sposób analizowany warunek omawiany rozumiał. Za nieporozumienie uznać należy odwołanie się do definicji ustawy Prawo budowlane. Przepisy tej ustawy nie zawierają definicji kierownika budowy, ani stanowiska kierownika budowy. Przepisy te nie rozstrzygają o sposobie ani formie nabywania doświadczenia na danym stanowisku. W tym zakresie uzasadnione było rozumienie omawianego warunku prezentowane przez Odwołującego.

Nie może ująć uwadze, że doświadczenie jest powszechnym pojęciem składającym się z wiedzy lub umiejętności w obserwacjach pewnych rzeczy, wydarzeń, uzyskanych poprzez zaangażowanie w ujawnienie tych rzeczy lub wydarzeń. Pojęcie doświadczenia generalnie odnosi się do wiedzy, jak wykonać pewne zadania. Zgodnie z definicją Słownika Języka Polskiego doświadczenie to ogół wiadomości i umiejętności zdobytych na podstawie obserwacji i własnych przeżyć. Skoro Zamawiający w pkt. 8.2.3. ppkt 7 SIWZ przewidział doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub kierowania robót, to spełnieniem tego kryterium było doświadczenie nabyte przez daną osobę, niezależnie od formalnego jej zgłoszenia inwestorowi, czy od prowadzenia dziennika budowy. Przeciwnie wnioski

Zamawiającego byłby niezgodne z literalnym brzmieniem warunku postawionego przez Zamawiającego.

Odnosząc się do wskazanego przez Zamawiającego pisma PKP PLK z 8 stycznia 2021r. wskazać należy, że informacje zawarte w tym piśmie potwierdzają zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd niedbalstwa odwołującego. Z cytowanych przez Zamawiającego informacji wynika, że na dwóch inwestycjach funkcję kierownika robót pełniła inna osoba, na dwóch innych nie był powołany kierownik robót SRK, a na jednej z nich prace nie były wykonywane na sieci PKP PLK S.A. wobec czego spółka nie miała podstaw wypowiedzenia się w przedmiocie kierownika robót SRK.

Udzielając wyjaśnień Zamawiającemu w dniu 22 grudnia 2020, a także powołując się na potencjał podmiotu trzeciego, odwołujący działał w dobrej wierze bazując na zapewnieniu podmiotu trzeciego, co do posiadanego doświadczenia. W realiach stanu faktycznego tej sprawy odwołujący opierał się na pośrednim dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, na co pozwala art. 22a ust. 2 ustawy PZP. (zamiast wielu porównaj m.in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2009 r. KIO/UZP 766/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2009 r. KIO/UZP 639/09; KIO/UZP 659/09). Z treścią powoływanych wyroków koresponduje opinia Prezesa UZP pn. "Dopuszczalność żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego", opublikowanej na stronie www.uzp.gov.pl.

W ww. opinii o przypadkach pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia rozstrzyga wg Prezesa UZP więź prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą o podmiotem trzecim. W takich przypadkach tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosowne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia tych osób. W realiach stanu faktycznego niniejszej sprawy z taką sytuacją mamy do czynienia.

Jak wynika z przepisów ustawy Pzp, obowiązkiem Zamawiającego jest skierowanie do wykonawcy, który złożył oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), wezwania do złożenia wyjaśnień, w każdym przypadku gdy oświadczenia te lub dokumenty z jakichkolwiek względów są dla Zamawiającego niejasne, budzą wątpliwości, przy czym brak jest jakichkolwiek innych przesłanek skierowania wezwania (innych niż wątpliwości Zamawiającego). Obowiązek skierowania takiego wezwania oznacza jednocześnie obowiązek uwzględnienia przez Zamawiającego w toku badania spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu informacji pozyskanych w wyniku takiego Wezwania. Stanowisko przeciwne oznaczałoby pozbawienie Wykonawcy prawa

wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób gwarantowany mu przepisami ustawy Pzp wskazanymi w petitum odwołania.

Odwołujący nie miał podstaw, by kwestionować zapewnienia podmiotu udostępniającego o zakresie nabytego doświadczenia. Mając na uwadze ograniczoną rolę kierownika robót w stosunku do kierownika budowy oraz opierając się na częstej praktyce pełnienia obowiązków kierownika robót bez konieczności formalnego zgłaszania takiej osoby inwestorowi, na etapie przygotowania oferty, odwołujący uzyskał bezpośrednio od kandydata na stanowisko kierownika robót SRK zapewnienie co do posiadanych uprawnień i doświadczenia.

Kandydat do pełnienia funkcji kierownika budowy robót z zakresu SRK, Pan P. B., na podstawie informacji przekazanych w Oświadczeniu z 30 sierpnia 2020 r. wskazał na:

- i) posiadanie uprawnienia do pełnienia funkcji kierownika w zakresie kierowania robotami obejmującymi urządzenia sterowania ruchem kolejowym (srk) bez ograniczeń, czego potwierdzeniem są uprawnienia jak podał w treści Oświadczenia (i):
- ii) doświadczenie zawodowe w zakresie sterowania urządzeniami ruchu kolejowego (srk) (ii) w sposób zbieżny z treścią przekazanego Wykonawcy - Oświadczenia o spełnieniu ww. warunku SIWZ".

Dowód: Oświadczenie P. B. z 30.08.2020r.

Powyższe okoliczności stanowią potwierdzenie zachowania przez odwołującego aktów staranności wymaganych od profesjonalistów. Konstrukcja przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp nakazuje przyjąć, że zachowanie wykonawcy przy podaniu informacji zamawiającemu podlega ocenie w kontekście art. 355 § 1 k.c. w zw. z art. 14 Pzp (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20.03.2017 r., sygn. KIO 382/17), zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Jednym z przejawów staranności jest wymóg przedstawiania zamawiającemu informacji opartych na prawdzie, rzetelnych i znajdujących odzwierciedlenie w faktach. W stanie faktycznym niniejszej sprawy odwołujący zweryfikował prawdziwość oświadczenia podmiotu udostępniającego w możliwym zakresie. Jak wyżej wskazano, warunek dotyczący doświadczenia kierownika robót nie został określony w sposób aktualnie prezentowany przez Zamawiającego. Zamawiający nie wymagał doświadczenia potwierdzonego zgłoszeniem osoby kierownika inwestorowi. Nie istniał obowiązek nabycia doświadczenia w tym zakresie wyłącznie w ramach zadań wymagających prowadzenia dziennika budowy.

Mając powyższe na uwadze odwołujący uzyskał dodatkowe zapewnienie kandydata na stanowisko kierownika SRK, czyniąc zadość obowiązkom profesjonalnego wykonawcy, dochowując aktów należytej staranności wymaganych od profesjonalisty.

Nie miał tym samym racji Zamawiający przyjmując, że wobec Odwołującego ziściły się przesłanki żart. 24 ust. 1 pkt 17 PZP

“W niniejszym stanie faktycznym wykonawca Strabag sp. z o.o. opierając się na niezweryfikowanych informacjach uzyskanych od podmiotu udostępniającego zasób co najmniej na skutek niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając w JEDZ oświadczenie, że spełnia na dzień składania ofert wszystkie warunki udziału w postępowaniu (kryteria kwalifikacji) w tym warunek dotyczący osoby Kierownika robót urządzeń sterowania ruchem kolejowym co doprowadziło do uznania jego oferty jako najwyższej ocenionej”.

Odwołujący zauważa, że w praktyce posługiwania się przez wykonawców potencjałem podmiotów trzecich nie można wykluczyć przypadku, kiedy wykonawca błędnie ocenia swój potencjał i decyduje się na wsparcie potencjałem podmiotu trzeciego, a w wyniku jego negatywnej weryfikacji, o której mowa w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, decyduje się na przedstawienie własnego.

Scenariusz ten mieści się w procedurze wezwania do uzupełniania dokumentów, także w trybie określonym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, którego z naruszeniem zasad art. 7 ust. 1 i 3 PZP nie zastosował Zamawiający.

Zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp ma na celu danie wykonawcy szansy na wykazanie spełnienia m.in. warunku udziału w postępowaniu, jeżeli nie wykazał go w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp-*vide* wyrok KIO z 03.12.2020, KIO 3054/20.

Za pozbawione podstaw prawnych uznać należy oczekiwanie Zamawiającego, by Odwołujący *“...po otrzymaniu w dniu 18.12.2020 r. pisma Zamawiającego nt. wątpliwości co do doświadczenia Pana P. B. powinien to doświadczenie w sposób staranny zweryfikować i jeśli uważał, że podał informacje prawidłowe, to w piśmie wyjaśniającym z dnia 21 grudnia 2020 r. winien takie oświadczenie zawrzeć i poprzeć je stosownymi dowodami. Jeśli zaś wykonawca uznał, że na skutek informacji uzyskanych od podmiotu udostępniającego zasoby”*. Podstawy takiej nie mógł stanowić powołany w wezwaniu z 18.02.2021 r. przepis art. 26 ust 4 Pzp.

Odwołujący po otrzymaniu pisma Zamawiającego istotnie dokonał ponownej weryfikacji informacji na temat doświadczenia P. B. . W piśmie z 18 grudnia 2020 r. Zamawiający nie ujawnił prezentowanej aktualnie wykładni warunku udziału w postępowaniu, nie ujawnił też informacji od PKP PLK S.A. (choć jest nim sam Zamawiający) w takim zakresie, w jakim uczynił to w piśmie z 15 lutego 2021 r. Odwołujący nie miał podstaw kwestionować oświadczenia podmiotu udostępniającego czy też oświadczenia samego kandydata na kierownika. Sprawdził informacje przekazane przez ten podmiot w możliwym zakresie.

Mając na uwadze specyfikę nabywania doświadczenia w ramach pełnienia funkcji kierownika robót i trudności z jego udokumentowaniem, z daleko idącej ostrożności

udzielając wyjaśnień w dniu 22 grudnia 2020 r. odwołujący oświadczył dodatkowo, że w zakresie wymogu dotyczącego potencjału osobowego dysponował i nadal dysponuje potencjałem własnym w zakresie kierownika robót urządzeń SRK, z którego jest uprawniony korzystać na potrzeby realizacji zamówienia. W związku z powyższym odwołujący przedłożył Zamawiającemu zmodyfikowany w zakresie kierownika SRK wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, który potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Mając na względzie powyższe okoliczności wskazać należy, że w niniejszym postępowaniu nie istniały podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania. Kwestionowana czynność Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w powołanym przepisie 24 ust. 1 pkt 17. Opierając się na potencjalne podmiotu trzeciego STRABAG Sp. z o.o. wykazał się aktami staranności adekwatnymi do stanu faktycznego sprawy. Wykonawca uzyskał oświadczenie podmiotu udostępniającego o zakresie nabytego przez kierownika doświadczenia ze wskazaniem konkretnych zadań, w ramach których kandydat nabył doświadczenie. Dodatkowo odwołujący otrzymał oświadczenie kandydata na kierownika, z którego wynika, że był przeświadczony o zakresie nabytego doświadczenia.

Odwołujący dochował aktów staranności adekwatnych do wymagań niniejszego postępowania, nie ma w związku z tym podstaw do zarzucenia mu niedbalstwa przy przedstawianiu informacji i wyjaśnień w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego wobec zaniechania wezwania do uzupełnienia lub zmiany w zakresie oświadczeń i dokumentów dotyczących podmiotowych dokumentów Wykonawcy, Zamawiający naruszył powołane w petitum przepisu ustawy Pzp.

W dniu 1 marca 2021 r. do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Polwar S.A. z siedzibą w Gdańsku (dalej jako Przystępujący), wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w dniu 22 marca 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem

1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”)

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Polwar S.A. z siedzibą w Gdańsku i dopuściła wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania na skutek nieuprawnionego przyjęcia, że odwołujący na skutek niedbalstwa wprowadził w błąd Zamawiającego co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji naruszył art. 24 ust. 4 Pzp poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z 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.

Zatem na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, Zamawiający winien wykluczyć z postępowania wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Podkreślenia wymaga, skutek jakim jest wprowadzenia Zamawiającego w błąd polegający na istotnym wpływie 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 powyższego przepisu.

Należy dodać, że na podstawie art. 14 Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r. sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w

zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wprost określa, że przedstawienie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego może nastąpić w wyniku niedbalstwa, a nawet lekkomyślności wykonawcy.

Należy przyjąć, że przepisy, nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego adekwatny pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99 (opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Skutek złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych czy niepełnych, czyli wprowadzających w błąd informacji przejawia się w tym, że gdyby wykonawca przedstawił prawdziwe lub pełne informacje, zamawiający podjąłby inną decyzję w prowadzonym postępowaniu, gdyż nie zostałby wprowadzony w błąd. Przy czym należy zaznaczyć, że decyzje odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia, zakwalifikowania do udziału w postępowaniu zamawiający podejmuje na podstawie oświadczeń i dokumentów przedstawionych przez wykonawcę. W tym sensie na potrzeby prowadzonego postępowania znaczenie ma, czy wykonawca formalnie wykazał w ten sposób spełnianie warunków udziału, kryteriów kwalifikacji czy brak podstaw do wykluczenia. Natomiast zamawiający nie ma obowiązku ustalania tzw. prawdy materialnej tzn., czy biorąc pod uwagę najlepszy możliwy sposób wykazania tych okoliczności przez wykonawcę, obiektywnie spełnia on warunki, kryteria kwalifikacji lub nie podlega

wykluczeniu. Skoro według art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału lub nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, nie ma podstaw prawnych, aby skutek wprowadzenia w błąd zamawiającego odnosić do innego stanu rzeczy niż wynikający ze złożonych przez wykonawcę w postępowaniu oświadczeń lub dokumentów.

Natomiast taki skutek nie jest wymagany dla wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, gdyż z brzmienia tego przepisu wynika, że wystarczające jest, aby informacje wprowadzające w błąd mogły mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego. Innymi słowy przy niedbałym przedstawieniu wprowadzających w błąd informacji ocena jego istotności jest uzależniona od tego czy mogło to, a nie czy miało to wpływ na decyzje w sprawie udzielenia zamówienia. Jak trafnie wywiódł Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 20 lipca 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 849/18, dla rozważań dotyczących przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp istotne jest jedynie zachowanie wykonawcy i treść informacji (mogącej mieć wpływ na decyzje zamawiającego), natomiast stan wiedzy czy zachowanie zamawiającego nie ma żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia, czy zamawiający został skutecznie wprowadzony w błąd na skutek czego podjął jakiegokolwiek decyzje czy wykonał jakiegokolwiek czynności. Sąd podkreślił, że gdyby nawet zamawiający w powołaniu na wypracowane *notorium* (uwzględniając stan posiadanej przez siebie wiedzy) zachowałby ostrożność w podejmowaniu decyzji, samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia.

Należy wziąć pod uwagę, że wprowadzenie przesłanek wykluczenia ma na celu ochronę zamawiających przez nierzetelnymi wykonawcami. Wykonawca, który w sformalizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia podaje informację niemającą odzwierciedlenia w rzeczywistym stanie rzeczy, nie daje rękojmi rzetelności i sam poddaje w wątpliwość swój profesjonalizm, który wymaga dołożenia należytej staranności ocenianej według podwyższonego miernika (por. wyrok KIO z 21 września 2020 r. o sygn. akt 2113/20).

W okolicznościach przedmiotowego postępowania niezbędne jest ustalenie, czy Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, a jeżeli odpowiedź na to pytanie będzie twierdząca, to czy nastąpiło to w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, oraz czy zarzucane wprowadzenie w błąd mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu w zakresie wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp a w konsekwencji uznania oferty Odwołującego na podstawie art. 24 ust 4 Pzp. za odrzuconą.

W treści SIWZ w pkt. 8.2.3 ppkt 7 IDW Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu, polegający na wykazaniu przez Wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, min., kierownikiem robót urządzeń sterowania ruchem kolejowym – 1 osoba, posiadająca co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego, na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym na robotach związanych z remontem (tylko dla remontów lub rewitalizacji linii), budową lub przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym. Zamawiający opracował wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, zgodnie z którym należało podać dla osoby wskazanej na danym stanowisku: zajmowane stanowisko (w czasie wykonania usługi lub roboty budowlanej). Dla osoby wskazanej jako Kierownik robót urządzeń sterowania ruchem kolejowych, Odwołujący wskazał pana P. B., podając w ramach wymaganych informacji: Kierownik Robót elektroenergetycznych w zakresie sterowania ruchem kolejowym, wskazując pięć pozycji, w ramach których zajmował stanowisko kierownika robót elektroenergetycznych.

W ocenie Izby, tak sformułowane oświadczenie przez Odwołującego nie pozostawia wątpliwości, iż Odwołujący świadomie wskazał ww. osobę na stanowisko kierownika robót urządzeń sterowania ruchem, wskazując, iż na podanych robotach lub usługach pełniła stanowisko kierownika robót.

Niezrozumiała dla Izby jest argumentacja Odwołującego, iż Zamawiający nie wymagał pełnienia funkcji kierownika robót lub kierownika budowy w rozumieniu wymogów administracyjnoprawnych (co wiąże się z wymogiem odpowiednich zgłoszeń czy wpisów do dziennika budowy), lecz doświadczenia zawodowego na „*stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót*”. Zamawiający w SIWZ wyraźnie wskazał, iż definicja budowy lub przebudowy, kierownika budowy lub robót została określona w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. 2020 r. poz. 695 ze zm.). Ponadto sposób wypełnienia załącznika nr 4 do IDW, tj. Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, nie wskazywał na brak zrozumienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, w kwestionowanym zakresie. Odwołujący wypełnił go, podając konkretne informacje, w sposób wskazujący na spełnienie stawianego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.

W wyniku wezwania przez Zamawiającego z dnia 18 grudnia 2020 r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 4 Pzp w zakresie osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót sterowania ruchem kolejowym, Odwołujący pismem z dnia 21 grudnia 2020 r. wyjaśnił, że w powyższym zakresie polegał na potencjale podmiotu trzeciego, wskazując osobę spełniającą ww. warunki udziału w postępowaniu. Ponadto wskazał iż odmiennie rozumiał warunek udziału w postępowaniu. Złożył również nowy wykaz osób, ze wskazaniem innej osoby na stanowisko Kierownika SRK.

Zamawiający w wyniku korespondencji z podmiotami wskazanymi w wykazie osób, dla których realizowane były wskazane tam usługi i roboty budowlane uzyskał informacje, potwierdzające, iż pan P. B. nie pełnił wskazanej przez Odwołującego funkcji kierownika robót (na dwóch realizacjach nie było stanowiska kierownika robót, a na dwóch innych kierownikiem robót była inna osoba).

W ocenie Izby należało uznać, że Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący opierając się na informacjach uzyskanych od podmiotu udostępniającego zasób co najmniej na skutek niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając w JEDZ oświadczenie, że spełnia na dzień składania ofert wszystkie warunki udziału w postępowaniu (kryteria kwalifikacji) w tym warunek dotyczący osoby Kierownika robót urządzeń sterowania ruchem kolejowym co doprowadziło do uznania jego oferty jako najwyższej ocenionej. Następnie w Wykazie osób złożonym na skutek wezwania w oparciu o art. 26 ust. 1 Pzp oświadczył niezgodnie z rzeczywistością, iż Pan P. B. był kierownikiem robót elektroenergetycznych w zakresie SRK, na wskazanych w Wykazie osób zadaniach - co jak dowiódł Zamawiający, nie miało miejsca.

Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w przywołanym w odpowiedzi na odwołanie wyroku KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r., KIO 1576/19, zgodnie z którym przy ocenie informacji uzyskanych od podmiotu udostępniającego zasoby wykonawcę obowiązuje taki sam miernik staranności jak przy weryfikowaniu informacji własnych. "Wykonawca decydując się na skorzystanie z zasobów podmiotu trzeciego winien wykazać się szczególną starannością w weryfikacji informacji przekazanych przez taki podmiot. Nie można sprowadzić staranności wykonawcy to roli pośrednika w przekazywaniu informacji otrzymanych od podmiotu trzeciego. Wykonawca decydujący się na zaangażowanie podmiotu zewnętrznego musi podjąć wszelkie możliwe starania do upewnienia się czy rzeczywiście podmiot ten posiada określony zasób. Innymi słowy musi zweryfikować sytuację podmiotu trzeciego co do deklarowanego zasobu, tak aby miał pewność, że składane przez niego oświadczenia w ofercie wynikają z obiektywnie ustalonych faktów. Każdy racjonalny, a przede wszystkim profesjonalny przedsiębiorstwa podejmując decyzję o realizacji zamówienia z podmiotem trzecim, co do którego wykonawca może mieć ograniczoną wiedzę o rzeczywiście posiadanym doświadczeniu czy zasobach winien wykazać się szczególną starannością w procesie weryfikacji deklarowanych przez niego zasobów".

Ponadto podkreślenia wymaga, iż oświadczenie pana P. B. z 30 sierpnia 2020 r. nie potwierdza, że na wymienionych tam robotach wykonywał on funkcję Kierownika robót urządzeń sterowania ruchem kolejowym, lecz odnosi się do posiadanego doświadczenie o określonym w oświadczeniu zakresie.

Powyższe wskazuje na to, iż to Odwołujący podając informacje w załączniku nr 4 do IDW – wykazie osób, podał dane, które nie pokrywają się z treścią oświadczenia złożonego przez pana P. B., dokonując ich nadinterpretacji.

Wobec powyższego, należy uznać, że poprzez podanie informacji nieprawdziwych, działania Odwołującego wprowadziły Zamawiającego w błąd, co do spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, tj. w okolicznościach przedmiotowej sprawy mających istotne znaczenia dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu. Ponadto nastąpiły one co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

Przedstawiony stan faktyczny potwierdza, iż w okolicznościach niniejszej sprawy zostały spełnione przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp warunkujące wykluczenie Odwołującego z postępowania.

Wobec powyższego, zarzut należy uznać za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp poprzez niezasadnione pominięcie przez Zamawiającego przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu poprawionego załącznika nr 4 do IDW - wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia przedłożonego przez Odwołującego w dniu 22 grudnia 2020 r oraz zarzutu ewentualnego przyjęcia braku uprawnienia do samodzielnego uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do przedłożenia/poprawienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp (w zakresie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 8.2.3. SIWZ odnoszącego się do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - kierownika robót urządzeń sterowania ruchem kolejowym), w ocenie Izby zarzut należy uznać za niezasadny.

Wskazać należy, że przepis art. 26 ust. 3 Pzp nie odnosi się do sytuacji samodzielnego złożenia przez wykonawcę dokumentów niezbędnych dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bez wezwania zamawiającego. Zgodnie z jego treścią: *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.*

Jednocześnie podkreślenia wymaga, iż w przypadku wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp nie ma możliwości sanowania nieprawdziwej informacji podanej przez wykonawcę, a tym bardziej do wzywania takiego wykonawcy do złożenia informacji nowych, niezawierających wad lub poprawienia informacji złożonych wcześniej, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Redakcja przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp stanowiąca, że w przypadku, gdy wykonawca złożył w ofercie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mające wpływ na wynik postępowania, nie pozostawia wątpliwości, że zamawiający ma bezwzględny obowiązek wykluczenia tego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, bez możliwości zastosowania procedury wskazanej w art. 26 ust. 3 Pzp. W przypadku podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, wyłączona jest zatem możliwość uzupełnienia dokumentów na mocy art. 26 ust. 3 Pzp.

W związku z powyższym, w okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający prawidłowo postąpił, nie wzywając Odwołującego do uzupełnienia wykazu osób na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Izba nie stwierdziła również naruszeń w zakresie zarzutu dotyczącego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania przetargowego przez Zamawiającego w sposób naruszający zasady równego traktowania, uczciwej konkurencji.

W powyższych okolicznościach należało zatem orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: