

Sygn. akt: KIO 2608/18

Sygn. akt: KIO 2631/18

Sygn. akt: KIO 2646/18

## WYROK

z dnia 22 stycznia 2019 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Członkowie:** Katarzyna Prowadzisz

Ewa Sikorska

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2019 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **przez odwołujących:**

1. MGGP S.A. ul. Kaczkowskiego 6; 33-100 Tarnów w dniu 20 grudnia 2018 roku o **Sygn. akt KIO 2608/18;**
2. Konsorcjum: 1."ECM Group Polska" S.A. ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa; 2. JPL Project sp. z o.o. Aleja Niepodległości 58, 02-626 Warszawa w dniu 21 grudnia 2018 roku o **Sygn. akt KIO 2631/18;**
3. TPF Sp. z o.o. ul. Annopol 22; 03-236 Warszawa w dniu 24 grudnia 2018 roku o **Sygn. akt KIO 2646/18;**

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa w imieniu którego postępowanie prowadzi: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie ul. Mogilska 25; 31-542 Kraków

**przy udziale:**

- A. Konsorcjum: 1."ECM Group Polska" S.A. ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa;  
2. JPL Project sp. z o.o. Aleja Niepodległości 58, 02-626 Warszawa zgłaszające przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o Sygn. akt: KIO 2608/18 **po stronie zamawiającego,**
- B. TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o Sygn. akt: KIO 2608/18 i KIO 2631/18 **po stronie zamawiającego,**
- C. MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o Sygn. akt: KIO 2631/18 i KIO 2646/18 **po stronie zamawiającego.**

**orzeka**

- 1. oddala wszystkie trzy odwołania
- 2. kosztami postępowania obciąża:
  - 2.1. MGGP S.A. ul. Kaczkowskiego 6; 33-100 Tarnów i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego w sprawie **o Sygn. akt KIO 2608/18;**
  - 2.2. Konsorcjum: 1."ECM Group Polska" S.A. ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa;  
2. JPL Project sp. z o.o. Aleja Niepodległości 58, 02-626 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego w sprawie **o Sygn. akt KIO 2631/18;**
  - 2.3. TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego w sprawie **o Sygn. akt KIO 2646/18**
- 3. zasądza na rzecz Skarbu Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa w imieniu którego postępowanie prowadzi: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie ul. Mogilska 25; 31-542 Kraków:
  - 3.1. od MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie ul. Kaczkowskiego 6; 33-100 Tarnów kwotę 3.600,00 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w sprawie **o Sygn. akt KIO 2608/18;**

- 3.2. od Konsorcjum: 1."ECM Group Polska" S.A. ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa; 2. JPL Project sp. z o.o. Aleja Niepodległości 58, 02-626 Warszawa kwotę 3.600,00 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w sprawie o **Sygn. akt KIO 2631/18**;
- 3.3. od TPF Sp. z o.o. ul. Annopol 22; 03-236 Warszawa kwotę 3.600,00 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w sprawie o **Sygn. akt KIO 2646/18**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Odwołania zostały złożone w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, w imieniu którego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31- 542 Kraków, zwany dalej „Zamawiającym”.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, pod nazwą: Zarządzanie Kontraktem i pełnienie nadzoru nad zadaniem: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S 52 odc. Północna Obwodnica Krakowa: węzeł Modlnica - węzeł Kraków Mistrzejowice (bez węzła)", znak: O.KR.D-3.2410.1.2018,

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 090-203328 w dniu 12 maja 2018 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatruje odwołania w oparciu ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) – dalej zwana „ustawą Pzp” lub „pzp”.

Poniżej wymienione odwołania Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostały skierowane do łącznego rozpoznania:

1. odwołanie złożone przez MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie ul. Kaczkowskiego 6; 33-100 Tarnów w dniu 20 grudnia 2018 roku o **Sygn. akt KIO 2608/18**;
2. odwołanie złożone przez Konsorcjum: 1. "ECM Group Polska" S.A. ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa; 2. JPL Project sp. z o.o. Aleja Niepodległości 58, 02-626 Warszawa w dniu 21 grudnia 2018 roku o **Sygn. akt KIO 2631/18**;
3. odwołanie złożone przez TPF Sp. z o.o. ul. Annopol 22; 03-236 Warszawa w dniu 24 grudnia 2018 roku o **Sygn. akt KIO 2646/18**.

### Odwołanie w sprawie o Sygn. akt KIO 2608/18

Odwołujący: MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów zwany dalej „MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie” lub „MGGP”

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1 i art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wniesiono odwołanie następującej treści jak poniżej.

Odwołanie wniesiono wobec czynności:

- wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Zarządzanie Kontraktem i pełnienie nadzoru nad zadaniem: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S 52 odc. Północna Obwodnica Krakowa: węzeł Modlnica - węzeł Kraków Mistrzejowice (bez węzła)”;

oraz

- unieważnienia wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo, że Odwołujący składając ofertę nie dopuścił się ani lekkomyślności ani niedbalstwa, lecz dochował należytej staranności w zakresie dotyczącym wskazania w formularzu „kryteria pozacenowe” doświadczenia:

- Pana K. P. - w odniesieniu do zadania nr1: Zarządzanie i nadzór nad budową autostrady A 4 odcinek węzeł Wielicka - węzeł Szarów; oraz

- Pani M. M.-M. - w odniesieniu do zadania nr 1: Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 od rejonu węzła „Opacz” (z wyłączeniem tego węzła) do węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem Paszków i ww. skrzyżowaniem). Etap I cz. 1 odc. węzeł „Opacz” - węzeł „Paszków”, etap II - odc. węzeł „Janki Małe” - skrzyżowane z DW 721”;

2) art. 87 ust. 1 pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego, w trybie art. 87 ust.1 pzp, do udzielenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym wskazania w formularzu „kryteria pozacenowe” doświadczenia Pana K. P. w zakresie zadania nr 1: Zarządzanie i nadzór nad budową autostrady A4 odcinek węzeł Wielicka - węzeł Szarów oraz doświadczenia Pani M. M.-M. w zakresie zadania nr 1: Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S 8 od rejonu węzła „Opacz” (z wyłączeniem tego węzła) do węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem Paszków i ww. skrzyżowaniem). Etap I cz. 1 odc. węzeł „Opacz” - węzeł „Paszków”, etap II - odc. węzeł „Janki Małe” - skrzyżowane z DW 721”, co w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp;

3) art. 24 ust. 8 i 9 pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp przez brak umożliwienia Odwołującemu skorzystania z procedury tzw. samooczyszczenia, co w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp w zakresie dotyczącym wskazania w formularzu „kryteria pozacenowe” doświadczenia Pana K. P. w zakresie zadanie nr 1: Zarządzanie i nadzór nad budową

autostrady A4 odcinek węzeł Wielicka - węzeł Szarów oraz doświadczenia Pani M. M.-M. w zakresie zadania nr 1: Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 od rejonu węzła „Opacz” (z wyłączeniem tego węzła) do węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem Paszków i ww. skrzyżowaniem). Etap I cz. 1 odc. węzeł „Opacz” - węzeł „Paszków”, etap II - odc. węzeł „Janki Małe” - skrzyżowane z DW 721”;

4) art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji gdy oferta Odwołującego nie przewyższa kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia i w razie uwzględnienia odwołania może być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

2) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;

3) powtórzenia czynności badania i oceny oferty zgodnie z przepisami ustawy pzp z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

ewentualnie

4) powtórzenia czynności badania i oceny oferty zgodnie z przepisami ustawy pzp i wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie informacji na temat doświadczenia Pana K. P. i Pani M. M.-M.

ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wszczęcie w stosunku do Odwołującego procedury samooczyszczenia w trybie art. 24 ust. 8 pzp.

#### Interes Odwołującego i możliwość poniesienia szkody:

Odwołujący powołuje się na okoliczność, 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.

Odwołujący wskazał, że powodem wniesienia odwołania jest niezgodne z prawem postępowanie Zamawiającego polegające na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego oraz na unieważnieniu przedmiotowego postępowania. 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.

W kontekście wykazania interesu prawnego przez Odwołującego oraz mając na względzie nowelizację ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 22 czerwca 2016 r. istotne jest przytoczenie opinii wydanej przez Urząd Zamówień Publicznych wedle, której: „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. 25a 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.

#### Termin wniesienia odwołania i przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu

Zawiadomienie o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni oraz zawiadomienie o unieważnieniu postępowania zostały przekazane Odwołującemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w dniu 14 grudnia 2018 r. Wobec powyższego, mając na względzie fakt, że

niniejsze odwołanie wnoszone jest wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Wykonawcy z przedmiotowego postępowania oraz wobec czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania, uznać należy, że czyni zadość wymaganiom art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp.

#### UZASADNIENIE Odwołania KIO 2608/18

##### A. Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp

Zamawiający pismem z dnia 14 grudnia 2018 r. poinformował Odwołującego, że został on wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp.

W uzasadnieniu przedmiotowej decyzji, Zamawiający wskazał, że:

„Na stanowisko Inżyniera Kontraktu Wykonawca zaproponował Pan K. P., wskazując w opisie jego doświadczenia w formularzu „Kryteria pozacenowe” jedno zadanie, przy którego realizacji P. K. P. nabył doświadczenie od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, tj.: „Zarządzanie i nadzór nad budową autostrady A 4 odcinek węzeł Wielicki- węzeł Szarów (...) stanowisko: Inżynier Rezydent (...)”

W odniesieniu do w/w zadania, w „Wykazie osób” Wykonawca wskazał, iż funkcję Inżyniera Rezydenta, Pan K. P. pełnił od 01.06.2007r do 31.03.2011r.

Z ustaleń Zamawiającego wynika natomiast, że umowa na roboty dla zadania: „Budowa autostrady A4 odcinek węzeł Wielicki - węzeł Szarów” została podpisana w dniu 03.04.2007r., przekazanie placu budowy nastąpiło w dniu 12.04.2007r. a rozpoczęcie robót zgodnie z wpisem do Dziennika Budowy - 16.04.2007r. Data pierwszego wpisu do dziennika budowy to 07.05.2007r. natomiast Pan K. P. pełnił funkcje Inżyniera kontraktu od 15.05.2007r. Jak wynika z powyższego na przedmiotowym zadaniu Pan K. P. nie pełnił wskazanej funkcji „od rozpoczęcia robót”.

Odwołujący sporządzając ofertę wskazał, że Pan K. P. pełnił funkcję Inżyniera rezydenta od dnia 1 czerwca 2007 r. do dnia 31 marca 2011 r. Informacja ta została podana w oparciu o wiele dostępnych Odwołującemu - na etapie opracowywania oferty - źródła, które w opinii Odwołującego pozostawały wiarygodne:

a) po pierwsze, w złożonym przy nawiązywaniu współpracy życiorysie Pan K. P. oświadczył, że pracował na stanowisku inżyniera rezydenta w datach wskazywanych później przez Odwołującego w ofercie:

8. Doświadczenie zawodowe:

DATA I NAZWA I ADRES FIRMY I STANOWISKO I OPIS DOŚWIADCZENIA ORAZ ZAKRES ODPOWIEDZIALNOŚCI



06.2007r.- 03.2011r. I Egis Poland Sp. z o.o. ul. Puławska 182 Warszawa I Inżynier Rezydent I Nadzór nad budową autostrady A4 odcinek Węzeł Wielicka- Węzeł Szarów. Projekt realizowany wg standardów kontraktowych FIDIC. wartość netto robót 722 mln PLN. Świadectwo Przejęcia Robót.

b) po drugie, sam Pan K. P. złożył oświadczenie (jak poniżej), że pracował przy zadaniu: Zarządzanie i nadzór nad budową autostrady A4 odcinek węzeł Wielicka - węzeł Szarów od jego rozpoczęcia do zakończenia tj. od dnia 1 czerwca 2007 r. do dnia 31 marca 2011 r.

„Ja niżej podpisany K. P., zamieszkały pod adresem 32-500 Chrzanów, ul. Pęckowskiego 2/42 oświadczam, że zadanie: Zarządzanie i nadzór nad budową autostrady A 4 odcinek węzeł Wielicka- węzeł Szarów. Realizowałem od rozpoczęcia robót do zakończenia t.j. od 01.06.2007r. do 31.03.2011r. pełniąc funkcję Inżyniera Rezydenta na ww. zadaniu.”

c) po trzecie, spółka Egis Poland Sp. z o.o., która zatrudniała Pana K. P. również potwierdziła, że Pan K. P. był zatrudniony na stanowisku inżyniera rezydenta w ramach zadania Zarządzanie i nadzór nad budową autostrady A4 odcinek węzeł Wielicka - węzeł Szarów od dnia 1 czerwca 2007 r. do dnia 31 marca 2011 r., to jest od dnia rozpoczęcia realizacji zadania, bowiem to Pan K. P. był pierwszym ekspertem pełniącym funkcję Inżyniera Rezydenta na wymienionym wyżej zadaniu.

„Firma Egis Poland Spółka z o.o. zaświadcza, że Pan K. P. był zatrudniony na podstawie umowy pracę na stanowisku Inżyniera Rezydenta w ramach realizacji projektu pn.: Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad zadaniem: „Budowa autostrady A-4 odcinek: Węzeł Wieliczka - Węzeł Szarów od km 436+000 do km 455+900” w okresie od 01 czerwca 2007 roku do 11 marca 2011 roku. Pan K. P. był pierwszym ekspertem pełniącym funkcję Inżyniera Rezydenta w wyżej wymienionym projekcie od momentu rozpoczęcia jego realizacji.

Powyższe argumenty wprost potwierdzają, że Odwołujący dochował należytej staranności przy podawaniu informacji w zakresie doświadczenia Pana K. P., działał bowiem w oparciu o wiarygodne źródła i miał wiedzę, że Pan K. P. pełnił swoją funkcję od rozpoczęcia robót.

Z kolei, w zakresie doświadczenia Pani M. M.-M., Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania wskazał:

„Na stanowisko Specjalisty ds. roszczeń Wykonawca wskazał Panią M. M.-M., przedstawiając w opisie jej doświadczenia dwa zadania, przy których realizacji nabyła doświadczenie od rozpoczęcia robót do wykonania zadania:

Zadanie 1: Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 od rejonu węzła „Opacz” (z wyłączeniem tego węzła) do węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem

Paszków i ww. skrzyżowaniem). Etap I cz. 1- odc. Węzeł „Opacz”- węzeł „Paszków”, Etap II- odc. Węzeł „Janki Małe”- skrzyżowanie z DW 721 (...) stanowisko: Specjalista ds. Roszczeń”  
„Zadanie 2: Projekt i budowa Autostrady A2 Stryków- Konotopa, odcinek B od ok 394+ 500-411+ 465,8 (16,9 km) (...) stanowisko Specjalista ds. Roszczeń”.

W odniesieniu do zadania 1 Wykonawca wskazał w „Wykazie osób”, że ramach tego zadania Pani M. M.-M. pełniła funkcję Specjalisty ds. roszczeń od 09.2013r. do 12.2015r.

Z ustaleń Zamawiającego wynika, że umowa na roboty została podpisana w dniu 12.04.2013r, a przekazanie placu budowy nastąpiło w dniu 16.04.2013r., (zgłoszenie do WINB rozpoczęcia robót nastąpiło 01.05.2013r.). Wytyczenie geodezyjne, zgodnie z wpisem do dziennika budowy, rozpoczęło 01.08.2013r natomiast Pani M. M.-M. rozpoczęła pełnienie funkcji specjalisty ds. roszczeń w dniu 02.08.2013. Tym samym - biorąc pod uwagę rygorystyczne stanowisko KIO prezentowane w zakresie tego zagadnienia oraz podniesione w wyroku KIO 2050/18 zastrzeżenia co do równego traktowania wykonawców w niniejszym postępowaniu - nie można uznać, że Pani M. M.-M. pełniła wskazaną funkcję „od rozpoczęcia robót” na przedmiotowym zadaniu.”

Odwołujący sporządzając ofertę wskazał, że Pani M. M.-M. pełniła funkcję specjalisty ds. roszczeń od miesiąca września 2013 r. do miesiąca grudnia 2015 r. Informacje te również zostały pozyskane z wiarygodnych źródeł i Odwołujący nie przypuszczał, że ich prawdziwość zostanie zakwestionowana:

- a) po pierwsze, w złożonym w trakcie procesu rekrutacyjnego CV widniała informacja, że Pani M. M.-M. od września 2013 r. wykonywała obowiązki specjalisty ds. roszczeń przy zadaniu Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S 8 od rejonu węzła „Opacz” (z wyłączeniem tego węzła) do węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem Paszków i ww. skrzyżowaniem). Etap I cz. 1 odc. węzeł „Opacz” - węzeł „Paszków”, etap II - odc. węzeł „Janki Małe” - skrzyżowane z DW 721”  
od IX 2013 r. (w trakcie) Specjalista ds. Roszczeń „Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 od rejonu węzła „Opacz\* (z wyłączeniem tego węzła) do węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową Nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką Nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem „Paszków” i ww. skrzyżowaniem).

Etap I cz. 1 - odc. węzeł „Opacz” - węzeł „Paszków”,

Etap II- odc. węzeł Janki Małe” - skrzyżowanie z DW 721”

Zamawiający: GDDKiA Oddział Warszawa

Wykonawca: Strabag Sp. z o.o.

Nadzór: ECMG GmbH Austria / Inżynieria IDOM International S.A., Hiszpania

Wartość Kontraktu - 460 mln. zł

Warunki Kontraktowe FIDIC „Żółta Książka”

Obowiązki:

- Rozpatrywanie Roszczeń wnoszonych przez Wykonawcę pod kątem Warunków Kontraktu i obowiązującego prawa;
- Weryfikacja zakresu rzeczowego i merytorycznego Roszczeń w kontekście Przedmiotu zamówienia;
- Przygotowanie Raportu/Stnowiska Inżyniera dla Zamawiającego;
- Obsługa Kontraktu w zakresie Warunków Kontraktu i przepisów prawa.

b) po drugie, świadectwo pracy wystawione przez poprzedniego pracodawcę (ECM Group Polska S.A.) wprost potwierdzało, że Pani M. M.-M. świadczyła pracę na stanowisku specjalisty ds. roszczeń od dnia 1 września 2013 r.

#### ŚWIADECTWO PRACY

1. Stwierdza się, że M. M.

( nazwisko i imię pracownika)

imiona rodziców: J., E. urodzony : 23-10-1958 Gdańsk

( data urodzenia )

był zatrudniony : ECM GROUP POLSKA SPÓŁKA AKCYJNA

( pracodawca)

W okresie od 01-09-2013 do 31-12-2015

w wymiarze : 1/1 etatu

( wymiar czasu pracy )

2. W okresie zatrudnienia pracownik wykonywał pracę

od 01.09.2013r. do 30.11.2014r. Specjalista ds. roszczeń / Inspektor nadzoru robót drogowych od 01.12.2014r. do 31.12.2015r. Kierownik Zespołu ds. Roszczeń / Inspektor

(zajmowane stanowiska lub pełnione funkcje )

Tym samym Odwołujący uważa, że dochował należytej staranności przy podawaniu informacji w zakresie doświadczenia Pani M. M.-M., działał bowiem w oparciu o wiarygodne źródła i nie miał wiedzy o niezgodności podawanych informacji z rzeczywistym stanem faktycznym.

Mając na uwadze zasady logicznego rozumowania podkreślić należy, że nie ma racjonalnej odpowiedzi na pytanie: jaki cel miałyby przyświecać Odwołującemu by celowo skracać staż pracy osobom wskazywanym do pełnienia funkcji na danym stanowisku (w przypadku Pana K. P. o miesiąc z maja 2007 r. na czerwiec 2007 r.; w przypadku Pani M. M.-M. również o miesiąc z sierpnia 2013 r. na wrzesień 2013 r.).

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.

Według tezy zawartej w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2017 r. Sygn. akt 734/17 KIO „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 .

Co istotne, w stosunku do Odwołującego nie zachodziła przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, bowiem nie ma wątpliwości, że podanie przez Odwołującego informacji, w zakresie doświadczenia Pana K. P. i doświadczenia Pani M. M.-M., nie nastąpiło ani w wyniku umyślnego działania ani w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. Złożenie przedmiotowych informacji w postępowaniu nastąpiło w sposób całkowicie niezawiniony, dowodem czego pozostaje poszukiwanie przez Odwołującego wielu źródeł dotarcia do rzetelnych danych na temat doświadczenia osób wskazywanych w ofercie.

W wyroku z dnia 20 marca 2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza Sygn. akt KIO 382/17, odnosząc się do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, zwróciła uwagę, 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 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta

staranność). Przepisanie 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".

W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego wyrok z dnia 10 marca 2004 Sygn. akt IVCK151/03: „przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej" .

Zgodnie z tezą wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2017 r Sygn. akt KIO 1257/17. „szczegółowa analiza treści przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. prowadzi do jednoznacznego wniosku, że działanie wykonawcy ma mieć charakter zawiniony, który cechuje lekkomyślność lub niedbalstwo. Wina może być kwalifikowana jako umyślna (sprawca chce wywołać określone skutki lub godzi się na ich wystąpienie) lub jako nieumyślna (niedbalstwo, lekkomyślność) - sprawca przewidywał możliwość wystąpienia bezprawnych następstw swego zachowania, lecz bezzasadnie przypuszczał, że ich uniknie lub nawet nie przewidywał możliwości wystąpienia takich skutków, ale powinien i mógł je przewidzieć". Tymczasem, w przypadku sporządzania oferty przez Odwołującego, w ogóle nie możemy mówić o winie w podawaniu informacji w zakresie doświadczenia Pana K. P. i Pani M. M.-M., bowiem Odwołujący przygotowując informację był w przekonaniu, że podaje wyłącznie prawdziwe informacje poparte treścią posiadanych przez Odwołującego dokumentów (tj. świadectwa pracy, CV, oświadczenia pracodawcy, itd.).

Reasumując uznać należy, że skoro w świetle brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp wykluczenie wykonawcy wymaga łącznego wystąpienia trzech przesłanek (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 podane przez Odwołującego informacje w zakresie doświadczenia Pana K. P. i Pani M. M.-M. zostały złożone w sposób całkowicie niezawiniony.

Na koniec należy wskazać, że również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 października 2018 r. (sygnatura akt: KIO 2050/18 i KIO 2069/18) nakazała wyłącznie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której m. in. zostaną odjęte punkty za doświadczenie Pani M. M.-M. uzyskane w związku z pełnieniem funkcji specjalisty ds. roszczeń. Co istotne, Krajowa Izba

Odwoławcza w wyżej powołanym wyroku nie nakazała wykluczenia Odwołującego z postępowania, co oznacza, że Zamawiający wykonał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w sposób nieprawidłowy.

II) Zarzut dotyczący naruszenia art. 87 ust. 1 pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp

Zamawiający w piśmie z dnia 14 grudnia 2018 r. poinformował, że wykonawcy zostali wykluczeni w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, zgodnie z którym 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.

Co ważne Zamawiający, przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, nie dał szansy Odwołującemu na wyjaśnienie sytuacji opisanej w uzasadnieniu wykluczenia.

Odwołujący pragnie podkreślić, że w sytuacji wezwania przez Zamawiającego do wyjaśnień w zakresie doświadczenia Pana K. P. i Pani M. M.-M., miałby szansę wyczerpująco wyjaśnić rozbieżności pomiędzy stanem faktycznym przedstawianym przez Zamawiającego, a stanem faktycznym ustalonym przez Odwołującego oraz wskazać, że sporządzając ofertę Odwołujący dochował należytej staranności i nie ponosi winy w zakresie przedłożonych informacji, gdyż przedstawiając wszelkie informacje czerpał wiedzę z wielu wiarygodnych źródeł, w tym licznych dokumentów, takich jak świadectwo pracy, oświadczenia poprzedniego pracodawcy, CV, oświadczenia własne osób wskazujących do pełnienia funkcji na danym stanowisku.

W przedmiotowym postępowaniu, zarówno w zakresie dotyczącym doświadczenia Pana K. P. jak i zakresie doświadczenia Pani M. M.-M. przy wykonywaniu zadania nr 1 z formularza „kryteria pozacenowe”, w stosunku do Odwołującego nie było kierowane żadne pismo od Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie kwestionowanych przez Zamawiającego danych zawartych w składanych dokumentach, wobec czego Zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, nie umożliwił Odwołującemu wyjaśnienia rozbieżności i wskazania, że z całą pewnością Odwołujący nie ponosi winy w zakresie przedłożonych informacji, bowiem sporządzając ofertę dochował należytej staranności czerpiąc wiedzę z licznych wiarygodnych źródeł.

Z pola widzenia nie można tracić wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 października 2018 r. (sygn. akt: KIO 2050/18 oraz KIO 2069/18), na który to wielokrotnie powołuje się Zamawiający w decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, w którym to Izba wyraźnie podkreślała, że obowiązkiem Zamawiającego, który otrzymał dwie sprzeczne informacje, było wystąpienie do Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 pzp w celu uzyskania wyjaśnień.

W tym miejscu należy wskazać na postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Tom I Instrukcja dla Wykonawców (dalej IdW), tj. pkt 19.1.3.2. ppkt 1) i ppkt 4) oraz pkt 19.1.3.5. IdW, w którym to przewidziano następujące rozwiązanie:

19.1.3.2. Opis podkryteriów i sposobu przyznawania punktów:

1) Podkryterium 2.1. Inżynier Kontraktu- max. ilość punktów - 6

Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont lub nadzór nad budową, przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 7.2.3) lit b) ppkt 1) IDW - Tom I SIWZ) o wartości robót co najmniej 100 mln PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 19.1.3.3. IDW - Tom I SIWZ) na stanowisku/stanowiskach: Inżyniera Kontraktu lub Dyrektora Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Dyrektora Kontraktu 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 3 punkty.
- Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 6 punktów.
- Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.
- Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.

4) Podkryterium 2.4. 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 7.2.3) lit b) ppkt 1) IDW - Tom I SIWZ) o wartości robót co najmniej 100 mln PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 19.1.3.3. IDW - Tom I SIWZ) na stanowisku/stanowiskach: 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.

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 1) do 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.

W związku z powyższymi zasadami przyznawania punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert odnoszącego się do personelu osobowego, nie ulega wątpliwości, że za zadanie, które nie potwierdza wymagań Zamawiającego, wykonawca otrzymywał 0 punktów.

Tym samym, konsekwencją zaakceptowania przez Zamawiającego wyjaśnień Odwołującego winno być pozostawienie Odwołującego w postępowaniu (a nie wykluczenie Odwołującego z postępowania), a w następstwie przyznanie Odwołującemu 0 pkt w zakresie kwestionowanych zadań w ramach wykazywanego doświadczenia personelu.

Wobec powyższego, gdyby Zamawiający działał w zgodzie z zapisami IdW oraz z zapisami ustawy Prawo zamówień publicznych, to wezwałby Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym doświadczenia Pana K. P. oraz w zakresie dotyczącym doświadczenia Pani M. M.-M. (zadanie nr 1 z formularza „kryteria pozacenowe”). Odwołujący miałby szansę wyjaśnić, że nie ponosi winy za ujawnione rozbieżności, gdyż podczas sporządzania oferty



dochował należytej staranności. Jediną sankcją, którą miał prawo zastosować Zamawiający było przyznanie 0 punktów za objęte rozbieżnościami zadania (w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert).

Według tezy zawartej w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2017 r. Sygn. akt 734/17 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 .

Zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 1 pzp „w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”.

W doktrynie przyjmuje się, że skorzystanie z procedury opisanej w powołanym przepisie stanowi obowiązek zamawiającego, jeśli stwierdzone niejasności mogą skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy (...). Inne rozumienie komentowanego przepisu stałoby w sprzeczności z zasadą wskazaną w art. 7 ust. 1 pzp i mogłoby prowadzić do udzielenia zamówienia wykonawcy, którego oferta nie jest najkorzystniejsza .

Krajowa Izba Odwoławcza w najnowszych orzeczeniach wskazuje, że „należy podkreślić, iż w przepisie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca uregulował instytucję wyjaśniania treści oferty przede wszystkim jako uprawnienie, a nie obowiązek Zamawiającego. Uprawnienie to może się jednak przerodzić w obowiązek Zamawiającego w sytuacji stwierdzenia przez niego występowania wątpliwości co do treści oferty złożonej przez danego wykonawcy, jeżeli może to mieć znaczenie dla ziszczenia się przesłanki odrzucenia oferty” Wyrok z 14 lutego 2018 r. Sygn. akt KIO 180/2018. Także w kolejnym wyroku z dnia 27 lutego 2018 r. Sygn. akt KIO 212/2018 Izba uznała, że „w sytuacji kiedy występują wątpliwości w zakresie oświadczenia wykonawcy zawartego w ofercie, zamawiający są uprawnieni a wręcz zobligowani do skorzystania z art. 87 ust. 1 p.z.p. poprzez wezwanie do złożenia wyjaśnień oferty”.

Zatem przyjęć należy, że ustawodawca dąży 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 we własnym zakresie, podejmował decyzję o wykluczeniu danego wykonawcy z postępowania, nie umożliwiając wypowiedzenia się w temacie podmiotowi wykluczalnemu.

Konkludując, Zamawiający, w trybie art. 87 ust. 1 pzp, winien wezwać Odwołującego do wyjaśnień w zakresie ujawnionych rozbieżności w przedmiocie doświadczenia Pana K. P. oraz w zakresie doświadczenia Pani M. M.-M. w zakresie zadania nr 1 z formularza „kryteria pozacenowe”, tak by Odwołujący miał szansę wskazać, że nie ponosi winy za ujawnione sprzeczności, gdyż podczas sporządzania oferty dochował należytej staranności.

III) Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 8 i 9 pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp

Odwołujący wskazuje, iż w razie uznania przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, że zachodziły przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, to Zamawiający dopuścił się w tej sytuacji naruszenia art. 24 ust. 8 i 9 pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp poprzez brak umożliwienia skorzystania z procedury tzw. samooczyszczenia, co w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp.

Dalej wskazuje, że Zamawiający, przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, nie dał szansy Odwołującemu na samooczyszczenie się poprzez wytłumaczenie opisywanej w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia sytuacji. Zatem tylko i wyłącznie w sytuacji wezwania Odwołującego przez Zamawiającego do wyjaśnień w tymże zakresie, Odwołujący miałby szansę wyczerpująco wyjaśnić stan faktyczny oraz wskazać na podjęcie konkretnych środków wskazujących, że jest wykonawcą rzetelnym.

Zgodnie z art. 24 ust. 8 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. 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 ww artykułu.

Co istotne również postanowienia IdW w Rozdziale 8 - „Przesłanki wykluczenia Wykonawców” w pkt 8.4 i 8.5 przewidywały obowiązek stosowania procedury samooczyszczenia za wzór ustawowego prawa samooczyszczenia.

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.

Dalej Odwołujący przywołuje Wyroki KIO wskazując na wadliwe prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego co w jego ocenie potwierdzają liczne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 9 lutego 2017 r. o Sygn. akt KIO 163/17 Krajowa Izba Odwoławcza szczegółowo wyjaśniła stosowanie procedury samooczyszczenia wskazując, że „przepis art. 92 ust. 1a p.z.p. przewiduje dodatkowe obowiązki informacyjne zamawiającego, w sytuacji gdy decyduje się wykluczyć wykonawcę z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 8 p.z.p. W świetle tego przepisu, elementem uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia musi być przedstawienie przez zamawiającego powodów negatywnej oceny dowodów złożonych przez wykonawcę w ramach tzw. instytucji samooczyszczenia. Procedurę samooczyszczenia regulują przepisy art. 24 ust. 8 i 9 p.z.p. Przepis art. 24 ust. 8 p.z.p. stanowi, że wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie m.in. art. 24 ust. 5 p.z.p., 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. Natomiast art. 24 ust. 9 p.z.p. stanowi, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8. Procedura samooczyszczenia (z ang. self-cleaning) polega na tym, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy, m.in. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 p.z.p., zamawiający obowiązany jest umożliwić wykonawcy przedstawienie dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność. Pozytywna weryfikacja tych dowodów obliguje zaś zamawiającego do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania. Z regulacji tych wynika zatem de facto dodatkowa przesłanka wykluczenia wykonawcy, jaką jest umożliwienie wykonawcy przedstawienia dowodów na samooczyszczenie" Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2017r. Sygn. akt KIO 263/17

W przedmiotowym postępowaniu, w zakresie dotyczącym doświadczenia Pana K. P. przy wykonywaniu zadania wskazanego w formularzu „kryteria pozacenowe” oraz w zakresie doświadczenia Pani M. M.-M. przy wykonywaniu zadania nr 1 wskazanego w formularzu „kryteria pozacenowe”, w stosunku do Odwołującego nie było kierowane żadne pismo z prośbą o wyjaśnienie kwestionowanej przez Zamawiającego treści dokumentów, wobec czego

Zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego, nie umożliwił Odwołującemu skorzystania z procedury samooczyszczenia, która została ustawowo zagwarantowana wykonawcom, wobec czego Zamawiający bezpośrednio naruszył prawa przysługujące uczestnikowi postępowania.

Także kolejny wyrok z dnia 4 lipca 2017 roku o Sygn. akt KIO 1246/17 potwierdza tezę, że przeprowadzenie procedury samooczyszczenia jest obowiązkiem nałożonym na Zamawiającego, który zamierza wykluczyć wykonawcę z postępowania: „artykuł 24 ust. 9 p.z.p. stanowi, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8. Procedura samooczyszczenia (z ang. self-cleaning) polega na tym, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy, Zamawiający obowiązany jest umożliwić wykonawcy przedstawienie dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność. Pozytywna weryfikacja tych dowodów obliguje zaś Zamawiającego do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania. Z regulacji tych wynika zatem de facto dodatkowa przesłanka wykluczenia wykonawcy, jaką jest umożliwienie wykonawcy przedstawienia dowodów na samooczyszczenie” .

Z kolei w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2017 r. o Sygn. akt KIO 706/17 wyraźnie podkreślono, że procedura samooczyszczenia dotyczy toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia, zatem może być stosowana, także po otwarciu ofert: „artykuł 24 ust. 8 p.z.p. stanowi instytucję samooczyszczenia się wykonawcy, zwaną powszechnie "self-cleaning". Przedmiotowa instytucja (procedura self-cleaningu) daje możliwość wykazania przez wykonawcę, w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, swojej rzetelności pomimo zaistnienia wobec niego wymienionych podstaw wykluczenia. Środki dowodowe zostały wskazane w sposób przykładowy, przy czym ocena czy podjęte przez wykonawcę działania można w konkretnych okolicznościach, z uwzględnieniem zaistniałej przesłanki wykluczenia, uznać za wystarczające do wykazania rzetelności danego wykonawcy należy do zamawiającego, zgodnie z art. 24 ust. 9 p.z.p".

O umożliwieniu wykonawcy samooczyszczenia się, jako dodatkowej obligatoryjnej przesłance wykluczenia, stanowi wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lipca 2017 r. o Sygn. akt KIO 1335/17 wedle, którego procedura samooczyszczenia (z ang. self-cleaning) polega na tym, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy, m.in. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 p.z.p., zamawiający obowiązany jest umożliwić wykonawcy przedstawienie dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność. Pozytywna weryfikacja tych dowodów obliguje zaś zamawiającego do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania. Z regulacji tych wynika zatem de facto dodatkowa przesłanka przed wykluczeniem wykonawcy, jaką jest umożliwienie wykonawcy przedstawienia dowodów na

samooczyszczenie.

Reasumując, intencją wprowadzenia instytucji samooczyszczenia jest umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy podjęli odpowiednie działania naprawcze i są zdolni do wykonania zamówienia. Tak rozumiany cel stosowania instytucji samooczyszczenia koresponduje z zapewnieniem przez Zamawiającego konkurencyjności postępowań.

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.

#### IV) Zarzut dotyczący naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp

Pismem z dnia 14 grudnia 2018 r. Zamawiający, na podstawie art. 93 ust. 3 pkt 2 pzp, poinformował, że przedmiotowe postępowanie, zostaje unieważnione w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp, który stanowi, że „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty”.

Zwrócić jednak należy uwagę, że w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, Odwołujący nadal będzie uczestnikiem przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oferta Odwołującego opiewa na kwotę 15 371 925,00 zł, z kolei kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia to również kwota 15 371 925,00 zł, zatem dopóki odwołanie nie zostanie rozpatrzone przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, dopóty nie możemy mówić o zaistnieniu podstawy prawnej do unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp.

W świetle powyższego, zarzuty postawione Odwołujący uważa za zasadne, dlatego wnosi o uwzględnienie odwołania w całości.

Stanowisko w sprawie zajął zamawiający przedkładając pismo z dnia 9 stycznia 2019 roku na rozprawie w dniu 10 stycznia 2019 roku jak również stanowisko przedstawił przystępujący konsorcjum ECM JPL w piśmie z dnia 10 stycznia 2019 roku, wnosząc o oddalenie odwołania.

## **Odwołanie w sprawie Sygn. akt KIO 2631/18**

### **Odwołujący**

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego:

1. „ECM Group Polska” S.A. ul. Rondo ONZ 1, 00 - 124 Warszawa
2. JPL Project sp. z o.o. Aleja Niepodległości 58, 02 - 626 Warszawa

Zwani dalej: „konsorcjum ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie i JPL Project Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie” lub „Konsorcjum ECM i JPL”

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1 i art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wniesiono odwołanie następującej treści jak poniżej.

### ZARZUTY

W toku przedmiotowego postępowania naruszono przepisy:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez jego zastosowanie i wykluczenie Konsorcjum ECM i JPL z postępowania pomimo, iż Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, w zakresie w jakim informacje te dotyczą doświadczenia wskazanego dla osoby skierowanej na stanowisko Specjalisty ds. roszczeń: D. A.,
2. art. 24 ust. 8 i 9 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wadliwą ocenę złożonych wyjaśnień i dowodów potwierdzających rzetelność Odwołującego zawartych w piśmie Odwołującego z dnia 30 października 2018 r., podczas gdy pozwalały one na uznanie ich za wystarczające w rozumieniu art. 24 ust. 9 Pzp;
3. art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez unieważnienie Postępowania z uwagi na okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę jaką Zamawiający

zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy cena oferty Odwołującego nie przewyższa tej kwoty i w razie uwzględnienia Odwołania może zostać uznana za najkorzystniejszą.

## ŻĄDANIA

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, w związku z tym, że Konsorcjum ECM i JPL w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa nie przedstawiło informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, w zakresie w jakim informacje te dotyczą doświadczenia wskazanego dla osoby skierowanej na stanowisko Specjalisty ds. roszczeń: D. A.;
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

## ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH.

1. W dniu 14 grudnia 2018 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu via e-mail informację m.in. o wykluczeniu z Postępowania Konsorcjum ECM oraz unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 Pkt 4 Pzp. W związku z powyższym, odwołanie wniesione w dniu dzisiejszym to jest 24.12.2018r. stosownie do art. 185 ust. 8 Pzp należy uznać za złożone z zachowaniem terminu ustawowego.
2. Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

## INTERES I SZKODA.

Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Prawidłowa ocena zachowania Odwołującego prowadziłyby do wniosku, że Odwołujący nie dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a co za tym idzie, że nie podlega on wykluczeniu z Postępowania, a jego oferta odrzuceniu. Co więcej, gdyby Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i nie wykluczył Odwołującego z postępowania, nie doszłoby do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp - cena oferty Odwołującego jest bowiem niższa niż kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (po jej podwyższeniu w dniu 12 września 2018 r.). W związku z tym skutek nieprawidłowych czynności Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę poprzez pozbawienie go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

## UZASADNIENIE

Zarzut dot. wykluczenia Konsorcjum ECM z postępowania.

1. Zgodnie z informacją z dnia 14 grudnia 2018 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania wskazując, że w odniesieniu do osoby podanej w formularzu

2.2. „Kryteria pozacenowe” oraz w Formularzu 3.4. „Wykaz osób” na stanowisko Specjalisty ds. roszczeń, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje nieprawdziwe, niezgodne ze stanem faktycznym, wprowadzające Zamawiającego w błąd. Z powyższym odwołujący nie zgadza się.

2. 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 decyzję podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W przedmiotowym stanie faktycznym w stosunku do Konsorcjum ECM nie zaistniała żadna z przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.
3. Pan D. A. posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie zdobyte w ramach realizacji zadania „Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 od węzła „Marki” (bez węzła) do węzła „Radzymin Płd.” W podziale na zadania: Zadanie I - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku I węzeł Marki (bez węzła) - węzeł „Kobyłka” oraz zadania „Kontynuacja budowy Autostrady A1 Toruń - Stryków. Odcinek I Czerniewice - Odolion od km 151+900 do km 163+300, Odcinek II Odolion - Brzeziny od km 163+300 do km 186+366”.
- a. Zgodnie z brzmieniem warunku udziału w postępowaniu z pkt 7.2. 3) lit.b) ppkt 7) A) SIWZ-Tom I, wykonawcy mieli wykazać doświadczenie uzyskane przez daną osobę na stanowisku ds. roszczeń. W przeciwieństwie do wymagań określonych przy wykazywaniu doświadczenia osoba, która pełniła funkcje na stanowisku Zastępcy Inżyniera Kontraktu/Inżyniera Rezydenta, w przypadku wykazywania doświadczenia na stanowisku ds. roszczeń, Zamawiający nie określił żadnych dodatkowych elementów, które należało wykazać, w szczególności, nie wymagał, aby osoba taka podlegała zgłoszeniu Zamawiającemu czy też widniała jako zatwierdzony przez danego zamawiającego personel kluczowy wykonawcy. Nie mamy przy tym do czynienia z warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie potwierdzającym doświadczenie wykonawcy w realizacji określonych zamówień, zatem nie ma znaczenia brak możliwości uzyskania potwierdzenia należytego pełnienia funkcji przez Inwestora i potwierdzenie takiego faktu nie było wymagane. Uzyskane przez Odwołującego dokumenty potwierdzają, że Pan A. pełnił należycie wymaganą funkcję w ramach wymienionych zadań, zatem jest to wystarczające dla potwierdzenia wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w brzmieniu określonym w SIWZ.
- b. Pan D. S. na wyżej wskazanych inwestycjach był zatrudniony jako Radca Prawny i zajmował się m.in. obsługą roszczeń.
- c. Doświadczenie na stanowisku ds. roszczeń powinno być interpretowane szeroko - nie przez pryzmat nazwy stanowiska czy pełnionej funkcji, a przez pryzmat zakresu obowiązków jakie wiążą się z zajmowaniem określonego stanowiska. Potwierdza to również fakt, że na każdej inwestycji, u każdego inwestora czy wykonawcy poszczególne stanowiska, mogą być



nazywane inaczej, pomimo że zajmowanie ich wymaga od pracowników tego samego doświadczenia, kwalifikacji i wiąże się ono z wykonywaniem tego samego rodzaju obowiązków. W związku z tym Zamawiający nie powinien oceniać doświadczenia poprzez pryzmat nomenklatury jaką poszczególne podmioty nadają funkcjom i stanowiskom sprawowanym przez ich pracowników i współpracowników. Ocena powinna odbywać się z punktu widzenia zakresu obowiązków, jakie są wykonywane w ramach tego stanowiska. Tym bardziej, że nie na każdej inwestycji funkcja specjalisty ds. roszczeń występuje.

- d. W pkt 7.2. 3) lit.b) ppkt 7) A) SIWZ- Tom I wskazano, że osoba, która ma pełnić funkcję Specjalisty ds. roszczeń ma posiadać wskazane doświadczenie na stanowisku/ stanowiskach: „stanowisku ds. roszczeń, lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu/ Inżyniera Rezydenta”. W związku z tym Zamawiający przyznał, że osoba, na stanowisko Specjalisty ds. roszczeń nie musi mieć doświadczenia stricte w zakresie roszczeń oraz wyłącznie w zakresie roszczeń - dopuścił on bowiem na potwierdzenie spełnienia tego warunku osoby pełniące również zupełnie inne funkcje. Co więcej, o ile Zamawiający w stosunku do pozostałych wymienionych stanowisk wypisał je z wielkiej litery - czym dał do zrozumienia, że są to funkcje posiadające swoje źródło np. w ustawach, są one powszechne i przez samą nazwę można przypisać im określone uprawnienia i obowiązki, o tyle w przypadku „stanowiska ds. roszczeń” wskazał je z małej litery. Bez wątplenia wynika to z faktu, że jest to nazwa potoczna, a zakres obowiązków związanych z tym stanowiskiem wymaga każdorazowego doprecyzowania w zakresie większym niż w przypadku pozostałych wymienionych funkcji.
- e. W związku z powyższym o ile Pan D. A., na wskazanych przez Konsorcjum ECM inwestycjach faktycznie nie występował na stanowisku „Specjalista ds. roszczeń”, o tyle w rzeczywistości do zakresu jego obowiązków należała obsługa roszczeń. Jako radca prawny miał ku temu odpowiednie wykształcenie i przygotowanie zawodowe. W informacji o wykluczeniu z dnia 14 grudnia 2018 r. Zamawiający wskazał, że „pełnienie obsługi prawnej, a w szczególności stanowisko Radcy Prawnego, nie jest tożsame z żadnym ze wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ stanowisk. ” Z powyższym nie sposób się jednak zgodzić - zarówno przy obsłudze prawnej, jak i pełnieniu funkcji Radcy Prawnego zakres obowiązków jest zdecydowanie szerszy niż w przypadku stanowiska ds. roszczeń.
- f. W związku z tym usługi świadczone przez Pana A. na wskazanych w ofercie Odwołującego zadaniach wpisują się w usługi wykonywane na stanowisku ds. roszczeń, nie doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd (tak również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1206/18).
- g. W związku z tym, że w ramach pełnienia funkcji Radcy Prawnego Pana A. zajmował się m.in. roszczeniami, Odwołujący powinien uznać, że Odwołujący spełnia wymóg z pkt 7.2. 3) lit. b) ppkt 7) A) SIWZ- Tom I i pkt 19.1.3.2. 4) SIWZ-Tom I.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1417/18 podjęła się omówienia jednej z przesłanek zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp - możliwości przypisania wykonawcy winy we wprowadzeniu zamawiającego w błąd. „Winę na gruncie prawa cywilnego dzieli się na umyślną, czyli polegającą na działaniu lub zaniechaniu, bądź winę nieumyślną, cechującą się niedołożeniem należytej staranności - niedbalstwem albo lekkomyślnością. Definicja należytej staranności zawarta jest w art. 355 § 1 k.c. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). W judykaturze wyrażany jest pogląd, że 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 (wyrok SN z 10 marca 2004 r., IV CK 151/03). W praktyce jego zastosowanie polega na wyznaczeniu stosownego modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania dłużnika z tak określonym wzorcem. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania.”

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, należy wskazać, że w zaistniałym stanie faktycznym nie sposób przypisać Odwołującemu winy rozumianej jako lekkomyślność lub niedbalstwo. Składając ofertę Odwołujący miał podstawy, aby oświadczyć w formularzu ofertowym, że Pan D. A. posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego w zakresie stanowiska ds. roszczeń.

- a. Odwołujący, zgodnie z obowiązującą w jego przedsiębiorstwie procedurą, dobrał osoby i wykazywane kontrakty opierając się nie tylko na potwierdzonych pisemnie oświadczeniach osób wskazanych w wykazach, ale również - przedstawionych przez nią dokumentach pochodzących od podmiotów trzecich.
- b. Proces weryfikacji spełniania przez Pana D. A. wymagań przedstawia Notatka służbowa sporządzona przez pracownika Odwołującego i podpisana przez Pana D. A. Notatkę sporządzono na potrzeby oferty składanej w innym postępowaniu, jednakże zawarte w niej informacje, uzyskane przed terminem składania ofert w Postępowaniu objętym przedmiotowym odwołaniem, potwierdzały spełnianie warunków udziału/kryterium oceny ofert również w ramach niniejszego Postępowania, zatem Konsorcjum ECM mogło powołać się, za zgodą Pana A., na uzyskane w ten sposób informacje sporządzając ofertę na rzecz Zamawiającego. W notatce potwierdzono spełnianie wszystkich elementów wymagań określonych przez Zamawiającego, a w szczególności fakt pełnienia funkcji na stanowisku ds. roszczeń na obu wykazywanych w Postępowaniu zadaniach.

- c. Odwołujący uzyskał ponadto referencje dla Pana D. A. wystawione przez podmiot trzeci, tj. Wykonawcę zatrudniającego Pana D. A. do pełnienia wymaganej funkcji w ramach wykazywanych kontraktów. Odwołujący, po zweryfikowaniu, iż podmiot wystawiający referencję pełnił wskazaną rolę Wykonawcy w ramach przedmiotowych zamówień, nie miał podstaw aby poddawać w wątpliwość zarówno rzetelność oświadczeń samego specjalisty, jak i prawdziwość informacji zawartych w przedłożonym mu dokumencie. Dokument ten nie budził żadnych zastrzeżeń zarówno co do jego formy, jak i treści, a zawarte w nim informacje odpowiadały informacjom pochodzącym ze źródeł ogólnodostępnych, które weryfikował Odwołujący.
- d. Dodatkowo, Wykonawca wobec wniesionego w Postępowaniu odwołania, zwrócił się ponownie do Pana D. A. o potwierdzenie spełniania warunków udziału określonych w Postępowaniu i takie potwierdzenie otrzymał w formie pisemnej. W związku z tym, Odwołujący nie miał podstaw, aby poddawać w wątpliwość doświadczenie Pana D. A. Zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2017 r., sygn. KIO 1257/17: „Przystępujący zaufał, jako pracodawca, informacjom podanym w dokumentach rekrutacyjnych przez Pana K. 8, nie miał również żadnych podstaw, ani wątpliwości, by przedmiotowe informacje poddać dogłębnej weryfikacji. Nie można zatem zarzucać Przystępującemu, iż powinien on przewidzieć możliwość podania przez swojego pracownika danych nie do końca zgodnych z rzeczywistością, bowiem stosunek pracodawca-pracownik oparty jest w szczególności na wzajemnym zaufaniu. Przystępujący zachował zatem należyłą staranność w zakresie prowadzonej przez siebie działalności i dobru pracowników, nie można zatem dopatrzeć się w jego działaniu lekkomyślności bądź niedbalstwa. Nadto, należy wskazać, iż Pan K. B. jest członkiem samorządu zawodowego Izby Inżynierów Budownictwa, zaś sam jego zawód jest zawodem zaufania publicznego. Zatem, tym bardziej Przystępujący nie miał podstaw do podważania danych podanych przez osobę, obdarzoną takim publicznym zaufaniem.”
- W pkt 19.1.3.2. 4) SIWZ- Tom I Zamawiający wskazał pozacenowe kryterium oceny ofert - „Specjalista ds. roszczeń”. W ramach tego kryterium Odwołujący nie otrzymał punktów.
- a. W ramach tego kryterium wykonawcy musiał wykazać się „doświadczeniem 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 7.2.3.) lit. b) ppkt 1IDW Tom I SIWZ) o wartości robót co najmniej 100 mln PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 19.1.3.3. IDW - Tom I SIWZ) na stanowisku/stanowiskach: stanowisku ds. roszczeń lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu/Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwo do reprezentowania Inżyniera.” W ramach tego kryterium wykonawca mógł uzyskać:
- 1 pkt za jedno zadanie potwierdzające powyższe wymaganie,

- 3 pkt za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymaganie,
  - 0 pkt za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania,
  - 0 pkt za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełnienia powyższych wymagań.
- b. W toku oceny ofert Zamawiający w ramach przedmiotowego kryterium nie przyznał punktów za wskazane przez Odwołującego zadanie dot. Pana A.. W związku z tym, w przedmiotowym stanie faktycznym nie może być mowy o przekazaniu Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd - skoro Zamawiający uznał, że doświadczenie Pana A. nie spełnia warunków przyznania punktów w ramach podkryterium 2.4. Specjalista ds. roszczeń, to nie może być w tym przypadku mowy o informacjach wprowadzających w błąd. Potwierdza to również fakt, że informacja ta nie miała i nie mogła mieć istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku Postępowania.
- c. Jeśli zatem Zamawiający samodzielnie prawidłowo uznałby, że przedstawione doświadczenie nie odpowiada określonym przez niego wymaganiom, to taka okoliczność powoduje brak możliwości zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, gdyż niespełniona została jedna z przesłanek tego przepisu, tj. „wprowadzenie Zamawiającego w błąd”. Takie stanowisko potwierdza m.in. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2017 r., sygn. KIO 782/17: „Izba uznała, że nie można mówić o przedstawieniu przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, jeśli informacje te dotyczą okoliczności znanych zamawiającemu. W takiej bowiem sytuacji trudno uznać, że są to informacje mające lub mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Oświadczenie wykonawcy zamawiający zweryfikuje na podstawie posiadanych przez siebie danych, zatem to one są decydujące dla decyzji zamawiającego.”
- d. Ponadto, zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2017 r., sygn. KIO 1257/17: „Przystępujący zaufał, jako pracodawca, informacjom podanym w dokumentach rekrutacyjnych przez Pana K. B, nie miał również żadnych podstaw ani wątpliwości, by przedmiotowe informacje poddać dogłębnej weryfikacji. Nie można zatem zarzucać Przystępującemu, iż powinien on przewidzieć możliwość podania przez swojego pracownika danych nie do końca zgodnych z rzeczywistością, bowiem stosunek pracodawca-pracownik oparty jest w szczególności na wzajemnym zaufaniu. Przystępujący zachował zatem należyłą staranność w zakresie prowadzonej przez siebie działalności i doboru pracowników, nie można zatem dopatrzeć się w jego działaniu lekkomyślności bądź niedbalstwa. Nadto, należy wskazać, iż Pan K. B. jest członkiem samorządu zawodowego Izby Inżynierów Budownictwa, zaś sam jego zawód jest zawodem zaufania publicznego. Zatem, tym bardziej Przystępujący nie miał podstaw do podważania danych podanych przez osobę, obdarzoną takim publicznym zaufaniem. (...)

Kolejną przesłanką, która musi zaistnieć, by móc zastosować dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i wykluczyć wykonawcę z postępowania jest wprowadzenie w błąd Zamawiającego. W

niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie został wprowadzony w błąd, bowiem za taki nie można uznać jedynie powstania po stronie Zamawiającego wątpliwości. Podobny pogląd do powyższego został wyrażony w doktrynie przez K. R., który wskazał, że "Z drugiej strony należy zaznaczyć, że podanie informacji nieprawdziwej nie zawsze będzie skutkowało wprowadzeniem zamawiającego w błąd. Przekazanie informacji nieprawdziwej może wywołać u gospodarza postępowania odmienny stan, np. wywołać wątpliwości co do stanu faktycznego" (zob. K. Różowicz, Wykluczenie wykonawcy, który wprowadził zamawiającego w błąd, Komentarz praktyczny, LEX). O wprowadzeniu Zamawiającego w błąd w okolicznościach niniejszej sprawy moglibyśmy mówić jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający rzeczywiście uwierzyłby w zapewnienia Wykonawcy, co do wskazywanego doświadczenia Pana K. B i dokonał wyboru Przystępującego bez wezwania go do wyjaśnień. Zamawiający zachował jednak czujność i nie dał wprowadzić się w błąd, zatem nie miał również możliwości zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i wykluczenia Przystępującego z prowadzonego postępowania. Podsumowując powyższe, nawet w sytuacji, gdyby intencją Przystępującego rzeczywiście było wprowadzenie w błąd Zamawiającego (czego Zamawiający niniejszym nie potwierdza), to i tak nie zaistniał skutek tego działania, tj. Zamawiający nie został wprowadzony w błąd. Brak zatem drugiej z przesłanek wyszczególnionych w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp".

Wobec tego Odwołujący ani w wyniku lekkomyślności, ani w wyniku niedbalstwa nie wprowadził Zamawiającego w błąd. Odwołujący wskazał Pana D. A. na stanowisko ds. roszczeń po uzyskaniu stosownych informacji od samego Pana A. jak i osób trzecich. W związku z tym Odwołujący nie miał podstaw, aby mieć w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości. Odwołujący złożył pierwsze wyjaśnienia w zakresie doświadczenia Pana A. już w lipcu 2018 r., w związku z tym nie ma tu mowy o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd, tym bardziej, że do zakresu obowiązków jakie wykonywał Pan A. na wskazanych w Ofercie inwestycjach wchodziła m.in. obsługa roszczeń.

Należy również podkreślić, że w Formularzu 2.2. „Kryteria pozacenowe” Odwołujący wskazał jako stanowisko, które zajmował Pan A. „stanowisko ds. roszczeń (Radca prawny)”. Ponadto w Formularzu 3.4 „Wykaz osób” w kolumnie zatytułowanej jako „Kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie potwierdzające spełnianie wymagań” Odwołujący wskazał w odniesieniu do p. A. „specjalista ds. roszczeń (Radca prawny)”. Wobec tego Zamawiający już od dnia otwarcia ofert miał wiedzę, że Pan A. pełnił funkcję Radcy prawnego i, co dodatkowo potwierdza, że w przedmiotowym stanie faktycznym nie doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd i zaktualizowania się przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 sierpnia 2018 tj., sygn. akt: KIO 1417/18 wskazała, że „nie można przypisywać wykonawcy przedstawienia nieprawdziwych informacji w sytuacji, gdy weryfikacja potencjalnie błędnej informacji następuje w oparciu o treść samej oferty, podobnie jak nie można mówić o wprowadzeniu w błąd w sytuacji, gdy Zamawiający „z] urzędu”

dysponuje informacjami pozwalającymi zweryfikować oświadczenia wykonawców”.

Odnosząc się do przytoczonego przez Zamawiającego w informacji o wykluczeniu Odwołującego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lipca 2018 r., sygn. akt: KIO 1319/18, należy wskazać, iż rozstrzygnięcie to nie może przekładać się bezpośrednio na czynności dokonywane w Postępowaniu. Należy zwrócić uwagę, iż przedstawione w uzasadnieniu ustalenia Izby dotyczą wyłącznie odwołania się do faktu, iż z informacji przekazanych odwołującemu się wówczas wykonawcy wynika, iż wskazana osoba nie widniała jako zatwierdzony personel wykonawcy robót - nie przesądza ono natomiast, iż pan A. faktycznie nie zajmował stanowiska specjalisty ds. roszczeń na przedmiotowym kontrakcie - zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze w przedmiotowym stanie faktycznym nie zostały spełnione przesłanki dotyczące braku rzetelności działania wykonawcy wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, w związku z tym podniesiony przez Odwołującego zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący samooczyszczenia.

1. W piśmie z dnia 30 października 2018 r. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu wyjaśnienia dot. doświadczenia Pana D. A. (prawdziwości wskazanych w ofercie informacji i sposobu ich weryfikacji) wraz z załączeniem stosownych dowodów.
2. Przedmiotowe wyjaśnienia powinny doprowadzić Zamawiającego do wniosku, iż tzw. self-cleaning został przeprowadzony przez Odwołującego skutecznie (art. 24 ust. 9 Pzp). Zamawiający błędnie zinterpretował art. 24 ust. 8 Pzp i tym samym bezzasadnie odmówił uznania wyjaśnień Odwołującego. Zamawiający nietrafnie wskazał, że „przyznanie się wykonawcy do wprowadzenia w błąd winno nastąpić dobrowolnie i niezwłocznie, zanim Zamawiający uświadomił sobie ten fakt.” W związku z tym, że podane przez Odwołującego informacje są prawdziwe, nie miał on na wcześniejszym etapie podstaw, aby przekładać Zamawiającemu wyjaśnienia w zakresie doświadczenia Pana A.
3. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 maja 2018 r., sygn. akt: KIO 819/18 wskazała, że „Wbrew twierdzeniom Zamawiającego z Informacji o wykluczeniu, Izba uważa, że na wspomnianym etapie Odwołujący nie był zobowiązany przedstawiać sposobu przeprowadzenia weryfikacji informacji doświadczenia zawodowego danej osoby. Zamawiający nie miał oceniać skuteczności działania Wykonawcy czy dołożono należytej staranności w trakcie procesu przygotowania oferty, ale właśnie, czy przedstawione w ofercie dane odpowiadają prawdzie. Dopiero stwierdzenie, że przedstawione dane nie są prawidłowe powoduje, że zmaterializowała się przesłanka rozpoczęcia procedury opisanej w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Teraz to po stronie Odwołującego spoczywa ciężar wykazania, że podjął on wszelkie niezbędne środki, by jego działania jako profesjonalisty charakteryzowały się

rzetelnością. Teza Zamawiającego, że czas na przedstawienie dowodów rzetelności przez wykonawcę upływa wraz z terminem na składanie ofert jest wewnątrznie sprzeczna, przynajmniej w przedmiotowym postępowaniu. Słusznie Zamawiający wspomina, że inicjatywa w zakresie wykazania naprawienia szkody spoczywa na wykonawcy, jednakże tylko w przypadku, gdy podstawa faktyczna wykluczenia jest Stronom znana i obiektywnie stwierdzona innym; dokumentami lub ustaleniami, w tym innym orzeczeniem, już w momencie złożenia oferty. Nie jest to jednak przypadek prowadzonego postępowania, w którym Odwołujący, działając w zaufaniu do przedstawionych mu danych przez osobę trzecią złożył ofertę, a dopiero weryfikacja tych danych (czy to samodzielnie przez Wykonawcę, czy przez Zamawiającego w innym, równoległym prowadzonym postępowaniu) wykazała, że były one nieprawidłowe. Dopiero w przyszłych postępowaniach Wykonawca może, jeżeli uzna swoje zawinienie, przedstawiać w JEDZ środki świadczące o jego rzetelności wraz ze złożeniem oferty. (...) Reasumując, Izba stwierdziła, że naruszenie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp mogło mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia wobec czego - działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy - orzekła, jak w pkt 1. sentencji uwzględniając w części odwołanie”.

4. Zamawiający wskazał w informacji o wykluczeniu z dnia 14 grudnia 2018 r., że „złożenie przez Wykonawcę pisma z dnia 30.10.2018 r. nie odbyło się niezwłocznie, tj. zanim Zamawiający dowiedział się o fakcie przedstawienia informacji wprowadzających w błąd lecz stanowiło reakcję na odpowiedź udzieloną przez Zamawiającego na odwołanie TPF sp. z o.o.” Należy jednak wskazać, że zgodnie z przytoczonym powyżej wyrokiem dopiero stwierdzenie, że przedstawione dane nie są prawidłowe powoduje, że zmaterializowała się przesłanka rozpoczęcia procedury opisanej w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. W związku z tym, że Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu nierzetelnych informacji, a co za tym idzie nie podlega on wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, przesłanka zastosowania art. 24 ust. 8 Pzp nie zmaterializowała się. Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia w momencie, gdy zapoznał się z odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie TPF w sprawie o sygn. akt: KIO 1319/18 i zauważył, że Zamawiający powziął wątpliwość co do doświadczenia Pana A. wskazanego w ofercie Odwołującego.
5. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 422/18 wskazała (co prawda w stosunku do innej przesłanki wykluczenia, ale zasada pozostaje niezmienna), że „Należy bowiem podkreślić, że instytucja samooczyszczenia ma zastosowanie wtedy gdy wobec Wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia, ale Wykonawca zamierza wykazać, że mimo to jest podmiotem rzetelnym i wiarygodnym. Instytucja ta natomiast nie ma zastosowania w sytuacji, gdy wobec wykonawcy w ogóle nie zachodzi podstawa wykluczenia. Innymi słowy, jedynie w przypadku wykazania istnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, zasadne jest skorzystanie przez wykonawcę z uprawnienia do przedstawienia

dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do uznania jego rzetelności. Jeżeli natomiast przesłanki te nie zachodzą, wykonawca jest uprawniony do kwestionowania czynności wykluczenia (...).”

6. W związku z tym samooczyszczanie złożone przez Wykonawcę zostało błędnie ocenione przez Zamawianego, gdyż zarówno same wyjaśnienia jak i przedłożone dowody powinny zostać uznane za wystarczające.

Zarzut dot. unieważnienia postępowania.

Stwierdzenie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp implikuje konieczność nakazania unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania, w zakresie w jakim motywację Zamawiającego stanowił brak ofert niepodlegających odrzuceniu (art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp) (tak m.in. w wyroku KIO z dnia 2 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1417/18). W związku z tym w przypadku uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu nr 1 żądanie wskazane w ust. III pkt. 1 niniejszego odwołania jest w pełni uzasadnione.

Podsumowując, argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza w ocenie Odwołującego zasadność i konieczność wniesienia niniejszego odwołania.

## **Odwołanie w sprawie Sygn. akt KIO 2646/18**

### **Odwołujący**

TPF Sp. z o.o. ul. Annopol 22; 03-236 Warszawa

Zwany dalej: „TPF”

- I. Działając na podstawie przepisów art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i ust. 4 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (dalej „Ustawa”) w postępowaniu o zamówienie publiczne, którego przedmiotem jest: „Zarządzanie Kontraktem i pełnienie nadzoru nad zadaniem: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S52 ode. Północna Obwodnica Krakowa: węzeł Modlnica - węzeł Kraków Mistrzejowice (bez węzła)”, wnosi niniejszym odwołanie od:
  1. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na uznaniu, że przedmiotowe postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy, pomimo że nie wystąpiła przesłanka określona w tym przepisie,
  2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania dokonania uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania,
  3. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania udostępnienia całości dokumentacji postępowania.



II. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy - poprzez zastosowanie przedmiotowego przepisu pomimo niewystąpienia przesłanki jego zastosowania, tj. Zamawiający może zwiększyć kwotę na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty najkorzystniejszej;
2. naruszenie przepisu art. 92 ust. 1 pkt 7 w związku art. 93 ust. 3 pkt 2 Ustawy, poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania;
3. naruszenie art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 1 i w związku z art. 9 ust. 1 Ustawy, poprzez zaniechanie udostępnienia całości dokumentacji postępowania.

III. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania
2. nakazanie Zamawiającemu udostępnienia całości dokumentacji postępowania.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu ( art. 186 ust. 2 Ustawy) Odwołujący żąda od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie z wskazanymi powyżej żądaniami odwołania.

IV. Interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 Ustawy oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów Ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11) Ustawy i ubiega się o udzielenie zamówienia. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą. W wyniku bezprawnych czynności Zamawiającego Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

V. Formalne przesłanki wniesienia odwołania. Odwołujący został poinformowany o czynności unieważniania postępowania w dniu 14 grudnia 2018 roku, a zatem niniejsze odwołanie wniesione jest z zachowaniem 10 dniowego terminu przewidzianego w Ustawie. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania - dowód w załączeniu.

**UZASADNIENIE:**

Stan faktyczny

1. Zamawiający prowadzi inwestycję „Budowa Północnej Obwodnicy Krakowa w ciągu S 52”. Budżet dla inwestycji obejmującej:
  - a) roboty budowlane w ramach postępowania na „Zaprojektowanie i budowę drogi ekspresowej S 52 odc. Północna Obwodnica Krakowa: węzeł Modlnica - węzeł Kraków Mistrzejowice (bez węzła)”
  - b) usługi (zarządzanie kontraktem) w ramach niniejszego postępowania.
2. Szacunkowy łączny koszt inwestycji dla całego zadania został ustalony w Programie Inwestycji, ustalonym i zaakceptowanym przez Ministerstwo Infrastruktury. Zamawiający odmówił udostępnienia przedmiotowego dokumentu w trybie art. 96 ust 3 Ustawy (o czym dalej).
3. Zamawiający podał, że kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia

wynosi 14.727.255.80 złotych brutto.

Jak wynika z zestawienia 7 ofert, które zostały złożone tylko 2 pierwsze oferty mieściły się w budżecie na realizację zamówienia.

4. Zamawiający w dniu 21 września 2018 roku wykluczył z postępowania 3 wykonawców:

- a) Konsorcjum INKO Consulting Sp. z o.o. i Drogowa Trasa Średnicowa SA;
- b) Konsorcjum Multiconsult Polska Sp. z o.o. i Ekocentrum;
- c) Konsorcjum Firma Inżynierska Arcus J. B. i Integral Sp. o.o.;

ze względu na podanie informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd.

5. Konsorcjum INKO Consulting Sp. z o.o. i Drogowa Trasa Średnicowa SA wniosło odwołanie, które zostało oddalone wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2018 roku, sygn. akt KIO 1747/18.

6. Zamawiający wykluczył 2 wykonawców, których oferty mieściły się w podanym budżecie na realizację zamówienia. Jednocześnie trwało postępowanie dotyczące robót budowlanych, gdzie oferta najkorzystniejsza przekraczała budżet Zamawiającego. Zamawiający podjął jednak kroki mające na celu zwiększenie budżetu. W dniu 12 września 2018 roku został podpisany aneks nr 2 do Programu Inwestycji, zwiększający szacunkowy koszt inwestycji, do kwoty 1.815.000.000 (jeden miliard osiemset piętnaście milionów) złotych brutto.

Dowód: Aneks nr 2 do Programu Inwestycji

Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 14.12.2018r. w dniu 12 września 2018 roku zwiększył kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z kwoty 14.727.355,80 złotych do kwoty 15.371.925,00 złotych, tj. dokładnie do ceny oferty wykonawcy MGGP. Odwołujący mailem z dnia 4 października 2018 r. wystąpił do Zamawiającego o przesłanie dokumentu na podstawie którego zwiększony został budżet niniejszego postępowania do kwoty 15.371.925,00 złotych. W odpowiedzi na powyższy email, Zamawiający w dniu 5 października 2018 r. przesłał Odwołującemu Aneks nr 2 do Programu Inwestycji.

Dowód: maile z dnia 4.10 2018 r. i 5.10.2018 r.

Warto jednak podkreślić, że udostępniony dokument zawiera wyłącznie ogólną kwotę na realizację całej inwestycji (budowa + nadzór), zaś z żadnego udostępnionego Odwołującemu dokumentu nie wynika, że Zamawiający zwiększył budżet zamówienia do kwoty 15.371.925 złotych (cena oferty MGGP).

7. Zamawiający w dniu 27 września 2018 roku poinformował Odwołującego o wyborze oferty MGGP SA jako najkorzystniejszej. Było to możliwe tylko wobec faktu, że Zamawiający zwiększył kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Jednocześnie Zamawiający poinformował o ocenie ofert pozostałych wykonawców, w tym w zakresie kryteriów pozacenowych oraz ocenie wskazywanych w ofertach wykazów osób. Zamawiający ograniczył się jednak tylko do podania ilości punktów, nie wskazując, na jakiej podstawie

przyznał punkty, a na jakiej podstawie zaniechał przyznania punktów poszczególnym ofertom w kryteriach pozacenowych.

8. W dniu 8 października 2018 roku Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając:
  - a) zaniechanie wykluczenia wykonawcy MGGP SA oraz Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECM Group Polska SA i JPL Project Sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum ECM”);
  - b) podania uzasadnienia punktacji przyznanej poszczególnym ofertom.
9. Na czynność oceny ofert odwołanie wniósł też wykonawca Konsorcjum ECM, żądając przyznania większej ilości punktów ofercie Konsorcjum ECM, nieprzyznania punktów ofercie MGGP i wykluczenia wykonawcy MGGP.
10. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 26 października 2018 roku uwzględniła obydwa odwołania.
11. Odwołujący w piśmie z dnia 30 października 2018 r. wskazał na naruszenie przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców w ramach przedmiotowego postępowania, w szczególności odmienne rozumienie przez Zamawiającego pojęcia „od rozpoczęcia robót” w przypadku oceny oferty Konsorcjum INKO i Konsorcjum Multiconsult, a zupełnie odmienne (korzystne dla wykonawcy) rozumienie tego pojęcia w przypadku oferty MGGP. Odwołujący wniósł o przeprowadzenie kontroli oraz poinformowanie o wynikach. Dowód: pismo z dnia 30.10.2018r.
12. Zamawiający w dniu 13 listopada 2018 roku zawarł umowę z wykonawcą robót budowlanych, konsorcjum firm Giilermak Agir Sanayi fneaat ve Taahhiit A.Ş.Konya Devletiyolu, Mosty - Łódź S.A. i Gulermak Spółka z o.o. Na otwarciu ofert Zamawiający wskazał, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 1.339 .821.636,00 PLN brutto. Została ona zwiększona do kwoty 1.427.968.500 złotych brutto.  
Dowód: Informacja z otwarcia ofert na wyłonienie wykonawcy robót budowlanych Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z 15.11.2018r.
13. Jak wskazano powyżej szacunkowy koszt inwestycji po zwiększeniu Aneksem nr 2 wynosi obecnie 1.815.000.000 złotych brutto. Oznacza to, że na realizację Inwestycji Budowa Północnej Obwodnicy Krakowa w zakresie innym niż roboty budowlane pozostaje 387.031.500,00 złotych. Jest to kwota o 370.588.415,97 złotych wyższa od ceny oferty Odwołującego.
14. Zamawiający w dniu 12 grudnia 2018 roku wezwał Odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy PZP.
15. Następnie w dniu 14 grudnia 2018 roku Zamawiający poinformował, iż wykluczył z postępowania Konsorcjum ECM i wykonawcę MGGP oraz unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy PZP - jako uzasadnienie unieważnienia podające de facto tylko 1 zdanie: jednocześnie Zamawiający nie może zwiększyć kwoty założonej na

sfinansowanie zamówienia, co czyni zasadnym unieważnienie postępowania."

16. Odwołujący w dniu 18 grudnia 2018 roku wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji postępowania:
- 1) Aktualnego Protokołu postępowania;
  - 2) programu Inwestycji dla Budowy północnej Obwodnicy Krakowa w ciągu S52;
  - 3) Aneksu nr 1 do w/w Programu Inwestycji;
  - 4) Innych Aneksów do w/w Programu Inwestycji; (za wyjątkiem aneksu nr 2 udostępnionego już Wykonawcy);
  - 5) Dokumentu, z którego będzie wynikało zwiększenie kwoty którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie niniejszego zamówienia z 14 727 355,80 zł na 15 371 925,00 zł.
  - 6) Dokumentów, z których wynika, iż Zamawiający nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do wysokości 16 443 084,03 zł, np. korespondencji z Ministerstwem Infrastruktury.
  - 7) Korespondencji postępowania od daty 12.10.2018 t.j. od daty ostatniego wglądu Wykonawcy do postępowania.

Dowód: mail z 18.12.2018r.

17. W odpowiedzi Zamawiający w dniu 19.12.2018r. przekazał jedynie 3 dokumenty:

- 1) Protokół postępowania aktualny na 18.12.2018r.;
- 2) Pismo wykonawcy Konsorcjum ECM z 30.10.2018r.;
- 3) Pismo wykonawcy MGGP z 13.12.2018r. - przedłużenie okresu związania ofertą wraz z wadium.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że: „Pozostałe dokumenty, o które Państwo wnioskuje nie stanowią załączników do protokołu postępowania, stąd nie podlegają udostępnieniu na podstawie art. 96 ust 3 ustawy Pzp."

Dowód: mail z 19.12.2018r.

Odwołujący wskazuje, że obecne stanowisko Zamawiającego jest sprzeczne z jego wcześniejszym stanowiskiem. Otóż po wyborze oferty MGGP jako najkorzystniejszej Zamawiający udostępnił Odwołującemu Aneks nr 2 do Programu Inwestycji, nie jest zatem zrozumiałe, dlaczego obecnie odmawia udostępnienia takich dokumentów.

Unieważnienie postępowania - jako wyjątek od zasady, zakaz wykładni rozszerzającej. Brak uzasadnienia unieważnienia postępowania.

18. Istotną kwestią, którą należy podkreślić na samym początku odwołania, jest fakt, iż jedną z podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych jest zasada trwałości postępowania oraz realizacja celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej i realizacja zamówienia. Tym samym unieważnienie postępowania zawsze należy traktować jako wyjątek od zasady.

19. Mając powyższe na uwadze, przy uwzględnieniu zasady *exceptiones non sunt extendendae*, przesłanki do unieważnienia postępowania należy interpretować jako wyjątek od zasady, w sposób ścisły i określony w dyspozycji art. 93 ust. 1 i ust. 1a Ustawy. Pogląd powyższy wielokrotnie potwierdziła w swoich orzeczeniach Krajowa Izba Odwoławcza - przykładowo w wyrokach:

wyrok z dnia 23 października 2017 r., KIO 2093/17: „Podkreślić przy tym należy, że czynność unieważnienia postępowania sama w sobie sprzeciwia się określonemu w art. 2 pkt 7a ustawy p.z.p. celowi postępowania o udzielenie zamówienia, przez który należy rozumieć dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowania postanowień takiej umowy. Tym samym, wskazane w ustawie p.z.p. przesłanki unieważnienia postępowania - po pierwsze - nie powinny być interpretowane rozszerzająco, po drugie zaś - ich wystąpienie winno być szczegółowo zbadane i nie powinno budzić żadnych wątpliwości.”

Wyrok z dnia 12 czerwca 2015 r., KIO 1132/15: „Dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 93 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje okoliczności, w których zamawiający może unieważnić postępowanie, a więc nie zrealizować podstawowego celu postępowania, jakim jest udzielenie zamówienia publicznego. Skonkretyzowanie przesłanek unieważnienia postępowania oprócz tego, że wykreowało uprawnienie zamawiającego do unieważnienia postępowania, to jednocześnie określiło granice podjęcia decyzji w tym przedmiocie, co w konsekwencji stwarza dla wykonawców gwarancję, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie będą w sposób dowolny unieważniane, a jedynie wystąpienie przyczyn, o których mowa w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp, może leć u podstaw rzeczonego unieważnienia. Skoro ustawodawca zdecydował się na wskazanie przesłanek unieważnienia postępowania i tym samym stworzył narzędzie, które stanowi wyjątek od reguły, że prowadzenie postępowania winno zmierzać do zawarcia umowy, nie budzi wątpliwości, że powody uzasadniające unieważnienie postępowania powinny być wykładane ściśle.”

Wyrok z 8 grudnia 2015 r., KIO 2610/15: „W pierwszej kolejności należy wskazać, że Izba podziela wyrażane powszechnie w doktrynie i orzecznictwie stanowisko, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia jest instytucją, którą można stosować na zasadzie wyjątku od zasady. Celem tego postępowania jest, jak to wynika choćby z art. 2 pkt 7a pzp, wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, czyli wykonawcy, który zrealizuje zamówienie. Unieważnienie postępowania wywiera skutek *ex tunc* i znosi wszystkie czynności dokonane uprzednio w postępowaniu przez zamawiającego, a tym samym niweczy ów cel. Z tych względów przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych spoczywa na zamawiającym (zob. m.in. wyroki Izby wydane: 23 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1948/11) i

3 czerwca 2014 r. (sygn. akt: KIO 991/14, KIO 1001/14). Innymi słowy wskazuje się, że obowiązująca na gruncie prawa zamówień publicznych zasada numerus clausus przesłanek unieważnienia postępowania nie pozwala na ich wykładnię rozszerzającą {zob. wyrok Izby z 22 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1693/11)}. Dostrzega się również, że wyeliminowanie w ten sposób możliwości bezpodstawnego i autorytarnego unieważnienia postępowania, jest wyrazem ochrony prawnej zobowiązań, która występuje zarówno na gruncie kodeksu cywilnego, jak i ustawy pzp. Wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający de facto zobowiązuje się bowiem do zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta okaże się najkorzystniejsza, a wykonawcy przysługuje w stosunku do zamawiającego o to roszczenie wyrażające się m.in. możliwością żądania wydania przez sąd orzeczenia, o którym mowa w art. 64 kodeksu cywilnego {zob. wyrok Izby z 5 października 2011 r. (sygn. akt KIO 2047/11)}.", także sądy powszechne - przykładowo:

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 20 lipca 2010 roku, sygn. akt IV Ca 429/10, w którym Sąd podkreślił, iż wykładnia rozszerzająca jednej z podstaw unieważnienia postępowania powodowałaby powstanie nowej przesłanki unieważnienia postępowania, nie przewidzianej przez ustawodawcę: „Sąd Okręgowy podziela też pogląd Przeciwnika skargi dotyczący konieczności ścisłego interpretowania przepisu art. 93 ustawy pzp z tego względu, że określa on przesłanki unicestwienia postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego (vide też cytowane przez niego orzeczenia - przypisy na k. 340). Oznacza to, że unieważnienie postępowania może nastąpić wyłącznie z przyczyn wskazanych w tym przepisie bez możliwości rozszerzenia zamkniętego katalogu tych przyczyn ”

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30 sierpnia 2010 roku, sygn. akt IV Ca 831/10 „Katalog przesłanek z art. 93 Pzp jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania.”

20. Mając powyższe na uwadze należy wskazać, że argumentem uzasadniającym unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy nie może być ogólne stwierdzenie Zamawiającego, ograniczone do 1 zdania: Jednocześnie Zamawiający nie może zwiększyć kwoty założonej na sfinansowanie zamówienia, co czyni zasadnym unieważnienie postępowania." Zwłaszcza w sytuacji, gdy zgodnie z Programem Inwestycji szacunkowy łączny koszt inwestycji wynosi 1.815.000 000 złotych, zaś po zawarciu umowy z wykonawcą robót budowlanych Zamawiającemu pozostało na sfinansowanie całości inwestycji 387.031.500,00 złotych.
21. Wskazać też należy, że Zamawiający uprzednio zwiększył budżet zamówienia - w celu zawarcia umowy z MGGP SA. Nie jest zrozumiałe, dlaczego nie uczynił tego ponownie, w sytuacji, w której dysponuje odpowiednimi środkami.
22. Konieczność uzasadnienia podstaw faktycznych i prawnych unieważnienia postępowania jest

następstwem zasad równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i jawności postępowania. Brak podania uzasadnienia, zwłaszcza wobec uprzednich czynności Zamawiającego: Zwiększenia budżetu w przypadku wyboru oferty MGGP SA; wezwania w dniu 12 grudnia 2018 roku Odwołującego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy PZP; wskazuje, że Zamawiający naruszył wszystkie w/w zasady. W myśl przywołanych zasad, Wykonawcy powinni mieć możliwość weryfikacji zasadności unieważnienia postępowania właśnie za pomocą podanego przez Zamawiającego uzasadnienia. Niedopuszczalnym jest, aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych przez zamawiającego czynności, samodzielnie zidentyfikował przyczyny unieważnienia postępowania, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemanych przyczyn decyzji Zamawiającego. Wszelkie czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, muszą być przeprowadzone z poszanowaniem wyrażonych w ustawie Prawo zamówień publicznych zasad, w tym wyrażonych w art. 7 ust. 1 oraz w art. 8 ust. 1 zasady przejrzystości oraz zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia. Respektowanie tych zasad oznacza między innymi, iż zamawiający powinien zapewnić wszystkim zainteresowanym wykonawcom odpowiedni dostęp do informacji o zamówieniu, należyście dokumentować wszystkie etapy postępowań oraz umożliwić śledzenie procesu udzielania zamówienia. Oznacza to, iż również w przypadku unieważnienia postępowania, wykonawcy winni mieć możliwość zapoznania się z wszelkimi okolicznościami, mającymi wpływ na tego rodzaju czynność zamawiającego.

Brak spełnienia przesłanek unieważnienia postępowania określonych w art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy

23. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy PZP wskazuje, że przesłankami unieważnienia postępowania jest łączne wystąpienie następujących 2 przesłanek:

cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, istnienie okoliczności uniemożliwiającej zamawiającemu zwiększenie kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający powinien więc w Informacji o unieważnieniu postępowania wykazać zaistnienie obydwu w/w przesłanek. Tymczasem Zamawiający w ogóle nie wykazał ziszczenia się przesłanki niemożności zwiększenia kwoty do ceny oferty najkorzystniejszej. Tymczasem w zakresie ciężaru dowodu, to na Zamawiającym ciąży ciężar dowodu w tym zakresie, tj. zaistnienia przesłanek uzasadniających unieważnienie postępowania

24. Zamawiający w Zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania ograniczył się do wskazania, że „nie może zwiększyć kwoty założonej na sfinansowanie zamówienia”. Zamawiający nie dość, że nie wykazał (przedstawienie dowodów), to nawet nie wskazał (złożenie oświadczenia), że nie może zwiększyć przedmiotowej kwoty. Co więcej - przedmiotowemu gołosłownemu twierdzeniu Zamawiającego przeczy stan faktyczny, w tym czynności podejmowane wcześniej

przez samego Zamawiającego. Otóż w dniu 12 grudnia 2018 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy PZP. Skoro Zamawiający wystosował takie wezwanie, to oznacza, że na dzień 12 grudnia 2018 roku miał zamiar zawrzeć z odwołującym umowę i posiadał środki, aby taką umowę zawrzeć. Zamawiający nie wskazał, aby pomiędzy 12 grudnia a 14 grudnia nastąpiła jakakolwiek zmiana sytuacji faktycznej po stronie Zamawiającego.

25. Co więcej - Zamawiający uprzednio zwiększył już raz kwotę, w celu wybrania oferty MGGP SA jako najkorzystniejszej. A jednocześnie nie uzasadnił, że obecnie nie może kwoty zwiększyć. Zdaniem Odwołującego stanowisko Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym postępowania. Jak już wskazano powyżej Zamawiający w ramach Programu Inwestycji dysponuje kwota aż 1.815.000 złotych, a zatem posiada środki na realizacji Inwestycji jako całości.
26. Z powyższego wynika, że Zamawiający ograniczył się do arbitralnego twierdzenia, że nie zwiększy środków. Nie odniósł się w ogóle do stanu faktycznego, w tym do posiadanych przez siebie środków. Taką sytuację za niedopuszczalną uznała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 października 2017 roku, sygn. akt KIO 2093/17: „Przepis art. 93 ust 1 pkt4p.z.p. nie daje zamawiającemu wyłącznego i arbitralnego uprawnienia do decydowania o tym, czy zwiększyć kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, czy też nie. Przede wszystkim zamawiający obowiązany jest zbadać, czy istnieje obiektywna możliwość zwiększenia tej kwoty i dopiero wówczas; w przypadku, gdy wynik badania okaże się negatywny, podjąć decyzję o unieważnieniu postępowania”
27. Na obowiązek podjęcia kroków zmierzających do zwiększenia budżetu wskazała też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 marca 20178 roku, sygn. akt KIO 301/18: Zamawiający w przypadku wyboru najkorzystniejszej oferty z ceną przekraczającą budżet zamawiającego musi podjąć działania, aby uzyskać dodatkowe środki i jednak zrealizować zamówienie. Dopiero gdy próba lub próby pozyskania dodatkowych środków nie przyniosą wystarczających rezultatów, zamawiający będzie mógł i musiał unieważnić postępowanie stosując się do art. 93 ust 1 pkt4p.z.p."
28. Tymczasem Zamawiający nie wykazał, że podjął działania w celu uzyskania dodatkowych środków. Co więcej - Zamawiający de facto dysponuje tymi środkami, co wykazano w odwołaniu, w ramach budżetu na całą Inwestycję. Nie wykazał zaś jednocześnie, że nie może tych środków wykorzystać.

Z uwagi na powyższe niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odpowiedź na odwołanie złożył zamawiający w dniu 9 stycznia 2019 roku wnosząc o oddalenie odwołania w całości.



## **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

### **Izba ustaliła w sprawie odwołań oznaczonych Sygn. akt: KIO 2608/18 i KIO 2631/18**

Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego do akt sprawy w tym akt w sprawach oznaczonych Sygn. akt KIO 1319/18; Sygn. akt KIO 1747/18 i połączonych spraw o Sygn. akt KIO 2050/18 i KIO 2069/18 oraz złożonych na rozprawie dowodów przez strony i uczestników

### **Izba ustaliła**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Zarządzanie kontraktem i pełnienie nadzoru nad zadaniem: Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S 52 odc. Północna obwodnica Krakowa: węzeł Modlnica – węzeł Kraków Mistrzejowice (bez węzła)”.

Wartość przedmiotowego zamówienia z uwzględnieniem zamówień uzupełniających wynosi kwotę 19.157.536,00 PLN co stanowi równowartość 4.443.151,43 euro i przekracza ta kwota, kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11ust.8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. j.t. 2018 poz.1986 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „pzp”.

Podstawę do zaskarżenia czynności czy też zaniechań zamawiającego stanowiła informacja zamawiającego o wykluczeniu wykonawców z postępowania oraz o unieważnieniu postępowania, którą przekazano wykonawcom w dniu 14.12.2018 roku drogą mailową a w dniu 17.12.2018 r. za pośrednictwem poczty.

Zamawiający w piśmie z dnia 14 grudnia 2018 roku wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 października 2018 roku w sprawach połączonych o Sygn. akt: KIO 2050/18 i KIO 2069/18 zawiadomił o wykonawcach wykluczonych z postępowania i o unieważnieniu postępowania.

Wykonawcy wykluczeni to:

MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie zwani dalej „MGGP”

oraz

Konsorcjum: ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz JPL Project Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zwani dalej „Konsorcjum ECM i JPL”.

Wyżej wymienieni wykonawcy zostali wykluczeni w związku z art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp zgodnie z którym „z postępowania 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”.

Zamawiający podejmując czynność wykluczenia obydwu wyżej wymienionych wykonawców miał na uwadze rozstrzygnięcie w sprawach odwołań w wyroku łącznym oznaczonym Sygn. akt KIO 2050/18 i KIO 2069/18 z dnia 26 października 2018 roku.

Na podstawie tego Wyroku zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty to jest wykonawcy MGGP oraz przystąpił do ponownego badania i oceny ofert w szczególności dokonując weryfikacji ocen w kryteriach poza cenowych dotyczących osób to jest Pani M. M.-M. wskazana przez MGGP i Pan P. R. wskazany przez konsorcjum ECM i JPL.

Zamawiający przeprowadził ponowną weryfikację nie tylko na podstawie posiadanych dokumentów i zawartych w nich informacji to jest formularzy „Kryteria pozacenowe” (Formularzy 2.1.) oraz „Wykaz osób”(Formularz 3.4.), to jest dokumenty posiadane przez zamawiającego ale także w oparciu o nowe informacje pozyskane w toku postępowań odwoławczych (KIO 2050/18 i 2069/18) oraz wnioski płynące z wyroków KIO m.in. KIO 684/18, KIO 1102/18, KIO 1206/18;KIO 1319/18; KIO 1399/18; KIO 1542/18; KIO 1747/18, 1983/18 i sądów wyrok SO w Warszawie z dnia 20.07.2018r. w sprawie Sygn. akt XXIII Ga 849/18 są to sprawy odwoławcze i skarga, których stroną był zamawiający.

Zamawiający w wykonaniu Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 października 2018 roku w sprawie połączonej o Sygn. akt KIO 2050/18 i KIO 2069/18 unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty, wykluczył z postępowania MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie oraz konsorcjum: „ECM Group Polska” S.A. z siedzibą w Warszawie oraz JPL Project sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w związku z art.24 ust.1 pkt 17 oraz art.24 ust.8 i 9 pzp.

Tak więc przy ponownej weryfikacji złożonych ofert zamawiający kierował się Wyrokiem KIO w sprawach oznaczonych Sygn. akt KIO 2050/18 i KIO 2069/18 z dnia 26.10.2018r. zgodnie z którym Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołania i nakazała Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie reprezentowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ECM Group Polska S.A.

w Warszawie, JPL Project Sp. z o. o. w Warszawie otrzymają punkty w Podkryterium 2.1. za doświadczenie Pana P. R. uzyskane w związku pełnieniem funkcji Inżyniera Rezydenta przy wykonaniu umowy „Inżyniera dla „Inżynier dla Zadania 1: Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków Czajka (część ściekowa i przygotowanie osadów do utylizacji)” zrealizowanego w ramach projektu Funduszu Spójności nr 2005/PL/ 16ICIP/003 pn. „Zaopatrzenie w wodę i oczyszczanie ścieków w Warszawie-Faza III”, a od oceny oferty MGGP S.A. w Tarnowie w Podkryterium 2.4. zostaną odjęte punkty za doświadczenie Pani M. M.-M. uzyskane w związku pełnieniem funkcji specjalisty ds. roszczeń przy wykonaniu umowy „Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 do rejonu węzła „Opacz” na terenie gminy Michałowice (z wyłączeniem tego węzła) od węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową Nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką Nr 721 w miejscowości Magdalena (wraz z węzłem „Paszków” i ww. skrzyżowań)”. Izba również nakazała sporządzenie informacji o wyniku postępowania i ocenie ofert ze wskazaniem umów, za które wykonawcy nie otrzymali punktów oraz przyczyn, dla których punkty nie zostały przyznane. Izba oddaliła zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp (sygn. akt KIO 2069/18 – TPF Sp. z o.o.); umorzyła postępowanie co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp (sygn. akt KIO 2050/18) oraz co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECM Group Polska S.A. w Warszawie, JPL Project sp. z o. o. w Warszawie (sygn. akt KIO 2069/18);

Tak więc Zamawiający unieważniając dokonany wybór najkorzystniejszej oferty i dokonując ponownego badania i oceny złożonych ofert na podstawie Wyroku w sprawach oznaczonych Sygn. akt KIO 2050/18 i KIO 2069/18 zobowiązany był jego sentencją ale także ustaleniami i zważeniem stanu faktycznego i prawnego przez Izbę. Izba oceniając doświadczenie Pani M. M.-M. i nakazując odjęcie punktów przyznanych z tytułu doświadczenia zawodowego dokonała w uzasadnieniu wyroku oceny doświadczenia zawodowego i ustaleń, które stały się wytyczną dla zamawiającego. I tak „Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez wadliwą ocenę oferty złożonej przez MGGP S.A. w Tarnowie w zakresie, w jakim zamawiający przyznał punkty za doświadczenie zdobyte przez Panią M. M.-M. znalazł potwierdzenie. W pkt 19.1.3.2 SIWZ w Podkryterium 2.4 zamawiający ustalił, że będzie oceniał wykazane doświadczenie dla osoby oddelegowanej na stanowisko Specjalisty ds. roszczeń w zakresie realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub remont lub nadzór nad budową lub przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 7.2.3) lit b) ppkt 1) IDW- Tom I SIWZ) o wartości robót co najmniej 100 mln PLN od rozpoczęcia robót do wykonania zamówienia (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 lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu\ Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera. Wskazał, że za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania wykonawca otrzyma 1 pkt, za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania wykonawca otrzyma 3 pkt. W odpowiedzi MGGP S.A. na stronie 45 oferty wskazał doświadczenie Pani M. M.-M. dotyczące realizacji 2 zadań. Zamawiający oba zadania uznał za prawidłowe i przyznał w ramach tego podkryterium ofercie MGGP S.A. 3 pkt. Wykaz Osób na stronie 49 oferty podaje daty realizacji funkcji Specjalisty ds. roszczeń dla przedmiotowego zadania przez Panią M. M.-M. - od 9.2013 do 12.2015. Przedmiotem sporu jest doświadczenie Pani M.-M. uzyskane w związku z wykonaniem zadania „Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 do rejonu węzła „Opacz” na terenie gminy Michałowice (z wyłączeniem tego węzła) od węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową Nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką Nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem „Paszków” i ww. skrzyżowań)” w związku z oświadczeniem, że posiada ona doświadczenie w realizacji przedmiotowego zadania od początku robót do wykonania zadania. Nie jest sporne, że Pani M.-M. rozpoczęła pełnienie swojej funkcji od 2 sierpnia 2013 r. Odwołujący w odwołaniu wskazywał, że roboty budowlane dla referencyjnego zadania rozpoczęły się w kwietniu 2013 r. Natomiast na rozprawie złożył pismo Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, zgodnie z którym rozpoczęcie robót nastąpiło 1 maja 2013 r. zgodnie ze załączonym do pisma zgłoszeniem do Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego, dalej jako: „WINB”. Z kopii fragmentów dziennika budowy złożonych przez zamawiającego wynika, że pozwolenie na budowę wydano 22 lutego 2013 r., pierwszy kierownik budowy przyjął obowiązki 16 kwietnia 2013 r. Wyznaczenie linii regulacyjnych i znaków geodezyjnych oraz wyznaczenie położenia obiektu budowlanego na gruncie nastąpiło 1 sierpnia 2018 r. Zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego o początku robót budowlanych powinna decydować data czynności faktycznych podjętych na placu budowy, zatem rozpoczęcie robót nastąpiło 1 sierpnia 2013 r., a rozpoczęcie pełnienia funkcji przez Panią M.-M. 2 sierpnia 2013 r. co jest prawidłowe w świetle art. 111 § 2 k.c.(...)Niezależnie jednak od przyjętego punktu odniesienia należy dojść do przekonania, że Pani M.-M. nie pełniła swojej funkcji od początku robót. Data początku robót wskazywana przez inwestora to 1 maja 2013 r. (...)W tej sytuacji interpretacja najbardziej względna dla wykonawcy polega na przyjęciu dla wskazanego zadania jako daty rozpoczęcia robót 1 sierpnia 2013 r. – dnia wyznaczenia położenia obiektu budowlanego na gruncie. Jednak nawet przyjęcie tej daty prowadzi do oceny, że Pani M.-M., która bezspornie zaczęła pełnić funkcję od 2 sierpnia 2013 r. nie pełniła jej od początku robót (...) W konsekwencji Izba uznała, że przyznanie przez zamawiającego ofercie MGGP S.A. punktów za doświadczenie Pani M. M.-M. uzyskane w związku z pełnieniem funkcji przy wykonaniu zadania „Kontynuacja

projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 do rejonu węzła „Opacz” na terenie gminy Michałowice (z wyłączeniem tego węzła) od węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową Nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką Nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem „Paszków” i ww. skrzyżowań)”, było niezasadne. (...)Zamawiający powinien przyjąć jeden i taki sam punkt odniesienia oraz tak samo interpretować pojęcie „początek robót” przy ocenie wszystkich złożonych ofert, a tego nie uczynił. Przyjęcie przez zamawiającego odmiennych znaczeń pojęcia „początek robót” przy ocenie ofert odwołującego i MGGP S.A. narusza zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp. Badanie tej kwestii mieści się w kognicji Izby, gdyż zarzut naruszenia tego przepisu w związku z czynnością oceny ofert został podniesiony w odwołaniu”.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp (sygn. akt KIO 2069/18); umorzyła postępowanie co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp (sygn. akt KIO 2050/18) oraz co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECM Group Polska S.A. w Warszawie, JPL Project sp. z o. o. w Warszawie (sygn. akt KIO 2069/18); W zakresie tej części rozstrzygnięcia Izba przedstawiła w uzasadnieniu następujące stanowisko: (...) Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania MGGP S.A., pomimo iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy, tj. nie dokonując samooczyszczenia, został sformułowany w sposób uniemożliwiający jego rozpoznanie. Formułując powołany zarzut odwołujący wskazał jedynie, że MGGP S.A. podał w ofercie informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, mogące mieć wpływ na wynik postępowania oraz, że wykonawca nie złożył do dnia oceny ofert wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy. Podkreślił, że w innych postępowaniach zamawiający w identycznym stanie prawnym i faktycznym dokonał wykluczenia tych samych wykonawców - przy identycznym brzmieniu SIWZ i ofert. Wywodził, że zachodzi sprzeczność pomiędzy stanem faktycznym a informacjami przedstawionymi przez MGGP dotyczącymi K. P. - Inżynier Kontraktu, W. F. - Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, M. M.-M. - Specjalista ds. rozszczeń. Dostrzec należy, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp zamawiający wyklucza z udziału w postępowaniu 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. Wykonawca podnoszący zarzut naruszenia tego przepisu powinien więc wskazać, jakie informacje przedstawione przez wykonawcę mogły wprowadzić w błąd zamawiającego,

wymagany przepisem stopień winy wykonawcy oraz wpływ informacji na decyzje podejmowane przez zamawiającego i to w stopniu istotnym. Zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. W okolicznościach sporu, zarzut, że wymienione osoby nie pełniły swoich funkcji „od rozpoczęcia robót” nie został podniesiony w odwołaniu i ujawnił się dopiero na etapie rozprawy. (...) Zarzuty powinny być bezwzględnie podniesione w odwołaniu kierowanym do Prezesa Izby. Art. 192 ust. 7 Pzp nie pozwala na rozpoznanie zarzutów nie podniesionych w odwołaniu. Jakkolwiek pojęcie zarzutu odwołania nie posiada definicji legalnej, to orzecznictwo wypracowało pogląd, że zarzut stanowi zespół okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy w związku z czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy. Takie okoliczności związane z podniesionym zarzutem naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nie zostały wskazane przez odwołującego”.

Tak Izba uzasadniła umorzenie postępowania co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp (sygn. akt KIO 2050/18) oraz co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECM Group Polska S.A. w Warszawie, JPL Project sp. z o. o. w Warszawie (sygn. akt KIO 2069/18);

Na podstawie cytowanych powyżej ustaleń i zważenia Krajowej Izby Odwoławczej w zapadłym wyroku w sprawie połączonej o Sygn. akt KIO 2050/18 i 2069/18 zamawiający dokonał ponownego badania i oceny ofert w tym badania i oceny ofert w związku z podanym personelem wykonawców do przyznania punktów w kryterium pozacenowym.

Efektom tych ponownych badań i ocen złożonych ofert w tym ofert odwołujących było zawiadomienie zamawiającego z dnia 14.12.2018 roku, które należy utożsamiać jako - Wykonanie Wyroku KIO w sprawie połączonej o Sygn. akt KIO 2050/18 i KIO 2069/18.

Z zawiadamiania z dnia 14.12.2018 roku wynika, że zamawiający wykonał ponowne badanie ofert zgodnie z pkt 19.1.3.2. Instrukcji dla Wykonawców (IDW) co spowodowało przyznanie „0” punktów dla ekspertów, którzy nie spełniają w pełni wymagań co do doświadczenia opisanego w SIWZ w szczególności którzy nie pełnili funkcji przez cały okres realizacji inwestycji to jest od jej rozpoczęcia do zakończenia.

Zamawiający również zastosował art.24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp w związku z dokonaną ponowną punktacją w ramach kryterium poza cenowym stwierdzając, że co najmniej wskutek

lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy przedstawili zamawiającemu doświadczenie personelu Konsultanta jako posiadający opisane doświadczenie, które nie potwierdziło się w rzeczywistości. Według zamawiającego wykonawcy przedstawiając doświadczenie personelu jako profesjonaliści powinni dołożyć należytej staranności przy weryfikacji podanych informacji przez personel zgłaszający się i wskazujący na posiadane doświadczenie.

Co do poszczególnych oferentów to zamawiający nie przyznał punktów w kryterium poza cenowym wykonawcy TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ponieważ wykonawca ten nie złożył formularza „Kryteria poza cenowe”.

Z kolei wykonawcy tacy jak:

1. Konsorcjum firm: Firma Inżynierska „ARCUS” J. B. z Krakowa oraz Integral Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach
2. Konsorcjum firm: Inko Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie i Drogowa Trasa Średnicowa S.A. z siedzibą w Katowicach
3. Multiconsult Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

zostali wykluczeni z postępowania w dniu 21.08.2018 roku a zasadność decyzji zamawiającego została potwierdzona wyrokiem KIO w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 1747/18 z dnia 18.09.2018 roku.

## **AD 1**

### **Oferta MGGP**

Co do wykluczenia wykonawcy MGGP S.A. z s.Tarnów\_ zamawiający przedstawił w informacji z dnia 14.12.2018 r. następujące uzasadnienie.

Głównym uzasadnieniem zmiany punktacji w kryterium poza cenowym jest wskazanie w formularzu 2.2. Kryteria pozacenowe na stanowiska inżyniera kontraktu i specjalisty ds. roszczeń, informacji niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy to jest informacji nieprawdziwych, wskutek których zamawiający przyznał zawyżoną punktację w przedmiotowym kryterium oceny ofert. I tak w pkt 2.1. inżynier kontraktu i w punkcie 2.4. specjalista ds. roszczeń zamawiający przydzielił po 3 punkty a w podkryterium 2.2. Główny inspektor nadzoru specjalności inżynieryjnej drogowej - 1 punkt.

Zamawiający dokonując powtórnego badania i oceny ofert mając na uwadze okoliczności podnoszone w toku postępowania odwoławczego w sprawach oznaczonych Sygn. akt KIO 2050/18 i KIO 2069/18 stwierdził, że pierwotnie przyznano punkty nieprawidłowo.

I tak zamawiający to przedstawia:

Pan K. P. – inżynier rezydent doświadczenie od rozpoczęcia robót do wykonania zadania

1. Wykaz MGGP S.A. z s. Tarnów – inżynier kontraktu Pan **K. P.** zadanie „zarządzanie i nadzór nad budową autostrady A4 odcinek węzeł Wielicki- węzeł Szarów stanowisko: inżynier rezydent od 01.06.2007r. do 31.03.2011r.
2. Zamawiający dokonał następujących ustaleń:
  - 2.1. umowa na przedmiotowe roboty została podpisana 03.04.2007 r.,
  - 2.2. plac budowy przekazano 12.04.2007 r.,
  - 2.3.rozpoczęcie robót zgodnie z wpisem do dziennika budowy – 16.04.2007r.,
  - 2.4.data pierwszego wpisu do dziennika budowy- 07.05.2007r.
  - 2.5.Pan K. P. pełnił funkcję inżyniera kontraktu od 15.05.2007r. –Stąd zamawiający wnioskuje, że Pan K. P. nie pełnił funkcji inżyniera rezydenta „od rozpoczęcia robót”.

Pani M. M.-M. – specjalista ds. roszczeń - doświadczenie od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.

#### Zadanie 1.

Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S 8 od rejonu węzła „Opacz” (z wyłączeniem tego węzła) do węzła „Paszków” i powiazania z drogą krajową nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem Paszków i ww skrzyżowaniem). Etap I cz.1. – odc. Węzeł „Opacz’ – węzeł „Paszków”, Etap II – odc. Węzeł „Janki Małe’ – skrzyżowanie z DW 721(...) stanowisko – specjalista ds. roszczeń.

#### Zadanie 2.

Projekt i budowa Autostrady A2 Stryków- Konotopa, odcinek B od ok.394+500-411+465,8 (16,9) (...) stanowisko Specjalista ds. roszczeń”

Dla zadania nr 1 Specjalista ds. roszczeń w wykazie wykonawca wskazał 09.2013r. do 12.2015r.

Zamawiający ustalił Umowa została podpisana w dniu 12.04.2013 r., przekazanie placu budowy w dniu 16.04.2013r. (zgłoszenie do WINB rozpoczęcia robót nastąpiło 01.05.2013r.). Wytyczenie geodezyjne, zgodnie z wpisem do dziennika budowy 01.08.2013r, natomiast specjalista rozpoczął pełnienie funkcji specjalisty d.s. roszczeń 02.08.2013r. to jest Pani M. M.-M..

Zamawiający jak sam podkreślił w piśmie z dnia 14.12.2018r. przyjął rygorystyczne stanowisko KIO w sprawie 2050/18 („biorąc pod uwagę rygorystyczne stanowisko KIO



prezentowane w zakresie tego zagadnienia oraz podniesione w wyroku KIO 2050/18 zastrzeżenia co do równego traktowania wykonawców w niniejszym postępowaniu – nie można uznać, że Pani M. M.-M. pełniła wskazaną funkcję „od rozpoczęcia robót” na przedmiotowym zadaniu”). W tym stanie rzeczy zamawiający wykluczył wykonawcę na podstawie art.24 ust.1 pkt 17 i art.24 ust.4 ustawy Pzp.

## **Ad.2**

### **Oferta Konsorcjum ECM i JPL**

Wykonawca został wykluczony z racji, że osobę na stanowisko specjalista ds. roszczeń wskazał w zakresie okresu jej doświadczenia nieprawdziwe informacje, co skutkowało zastosowaniem art.24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp. przez zamawiającego.

Powyższe zamawiający wywiódł z informacji formularza 2.2. „Kryteria pozacenowe” oraz formularza 3.4. „Wykaz osób” oferty wykonawcy wskazując na lekkomyślność lub niedbalstwo.

Wykonawca wskazał Pana D. A. na stanowisko specjalisty ds. roszczeń w okresie od rozpoczęcia robót do zakończenia zadania.

Jak opisuje zamawiający w informacji o wykluczeniu z dnia 14 grudnia 2018 roku wykonawca wskazał radcę prawnego Pana A. jako specjalistę ds. roszczeń na dwóch budowach od rozpoczęcia robót do zakończenia zadania to jest:

Kontynuacja budowy autostrady A1 Toruń-Stryków, odcinek 1 Czerniewce – Odolin od km 151+900 do km163+300, odcinek 2 Odolin-Brzezie od km163+300 do km186+366 stanowisko specjalista ds. roszczeń (radca prawny). W formularzu Wykaz osób wykonawca wskazał dla tego specjalisty okres od 11.2014r.do 04.2018r. W formularzu 3.4. Wykaz osób dodatkowo wykonawca przedstawił dodatkowe zadanie „Projekt i budowa drogi ekspresowej S 8 od węzła Marki(bez węzła) do węzła Radzymin Płd. w okresie od 11.2014-04.2018. Z ustaleń zamawiającego wynika, że Pan D. A. nie pełnił funkcji specjalisty ds. roszczeń co wynika z informacji uzyskanych od Oddziałów zamawiającego: Bydgoszcz i Warszawa. Wykonawca miał możliwość wyjaśnienia wątpliwości na wniosek skierowany do niego 04.07. 2018. Do wniosku odniósł się w piśmie z dnia 9 lipca 2018 r. wyjaśniając, że jeden z wykonawców Salini Polska sp. z o.o. zatrudniał radcę prawnego, który w ramach wykonywanej obsługi zajmował się również roszczeniami. Zdaniem zamawiającego stanowisko radcy prawnego nie jest tożsame ze stanowiskiem specjalisty ds. roszczeń. Wykonawca nie potwierdził informacji w ofercie, że Pan D. A. na w/w zadaniach pełni funkcję specjalisty ds. roszczeń.

Taką sytuację to jest oświadczenie niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy zamawiający zakwalifikował do art.24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp. w konsekwencji wykluczając wykonawcę z postępowania i odrzucając jego ofertę.

Zamawiający przywołał orzecznictwo KIO i tak **wyrok KIO 1319/18 z dnia 20 lipca 2018 r.** z którego wynika, że doświadczenie wymagane przez zamawiającego powinno być zdobyte na stanowisku odpowiadającym nazwie wskazanej w wymaganiach zamawiającego co sprowadza się wprost do konkluzji, że jeżeli radca prawny nie był zatrudniony na stanowisku specjalista ds. roszczeń to wykonawca nie spełnia warunku podanego przez zamawiającego. Tym samym oświadczenie wykonawcy w podkryterium cenowym, że Pan D. A. posiada doświadczenie zgodne z opisem podkryterium, zdobyte w ramach zadania nr 1 i nr 2 stanowi o wprowadzeniu w błąd zamawiającego.

**(cytat str.21 w.w.Wyroku KIO** W ocenie Izby wykonawca działający z należytą starannością musiał mieć świadomość, że doświadczenie specjalisty ds. rozliczeń wymagane w ramach podkryterium musi zostać zdobyte na konkretnym stanowisku wskazanym przez Zamawiającego. Jeśli zatem doświadczenie w ramach zadania nie było realizowane na stanowisku wymaganym przez Zamawiającego, to nie został spełniony wymóg w tym zakresie opisany w SIWZ. Tym samym oświadczając w formularzu *Kryteria pozacenowe*, że pani J. B. posiada doświadczenie zgodne z opisem podkryterium, zdobyte w ramach zadania nr 1, wykonawca Multiconsult przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego.

W odniesieniu do wykonawcy ECM Izba ustaliła, że Przystępujący podał jako osobę przeznaczoną do pełnienia funkcji Specjalisty ds. roszczeń pana D. A. W Formularzu „Kryteria pozacenowe” przedstawił doświadczenie tej osoby przy realizacji następujących zadań:

- a) „Kontynuacja, budowa autostrady A1 Toruń- Stryków, odcinek 1 Czerniewice- Odolin od km 151+ 900 do km 163+ 300, odcinek 2 Odolin- Brzezie od km 163+ 300 do km 186+ 366” - stanowisko ds. roszczeń.
- b) „Kontynuacja, budowa autostrady A1 Toruń- Stryków, odcinek 3 Węzeł Brzezie (z węzłem)węzeł Kowal (bez węzła) od km 186+ 348 do km 215+ 850” - stanowisko ds. roszczeń.

Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie zadania, o których mowa powyżej były realizowane na rzecz Oddziału GDDKiA w Bydgoszczy. Oddział GDDKiA w Bydgoszczy nie potwierdził udziału Pan D. A. przy realizacji wskazanych powyżej zadań. Mając na uwadze powyższe Zamawiający pismem z dnia 14.03.2018 r. (znak pisma: O.KA.D3.2413.76.2017.292.mu) na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał ECM Group Polska S.A. do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi na powyższe, w/w Wykonawca w piśmie z dnia 20.03.2018r. wyjaśnił, m.in. że:

*„(...) Pan D. A. jako Radca Prawny (prowadząc własną działalność) wykonywał wszelkie czynności przewidziane dla stanowiska Specjalisty ds. roszczeń, m.in. rozpatrywanie i opiniowanie roszczeń, współpraca w zakresie rozliczania roszczeń, pilnowanie harmonogramu roszczeń na rzecz Wykonawcy Robót, Wykonawcą Robót na przedmiotowych zadaniach było konsorcjum firm, w skład którego wchodziło m.in. Salini Polska Sp. z o.o. i to właśnie dla tego Wykonawcy Pan D. A. świadczył usługi. (...)”. Zamawiający po zapoznaniu się z w/w wyjaśnieniami uznał, że p. D. A. wskazany na funkcję Specjalisty ds. roszczeń (Podkryterium 2.4). posiada doświadczenie w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w SIWZ TOM I pkt. 19.1.3.2 ppkt. 4 (Podkryterium 2.4. Specjalisty ds. roszczeń). Tym samym, za w/w zadania potwierdzające wymagania określone w SIWZ, Zamawiający przyznał Wykonawcy punkty, zgodnie z zapisami SIWZ. W ocenie Zamawiającego nie ma podstaw do zakwestionowania doświadczenia w/w osoby tylko z uwagi na odmienne nazewnictwo dotyczące pełnione funkcji na w/w zadaniu skoro z oświadczenia Wykonawcy wynika, że p. Pan D. A. jako Radca Prawny wykonywał wszelkie czynności przewidziane dla stanowiska Specjalisty ds. roszczeń.*

W ocenie Izby wykonawca działający z należytą starannością musiał mieć świadomość, że doświadczenie specjalisty ds. roszczeń wymagane w ramach podkryterium musi zostać zdobyte na konkretnym stanowisku wskazanym przez Zamawiającego. Jeśli zatem doświadczenie w ramach zadania nie było realizowane na stanowisku wymaganym przez Zamawiającego, to nie został spełniony wymóg w tym zakresie opisany w SIWZ. Tym samym oświadczając w formularzu *Kryteria pozacenowe*, że pan D. A. posiada doświadczenie zgodne z opisem podkryterium, zdobyte w ramach zadania nr 1 i 2, wykonawca ECM przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego. Na uwagę zasługuje również fakt, że zgodnie z informacją przekazaną Odwołującemu przez GDDKiA Pan D. A. nie widnieje jako zatwierdzony personel wykonawcy robót.”

Takiej j.w. oceny doświadczenia zawodowego Pana D. A. dokonała Izba w sprawie wyroku KIO 1319/18 w zakresie zajmowania stanowiska ds. roszczeń.

Kontynuując prezentację stanowiska zamawiającego w piśmie z dnia 14 grudnia 2018 r., które stanowiło okoliczność wszczęcia niniejszego postępowania odwoławczego, Izba ustaliła jak poniżej.

Z ustaleń zamawiającego Pan D. A. nie widnieje jako personel zatwierdzony przez zamawiającego. Na powyższą okoliczność zamawiający przywołuje pismo wykonawcy z dnia 30.10.2018r. gdzie wykonawca oświadcza, że radca prawny D. A. na wykazanych zadaniach pełnił funkcję specjalisty do spraw roszczeń. Powyższe jest niezgodne z oświadczeniem wykonawcy z dnia 09.07.2018 roku gdzie stwierdził, że Pan D. A. pełnił obsługę prawną a w

jej ramach wykonywał obowiązki specjalisty ds. roszczeń. Z kolei dnia 24.10.2018 r. radca prawny D. A. oświadczył, "że brał udział w realizacji niżej wymienionych kontraktów" (projekt i budowa drogi ekspresowej S 8 węzeł Marki (bez węzła)-węzeł Radzymin Płd." oraz Kontynuacja budowy autostrady A1 Toruń – Stryków odcinek I Czerniewce - Odolion i odcinek II Odolion-Brzezcie). Z kolei stanowisko radcy prawnego nie jest tam wymienione. Stąd zamawiający uznał oświadczenie wykonawcy za wprowadzające w błąd.

Reasumując brak poświadczenia dla radcy prawnego D. A. przeciwnie jak dla Pani M. M.-M., której doświadczenie potwierdziła w sprawie KIO 2050/18 w dniu 25.10.2018r. GDDKiA O/Warszawa. Przeciwnie dla radcy prawnego sam Pan D. A. nie potwierdza pełnienia stanowiska specjalisty ds. roszczeń ani właściwy oddział GDDKiA czy też inny podmiot.

Samooczyszczenie w piśmie z dnia 24.10.2018 roku w trybie art.24 ust.8 ustawy Pzp. jako nieskuteczne, ponieważ wykonawca nie przyznał się do błędu z przywołaniem wyroków KIO 139/17; KIO 444/18, KIO 1206/18, KIO 12/13; KIO 116/18; KIO 274/18. Czy też okoliczność wcześniejszego powiadomienia zamawiającego niż sam o tym powziął informacje ze wskazaniem dokonanych zmian w celu uniknięcia w przyszłości błędów.

Pierwotnym terminem gdzie wykonawca powinien dokonać samooczyszczenia był 04.07.2018 r. gdzie zamawiający powziął wątpliwość co do doświadczenia radcy prawnego D. A. Dodatkowo 20.07.2018 roku zapadł wyrok KIO 1319/18 gdzie Izba potwierdziła słuszność wykluczenia ECM na podstawie art.24 ust.1 pkt 17 z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji odnoszących się do doświadczenia Pana D. A. Nawet gdyby przyjąć prawo do samooczyszczenia na obecnym etapie to zdaniem zamawiającego brak w tym oświadczeniu wykazania podjętych działań w celu uniknięcia w przyszłości sytuacji wykluczających możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne.

Izba w tym miejscu przywołuje fragment uzasadnienia Wyroku o Sygn. akt KIO 1319/18, na które powołuje się zamawiający w piśmie z dnia 14 grudnia 2018 roku, dokonując ponownej oceny ofert w kryterium pozacenowym w związku z wyrokiem w łączonej sprawie o Sygn. akt: KIO 2050/18 i KIO2069/18. Przy czym podkreśla się, że TPF Sp z o.o. z siedzibą w Warszawie była odwołującym a ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie było przystępującym po stronie zamawiającego w sprawie o Sygn. akt KIO 1319/18 .

Cytat uzasadnienia wyroku z dnia 20 lipca 2018 roku w sprawie o Sygn. akt KIO 1319/18(...) „W odniesieniu do wykonawcy ECM Izba ustaliła, że Przystępujący podał jako osobę przeznaczoną do pełnienia funkcji Specjalisty ds. roszczeń Pana D. A. W Formularzu „Kryteria pozacenowe” przedstawił doświadczenie tej osoby przy realizacji następujących zadań:

- a) „Kontynuacja, budowa autostrady A1 Toruń- Stryków, odcinek 1 Czerniewice- Odolin od km 151+ 900 do km 163+ 300, odcinek 2 Odolin- Brzezcie od km 163+ 300 do km 186+ 366” - stanowisko ds. roszczeń.
- b) „Kontynuacja, budowa autostrady A1 Toruń- Stryków, odcinek 3 Węzeł Brzezcie (z węzłem) węzeł Kowal (bez węzła) od km 186+ 348 do km 215+ 850” - stanowisko ds. roszczeń.

Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie zadania, o których mowa powyżej były realizowane na rzecz Oddziału GDDKiA w Bydgoszczy. Oddział GDDKiA w Bydgoszczy nie potwierdził udziału Pan D. A. przy realizacji wskazanych powyżej zadań. Mając na uwadze powyższe Zamawiający pismem z dnia 14.03.2018 r. (znak pisma: O.KA.D3.2413.76.2017.292.mu) na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał ECM Group Polska S.A. do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi na powyższe, w/w Wykonawca w piśmie z dnia 20.03.2018r. wyjaśnił, m.in. że: „C..) Pan D. A. jako Radca Prawny (prowadząc własną działalność) wykonywał wszelkie czynności przewidziane dla stanowiska Specjalisty ds. roszczeń, m.in. rozpatrywanie i opiniowanie roszczeń, współpraca w zakresie rozliczania roszczeń, pilnowanie harmonogramu roszczeń na rzecz Wykonawcy Robót, Wykonawcą Robót na przedmiotowych zadaniach było konsorcjum firm, w skład którego wchodziło m.in. Salini Polska Sp. z o.o. i to właśnie dla tego Wykonawcy Pan D. A. świadczył usługi. (...)”. Zamawiający po zapoznaniu się z w/w wyjaśnieniami uznał, że p. D. A. wskazany na funkcję Specjalisty ds. roszczeń (Podkryterium 2.4). posiada doświadczenie w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w SIWZ TOM I pkt. 19.1.3.2 ppkt. 4 (Podkryterium 2.4. Specjalisty ds. roszczeń). Tym samym, za w/w zadania potwierdzające wymagania określone w SIWZ, Zamawiający przyznał Wykonawcy punkty, zgodnie z zapisami SIWZ. W ocenie Zamawiającego nie ma podstaw do zakwestionowania doświadczenia w/w osoby tylko z uwagi na odmienne nazewnictwo dotyczące pełnione funkcji na w/w zadaniu skoro z oświadczenia Wykonawcy wynika, że p. Pan D. A. jako Radca Prawny wykonywał wszelkie czynności przewidziane dla stanowiska Specjalisty ds. roszczeń. W ocenie Izby wykonawca działający z należytą starannością musiał mieć świadomość, że doświadczenie specjalisty ds. roszczeń wymagane w ramach podkryterium musi zostać zdobyte na konkretnym stanowisku wskazanym przez Zamawiającego. Jeśli zatem doświadczenie w ramach zadania nie było realizowane na stanowisku wymaganym przez Zamawiającego, to nie został spełniony wymóg w tym zakresie opisany w SIWZ. Tym samym oświadczając w formularzu Kryteria pozacenowe, że pan D. A. posiada doświadczenie zgodne z opisem podkryterium, zdobyte w ramach zadania nr 1 i 2, wykonawca ECM przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego. Na uwagę zasługuje również fakt, że zgodnie z informacją przekazaną Odwołującemu przez GDDKiA Pan D. A. nie widnieje jako zatwierdzony personel wykonawcy robót. Odnosząc się zaś do

wymogu dotyczącego posiadania doświadczenia na stanowiskach jasno i precyzyjnie wyspecyfikowanych przez Zamawiającego należy wskazać, że zakres obowiązków wpisujący się niejako w pełnienie funkcji na poszczególnych stanowiskach nie oznacza, że wskazana osoba piastowała dane stanowisko konkretnie określone przez Zamawiającego. Norma zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp stanowi o wykluczeniu wykonawcy, gdy informacje wprowadzające zamawiającego w błąd przedstawione zostaną w sposób zawiniony, przy czym wystarczające jest wykazanie winy nieumyślnej w postaci lekkomyślności – rozumianej jako brak zamiaru co do bezprawnego działania, jednak przy świadomości, że działanie może naruszać prawo, lub niedbalstwa – kiedy wykonawca wprost nie przewiduje skutku, jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, podczas gdy skutek ten mógł i powinien być przewidzieć. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Z uwagi na wzrost znaczenia oświadczeń własnych wykonawców na skutek implementacji dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE należy stosować wyższy miernik oceny związany z rzetelnością prezentowanych przez nich danych, w szczególności przy weryfikacji prawdziwości informacji przedkładanych w toku postępowania. W odniesieniu natomiast do lekkomyślności lub niedbalstwa, kwestia ta pozostaje w sferze ocen zamawiającego, który nie dysponuje środkami pozwalającymi przedstawić dowody na stopień winy wykonawcy. Jeżeli jednak z zestawienia informacji przedstawionych przez wykonawcę z oczekiwaniami zamawiającego wynika, że działający z należyłą starannością wykonawca powinien mieć świadomość, że przedstawione informacje tym oczekiwaniom nie odpowiadają, a mimo to potwierdził okoliczność przeciwną, to bez wątplenia stanowi to podstawę przypisania wykonawcy lekkomyślności lub niedbalstwa. Wypełniając formularz dotyczący kryteriów pozacenowych, ww. wykonawcy złożyli oświadczenia, że poszczególne osoby posiadają doświadczenie zgodne z opisem podkryterium. Informacje te mają bezpośredni wpływ na przyznawaną wykonawcom punktację, a w konsekwencji na ranking ofert, mogą więc istotnie wpłynąć na wynik postępowania. Trudno zatem twierdzić, że nie jest to istotny wpływ na decyzje zamawiającego. W związku z powyższym Izba uznała, że czynność zamawiającego polegająca na zaniechaniu wykluczenia ww. wykonawców z postępowania była nieprawidłowa. Tym samym wykonawcy poprzez złożenie w Formularzu „Kryteria pozacenowe” oświadczenia o konkretnej treści w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, wobec czego zasadnym jest ich wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp”(koniec cytatu).

Na podsumowanie tego obszernego cytatu uzasadnienia Wyroku odnoszącego się do doświadczenia radcy prawnego Pana D. A. przywołanego jako specjalisty do spraw roszczeń

należy dodać, że wyrok w sprawie KIO 1319/18 zapadł z udziałem Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego *na zadanie pn. Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa autostrady A1 koniec obw. Częstochowy-Tuszyn, odcinek E gr. woj. łódzkiego - węzeł Rząsawa (bez węzła)*. Jak już powyżej nadmieniono odwołującym była spółka TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie a przystępującym po stronie zamawiającego ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu z dnia 14 grudnia 2018 roku przywołuje także wyrok KIO 1585/18 z dnia 4 września 2018r., który przyznaje rację zamawiającemu, który uznał za nieskuteczną procedurę samooczyszczenia opartą jedynie na źródle osobowym, jeżeli nawet towarzyszy jej dodatkowa weryfikacja na podstawie informacji internetowych.

W świetle powyższego zamawiający wykluczył wykonawcę z udziału w postępowaniu uznając ofertę tego wykonawcy za odrzuconą na podstawie art.24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp. W konsekwencji zgodnie z art.24 ust.4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Izba rozstrzygając przedmiotowe odwołania o Sygn. akt KIO 2608/18 i KIO 2631/18 ustaliła, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia zapadł także Wyrok o Sygn. akt: KIO 1747/18 z dnia 18 września 2018 r. gdzie rozpoznano odwołanie Konsorcjum: Inko Consulting Sp. z o.o., ul. Dworcowa 18 lok. 6, 43-200 Pszczyna oraz Drogowa Trasa Średnicowa S.A., ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków przy udziale: MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów, po stronie zamawiającego i przy udziale ECM Group Polska S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa oraz JPL Project Sp. z o.o., Al. Niepodległości 58, 02-626 Warszawa, po stronie zamawiającego. Izba w tej sprawie oddaliła odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 1 pkt. 17 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez: bezzasadne wykluczenie odwołujących z postępowania i uznanie ich oferty za odrzuconą, mimo braku ku temu przesłanek, na skutek podania w załączonym do oferty formularzu 2.2 „kryteria pozacenowe” zadań niepotwierdzających w ocenie zamawiającego w pełni spełniania wymagań zamawiającego, podczas gdy zgodnie z pkt. 19.1.3.2. 2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”), w konsekwencji takiej sytuacji odwołujący powinni otrzymać za daną pozycję 0 pkt w ramach kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta”, ale w żadnym razie nie powinni

zostać wykluczeni oraz art. 24 ust. 8 ustawy Pzp poprzez brak jakiegokolwiek wezwania odwołujących do złożenia wyjaśnień i dowodów w ramach procedury samooczyszczenia, w sytuacji gdy procedura samooczyszczenia (ang. self-cleaning) polega na tym, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy, zamawiający obowiązany jest umożliwić wykonawcy przedstawienie dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność, a pozytywna weryfikacja tych dowodów obliuguje zamawiającego do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania, a zatem istnieje dodatkowy warunek wykluczenia wykonawcy, jakim jest umożliwienie wykonawcy przedstawienia dowodów na samooczyszczenie. Przy czym Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zarządzanie Kontraktem i pełnienie nadzoru nad zadaniem: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S52 odc. Północna Obwodnica Krakowa: węzeł Modlnica – węzeł Kraków Mistrzejowice (bez węzła)”. Czyli jest to orzeczenie zapadłe w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący w szczególności argumentował odwołanie następująco” Zamawiającemu uprzednio (przed złożeniem oferty) znany był całokształt doświadczenia K. Litawy i posiadał w tym zakresie pełną wiedzę, to podanie przez Odwołujących omyłkowo niezgodne z rzeczywistością informacji w tym zakresie nie mogło w ogóle spowodować i nie spowodowało po stronie Zamawiającego jakiegokolwiek stanu błędu, ale także nie mogło mieć jakiegokolwiek wpływu na jego decyzję, gdyż Zamawiający ostatecznie i tak kierował się posiadaną uprzednią wiedzą o stanie faktycznym. Powyższe jest oczywiste zważywszy na to, iż wszystkie zadania były realizowane przez K. Litawę dla tej samej jednostki GDDKiA - Oddziału w Krakowie tj. Oddziału prowadzącego Postępowanie. (...)W ocenie Odwołujących, nie można w żaden sposób mówić o przedstawieniu przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP, jeśli informacje te dotyczą okoliczności znanych uprzednio i w pełnym zakresie Zamawiającemu - tak jak w niniejszej sprawie. W takiej bowiem sytuacji Zamawiający posiada własną uprzednią wiedzę i nawet potencjalnie nie może zostać u niego wywołany stan błędu”. Tak przedstawionej argumentacji nie podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając między innymi w uzasadnieniu oddalonego odwołania (...) „W związku z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20.07.2018. w sprawie sygn. akt XXIII Ga 849/18, gdzie stroną było GDDKiA w szczególności orzeczeń KIO 1000/18, KIO 1319/18 Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje. Przedmiotem sporu pomiędzy stronami nie są w niniejszej sprawie okoliczności faktyczne polegające na tym, że pan K. L. wskazany jako kandydat na stanowisko głównego inspektora nadzoru specjalności



inżynierskiej drogowej, pełnił wykazaną do kryterium oceny ofert funkcję od 19 stycznia 2015 r., nie zaś od lipca 2014 r. Powyższe przyznał sam odwołujący w piśmie z dnia 10 lipca 2018 r. stanowiącym odpowiedź na wezwanie zamawiającego o wyjaśnienia. Przedmiotem sporu jest natomiast to, czy wskazanie w ofercie, że pan K. L. pełnił ww. funkcję w okresie od lipca 2014 r., stanowi podstawę do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z przepisu wynika, że podstawą wykluczenia wykonawcy jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, przy czym nie musi być ono wynikiem działania umyślnego, ale wystarczające jest dopuszczenie się przez wykonawcę lekkomyślności lub niedbalstwa. Dodatkowo Ustawodawca wymaga, aby wprowadzenie w błąd zamawiającego mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co oznacza, że wprowadzenie w błąd musi dotyczyć takich czynności zamawiającego, które wpływają na sytuację wykonawcy w postępowaniu, tj. na jego wykluczenie z postępowania, odrzucenie jego oferty bądź na jego szanse w uzyskaniu zamówienia (pozycję w rankingu ofert). Wszystkie ww. przesłanki muszą być spełnione łącznie, aby możliwe było wykluczenie wykonawcy na podstawie ww. przepisu. W przedmiotowej sprawie odwołujący zakwestionował w pierwszej kolejności możliwość wprowadzenia zamawiającego w błąd, powołując się na fakt, że termin pełnienia funkcji przez pana K. L. był znany zamawiającemu, ponieważ pan K. L. pełnił tę funkcję w trakcie realizacji zamówienia wykonywanego na rzecz GDDKiA, w tym dokładnie na rzecz oddziału prowadzącego niniejsze postępowanie. Powyższe stanowisko odwołującego nie może zostać uznane za prawidłowe z następujących względów. Po pierwsze, Do stwierdzenia faktu wprowadzenia w błąd zamawiającego, na podstawie ww. przepisu, wystarczy, że podana została nieprawdziwa, tj. niezgodna z rzeczywistością informacja, bez względu na to, czy zamawiający opierając się na własnej wiedzy był ją w stanie zweryfikować, czy też nie. Stanowisko to jest tym bardziej uzasadnione, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują obowiązku badania przez zamawiającego prawdziwości podanych informacji. Po drugie, W jednym i w drugim przypadku art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie znalazłby zastosowania, podczas gdy, jak wskazano powyżej, przepis nie uzależnia możliwości jego zastosowania od stanu świadomości zamawiającego, a do uznania, że nastąpiło wprowadzenie w błąd wystarczające jest stwierdzenie podania nieprawdziwej informacji przez wykonawcę. Po trzecie, Innymi słowy: uznanie, że podanie nieprawdziwej informacji dotyczącej zamówienia realizowanego na rzecz konkretnego zamawiającego, nie jest wprowadzeniem w błąd tego zamawiającego, różnicowałoby sytuację wykonawców w zależności od tego, na czyją rzecz

było realizowane zamówienie, którego dotyczy nieprawdziwa informacja. Przyjęcie takiego stanowiska jest zatem niezgodne z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jako takie nie może być zaakceptowane. Niezależnie od powyższego odwołujący zakwestionował możliwość uznania, że w przedmiotowej sprawie podanie nieprawdziwej informacji mogło mieć znaczenie dla postępowania, tj. że mogło mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego. Odwołujący wywodził powyższe stanowisko z faktu, że bez względu na liczbę punktów przyznaną mu w podkryterium dotyczącym doświadczenia głównego inspektora nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, jak też bez względu na liczbę punktów przyznaną pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, jego oferta pozostaje ofertą najkorzystniejszą. Odnosząc się do argumentacji odwołującego dotyczącej postanowienia siwz, zgodnie z którym za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełnienia wymagań określonych w ww. podkryterium wykonawca otrzyma 0 punktów, należy podkreślić, że postanowienie to należy rozumieć jako odnoszące się do zawartych w ofercie informacji, które wprawdzie nie potwierdzają spełnienia wymagań, ale które są zgodne ze stanem rzeczywistym. Tym samym postanowienie to nie ma zastosowania do podanych przez wykonawcę informacji, które są nieprawdziwe. W przedmiotowej sprawie istota rzeczy tkwi nie w tym, że opisane w ofercie doświadczenie pana K. L. nie spełnia wymagań określonych w podkryterium, ale w tym, że w ramach tego doświadczenia odwołujący podał informacje nieprawdziwe co do okresu pełnienia przez pana K. L. funkcji. Dlatego też ww. postanowienie siwz nie może mieć zastosowania w niniejszej sprawie”.

Przywołane powyżej orzeczenia jak i uzasadnienie wskazują na bezwzględność konsekwencji w związku z podaniem nieprawdziwych informacji i nieodwracalnych skutkach dla wykonawców z związku z podaniem zamawiającemu tych informacji wskutek czy to lekkomyślności czy też niedbalstwa. Również odnoszą się co do akcji samooczyszczania wskazując na przede wszystkim na samodzielną inicjatywę wykonawców w tym zakresie.

**Izba zważyła w sprawie odwołań oznaczonych Sygn. akt: KIO  
2608/18 i KIO 2631/18**

**Sygn. akt KIO 2608/18 Izba zważyła**

**Izba oddała odwołanie (Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie).**

Odwołujący (MGGP) wskazał dwie czynności zamawiającego, które zaskarża składając odwołanie. Tymi czynnościami są:

1. wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na Zarządzanie Kontraktem i pełnienie nadzoru na zadaniu: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S 52 odc. Północna Obwodnica Krakowa: węzeł Modlnica - węzeł Kraków Mistrzejowice (bez węzła)”;
2. unieważnienia wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzuty odwołania sformułowano następująco:

1) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo, że Odwołujący składając ofertę nie dopuścił się ani lekkomyślności ani niedbalstwa, lecz dochował należytej staranności w zakresie dotyczącym wskazania w formularzu „kryteria pozacenowe” doświadczenia następujących osób:

- Pana K. P. - w odniesieniu do zadania nr1: Zarządzanie i nadzór nad budową autostrady A 4 odcinek węzeł Wielicka - węzeł Szarów;

oraz

- Pani M. M.-M. - w odniesieniu do zadania nr 1: Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 od rejonu węzła „Opacz” (z wyłączeniem tego węzła) do węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem Paszków i ww. skrzyżowaniem). Etap I cz. 1 odc. węzeł „Opacz” - węzeł „Paszków”, etap II - odc. węzeł „Janki Małe” - skrzyżowane z DW 721”;

2) naruszenie art. 87 ust. 1 pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego, w trybie art. 87 ust.1 pzp, do udzielenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym wskazania w formularzu „kryteria pozacenowe” doświadczenia wyżej wymienionych osób personelu odwołującego to jest Pana K. P. oraz Pani M. M.-M. w zakresie zadań wskazanych powyżej co w konsekwencji doprowadziło do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp;

3) art. 24 ust. 8 i 9 pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp przez brak umożliwienia Odwołującemu skorzystania z procedury tzw. samooczyszczenia, co w konsekwencji doprowadziło do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp w zakresie dotyczącym wskazania w formularzu „kryteria pozacenowe” doświadczenia Pana K. P. oraz doświadczenia Pani M. M.-M. na zadaniach powyżej wskazanych;

4) art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji gdy oferta Odwołującego nie przewyższa kwoty przeznaczonej na sfinansowania zamówienia i w razie uwzględnienia odwołania może być uznana za najkorzystniejszą.

Na podstawie tak sformułowanych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny oferty zgodnie z przepisami ustawy pzp z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

ewentualnie

4) powtórzenia czynności badania i oceny oferty i wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie informacji na temat doświadczenia Pana K. P. i Pani M. M.-M. ewentualnie

nakazanie Zamawiającemu wszczęcie w stosunku do Odwołującego procedury samooczyszczenia w trybie art. 24 ust. 8 pzp.

Izba wobec tak sformułowanych zarzutów, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, przyjęty w poczet dowodów na rozprawie oraz argumentację odwołania jak i czynności zamawiającego o wykluczeniu z postępowania odwołującego, uwzględniając toczące się poprzednio postępowania przed Izbą w sprawach o Sygn. akt KIO 1747/18 jak i o Sygn. akt KIO 2050/18 i KIO 2069/18 z udziałem odwołującego, nie znajduje podstaw do uwzględnienia odwołania z poniżej przedstawionych powodów.

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia zostało wszczęte przez ogłoszenie w Dz.Urz. U.E. w miesiącu maju 2018 roku (12 maja 2018 roku). W między czasie przed złożeniem odwołania w dniu 20 grudnia 2018 roku przez odwołującego w przedmiotowej sprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczyły się postępowania, w których odwołujący brał udział w każdej z nich jako przystępujący po stronie zamawiającego. Poza tym przedmiotem rozstrzygnięcia tych odwołań były zarzuty formułowane na podstawie art.24 ust.1 pkt 17 pzp. w związku z art. 24 ust.8 pzp w kontekście kryteriów pozacenowych dla personelu wykonawców a co odpowiada zakresowi zarzutów niniejszego rozpatrywanego odwołania. Ponadto rozstrzygnięcia w sprawach o Sygn. akt KIO 1747/18 oraz o Sygn. akt KIO 2050/18 i

KIO 2069/18 dotyczyły tego samego postępowania zamawiającego czyli zarzuty naruszenia art.24 ust.1 pkt 17 i art.24 ust.8 i ust.9 pzp. Izba rozpatrywała w każdej z tych spraw w oparciu o te same postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Już z pierwszego rozstrzygnięcia odwołania w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 1774/18 odwołujący jako przystępujący tam po stronie zamawiającego dowiedział się z samego rozstrzygnięcia odwołania jak i jego uzasadnienia o następujących kwestiach. Odwołanie konkurenta odwołującego to jest wykonawcy Konsorcjum: Inko Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie i Drogowej Trasy Średnicowej S.A. z siedzibą w Katowicach zostało oddalone z takich między innymi powodów jak poniżej. Po pierwsze fakt posiadania informacji przez zamawiającego o personelu wykonawcy nie daje prawa wykonawcy do zwolnienia się z odpowiedzialności z racji podania nieprawdziwych informacji w tym zakresie. Po drugie nie znajduje usprawiedliwienia wywodzenie, że sankcja za nieprawdziwe informacje w przypadku przyznawania dodatkowych punktów w kryteriach pozacenowych w postaci „0” punktów zastępuje sankcję przewidzianą w art.24 ust.1 pkt 17 pzp. Odwołujący tym bardziej powinien zweryfikować swoje stanowisko w przedmiocie skutków podania nieprawdziwych informacji w związku z przywołanym tam wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 lipca 2018 roku o Sygn. akt XXIII Ga 849/18. Gdzie Sąd wypowiedział się co do obowiązywania sankcji z art.24 ust.1 pkt 17 pzp w sytuacji przyznania „0” punktów przez zamawiającego w przypadku „nie potwierdzenia w pełni spełniania powyższych wymagań” w kryterium pozacenowym. Przywołany Wyrok S.O. wydany był w sprawie prowadzonego postępowania przez Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie reprezentowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi z siedzibą w Łodzi. Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku stwierdza „Nie było zatem żadnych merytorycznych podstaw ani argumentów pozwalających na utrzymanie tezy, zgodnie z którą podstawy wykluczenia odpadają w sytuacji, gdy zamawiający zastrzegł „karę” w postaci braku punktów dla danego kryterium. Tenże Sąd Okręgowy w przywołanym Wyroku także stwierdził, że można wprowadzić w błąd zamawiającego w rozumieniu art.24 ust.1 pkt 17 pzp również w sytuacji gdy dysponentem informacji, jest sam zamawiający (np. jeden z jego oddziałów). Podsumowując zawarta argumentacja, w Wyroku KIO z dnia 18 września 2018 r. o Sygn. akt KIO1774/18 gdzie uczestnikiem był odwołujący i gdzie przywołano wyrok S.O. Warszawa z dnia 20 lipca 2018 r. w sprawie o Sygn. akt XXIII Ga 849/18, powinna zwrócić uwagę i uczulić odwołującego na kierunek interpretacji art.24 ust.1 pkt 17 jak również art.24 ust.8 pzp. Taka świadomość prawna powinna towarzyszyć wykonawcy zarówno co do spełnienia przesłanek podania nieprawdziwych informacji jak i ich oceny sytuacji gdy informacje te mają charakter notoryjny dla zamawiającego. Dlatego też Izba rozstrzygając odwołanie wzięła pod uwagę wiedzę odwołującego co do stanowiska Sądu Okręgowego w

Warszawie jak i Izby, zawartego w przywołanych powyżej wyrokach, co przełożyło się na ocenę zarzutu naruszenia zarówno art.24 ust.1 pkt 17 jak i ust.8 i 9 tegoż artykułu.

Również kolejne rozstrzygnięcie odwołania w sprawie o Sygn. akt KIO 2050/18 i KIO 2069/18 wskazuje, po pierwsze odwołujący wprowadził w błąd zamawiającego co do spełnienia wymogu SIWZ w zakresie przyznania dodatkowych punktów dla personelu odwołującego za pełnioną funkcję przez Panią M. M.-M. jako specjalistę do spraw roszczeń. Izba rozstrzygając zarzut odwołania nakazała zamawiającemu odjęcie przyznanego punktu z tytułu doświadczenia wyżej wymienionej specjalistki ds. roszczeń a czego w pierwotnej ocenie nie uczynił Zamawiający. W tym zakresie rozstrzygnięcie zarzutu odwołania ma charakter powagi rzeczy osądzonej. To też zamawiający po unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z nakazem Izby odjął nie tylko punkty przyznane w kryterium pozacenowym Pani M. M.-M. ale również stwierdził wprowadzenie w błąd przez podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na jego decyzje w tym co do przyznania punktu w zakresie kryterium pozacenowym za doświadczenie personelu. Jak już z dokonanych w trakcie rozpoznawania odwołań ustalono, że Pani M. M.-M. nie pełniła funkcji specjalistki do spraw roszczeń od rozpoczęcia robót do ich zakończenia. Sam odwołujący MGGP wskazał w informacjach oferty, że obowiązki były wykonywane od m-ca września 2013 roku. Natomiast w wyniku ustaleń zamawiającego, które nie zostały zakwestionowane przez odwołującego czynności według danych zamawiającego były wykonywane od 2 sierpnia 2013 roku. Na kanwie braku definicji rozpoczęcia robót czy też rozpoczęcia zadania zamawiający przychylając się do sytuacji prawnej odwołującego MGGP ustalił jako termin rozpoczęcia robót ani datę podpisania umowy, ani datę przekazania placu budowy, ani datę wydania dziennika budowy, ani datę pierwszego wpisu do dziennika budowy, ani datę zawiadomienia wojewódzkiego inspektora nadzoru budowlanego. Dopiero jako datę rozpoczęcia robót zamawiający uznaje wytyczenie geodezyjne na działce posadowienia obiektu, czyli po kilku miesiącach od daty pierwszej to jest od daty podpisania umowy a co nastąpiło po upływie 3 miesięcy, to jest ustala na dzień 01 sierpnia 2013 roku. Niemniej jak zamawiający nadmienia w zawiadomieniu z dnia 14 grudnia 2018 roku o wykluczeniu z postępowania „przestrzegając rygorystycznego stanowiska Izby w sprawie” skoro rozpoczęcie robót ustalono na 1 sierpnia 2013 r. to data podjęcia czynności przez M. M.-M. w dniu 2 sierpnia 2013 roku nie następuje z rozpoczęciem robót. Przy czym przy ocenie co do spełnienia przesłanek z art.24 ust.1 pkt 17 przykład Pani M. M.-M. i podjętym na jego przykładzie wykluczeniu odwołującego z postępowania należy mieć na uwadze również podniesiony zarzut naruszenia art.24 ust.8 czy też ust. 9 art.24 pzp. To jest czy wydanie wyroku z dnia 26 października 2018 r. w sprawach o Sygn. akt KIO 2050/18 jak i KIO 2069/18 nie powinno po stronie odwołującego MGGP spowodować akcji samooczyszczenia z zarzutu wprowadzenia w błąd zamawiającego.

Również takim punktem początkowym dla odwołującego MGGP powinien być akt zamawiającego z 14 grudnia 2018 w którym na podstawie art.24 ust.1 pkt 17 pzp wyklucza odwołującego MGGP z postępowania zarówno do rozstrzygniętego przypadku Pani M. M.-M. w sprawach o Sygn. akt KIO 2050 i /18 i KIO 2069 /18 co do odjęcia punktów. Jak i dla Pana Pana K. P., który również według informacji ustalonych przez zamawiającego nie pełnił funkcji inżyniera rezydenta od rozpoczęcia robót czy też od podpisania umowy tylko z opóźnieniem miesięcznym to jest od dnia 3 czerwca 2007 r. podjął czynności. Rygoryzm ocen narzuconych rozstrzygnięciami Izby (KIO 1319/18; KIO 1747/18; KIO 2059/18 i KIO 2069/18) nie chroni nawet oświadczenie wykonawcy, że Pan K. P. był jedynym inżynierem budowy na danym zadaniu. Wniosek dalej idący z takiego oświadczenia wynika, że nawet jak Pan K. P. był jedynym inżynierem to nie był inżynierem od początku czyli od rozpoczęcia zadania. Takie ustalenia wynikają bezpośrednio dla przedmiotowego rozstrzygnięcia wprost z wyroku w sprawie o Sygn. akt KIO 2050/18 i KIO 2069/18 a zamawiający był zobowiązany do realizacji jego ustaleń tak jak w przypadku Pani M. M.-M. Stanowisko Izby w przedmiotowej sprawie jest jednoznaczne o czym świadczy fragment uzasadnienia wyroku w sprawie o Sygn. akt KIO 2050/18 i 2069/18 gdzie Izba stwierdza między innymi: „Niezależnie jednak od przyjętego punktu odniesienia należy dojść do przekonania, że Pani M.-M. nie pełniła swojej funkcji od początku robót. Data początku robót wskazywana przez inwestora to 1 maja 2013 r. Wskazywana przez przystępującego październikowa data rozpoczęcia wycinki drzew i krzewów nie została wzięta pod rozwagę, gdyż czynności te następują już na terenie wyznaczonego obiektu budowlanego, a zatem po rozpoczęciu robót. W tej sytuacji interpretacja najbardziej względna dla wykonawcy polega na przyjęciu dla wskazanego zadania jako daty rozpoczęcia robót 1 sierpnia 2013 r. – dnia wyznaczenia położenia obiektu budowlanego na gruncie. Jednak nawet przyjęcie tej daty prowadzi do oceny, że Pani M.-M., która bezspornie zaczęła pełnić funkcję od 2 sierpnia 2013 r. nie pełniła jej od początku robót”. Konsekwentnie przestrzegając interpretacji Izby w sprawie o Sygn. akt KIO 1774/18 gdzie odwołujący był przystępującym po stronie zamawiającego Izba w uzasadnieniu wyroku, którym oddala odwołanie stwierdza między innymi ”Przedmiotem sporu pomiędzy stronami nie są w niniejszej sprawie okoliczności faktyczne polegające na tym, że pan K. L. wskazany jako kandydat na stanowisko głównego inspektora nadzoru specjalności inżynieryjnej drogowej, pełnił wykazaną do kryterium oceny ofert funkcję od 19 stycznia 2015 r., nie zaś od lipca 2014 r. Powyższe przyznał sam odwołujący w piśmie z dnia 10 lipca 2018 r. stanowiącym odpowiedź na wezwanie zamawiającego o wyjaśnienia. Przedmiotem sporu jest natomiast to, czy wskazanie w ofercie, że pan K. L. pełnił ww. funkcję w okresie od lipca 2014 r., stanowi podstawę do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp”. Rozstrzygnięcie Izby w okolicznościach zbieżnych z okolicznościami w przedmiotowej sprawie polega na oddaleniu odwołania konkurenta odwołującego MGGP. W

myśl zasady art.7 ust.1 pzp obowiązuje równe traktowanie wykonawców w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Stąd w ocenie Izby, zamawiający podejmując czynność wykluczenia z postępowania odwołującego MGGP w dniu 14 grudnia 2018 roku kierował się oceną Izby wynikającą zarówno z uzasadnienia wyroku w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 1747/18 jak i w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 2050/18 jak i KIO 2069/18 z czego trudno czynić jemu zarzut. Odmienne traktowanie wykonawców spotkałoby się z zarzutem nierównego traktowania oraz naruszałoby powagę rzeczy osądzonej przez KIO w poprzednich postępowaniach odwoławczych odnoszących się do tego samego postępowania o udzielenie zamówienia.

Co do zarzutu odwołania nie wezwania odwołującego w trybie art.87 ust.1 pzp jak i nie wezwania do samooczyszczenia regulowanego art. 24 ust.8 i ust.9 pzp należy przywołać rozstrzygnięcie w sprawie KIO 2050/18 i KIO 2069/18 co do umorzenia postępowania w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp (sygn. akt KIO 2050/18) oraz co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECM Group Polska S.A. w Warszawie, JPL Project sp. z o. o. w Warszawie (sygn. akt KIO 2069/18).

W zakresie odwołania wniesionego przez Konsorcjum ECM (sygn. akt KIO 2050/18) Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia MGGP S.A. z postępowania, pomimo iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego i mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, w zakresie w jakim informacje te dotyczą doświadczenia wskazanego dla osób skierowanych na stanowisko Inżyniera Kontraktu: K. P. oraz Specjalisty ds. roszczeń: M. M.-M..

Pismem z 23 października 2018 r. odwołujący cofnął zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

W Odwołaniu wniesionym przez wykonawcę TPF Sp. z o. o. w Warszawie (sygn. akt KIO 2069/18) Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie między innymi: niezgodną z przepisami Pzp czynność wyboru oferty MGGP S.A. jako najkorzystniejszej; art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców: MGGP S.A. oraz Konsorcjum ECM i JPL, pomimo iż wykonawcy ci wprowadzili zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy, tj. nie dokonując samooczyszczenia;



W uzasadnieniu wyroku Izba stwierdziła między innymi: „Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania MGGP S.A., pomimo iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy, tj. nie dokonując samooczyszczenia, został sformułowany w sposób uniemożliwiający jego rozpoznanie”.

Dalej Izba stwierdziła, że „Formułując powołany zarzut odwołujący wskazał jedynie, że MGGP S.A. podał w ofercie informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, mogące mieć wpływ na wynik postępowania oraz, że wykonawca nie złożył do dnia oceny ofert wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy. Podkreślił, że w innych postępowaniach zamawiający w identycznym stanie prawnym i faktycznym dokonał wykluczenia tych samych wykonawców - przy identycznym brzmieniu SIWZ i ofert. Wywodził, że zachodzi sprzeczność pomiędzy stanem faktycznym a informacjami przedstawionymi przez MGGP dotyczącymi K. P. - Inżynier Kontraktu, W. F. - Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, M. M.-M. - Specjalista ds. roszczeń. Dostrzec należy, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp zamawiający wyklucza z udziału w postępowaniu 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. Wykonawca podnoszący zarzut naruszenia tego przepisu powinien więc wskazać, jakie informacje przedstawione przez wykonawcę mogły wprowadzić w błąd zamawiającego, wymagany przepisem stopień winy wykonawcy oraz wpływ informacji na decyzje podejmowane przez zamawiającego i to w stopniu istotnym. Zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. W okolicznościach sporu, zarzut, że wymienione osoby nie pełniły swoich funkcji „od rozpoczęcia robót” nie został podniesiony w odwołaniu i ujawnił się dopiero na etapie rozprawy.(...) Zarzuty powinny być bezwzględnie podniesione w odwołaniu kierowanym do Prezesa Izby. Art. 192 ust. 7 Pzp nie pozwala na rozpoznanie zarzutów nie podniesionych w odwołaniu. Jakkolwiek pojęcie zarzutu odwołania nie posiada definicji legalnej, to orzecznictwo wypracowało pogląd, że zarzut stanowi zespół okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy w związku z czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy. Takie okoliczności związane z podniesionym zarzutem naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nie zostały wskazane przez odwołującego. Powołany przez odwołującego wyrok wydany w sprawie KIO 1319/18 został wydany w innych

okolicznościach faktycznych, gdyż - inaczej niż w tym postępowaniu - rozpoznawane odwołanie zawierało okoliczności faktyczne uzasadniające jego wniesienie. W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.”

**Podsumowując powyższe wywody i odnosząc się wprost do podniesionych zarzutów w odwołaniu o Sygn. akt KIO 2608/18 Izba stwierdza jak poniżej.**

1) **co do naruszenia** art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego MGGP z postępowania pomimo, że Odwołujący składając ofertę nie dopuścił się ani lekkomyślności ani niedbalstwa, lecz dochował należytej staranności w zakresie dotyczącym wskazania w formularzu „kryteria pozacenowe” doświadczenia następujących osób:

- Pana K. P. - w odniesieniu do zadania nr1: Zarządzanie i nadzór nad budową autostrady A 4 odcinek węzeł Wielicka - węzeł Szarów;

oraz

- Pani M. M.-M. - w odniesieniu do zadania nr 1: Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 od rejonu węzła „Opacz” (z wyłączeniem tego węzła) do węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem Paszków i ww. skrzyżowaniem). Etap I cz. 1 odc. węzeł „Opacz” - węzeł „Paszków”, etap II - odc. węzeł „Janki Małe” - skrzyżowane z DW 721”

Zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ jak ustalił zamawiający w trakcie powtórnego badania ofert, biorąc pod uwagę okoliczności podniesione w trakcie postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2050/18 i KIO 2069/18 Pan K. P. nie rozpoczął obowiązków inżyniera rezydenta od rozpoczęcia robót to jest jak to miało miejsce 07.05.2007r.(data pierwszego wpisu do dziennika budowy) a rozpoczął pełnienie funkcji od 15.05.2007 roku.

Podobnie zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie w stosunku do Pani M. M.-M. „biorąc pod uwagę rygorystyczne stanowisko KIO prezentowane w zakresie tego zagadnienia oraz podniesione w wyroku KIO 2050/18 zastrzeżenie co do równego traktowania wykonawców w niniejszym postępowaniu – nie można uznać, że Pani M. M.-M. pełniła wskazaną funkcję „od rozpoczęcia robót” na przedmiotowym zadaniu” (cytat zawiadomienia zamawiającego o wykluczeniu z postępowania – pismo z dnia 14 grudnia 2018 roku).

Reasumując w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym przedmiotowego postępowania odwoławczego, uwzględniając zapadłe w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyroki w sprawach o Sygn. akt: KIO 1747/18, KIO 2050/18 i KIO 2069/18 jak i wyroki co do spełnienia przesłanek z art.24 ust.1 pkt 17 pzp w sprawie o Sygn.

akt KIO 1319/18 jak i wyroku S.O. w Warszawie o Sygn. akt XXIII Ga 849/18, **Izba uznaje czynność wykluczenia z postępowania odwołującego MGGP za prawidłową.**

- 2) co do naruszenia art. 87 ust. 1 pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego, w trybie art. 87 ust.1 pzp, do udzielenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym wskazania w formularzu „kryteria pozacenowe” doświadczenia wyżej wymienionych osób personelu odwołującego to jest Pana K. P. oraz Pani M. M.-M. w zakresie zadań wskazanych powyżej co w konsekwencji doprowadziło do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp;

**W ocenie Izby zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie** zamawiający w sposób jednoznaczny ustalił daty rozpoczęcia robót w zakresie zadań zarówno co do osoby Pana K. P. jak i Pani M. M.-M., **co nie wymaga złożenia wyjaśnień w trybie art.87 ust.1 pzp.**

- 3) co do naruszenia art. 24 ust. 8 i 9 pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp przez brak umożliwienia Odwołującemu skorzystania z procedury tzw. samooczyszczenia, co w konsekwencji doprowadziło do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp w zakresie dotyczącym wskazania w formularzu „kryteria pozacenowe” doświadczenia Pana K. P. oraz doświadczenia Pani M. M.-M. na zadaniach powyżej wskazanych;

W ocenie Izby zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ co najmniej od wyroku w sprawie o Sygn. akt KIO 2050/18 i KIO 2069/18 a najpóźniej od zawiadomienia zamawiającego o wykluczeniu z postępowania z powodów podanych w piśmie zamawiającego z dnia 14 grudnia 2018 roku odwołujący powziął wiadomość o ocenie jego oferty i powodach wykluczenia na podstawie art.24 ust.1 pkt 17 pzp. **Z tą datą zaistniały okoliczności co o samooczyszczenia na podstawie art.24 ust.8 i 9 pzp z inicjatywy odwołującego czego odwołujący nie uczynił.**

- 4) co do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji gdy oferta Odwołującego nie przewyższa kwoty przeznaczonej na sfinansowania zamówienia i w razie uwzględnienia odwołania może być uznana za najkorzystniejszą. **W ocenie Izby zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie skoro wykluczenie odwołującego z postępowania jest skuteczne.**

Podsumowując na podstawie art.192 ust.2 pzp w związku z art.192 ust.7 pzp, skoro zarzuty odwołania nie potwierdziły się to odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i pkt. 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonych przez odwołującego wpisu od odwołania oraz zobowiązując odwołującego do zwrotu zamawiającemu poniesionych przez niego kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3 600 zł.

## **Sygn. akt KIO 2631/18 Izba zważyła**

### **Izba oddała odwołanie (Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie).**

#### **Odwołujący**

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego:

3. „ECM Group Polska” S.A. ul. Rondo ONZ 1, 00 - 124 Warszawa
4. JPL Project sp. z o.o. Aleja Niepodległości 58, 02 - 626 Warszawa

Zwani dalej: „konsorcjum ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie i JPL Project Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie” lub „Konsorcjum ECM i JPL”

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1 i art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wniesiono odwołanie formułując zarzuty jak poniżej.

W toku przedmiotowego postępowania naruszono przepisy:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez jego zastosowanie i wykluczenia Konsorcjum ECM i JPL z postępowania pomimo, iż Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, w zakresie w jakim informacje te dotyczą doświadczenia wskazanego dla osoby skierowanej na stanowisko

Specjalisty ds. roszczeń: D. A.,

2. art. 24 ust. 8 i 9 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wadliwą ocenę złożonych wyjaśnień i dowodów potwierdzających rzetelność Odwołującego zawartych w piśmie Odwołującego z dnia 30 października 2018 r., podczas gdy pozwały one na uznanie ich za wystarczające w rozumieniu art. 24 ust. 9 Pzp;
3. art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez unieważnienie Postępowania z uwagi na okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy cena oferty Odwołującego nie przewyższa tej kwoty i w razie uwzględnienia Odwołania może zostać uznana za najkorzystniejszą.

#### IV. ŻĄDANIA

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, w związku z tym, że Konsorcjum ECM i JPL w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa nie przedstawiło informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, w zakresie w jakim informacje te dotyczą doświadczenia wskazanego dla osoby skierowanej na stanowisko Specjalisty ds. roszczeń: D. A.;
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Izba dokonując rozstrzygnięcia odwołania wzięła pod uwagę dotychczasowe postępowania odwoławcze gdzie doświadczenie zawodowe Pana D. A. było przedmiotem badania i oceny w związku z wskazywaniem jego osoby, która ma wymagane doświadczenie zawodowe na stanowisko ds. roszczeń. Również zamawiający rozstrzygając kwestie posiadania doświadczenia wskazanej osoby wzięł pod uwagę stanowiska Izby wynikające z wyroków kolejno w sprawach KIO 1319/18 oraz KIO 1774/18. W obydwu przypadkach rozstrzygnięcia Izby wskazywały, że podanie w ofercie doświadczenia Pana D. A. podlegało bądź winno podlegać dyskwalifikacji. Bowiem z racji tej, że nie kwestionując w ogóle nabycia doświadczenia na wskazanych zadaniach jako doświadczenia radcy prawnego należało odmówić wskazanej osobie prawa do powoływania się na doświadczenie na stanowisku ds. roszczeń. Już w wyroku w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 1319/18 Izba wyraziła stanowisko, że zakres obowiązków stanowiska ds. roszczeń jest inny niż zakres obowiązków stanowiska radcy prawnego. Z powszechnej wiedzy wynika, że funkcja radcy prawnego ma szerszy zakres kompetencji w stosunku do funkcji ds. roszczeń. Jednym zdaniem różnice można zdefiniować do szerszej kompetencji radcy prawnego w stosunku do kompetencji

stanowiska ds. roszczeń a przede wszystkim do ich nieporównywalności. Stanowiska te są nieporównywalne nawet w sytuacji, którą przywołuje odwołujący to jest nie wskazania w siwz jakimi to sprawami ma zajmować się osoba na stanowisko ds. roszczeń czy też jakie czynności na zlecenie zamawiającego ma wykonywać zatrudniony radca prawny. Owszem obydwie te stanowiska posiadają punkt wspólny jakim jest zajmowanie się zagadnieniami spornymi powstałymi w tym przypadku w związku z powierzeniem wykonawcy przez zamawiającego obowiązków na przedmiotowych zadaniach to jest zarządzaniem kontraktem i nadzór nad inwestycją czy też realizacją robót. Nawet gdyby radcy prawnemu na takich zadaniach powierzono tylko i wyłącznie obowiązki dochodzenia roszczeń to powinno wynikać to z nazwy stanowiska lub zakresu obowiązków. Bowiem porównanie zakresu kompetencji i obowiązków radcy prawnego z kompetencjami i uprawnieniami stanowiska ds. roszczeń jest nieuprawnione. Nie rozszerzając argumentacji w zakresie wiadomości znanych powszechnie pozostaje przywołać ustawę o radcach prawnych, która reguluje zawód radcy prawnego wskazując między innymi zakres kompetencji i obowiązków tego zawodu. I nie chodzi tutaj o wskazywanie wyższości czy też szerszego zakresu kompetencji i obowiązków jednego zawodu z drugim tylko o to, że kompetencje i obowiązki obydwu tych stanowisk z racji samego nazewnictwa są nieporównywalne. I to jak wskazano w przywołanych powyżej wyrokach KIO o spełnieniu warunku decyduje co do zasady nazwa stanowiska w trakcie realizacji zadania. Chociaż można przyjąć, że radca prawny ma zajmować się tylko i wyłącznie sprawami roszczeń i to na każdym etapie ich wystąpienia ale to wymagałoby dowodu wprost na przykład przez wskazanie zakresu obowiązków takiej osoby czy też wprost przez nazwę stanowiska. Natomiast argumentacja odwołującego sprowadzająca się do twierdzenia, że radca prawny co do zasady ma w kompetencji sprawy roszczeń jest o tyle prawdziwa, że oprócz dochodzenia roszczeń ma dużo szersze obowiązki, które określa regulacja o zawodzie w tym wypadku ustawa o radcach prawnych. Sam przywoływany radca prawny Pan D. A. w dniu 24.10.2018 roku potwierdzając swoje zaangażowanie na wskazywanych przez odwołującego zadaniach jednak nie oświadcza, że miał stanowisko ds. roszczeń tylko, że brał udział w realizacji kontraktów ze strony wykonawcy (projekt i budowa drogi ekspresowej oraz kontynuacja budowy autostrady). Odwołujący jako uczestnik postępowań odwoławczych w sprawach oznaczonych Sygn. akt: KIO 1319/18 z dnia 20 lipca 2018 roku, KIO 1774/18 z dnia 18 września 2018 roku i ostatecznie w sprawie KIO 2050/18 i KIO 2069/18 z dnia 26 października 2018 roku posiadał wiedzę, że aby wskazywać osobę doświadczoną na stanowisku ds. roszczeń to musi wykazać, że ta osoba przede wszystkim z samej nazwy zajmowała stanowisko ds. roszczeń. Na powyższy warunek spełnienia wymagania wskazywano powyżej w cytowanych fragmentach uzasadnień Izby (KIO 1319/18; KIO 1774/18; KIO 2050/18 i KIO 2069/18). Odnosząc się do czynności podjętej przez odwołującego w dniu 30 października 2018 to po pierwsze odwołujący zaprzecza dotychczasowym twierdzeniom (w piśmie z dnia 9

lipca 2018 roku) o pełnieniu funkcji radcy prawnego przez Pana D. A. Odwołujący sprowadza tę funkcję tylko i wyłącznie do funkcji ds. roszczeń, załączając na dodatek oświadczenie Radcy Prawnego z dnia 24.10.2018 r. o udziale w realizacji kontraktów bez wskazania rodzaju funkcji na tych kontraktach. Natomiast po drugie bezpodstawnie kwalifikuje to oświadczenie jako noszące znamiona samooczyszczenia, nie wskazując w nim przyznania się do błędu w informowaniu zamawiającego jak i o podjętych środkach zaradczych na przyszłość. Tak więc powyższe stanowisko Odwołującego nie spełnia wymogu self cleaningu z tego powodu, że Odwołujący nie zawiera w tym oświadczeniu jakichkolwiek wskazań na okoliczność jakie podjęto środki zaradcze na przyszłość. W tym stanie rzeczy Izba nie uwzględnia ani zarzutu naruszenia przez zamawiającego art.24 ust.1 pkt 17 pzp, ani art.24 ust.8 i 9 pzp. wskazując, że z prowadzonych postępowań odwoławczych wynika, że celem uniknięcia sporów co do wiarygodności posiadanych poświadczeń w zakresie personelu wykonawcy źródłem wiedzy jest także zamawiający posiadający w tym zakresie dokumentację.

**W tym stanie rzeczy Izba nie stwierdza naruszenia wskazanych przepisów w odwołaniu to jest:**

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez jego zastosowanie i wykluczenie Konsorcjum ECM z postępowania pomimo, iż Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, w zakresie w jakim informacje te dotyczą doświadczenia wskazanego dla osoby skierowanej na stanowisko Specjalisty ds. roszczeń: D. A.  
Zasadność zarzutu nie została udowodniona. Tym bardziej, że sam Pan D. A. radca prawny w oświadczeniu złożonym w dniu 24 października 2018 roku nie potwierdził, że zajmował stanowisko ds. roszczeń.
2. art. 24 ust. 8 i 9 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wadliwą ocenę złożonych wyjaśnień i dowodów potwierdzających rzetelność Odwołującego zawartych w piśmie Odwołującego z dnia 30 października 2018 r., podczas gdy pozwalały one na uznanie ich za wystarczające w rozumieniu art. 24 ust. 9 Pzp.  
Zasadność zarzutu nie została udowodniona. Już w miesiącu lipcu 2018 roku Odwołujący powziął informację, że zamawiający miał wątpliwości co do zajmowania stanowiska ds. roszczeń przez radcę prawnego Pana D. A. Z kolei oświadczenie zamawiającego z dnia 30 października 2018r. nie ma cech samooczyszczenia.
3. art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez unieważnienie Postępowania z uwagi na okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy cena oferty Odwołującego nie przewyższa tej kwoty i w razie uwzględnienia Odwołania może zostać uznana za

najkorzystniejszą.

Zasadność zarzutu nie została udowodniona. Skoro zarzuty odwołującego co do wykluczenia jego z postępowania nie zostały udowodnione to niniejszy zarzut jest bezprzedmiotowy.

Podsumowując na podstawie art.192 ust.2 pzp w związku z art.192 ust.7 pzp, skoro zarzuty odwołania nie potwierdziły się to odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i pkt. 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczanego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz zobowiązując odwołującego do zwrotu zamawiającemu poniesionych przez niego kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3 600 zł.

### **Sygn. akt KIO 2646/18 Izba ustaliła**

Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego do akt sprawy w tym akt w sprawach oznaczonych Sygn. akt KIO 1319/18; Sygn. akt KIO 1747/18 i połączonych spraw o Sygn. akt KIO 2050/18 i KIO 2069/18 oraz złożonych na rozprawie dowodów przez strony i uczestników, Izba ustaliła.

Odwołujący działając na podstawie przepisów art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i ust. 4 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (dalej „Ustawa”) w postępowaniu o zamówienie publiczne, którego przedmiotem jest: „Zarządzanie Kontraktem i pełnienie nadzoru nad zadaniem: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S52 ode. Północna Obwodnica Krakowa: węzeł Modlnica - węzeł Kraków Mistrzejowice (bez węzła)”, wniósł zarzut:

I. Odwołujący TPF sp. z o.o.

1. naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp to jest niezgodnej z przepisami pzp czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na uznaniu, że przedmiotowe postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie tego przepisu, pomimo że nie wystąpiła przesłanka określona w tym przepisie,
2. naruszenia obowiązku czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania dokonania uzasadnienia faktycznego unieważnienia



postępowania,

3. naruszenia obowiązku czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania udostępnienia całości dokumentacji postępowania.

II. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy - poprzez zastosowanie przedmiotowego przepisu pomimo niewystąpienia przesłanki jego zastosowania, tj. Zamawiający może zwiększyć kwotę na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty najkorzystniejszej;

2. naruszenie przepisu art. 92 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 93 ust. 3 pkt 2 Ustawy, poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania;

3. naruszenie art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 1 i w związku z art. 9 ust. 1 Ustawy, poprzez zaniechanie udostępnienia całości dokumentacji postępowania.

III. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. nakazanie Zamawiającemu udostępnienia całości dokumentacji postępowania.

Zamawiający podejmując zaskarżoną czynność unieważnienia postępowania powiadomił o niej wykonawców uczestniczących w przetargu przywoływanym powyżej pismem zamawiającego z dnia 14.12.2018 roku, które również zawiera zawiadomienie o unieważnieniu prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający działając na podstawie art. 93 ust.3 pkt 2 ustawy Pzp. zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty o unieważnieniu niniejszego postępowania to jest na „Zarządzanie kontraktem i pełnienie nadzoru nad zadaniem: Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S 52 odc. Północna obwodnica Krakowa: węzeł Modlnica – węzeł Kraków Mistrzejowice (bez węzła) przywołując art.93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający zacytował treść przywołanego art.93 ust.1 pkt 4 zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena z najkorzystniejszą ofertą lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia chyba, że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

W przedmiotowym postępowaniu złożono siedem ofert zawierających ceny od 11 563 020,00złoty do 27 429 923,67 złotych. W wyniku badania i oceny ofert sześciu z siedmiu wykonawców zostało przez zamawiającego wykluczonych z postępowania a ich oferty zostały odrzucone. W konsekwencji powyższych czynności zamawiającego pozostałą ważną ofertę, której cena wynosi 16 443 084,03 złotych Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację tego zamówienia kwotę 14 727 355, 00 złotych. Kwota ta została już zwiększona w dniu 12 września 2018 roku do kwoty 15 371 925,00 złotych. Oferta najkorzystniejsza zawiera

cenę przewyższająca kwotę jaką aktualnie dysponuje zamawiający o ponad jeden milion złotych. Z przedmiotowego zawiadomienia zamawiającego z dnia 14 grudnia 2018 roku wynika, że „Zamawiający nie może zwiększyć kwoty założonej na sfinansowanie zamówienia, co czyni zasadnym unieważnienie postępowania”.

Zamawiający pismem z dnia 9 stycznia 2018 roku pn. odpowiedź na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania. Według zamawiającego biorąc pod uwagę zarzuty podniesione przez Odwołującego, Zamawiający uznaje odwołanie za pozbawione uzasadnionych podstaw i wnosi o jego oddalenie. W ocenie Zamawiającego w jego działaniach nie wystąpiły nieprawidłowości zarzucone w odwołaniu.

W przedmiotowym postępowaniu, według ustalonego rankingu najwyżej oceniona została oferta złożona przez Konsorcjum: Inko Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie i Drogowa Trasa Średnicowa S.A. z siedzibą w Katowicach. Kolejna oferta w rankingu, to oferta złożona przez Konsorcjum - Firma Inżynierska Arcus J. B. oraz INTEGRAL Sp. z o.o. Trzecie miejsce zajęła oferta firm Multiconsult Polska sp. z o.o. oraz Ekocentrum — Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych sp. z o.o. Na kolejnym miejscu w rankingu, po rozstrzygnięciu odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, uplasowała się oferta Konsorcjum ECM, dalsze miejsca to kolejno oferta MGGP oraz TPF. Rozstrzygając o zasadności podjęcia przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania należy mieć na uwadze wyłącznie cenę oferty TPF sp. z o.o. Cena ta przekracza budżet jakim dysponuje Zamawiający na sfinansowanie przedmiotowego zadania.

Zdaniem Zamawiającego, brak jest uzasadnionych podstaw do kwestionowania jego czynności w tym zakresie, zaś faktyczne zastrzeżenia Odwołującego sprowadzają się do żądania zwiększenia przez Zamawiającego budżetu do kwoty pokrywającej cenę oferty TPF sp. z o.o. Żądanie to nie znajduje podstaw oraz oparcia w przepisach prawa zdaniem Zamawiającego.

## **Sygn. akt KIO 2646/18 Izba zważyła**

### **Izba oddała odwołanie (Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie).**

Bowiem w ocenie Izby odwołujący nie wykazał:

1. naruszenia przepisu 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy - poprzez zastosowanie przedmiotowego przepisu pomimo niewystąpienia przesłanki jego zastosowania, tj. Zamawiający może zwiększyć kwotę na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Izby to Zamawiający ma prawo a wręcz obowiązek podejmowania decyzji w zakresie, czy zwiększenie środków przeznaczonych na realizację zamówienia jest uzasadnione pod względem celowości i efektywności gospodarowania środkami publicznymi. Decyzję zamawiający podejmuje w określonych warunkach zaistniałych w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia i w granicach możliwości finansowania zadania. Również wyznacznikiem decyzji Zamawiającego co do zwiększenia środków finansowania zadania powinno być zainteresowanie przetargiem to jest ilość złożonych ofert jak i ich cen oraz przyczyn dla których oferenci zostali wykluczeni z postępowania, którzy złożyli oferty w kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Co do rozumienia zwrotu „zamawiający może zwiększyć środki” wypowiedziała się już Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 10 lipca 2017r. sygn. akt: KIO 1273/17 stwierdzając, że decyduje zamawiający mając na uwadze celowość zwiększenia środków jak i oceniając taką decyzję z punktu widzenia efektywnego gospodarowania środkami publicznymi.

Słusznie zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że „wbrew temu co podnosi Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający ma pełną autonomię co do podjęcia decyzji o poszukiwaniu dodatkowych środków na realizację zamówienia. Odmowa zwiększenia kwoty nie może stanowić podstawy jakichkolwiek roszczeń i w ocenie Zamawiającego nie stanowi uzasadnionej podstawy do kwestionowania czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania. Nie pozbawia Zamawiającego możliwości unieważnienia postępowania, także wcześniejsze skierowanie do wykonawcy wezwania w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, gdyż — jak zostało wskazane powyżej — unieważnienie może nastąpić także po dokonaniu oceny ofert”.(...) „Oczywistym jest, że zamawiający ogólnie posiada znacznie wyższy budżet niż sumy wskazane przed otwarciem ofert, lecz jest on przeznaczony na sfinansowanie wszystkich jego wydatków w danym roku i to zamawiający ustala, w jaki sposób może ten budżet rozdysponować. Reasumując, cena oferty najkorzystniejszej przekracza wartość, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający zwiększył pierwotną kwotę z sumy 14.727.355,80 do 15.371.925,00 zł (uwzględniając konieczność zapewnienia rezerwy 10% więc łącznie liczył się z koniecznością zadysponowania kwotą 16.909.117,50 zł) Dalsze zwiększenie kwoty jest niemożliwe, gdyż Zamawiający nie posiada odpowiednich środków, a ponadto byłoby nieracjonalne w świetle warunków rynkowych i cen obowiązujących na rynku dla tego typu usługi. Oczekiwania Odwołującego w tym zakresie są pozbawione podstaw i nie mają oparcia w przepisach oraz stanie faktycznym”.

2. naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 pkt 7 w związku art. 93 ust. 3 pkt 2 Ustawy, poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania;

Zarzut nie potwierdza się, ponieważ w piśmie z dnia 14 grudnia 2018 roku cytowanym powyżej Zamawiający opisał w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania przesłanki wypełniające normę art. 93 ust. 1 pkt pzp. Bowiern podał kwotę, którą może przeznaczyć na realizację zamówienia, cenę oferty najkorzystniejszej i wskazał na korelację tych cen oświadczając, że cena oferty przekracza środki przeznaczone na sfinansowanie zamówienia.

W ocenie Izby jest to wystarczające uzasadnienie faktyczne.

Zamawiający w piśmie z dnia 9 stycznia 2018 roku pn. odpowiedź na odwołanie podkreślił między innymi „Warto w tym miejscu odwołać się do stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonego w cytowanym już powyżej wyroku z dnia 14 marca 2018r. Sygn. akt: KIO 351/18, w którym Izba podniosła: „ (...) Nie można w ocenie Izby wymagać od Zamawiającego, żeby w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania przeprowadzał wywód na temat okoliczności faktycznych dotyczących wszystkich środków finansowych będących w jego posiadaniu i prezentował publiczną analizę odnośnie wydatkowania tych środków. Podkreślenia w tym miejscu wymaga za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2017r. Sygn. akt: KIO 2414/16, że zaskarżenie unieważnienia postępowania w oparciu o okoliczności opisane w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp jest o tyle odmienne od innych możliwych podstaw odwołania, że nie odnosi się do samych technicznych czy prawnych błędów w trakcie trwania procedury przetargowej, ale bardzo realnej kwestii wygospodarowania środków finansowych. Samo odwołanie zaś, jak wskazuje treść art. 180 ust. 1 oraz art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczy czynności podjętej lub zaniechanej niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli legalności działania zamawiającego, a nie jego celowości czy gospodarności. Tym samym w ramach zaskarżenia unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych podstawą nakazania przez Izbę unieważnienia czynności unieważnienia postępowania mogłoby być raczej ustalenie, że zamawiający celowo zaniżył i w sposób nierzetelny czy wręcz kłamliwy podał kwotę, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, aby potencjalnie móc arbitralnie unieważnić postępowanie, choć posiada na realizację danego zadania specjalnie wyznaczone środki”.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdza, że odwołujący nie wykazał celowego zaniżenia środków na zamówienie przez zamawiającego. Niemniej na rozprawie zamawiający podjął się szczegółowego omówienia procedury wnioskowania o zwiększenie środków, czasu trwania tej procedury jak i okoliczności, że rezerwa na która powołuje się odwołujący ma być np.: rozdysponowana na wykupy gruntu czy też przewidziany wzrost cen materiałów jak i środków na płace w wykonawstwie w związku z przewidywanymi migracjami fachowców budowlanych („Oczywiście program inwestycyjny opiewa na całość zadania, zatem nie tylko usługę nadzoru,

ale także roboty. Biorąc jednak pod uwagę kwotę za jaką rozstrzygnięte zostało postępowanie dotyczące robót budowlanych oraz konieczność zarezerwowania na jego rzecz wartości w zakresie 103%, na finansowanie usługi nadzoru Zamawiający nie może zwiększyć kwoty do kwoty oferty TPF sp. z o.o.”).

3. naruszenia art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 1 i w związku z art. 9 ust. 1 Ustawy, poprzez zaniechanie udostępnienia całości dokumentacji postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie pismo z dnia 9 stycznia 2018 roku przedstawił stanowisko jak poniżej.” Odwołujący zarzuca naruszenie przez Zamawiającego art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i w związku z art. 9 ust. 1 Pzp przez zaniechanie udostępnienia całości dokumentacji postępowania. Podnosi, że w dniu 18 grudnia 2018r. drogą mailową zażądał przedstawienia przez Zamawiającego 7 dokumentów, w tym programu inwestycyjnego oraz aneksów do tego programu, a także dokumentacji, z której wynika, że Zamawiający nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie niniejszego postępowania.

W odpowiedzi Odwołujący otrzymał od Zamawiającego jedynie trzy dokumenty oraz informację, że „pozostałe dokumenty, o które Państwo wnioskuje nie stanowią załączników do protokołu postępowania, stąd nie podlegają udostępnieniu na podstawie art. 96 ust. 3 Pzp”.

Okoliczności przedstawione w tym zakresie w Odwołaniu są bezsporne. Niemniej Odwołujący zdaje się nie zauważać, że nie wszystkie dokumenty, których udostępnienia się domagał stanowią dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący we wniosku podał podstawę prawną, tj. art. 96 ust. 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem: „ Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym, że oferty udostępnia się od chwili otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.”

Dokumenty, które stanowiły dokumentację postępowania zostały udostępnione Odwołującemu niezwłocznie, tj. w dniu 19 grudnia 2018r. Pozostałe dokumenty zostały udostępnione w ustawowo przewidzianym terminie, w związku ze złożonym przez Odwołującego w dniu 19 grudnia 2018r. wnioskiem w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej.

Poprzednio złożony wniosek, na którego pozytywne rozpoznanie powołuje się Odwołujący również był oparty o przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej. Nie był to wniosek tożsamy z tym jaki Odwołujący złożył w dniu 18 grudnia 2018r. Nie dotyczył dostępu do dokumentacji postępowania.

W tych okolicznościach zastrzeżenia Odwołującego są nietrafione i nie przedstawiają pełnej

sytuacji faktycznej w zakresie działań Zamawiającego. Oczywiście, nie można takiego zabiegu uznać za przypadkowy. Odwołujący dąży do przedstawienia Zamawiającego, jako podmiotu ukrywającego przed wykonawcami istotnych informacji i manipulującego postępowaniem, co może być traktowane w kategorii pomówienia i z całą pewnością nie jest zgodne ze stanem faktycznym”.

Stanowisko w tym zakresie Zamawiający podtrzymał na rozprawie. Z kolei odwołujący powołując się na czynność zamawiającego udostępnienia żądanych załączników do protokołu w dniu 19 grudnia 2018 roku uznał to jako faktyczne uwzględnienie zarzutu i wniósł o umorzenie w tym zakresie postępowania w związku w jego ocenie z uwzględnieniem odwołania. Odwołanie odwołujący TPF Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2018 roku. W tym stanie rzeczy zarzut na dzień wniesienia odwołania był nieaktualny to jest wniesiony wbrew zaistniałemu stanowi faktycznemu co do żądania dokumentów z postępowania.

Izba zarzuty i żądania uznała za nieudowodnione to jest nie znajdujące uzasadnienia zarówno w stanie faktycznym jak i prawnym odwołania.

Podsumowując na podstawie art.192 ust.2 pzp w związku z art.192 ust.7 pzp, skoro zarzuty odwołania nie potwierdziły się to odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i pkt. 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonych przez odwołującego wpisu od odwołania oraz zobowiązując odwołującego do zwrotu zamawiającemu poniesionych przez niego kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3 600 zł.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

