

**WYROK
z dnia 9 grudnia 2019 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2019 r. przez wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy udziale

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U. z siedzibą w Bilbao - Hiszpania, HIQE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2386/19 po stronie zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ekocentrum – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Koltech Infra Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2386/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U. z siedzibą w Bilbao - Hiszpania, HIQE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze skutkiem odrzucenia ich ofert,

2. kosztami postępowania obciążyć PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w

Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych(t.j. 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:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa w imieniu, której działa – jednostka prowadząca postępowanie: Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski, ul. Joannitów 13, 50-525 Wrocław wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowlanych oraz nad wykonaniem projektu wykonawczego i realizacją robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym oraz urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych na odcinku podg. Most Wista - Czechowice-Dziedzice - Zabrzeg w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, etap I: linia E 65 na ode. Będzin - Katowice - Tychy - Czechowice-Dziedzice - Zebrzydowice, LOT C odcinek Most Wista - Czechowice-Dziedzice – Zabrzeg”, numer referencyjny: IREZA4/1c-216-02/2019.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 9 kwietnia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 070-166517.

W dniu 13 listopada 2019 r. Odwołujący: TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22; 03-236 Warszawa został poinformowany o wyborze najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 25 listopada 2019 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum firm: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o., IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U, HIQE Sp. z o.o. (dalej „konsorcjum IDOM”), pomimo iż wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania;
2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy konsorcjum IDOM pomimo że Wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 91 ustawy Pzp w. zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum IDOM, pomimo tego, że Wykonawca konsorcjum IDOM podlega wykluczeniu;

2. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy Pzp przez uznanie że Wykonawca Idom spełnia warunki określone w IDW pkt. 8.6.2 Zdolności technicznej lub zawodowej w powiązaniu z pkt. 8.2.3 pomimo iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub przynajmniej niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. Ponowną ocenę ofert,
3. Wykluczenia konsorcjum IDOM z postępowania,
4. Odrzucenia oferty konsorcjum IDOM.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy Pzp przez uznanie, że Wykonawca IDOM spełnia warunki określone w IDW pkt 8.6.2 Zdolności technicznej lub zawodowej w powiązaniu z pkt 8.2.3 pomimo, iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub przynajmniej niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Odwołujący zwrócił uwagę, że Wykonawca konsorcjum IDOM wskazało w załączniku numer 6a do IDW tj. Wykaz personelu skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący stwierdził, że z udostępnionej mu przez Zamawiającego w dniu 08 listopada 2019 r. odtajnionej części oferty konsorcjum IDOM, w/w załączniku wykazano, iż Wykonawca dysponuje wskazanym tam personelem w sposób bezpośredni, wskazując jako podstawę dysponowania umowę cywilno-prawną.

Jednocześnie, w swoim odwołaniu Odwołujący przywołał skład przedmiotowego personelu specjalistów, którzy będą brali udział w wykonywaniu przedmiotu zamówienia.

Zauważył, że wśród wykazanego personelu na 8 specjalistów tylko jeden jest pracownikiem jednego z podmiotów należących do Konsorcjum IDOM.

Wyjaśnił przy tym, że dwóch pracowników jest zatrudnionych na umowę o pracę w wymiarze pełnego etatu u Odwołującego, trzech jest pracownikami kontraktowymi w ramach prowadzonej działalności gospodarczej Odwołującego, jeden jest pracownikiem

zatrudnionym na umowę o pracę w wymiarze pełnego etatu w ECM Group Polska S.A. oraz jeden jest pracownikiem kontraktowym MGGP S.A.

Odwołujący podniósł, że w załączonym do oferty oświadczeniu wstępnym JEDZ konsorcjum IDOM oświadczyło, że spełnia wszystkie wymagane kryteria, kwalifikacji (Część IV: Kryteria kwalifikacji), co odnosiło się również do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania wymaganym przez Zamawiającego potencjałem kadrowym.

Zaznaczył przy tym, że wykonawca ten oświadczył, że informacje podane w częściach II-V JEDZ są dokładne i prawidłowe oraz że zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji poważnego wprowadzenia w błąd (Część VI: oświadczenia końcowe).

Odwołujący wskazał okoliczność, że w załączonym na wezwanie Zamawiającego z dnia 19 lipca 2019 r, wykazie osób Konsorcjum IDOM posłużyło się osobami które nie wyraziły zgody na uczestnictwo w przedmiotowym postępowaniu jako osoby, którymi dysponuje Wykonawca IDOM, ani nawet nie posiadały wiedzy, że zostały wskazane jako osoby skierowane do realizacji zamówienia w funkcjach Inspektora nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych oraz Inspektor nadzoru w specjalności mostowej lub jakiegokolwiek innej w tej ofercie, wobec czego nie można mówić o jakimkolwiek stosunku prawnym łączącym dane osoby z Konsorcjum IDOM.

Powyższe wskazuje – zdaniem Odwołującego, że stan istniejący na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest odmienny od tego jaki wynikał z oświadczeń zawartych w JEDZ oraz Wykazie osób.

Ponieważ konsorcjum IDOM jest przedsiębiorcą, należy wobec niego stosować podwyższony miernik staranności wynikający z zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności.

Uwzględniając zatem wskazane powyżej okoliczności Odwołujący podniósł, że podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu miało charakter co najmniej rażącego niedbalstwa z jego strony.

Nie ulega wątpliwości Odwołującego, że gdyby konsorcjum IDOM nie złożyło oświadczenia, że spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, lub najpóźniej składając JEDZ nie zataił istotnych informacji skutkujących jego wykluczeniem z postępowania, to jego oferta nie zostałaby wybrana.

Tym samym doszło do wypełnienia przesłanki wprowadzenia Zamawiającego w błąd, zaś konsekwencją tego był wybór oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Reasumując, Odwołujący podkreślił, że wykazał, że przedstawione Zamawiającemu informacje były niezgodne ze stanem faktycznym, a tym samym wykazał, że istniały podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że istotna jest także okoliczność, że przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp ziszczają się w każdej sytuacji, w której możliwe jest, że Zamawiający może zostać wprowadzony w błąd, w ogóle nie musi dojść do takiego wprowadzenia w błąd.

Już samo podanie informacji, które mogłyby u Zamawiającego spowodować mylne wyobrażenie - niezależnie od tego, jaki skutek te informacje spowodują - jest wystarczające, aby uznać, że ziszcza się przesłanka wykluczenia z postępowania.

W dniu 28 listopada 2019 r. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U. z siedzibą w Bilbao - Hiszpania, HIQE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwani dalej Przystępującym, a w dniu 29 listopada 2019 r. zgłosili takie przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ekocentrum – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Koltech Infra Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach po stronie odwołującego.

Pismem z dnia 6 listopada 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń, pomimo, że odwołanie powinno być tak sformułowane, aby Zamawiający mógł zweryfikować swoje stanowisko i ewentualnie uznać odwołanie i powtórzyć czynności.

Nadto, zauważył, że okoliczność, iż jakkolwiek pracownik czy współpracownik kontraktowy udostępnił swoją osobę konkurencji, czy też zadeklarował ewentualną, potencjalną współpracę w przyszłości mogła być Odwołującemu nie znana. Sam fakt

zatrudnienia na etacie nie jest dowodem wystarczającym, aby twierdzić, że nie jest możliwe podjęcie w przyszłości przez tą osobę współpracy z innym podmiotem.

Tego rodzaju przekonania godzą w zasadę swobody zatrudnienia i przepływu pracowników.

W ocenie Zamawiającego – sam fakt współpracy w jakiegokolwiek formie z Odwołującym nie stanowi dowodu na okoliczność, iż osoby wskazane w wykazie w razie wygrania przetargu przez Przystępującego nie podejmą z nim współpracy w sposób stały.

Poza tym, Zamawiający wyraził wątpliwości co do deklaracji osób, które obecnie twierdzą, że nie posiadały wiedzy lub nie wyraziły zgody na uczestnictwo w przedmiotowym postępowaniu, w sytuacji gdy pyta ich o to obecny pracodawca.

Stwierdził, że można domniemywać, że przynajmniej niektórzy z tych pracowników/współpracowników podpisywali klauzule o zakazie konkurencji i tym samym nie chcą się narazić na odpowiedzialność z tytułu jej naruszenia.

Pismem z dnia 9 grudnia 2019 r. Przystępujący wnosił o odrzucenie odwołania z uwagi na okoliczność, o której mowa w art.187 ust.2 pkt 3 względnie też punkt 4 ustawy Pzp.

Przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka I. M. na okoliczność wyrażenia zgód przez 7 osób wymienionych przez Przystępującego w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz podejmowania działań osób trzecich w stosunku do tych osób.

Wnosił również o przeprowadzenie dowodów z oświadczenia I. M. i prowadzonej przez niego korespondencji mailowej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 6 grudnia 2019 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 9 grudnia 2019r., oświadczeń P. R. i W. Z., oraz I. M, korespondencji mailowej tego ostatniego, jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu/rozprawie przez strony i uczestników wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Nadto, Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Wymaga wskazania, że wbrew powyższym ustaleniom Izby, Przystępujący w swoim piśmie procesowym jako podstawę prawną odrzucenia odwołania wskazał przepis art. 187 ust 3 ustawy Pzp, który stanowi, jeżeli odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, w szczególności, o których mowa w art. 180 ust.3, niezłożenia pełnomocnictwa lub nieuiszczenia wpisu, Prezes Izby wzywa odwołującego pod rygorem zwrócenia odwołania do poprawienia lub uzupełnienia odwołania lub złożenia dowodu uiszczenia wpisu w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania. Mylne oznaczenie odwołania lub inne oczywiste niedokładności nie stanowią przeszkody do nadania mu biegu i rozpoznania przez Izbę.

Powołał się również na ust.4 powołanego wyżej przepisu, zgodnie z którym Prezes Izby poucza w wezwaniu, o którym mowa w ust. 3 zdanie pierwsze, że w przypadku niepoprawienia, nieuzupełnienia lub niedołączenia dowodu uiszczenia wpisu w terminie 3 dni odwołanie zostanie zwrócone.

Odnosząc się do powyższego wniosku Przystępującego Izba uznała go bezzasadny.

Po pierwsze, przytoczona przez Przystępującego podstawa prawna do odrzucenia odwołania nie istnieje. Zamknięty katalog podstaw do odrzucenia oferty został uregulowany w przepisie art.189 ust.2 ustawy Pzp.

Po drugie, powyższe przepisy, na które powołał się Przystępujący dotyczą działań Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Przystępujący również nie wykazał, że Odwołujący mógł wcześniej wnieść odwołanie na zaniechanie Zamawiającego dotyczące niewykluczenia Przystępującego z przetargu na zasadzie art.24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp, skoro Odwołujący przed wyrokiem KIO 1932/19 i KIO 1945/19 nie miał możliwości dowiedzenia się jakie osoby zostały wskazane w wykazie, bowiem Przystępujący bezpodstawnie zastrzegł ten dokument klauzulą przedsiębiorstwa.

Nadto, należy wskazać, że przedmiotem zaskarżenia odwołania jest czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, która została dokonana w dniu 13 listopada 2019r.,

podczas gdy odwołanie zostało wniesione w dniu 25 listopada 2019r., przy czym do terminu nie można wliczyć soboty i niedzieli.

Stosownie do przepisu art.182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Z tych powodów Izba uznała, że odwołanie zostało wniesione w terminie.

Dodatkowo, za prawnie dopuszczalne i podlegające rozpoznaniu – w ocenie Izby – należało potraktować odwołanie, które nie wymienia w swoich załącznikach danego dowodu mającego istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Rozpoznając sprawę co do meritum, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 i 2, art.24 ust.1 pkt 17, art. 91 ustawy Pzp.

Odnosząc się do istoty przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem, wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu przedstawienia Zamawiającemu nieprawdziwych informacji w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że w załączniku nr 6a do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, Zamawiający określił wzór wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego.

Zgodnie z treścią tego załącznika – wykazu wykonawcy byli zobowiązani złożyć oświadczenie, że składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowlanych oraz nad wykonaniem projektu wykonawczego i realizacją robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym oraz urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych na odcinku podg. Most Wisła – Czechowice-Dziedzice – Zabrzeg w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, etap I: linia E 65 na odc. Będzin –

Katowice – Tychy – Czechowice-Dziedzice – Zebrzydowice, LOT C odcinek Most Wisła – Czechowice-Dziedzice – Zabrzeg” oświadczają, że:

1. Osoby wskazane w wykazach „A” i „B” poniżej, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia posiadają odpowiednie uprawnienia (zgodnie z wymaganiami określonymi w tabeli w pkt 8.6.2. IDW).

2. Przy realizacji zamówienia: uczestniczyć będą następujące osoby, którymi dysponujemy lub będziemy dysponowali.

W ramach powyższego wykazu osób, którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia(dysponowanie bezpośrednie) wykonawcy mieli wskazać podstawę dysponowania(np. umowę o pracę lub inny stosunek cywilnoprawny potwierdzający bezpośrednie dysponowanie).

Izba ustaliła również w zakresie objętym sporem, że Przystępujący zadeklarował między innymi dwie osoby wskazane w przedmiotowym wykazie pod l.p.3 – P. R. i pod l.p.4 – W. Z.

Poza tym Izba stwierdziła, że osoby te złożyły zgodne oświadczenie następującej treści: „W związku z prowadzonym przez PKP PLK S.A. zamówieniem dotyczącym „Pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowlanych oraz nad wykonaniem projektu wykonawczego i realizacją robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym oraz urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych na odcinku podg. Most Wisła – Czechowice-Dziedzice – Zabrzeg w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, etap I: linia E 65 na odc. Będzin – Katowice – Tychy – Czechowice-Dziedzice – Zebrzydowice, LOT C odcinek Most Wisła – Czechowice-Dziedzice – Zabrzeg oświadczam, że

1) Między mną a wykonawcą IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o.; IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U.; HIQE Sp. nie została zawarta żadna umowa cywilno – prawna dotycząca mojego udziału w przedmiotowym postępowaniu w ramach funkcji Inspektora Nadzoru ds. mostowych;

2) Nie wyraziłem zgody w jakikolwiek inny sposób na wskazanie mojej osoby w w/w ofercie wykonawcy jako Inspektora Nadzoru ds. mostowych;

3) Nie wyraziłem zgody na udział w realizacji powyżej opisanego zamówienia jako Inspektora Nadzoru ds. mostowych;

4) W/w nie dysponuje moją osobą.

Podkreślam, że nie mam i nie miałem z wymienionymi podmiotami żadnych kontaktów w szczególności dotyczących powyższego postępowania przetargowego.”.

Dokonując oceny powyższych dowodów, zarówno z dokumentacji przetargowej Zamawiającego w zakresie oświadczenia Przystępującego z wykazu, jak i z powyższych oświadczeń P. R. i pod W. Z., Izba dostrzegła ich kolizję w warstwie merytorycznej w odniesieniu do zadeklarowanej w nich prawdy obiektywnej.

Powyższe dowody Izba uznała za prawnie dopuszczalne na zasadzie art. 190 ust. 1 zd.2 ustawy Pzp, który stanowi, że dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Jednocześnie, należy wskazać, że w myśl przepisu art.190 ust.3 ustawy Pzp dowodami są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron.

Wobec tego, mając na uwadze brzmienie powołanego wyżej przepisu prawa, zawierającego otwarty katalog środków dowodowych, Izba postanowiła dopuścić dowody z oświadczeń osób, uznając, że ich treść jest wystarczająca do rozstrzygnięcia kwestii objętych przedmiotem sporu i nie jest konieczne przeprowadzenie dodatkowego dowodu z zeznań świadka I. M., skoro osoba ta złożyła pisemne oświadczenie.

Opierając się na powyższym materiale dowodowym, Izba nie dała wiary zapewnieniom Przystępującego, że ten dysponuje powyższymi osobami, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.

Izba wzięła pod uwagę, że powyższe osoby oświadczyły, że nie wyraziły zgody na ich umieszczenie w wykazie przy ofercie, ale także nie zgodziły się na udział w realizacji zamówienia.

Natomiast, sytuacja zadeklarowania przez Przystępującego tych osób do realizacji zamówienia – w ocenie Izby – stanowi rażące naruszenie przepisu art. 65 ust.1 i 2 Konstytucji RP, na który to przepis zresztą powołuje się sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 grudnia 2019r.

Powyższe postanowienia ustawy zasadniczej gwarantują jednostce wolność wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy, z wyjątkami przewidzianymi przez ustawę.

Nie można uznać za sytuację sprzyjającą wykonaniu powyższego prawa podmiotowego jednostki, zmuszanie takiej osoby do wykonywania zawodu w miejscu

jednostronnie wskazanym przez osobę trzecią w tym przypadku przez Przystępującego, który samowolnie zadeklarował udział w realizacji zamówienia osoby niczego nieświadomej.

Za taki stan rzeczy odpowiedzialny jest Przystępujący, który w warunkach co najmniej lekkomyślności powierzył zadanie skompletowania zespołu osobowego do realizacji kontraktu osobie, która nie zabezpieczyła w odpowiedni sposób potencjału personalnego dedykowanego do realizacji zamówienia.

W związku z powyższym, oceniając oświadczenie z dnia 9 grudnia 2019r. I. M. działającego w imieniu Przystępującego i prowadzonej przez niego korespondencji mailowej Izba uznała, że wyjaśnienia te są naiwne w części dotyczącej jego przekonania, że otrzymał zgodę od P. R. i W. Z. na przedstawienie tych osób w ofercie Przystępującego.

W ocenie Izby - złożona przez Przystępującego korespondencja mailowa może co najwyżej dowodzić, że P. R. przesłał w dniu 31 stycznia 2019r. D. L. z JPLproject CV, a także może potwierdzać okoliczność próby nawiązania kontaktu I. M. z P. R. w dacie 19 czerwca 2019 r. i 16 lipca 2019 r., jednak bez odpowiedzi tego drugiego.

Natomiast, mail W. Z. do I. M. jest z 25 października 2018r., to jest znacznie przed datą wszczęcia postępowania przetargowego.

Z powyższego zestawienia korespondencji mailowej wynika w sposób jednoznaczny, że nie zachodzi jakikolwiek związek czasowy pomiędzy wymienianymi informacjami a treścią oświadczenia zawartego w złożonym wykazie.

Należy wskazać, że ogłoszenie o zamówieniu było w 9 kwietnia 2019 r., czyli w terminie znacznie poprzedzającym daty z korespondencji mailowej jak wyżej.

Jeżeli chodzi o maile z dnia 19 czerwca 2019 r. i dnia 16 lipca 2019 r., to mogą one jedynie dowodzić, że Przystępujący nie miał żadnej zgody umieszczenie danych osobowych P. R. w wykazie osób przeznaczonych do realizacji zamówienia, skoro osoby te nie zajęły jakiegokolwiek stanowiska w tej sprawie.

Według Izby – również okoliczności kontaktowania się pracowników Odwołującego z osobami wymienionymi w wykazie, na które w swoim oświadczeniu powołał się I. M. nie mają żadnego znaczenia dla oceny przesłanki lekkomyślności przy zadeklarowaniu posiadanego zasobu i udziału osób w realizacji zamówienia.

Z tych wszystkich przyczyn Izba uznała, że Zamawiający został wprowadzony przez Przystępującego w błąd co do okoliczności posiadanego zasobu, którego nie był w stanie zagwarantować.

To wprowadzenie w błąd Zamawiającego nie było pierwszym przypadkiem Przystępującego, który w piśmie z dnia 9 września 2019r. poddał się już procedurze samooczyszczenia w innym zakresie, informując Zamawiającego, iż powziął informacje mogące skutkować wykluczeniem go z postępowania.

Jednocześnie, zdaniem Izby – zadeklarowane w powyższym piśmie przez Przystępującego środki zaradcze okazały się niewystarczające, skoro nie wyszły na jaw okoliczności braku zabezpieczenia zgody osób zainteresowanych na udział w realizacji przedmiotu zamówienia.

Te wszystkie okoliczności faktyczne, doprowadziły Izbę do wniosku, że zastosowanie w tej sprawie powinien mieć przepis art.24 ust.1 pkt 17 ustawy 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.

Według zapatrywania Izby - taka sytuacja jak opisana w cyt. wyżej przepisie prawa zachodziła, bowiem Przystępujący w przedmiotowym przetargu złożył oświadczenie wprowadzające Zamawiającego w błąd, co do okoliczności związanych z deklaracją dysponowania osobą dedykowaną do realizacji zamówienia, podczas gdy taka osoba w ogóle nie wyraziła zainteresowania współpracą z Przystępującym.

Omówione powyżej dowody przedstawione przez Odwołującą i Przystępującego potwierdzają brak należytej staranności tego drugiego wykonawcy przy organizacji przedsięwzięcia gospodarczego.

Dodatkowo, Izba rozpoznając przedmiotową sprawę wzięła pod uwagę przepis art. 355 § 2 kodeksu cywilnego, który stanowi, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalność i gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

Za konkretny, minimalny miernik starannego działania Przystępującego na tle tej sprawy, należało uznać, obowiązek uzyskania przez niego co najmniej stanowczego i

wyraźnego oświadczenia woli osób, które mają brać udział w realizacji umowy stanowiącego zgodę na umieszczenie ich danych osobowych w wykazie osób, a także zgodę na dysponowanie tymi osobami oraz zgodę na ich udział w realizacji przedmiotowego zamówienia.

Przystępujący mógł również posłużyć się podwyższonym miernikiem staranności działania zawierając umowę z zainteresowanymi osobami, która przewiduje elementy przedmiotowo istotne.

Mając to na uwadze, Izba stanęła na stanowisku, że nie zachowanie powyższych aktów staranności, w całej rozciągłości przenosi na wykonawcę ciężar ryzyka związanego z trudnością wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, a także może potwierdzać okoliczność lekkomyślnego przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego.

Ostatecznie, Izba uznała, że informacje z wykazu osób miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w omawianym przypadku brak zastrzeżeń do nich spowodował, że doszło do wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który przedstawił niesprawdzone i nieprawdziwe informacje.

Taki stan rzeczy jest niezadowolający z punktu widzenia realizacji zadań publicznych przez Zamawiającego, który powinien dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który gwarantuje i zapewnia sprawdzony personel do realizacji przedmiotu zamówienia.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.192 ust.2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....