

Sygn. akt: KIO 925/21

WYROK
z dnia 17 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2021 r. przez wykonawcę **HIGHWAY Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez **Pomorską Kolej Metropolitalną S.A. z siedzibą w Gdańsku**

przy udziale:

- A. wykonawcy **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;
- B. wykonawcy **Ośrodek Badawczy Ekonomiki Transportu Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę **HIGHWAY Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę **HIGHWAY Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego - wykonawcy **HIGHWAY Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** na rzecz Zamawiającego - **Pomorskiej Kolei Metropolitalnej S.A. z siedzibą w Gdańsku** kwotę 3 900 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Pomorska Kolej Metropolitalna S.A. z siedzibą w Gdańsku [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *opracowanie studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowego wraz z elementami studium wykonalności dla projektu pn. „Pomorska Kolej Metropolitalna, etap II: Rozwój infrastruktury transportowej w południowej części Obszaru Metropolitalnego Gdańsk – Gdynia – Sopot, w powiązaniu z regionalną siecią kolejową Województwa Pomorskiego”* (znak postępowania: PKM/DO/SP/350/11/20).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 255-643192.

Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”].

Mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2021 r., do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) [dalej „ustawa nPzp”].

W dniu 22 marca 2021 r. wykonawca HIGHWAY Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 92 ust. 1 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „TPF”] jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu;
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy TPF, pomimo iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp pomimo, iż wykonawca Ośrodek Badawczy Ekonomiki Transportu sp. z o.o. [dalej „OBET”] nie spełnił warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;

4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert;
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. ponowną ocenę ofert;
4. wykluczenie z postępowania wykonawcy TPF oraz wykonawcy OBET;
5. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy TPF, pomimo iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego

Odwołujący wskazał na postanowienia rozdziału V pkt 1 ppkt 1.2.1 oraz 1.2.2 SIWZ dotyczące warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Odwołujący kwestionował doświadczenie p. W. K. wskazanego przez wykonawcę TPF na stanowisko Kierownika Projektu/Koordynatora Projektu. Uzasadniał, że podczas weryfikacji złożonego przez wykonawcę TPF wykazu osób, w zakresie doświadczenia osób wskazanych do realizacji zadania odkrył niezgodności przedstawionego doświadczenia ze stanem faktycznym. W ocenie Odwołującego, Wykonawca TPF przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, tzn. informacje podane przez wykonawcę TPF odnośnie p. W. K. dotyczące jego doświadczenia jako Kierownika Projektu (Koordynatora Projektu) w projekcie pn.: „*Opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektu „Prace na liniach kolejowych 18, 203 na odcinku Bydgoszcz - Piła - Krzyż - Gorzów Wlkp, - Kostrzyn wraz z elektryfikacją odcinka Piła – Kostrzyn”* oraz w ramach projektu pn.: „*Opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektu pn.: „Prace na linii E 75 na odcinku Białystok - Suwałki - Trakiszki (granica państwa), etap II odcinek Ełk -Trakiszki (granica państwa)”*”, są niezgodne z rzeczywistością, albowiem p. W. K. nie pełnił w ramach tych zadań (projektów) funkcji Koordynatora/Kierownika Projektu.

Odwołujący wskazał, że na etapie postępowania przetargowego prowadzonego przez

PKP PLK S.A., wskazany został przez wykonawcę TPF na stanowisko Kierownika Projektu (w obydwóch postępowaniach) p. J. Z., który spełniał postawione przez PKP PLK S.A. wymagania wobec osoby mającej pełnić funkcję Kierownika Projektu, natomiast w trakcie realizacji zamówienia przez TPF po uprzedniej akceptacji ze strony Zamawiającego tj. PKP PLK S.A. funkcję tą (Kierownika Projektu) objęła p. A. Ż. . Odwołujący wskazał, że spółka działająca pod firmą Infra - Centrum Doradztwa sp. z o.o., której wspólnikami są p. A. Ż. oraz p. J. Z., realizowała jako podwykonawca wykonawcy TPF w całym okresie realizacji zamówienia znaczącą część obydwu zamówień, zaś p. A. Ż. przez cały okres realizacji zamówienia przez wykonawcę TPF, pełniła funkcję Koordynatora Projektu (w ramach obydwu projektów). Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wskazał, że p. W. K., którego wskazał wykonawca TPF w Wykazie osób do pełnienia funkcji Kierownika Projektu, nie mógł pełnić tej funkcji. Ponadto osoba ta nie mogłaby nawet zostać zaakceptowana przez zamawiającego na funkcję koordynatora projektu z uwagi na brak wymaganego doświadczenia. Powyższe informacje niezgodne z rzeczywistością stanowią informacje wprowadzające w błąd zamawiającego - wywołują bowiem błędne przekonanie o rzeczywistym stanie rzeczy, tj. o występowaniu okoliczności faktycznych potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że wykonawca TPF winien podlegać wykluczeniu, gdyż w sposób oczywisty (intencjonalny) wprowadził Zamawiającego w błąd - poprzez podanie informacji dotyczących Koordynatora Projektu, które są całkowicie nieprawdziwe.

Przekazanie informacji nie mających potwierdzenia w faktach, a które mogą wpływać na decyzje Zamawiającego lub zostały podane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu skutkuje obowiązkiem wykluczenia takiego wykonawcy. Odnosząc się do przesłanek wykluczenia - Odwołujący wskazał, 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 zmaterializowała się przesłanka wykluczenia z postępowania. W tym miejscu Odwołujący wskazał na wyrok KIO z dnia 27 marca 2018 r., sygn. akt KIO 444/18. W ocenie Odwołującego, za takie informacje należy zakwalifikować informacje podane przez wykonawcę TPF w Wykazie osób przy osobie mającej pełnić funkcję Kierownika (koordynatora) Projektu.

Odwołujący wskazał, że odnośnie zawinienia po stronie wykonawcy TPF, wystarczające jest, aby podanie nieprawdziwych informacji było skutkiem lekkomyślności lub niedbalstwa, a ten poziom winy z całą pewnością zaistniał po stronie wykonawcy TPF, który

działa przecież jako podmiot profesjonalny, a przedmiotowe postępowanie nie jest pierwszym postępowaniem w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w którym wykonawca TPF bierze udział.

W zakresie możliwości wykluczania wykonawców w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp odnośnie do doświadczenia osób wskazywanych przez wykonawcę, które to doświadczenie nie ma pokrycia w rzeczywistości było przedmiotem badania przez Krajową Izbę Odwoławczą, Izba uznawała za słuszne dokonywanie wykluczenia w takich sytuacjach, co znalazło potwierdzenie w następujących wyrokach: wyrok z dnia 4 września 2020 r. sygn. akt: KIO 1938/20, wyrok z dnia 13 lutego 2018 r. sygn. akt: KIO 185/18, wyrok z dnia 15 marca 2018 r. sygn. akt: KIO 380/18, wyrok z dnia 9 kwietnia 2018 r. sygn. akt: KIO 531/18.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca TPF przedstawiając wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego - które potwierdzać miały spełnianie przez wykonawcę TPF warunków udziału w postępowaniu - wprowadził Zamawiającego w błąd, mający wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, wobec czego wykonawca TPF podlega wykluczeniu z postępowania.

Warunkiem uznania zaistnienia podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp nie jest bowiem stwierdzenie, iż w danym przypadku faktycznie doszło do wprowadzenia w błąd Zamawiającego, lecz wystarczające jest, aby taki skutek mógł zostać wywołany wskutek przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnych z rzeczywistością, a dokonane wskutek lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu przedstawienie przez wykonawcę TPF informacji wprowadzających w błąd zamawiającego było przez tego wykonawcę zawinione. W odniesieniu do informacji dotyczących p. W. K. nie można mówić o błędnej interpretacji treści warunku, tak uzasadnionej jak i nieuzasadnionej jego treścią, spowodowanej niejasnym sformułowaniem treści postanowienia SIWZ przez zamawiającego. Odwołujący wskazuje, że to nie działania Zamawiającego spowodowały przedstawienie niezgodnych z rzeczywistością informacji przez wykonawcę TPF. Działanie wykonawcy TPF, nie znajduje usprawiedliwienia w treści warunku, należy zatem uznać, iż przedstawienie niezgodnych z rzeczywistością informacji nastąpiło co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa tego wykonawcy. Wymaga zauważenia, iż na gruncie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie jest konieczne szczegółowe wykazywanie stopnia winy, skoro przesłanka zawinienia na gruncie tej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania jest bardzo szeroka - wystarczające jest stwierdzenie zwykłego niedbalstwa. Stosując wnioskowanie „*a minori ad maius*” należy uznać, iż ww. podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania będzie mieć zastosowanie także w przypadku występowania

wyższego stopnia zawinienia niż wprost wskazany w tej regulacji.

Podsumowując, jak wynika z ustaleń faktycznych przedstawionych we wcześniejszej części odwołania: - wykonawca TPF przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego; informacje wprowadzające w błąd zamawiającego zostały przedstawione przez wykonawcę TPF co najmniej w wyniku lekkomyślności albo niedbalstwa. Ponadto w ocenie Odwołującego, informacje te należy uznać za mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jako że odnosiły się do spełniania warunku udziału w postępowaniu, tj. kwestii mającej podstawowe znaczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - w tym w kontekście wyniku tego postępowania (ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą i nie może zostać ona wybrana jako oferta najkorzystniejsza w postępowaniu). Zostały zatem spełnione wszystkie przesłanki składające się na podstawę wykluczenia wykonawcy TPF z postępowania wskazaną w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Na zakończenie Odwołujący wskazał, że w przypadku wystąpienia ww. podstawy wykluczenia z postępowania przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania (tak np. Izba w wyroku z dnia 7 marca 2019 r., KIO 271/19.) Podobnie przepis art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, gdyż zastosowanie instytucji ustanowionej tym przepisem nie może mieć miejsca w odniesieniu do zdarzeń, które wystąpiły w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy TPF z postępowania, a zatem postawione w tym zakresie zarzuty odwołania należy uznać za zasadne.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp - w zakresie wykonawcy OBET

Odwołujący wskazał, że Zamawiający miał podstawy do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i tym samym wykluczenia OBET z postępowania ze względu na brak spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności z uwagi na fakt, iż oferta OBET zawierała sprzeczne oświadczenia w zakresie powoływania się na doświadczenia podmiotów trzecich. Zgodnie z oświadczeniem zawartym w JEDZ zawartymi w sekcji D (informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega) spółka Torprojekt sp. z o.o. będzie podwykonawcą OBET, na którego zdolności OBET nie będzie polegał w celu spełniania warunków przedmiotowego postępowania. Jednocześnie zgodnie z ofertą OBET spółka Torprojekt sp. z o.o. została wskazana wprost jako podmiot trzeci, na którego wykazując zdolności technicznej lub zawodowych OBET zamierza polegać (w celu spełniania warunków przedmiotowego postępowania).

Odwołujący zauważył, że zgodnie z poglądami doktryny weryfikacja prawdziwości informacji podanych w JEDZ łączyć się będzie również z możliwością zastosowania wobec

wykonawców składających nieprawdziwych oświadczeń określonych sankcji określonych w przepisach prawa krajowego. Na gruncie ustawy PZP warto w tym względzie w szczególności wymienić dwie, przewidziane w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, przesłanki wykluczenia z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji, tj. wykluczenie wykonawcy, „który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów” (art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.), oraz wykonawcy, „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” (art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.) [por. I. Skubiszak-Kalinowska [w:] E. Wiktorowska, I. Skubiszak-Kalinowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2020, art. 25(a).]

Warto również zaznaczyć, że zgodnie z orzecznictwem KIO odformalizowanie postępowania, nie polega na tym, że nie podaje się informacji, bądź podaje się jakiegokolwiek informacje, lecz na tym polega odformalizowanie procedury, że na etapie składania JEDZ wykonawca zobowiązany jest do jasnego, precyzyjnego przedstawienia informacji, których ocena pozwoli na sprawdzenie zdolności wykonawcy i spełnienia przez niego warunków. Nie zmienia się bowiem sposób oceny i weryfikacji zdolności wykonawców, wszyscy muszą wykazać się spełnieniem warunków oraz w tym zakresie przedstawić stosowne zobowiązania w JEDZ, czyli JEDZ jest dokumentem kategorięcznym jeżeli chodzi o wagę oświadczeń i informacji jakie wykonawca przedstawia za jego pomocą.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie sprostął obowiązkowi wynikającym z ustawy Pzp i nie dokonał weryfikacji oferty OBET, ani też nie zastosował jedynej możliwej w takiej sytuacji sankcji - nie wykluczył OBET z postępowania w trybie art. 24 ust. 1 pkt 12 lub art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 maja 2021 r. wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości;
2. zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z przedstawionymi rachunkami/fakturami;
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu na wykazanie faktów tamże wskazanych.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1 i 2 *petitum* odwołania Zamawiający wskazał, iż Odwołujący podnosząc zarzuty wobec czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej oraz zaniechania wykluczenia z postępowania przez Zamawiającego wykonawcy składającego tę ofertę, opiera powołane zarzuty na twierdzeniu, że w ramach umów realizowanych przez wykonawcę TPF:

- nr 60/039/0022/17/Z/I z dnia 29.12.2017 r. na opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektu „Prace na linii E 75 na odcinku Białystok Suwałki - Trakiszki (granica państwa), etap II odcinek Ełk - Trakiszki (granica państwa)” (dalej: „Projekt PKP PLK I”) oraz

- nr 60/039/003/18/Z/I z dnia 29.01.2018 r. na opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektu pn. „Prace na liniach kolejowych 18 i 203 na odcinku Bydgoszcz - Piła - Krzyż - Gorzów Wlkp. - Kostrzyn wraz z elektryfikacją odcinka Piła - Kostrzyn” (dalej: „Projekt PKP PLK II”),

pan W. K. nie mógł pełnić funkcji Koordynatora Projektu, bowiem funkcje te pełnił pan J. Z. i/lub Pani A. Ż., przedstawiając na dowód powyższego pisma zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., z których wynika, że wskazane powyżej osoby zaakceptowane przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. do pełnienia tej funkcji. Zamawiający faktu pełnienia przez Pana J. Z. i/lub Panią A. Ż. w ramach Projektu PKP PLK I i/lub Projektu PKP PLK II funkcji Koordynatora Projektu nie kwestionuje, jednakże wskazuje, że są to fakty niemające żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, bowiem Zamawiający nie wymagał, aby wykonawca wykazał, że w trakcie realizacji zamówienia będzie dysponował osobami, które w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełniły kontraktowe funkcje Koordynatorów Projektu.

Zamawiający w rozdziale V pkt 1.2.2. SIWZ określił wymagania wobec doświadczenia, jakim legitymować winna się osoba, która będzie w ramach objętego odwołaniem zamówienia wykonywać funkcję Kierownika Projektu lub Koordynatora Projektu, zaś w żadnym wypadku nie wymagał, aby osoba ta wykazała się tym, że pełniła kontraktową (nazwaną) funkcję Koordynatora Projektu lub Kierownika Projektu. Powyższe Zamawiający uzasadniał tym, że decydujące znaczenie dla Zamawiającego ma rzeczywiście zdobyte doświadczenie przez osoby, którymi posługiwać się będzie wykonawca przy realizacji zamówienia, nie zaś tytułatura, pod którą może kryć się zgoła odmienny zakres czynności, w stosunku do tych, które dla Zamawiającego mają istotne znaczenie.

Zamawiający wskazał, iż badając załącznik nr 5 do SIWZ (wykaz osób) złożony przez TPF nie powziął uzasadnionych wątpliwości w przedmiocie tego, że oświadczenia złożone przez wykonawcę w jakimkolwiek zakresie mogą być nieprawdziwe - nie miał ku temu zresztą żadnych podstaw. Wobec powyższego, Zamawiający pismem z dnia 11 marca 2021

r. poinformował wykonawców w postępowaniu o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy TPF.

Zamawiający wskazał, iż wobec wniesionego w niniejszym postępowaniu odwołania, pismem z dnia 24 marca 2021 r. zwrócił się do wykonawcy TPF z prośbą o potwierdzenie prawidłowości oświadczenia wykonawcy dot. doświadczenia Pana W. K. zdobytego w ramach Projektu PKP PLK I i Projektu PKP PLK II.

W odpowiedzi wykonawca TPF przekazał Zamawiającemu obszernie wyjaśnienia oraz dowody na poparcie tego, że Pan W. K., jako przedstawiciel wykonawcy TPF w ramach Projektu PKP PLK I i Projektu PKP PLK II zdobył wymagane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu doświadczenie. Wyjaśnienia Wykonawcy TPF sp. z o.o. są spójne, logiczne i poparte stosownymi dowodami, a przede wszystkim odnoszą się do postanowień SIWZ (wymagań Zamawiającego), zatem Zamawiający uznał, że zasługują one na wiarę w całości.

Zamawiający wskazał w szczególności na to, że z przekazanej przez wykonawcę TPF korespondencji roboczej z okresu realizacji ww. Projektów wynika w sposób wyraźny, że Pan W. K. kierował pracami zespołu wykonującego przez TPF opracowania w ramach Projektu PKP PLK I i Projektu PKP PLK II. Odwołując się do językowego znaczenia sformułowania „kierować”, zgodnie z internetowym Słownikiem Języka Polskiego oznacza ono «zarządzać kimś, czymś, stać na czele czegoś lub wskazywać komuś sposób postępowania». I tak, wykonawca TPF przekazał Zamawiającemu korespondencję, z której wynika, że Pan W. K. wskazywał innym członkom zespołu projektowego sposób postępowania, a Ci zaś jego polecenia wypełniali, czego przejawem są chociażby polecenia:

„Zwracam się do wszystkich Państwa o wyjątkowe zaangażowanie w poprawę tej wersji dokumentacji. Zostało zgłoszonych około 110 uwag. Bardzo proszę o wyeliminowanie a przynajmniej stanowczą próbę wyeliminowania ich wszystkich. Wyłącznie przy tej wersji przysługuje nam aż 14 dni kalendarzowych na poprawę dokumentacji. Powinniśmy ten moment wykorzystać i zakończyć Etap. Prośba też o możliwie szybkie przesłanie ewentualnych korekt do kosztorysu aby Pan J. (kosztorysant) miał komfort czasowy na wprowadzenie zmian. Uprzejma prośba także o zachowanie wysokiej estetyki opracowania.”
- mail z dnia 9 maja 2019 r.;

„Poniżej przesyłam ustalenia ze spotkania z UG Bogdaniec z dnia 29.05.2019 r. (...). Była także globalna uwaga do proponowanej konstrukcji nawierzchni aby projektować bitumiczną. Gmina nie chciała by dróg o nawierzchni z kruszywa łamanego. Proponowali drogę ułożoną z płyt betonowych - podobno jest to niedrogi rozwiązanie. Uwaga dotycząca dróg równoległych (ich usytuowania) tyczy się całego projektu. Na podstawie

powyższych ustaleń należy sporządzić notatkę oraz wstępne porozumienie uzupełnione o te rozwiązania. Oba dokumenty w wersji edytowalnej należy przesłać do UG. W załączeniu przesyłam skan listy obecności ze spotkania. Proszę o zamieszczanie wszystkich materiałów, notatek itd. Na serwerze FTP.” - mail z dnia 30 maja 2019 r.;

-, w załączeniu przesyłam otrzymane uwagi do 3 wersji Etapu IV otrzymane przed chwilą od Zamawiającego. Proszę o przekazanie stanowiska do Uwag maksymalnie do (...). Do końca dnia jutrzejszego zostaną przekazane układy torowe skorygowane o niniejsze uwagi. W związku z tym proszę o przekazanie plików odniesienia do planu sytuacyjnego, plików do schematu wielobranżowego, wsadów do szacunku kosztów najpóźniej do (...)” - mail z dnia 23 lipca 2019 r.;

- „Witam, proszę do końca dnia jutrzejszego przekazać Zamawiającemu stanowisko do uwag w trybie formalnym” - mail z dnia 28 listopada 2019 r.;

- „Proszę o dostarczenie opracowania papierowego do Zamawiającego zgodnie z poniższym wezwaniem.” - mail z dnia 25 czerwca 2020 r.

Zamawiający podał, iż nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że Pan W. K. pełnił w strukturze TPF funkcję Kierownika Projektu, zaś z dokumentów potwierdzających przydzielony mu zakres obowiązków wynika, że koordynował on działania pracodawcy, podwykonawców oraz zespołów ekspertów realizujących zlecenia klientów pracodawcy. Pan W. K. podejmował działania w celu zapewnienia wykonania wszystkich zobowiązań kontraktowych pracodawcy, a w przypadku stwierdzenia odchylenia lub zagrożenia odchylenia od powyższego celu, zobowiązany był do podejmowania niezbędnych działań zaradczych. Przede wszystkim jednak, Pan W. K. koordynował wielobranżowo projekty realizowane przez pracodawcę, organizował i prowadził spotkania koordynacyjne w ramach realizowanych projektów, współpracował z innymi pracownikami oraz klientami, prowadził korespondencję oraz zarządzał informacją związaną z projektami - co wprost stanowi o wykonywaniu czynności, w ramach których nabywał doświadczenie wymagane w niniejszym zamówieniu.

Ponadto, Pan W. K. był umocowany przez TPF do samodzielnego zastępowania TPF we wszystkich czynnościach związanych z realizacją Projektu PKP PLK I oraz Projektu PKP PLIK II, jak również do wykonywania wszelkich czynności, według własnego uznania, jakie były niezbędne dla bieżącej obsługi obu kontraktów.

Zamawiający wskazał, iż „istotą doświadczenia jest nabywanie go w wyniku powtarzającego się wykonywania określonych czynności, co odpowiada definicji tego pojęcia. Mianem doświadczenia określa się bowiem ogół wiadomości umiejętności zdobytych na podstawie obserwacji i własnych przeżyć.” (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 lutego 2020 r., sygn. akt: KIO 190/20). Zatem nie sposób w warunkach

niniejszego postępowania kwestionować fakt, że przedstawiony przez wykonawcę kandydat na stanowisko Kierownika Projektu/Koordynatora Projektu - Pan W. K. - wymagane przez Zamawiającego doświadczenie posiada, skoro wykonawca TPF przedstawił wiarygodne dowody na poparcie tego, zaś Odwołujący w żaden sposób swojego twierdzenia nie dowiódł.

Zamawiający podniósł także, iż ciężar udowodnienia tego, że oświadczenie złożone przez wykonawcę TPF jest nieprawdziwe spoczywa na Odwołującym. Przy czym samo twierdzenie Odwołującego w tym zakresie, bez żadnych dowodów na jego poparcie, nie może stanowić o sprostaniu ciężącym na Odwołującym obowiązku wykazania podnoszonej okoliczności.

Odnośnie zarzutu wskazanego w punkcie 3 *petitum* odwołania Zamawiający podał, że Odwołujący nie wskazał w czym przejawia się naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy Pzp - w jakim działaniu/zaniechaniu Zamawiającego przejawia się zarzucane naruszenie. Odwołujący posłużył się jedynie lakoniczną konstatacją, że OBET nie spełnił warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Niemniej, sięgając do uzasadnienia odwołania, Zamawiający zwracał uwagę, że zarzut dot. oceny oferty wykonawcy OBET podniesiony został, jak się zdaje, z pominięciem faktu, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający zastosował „odwrócony tryb” oceny ofert. Zamawiający zgodnie postanowieniami rozdziału VII pkt 3 SIWZ wskazał, że oceny ofert w niniejszym postępowaniu dokona w ramach procedury odwróconej, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. Zatem Zamawiający zdecydował, że najpierw dokona oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia określonych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie dokona oceny ofert pod kątem kryteriów określonych SIWZ, by finalnie zbadać czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że oferta wykonawcy OBET nie została oceniona jako najkorzystniejsza, zatem Zamawiający nie mógł wykluczyć wykonawcy składającego taką ofertę - wszak brak mu było ku temu podstaw formalnych. Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 6 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 298/18 dotyczący tzw. procedury odwróconej. Stosownie do powyższego, nie sposób uznać, że jakiegokolwiek działania Zamawiającego w powyższym zakresie mogłyby, choćby potencjalnie, być sprzeczne z przepisami, których naruszenie zarzuca Zamawiającemu Odwołujący, zaś zarzut sam - jest przedwczesny.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie uzasadnił postawionego zarzutu. Wobec braku twierdzeń, do których Zamawiający mógłby się merytorycznie odnieść, Zamawiający wskazał, że w części III

uzasadnienia (odpowiedź na zarzut ad. 1 i ad. 2) wyczerpująco uzasadnił, że postulowane przez Odwołującego, jako rzekomo niezgodne z ustawą Pzp, zachowanie Zamawiającego, prowadziłoby do oczywistego naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy nPzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Zamawiający w dniu 23 marca 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcę Ośrodek Badawczy Ekonomiki Transportu Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego odpowiednio w dniu 25 i 26 marca 2021 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę wykonawcy TPF wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami, ofertę wykonawcy OBET oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 11 marca 2021 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 13 maja 2021 r., w tym odpowiedź na odwołanie z załącznikami.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego dowody złożone przez Odwołującego, tj.:

1. wyciąg ze specyfikacji PKP PLK dla zamówienia referencyjnego dotyczącego linii E 75;
2. pismo PKP PLK S.A. z dnia 15.02.2018 r.

3. umowa nr 60/039/0022/17/ZI;
4. pismo TPF Sp. z o.o. z dnia 11.01.2018 r. wraz z zał. nr 1;
5. wydruk ze strony internetowej LinkedIn dot. doświadczenia p. W. K.;
6. wydruk ze strony internetowej LinkedIn dot. doświadczenia p. W. K.;
7. pismo PKP PLK S.A. z dnia 1.03.2018 r.;
8. wyciąg ze specyfikacji PKP PLK S.A. dla zamówienia referencyjnego dotyczące linii 18, 203;
9. pismo TPF z dnia 13.02.2018 r. wraz z zał. nr 1;
10. pismo PKP PLK S.A. z dnia 13.03.2018 r.;
11. wyciąg z projektu umowy dla zamówienia referencyjnego dot. linii 18, 203;
12. korespondencja e-mailowa z 13.01.2020 r. wraz z załącznikiem stanowiącym sprawozdanie tygodniowe nr 106.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy pismo wykonawcy TPF z dnia 11 maja 2021 r. wraz z załącznikami, tj.:

1. pismo PKP PLK S.A. z dnia 13.03.2018 r.;
2. pismo PKP PLK S.A. z dnia 15.02.2018 r.;
3. pełnomocnictwo nr 189/WK/18;
4. pełnomocnictwo nr 190/WK/18;
5. wyciąg z umowy o pracę na czas określony z dnia 28.06.2018 r.;
6. wyciąg z umowy o współpracy z dnia 30.04.2019 r.;
7. protokół ze spotkania Zespołu Negocyjacyjnego z dnia 17.04.2019 r.;
8. sprawozdanie tygodniowe nr 106;
9. e-mail z dnia 25.06.2020 r.;
10. e-mail z dnia 28.11.2019 r.;
11. protokół z Rady Projektowej nr 14 z dnia 06.05.2019 r.;
12. e-mail z dnia 30.05.2019 r.;
13. e-mail z dnia 23.07.2019 r.;
14. e-mail z dnia 09.05.2019 r.;
15. e-mail z dnia 13.05.2021 r. wraz z zał. – protokołem odbioru końcowego z dnia 30.10.2020 r.;
16. e-mail z dnia 13.05.2021 r. wraz z zał. – SIWZ dot. linii E 75;
17. e-mail z dnia 20.01.2020 r. wraz z zał. – skorygowany raport tygodniowy nr 106.

Izba po wysłuchaniu stanowisk Stron i Uczestników – na podstawie art. 541 ustawy nPzp - oddaliła wniosek Odwołującego o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka p. A. Ż. na okoliczność „realizacji przez p. A. Ż. zamówień referencyjnych realizowanych na rzecz PKP PLK na stanowisku Koordynatora Projektu oraz na okoliczność wykazania braku realizacji

zamówień referencyjnych przez osobę wskazaną przez TPF tj. p. W. K. jako Koordynatora Projektu/Kierownika Projektu.”

Zgodnie z art. 541 ustawy nPzp, Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. W ocenie Izby ww. dowód został powołany jedynie dla zwłoki. Okolicznością bezsporną między Stronami postępowania odwoławczego było to, iż p. A. Ż. pełniła funkcję Koordynatora Projektu w ramach zamówień realizowanych na rzecz PKP PLK S.A. dotyczących linii E 75 oraz linii 18,203. Jednocześnie w toku rozprawy Odwołujący nie zakwestionował i nie odniósł się do dowodów złożonych przez TPF przy piśmie procesowym z dnia 11 maja 2021 r. dotyczących zakresu uprawnień/obowiązków p. W. K. przy wykonywaniu referencyjnych zamówień w kontekście postawionego w SIWZ doświadczenia dla osoby dedykowanej na stanowisko Kierownika Projektu/Koordynatora Projektu. Co więcej, Odwołujący nie przedstawił dowodów na to, iż p. A. Ż. kierowała zespołem projektowym. Ponadto w ocenie Izby Odwołujący błędnie wywodził z okoliczności, iż skoro p. A. Ż. pełniła funkcję Koordynatora Projektów w ramach zamówień wykonanych na rzecz PKP PLK S.A., to jednocześnie p. W. . nie mógł pełnić funkcji Kierownika Projektu. Podsumowując, w ocenie Izby, materiał dowodowy zgromadzony w niniejszej sprawie umożliwił rozstrzygnięcie sporu co do istoty, a przeprowadzenie ww. dowodu prowadziłoby do zwłoki w postępowaniu.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem V pkt 1 ppkt 1.2.2 SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykażą, że dysponują lub będą dysponować na etapie realizacji umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego, zdolnymi do wykonania zamówienia osobami, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem, w tym m.in. Kierownikiem Projektu/ Koordynatorem Projektu – 1 osoba posiadającą wykształcenie wyższe oraz która w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert posiada doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który opracował minimum 2 (dwie) koncepcje programowo-przestrzenne lub 2 (dwa) projekty budowlane lub 2 (dwa) studia wykonalności 2 (dwa) studia techniczno-ekonomiczno-środowiskowe dla inwestycji liniowych w zakresie transportu kolejowego.

W rozdziale VII pkt 3 SIWZ Zamawiający poinformował, że w pierwszej kolejności dokona oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 Ustawy Pzp, po czym oferty nie podlegające odrzuceniu zgodnie z art. 24aa Ustawy Pzp zostaną ocenione pod kątem kryteriów określonych w SIWZ, a następnie zbada, czy Wykonawca,

którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 17 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę TPF w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia m.in.: wykazu usług (załącznik nr 4 do SIWZ) oraz wykazu osób (załącznik nr 5 do SIWZ).

Wykonawca TPF pismem z dnia 1 marca 2021 r. złożył m.in. wykaz osób, w którym na stanowisko Kierownika Projektu/Koordynatora Projektu wskazał p. W. K. . Wykonawca wskazał, iż p. W. K. zdobył wymagane przez Zamawiającego na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu doświadczenie będąc Kierownikiem Projektu w latach 08.2018 - 10.2020 w następujących projektach:

- Opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektu „Prace na linii E 75 na odcinku Białystok - Suwałki - Trakiszki (granica państwa)”, etap II odcinek Etk - Trakiszki (granica państwa) - studium wykonalności dla inwestycji liniowych w zakresie transportu kolejowego;
 - Opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektu „Prace na liniach kolejowych 18, 203 na odcinku Bydgoszcz - Piła - Krzyż - Gorzów Wlkp. - Kostrzyn wraz z elektryfikacją odcinka Piła - Kostrzyn” w ramach projektu „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów” - studium wykonalności dla inwestycji liniowych w zakresie transportu kolejowego.
- Powyższe usługi zostały wykonane na rzecz PKP PLK.

W dniu 11 marca 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TPF Sp. z o.o. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy Ośrodek Badawczy Ekonomiki Transportu Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Na miejscu trzecim uplasowała się oferta Odwołującego.

Pismem z dnia 24 marca 2021 r. Zamawiający wystąpił do wykonawcy TPF z prośbą o potwierdzenie wskazanego w ofercie doświadczenia kierownika projektu – p. W. K. .

Pismem z dnia 23 kwietnia 2021 r. wykonawca TPF przedstawił stanowisko oraz materiał dowodowy w zakresie posiadanego przez p. W. K. doświadczenia.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy TPF, pomimo iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Istota sporu sprowadzała się do rozstrzygnięcia kwestii, czy wskazany przez TPF do pełnienia funkcji Kierownika Projektu/Koordynatora Projektu p. W. K. posiadał wymagane przez Zamawiającego doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który opracował minimum 2 (dwie) koncepcje programowo-przestrzenne lub 2 (dwa) projekty budowlane lub 2 (dwa) studia wykonalności 2 (dwa) studia techniczno-ekonomiczno-środowiskowe dla inwestycji liniowych w zakresie transportu kolejowego.

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. Izba wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej możliwe jest w przypadku łącznego wystąpienia okoliczności, o których mowa w tej regulacji. Powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania znajdzie zatem zastosowanie, jeżeli wykonawcy będzie można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania.

Z kolei pod pojęciem „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego”, o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego zamawiającego. Jednocześnie podkreślić należy, iż w świetle ww. przepisu wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Ponadto do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty.

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy nie zostały spełnione przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp warunkujące wykluczenie wykonawcy TPF z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Rozpoznając ww. zarzut w granicach wyznaczonych treścią odwołania w pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż Zamawiający w ramach warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.2.2 SIWZ nie wymagał, aby wykonawca dysponował osobami, które posiadały doświadczenie w pełnieniu określonej (nazwanej) funkcji, tj. Koordynatora Projektu/Kierownika Projektu, a jedynie oczekiwał, aby osoba dedykowana na ww. stanowisko – podczas realizacji niniejszego zamówienia - posiadała stosowne doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który opracował wskazane w SIWZ dokumenty. Powyższe Zamawiający uzasadniał tym, że decydujące znaczenie ma rzeczywiście zdobyte doświadczenie przez osoby, którymi posługiwać się będzie wykonawca przy realizacji zamówienia, nie zaś tytułatura, pod którą może kryć się zgoła odmienny zakres czynności, w stosunku do tych, które dla Zamawiającego mają istotne znaczenie. A zatem ocena, czy osoba dedykowana przez wykonawcę na Koordynatora Projektu/Kierownika Projektu do pełnienia w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu, czy też nie, winna nastąpić przez pryzmat jej faktycznego doświadczenia (zakresu obowiązków lub uprawnień) przy realizacji zamówień referencyjnych. W tym miejscu dostrzec należy, iż Zamawiający nie uszczegółowił w ramach postawionego warunku udziału w postępowaniu, jaki zakresem czynności/obowiązków/uprawnień winna legitymować się osoba dedykowana na rzeczony stanowisko, aby posiadane przez nią doświadczenie „w kierowaniu zespołem projektowym” spełniało wymogi SIWZ. Z treści ww. warunku udziału w postępowaniu nie wynika też, iż osoba dedykowana na ww. stanowisko miała posiadać doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym niejako „od początku do końca” opracowania stosownego dokumentu dla inwestycji liniowych w zakresie transportu kolejowego.

Następnie Izba stwierdza, iż wykonawca TPF w złożonym wykazie osób (załącznik nr 5 do SIWZ) nie oświadczył, że p. W. K. posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji „Koordynatora Projektu” w ramach zamówień referencyjnych wykonanych na rzecz PKP PLK S.A. Poza sporem między Stronami postępowania odwoławczego była również okoliczność, iż p. W. K. zajmuje od sierpnia 2018 r. w strukturze TPF stanowisko Kierownika projektu, co potwierdzają dowody złożone przez TPF (umowa o pracę na czas określony zawarta w dniu 28 czerwca 2018 r.). Dalej zauważyć należy, iż bezsporna między Stronami postępowania odwoławczego była okoliczność, że początkowo p. J. Z. a następnie p. A. Ż. (pracownicy Infra – Centrum Doradztwa Sp. z o.o. będącej podwykonawcą TPF Sp. z o.o. przy realizacji zamówień na rzecz PKP PLK) pełniły na projektach referencyjnych funkcję Koordynatora Projektu, co potwierdzają złożone przez Odwołującego pisma PKP PLK z dnia 13 marca 2018 r. oraz z dnia 15 lutego 2018 r. W ocenie Izby okoliczność, że p. A. Ż. była Koordynatorem Projektów wykonanych na rzecz PKP PLK nie podważa tego, iż

kierownikiem obu projektów z ramienia wykonawcy TPF posiadającym stosowne doświadczenie był p. W. K. .

Kolejno Izba stwierdza, iż odwołujący się Wykonawca nie zakwestionował dowodów złożonych przez TPF przy piśmie procesowym z dnia 11 maja 2021 r. wskazujących na doświadczenie p. W. K. w kierowaniu zespołem projektowym przy wykonywaniu referencyjnych zamówień (dowód nr 9, 10, 12, 13, 14). Z załączonej do pisma procesowego TPF korespondencji elektronicznej wynika, że p. W. K. wskazywał innym członkom zespołu projektowego sposób postępowania, czego przejawem są chociażby polecenia o treści: „Zwracam się do wszystkich Państwa o wyjątkowe zaangażowanie w poprawę tej wersji dokumentacji. Zostało zgłoszonych około 110 uwag. Bardzo proszę o wyeliminowanie a przynajmniej stanowczą próbę wyeliminowania ich wszystkich. Wyłącznie przy tej wersji przysługuje nam aż 14 dni kalendarzowych na poprawę dokumentacji. Powinniśmy ten moment wykorzystać i zakończyć Etap. Prośba też o możliwie szybkie przesłanie ewentualnych korekt do kosztorysu aby Pan J. (kosztorysant) miał komfort czasowy na wprowadzenie zmian. Uprzejma prośba także o zachowanie wysokiej estetyki opracowania.” e - mail z dnia 9 maja 2019 r., czy „Poniżej przesyłam ustalenia ze spotkania z UG Bogdaniec z dnia 29.05.2019 r. (...). Była także globalna uwaga do proponowanej konstrukcji nawierzchni aby projektować bitumiczną. Gmina nie chciała by dróg o nawierzchni z kruszywa łamanego. Proponowali drogę ułożoną z płyt betonowych - podobno jest to niedrogie rozwiązanie. Uwaga dotycząca dróg równoległych (ich usytuowania) tyczy się całego projektu. Na podstawie powyższych ustaleń należy sporządzić notatkę oraz wstępne porozumienie uzupełnione o te rozwiązania. Oba dokumenty w wersji edytowalnej należy przesłać do UG. W załączeniu przesyłam skan listy obecności ze spotkania. Proszę o zamieszczanie wszystkich materiałów, notatek itd. Na serwerze FTP.” – e - mail z dnia 30 maja 2019 r., czy „w załączeniu przesyłam otrzymane uwagi do 3 wersji Etapu IV otrzymane przed chwilą od Zamawiającego. Proszę o przekazanie stanowiska do Uwag maksymalnie do (...). Do końca dnia jutrzejszego zostaną przekazane układy torowe skorygowane o niniejsze uwagi. W związku z tym proszę o przekazanie plików odniesienia do planu sytuacyjnego, plików do schematu wielobranżowego, wsadów do szacunku kosztów najpóźniej w poniedziałek (29.07.2019 r.) do godziny 15. Resztę opracowania proszę przekazać najpóźniej we wtorek (30.07.2019 r.) do godziny 15 (...).” – e - mail z dnia 23 lipca 2019 r., czy też „Witam, proszę do końca dnia jutrzejszego przekazać Zamawiającemu stanowisko do uwag w trybie formalnym” – e - mail z dnia 28 listopada 2019 r., czy „Proszę o dostarczenie opracowania papierowego do Zamawiającego zgodnie z poniższym wezwaniem.” – e - mail z dnia 25 czerwca 2020 r.

W toku rozprawy przed Izbą Odwołujący nie zakwestionował także zakresu obowiązków wynikającego z umowy o pracę zawartej przez TPF z p. W. K. w dniu 28 czerwca 2018 r. oraz umowy o współpracy nr 01/INF/WK/2019 (dowód nr 5 i 6 przy piśmie procesowym TPF), jak i zakresu pełnomocnictw nr 189/WK/18 oraz nr 189/WK/18 (dowód nr 3 i 4 przy piśmie procesowym TPF).

I tak wskazać należy, że jak wynika z § 3 umowy o pracę, do obowiązków p. W. K. należało m.in. pełnienie roli przedstawiciela Pracodawcy w zakresie wynikającym z udzielonych przez Pracodawcę pełnomocnictw i reprezentowanie Pracodawcy wobec jej klientów i zespołów ekspertów realizujących zlecenia Pracodawcy, koordynacja działań Pracodawcy, Podwykonawców oraz zespołów ekspertów realizujących zlecenia klientów Pracodawcy, podejmowanie adekwatnych działań w celu zapewnienia wykonania wszystkich zobowiązań kontraktowych Pracodawcy, a w przypadku stwierdzenia odchylenia lub zagrożenia odchylenia od powyższego celu, także niezbędnych działań zaradczych w celu zapobiegania niepowodzeniom, koordynacja wielobranżowa Projektów realizowanych przez Pracodawcę, czy wykonywanie innych prac związanych z prawidłową realizacją projektów oraz innych czynności i prac zleconych przez Pracodawcę. Jednocześnie w dniu 30 kwietnia 2019 r. na mocy umowy o współpracy pomiędzy TPF a p. W. K. zakres obowiązków tej osoby został rozszerzony w § 2 pkt 2b) o nadzór nad Działem Infrastruktury w części dotyczącej projektowania w branży kolejowej.

Izba wskazuje, iż z dowodów nr 3 i 4 złożonych przez TPF wynika także, iż p. W. K. został umocowany przez TPF do samodzielnego wykonywania wszystkich czynności, w tym wszelkich czynności kontrolnych związanych z realizacją projektu „Prace na liniach kolejowych 18, 203 na odcinku Bydgoszcz – Piła – Krzyż – Gorzów Wlkp. – Kostrzyn wraz z elektryfikacją odcinka Piła – Kostrzyn” oraz „Prace na linii E75 na odcinku Białystok – Suwałki – Trakiszki (granica państwa), etap II odcinek Ełk – Trakiszki (granica państwa)”. Pan W. K. na mocy udzielonych pełnomocnictw był również upoważniony do wykonywania wszelkich czynności, według własnego uznania, jakie były niezbędne dla bieżącej obsługi obu kontraktów.

Co więcej, z dowodów przedłożonych przez TPF (nr 7 i 11 przy piśmie procesowym z dnia 11 maja 2021 r.) wynika, iż p. W. K. brał udział w spotkaniu Zespołu Negocyjnego dotyczącego prac na linii E75 z dnia 17 kwietnia 2019 r. oraz w Radzie Projektowej nr 14 z dnia 6 maja 2019 r. dotyczącej prac na linii 18, 203. W obydwu ww. dokumentach p. W. K. figurował jako Kierownik Projektu TPF.

Oceny Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie zmienił sporny (jako jedyny) dowód ze sprawozdania tygodniowego nr 106 za okres 6.01.2020 – 12.01.2020 r. przedstawiony zarówno przez Odwołującego, jak i Przystępującego TPF. Ww. dokumenty

różniły się podpisem osoby, która sporządziła przedmiotowy dokument (Odwołujący złożył ww. sprawozdanie z podpisem p. A. Ż., a Przystępujący TPF przedstawił ww. sprawozdanie z podpisem p. W. K.), inna była także treść obu raportów. Izba, wobec braku twierdzeń przeciwnych ze strony Odwołującego, za wiarygodne uznała stanowisko wykonawcy TPF, który w toku rozprawy wyjaśnił, że „prawdopodobnie było tak, że p. A. Ż. przygotowała projekt raportu, Zamawiający go nie zaakceptował, a następnie raport został poprawiony przez p. W. K. i według wiedzy Przystępującego przyjęty w takim kształcie przez Zamawiającego.” Powyższe stanowisko wykonawcy TPF znajduje potwierdzenie w chronologii czasowej. Wskazać należy, iż przedłożone przez Odwołującego sprawozdanie nr 106 zawiera e-mail p. A. Ż. z dnia 13 stycznia 2020 r., podczas gdy przedłożony przez Przystępującego TPF dowód zawiera e-mail z dnia 20 stycznia 2020 r. skierowany do PKP PLK, w którym p. W. K. przesyła skorygowany raport tygodniowy nr 106.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż Odwołujący nie podważył prawdziwości oświadczenia wykonawcy TPF dotyczącego doświadczenia p. W. K. w kierowaniu zespołem projektowym przy realizacji kontraktów wykonanych na rzecz PKP PLK. Odwołujący nie podważył dowodów złożonych przez TPF przy piśmie procesowym z dnia 11 maja 2021 r., które szczegółowo zostały omówione powyżej, przez co w konsekwencji nie udźwignął ciężącego na nim obowiązku dowodowego wynikającego z art. 534 ust. 1 ustawy nPzp. Dowody złożone przez Odwołującego nie wniosły nic do sprawy, w szczególności nie potwierdzały, że to p. A. Ż. kierowała zespołem projektowym w ramach referencyjnych zamówień. Brak było zatem podstaw do uznania, iż wskazany przez TPF na stanowisko Koordynatora Projektu/Kierownika Projektu p. W. K. nie nabył doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego w ramach ww. warunku udziału w postępowaniu.

Podsumowując, w ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący nie wykazał, by oświadczenie wykonawcy TPF dotyczące doświadczenia osoby dedykowanej na stanowisko Koordynatora Projektu/Kierownika Projektu było informacją nieprawdziwą. Jako że odpadła podstawowa przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp polegająca na podaniu przez wykonawcę informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, tj. pozostających w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym, brak było podstaw do wykluczenia wykonawcy TPF na ww. podstawie prawnej.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp pomimo, iż wykonawca OBET nie spełnił warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Stosownie do pkt 17 ust. 1 art. 24 ustawy Pzp, wykluczeniu podlega także wykonawca, 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.

W myśl art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Wskazać należy, iż istota tzw. „procedury odwróconej” sprowadza się w pierwszej kolejności do zbadania, czy w stosunku do oferty danego wykonawcy nie zachodzą podstawy do jej odrzucenia, a następnie do dokonania oceny oferty w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert. Dopiero w stosunku do najwyższej ocenionej oferty, ale przed jej wyborem, zamawiający dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada wstępne oświadczenie, a następnie żąda złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp.

Skoro zatem w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie było sporne, iż Zamawiający w rozdziale VII pkt 3 SIWZ przewidział zastosowanie tzw. „procedury odwróconej”, a oferta wykonawcy OBET nie została najwyższej oceniona w świetle kryteriów oceny ofert, to Zamawiający na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie dokonał weryfikacji podmiotowej ww. wykonawcy w świetle przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego nie można stwierdzić, iż Zamawiający zaniechał czynności wykluczenia wykonawcy OBET z przedmiotowego postępowania. Tym samym zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy Pzp podniesiony względem wykonawcy OBET nie zasługiwał na uwzględnienie.

W okolicznościach rozpoznawanego sporu nie potwierdziły się – skorelowane z zasadniczymi zarzutami odwołania - zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, jak również zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy TPF jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp w zw. z § 5 pkt 2 lit. a) i b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Wobec powyższego Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu stanowiące łącznie kwotę 3900 zł.

Przewodniczący: