

WYROK
z dnia 31 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Agata Mikołajczyk

Magdalena Rams

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2018 r. przez Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polski Rejestr Statków Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku oraz CELNET spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa – Dyrektor Urzędu Morskiego w Szczecinie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa – Dyrektor Urzędu Morskiego w Szczecinie („Zamawiający”) prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pełnienie funkcji Inżyniera Budowy dla Inwestycji pod nazwą: Budowa dwóch wielozadaniowych jednostek pływających” (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 4 października 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 190-389346.

I. W dniu 16 lipca 2018 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Polski Rejestr Statków Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku oraz CELNET spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie („Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności wykonane przez Zamawiającego w Postępowaniu, tj. na czynność wykluczenia Odwołującego z Postępowania oraz czynność unieważnienia Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z Postępowania z uwagi na przedstawienie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia; a także art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą;
- art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie Postępowania, mimo, że w Postępowaniu złożono ofertę niepodlegającą odrzuceniu, jaką jest oferta Odwołującego.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania,

- unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania oraz uznania oferty Odwołującego za odrzuconą,
- dokonanie ponownej oceny oferty Odwołującego i przyznanie maksymalnej ilości punktów w kryterium „Doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia w zakresie nadzoru i rozliczania zamówień dofinansowanych z Unii Europejskiej”, względnie - dokonanie ponownej oceny oferty Odwołującego i przyznanie punktów w kryterium „Doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia w zakresie nadzoru i rozliczania zamówień dofinansowanych z Unii Europejskiej” z pominięciem inwestycji wskazanej w pkt 4 wykazu tj. inwestycji dotyczącej „Zatwierdzenia dokumentacji technicznej oraz nadzoru nad budową jednostki naukowo badawczej OCEANOGRAF”,
- dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał w szczególności, co następuje:

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z Postępowania z uwagi na przedstawienie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia; a także naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą:

Zamawiający w pkt 21.1 SIWZ wskazał, że przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej stosowane będą następujące kryteria oceny ofert:

- Cena (kryterium nr 1)
- Doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia (kryterium nr 2)
- Doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia w zakresie nadzoru i rozliczania zamówień dofinansowanych z Unii Europejskiej (kryterium nr 3).

Odwołujący w Formularzu Oferty (pkt 3.1.5) wskazał, że w zakresie kryterium nr 3 „Doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia w zakresie nadzoru i rozliczania zamówień dofinansowanych z Unii Europejskiej” Specjalista nr 2, tj. Zastępca kierownika zespołu, uczestniczył w ciągu 5 lat przed upływem terminu składania ofert w realizacji 4 usług nadzoru i rozliczenia projektów realizowanych przy wsparciu środków z Unii Europejskiej.

Następnie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 21.12.2017 r., pismem z dnia 29.12.2017 r. Odwołujący złożył m.in. załącznik nr 19 do pisma - Listę usług nadzoru

i rozliczenia projektów realizowanych przy wsparciu środków z Unii Europejskiej z ostatnich 5 lat Specjalisty nr 2 - Zastępcy Kierownika Zespołu.

Zamawiający, pomimo dwukrotnego wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej (czynność z dnia 18.01.2018 r. oraz z dnia 18.05.2018 r.), dopiero w dniu 27.06.2018 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, czy inwestycja wskazana w punkcie 4 wykazu (Lista usług nadzoru i rozliczenia projektów realizowanych przy wsparciu środków z Unii Europejskiej z ostatnich 5 lat specjalisty nr 2 - Zastępcy Kierownika Zespołu) była współfinansowana ze środków Unii Europejskiej, a w przypadku negatywnej odpowiedzi - do wskazania okoliczności umieszczenia wskazanej inwestycji w wykazie.

Odwołujący pismem datowanym na 29.06.2018 r. złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że inwestycja podana w pkt 4 wykazu, a dotycząca zatwierdzenia dokumentacji technicznej oraz nadzoru nad budową jednostki naukowo badawczej „OCEANOGRAF”) była współfinansowana ze środków zewnętrznych tj. z Funduszu Nauki i Technologii Polskiej, a zatem ze źródła pochodzącego z Unii Europejskiej, nie zaś spoza UE (np. z Funduszy norweskich). Jednocześnie Odwołujący wskazał, że w treści SIWZ Zamawiający w jakikolwiek sposób nie skonkretyzował pojęć ‘dofinansowania’ bądź ‘wsparcia środków’ z Unii Europejskiej, jak również nie wskazał, z jakiego źródła czy też programu miało nastąpić dofinansowanie projektu.

Pismem z dnia 05.07.2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp, w uzasadnieniu odwołując się m.in. do powszechnego rozumienia »dofinansowania z Unii Europejskiej”, cyt.: *„W powszechnym rozumieniu przedmiotowego pojęcia przyjmuje się, że „środki z Unii Europejskiej dotyczą finansów pochodzących z budżetu/funduszy Unii Europejskiej. Unia Europejska bezspornie rozumiana winna być nie jako obszar/terytorium, ale jako instytucja (ustanowiona Traktatem o Unii Europejskiej z dnia 07 lutego 1992 roku)”*.

W ocenie Odwołującego wykluczenie go z Postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp należy uznać za zupełnie niezrozumiałe, niezasadne, automatyczne, bezrefleksyjne, wreszcie nie znajdujące uzasadnienia w treści SIWZ. Zamawiający uzasadniając wykluczenie Odwołującego z Postępowania nie wskazał żadnych konkretnych postanowień SIWZ, w oparciu o które można byłoby zdefiniować pojęcia „dofinansowania z Unii Europejskiej” bądź „wsparcia środków z Unii Europejskiej”. Dlatego też brak jest na obecnym etapie Postępowania możliwości zakwestionowania usługi zatwierdzenia dokumentacji technicznej oraz nadzoru nad budową jednostki naukowo badawczej „OCEANOGRAF” współfinansowanej z Funduszu Nauki i Technologii Polskiej. Odwołujący

podkreślił, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych wszelkie niejednoznaczności treści SIWZ muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy, nie mogą go obciążać i wywoływać negatywnych skutków, w szczególności przejawiających się odrzuceniem oferty lub wykluczeniem z postępowania. Odwołujący zauważył, że w niniejszej sprawie Zamawiający i Odwołujący przyjmują odmienną interpretację postanowień SIWZ, co ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia zasadności decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania. W sytuacji posłużenia się przez Zamawiającego pojęciami niedookreślonymi, interpretację przyjętą przez wykonawcę uznać należy za co najmniej równie prawidłową jak tą, którą obecnie prezentuje Zamawiający. Zatem Zamawiający w ww. kryterium nr 3 winien przyznać Odwołującemu punkty za wszystkie 4 usługi opisane w wykazie, tak jak czynił to dotychczas, dokonując dwukrotnie w niniejszym Postępowaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że aby możliwe było wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp, muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

- a) przedstawione przez wykonawcę informacje muszą być informacjami wprowadzającymi zamawiającego w błąd;
- b) są to informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego,
- c) przedstawienie informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

W ocenie Odwołującego, w niniejszej sprawie nie zostały spełnione co najmniej dwie z ww. przesłanek wykluczenia wykonawcy.

Po pierwsze, trudno przyjąć, by przedstawione przez wykonawcę informacje były informacjami wprowadzającymi zamawiającego w błąd. Zamawiający bowiem przed dokonaniem pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu wszedł w posiadanie wykazu stanowiącego Załącznik nr 19 do pisma Odwołującego z dnia 29.12.2017 r. Wykaz ten stanowił szczegółową listę usług nadzoru i rozliczenia projektów realizowanych przy wsparciu środków z Unii Europejskiej z ostatnich 5 lat specjalisty nr 2 - Zastępcy Kierownika Zespołu. Zamawiający w momencie dokonywania oceny oferty Odwołującego miał więc wiedzę co do tego, jakie konkretnie projekty (usługi) Odwołujący wskazał do punktacji w kryterium nr 3. Zamawiający mógł zatem, a wręcz powinien, skonfrontować podane informacje ze swoją interpretacją wymagań dotyczących kryterium nr 3. Tymczasem Zamawiający dokonując w dniu 18.01.2018 r. czynności wyboru oferty Odwołującego nie kwestionował w jakikolwiek sposób usługi z pozycji nr 4 wykazu (Załącznik nr 19 do pisma z 29.12.2017 r.), przyznał

Odwołującemu w kryterium nr 3 punkty za wszystkie usługi opisane w wykazie. Usługa ta nie budziła także wątpliwości Zamawiającego podczas ponownego badania i oceny złożonych ofert, nawet w sytuacji, gdy swoje zarzuty - ostatecznie uznane jako zgłoszone po terminie - co do pozycji nr 4 wykazu usiłował formułować konkurencyjny wykonawca. Także pomimo podejmowania przez konkurencyjnego wykonawcę prób podważenia pozycji nr 4 wykazu, Zamawiający ani nie prezentował odmiennej wykładni pojęć i wymagań dotyczących kryterium nr 3, ani tym bardziej nie uznawał, że Odwołujący przedstawił w Postępowaniu informacje wprowadzające go w błąd.

Z powyższego wywieść należy jednoznaczny wniosek, że obowiązkiem Zamawiającego jest weryfikacja treści całej oferty, z uwzględnieniem treści dokumentów złożonych przez wykonawcę przed udzieleniem zamówienia, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Informacji nie sposób uznać za wprowadzającą w błąd jeżeli możliwa jest jej weryfikacja w oparciu o treść oferty i dokumentów złożonych przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego w trybie tzw. procedury odwróconej. Przekładając powyższe na sytuację niniejszego Postępowania podkreślić trzeba, że Zamawiający dysponował opisem usługi wskazanej w pozycji 4 wykazu, imieniem i nazwiskiem osoby biorącej udział w realizacji usługi, okresem trwania usługi i jej odbiorcą. Zamawiający miał zatem pełną wiedzę co do usługi, którą Odwołujący wskazał do punktacji w kryterium nr 3. Jak wskazuje Izba w wyroku z dnia 12 maja 2017 r. sygn. akt: KIO 782/17 *„nie można mówić o przedstawieniu przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, o których mowa w art. 24 ust 1 pkt 17 p.z.p., jeśli informacje te dotyczą okoliczności znanych zamawiającemu”*. Podsumowując, nawet w sytuacji uznania, że przyjęta przez Odwołującego wykładnia wymagań SIWZ w zakresie kwalifikacji usług do oceny w kryterium nr 3 jest wadliwa, w ocenie Odwołującego nie została wypełniona przesłanka opisana wyżej pod literą a).

Po drugie, w niniejszej sprawie nie można także uznać, by przedstawienie informacji dotyczącej pozycji nr 4 wykazu nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy. Operowanie przez Zamawiającego niedookreślonymi pojęciami w opisie kryterium nr 3 skutkowało możliwością powstania różnic w interpretacjach. W takich sytuacjach za prawidłową uznaje się wykładnię korzystną dla wykonawców, o czym była już mowa powyżej. Jak pokazuje praktyka, niejednokrotnie dochodzi do sytuacji, w których sformułowany przez zamawiającego warunek lub kryterium rozumiane są różnorako. Nie ulega wątpliwości, że odmienne rozumienie postanowień SIWZ prezentowane przez wykonawcę, nawet w sytuacji, gdy obarczone jest błędem, nie może być kwalifikowane jako podstawa do zastosowania przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Sankcją z tytułu wadliwej wykładni postanowień SIWZ jest w takim przypadku nieprzyznanie dodatkowych punktów w ramach

kryterium. Ponownie podkreślić należy, że sytuacji takich nie należy mylić z zawinionym wprowadzeniem zamawiającego w błąd na skutek podania nieprawdziwych informacji.

Powyższe znajduje odzwierciedlenie w wyroku KIO z dnia 5 stycznia 2017 r. KIO 2429/16: „Nie można mówić o nieprawdziwej informacji, w sytuacji, gdy postanowienia SIWZ mogą być rozbieżnie interpretowane, a Wykonawca działający z należytą starannością rozumiał je inaczej”. Nie ulega więc wątpliwości, że odmienna ocena zaistniałego stanu faktycznego przyjęta przez Zamawiającego nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy jako wprowadzającego Zamawiającego w błąd.

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego zawartych na stronie 4 pisma z dnia 05.07.2018 r. Odwołujący stwierdził, iż sam Zamawiający wskazał w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z Postępowania, że: „na podstawie wyjaśnień Wykonawcy wywnioskować można, że wskazana inwestycja umieszczone została w wykazie w sposób nieumyślny - wskutek nieprawidłowego zrozumienia wymagań zawartych w SIWZ”. W tym kontekście Odwołujący podniósł, że ustawodawca unijny w motywach do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65, dalej jako „dyrektywa 2014/24/UE”), zwraca uwagę na konieczność stosowania zasady proporcjonalności. Wszystkie postanowienia dyrektyw, a tym samym i ustawy, należy interpretować przez pryzmat motywów wskazanych w dyrektywie, a więc pewnych wskazówek interpretacyjnych, intencji jaka przyświecała ustawodawcy unijnemu przy przyjmowaniu poszczególnych regulacji zawartych w dyrektywie. Motywów i wynikających z nich wskazówek co do sposobu wykładni przepisów dyrektywy nie sposób pomijać przy stosowaniu ustawy, a dalej przy podejmowaniu działań w konkretnych stanach faktycznych. Z motywów dyrektywy 2014/24/UE wynika jednoznaczny obowiązek postępowania przez Zamawiającego w sposób m.in. jak najprostszy, przystępny, przejrzysty, nienaruszający zasad równego traktowania wykonawców i niedyskryminacyjny oraz proporcjonalny. Odwołujący powołał się w tym zakresie na treść motywu 89 oraz 90 dyrektywy 2014/24/UE.

W konsekwencji, Odwołujący uznał, że drobne nieprawidłowości w zakresie ewentualnego nie potwierdzania w pełni spełniania wymagań odnoszących się do doświadczenia personelu Odwołującego mogą co najwyżej skutkować koniecznością przyznania mu zero (0) pkt za usługę wskazaną w pozycji 4 wykazu, a nie wykluczeniem wykonawcy z udziału w Postępowaniu. Sankcja ta jest bowiem nieproporcjonalna do ewentualnie popełnionej przez Odwołującego drobnej nieprawidłowości. Tym samym, w świetle okoliczności przedmiotowej sprawy, zwłaszcza działania w dobrej wierze przez Odwołującego, wątpliwości w zakresie

sposobu rozumienia wymogu odnoszącego się do warunków uzyskania punktów w kryterium nr 3, postanowień SIWZ, a także niekonsekwencji w działaniach Zamawiającego, nie może być mowy o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd, które miałyby skutkować sankcją z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Jediną sankcją jaką mógłby ponieść Odwołujący, to nie przyznanie mu punktów za usługę podaną w pozycji 4 wykazu stanowiącego Załącznik nr 19 do pisma Odwołującego z dnia 29.12.2017 r.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie Postępowania, mimo, że w Postępowaniu złożono ofertę niepodlegającą odrzuceniu, jaką jest oferta Odwołującego:

Przedmiotowy zarzut jest konsekwencją zarzutu podniesionego i uzasadnionego powyżej. W sytuacji, gdy Krajowa Izba Odwoławcza przychylił się do argumentacji Odwołującego podniesionej powyżej i uzna za bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z Postępowania, automatycznie nie zostanie spełniona przesłanka do unieważnienia Postępowania. W Postępowaniu będzie bowiem istniała oferta nie podlegająca odrzuceniu, a Zamawiający będzie miał możliwość dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

II. Pismem z dnia 26 lipca 2018 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 24 lipca 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Kamena C.D. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni, Safe Co. Ltd. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz G. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Deship – Naval Services G. G. (dalej także jako „Konsorcjum Kamena”) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 26 lipca 2018 r. Zamawiający zgłosił opozycję przeciw przystąpieniu Konsorcjum Kamena do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Odwołujący złożył na posiedzeniu wniosek o niedopuszczenie Konsorcjum Kamena do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji Postępowania oraz oświadczeń i stanowisk stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba stwierdziła brak skuteczności przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kamena C.D. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni, Safe Co. Ltd. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz G. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Deship – Naval Services G. G. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i tym samym nie dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania. Wydając ww. postanowienie Izba miała na uwadze, co następuje:

Pismem z dnia 18 maja 2018 r. Zamawiający zawiadomił między innymi o wykluczeniu z Postępowania Konsorcjum Kamena na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a w konsekwencji o uznaniu oferty ww. wykonawców za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Ww. czynności zostały zakwestionowane przez Konsorcjum Kamena poprzez wniesienie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Wyrokiem z dnia 14 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 1059/18 Izba orzekła o częściowym odrzuceniu i częściowym oddaleniu zarzutów odwołania (zarzuty odnoszące się do czynności wykluczenia Konsorcjum Kamena z Postępowania i w konsekwencji uznania oferty ww. wykonawców za odrzuconą zostały oddalone). Wyrok Izby z dnia 14 czerwca 2018 r. nie został zaskarżony do sądu okręgowego, przy czym termin na wniesienie skargi upłynął zarówno wobec stron, jak i uczestnika postępowania. Pełnomocnik Konsorcjum Kamena oświadczył na posiedzeniu, iż odpis ww. wyroku został mu doręczony w dniu 30 czerwca 2018 r. (z informacji posiadanych przez Izbę z urzędu wynika, iż miało to miejsce w dniu 25 czerwca 2018 r.).

Niewniesienie skargi na ww. wyrok Izby i upływ terminu na dokonanie tej czynności oznacza, iż wykluczenie Konsorcjum Kamena z Postępowania stało się ostateczne, a zatem ww. podmioty przestały być wykonawcami uczestniczącymi w Postępowaniu. Utrata statusu wykonawcy oznacza między innymi utratę prawa do wnoszenia środków ochrony prawnej na czynności podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. W związku z utratą statusu wykonawców uczestniczących w Postępowaniu Konsorcjum Kamena nie przysługiwało

uprawnienie do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Wniesione do Prezesa Izby zgłoszenie przystąpienie do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie mogło zatem zostać uznane za skuteczne. W konsekwencji rozstrzygnięcie kwestii spełnienia przez ww. podmioty warunków formalnych zgłoszenia przystąpienia czy też posiadania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego stało się bezprzedmiotowe.

Uzupełniając przedstawioną powyżej argumentację należy dodatkowo zauważyć, co następuje:

Po pierwsze, należy wskazać na treść przepisu art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu. Tym samym z ww. regulacji wynika, iż uprawnienie do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, powiązane z poprzedzającym go uprawnieniem do otrzymania kopii odwołania, przysługuje wyłącznie wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jedynym wyjątkiem, z oczywistych względów, jest sytuacja, w której odwołanie składane jest na etapie poprzedzającym termin składania ofert.

Po drugie, za całkowicie niezasadne należy uznać odwoływanie się przez Konsorcjum Kamena do rzekomego posiadania przez ten podmiot interesu w przystąpieniu do postępowania odwoławczego. Kwestia posiadania przez dany podmiot interesu w przystąpieniu do postępowania odwoławczego (tj. jak wynika z przepisu art. 185 ust. 4 ustawy Pzp – w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść jednej ze stron) może być rozpatrywana wyłącznie w odniesieniu do takiego podmiotu, który może stać się uczestnikiem danego postępowania odwoławczego. Rozpatrywanie kwestii posiadania interesu w odniesieniu do podmiotu, który nie jest już uczestnikiem postępowania odwoławczego, jest zatem całkowicie bezprzedmiotowe.

Po trzecie, należy również powołać się na regulacje prawa unijnego oraz stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przedstawione w odniesieniu do uprawnienia wykonawcy do wniesienia odwołania od decyzji zamawiającego o udzieleniu zamówienia.

Zgodnie z regulacją art. 2a ust. 2 akapit drugi dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane *„Oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne*

z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania". Taka sama regulacja zawarta jest w dyrektywie Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r.

W wyroku z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C – 131/16 stwierdzono: „(57) *Wprawdzie Trybunał orzekł w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r., Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988, pkt 13–16, 31, 36), że oferentowi, którego oferta została wykluczona przez instytucję zamawiającą z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, jednak decyzja o wykluczeniu wspomnianego oferenta została utrzymana w mocy orzeczeniem, które nabrało powagi rzeczy osądzonej, zanim sąd, do którego zaskarżono decyzję o udzieleniu zamówienia, wydał orzeczenie, w związku z czym oferenta tego należało uważać za ostatecznie wykluczonego z danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (58) Natomiast w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym wykonawcy Archus i Gama zaskarżyli decyzję o wykluczeniu ich oferty oraz decyzję o udzieleniu zamówienia, które zostały wydane jednocześnie, a więc nie można uznać, że zostali oni ostatecznie wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.*”

W przywołanym powyżej wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C – 355/15 Trybunał stwierdził: „*W świetle powyższych uwag na przedłożone pytanie należy odpowiedzieć, że art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna być zostać odrzucona.*”

Podsumowując należy stwierdzić, iż w orzecznictwie Trybunału zostało przedstawione stanowisko, zgodnie z którym wykonawcy, który został wykluczony z postępowania lub którego oferta została odrzucona co do zasady przysługuje uprawnienie do wniesienia odwołania od decyzji zamawiającego o udzieleniu zamówienia innemu wykonawcy, pod warunkiem, że decyzja o wykluczeniu z postępowania lub o odrzuceniu oferty nie stała się ostateczna. W ocenie składu orzekającego Izby powyższą zasadę należy również stosować w odniesieniu do uprawnienia do przystąpienia do postępowania odwoławczego, co też pozostaje w zgodności z przywołanymi powyżej przepisami ustawy Pzp dotyczącymi tej instytucji prawnej.

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Zgodnie z pkt 21 ppkt 1 i 2 SIWZ jako jedno z kryteriów oceny ofert zostało wskazane: „Doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia w zakresie nadzoru i rozliczania zamówień dofinansowanych z Unii Europejskiej”. Zamawiający wskazał, iż ww. kryterium „*będzie rozpatrywane na podstawie informacji podanej przez Wykonawcę w Formularzu Oferty w zakresie doświadczenia zawodowego osoby wskazanej w punkcie 5.2.2.2. ppkt 1) niniejszej IDW (Specjalista nr 1 – Kierownik zespołu) albo w zakresie doświadczenia zawodowego osoby wskazanej w punkcie 5.2.2.2. ppkt 2) niniejszej IDW (Specjalista nr 2 – Zastępca kierownika zespołu), w odniesieniu do uczestnictwa jednej z tych osób (do wyboru przez Wykonawcę) w wykonaniu usług nadzoru i rozliczenia projektów realizowanych przy wsparciu środków z Unii Europejskiej, w ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.*”

Na zasadach określonych w punkcie 6.4 niniejszej IDW, Wykonawca złoży listę usług zawierającą szczegółową informację o uczestnictwie w/w osoby w wykonywaniu usług nadzoru i rozliczenia projektów realizowanych przy wsparciu środków z Unii Europejskiej. Lista ta winna zawierać: imię i nazwisko wskazanej osoby, informację o zajmowanych przez wskazaną osobę stanowiskach i okresie uczestnictwa w wykonywaniu usług nadzoru, nazwy zamawiających i opisy przedmiotów zamówienia.”

W odniesieniu do ww. kryterium Odwołujący w treści złożonej oferty (formularz oferty) powołał się na doświadczenie Specjalisty nr 2 – Zastępcy kierownika zespołu, który uczestniczył w ciągu 5 lat przed upływem terminu składania ofert w realizacji 4 usług nadzoru i rozliczenia projektów realizowanych przy wsparciu środków z Unii Europejskiej.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 21 grudnia 2017 r. Odwołujący złożył między innymi listę usług nadzoru i rozliczenia projektów realizowanych przy wsparciu środków z Unii Europejskiej z ostatnich 5 lat specjalisty nr 2 – Zastępcy Kierownika Projektu (w formie tabeli), jako jeden z załączników do pisma przewodniego z dnia 29 grudnia 2017 r. Ostatni wiersz tabeli został wypełniony w następujący sposób:

Lp/Imię i nazwisko/Zajmowane stanowisko/Okres uczestniczenia/Nazwa zamawiającego/Opis przedmiotu zamówienia

4./G. P./Kierownik Inspektoratu; Członek Zarządu/01.03.2013 – 30.03.2015/Uniwersytet Gdański/Zatwierdzenie dokumentacji technicznej oraz nadzór nad budową jednostki naukowo badawczej „Oceanograf”.

Pismem z dnia 19 stycznia 2018 r. Zamawiający powiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum Kamena.

Pismem z dnia 14 marca 2018 r. Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnieniu czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Kamena – co stanowiło wykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2018 r. sygn. akt KIO 171/18.

W uzasadnieniu ww. wyroku z dnia 1 marca 2018 r. Izba wskazała między innymi: *„Izba, stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, nie rozpoznała zarzutu, w którym odwołujący podniósł, że projekt budowy jednostki naukowo-badawczej Oceanograf nie był współfinansowany ze środków Unii Europejskiej. Wzięto pod uwagę, że zarzut nie został przedstawiony w odwołaniu, a został podniesiony przez odwołującego po raz pierwszy dopiero w jego piśmie procesowym z 13 lutego 2018 r.”*

Pismem z dnia 18 maja 2018 r. Zamawiający zawiadomił o ponownym wyborze jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego oraz wykluczeniu z Postępowania Konsorcjum Kamena na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a w konsekwencji o uznaniu oferty ww. wykonawców za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W dniu 28 maja 2018 r. Konsorcjum Kamena wniosło odwołanie na czynności podjęte i zaniechane przez Zamawiającego w Postępowaniu, tj. na czynność wykluczenia ww. wykonawców z Postępowania oraz czynność odrzucenia ich oferty, a także na czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polski Rejestr Statków Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku oraz CELNET spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (Odwołujący w niniejszej sprawie). Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 11 czerwca 2018 r. (pismo znajdujące się w dokumentacji Postępowania) Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polski Rejestr Statków Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku oraz CELNET spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (Odwołujący w niniejszej sprawie) – jako oferty najkorzystniejszej. Zamawiający stwierdził, iż *„w związku z okolicznościami opisanymi w odwołaniu oraz wątpliwościami w zakresie informacji podanych przez Konsorcjum PRS w treści oferty (dot. kryteriów pozacenowych) – w odniesieniu do tej części zarzutów, które nie zostały dotychczas rozpoznane w sprawie KIO 171/18 – Zamawiający zobowiązuje się do zweryfikowania przedmiotowych informacji.”*

Wyrokiem z dnia 14 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 1059/18 Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia z Postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Konsorcjum firm: Polski Rejestr Statków S.A. z siedzibą w Gdańsku oraz Celnet sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie (Odwołujący w niniejszej sprawie) z uwagi na niespełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej czy skierowania wezwania do uzupełnienia w tym zakresie oraz odnoszących się do przyznania temu wykonawcy maksymalnej ilości punktów w kryterium doświadczenie personelu. W pozostałym zakresie odwołanie zostało oddalone.

Pismem z dnia 27 czerwca 2018 r. Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzeniu czynności badania i oceny ofert.

Kolejnym pismem z dnia 27 czerwca 2018 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień *„czy inwestycja wskazana w punkcie 4. Wykazu – listy usług złożonej w celu wykazania posiadania doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia w zakresie nadzoru i rozliczania zamówień dofinansowanych z Unii Europejskiej (inwestycja polegając[a] na „Zatwierdzeniu dokumentacji technicznej oraz nadzoru nad budową jednostki naukowo badawczej OCEANOGRAF”), była współfinansowana ze środków Unii Europejskiej.”*

Odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący udzielił pismem z dnia 29 czerwca 2018 r. stwierdzając między innymi: *„Wykonawca podkreśla, że w treści SIWZ Zamawiający nie zdefiniował pojęcia ‘dofinansowania’ czy też ‘wsparcia środków’ z Unii Europejskiej, w szczególności nie określił z jakiego źródła czy też programu miało nastąpić dofinansowanie danego projektu. W ocenie Wykonawcy Zamawiającemu chodziło o nabycie przez jedną z ww. osób doświadczenia w nadzorze i rozliczeniu projektu, który jest finansowany nie tylko ze środków własnych danego zamawiającego, ale także z zewnętrznego źródła nie pochodzącego spoza Unii Europejskiej. Wykonawca wskazuje, że inwestycja wskazana w pkt 4 wykazu (Zatwierdzenie dokumentacji technicznej oraz nadzór nad budową jednostki naukowo badawczej „OCEANOGRAF”) nie była finansowana wyłącznie ze środków własnych zamawiającego, lecz także ze środków zewnętrznych tj. z Funduszu Nauki i Technologii Polskiej.”*

Pismem z dnia 4 lipca 2018 r. Zamawiający zawiadomił o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz o unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z Postępowania z uwagi na przedstawienie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia; a także art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą:

Jak wynika z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania zachodzi w sytuacji, w której wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego. A zatem chodzi o przedstawienie informacji (w tym także sposób ich przedstawienia), które wywołują u zamawiającego przeświadczenie o odmiennym stanie rzeczy niż występujący w rzeczywistości. (przesłanka nr 1). Dotyczy to informacji, które co najmniej mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego (przesłanka nr 2). Ponadto, przedstawienie informacji wprowadzających zamawiającego w błąd musi być przez wykonawcę zawinione, przy czym – posługując się za ustawodawcą terminologią właściwą prawu karnemu – chodzi o każdą postać winy, w tym winę nieumyślną (przesłanka nr 3). Łączne zaistnienie ww. przesłanek obliguje zamawiającego do wykluczenia z postępowania wykonawcy, wobec którego przesłanki te zaistniały. Nie jest dopuszczalne stosowanie jakiegokolwiek innej sankcji (np. przyznanie wykonawcy mniejszej ilości punktów w ramach kryterium oceny ofert). W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie podkreślano brak możliwości zastąpienia informacji wprowadzającej w błąd zamawiającego, mającej lub mogącej mieć wpływ na wynik postępowania, informacją prawdziwą (tak m.in. w wyrokach z: 4 maja 2017 r. sygn. akt 734/17, 7 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1004/17, 19 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1058/17, 4 października 2017 r. sygn. akt 1987/17, 10 października 2017 r. sygn. akt 2003/17).

Z okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wynika, iż w stosunku do Odwołującego zaistniała podstawa wykluczenia z Postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W wykazie usług nadzoru i rozliczenia projektów realizowanych przy wsparciu ze środków z Unii Europejskiej z ostatnich 5 lat specjalisty nr 2 Zastępcy Kierownika Zespołu została wskazana usługa *Zatwierdzenie dokumentacji technicznej oraz nadzór nad budową jednostki naukowo badawczej „Oceanograf”*. Zamieszczenie tej usługi w ww. wykazie sugerowało, iż w tym przypadku mamy do czynienia z usługą dotyczącą projektu realizowanego przy wsparciu ze środków z Unii Europejskiej. Nie ulega wątpliwości (gdyż zostało to potwierdzone przez Odwołującego), iż przedmiotowa usługa w rzeczywistości nie dotyczyła projektu realizowanego przy wsparciu ze środków z Unii Europejskiej, a zatem zamieszczenie jej w ww. wykazie stanowiło przedstawienie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego

(przesłanka nr 1). Okolicznością potwierdzającą, iż do takiego wprowadzenia w błąd doszło w Postępowaniu, jest dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej i przyznanie jej punktacji za ww. usługę w ramach kryterium „Doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia w zakresie nadzoru i rozliczania zamówień dofinansowanych z Unii Europejskiej”.

Informacje stanowiące podstawę przyznania wykonawcom punktacji w ramach kryterium oceny ofert niewątpliwie zaliczane są do informacji, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego (przesłanka nr 2). Uzyskane przez wykonawców oceny decydują o ich pozycji w rankingu ofert, a w konsekwencji o uzyskaniu zamówienia publicznego. Nie ma przy tym znaczenia, czy w danym przypadku wprowadzająca w błąd informacja zadecydowała o wyborze konkretnej oferty jako najkorzystniejszej. Jak wynika z regulacji art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp chodzi o kategorię informacji, które potencjalnie mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego. Celem wprowadzenia tej regulacji jest także zapobieganie nieuczciwym bądź nierzetelnym działaniom wykonawców, a nie tylko eliminacja z postępowania wykonawcy, który dopuścił się czynu określonego w tym przepisie.

W ocenie składu orzekającego Izby nie ulega wątpliwości, iż zamieszczenie przedmiotowej usługi w wykazie usług nadzoru i rozliczenia projektów realizowanych przy wsparciu ze środków z Unii Europejskiej było przez Odwołującego zawinione (przesłanka nr 3), przy czym Zamawiający przypisał Odwołującemu winę nieumyślną. W treści zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania Zamawiający wskazał, że przedstawiony przez Odwołującego sposób rozumienia SIWZ był nieuprawniony, oderwany od powszechnego, jednoznacznego rozumienia pojęcia „dofinansowania z Unii Europejskiej”. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż przedstawiana przez Odwołującego wykładnia co do sposobu rozumienia pojęć „wsparcie” czy „dofinansowanie” „ze środków UE” jest całkowicie nie do zaakceptowania. Jeżeli za prawdziwe uznać twierdzenia Odwołującego, iż rozumiał on przedmiotowe postanowienia SIWZ w taki sposób, jak to przedstawił w treści odwołania, to kierowanie się taką wykładnią przy przygotowaniu i złożeniu oferty stanowiło ze strony Odwołującego działanie cechujące się co najmniej niedołożeniem należytej staranności. W ocenie składu orzekającego Izby za oczywiste należało uznać, iż w przypadku wyrażenia „zamówień dofinansowanych z Unii Europejskiej” oraz „projektów realizowanych przy wsparciu środków z Unii Europejskiej”, jakimi posłużył się Zamawiający w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, nie chodziło o terytorium Unii Europejskiej, lecz o Unię Europejską jako instytucję. Takie jest powszechne rozumienie ww. pojęć, z czego powinni sobie zdawać sprawę profesjonalni uczestnicy obrotu gospodarczego, do których należy zaliczyć wykonawców biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z żadnymi wątpliwościami, które mogłyby zostać rozstrzygnięte na korzyść wykonawcy. Tym samym w ocenie składu orzekającego Izby nie wystąpiły żadne okoliczności pozwalające na uznanie, iż działanie Odwołującego polegające na przedstawieniu informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd nie było przez tego wykonawcę zawinione.

Odnosząc się do kwestii niepodejmowania przez Zamawiającego przez pewien czas działań mających na celu wyjaśnienie źródła finansowania usługi dotyczącej jednostki naukowo badawczej „OCEANOGRAF” należy stwierdzić, iż okoliczność ta nie może stanowić podstawy sanowania niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Odwołującego. Zamawiającemu aż do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przysługuje prawo weryfikacji podjętych uprzednio czynności, a w konsekwencji ich unieważnienia i ponownego przeprowadzenia zgodnie z przepisami prawa. Niepodjęcie wymaganych działań przy pierwszej możliwej okazji nie zmienia faktu zaistnienia podstawy wykluczenia z powodu przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego. Nadto wymaga zauważenia, iż stwierdzenie zaistnienia ww. postawy wykluczenia z postępowania należy odnosić do okoliczności związanych z przekazaniem tych informacji przez wykonawcę, a nie do okoliczności występujących na późniejszym etapie postępowania. Konieczne jest zatem dokonanie analizy treści przedstawionych przez wykonawcę informacji, jak i sposobu ich przedstawienia. W analizowanym stanie faktycznym usługa, która nie dotyczyła projektu realizowanego przy wsparciu ze środków Unii Europejskiej została zamieszczona w wykazie obejmującym takie usługi (co wynikało wprost z nazwy tego wykazu) bez jednoczesnego wskazania źródła finansowania projektu – innego niż to, którego przyjęcie sugerowała nazwa wykazu. Odmiennej oceny należałoby zatem dokonać w sytuacji, w której Odwołujący od razu przekazałby Zamawiającemu informacje odnośnie współfinansowania projektu wskazanego w pozycji 4 wykazu ze środków Funduszu Nauki i Technologii Polskiej.

Ponadto, dla stwierdzenia wystąpienia omawianej podstawy wykluczenia z postępowania nie ma żadnego znaczenia nieprzeprowadzenie przez Zamawiającego, na początkowym etapie postępowania, weryfikacji informacji zawartych w wykazie usług w oparciu o źródła zewnętrzne, np. informacje zawarte na stronach internetowych. Przeprowadzenie takiej weryfikacji stało się konieczne dopiero w obliczu powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości odnośnie przedmiotowej usługi. Wątpliwości takie nie występowały na początkowym etapie, tj. zarówno po złożeniu oferty, jak i po złożeniu przez Odwołującego wykazu. Jak bowiem wynika z postanowień SIWZ ocena w kryterium „Doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia w zakresie nadzoru i rozliczania zamówień dofinansowanych z Unii Europejskiej” miała być dokonana w oparciu o informacje przedstawione przez wykonawcę. Na ogół

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający podejmuje decyzje w pierwszej kolejności na podstawie dokumentów i oświadczeń składanych przez wykonawców, a przeprowadzenie dodatkowego postępowania wyjaśniającego, w tym w oparciu o źródła zewnętrzne, stanowi jego uprawnienie. Uprawnienie to może przerodzić się w obowiązek w przypadku zaistnienia wątpliwości - co do treści jak i formy - oświadczeń i dokumentów złożonych przez wykonawcę. W niniejszej sprawie Zamawiający ostatecznie zadośćuczynił obowiązkowi wyjaśnienia wątpliwości dotyczących usługi *Zatwierdzenie dokumentacji technicznej oraz nadzór nad budową jednostki naukowo badawczej „Oceanograf”*, które pojawiły się na późniejszym etapie Postępowania, a z uzyskanych wyjaśnień wynikało, iż ww. usługa nie była realizowana przy wsparciu ze środków Unii Europejskiej, lecz przy wsparciu ze środków Funduszu Nauki i Technologii Polskiej.

Mając na uwadze przedstawioną powyżej argumentację Izba uznała, iż czynność wykluczenia Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp była prawidłowa, a postawione w tym zakresie zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie Postępowania, mimo, że w Postępowaniu złożono ofertę niepodlegającą odrzuceniu, jaką jest oferta Odwołującego:

W konsekwencji uznania za niezasadne zarzutów odnoszących się do czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania, Izba stwierdziła, iż nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....