

Sygn. akt: KIO 2435/19

WYROK
z dnia 17 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Członkowie: Anna Packo
Irmina Pawlik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**,

przy udziale:

- A. wykonawcy **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2435/19 po stronie Odwołującego,
- B. wykonawcy **SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2435/19 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 1 i 2 oraz w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę **Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:

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

3.2. zasądza od Odwołującego – wykonawcy **Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz Zamawiającego – **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E59 na odcinku Wronki - Słonice od km 53,500 do km 128,680”* (znak postępowania: 9090/IRZU/12421/03403/19/P).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 czerwca 2019 r. pod numerem 112 – 275990.

W dniu 2 grudnia 2019 r. wykonawca Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego polegającą na wyborze oferty SAFEGE jako oferty najkorzystniejszej;
2. naruszenie art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 1 i 2 oraz w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez SAFEGE, następujących dokumentów:
 - a) Oferta - Wykaz osób;
 - b) Samooczyszczenie oraz Załączniki do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa;
 - c) JEDZ - Część III C: PODSTAWY ZWIĄZANE Z NIEWYPŁACALNOŚCIĄ, KONFLIKTEM INTERESÓW LUB WYKROCZENIAMI ZAWODOWYMIpomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy SAFEGE, pomimo iż SAFEGE przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego oraz wprowadził w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, tj. nie dokonując samooczyszczenia;
4. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia SAFEGE z postępowania pomimo niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu;
5. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SAFEGE, pomimo iż oferta jest niezgodna z ustawą oraz treść oferty nie

odpowiada treści SIWZ, a nie jest to omyłka podlegająca poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;

6. jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 2b powyżej - naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SAFEGE z postępowania, pomimo iż z przyczyn leżących po stronie SAFEGE - SAFEGE nie wykonało (albo nienależycie wykonało w istotnym stopniu) wcześniejszej umowy, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania, a jednocześnie nie złożyło skutecznego samooczyszczenia w trybie przepisu art. 24 ust. 8 ustawy Pzp;

7. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów ustawy Pzp).

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

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu,
4. wykluczenie z postępowania wykonawcy SAFEGE;
5. odrzucenia oferty SAFEGE;
6. dokonanie ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zarzuca Zamawiającemu szereg naruszeń ustawy Pzp. Zamawiający kilkakrotnie poważnie naruszył ustawę Pzp poprzez wybór oferty SAFEGE z naruszeniem postanowień Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z przepisem art. 184 ust. 1 Ustawy o finansach publicznych [dalej „UoFP”] wydatki związane z realizacją programów i projektów finansowych ze środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 UoFP muszą być dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu. Pod pojęciem tych procedur, o których mowa z kolei w art. 207 ust. 1 pkt 2 i art. 184 ust. 1 UoFP, należy rozumieć w pierwszej kolejności krajowe i europejskie regulacje dotyczące Prawa zamówień publicznych. Do najważniejszych aktów prawnych regulujących wydatkowanie środków unijnych należy zaliczyć przede wszystkim unijne Dyrektywy regulujące udzielanie zamówień publicznych - tzw. Dyrektywę klasyczną i Dyrektywę sektorową, a na gruncie krajowym ustawę Prawo zamówień publicznych oraz wydawane w ramach danego programu wytyczne np. Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 (Wytyczne dotyczące innych programów można znaleźć między

innymi na stronie Ministerstwa Rozwoju).

Naruszenia powyższych przepisów zostały określone w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 lutego 2017 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U. z 2017r., poz. 615). Odwołujący wskazał, iż w w/w Rozporządzeniu w pozycji 24 wprost wskazano, że w przypadku: „3. Naruszenie art. 24 ust. 4 w związku z art. 24 ust. 1 lub 5, lub art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 1 lub 5 Pzp polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.” korekta finansowa wynosi aż 25%.

W zakresie zarzutu 1. Odwołujący wskazał na brzmienie punktu 10 Formularza ofertowego SAFEGE. Wskazał, iż Zamawiający w dniu 26 listopada 2019 r. potwierdził, iż przekazał Odwołującemu całość dokumentów z wyłączeniem: a) niejawną część Oferty - Załącznik nr 8 - Wykaz personelu, na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert, b) Samooczyszczenie wraz z załącznikami i uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa; c) Część JEDZ - utajnione strony dot. części III C.

Odwołujący wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu wykonawca w zakresie Personelu zobowiązany był złożyć 2 wykazy, tj. załącznik nr 6a Potencjał Kadrowy oraz załącznik nr 8 „Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert”. Z powyższego zdaniem Odwołującego wynika, iż w Załączniku nr 8 można było wskazać tylko te osoby, które wykonawca wskazywał w Załączniku 6a na wykazanie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, iż SAFEGE nie zastrzegło jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści Załącznika nr 6a - jest ona znana Odwołującemu. Z takiego zachowania SAFEGE wynika wprost, iż nie uważa on informacji związanych z personelem za informacje wrażliwe czy cenne, posiadające wartość gospodarczą, a do tego – że SAFEGE nie podjęło żadnych działań, aby informacje dotyczące personelu zachować w poufności. Odwołujący uzasadniał, iż zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyłącznie dokumentu, który miał służyć ocenie ofert i przyznawaniu punktów, należy potraktować zatem jako działanie w celu utrudnienia innym uczestnikom postępowania kontroli prawidłowości oferty SAFEGE oraz działanie ewidentnie naruszające zasadę jawności postępowania.

Sama powyższa koniunkcja zachowań SAFEGE oraz bezsporny i obiektywny fakt, że lista Personelu jest jawna - wskazuje na zasadność zarzutu. Odwołujący odniesie się jednak z ostrożności do udostępnionego mu dokumentu zatytułowanego „II_Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa potencjał kadrowy”. Analiza przedmiotowego uzasadnienia wskazuje, że SAFEGE nie wykazało ziszczenia się ustawowych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Co więcej uzasadnienie to zawiera szereg nieprawdziwych informacji:

a) „Wykonawca nie upublicznia ani nie przekazuje, zwłaszcza innym osobom z branży, list swoich pracowników ani listy osób, z którymi zawarł umowy cywilnoprawne” - SAFEGE przekazało jako jawny i publiczny dokument Załącznik 6a, w którym wskazano te same osoby, które są w Załączniku 8;

b) „Wykonawca zwraca szczególną uwagę na nieujawnienie informacji o posiadanych zasobach personalnych, w tym w szczególności innym podmiotom z branży - konkurentom. Jego wolą jest zachowanie tych informacji w poufności. Wykonawca nie upublicznił tych informacji, nie ujawnił ich również w inny sposób osobom postronnym, w tym w szczególności osobom zwykle zainteresowanym i zajmującym się tym rodzajem informacji.”

c) „każdorazowe skuteczne zastrzeżenie przedmiotowych informacji (w tym wykazów osób zdolnych do realizacji zamówienia, którym Wykonawca dysponuje) jako tajemnicy przedsiębiorstwa w toku innych w postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” - nawet w ramach niniejszego postępowania warunek niespełniony.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że SAFEGE w w/w uzasadnieniu w ogóle nie wykazał spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym nie odniósł się do wartości gospodarczej informacji zastrzeganych informacji, pomijając w ogóle ten niezbędny element albo też nie wykazując w sposób należyty tej gospodarczej wartości. Konieczność takiego wykazania wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 stycznia 2015 r. sygn. akt: KIO 2784/14 oraz w wyroku z dnia 17 maja 2017 r. sygn. akt: KIO 864/17 i 872/17.

W uzasadnieniu SAFEGE nie wykazał również, aby zastrzeżone informacje, w tym wymagane przez postanowienia SIWZ osoby i ich doświadczenie, miały charakter wyjątkowo specjalistyczny, unikalny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób (w zakresie wykazu osób). Odwołujący wskazał, że przedmiotowe wykazy nie zawierają treści unikalnych, czy też specyficznych wyłącznie dla w/w wykonawców. Treść wykazów jest bowiem determinowana przez treść SIWZ - SIWZ wyraźnie określa, jakie informacje mają się znaleźć w wykazach. Zwróciła na to uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 marca 2017 r. sygn. akt: KIO 385/17. Co więcej - przedmiotowe informacje staną się jawne po podpisaniu umowy. Zatem SAFEGE zdaje sobie sprawę, że nie będą one niedostępne po zawarciu umowy. Zastrzeżenie jawności informacji na etapie badania i oceny ofert, podczas gdy będą one jawne po zawarciu umowy, stanowi oczywiste naruszenie zasady jawności. Celem SAFEGE było wyłącznie uniemożliwienie konkurentom zapoznania się z treścią oferty.

Następnie Odwołujący wskazał, iż nie udostępniono mu ani dokumentu samoocyszczenia wraz z załącznikami ani nawet samego uzasadnienia dla zastrzeżenia tego dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, że taki dokument uzasadnienia nie może ze swej istoty w ogóle zawierać informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Jest to bowiem dokument, w którym należy wykazać ziszczenie się

przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. A zatem ze swej istoty musi zawierać analizy, a nie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Odnośnie zastrzeżenia przez SAFEGE jako tajemnicy samooczyszczenia Odwołujący wskazał, że kwestia ta była już przedmiotem sporu przed Krajową Izbą Odwoławczą. Odwołujący wniósł odwołanie o sygn. akt: KIO 1182/19. Zamawiający uwzględnił to odwołanie w części, między innymi w zakresie zaniechania i udostępniania Odwołującemu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez SAFEGE S.A.S. i zobowiązał się ujawnić wyjaśnienia/dowody (samooczyszczenia) złożone w ofercie w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Wykonawca SAFEGE nie wniósł sprzeciwu wobec w/w uwzględnienia. Dokumenty te udostępniono Odwołującemu w dniu 19 lipca 2019 r. Należy założyć, że w niniejszym postępowaniu SAFEGE złożyło takie same dokumenty. A zatem utajniło dokumenty, które już są jawne i dostępne dla uczestników rynku zamówień publicznych. Podkreślić też należy, że ujawnienie tych dokumentów było wynikiem podjęcia świadomej decyzji przez SAFEGE - SAFEGE nie złożyło bowiem sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego.

Wobec nieudostępnienia samej treści uzasadnienia Odwołujący zakłada, że treść ta jest tożsama z treścią w postępowaniu KIO 1182/19. W takim przypadku nie spełnia ona wymogów określonych w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp - SAFEGE nie wykazał, że informacje spełniają przesłanki definicji legalnej. Uzasadnienie to np. zawiera następujące sformułowania:

- a) „firmy konkurencyjne próbują pozyskać wiedzę na temat wewnętrznych procedur, schematów zarządzania, programów szkoleniowych innych przedsiębiorców na potrzeby rozwoju swojej działalności i kopiowania sprawdzonych przez inne podmioty rozwiązań.” - z treści uzasadnienie nie wynika, w jaki sposób programy szkoleniowe czy schematy mają związek z procedurą samooczyszczenia;
- b) „zastrzeżonych informacjach zawarte są m.in. informacje na temat wdrożonych u Wykonawcy procedur wewnętrznych, systemu nadzorowania i monitorowania projektów, zasad efektywnej realizacji projektów, programu podnoszenia kwalifikacji wraz z zakresem przedmiotowym szkoleń” - tajemnicą może być ewentualnie treść samych procedur czy treść systemu nadzorowania i monitorowania projektów. Jednakże procedura samooczyszczenia nie zawiera treści tych procedur, stanowią one co najwyżej załączniki;
- c) „Opracowanie przedmiotowych schematów, procedur i zaleceń wiązało się z nakładem czasowym z naszej strony oraz poniesieniem dodatkowych kosztów” - brak wskazania konkretnej wartości gospodarczej, a jedynie wskazano ogólnikowo na „dodatkowe koszty”;
- d) „Wykonawca zwraca szczególną uwagę na nieujawnianie informacji na temat swej wewnętrznej organizacji i metod działania (w tym reagowania na zagrożenia), w tym w szczególności innym podmiotom z branży i konkurentom. Jego wolą jest zachowanie tych informacji w poufności. Wykonawca nie upublicznił tych informacji, nie ujawnił ich również

w inny sposób osobom postronnym, w tym w szczególności osobom zwykle zainteresowanym i zajmującym się tym rodzajem informacji.” - jak wskazano powyżej SAFEGE nie wniósł sprzeciwu, zatem sam aktywnie zezwolił na upublicznianie przedmiotowych dokumentów.

Odwołujący wskazał, iż należy wątpić, czy SAFEGE w ogóle złożyło sam dokument samooczyszczenia. Skoro w ramach postępowania KIO 1182/19 okazało się w końcu (już w ramach realizacji przez Zamawiającego uwzględnienia odwołania), że SAFEGE - pomimo deklaracji, że taki dokument złożył - nie złożyło samego dokumentu samooczyszczenia. Tym samym Odwołujący uważa, że także w niniejszym postępowaniu SAFEGE nie złożył samego dokumentu samooczyszczeniu, a jedynie komplet dokumentów, taki sam, jak w postępowaniu KIO 1182/19.

Kolejno Odwołujący wskazał, iż nie udostępniono mu strony 8 i 9 JEDZ, dotyczącej kwestii związanych z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi. Zarówno zastrzeżenie dokumentu JEDZ, jak i uznanie takiego zastrzeżenia za skuteczne przez Zamawiającego jest kuriozalne. Dokument JEDZ służy transparentności postępowania, ma na celu w sposób uniwersalny obejmować informacje podstawowe dla ubiegania się o udzielenie zamówienia. Obecnie nie jest wiadome nawet, jakie odpowiedzi w dokumencie JEDZ zaznaczył SAFEGE. Należy wskazać, że samo udzielenie odpowiedzi na pytania z całą pewnością nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż może się odnosić się do informacji obiektywnie znanych o danym wykonawcy. Czym innym jest zastrzeżenie np. nazwy podwykonawcy wskazanego w JEDZ, ale nie jest możliwe zastrzeżenia samego faktu, czy korzysta się z podwykonawców czy też nie. Tak samo należy podejść do odpowiedzi na pytania zawarte w zastrzeżonej części JEDZ. Same odpowiedzi są jawne, gdyż sam fakt udzielenia odpowiedzi nie zawiera w sobie informacji będącej tajemnicą przedsiębiorstwa. A już na pewno nie w sytuacji, o której mowa powyżej - tj. udostępnienia dokumentów wobec braku sprzeciwu ze strony SAFEGE.

Odwołujący wskazał, iż przy rozpatrywaniu możliwości objęcia danych informacji zawartych w ofercie tajemnicą przedsiębiorstwa należy wziąć pod uwagę fakt, iż zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeganie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania - jest wyjątkiem od tej zasady. Skoro zatem objęcie części oferty oraz dokumentacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od podstawowej zasady zamówień publicznych - to należy w tym zakresie stosować zasadę *exceptiones non sunt extendendae* - czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Tym samym każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełniania 3 przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym „domniemaniu” tajemnicy, czy też przyjęciu przez Zamawiającego „na słowo”,

że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełniania przesłanek oraz nie przedstawił dowodów - to Zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie.

W zakresie zarzutu 3. i 4. dotyczącego doświadczenia Inżyniera Projektu Odwołujący wskazał, że SAFEGE w Załączniku 6a Potencjał kadrowy w pozycji 1 dla stanowiska Inżynier Projektu wskazał Pana P. O., wskazując 4 projekty - w tym projekt „Budowa obwodnicy Skawiny w ciągu drogi krajowej nr 44”. Odwołujący wskazał, iż w dniu 22 października 2019 r. Zamawiający wystosował wezwanie do wykonawcy SAFEGE w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - pkt 2 wezwania dotyczył osoby wskazanej na stanowisko Inżyniera Projektu. Pismem z 28 października 2019 r. wykonawca SAFEGE złożył wyjaśnienia. Odwołujący wskazał, iż SAFEGE: a) złożył nowy, uzupełniony w tym zakresie wykaz osób - a zatem nie jest możliwe ponowne wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp; b) Stwierdzono, że „omyłkowo zamieszczono informację o terminie zakończenia w lipcu” oraz c) SAFEGE nie ustosunkował się w ogóle do pytania co to są „standardowe warunki kontraktowe”.

Odwołujący wskazał, że jak wynika z wyboru oferty SAFEGE jako najkorzystniejszej - Zamawiający uznał powyższe uzupełnienie za wystarczające. Tymczasem przedmiotowy projekt nie spełnia wymagań SIWZ, gdyż:

a) złożenie ofert miało miejsce w dniu 1 sierpnia 2019 r. - zatem jakiegokolwiek doświadczenie mogło być wykazywane do końca lipca 2019 r. Zatem także Pan O. w przedmiotowym projekcie nabył doświadczenie, które może być podstawą oceniania spełniania warunków podmiotowych, wyłącznie do końca lipca 2019 r. Skoro przedmiotowy projekt rozpoczął się we wrześniu 2018 roku, to do końca lipca Pan O. przedmiotową usługę świadczył przez 11 miesięcy. Tymczasem Zamawiający wymagał 12 miesięcy,

b) Zamawiający wymagał, aby usługi były realizowane w oparciu o FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe. Wynika z tego, że w przypadku, gdy nie jest to FIDIC, to wykonawca w każdym przypadku zobowiązany był wskazać jakie to warunki. Zamawiający wzywał o „doprecyzowanie w oparciu o jakie konkretne standardowe warunki kontraktowe były realizowane wykazane usługi”. SAFEGE nie odpowiedział na wezwanie w tym zakresie. A zatem należy uznać, że już sam brak odpowiedzi w tym zakresie stanowi brak odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co skutkuje zaktualizowaniem się przesłanki wykluczenia SAFEGE.

W zakresie zarzutu 3. i 4. dotyczącego wykazu zamówień Odwołujący przywołał brzmienie punktu 8.6 IDW oraz wskazał na treść załącznika nr 6 Wykaz zamówień wykonanych przez wykonawcę SAFEGE, w którym przedstawiono jedną usługę.

Odwołujący wskazał, iż w dniu 22 października 2019 r. Zamawiający wezwał SAFEGE

w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów – w pkt 1 pisma w zakresie przedstawienia dowodów, że usługa została wykonana należycie. Zamawiający wskazał, że SAFEGE „jednak nie załączył wymaganych dowodów potwierdzających, że usługa została wykonana należycie”.

W odpowiedzi z dnia 28 października 2019 r. SAFEGE nie kwestionował w ogóle treści i zakresu wezwania. Jednocześnie SAFEGE zupełnie nie odniósł się do usługi wskazanej w wykazie i nie przedłożył dowodów należytego wykonania usługi. SAFEGE przedstawił jedynie wyjaśnienia do zupełnie innej usługi. Mianowicie SAFEGE odniósł się do innego zadania:

a) w wykazie usług wskazano projekt „Nadzór i zarządzanie w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II”: LOT A - odcinek Warszawa Zachodnia - Miedniewice (Skierniewice) (nr POIIŚ 7.1-24.1),

b) w uzupełnieniu z dnia 28.10.2019 r. SAFEGE odnosił się do projektu „Nadzór i zarządzanie nad modernizacją linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II LOT A i C w zakresie robót dodatkowych i uzupełniających wynikłych przy realizacji Zadania P1, zadania PA w ramach projektu pn. „Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II, LOT A - odcinek Warszawa Zachodnia - Miedniewice (Skierniewice)” POIIŚ 7.1-24.1 oraz zadania P3, zadania PC, zadania P4 w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II”: LOT C - pozostałe roboty (POIIŚ 7.1-24.3).

Z treści uzupełnienia z dnia 28.10.2019 r. nie wynika, czy SAFEGE przedstawia nową usługę w miejsce poprzedniej, czy też nie. Nie złożono bowiem ani nowego wykazu usług, ani też SAFEGE nie wskazał w tym piśmie wszystkich informacji wymaganych przez Zamawiającego do podania w Wykazie Usług.

Odwołujący wskazał, że z dokumentacji nie wynika jednak, jaką właściwie usługę wskazuje w tym zakresie SAFEGE i jakie przedkłada dokumenty na potwierdzenie należytego wykonania usługi:

a) Jeśli bowiem SAFEGE miało zamiar w miejsce pierwotnej usługi podać nową usługę i dlatego przedstawiło nowe protokoły odbioru - to w dokumentacji brak Wykazu usług;

b) Jeśli zaś SAFEGE nie miało zamiaru przedkładać nowego Wykazu usług, a tylko przedłożyć inne dokumenty na potwierdzenie należytego wykonania usług - to w dokumentacji wciąż brak takich dokumentów. Zamawiający wskazał już bowiem wprost, w wezwaniu z dnia 22.10.2019 r., że złożonych pierwotnie dokumentów nie uznaje za prawidłowe i żąda przedstawienia innych, prawidłowych.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, że jeśli Zamawiający uznał, że uzupełniona/nowa usługa spełnia warunki SIWZ - to taka ocena tego projektu przez Zamawiającego jest nieprawidłowa. W tym miejscu Odwołujący zacytował treść wyjaśnień złożonych przez SAFEGE w punkcie 1. pisma z 28 października 2019 r.

Zdaniem Odwołującego, analizując po kolei oświadczenie SAFEGE zawarte

w piśmie z 28 października 2019 r. wraz z dołączonymi załącznikami należy stwierdzić:

a) jako dowody należytego wykonania SAFEGE ponownie przedstawia protokoły odbioru usługi za dany okres. Zamawiający wskazał już SAFEGE, że nie uznaje za dowody należytego wykonania dowodów, z których nie wynika, czy usługa została wykonana należyście.

Tymczasem SAFEGE przedstawił:

- protokół z 28.11.2018 r. - dotyczy usługi wykonywanej w 1 miesiącu: czerwiec 2018 r., potwierdza wykonanie usługi w tym 1 miesiącu. Takie protokoły są podstawą do wystawiania faktur, nie służą potwierdzeniu należytego wykonania całej umowy;

- protokół z 26.11.2018 r. - dotyczy odbioru usługi w okresie zgłaszania wad dla zadania P3 za 2 kwartały. Usługa dla okresu zgłaszania wad się nie zakończyła się - była realizowana przez SAFEGE do czerwca 2018 r. a od czerwca 2018 r. usługę realizuje Odwołujący;

- protokół z 28.11.2018 r. - dotyczy odbioru zadania PC. W protokole nie ma żadnych stwierdzeń o należyтым wykonaniu.

Odwołujący wskazał, że żaden z w/w protokołów nie spełnia warunków określonych dla takich protokołów w SIWZ przez Zamawiającego.

b) przedmiotowa usługa obejmuje przebudowę tylko jednej stacji - Skierniewice. Usługa ta nie spełnia zatem warunku udziału w postępowaniu (przebudowa linii kolejowej obejmująca 2 stacje z minimum 10 rozjazdami na każdej). Tym samym SAFEGE podał informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd.

Odwołujący uzasadniał, że przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp ziszczają się w każdej sytuacji, w której możliwe jest, że Zamawiający może zostać wprowadzony w błąd, w ogóle nie musi dojść do takiego wprowadzenia w błąd. Już samo podanie informacji, które mogłyby u Zamawiającego spowodować mylne wyobrażenie - niezależnie od tego, jaki skutek te informacje spowodują - jest wystarczające, aby uznać, że ziszcza się przesłanka wykluczenia z postępowania. Tak też uznała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 marca 2018 r. sygn. akt KIO 444/18. Z kolei dla ustalenia, że zachodzi przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp wystarczające jest ustalenie rażącego niedbalstwa. Zdaniem Odwołującego każda z w/w opisanych okoliczności faktycznych jest przykładem rażącego niedbalstwa. SAFEGE zna bowiem doskonale zarówno rzeczywisty zakres swojego doświadczenia, jak i zakres doświadczenia personelu, którym posługuje się przy realizacji projektów. Skoro zaś zna ten stan faktyczny, to wpisanie innych okoliczności do dokumentów przekazywanych do Zamawiającego, jest rażącym niedbalstwem.

Z kolei, aby uznać daną informację za wprowadzającą w błąd nie jest istotne ustalenie, jaka była przyczyna podania danej informacji w wykazie. Wystarczające jest bowiem stwierdzenie nawet najmniejszego stopnia winy tj. lekkomyślności czy niedbalstwa. Z całą pewnością działanie SAFEGE wypełnia znamiona co najmniej lekkomyślności czy niedbalstwa

w przedstawianiu Zamawiającemu informacji, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Obowiązkiem wykonawcy jest upewnienie się, czy informacje przekazane Zamawiającemu odpowiadają rzeczywistości, gdyż informacje składane w toku postępowania zmierzają do udzielenia zamówienia właśnie temu wykonawcy, który je składa i w związku z tym mają wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje. Tak też Izba w wyroku z 9 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 531/18.

Odwołujący podkreślał znaczenie oświadczeń własnych wykonawców, jakim właśnie jest przedmiotowy wykaz i w ww. zakresie przywołał stanowisko zawarte w wyroku KIO z 2 maja 2018 r. sygn. akt 596/18. Wskazał, że zgodnie z aktualnym stanem prawnym głównym źródłem wiedzy zamawiającego odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, elementów mogących mieć wpływ na ocenę w kryteriach oceny ofert, jak też związanych z przedmiotem zamówienia, staną się oświadczenia własne wykonawcy. Wynika z tego większe niż dotychczas znaczenie kwestii prawdziwości oświadczeń składanych przez wykonawcę w toku postępowania, jak też rzetelność przekazywanych informacji. Uzasadniał, że Krajowa Izba Odwoławcza zidentyfikowała powyższą zmianę stanu prawnego i od czasu jego wejścia w życie bardzo restrykcyjnie orzeka w zakresie przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Między innymi zwracana jest uwaga na konieczność dołożenia należytej staranności przy sporządzaniu oferty oraz podkreślany jest zawodowy i profesjonalny charakter wykonawców. Powołał się na wyrok KIO z 7 marca 2019 r. sygn. akt KIO 271/19.

Odwołujący wskazał, że podanie w/w informacji niezgodnych ze stanem faktycznym należy zakwalifikować jako lekkomyślność lub niedbalstwo właśnie przy uwzględnieniu obiektywnego wzorca profesjonalisty, jaki to przymiot posiada SAFEGE. Odwołujący podał, że zgodnie z przepisem art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp w przypadku podania nieprawdziwych informacji zaniechanie wykluczenia jest możliwe tylko wtedy, gdy dany wykonawca w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp złoży samooczyszczenie. Podkreślić jednak należy, że samooczyszczenie złożyć można skutecznie jedynie w przypadku, gdy dany wykonawca składa je z własnej inicjatywy - jeszcze przed otrzymaniem wezwania do wyjaśnień czy też podniesienia zarzutu. Tak też wielokrotnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza, przykładowo w wyroku z 14 czerwca 2018 r. sygn. akt: KIO 1102/18 oraz w wyroku z 28 lutego 2018 r. sygn. akt: KIO 274/18.

W zakresie zarzutu 5. Odwołujący wskazał, iż wykonawca SAFEGE w ofercie wskazał, że miesięczne wynagrodzenie:

- a) Specjalisty ds. BHP wynosi 1.000 zł miesięcznie – Załącznik 1B do oferty, Zespół Stały Biura Inżyniera, pozycja 5;
- b) Specjalisty ds. Ochrony Środowiska wynosi 2.000 zł miesięcznie - Załącznik 1B do oferty, Zespół Stały Biura Inżyniera, pozycja 8;
- c) wynagrodzenie 3 Geodetów po 1.500 złotych miesięcznie:

- i. Załącznik 1B do oferty, Zespół Stały dla Kontraktów 1, 2 i 3, pozycja 4; 2 osoby;
- ii. Załącznik 1B do oferty, Personel przypisany do Kontraktu 4 SRK, pozycja 4,1 osoba.

Zdaniem Odwołującego oferta ww. wykonawcy jest sprzeczna z SIWZ, gdyż przewiduje wynagrodzenie miesięcznie poniżej minimalnego wynagrodzenia wymaganego przez bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, a jednocześnie w/w specjaliści nie mogą w okresie realizacji usług podejmować innego zajęcia, czy też łączyć kilku stanowisk.

Odwołujący przywołał brzmienie punktu 3.1.1.1. „Skład personelu” – SIWZ Tom III Opis przedmiotu zamówienia oraz §9 ust. 8 Warunki Umowy Tom II. Wskazał, że wynagrodzenie w kwotach 1.000 - 2.000 zł miesięcznie jest niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę w 2019 r., które zostało ustanowione w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 11 września 2018 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2019 r. i które wynosi 2.250 zł. Z kolei minimalne wynagrodzenie w 2020 r. będzie wynosić 2600 zł. Wykonawca - mając na uwadze długość trwania kontraktu oraz coroczny wzrost wynagrodzenia minimalnego - powinien przewidzieć tę okoliczność w ofercie. Bezsprzeczne jest, że oferta SAFEGE jest sprzeczna z ustawą - gdyż przewiduje zatrudnianie 5 specjalistów poniżej wynagrodzenia minimalnego.

Odwołujący wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1965/17 i KIO 1966/17 z 5 października 2017 r. wskazała, że nieuwzględnienie pełnych kosztów w danej pozycji jest niedopuszczalne i stanowi sprzeczność z SIWZ oraz że jest to niezgodność, której nie można usunąć na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący z ostrożności wskazał, gdyby SAFEGE podnosił, że koszty zatrudnienia w/w osób zostały ujęte w innych pozycjach, np. w pozycji Koszty dodatkowe dla całości projektu, w tym Koszty zarządu, ryzyko czy zysk, że niedopuszczalne jest wskazywanie, że koszty, których obowiązek poniesienia wynika z treści SIWZ, miałyby być pokrywane z rezerw na ryzyka. Czym innym jest bowiem obowiązek objęcia ceną oferty wszystkich kosztów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia (w tym przypadku kosztu zatrudnienia członków Zespołu Stałego), których obowiązek poniesienia wynika z SIWZ, a czym innym - uwzględnienie w cenie oferty pewnej kwoty na ryzyka związane z realizacją zamówienia. Kwota na ryzyka może bowiem obejmować koszty, których poniesienia nie dało się przewidzieć na etapie szacowania ceny oferty, które nie wynikały z SIWZ, a pojawiły się na etapie realizacji zamówienia - np. wynikają ze zmiany okoliczności faktycznych realizacji projektu w długim okresie realizacji zamówienia. Pogląd taki prezentowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 29 stycznia 2018 r. sygn. akt: KIO 2717/17. Podobnie orzeczono np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 15 września 2017 r. sygn. akt: KIO 1805/17 oraz wyroku z 5 października 2017 r. sygn. akt: KIO 1965/17, 1966/17.

W przedmiocie zarzutu 6. Odwołujący wskazał, że zarzut ten powinien być oceniany dopiero po uzyskaniu przez Odwołującego dostępu do złożonych przez SAFEGE dokumentów

w tym zakresie - tj. JEDZ oraz Samooczyszczenia. W związku z powyższym przedmiotowy zarzut podnoszony jest jedynie z ostrożności procesowej. Odwołujący wskazuje, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp powinien brać swój początek w treści w/w dokumentów. W przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut wskazany w pkt I. uzasadnienia, Odwołujący wniósł o nierozpatrywanie przedmiotowego zarzutu jako przedwczesnego, z wyraźnym wskazaniem tej okoliczności w uzasadnieniu orzeczenia. Prawidłowość stanowiska Odwołującego potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 24 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 242/17 - zajmując stanowisko co do zarzutu ewentualnego, opartego na treści bezprawnie utajnionych dokumentów. Odwołujący wskazał, iż podobnie Izba orzekła w wyroku z 4 września 2017 r. sygn. akt: KIO 1713/17.

Wobec powyższego Odwołujący wskazał, iż niniejszy zarzut jest zarzutem ewentualnym, podnoszonym tylko w przypadku nieuwzględnienia zarzutu I. Odwołujący nie jest w stanie podjąć pełnej polemiki z treścią złożonych przez SAFEGE oświadczeń właśnie wobec bezprawnego nieudostępnienia pełnej treści dokumentu JEDZ oraz braku informacji co do właściwego zakresu dokumentu samooczyszczenia (wskazywane powyżej wątpliwości, czy w ogóle samooczyszczenie zostało złożone). Dopiero po udostępnieniu treści tych dokumentów Odwołujący może przedstawić pełną argumentację. Podkreślić należy, że żaden przepis ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnosić zarzut główny oraz - na wypadek jego nieuwzględnienia - zarzut ewentualny. W przypadku nieujawnienia danego dokumentu - a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu - formułowanie zarzutu zaniechania jego ujawnienia oraz zarzutu ewentualnego dotyczącego skutków wadliwości tego dokumentu, jest właśnie działaniem racjonalnym i uzasadnionym. Z jednej strony trudno bowiem wykazać zasadność zarzutu sformułowanego w pewnej części na bazie domysłów czy domniemań, z drugiej strony poniechanie podnoszenia takiego zarzutu - przy oddaleniu zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa - skutkowałoby utratą możliwości podnoszenia tego zarzutu w przyszłości.

Odwołujący podniósł, iż niniejszy zarzut wywodzi swoją podstawę faktyczną z treści informacji zawartych w części tajnej oferty, które to informacje zostały bezpodstawnie nieudostępnione Odwołującemu. Z faktu utajnienia części III C JEDZ można domniemywać, że w pozycji „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat” SAFEGE zaznaczyło „TAK”. Skutkiem powyższego powinno być zaznaczenie w pozycji: „Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia” - „TAK” i złożenie skutecznego samooczyszczenia.

Odwołujący podkreślał, że poprzez samo zaznaczenie odpowiedzi „TAK” w zakresie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat” - SAFEGE złożyło oświadczenie, że jest winne deliktu. Z kolei potwierdzenie, że jest się winnym deliktu samo w sobie stanowi osobną podstawę wykluczenia określoną w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Po złożeniu takiego oświadczenia Zamawiający mógł odstąpić od wykluczenia SAFEGE tylko w sytuacji, w której zostałyby dokonane skuteczne samooczyszczenie.

Z ostrożności, gdyby jednak okazało się, że SAFEGE jakieś „samooczyszczenie” złożył Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia w zakresie samooczyszczenia mają swoje wymogi - wskazała na to Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 28 września 2018 r. sygn. akt: KIO 1797/18. Tak samo z ostrożności Odwołujący wskazał, że SAFEGE nie może podnosić, że na obecnym etapie postępowania przysługuje mu prawo złożenia samooczyszczenia. Na potwierdzenie powyższego stanowiska przywołał wyrok KIO z 8 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1428/19.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 13 grudnia 2019 r. oświadczył, iż uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w punkcie II.2 lit. a – c petitum odwołania, w zakresie pozostałych zarzutów Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu dotyczącego doświadczenia p. P. O., Zamawiający potwierdził przedstawiony przez Odwołującego stan faktyczny.

Wskazał, że postawiony zarzut jest bezpodstawny. Wykonawca SAFEGE, wskazał w pierwotnym wykazie dla tej osoby doświadczenie uzyskane przy „Budowie obwodnicy Skawiny w ciągu drogi kolejowej nr 44”, jednak opis doświadczenia już „na pierwszy rzut oka” nie potwierdzał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego, w związku z czym omyłka w zakresie wskazanych dat realizacji usługi nie miała żadnego znaczenia, a w szczególności treść wykazu nie mogła wprowadzać w błąd Zamawiającego przy podejmowaniu istotnych decyzji. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z warunkiem określonym dla osoby na stanowisko Inżyniera Projektu, osoba taka winna wykazać się doświadczeniem trwającym co najmniej 12 miesięcy na danej inwestycji. Wskazana w wykazie data początkowa świadczenia usługi – „09.2018” w zestawieniu z faktem, że termin składania ofert został wyznaczony na dzień 1 sierpnia 2019 r., powodowała, że już przy wstępnej weryfikacji dokumentów można było stwierdzić, iż usługa ta w żaden sposób nie spełni wymagań Zamawiającego, w związku z czym zachodziła konieczność wezwania SAFEGE do uzupełnienia wykazu potwierdzającego spełnienie

warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, iż abstrahując od faktu, czy błąd w podaniu czasookresu świadczenia usługi był wynikiem lekkomyślności, niedbalstwa, zamierzonego działania czy rażącego niedbalstwa, nie ma to żadnego znaczenia, gdyż informacja ta nie mogła wprowadzić w błąd Zamawiającego i skutkować uznaniem, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W zakresie kwestii „standardowych warunków kontraktowych” Zamawiający wskazał, że nie określił w SIWZ, jakie warunki będzie uznawał za „standardowe”, w związku z czym nie mógł przerzucać negatywnych skutków braków w SIWZ na wykonawcę.

W przedmiocie zarzutu dotyczącego wykazu zamówień złożonego przez wykonawcę SAFEGE Zamawiający wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie z 22 października 2019 r., wykonawca SAFEGE przedstawił dokumenty, które w ocenie Zamawiającego spełniały wymogi potwierdzenia należytego wykonania wykazywanej usługi. Zamawiający wskazał, że numer umowy wskazany w wykazie dotyczy umowy na roboty budowlane, a nie na nadzór. Nadzór nad tymi robotami realizowany był w ramach umowy nr 90/130/243/00/11000005/10/II z 18 października 2010 r., do której wprowadzono 5 aneksów.

Zamawiający wskazał, iż wśród zgłaszanych przez SAFEGE dokumentów znajduje się dokument „Protokół odbioru usługi – okres zgłaszania wad – Zadanie P3”, z którego w sposób jednoznaczny wynika, że dotyczy on usługi nad zadaniem wskazanym w wykazie usług. Protokół ten stanowił potwierdzenie wykonania usługi w danym okresie i dawał podstawę do wystawienia faktury, ale również potwierdzał wykonanie całej usługi wykonawcy, co wynika z ujęcia w tym dokumencie Raportu końcowego z usługi Inżyniera oraz wskazania na stronie drugiej pisma, że: „Zamawiający potwierdza, że usługi zostały wykonane zgodnie z Umową nr 90/130/243/00/11000005/10/II z dnia 18.10.2010 r. oraz aneksami nr 1, 2, 3, 4, 5 do tejże Umowy – prace przyjęto bez zastrzeżeń”. Zamawiający wskazał, iż koreluje to z postanowieniami § 2 ust. 10 ww. Umowy, gdzie wskazano: „Podstawą do wystawienia przez Wykonawcę ostatniej faktury za okres nadzoru nad robotami będzie wywiązanie się Wykonawcy ze wszystkich zobowiązań wynikających z niniejszej Umowy, w tym wystawienie Świadectwa Przejęcia Robót, sporządzenie Raportów końcowych z umowy nadzorowanych kontraktów (pkt 6.1.5 OPZ) i Raportu końcowego z prac Inżyniera (pkt 6.1.6 OPZ) oraz przyjęcie usługi Protokołem Odbioru zawierającym informację o zatwierdzeniu raportu.” Zamawiający przedłożył wyciąg z Umowy na potwierdzenie powyższej okoliczności. Wskazał, iż jak wynika z treści przedłożonego protokołu, Inżynier przedstawił Raport końcowy z usługi Inżyniera i został on zatwierdzony przez Zamawiającego. Tym samym dokument ten potwierdza należyte wykonanie usługi w związku z czym Zamawiający uznał, że wykonawca prawidłowo uzupełnił dokumenty.

W zakresie zarzutu, że wskazana usługa dotyczyła nadzoru nad robotami, które obejmowały tylko jedną stację – Skierniewice, a warunek dotyczył co najmniej dwóch stacji,

Zamawiający wskazał, że powyższe twierdzenie jest chybione. Wbrew twierdzeniom wykonawcy, roboty budowlane w ramach Umowy nr 90/109/033/00/14200/00/10/I/I nie obejmowały w ogóle stacji w Skierniewicach. Roboty obejmowały natomiast m.in. takie stacje jak: Żyrardów, Grodzisk Mazowiecki, na potwierdzenie czego, Zamawiający przedłożył wyciąg z PFU.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy SAFEGE jako niezgodnej z ustawą oraz niezgodnej z treścią SIWZ Zamawiający wskazał, iż Odwołujący stawiając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp winien wskazać, z którym przepisem ustawy Pzp oferta złożona przez SAFEGE jest niezgodna. Zamawiający wskazał, iż po pierwsze Odwołujący nie wskazuje w odwołaniu, który przepis ustawy Pzp został naruszony przez SAFEGE. Wskazanie, że wynagrodzenie w kwotach od 1.000 – 2.000 PLN jest niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę 2019 r., może stanowić jedynie naruszenie przepisów właściwego rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 11 września 2018 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2019 r., przy czym Zamawiający nie zgadza się z tą tezą. Rozporządzenie nie mieści się w definicji ustawy wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w związku z czym ewentualne zastosowanie stawki poniżej minimalnego wynagrodzenia nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Zamawiający z ostrożności podniósł, że jeżeli Odwołujący zmodyfikuje swój zarzut na rozprawie, co należy uznać za niedopuszczalne w świetle brzmienia art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, i wskaże, że niezgodność z ustawą miałyby polegać na niezastosowaniu się do dyspozycji art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który nakazuje wykazanie przy wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny, że wartość kosztów pracy nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, to wskazać należy, że zarzut w takim brzmieniu również jest bezzasadny.

Zamawiający po pierwsze wskazał, że ustawa o minimalnym wynagrodzeniu ma zastosowanie tylko i wyłącznie w odniesieniu do osób zatrudnianych na podstawie umowy o pracę oraz przyjmujących zlecenie lub świadczących usługi. Zamawiający podał definicje zawarte w art. 1 pkt 1b ww. ustawy dotyczące przyjmującego zlecenie lub świadczącego usługi. Argumentował, że w świetle ww. definicji ustawa nie ma żadnego zastosowania w odniesieniu do ustalanego wynagrodzenia z innymi podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą, niemieszczącymi się w definicji przyjmującego zlecenie. W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący dokonał błędnego założenia w zakresie wartości wynagrodzenia odnosząc je bezrefleksyjnie do ustalonych stawek minimalnego wynagrodzenia za pracę lub świadczenia usług. Zamawiający wskazał, iż w odniesieniu do

specjalisty ds. BHP, specjalisty ds. ochrony środowiska oraz geodetów, Zamawiający nie poczynił zastrzeżenia, że mają to być osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę.

Dodatkowo, jak również w zakresie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, Zamawiający wskazał na charakter Załącznika 1B i wskazanych tam cen, przywołując brzmienie punktu 13.2 IDW. Podkreślał, że w żadnym miejscu Zamawiający nie wskazał instrukcji dla wypełnienia załącznika 1B i wykonawcy mieli pełną swobodę w jego wypełnieniu. W szczególności, wbrew stanowisku Odwołującego, Zamawiający w żadnym miejscu IDW nie zastrzegł, że koszty „zatrudnienia” poszczególnych osób nie mogą zostać „przeniesione” do innych pozycji.

Zamawiający podkreślał, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ, wykonawca ma zapewnić dostępność personelu. Zamawiający przywołał brzmienie pkt 3.1 ppkt 6 OPZ i wskazał, że jego treść nie oznacza, że osoby te nie mogą podejmować dodatkowego zajęcia zarobkowego. Wynika to z postanowień § 9 ust. 8 i 9 projektu umowy, gdzie wskazano, iż poza Inżynierem Projektu oraz Inżynierami Rezydentami inne osoby mogą podejmować dodatkowe zatrudnienie za pisemną zgodą Zamawiającego, przy czym brak zgody może wystąpić jedynie w przypadku, gdy podjęcie dodatkowego zatrudnienia uniemożliwi lub utrudni należyte wykonanie obowiązków bądź spowoduje wystąpienie konfliktu interesów. Tym samym Zamawiający podał, że wykonawca SAFEGE mógł przedstawić w Załączniku 1B niższe stawki wynagrodzenia niż wynikają z rozporządzenia Rady Ministrów, a ewentualne dodatkowe koszty, jeżeli faktycznie powstaną, pokryć z rezerwy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, że Izba jest zobowiązana do rozpatrzenia wszystkich zarzutów odwołania, o ile nie zostały one cofnięte. Zamawiający wskazał, iż w świetle art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, postawiony w odwołaniu zarzut może być jedynie uwzględniony lub oddalony, ustawa nie przewiduje innego rozstrzygnięcia. Procedura nie przewiduje natomiast uznania, że jakiś zarzut został postawiony przedwcześnie. W takich przypadkach należy uznać, że dany zarzut nie został udowodniony, a tym samym podlega on oddaleniu. To wykonawca jest dysponentem odwołania i do niego należy decyzja co do stawianych zarzutów. Przyjmując stanowisko Odwołującego doszłoby w istocie do rozpoznawania danego zarzutu dwa razy. Jeżeli Odwołujący zdecydował się postawić dany zarzut, winien on zostać rozpoznany przez Izbę.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że SAFEGE dokonał skutecznego samooczyszczenia tzn. wyjaśnił okoliczności stanowiące podstawę ewentualnego wykluczenia, jak również przedstawił dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności oraz wykazał podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

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. 189 ust. 2 ustawy Pzp, 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. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 3 grudnia 2019 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 6 grudnia 2019 r. po stronie Odwołującego oraz wykonawcę SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 5 grudnia 2019 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, ofertę SAFEGE, wezwania Zamawiającego z 1 i 22 października 2019 r. skierowane do wykonawcy SAFEGE, wyjaśnienia i dokumenty złożone przez SAFEGE przy pismach z 14 i 28 października 2019 r. oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 21 listopada 2019 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 grudnia 2019 r.

Nadto Izba dopuściła dowody z dokumentów złożonych w toku rozprawy przez:

- Odwołującego, tj. Przejściowe Świadczenie Płatności dotyczące umowy na roboty budowlane nr 90/130/0001/14/W/I,
- Zamawiającego, tj. wyciąg z umowy nr 90/130/243/00/11000005/10/I/I wraz z wyciągiem z PFU,
- Przystępującego SAFEGE, tj. porozumienia zawartego w dniu 25 września 2018 r. pomiędzy PKP PLK S.A. z siedzibą w Warszawie a SAFEGE S.A.S z siedzibą w Nanterre.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestników postępowania, wykonawca SAFEGE oświadczył, iż nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1

i 2 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez SAFEGE następujących dokumentów:

a) oferta – Wykaz osób,

b) Samooczyszczenia oraz Załączniki do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa,

c) JEDZ – Część III C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi,

pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 8.6 IDW Zamawiający ustala następujące szczegółowe warunki udziału w postępowaniu:

8.6.1. w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3. IDW wymagane jest wykazanie przez wykonawcę wykonania, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), co najmniej 1 (jednej) usługi polegającej na zarządzaniu inwestycją i sprawowaniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie budowy lub przebudowy linii kolejowej, obejmującej budowę lub przebudowę 2 (dwóch) stacji, z których każda powinna posiadać nie mniej niż 10 (dziesięć) rozjazdów, przy czym usługa ta musi dotyczyć robót budowlanych, których łączna wartość zakończonych lub odebranych Świadectwem Przejęcia (protokołem odbioru końcowego lub dokumentem równoważnym) robót wynosi co najmniej 250 000 000,00 PLN brutto (dwieście pięćdziesiąt milionów złotych), z podaniem jej wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorów usług oraz dowody potwierdzające, że usługa ta została wykonana należycie. Jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) lub zakończenia realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru jeżeli zakończenie realizacji umowy nastąpiło wcześniej niż wystawienie Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).

Z kolei zgodnie z punktem 8.6.2 IDW, w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3. IDW wymagane jest wykazanie przez wykonawcę dysponowaniem osobami wchodzącymi w skład Stałego Zespołu Inżyniera, przy czym osoba wskazana na stanowisko Inżyniera Projektu powinna spełniać następujący warunek, tj. posiadać:

- wykształcenie wyższe;
- minimum 3 (trzy) lata doświadczenia na stanowisku Inżyniera Projektu lub Inżyniera Rezydenta lub Dyrektora Kontraktu lub równorzędnym w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi;
- w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat liczonych do terminu składania Ofert w Postępowaniu zdobył doświadczenie w zakresie zarządzania projektami, na stanowiskach, o których mowa powyżej, na minimum 2 (dwóch) inwestycjach infrastruktury transportowej w tym przynajmniej 1 (jednej) dotyczącej infrastruktury kolejowej (przez okres co najmniej 12 (dwunastu) miesięcy na każdej) realizowanych w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe.

Zgodnie z punktem 3.1.1 OPZ, w całym okresie realizacji Umowy, wykonawca zapewni, dostępność poniżej wymienionego Personelu, niezbędnego do właściwej i sprawnej realizacji Usługi z podziałem na poszczególne Etapy. Niedozwolone jest zajmowanie przez jedną osobę więcej niż jednego stanowiska, w ramach Projektu.

Przedstawiona poniżej lista Personelu Wykonawcy nie jest wyczerpująca, stanowi minimalne wymagania Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest zwiększyć (w ramach Wynagrodzenia) liczbę Personelu samodzielnie oraz na wezwanie Zamawiającego jeżeli wymagana liczba minimalna nie zapewnia sprawnej realizacji Usługi.

Z kolei w punkcie 3.1.1.1. OPZ, Zamawiający określił Personel Wykonawcy na Etapie 1 - realizacji Robót.

Na czas realizacji Robót, Inżynier zobowiązany jest utworzyć Zespół stały Etapu Realizacyjnego (ZsER), który obsługuje całość Robót objętych nadzorowanymi Kontraktami w składzie:

- Zespół stały Biura Inżyniera (ZsBI), który jest wspólny dla całości Robót objętych nadzorowanymi Kontraktami,
- Zespół stały (Zs1), który obsługuje Kontrakt 1, 2 i 3;
- Zespół stały - SRK (Zs2), który obsługuje Kontrakt 4;
- Zespół stały przeglądu dokumentacji (ZsPD).

oraz o Zespół zmienny Etapu Realizacyjnego (ZzER):

- Zespół zmienny Biura Inżyniera (ZzBI), który jest wspólny dla całości Robót objętych nadzorowanymi Kontraktami,
- Zespół zmienny 1 (Zz1), który obsługuje Kontrakt 1, 2 i 3;
- Zespół zmienny 2- srk (Zz2), który obsługuje Kontrakt 4;
- Zespół zmienny przeglądu dokumentacji (ZzPD).

Zespół SRK ma koordynować prace wszystkich zespołów w zakresie uzgodnieniowym i realizacyjnym branży SRK.

Stosownie do treści punktu 3.1.6 OPZ, osoby wymienione w Zespole stałym będą dostępne do dyspozycji Zamawiającego w wymiarze co najmniej pełnego etatu czasu pracy na warunkach opisanych w § 9 ust. 9 WU. Inżynier jest zobowiązany przedłożyć Zamawiającemu HPPI, który w szczegółowy sposób będzie określać dostępność poszczególnych osób Personelu stałego i zmiennego Inżyniera.

Zgodnie z § 9 ust. 8 Warunków Umowy Zamawiający zastrzega, iż następujące osoby:

- 1) Inżynier Projektu;
- 2) Inżynier Rezydent Kontraktu nr 1, 2, 3 i 4 SRK;

nie mogą podejmować w czasie trwania Etapu 1 dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną podejmowania takiego zajęcia. Pozostałe osoby wchodzące w skład Zespołu stałego nie mogą podejmować w czasie trwania Etapu 1 dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną podejmowania takiego zajęcia, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę.

Zgodnie natomiast z ust. 9, Zamawiający nie wyrazi zgody, o której mowa w ust. 8, jeżeli charakter i termin zajęć zarobkowych lub ich rozmiar uniemożliwi lub utrudni należyte wykonanie obowiązków przewidzianych w Umowie lub spowoduje wystąpienie konfliktu interesów.

Z kolei w ust. 10 § 9 Zamawiający wskazał, iż wykonawca lub jego podwykonawca ma obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności związane z realizacją Umowy w zakresie wymienionych osób z Zespołu Stałego Inżyniera:

- a) Inżynier materiałowy;
- b) Specjalista ds. raportowania oraz
- c) Specjalista ds. obmiarowo – rozliczeniowych.

Zgodnie z punktem 13.1 IDW, podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce). Stosownie do punktu 13.2 IDW, cena oferty oraz sposób jej przedstawienia w ofercie określony jest w Formularzu Ofertowym oraz w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego. Szczegółową kalkulację zaoferowanej ceny wykonawca przedstawi w Załączniku 1B do Formularza Ofertowego. Kalkulacja wskazana w Załączniku 1B do Formularza Ofertowego nie będzie stanowić podstawy dokonywania płatności, ale służy porównaniu ofert. Brak złożenia Załącznika 1B powodował będzie niezgodność treści oferty ze specyfikacją.

Termin składania ofert upłynął 1 sierpnia 2019 r.

Wykonawca SAFEGE w załączniku 1B do Formularza Ofertowego podał miesięczne wynagrodzenie dla:

- a) Koordynatora ds. BHP na budowie będącego członkiem Zespołu Stałego Biura Inżyniera w

wysokości 1.000 zł miesięcznie;

b) Specjalisty ds. Ochrony Środowiska będącego członkiem Zespołu Stałego Biura Inżyniera w wysokości 2.000 zł miesięcznie;

c) trzech Geodetów, z czego dwóch będących członkami Zespołu Stałego dla Kontraktów 1, 2 i 3 oraz jednego będącego członkiem Zespołu Stałego dla Kontraktu 4 SRK w wysokości 1.500 złotych miesięcznie.

Z nagłówka załącznika 1B do Formularza Ofertowego wynika, iż stanowił on szczegółową kalkulację wynagrodzenia podstawowego netto za realizację Etapu 1 – W.

Pismem z 1 października 2019 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcę SAFEGE do złożenia dokumentów i oświadczeń, aktualnych na dzień złożenia, potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia.

Pismem z 14 października 2019 r. wykonawca SAFEGE złożył wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty, w tym m.in.:

- wykaz zamówień wykonanych przez wykonawcę (załącznik nr 6 do IDW). Wykonawca SAFEGE w załączniku nr 6 wykazał się realizacją jednej usługi, tj. Nadzór i zarządzanie w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II”: LOT A - odcinek Warszawa Zachodnia - Miedniewice (Skierniewice) (nr POIIS 7.1-24.1). Umowa nr 90/109/033/000/14200/00/10/I/I. SAFEGE wskazał, iż ww. usługa polegała na zarządzaniu inwestycją i sprawowaniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie przebudowy linii kolejowej, obejmującej przebudowę dwóch stacji, z których każda posiada nie mniej niż dziesięć rozjazdów. Stacje: Pruszków, Grodzisk Mazowiecki, Żyrardów i Radziwiłłów. Wskazał, że usługa była realizowana wg warunków FIDIC, wystawiono Świadectwo Przejęcia. SAFEGE podał jako termin rozpoczęcia realizacji zamówienia 18.10.2010 r., a jako termin zakończenia realizacji zamówienia 30.09.2016 r. Jednocześnie wykonawca wskazał, iż okres zgłaszania wad zakończył się w dniu 14.12.2016 r. Na potwierdzenie należytego wykonania ww. usługi wykonawca przedstawił świadectwo przejęcia części robót nr 1/LOT A z 4 kwietnia 2016 r.

- wykaz osób (załącznik nr 6a do IDW). Wykonawca SAFEGE w załączniku nr 6a dla osoby wskazanej na stanowisko Inżyniera Projektu – p. P. O. podał trzy inwestycje, w tym jedną dotyczącą „Budowa obwodnicy Skawiny w ciągu drogi krajowej nr 44” z okresem trwania „09.2018 – 07.2019”. Jednocześnie dla wszystkich usług wskazanych w załączniku nr 6a SAFEGE podał, iż inwestycje były realizowane w oparciu o inne standardowe warunki kontraktowe – umowa na roboty budowlane.

Zamawiający w dniu 22 października 2019 r. wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcę SAFEGE w zakresie:

1. przedstawienia dowodów, iż usługa wskazana w załączniku nr 6 została wykonana

należycie. W ww. piśmie Zamawiający wskazał, że załączony dokument „Świadectwo przejęcia części robót nr 1/LOT A” nie stanowi takiego dowodu, ponieważ nie wynika z niego czy usługa została wykonana należycie. Zamawiający przywołał wyrok SN z 13 września 2017 r. sygn. akt: IV CSK 578/16, z którego wynika, iż „na gruncie warunków kontraktowych FIDIC zgodnie z klauzulą 11.9 zobowiązania wykonawcy zostaną uznane za wykonane dopiero z chwilą wystawienia świadectwa wykonania. Dopiero ten dokument uważany jest za akceptację robót, jako właściwie wykonanych”.

2. osoby wskazanej na stanowisko Inżyniera Projektu wskazując, że z analizy treści przekazanego przez wykonawcę wykazu osób wynika, że osoba wskazana na stanowisko Inżyniera Projektu nie posiada wymaganego doświadczenia, gdyż na 2 z 3 przedstawionych projektów pełniła funkcję Dyrektora Kontraktu przez okres 11 miesięcy w okresie ostatnich 10 lat liczonych do terminu składania ofert. Na projekcie „Budowa obwodnicy Skawiny w ciągu drogi krajowej nr 44” całkowity okres świadczonej usługi wyniósł 11 miesięcy. Z kolei na projekcie „Budowa obwodnicy Stargardu Szczecińskiego” całkowity okres świadczonej usługi wyniósł 23 miesiące, jednak tylko 11 miesięcy z tego okresu mieści się w ostatnich 10 latach liczonych do terminu składania ofert. Dodatkowo, w przypadku osoby wskazanej na stanowisko Inżyniera Projektu, wykonawca wskazał, że wszystkie przedstawione usługi były realizowane w oparciu o „inne standardowe warunki kontraktowe”. W związku z powyższym Zamawiający wezwał ww. wykonawcę do doprecyzowania w oparciu o jakie konkretne standardowe warunki kontraktowe były realizowane wykazane usługi.

Pismem z 28 października 2019 r. wykonawca SAFEGE wyjaśnił, że:

Ad. 1 W kwestii dowodów potwierdzających należyte wykonanie, wykonawca potwierdził, że wskazana usługa w załączniku nr 6 do SIWZ, była realizowana z należyłą starannością od początku realizacji umowy do momentu podpisania porozumienia zawartego pomiędzy SAFEGE S.A.S. a PKP PLK w dniu 25.09.2018 i sporządzenia raportu końcowego z wykonania usługi. Na potwierdzenie należytego wykonania usługi wykonawca przedłożył protokoły odbioru usług, zaakceptowane i podpisane przez Zamawiającego:

- Protokół odbioru usługi, podpisany przez Zamawiającego w dniu 28.11.2018 r.,
- Protokół odbioru usługi – okres zgłaszania wad – zadanie P3, podpisany przez Zamawiającego w dniu 26.11.2018 r.,
- Protokół odbioru usługi, podpisany przez Zamawiającego w dniu 28.11.2018 r.

Wykonawca SAFEGE wskazał, że w jego ocenie przedstawione protokoły odbioru usługi przez Zamawiającego są najbardziej adekwatnymi dowodami jej należytego wykonania. Tym samym SAFEGE, w pełni wykonała wezwanie Zamawiającego zgodnie z jego treścią. Jednocześnie wykonawca wskazał, że gdyby konieczne było wskazanie jakichkolwiek dalszych informacji pozostaje w gotowości do ich przekazania na odpowiednie wezwanie Zamawiającego. Z daleko idącej ostrożności wykonawca wskazał również, że oprócz usługi wskazanej w

załączniku nr 6 do SIWZ, której dotyczą ww. protokoły, wykonał również inną usługę spełniającą wymagania Zamawiającego, tj. – warunek udziału w postępowaniu i w razie potrzeby, na odpowiednie wezwanie Zamawiającego, jest gotowy przedstawić ją Zamawiającemu wraz z referencją potwierdzającą jej należyte wykonanie.

Ad. 2 W doświadczeniu osoby wskazanej na stanowisko Inżyniera Projektu w zakresie usługi dotyczącej Budowy obwodnicy Skawiny w ciągu drogi krajowej nr 44 omyłkowo zamieszczono informację o terminie zakończenia w lipcu 2019. Prawidłowa data zakończenia pełnienia usługi to sierpień 2019. Omyłka spowodowana była tym, że w lipcu 2019 otrzymaliśmy CV sporządzone przez Pana O. . Dodatkowo wykonawca wskazał, że Pan O. posiada również doświadczenie na stanowisku Dyrektora Kontraktu związane z Przebudową kolejowego mostu stalowego na rzece Warcie na stacji Poznań Starołęka w km 196,254 wraz z robotami towarzyszącymi (czas trwania 11.2014 do 11.2015, inwestycja realizowana w oparciu o inne standardowe warunki kontraktowe - umowa na roboty budowlane). Wykonawca nadto podał, że wszystkie wskazane w załączniku 6a Potencjał kadrowy, pozycje dotyczące doświadczenia pana P. O. - zrealizowane były w oparciu o inne standardowe warunki kontraktowe - umowy na roboty budowlane. Wykonawca przekazał uzupełniony załącznik nr 6a - Potencjał kadrowy zawierający powyższe informacje.

Za najkorzystniejszą w ww. postępowaniu Zamawiający uznał w dniu 21 listopada 2019 r. ofertę wykonawcy SAFEGE. Na drugim miejscu w ranking ofert uplasowała się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż mając na uwadze uwzględnienie przez Zamawiającego odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 1 i 2 oraz w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz wobec braku sprzeciwu wykonawcy SAFEGE przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Izba uznała, że postępowanie odwoławcze, w zakresie przedmiotowego zarzutu podlega umorzeniu. W tym miejscu Izba wskazuje, że celowość i zasadność ww. czynności Zamawiającego znalazła się poza merytoryczną oceną Izby.

Odnosząc się natomiast do spornej między Stronami postępowania odwoławczego kwestii wykonania żądania Odwołującego w zakresie zarzutu uwzględnionego przez Zamawiającego, Izba wskazuje, iż aby uczynić zadość żądaniu odwołania Zamawiający winien unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzyć czynność badania i oceny ofert, w tym odtajnić zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa dokumenty a następnie powtórzyć czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Wszystkie ww. żądania zostały sformułowane przez Odwołującego w treści odwołania. Wskazać należy, iż czynność wyboru

najkorzystniejszej oferty wieńczy wszystkie czynności dokonywane przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego celem jest wybór oferty wykonawcy najlepiej spełniającej wymogi zamawiającego. Po zawiadomieniu wykonawców o ostatecznym wyniku postępowania zamawiający nie dokonuje już żadnych innych czynności związanych z badaniem czy oceną ofert. Tym samym za nieprawidłowe należałoby uznać działanie Zamawiającego polegające na odtajnieniu pewnych dokumentów dotyczących oferty SAFEGE po wyborze najkorzystniejszej oferty z jednoczesnym utrzymaniem w mocy czynności wyboru oferty tego wykonawcy. Nie ulega wątpliwości, iż zaniechanie odtajnienia dokumentów niezasadnie zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wskutek odtajnienia tych informacji konkurenci będą mogli zweryfikować prawidłowość działań Zamawiającego odnoszących się do oceny informacji, zawartych w części niejawniej oferty wykonawcy SAFEGE. Jednocześnie będą mogli ewentualnie formułować zarzuty, których nie byli w stanie postawić z uwagi na brak dostępu do tych danych. Nie można także wykluczyć, że efektem tych działań może być odrzucenie oferty wykonawcy SAFEGE, czy też wykluczenie go z udziału w postępowaniu. Tym samym jeśli Zamawiający uznał, iż popełnił błędy na etapie badania oferty wykonawcy SAFEGE, bowiem zaniechał odtajnienia dokumentów bezzasadnie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, to zdaniem Izby, winien wrócić do tego etapu, unieważniając w pierwszej kolejności czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy SAFEGE z postępowania pomimo niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Inżyniera Projektu oraz z uwagi na to, iż ww. wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego oraz wprowadził w błąd Zamawiającego przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, tj. nie dokonując samooczyszczenia.

Izba wskazuje, iż analiza treści odwołania prowadzi do wniosku, iż Odwołujący powyższy zarzut oparł na dwóch okolicznościach faktycznych. Po pierwsze podniósł, że wykonawca SAFEGE stwierdził, iż „omyłkowo zamieszczono informację o terminie zakończenia w lipcu” w odniesieniu do doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Inżyniera Projektu – p. P. O. w zakresie inwestycji pn. „Budowa obwodnicy w ciągu drogi krajowej nr 44”, dla której w pierwotnie złożonym wykazie osób (załącznik nr 6a do IDW), jako okres trwania usługi wykonawca podał „09.2018 - 07.2019”, a wskutek

wezwania Zamawiającego z 22 października 2019 r. wskazał jako okres trwania ww. usługi „09.2018 - 08.2019”. Po drugie Odwołujący podniósł, iż wykonawca SAFEGE w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie ustosunkował się do pytania co to są „standardowe warunki kontraktowe”.

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.

Jednocześnie stosownie do treści art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, 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 kryteria, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Tym samym jak wynika z powyższego przepisu, dla zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, łącznie muszą zostać spełnione następujące przesłanki: przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd, błąd ten polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Istotne znaczenie ma przy tym charakter informacji, gdyż w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp ustawodawca wskazał wprost, że norma ta dotyczy wprowadzenia zamawiającego w błąd wyłącznie przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, a zatem informacji w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu (tak KIO w wyroku z dnia 11 czerwca 2018 r. sygn. akt: KIO 929/18).

Z kolei w świetle punktu 17 ww. przepisu, 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 zobowiązań.

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 12, 16 lub 17 ustawy Pzp, które skutkowałyby wykluczeniem wykonawcy SAFEGE z postępowania.

Na wstępie, w ocenie Izby, przypomnieć należy, iż zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Norma wyrażona w powyższym przepisie wyznacza zakres rozstrzygnięcia Izby, który z kolei determinowany jest treścią odwołania, tj. kwestionowaną w nim czynnością oraz jasnymi i skonkretyzowanymi, przed upływem terminu na wniesienie odwołania, zarzutami składającymi się z dwóch warstw - prawnej oraz faktycznej. Tym samym to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar skonkretyzowania stawianych zarzutów na wspomnianych wyżej płaszczyznach. Poza treścią samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu.

W kontekście powyższego Izba wskazuje, iż nie mogła zostać wzięta pod uwagę przez Izbę argumentacja Odwołującego podnoszona, w toku rozprawy, dotycząca inwestycji pn. „Przebudowa kolejowego mostu stalowego na rzece Warcie na stacji Poznań Starołęka w km. 196.254 wraz z robotami towarzyszącymi”, dla której wykonawca SAFEGE wskazał jako okres

trwania usługi daty: „11.2014 - 11.2015”. Lektura odwołania prowadzi do wniosku, iż Odwołujący nie kwestionował okresu wykonania ww. usługi przez wykonawcę SAFEGE w treści odwołania, tym samym podnoszona przez Odwołującego dopiero w toku rozprawy argumentacja nie mieściła się w ramach podstawy faktycznej postawionego w odwołaniu zarzutu i nie mogła stanowić przedmiotu rozpoznania Izby.

W zakresie doświadczenia p. P. O. nabytego przy realizacji inwestycji pn. „Budowa obwodnicy Skawiny w ciągu drogi krajowej nr 44” Izba podzieliła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego. Zgodzić należy się z Zamawiającym, iż już pobieżna analiza opisu doświadczenia p. P. O. w zakresie powyższego zadania wskazywała, iż wykonawca SAFEGE nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego w zakresie okresu realizacji inwestycji transportowej. Zgodnie z punktem 8.6.2 IDW osoba wskazana na stanowisko Inżyniera Projektu, winna wykazać się doświadczeniem trwającym co najmniej 12 miesięcy przy wykonaniu danej inwestycji. Wskazana przez wykonawcę SAFEGE w załączniku nr 6a do IDW data początkowa świadczenia ww. usługi – „09.2018” w zestawieniu z faktem, że termin składania ofert został wyznaczony na dzień 1 sierpnia 2019 r., powodowała, że już przy wstępnej weryfikacji dokumentów można było stwierdzić, iż usługa ta w żaden sposób nie spełni wymagań Zamawiającego, w związku z czym zachodziła konieczność wezwania SAFEGE do uzupełnienia wykazu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu. O tym, że wykonawca SAFEGE nie wprowadził Zamawiającego przy wykazywaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego świadczy treść wezwania z 22 października 2019 r. skierowanego do ww. wykonawcy, w którym Zamawiający wprost podał, iż „z analizy treści przekazanego przez Wykonawcę wykazu osób wynika, że osoba wskazana na stanowisko Inżyniera Projektu nie posiada wymaganego doświadczenia, gdyż na 2 z 3 przedstawionych projektów pełniła funkcję Dyrektora Kontraktu przez okres 11 miesięcy w okresie ostatnich 10 lat liczonych do terminu składania ofert”.

Jednocześnie jak wyjaśnił w piśmie z 28 października 2019 r. wykonawca SAFEGE w doświadczeniu osoby wskazanej na stanowisko Inżyniera Projektu p. P. O. w zakresie usługi dotyczącej budowy obwodnicy Skawiny w ciągu drogi krajowej nr 44 omyłkowo zamieszczono informację o terminie zakończenia w lipcu 2019 r., a prawidłowa data zakończenia usługi to sierpień 2019 r. Wykonawca wyjaśnił, że omyłka spowodowana była tym, że w lipcu 2019 r. otrzymał CV sporządzone przez p. P. O. .

W kontekście powyższego zauważyć należy, iż jeżeli prawidłowa data zakończenia projektu dotyczącego budowy obwodnicy Skawiny przypadła na sierpień 2019 r., to wykonawca SAFEGE wskazując w pierwotnie złożonym załączniku nr 6a informację o dacie zakończenia ww. projektu w lipcu 2019 r. w istocie złożył oświadczenie na swoją niekorzyść. Jednocześnie przygotowując ofertę w lipcu 2019 r., na co wskazuje otrzymanie życiorysu

zawodowego od p. P. O. w tym miesiącu, wykonawca SAFEGE nie mógł wskazać jako okresu trwania wykonanej usługi, na przyszłość, podając jako datę końcową -sierpień 2019 r.

Mając na uwadze powyższe, w okolicznościach niniejszej sprawy Izba stwierdziła, że wykonawca SAFEGE wykazując się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem w zakresie potencjału kadrowego nie mógł wprowadzić Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Tym samym z uwagi na to, iż odpadła podstawowa przesłanka wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, tj. „wprowadzenia w błąd” brak było podstaw wykluczenia wykonawcy SAFEGE z postępowania w zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Przechodząc następnie do podnoszonej przez Odwołującego kwestii, jakoby wykonawca SAFEGE, nie ustosunkował się do pytania Zamawiającego co to są „standardowe warunki kontraktowe” Izba wskazuje, że z powyższym stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić. Wykonawca SAFEGE w wyjaśnieniach z 28 października 2019 r. wskazał, że wszystkie wskazane w załączniku nr 6a do IDW pozycje dotyczące doświadczenia p. P. O. zrealizowane były w oparciu o inne standardowe warunki kontraktowe – umowy na roboty budowlane. Z powyższego wynika zatem, iż wykonawca SAFEGE udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, jednocześnie uzupełniając treść załącznika nr 6a w powyższym zakresie. Izba wskazuje, że inaczej należy traktować brak odpowiedzi wykonawcy na pytanie skierowane przez Zamawiającego. Inną kwestią jest natomiast to, czy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia były rzetelne i czyniły zadość wezwaniu Zamawiającego. To odwołujący się wykonawca winien przedstawić już w odwołaniu, a nie dopiero w toku rozprawy przed Izbą, argumentację dlaczego złożonych przez wykonawcę SAFEGE wyjaśnień w zakresie standardowych warunków kontraktowych nie można uznać za rozwiewających wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący ograniczył się w treści odwołania do stwierdzenia, iż wykonawca SAFEGE nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, pomijając tym samym treść złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w ww. zakresie, co w konsekwencji wiązało się z brakiem zaprezentowania przez Odwołującego argumentacji uzasadniającej stanowisko, iż brak jest standardowych warunków kontraktowych w przypadku umowy o roboty budowlane.

Wziąwszy pod rozwagę powyższe zdaniem Izby brak było podstaw do uznania, iż wykonawca SAFEGE winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w oparciu o sformułowane przez Odwołującego zarzuty.

Nie potwierdził się zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 lub 17 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy SAFEGE z postępowania pomimo niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej

lub zawodowej oraz z uwagi na to, iż ww. wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego oraz wprowadził w błąd Zamawiającego przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że za aktualną dla ww. zarzutu uznać należy argumentację prawną zaprezentowaną powyżej dotyczącą przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania będących podstawą rozpoznawanego zarzutu.

Zdaniem Izby w okolicznościach niniejszej sprawy nie zostały spełnione przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 lub 17 ustawy Pzp, które skutkowałyby wykluczeniem wykonawcy SAFEGE z postępowania.

Izba wskazuje, że wykonawca SAFEGE w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.6.1 IDW, w załączniku nr 6 wykazał się realizacją usługi polegającej na nadzorze i zarządzaniu w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II”: LOT A - odcinek Warszawa Zachodnia - Miedniewice (Skierniewice) (nr POIIS 7.1-24.1). W toku postępowania odwoławczego w sposób bezsporny między Stronami ustalono, iż numer umowy wskazany przez wykonawcę SAFEGE w załączniku nr 6, tj. 90/109/033/000/14200/00/10/I/I dotyczył umowy na roboty budowlane, a nie umowy na nadzór. Jednocześnie ustalono, iż nadzór nad robotami budowlanymi realizowany był przez ww. wykonawcę w ramach umowy nr 90/130/243/00/11000005/10/I/I z 18 października 2010 r., do której strony umowy wprowadziły pięć aneksów.

Bezspornie wykonawca SAFEGE, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 22 października 2019 r., wśród dokumentów mających potwierdzać należyte wykonanie usługi wskazanej w załączniku nr 6 do IDW, przedstawił m.in. dokument pn. „Protokół odbioru usługi – okres zgłaszania wad – Zadanie P3 dotyczy II fazy” z 26 listopada 2018 r., z którego wynika, że dotyczył on usługi nadzoru nad zadaniem wskazanym w wykazie zamówień. Powyższe potwierdza treść nagłówka ww. protokołu w brzmieniu: „Nadzór i zarządzanie w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej Warszawa – Łódź, Etap II”: 1.LOT A – Odcinek Warszawa Zachodnia – Miedniewice (Skierniewice) (Nr POIIS 7.1 – 24.1), 2. LOT C pozostałe roboty (Nr POIIS 7.1 – 24.3) w ramach umowy: 90/130/243/00/11000005/10/I/I”. Analiza ww. protokołu prowadzi do wniosku, iż dokument ten stanowił potwierdzenie wykonania usługi w danym okresie (28.02.2018 r. do 30.06.2018 r.) i dawał podstawę do wystawienia faktury, jak również potwierdzał wykonanie całej usługi realizowanej przez wykonawcę SAFEGE w ramach umowy nr 90/130/243/00/11000005/10/I/I z 18 października 2010 r. wraz z pięcioma aneksami do tejże umowy, co wynikało z ujęcia w rzeczonym dokumencie Raportu końcowego z usługi Inżyniera. Dalej wskazać należy, iż z przedmiotowego protokołu wynika, że dokumenty przekazane Zamawiającemu przez

Inżyniera Projektu wymienione w tabeli drugiej, w tym Raport końcowy z usługi Inżyniera, uzyskały zatwierdzenie Zamawiającego. Jednocześnie w treści ww. protokołu Zamawiający potwierdził, że usługi zostały wykonane zgodnie z umową nr 90/130/243/00/11000005/10/II z 18 października 2010 r. oraz aneksami nr 1, 2, 3, 4, 5 do umowy oraz że prace przyjęto bez zastrzeżeń.

Powyższe informacje wynikające z dokumentu pn. „Protokół odbioru usługi – okres zgłaszania wad – Zadanie P3 dotyczy II fazy” z 26 listopada 2018 r. korelowały z postanowieniem §2 ust. 10 umowy nr 90/130/243/00/11000005/10/II, który stanowił, że „Podstawą do wystawienia przez Wykonawcę ostatniej faktury za okres nadzoru nad robotami będzie wywiązanie się Wykonawcy ze wszystkich zobowiązań wynikających z niniejszej Umowy, w tym wystawienie Świadectwa Przejęcia Robót, sporządzenie Raportów końcowych z umowy nadzorowanych kontraktów (pkt 6.1.5 OPZ) i Raportu końcowego z prac Inżyniera (pkt 6.1.6 OPZ) oraz przyjęcie usługi Protokołem Odbioru zawierającym informację o zatwierdzeniu raportu.” Jednocześnie w toku postępowania odwoławczego Zamawiający oraz Przystępujący SAFEGE wyjaśnili, że ww. protokół stanowił ostatni dokument wydany w ramach umowy nr 90/130/243/00/11000005/10/II, co nie było kwestionowane przez Odwołującego.

Co więcej, powyższe okoliczności były spójne z wyjaśnieniami wykonawcy SAFEGE zawartymi w piśmie z 28 października 2019 r., w których wykonawca wskazał, iż usługa podana w załączniku nr 6 do IDW była realizowana do momentu podpisania porozumienia zawartego pomiędzy SAFEGE a Zamawiającym w dniu 25 września 2018 r. i sporządzenia raportu końcowego z wykonania usługi. Jednocześnie wykonawca SAFEGE złożył w toku rozprawy ww. porozumienie z 28 października 2019 r., w którym Strony określiły datę zakończenia realizacji umowy nr 90/130/243/00/11000005/10/II z dniem 30 czerwca 2018 r. Ponadto w § 2 ust. 4 ww. porozumienia, Strony postanowiły, że Raport Końcowy z realizacji projektów i Raport końcowy z prac Inżyniera mają uwzględniać stan faktycznie wykonanych robót i okresu gwarancji do dnia 30 czerwca 2018 r. Treść powyższego porozumienia jest z kolei spójna z protokołem odbioru usługi – okres zgłaszania wad – Zadanie P3 dotyczy II fazy” z 26 listopada 2018 r., w zakresie dotyczącym potwierdzenia wykonania części usługi realizowanej do 30 czerwca 2018 r.

Wziąwszy pod rozwagę powyższe Izba wskazuje, iż niezasadne są twierdzenia Odwołującego, jakoby wykonawca SAFEGE, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 22 października 2019 r. nie odniósł się do usługi wskazanej w załączniku nr 6 i nie przedłożył dowodów należytego wykonania usługi. Jak już wskazano, powyższemu przeczy treść dokumentu pn. „Protokół odbioru usługi – okres zgłaszania wad – Zadanie P3 dotyczy II fazy” z 26 listopada 2018 r. Kolejno za nieuzasadnione Izba uznała twierdzenia Odwołującego, iż z treści uzupełnienia z 28 października 2019 r. nie wynika, czy SAFEGE przedstawia nową

usługę w miejsce poprzedniej, czy też nie. Izba stwierdza, że w wyjaśnieniach z 28 października 2019 r. wykonawca SAFEGE jednoznacznie wskazał, że złożone Zamawiającemu protokoły dotyczą usługi przedstawionej w załączniku nr 6, tym samym wykonawca nie przedstawił Zamawiającemu nowej usługi na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.6.1 IDW.

Za niewykazane Izba uznała twierdzenia Odwołującego, jakoby wskazana przez SAFEGE w załączniku nr 6 usługa dotyczyła nadzoru nad robotami budowlanymi, które obejmowały tylko jedną stację, tj. Skierniewice. Jak wykazał Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą, roboty budowlane prowadzone w ramach umowy nr 90/109/033/000/14200/00/10/I w ogóle nie dotyczyły stacji w Skierniewicach, a takich stacji jak Żyrardów, Grodzisk Mazowiecki. Powyższa okoliczność była spójna z treścią oświadczenia wykonawcy SAFEGE zawartego w załączniku nr 6, jak również została potwierdzona przez Zamawiającego w złożonym wyciągu z PFU dotyczącym ww. umowy.

Podsumowując powyższe Izba stwierdza, iż wykonawca SAFEGE wykazał się wymaganym przez Zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu wskazanym w punkcie 8.6.1 IDW oraz potwierdził należyte wykonanie wykazywanej usługi. Brak było zatem podstaw wykluczenia wykonawcy SAFEGE na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 lub 17 ustawy Pzp w zakresie okoliczności faktycznych podniesionych w odwołaniu.

Za niezasadne Izba uznała zarzuty odwołania dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SAFEGE, mimo że oferta ww. wykonawcy jest niezgodna z ustawą oraz treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie jest to omyłka polegająca na poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący ww. zarzuty oparł na wspólnej podstawie faktycznej podnosząc, iż wykonawca SAFEGE przewidział zatrudnienie pięciu specjalistów, tj. Koordynatora ds. BHP, Specjalisty ds. Ochrony Środowiska oraz trzech Geodetów poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2019 r. ustanowionego w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 11 września 2018 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2019 r. (Dz. U. z 2018 r. poz. 1794). Zgodnie z przepisami ww. rozporządzenia wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę wynosi 2250 zł, a minimalna stawka godzinowa 14,70 zł.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. Izba wskazuje, iż obowiązek odrzucenia oferty na ww. podstawie prawnej powstaje wówczas, gdy oferta narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych lub przepisy wykonawcze, wydane jej podstawie. Z powyższego wynika, iż nie będzie podlegała odrzuceniu oferta wykonawcy na ww. podstawie prawnej w przypadku niezgodności z innymi

ustawami niż Prawo zamówień publicznych. Ponadto wskazać należy, iż ustawodawca w art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, przewidział obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Powyższe tym bardziej potwierdza, iż użyte w art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp pojęcie „ustawy” dotyczy Prawa zamówień publicznych. W tym miejscu Izba wskazuje, iż powyższe nie oznacza, że dozwolone jest stosowanie niższych stawek wynagrodzenia niż określone ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, jednakże takie działanie może być przyczyną odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, o czym pośrednio świadczy treść art. 90 ust. 1 pkt 1 tej ustawy Pzp, gdzie wymieniona jest m.in. ustawa o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tak KIO w wyroku z 21 grudnia 2018 r. sygn. akt: KIO 2535/18).

Uwzględniając powyższe rozważania prawne Izba wskazuje, iż Odwołujący nie podał w treści odwołania jaki przepis ustawy Prawo zamówień publicznych został naruszony przez wykonawcę SAFEGE wskutek planowanego zatrudnienia pięciu specjalistów poniżej wynagrodzenia minimalnego. Tym samym, nawet ewentualne zastosowanie przez wykonawcę SAFEGE wynagrodzenia niższego od przewidzianego w ustawie o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, nie może stać się podstawą odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ przepis ten nie odnosi się do ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Odnosząc się z kolei do drugiej wskazanej przez Odwołującego podstawy odrzucenia oferty wykonawcy SAFEGE, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż stosownie do treści ww. przepisu, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, interpretacja ww. przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17). Innymi słowy nie chodzi o rozważania w zakresie formy oferty, które z reguły także są zamieszczane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale dotyczące jej treści. Jednocześnie podkreślić należy, iż odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wymaga uchwycenia, na czym konkretnie polega niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a specyfikacją istotnych warunków zamówienia, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami SIWZ (tak KIO w wyroku z dnia 25 czerwca 2019 r. sygn. akt: KIO 1042/19).

Izba wskazuje, iż w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący nie wskazał postanowienia SIWZ, z którym oferta wykonawcy SAFEGE jest niezgodna, co implikowałoby

po stronie Zamawiającego obowiązek jej odrzucenia. W szczególności takiej podstawy nie stanowi pkt 3.1.1.1 OPZ statuujący zakaz zajmowania przez jedną osobę więcej niż jednego stanowiska w ramach projektu. Podstawy takiej nie daje również postanowienie § 9 ust. 8 Warunków Umowy, w którym Zamawiający zastrzegł, iż pozostałe osoby wchodzące w skład Zespołu stałego (poza Inżynierem Projektu oraz Inżynierami Rezydentami Kontraktu nr 1, 2, 3 i 4 SRK) nie mogą podejmować w czasie trwania Etapu 1 dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną podejmowania takiego zajęcia, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę. Wskazać należy, iż w odniesieniu do ww. osób, których wysokość wynagrodzenia kwestionuje Odwołujący, Zamawiający nie zastrzegł, iż osoby te mają być zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Z kolei na podstawie informacji zawartych w załączniku 1B złożonym przez SAFEGE nie sposób wywieść zarówno podstawy dysponowania tymi osobami przez wykonawcę, przyjętej liczby godzin pracy czy też świadczenia usług, jak również warunków i zasad wynagrodzenia tych osób. Zamawiający nie wskazał w SIWZ żadnych wytycznych dotyczących sposobu wypełnienia przez wykonawców załącznika 1B do oferty, w tym w szczególności nie określił podstawy zatrudnienia oraz minimalnego wymiaru pracy/świadczenia usług, a jedynie akcentował obowiązek wykonawcy w postaci zapewnienia dostępności personelu. Wobec braku ww. danych w treści specyfikacji oraz wzięwszy pod rozwagę, iż Odwołujący nie podniósł zarzutu zaniechania wyjaśnienia poszczególnych pozycji załącznika 1B, jak również nie akcentował takiej potrzeby w toku rozprawy przed Izbą, nie sposób przesądzić, iż oferta wykonawcy SAFEGE była niezgodna z treścią specyfikacji.

Jednocześnie zauważyć należy, iż jak wynika z nagłówka załącznika 1B, dokument ten stanowił szczegółową kalkulację wynagrodzenia podstawowego netto za realizację etapu I, tym samym przewidziane przez SAFEGE wynagrodzenie specjalisty ds. ochrony środowiska w kwocie 2000 zł netto, przekraczało kwotę minimalnego wynagrodzenia za pracę w roku 2019.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp dotyczący oferty wykonawcy SAFEGE nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SAFEGE z postępowania, pomimo iż z przyczyn leżących po stronie ww. wykonawcy, SAFEGE nie wykonał (albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu) wcześniejszej umowy, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania, a jednocześnie nie złożył skutecznego samooczyszczenia w trybie przepisu art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, Izba pozostawiła bez rozpoznania. Odwołujący sformułował ww. zarzut jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie

czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonego przez SAFEGE dokumentu samooczyszczenia wraz z załącznikami do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Mając na uwadze, że Zamawiający uwzględnił zarzut odwołania dotyczący objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w zakresie ww. dokumentów oraz wobec braku sprzeciwu wykonawcy SAFEGE, zgodnie z wolą Odwołującego, zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp Izba pozostawiła bez rozpoznania.

W ocenie Izby Odwołujący jest dysponentem odwołania i do niego należy decyzja, co do stawianych zarzutów, w tym zarzutów podnoszonych z ostrożności procesowej, których rozpoznanie winno nastąpić w przypadku nieuwzględnienia zarzutu podstawowego. W przedmiotowej sprawie poczynione przez Odwołującego zastrzeżenie należy uznać za uzasadnione, gdyż brak znajomości dokumentów złożonych przez wykonawcę SAFEGE w ramach procedury self – cleaning'u, uniemożliwia wykonawcy sformułowanie zarzutów wobec czynności lub zaniechań Zamawiającego, opartych na faktycznych podstawach. Zgodzić należy się z Odwołującym, iż dopiero w przypadku, gdy Zamawiający udostępni odwołującemu się wykonawcy żądane dokumenty, możliwe będzie skonstruowanie zarzutów względem Zamawiającego w ramach środków ochrony prawnej.

W konsekwencji nie potwierdził się zarzut polegający na wyborze oferty wykonawcy SAFEGE, która winna zostać odrzucona, czy też wyborze oferty ww. wykonawcy, który winien zostać wykluczony z postępowania.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców podniesiony w związku z ww. zarzutami. Izba nie dopatrzyła się w czynnościach Zamawiającego naruszenia zasad zawartych we wskazanym przepisie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba uznała wniosek

Zamawiającego o zasądzenie kosztów w wysokości 3600 zł stanowiącej wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie złożonej do akt faktury.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....