

WYROK

z dnia 17 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Anna Chudzik

Danuta Dziubińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Infra Centrum Doradztwa sp. z o. o. w Warszawie** oraz **Infrares sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Databout sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o. o. we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 i 4 odwołania,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Infra Centrum Doradztwa sp. z o. o. w Warszawie** oraz **Infrares sp. z o.o. w Warszawie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Infra Centrum Doradztwa sp. z o. o. w Warszawie** oraz **Infrares sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „prace na linii kolejowej nr 138 na odcinku Oświęcim – Mysłowice, opracowanie studium wykonalności”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 czerwca 2021 r. nr 2021/S 107-283066.

W dniu 21 października 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Infra Centrum Doradztwa sp. z o. o. w Warszawie oraz Infrares sp. z o.o. w Warszawie, zwani dalej „odwołującym”, wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, przepisu, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz przepisu art. 126 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp — w zakresie informacji dotyczących osoby wskazanej przez wykonawcę Databout na stanowisko Koordynatora projektu pana K. S. poprzez:
 - a. zaniechanie wykluczenia wykonawcy Databout z postępowania, pomimo faktu, że wykonawca Databout w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu;
 - b. zaniechanie wykluczenia wykonawcy Databout z postępowania pomimo faktu, iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;
 - c. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Databout, pomimo niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu;
 - d. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Databout jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania w związku z przedstawieniem informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

- e. bezpodstawne wezwanie wykonawcy Databout do udowodnienia Zamawiającemu spełnienia przesłanek wskazanych art. 110 ust. 2 ustawy PZP oraz dodatkowe wezwanie wykonawcy Databout do złożenia aktualnego na dzień złożenia Jednolitego Dokumentu;
- 2) art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 126 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp — w zakresie informacji dotyczących osoby wskazanej przez wykonawcę Databout na stanowisko Koordynatora branżowego w zakresie kolejowej sieci trakcyjnej pana M. K. poprzez:
- a. zaniechanie wykluczenia wykonawcy Databout z postępowania, pomimo faktu, że wykonawca Databout w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu;
 - b. zaniechanie wykluczenia Databout z postępowania pomimo faktu, iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego;
 - c. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Databout pomimo niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu;
 - d. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Databout, jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania w związku z przedstawieniem informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
 - e. bezpodstawne wezwanie wykonawcy Databout do udowodnienia zamawiającemu spełnienia przesłanek wskazanych art. 110 ust. 2 ustawy Pzp oraz dodatkowe wezwanie wykonawcy Databout do złożenia aktualnego na dzień złożenia Jednolitego Dokumentu;
- 3) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp — poprzez wybór oferty wykonawcy Databout, pomimo faktu, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona, w związku z czym zamawiający naruszył obowiązek udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy PZP, a tym samym naruszył fundamentalną zasadę uczciwej konkurencji;
- 4) art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK poprzez zaniechanie odtajnienia w całości zastrzeżonych przez wykonawcę Databout jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów (wraz z załącznikami) stanowiących załącznik do korespondencji z dnia 4.10.2021 r., stanowiących odpowiedź na pismo Zamawiającego z dnia 28.09.2021 r.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności wezwania wykonawcy Databout na podstawie art. 126 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia aktualnego na dzień złożenia Jednolitego Dokumentu w związku z wezwaniem tego wykonawcy do udowodnienia zamawiającemu spełnienia przesłanek wskazanych art. 110 ust. 2 ustawy Pzp;
- 3) wykonania czynności ponownej oceny ofert;
- 4) wykluczenia z postępowania wykonawcy Databout, ze względu na to, że wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd, przedstawiając informacje dotyczące spełniania warunków ubiegania się o zamówienie;
- 5) odrzucenie oferty wykonawcy Databout;
- 6) odtajnienia i udostępnienia odwołującemu w całości przedstawionych przez wykonawcę Databout dokumentów (wraz z załącznikami), złożonych przez tego wykonawcę w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 28.09.2021 r., zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu nr 1 odwołania podniósł, że Zamawiający określił w punkcie 8.6. SIWZ następujące warunki udziału w postępowaniu: „8.6.2 W zakresie warunku określonego w pkt 8.2.4 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem: (...)”

1.	<i>Koordinator Projektu</i>
<i>Kwalifikacje [Doświadczenie/Uprawnienia]</i>	<i>Posiada wyższe wykształcenie oraz doświadczenie w <u>kierowaniu zespołem projektowym</u>, który zrealizował w okresie ostatnich 5 lat minimum 2 opracowania studium wykonalności dla inwestycji liniowych w zakresie transportu kolejowego;</i>

Odwołujący wskazał, że zamawiający w dniu 31.08.2021 r. w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Databout do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt. 9.6 oraz 9.7 na zasadach określonych w Tomie I SIWZ — IDW obowiązującej w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, w dniu 13.09.2021 r. wykonawca Databout przedłożył Zamawiającemu podmiotowe środki dowodowe, w tym m.in.: „wykaz osób, którymi dysponuje wykonawca, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia

(dysponowanie bezpośrednio)", zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 6a do IDW, wskazując następujące doświadczenie kandydata na stanowisko Koordynatora Projektu:

L.p.	Nazwisko osoby	Opis kwalifikacji i lub doświadczenia				
		Podmiot na rzecz którego usługi wykonane	Okres trwania od (m-c, rok) - do data (m-c, rok) (wykonanej usługi)	Zajmowane stanowisko (w czasie wykonania usługi)	Opis doświadczenia w poszczególnych okresach potwierdzający spełnianie warunków (poszczególnych wykonanych usług)	Kwalifikacje zawodowe oraz wymagane uprawnienia (podać wykształcenie) oraz pełny zakres uprawnień oraz nr i datę wydania)
1	K. S.				Posiada doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który zrealizował w okresie ostatnich 5 lat minimum 2 opracowania studium wykonalności dla inwestycji liniowych w zakresie transportu kolejowego;	wyższe wykształcenie
		PKP PLK S.A.	05.2018 - 12.2019	Główny Projektant	1. OPRACOWANIE DOKUMENTACJI PRZEDPROJEKTOWEJ DLA PROJEKTU „ZWIĘKSZENIE PRZEPUSTOWOŚCI CIĄGU TCZEW – GDYNIA WRAZ Z DOBUDOWĄ ODCINKÓW NOWYCH TORÓW SZLAKOWYCH ORAZ PRZEBUDOWĄ STACJI ZAJĄCZKOWO TCZEWSKIE” 9388 2. STUDIUM WYKONALNOŚCI DLA ZADANIA: "REWITALIZACJA LINII KOLEJOWEJ NR 292 NA ODCINKU JELCZ MIŁOSZYCE – WROCŁAW SOŁTYSOWICE W CELU PRZYWRÓCENIA PRZEWOZÓW PASAŻERSKICH WE WROF"	
		PKP PLIK S.A.	12.2016 - 08.2018	Koordynator zespołu/ Projektant		

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w związku z wyrokiem KIO sygn. akt: 2502/21 z dnia 24.09.2021 r., w którym KIO nakazała odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP, oferty wykonawcy Databout jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu w związku z przedstawieniem w wyniku rażącego niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wezwał wykonawcę Databout do udowodnienia, że wykonawca ten spełnił następujące:

- 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne - w tym czy wykonawca zobowiązuje się do pokrycia kosztów

postępowania odwoławczego KIO 2502/21 co do których zobowiązany będzie zamawiający:

- 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
- 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:
 - a. zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
 - b. zreorganizował personel,
 - c. wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
 - d. utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,
 - e. wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzebrzeżenie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Ponadto odwołujący wskazał, że zamawiający, na podstawie art. 126 ust. 3 ustawy PZP, wezwał wykonawcę Databout do złożenia aktualnego na dzień złożenia Jednolitego Dokumentu w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że nie posiada wiedzy jakie informacje oraz dokumenty złożył wykonawca Databout w ramach zainicjowanej przez Zamawiającego procedury self-cleaning z uwagi na fakt, iż przedłożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia (informacje) zostały objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał też, że zamawiający w dniu 6 października 2021 r., poinformował wykonawcę Databout o odtajnieniu Załącznika nr 5 — Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (stanowiącego załącznik do korespondencji z dnia 04.10.2021 r.), gdyż w jego ocenie treść przedmiotowego pisma nie spełniała warunków tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „UZNK”) tj.: nie zawierała informacji, które mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub innych posiadających wartość gospodarczą. W ocenie Zamawiającego przedmiotowe pismo w swej treści zawiera ogólne i standardowe informacje dot. zasad funkcjonowania przedsiębiorstwa bez wartości gospodarczych, a wykonawca Databout nie poinformował Zamawiającego jak sam je chroni.

Odwołujący wskazał, że jednocześnie zamawiający poinformował wykonawcę Databout, że załączniki do przedmiotowego pisma nie zostały odtajnione.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Databout przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego poprzez podanie nieprawdziwych informacji dotyczących osoby wskazanej na stanowisko Koordynator Projektu — a to poprzez podanie informacji, które nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistości. Odwołujący argumentował, że 19 maja 2021 r. zwrócił się do ówczesnego zamawiającego — PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Północny, o pilne udzielenie informacji na temat udziału p. J. S. w projekcie pn.: *„Zwiększenie przepustowości ciągu Tczew — Gdynia wraz z dobudową odcinków nowych torów szlakowych oraz przebudową stacji Zajączkowo Tczewskie”*, wskazanego przez wykonawcę Databout w poz. 1 wykazu osób, którymi dysponuje wykonawca 1 które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (dysponowanie bezpośrednio). W odpowiedzi na wniosek o udzielenie informacji, zamawiający wskazał, że to Pani J. S., a nie Pan K. S. w terminie od dnia 05.2018 r. do dnia 12.2019 r. uczestniczyła w opracowaniu dokumentacji przedprojektowej dla projektu *„Zwiększenie przepustowości ciągu Tczew — Gdynia wraz z dobudową odcinków nowych torów szlakowych oraz przebudową stacji Zajączkowo Tczewskie”* jako Koordynator Projektu.

Odwołujący argumentował, że z brzmienia warunku wynika, że zamawiający wymagał, aby osoba wskazana przez wykonawcę na stanowisko Kierownika Projektu posiadała doświadczenie w zakresie kierowania zespołem projektowym, tymczasem wykonawca Databout w wykazie osób, w pozycji 1, wskazał na stanowisko Kierownika Projektu p. K. S., który w projekcie pn.: *„Zwiększenie przepustowości ciągu Tczew — Gdynia wraz z dobudową odcinków nowych torów szlakowych oraz przebudową stacji Zajączkowo Tczewskie”*, pełnił jedynie funkcję Głównego Projektanta. Zdaniem odwołującego, oferta wykonawcy Databout powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż wykonawca Databout nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Niezależnie od powyższego wykonawca Databout, w ocenie Odwołującego wprowadził zamawiającego w błąd poprzez podanie informacji dotyczących posiadanego doświadczenia w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko Kierownika Projektu — a to poprzez podanie informacji, które nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistości. Tym samym, w ocenie odwołującego, ziściła się przesłanka wykluczenia wykonawcy Databout z postępowania, określona w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego, nie jest konieczne zaistnienie skutku w postaci wprowadzenia w błąd zamawiającego, wystarczające jest samo potencjalne wprowadzenie w błąd poprzez podanie informacji nieprawdziwych.

Odwołujący argumentował, że art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp stanowi, że wykluczenie wykonawcy z postępowania następuje w przypadku, gdy przedstawione informacje mogą mieć wpływ na decyzję podejmowaną przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu. Spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest jednym z najistotniejszych elementów,

albowiem w wyniku tej czynności dochodzi do wyboru oferty najkorzystniejszej co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu i zostało dokonane z naruszeniem przepisów ustawy. Zatem, jeżeli wykonawca Databout przedstawił w złożonym wykazie osób stanowiącym oświadczenie własne informacje pozostające w sprzeczności z faktami, to należy uznać, że wykazał się co najmniej niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego, wykonawca Databout, jako podmiot w pełni profesjonalny, przed złożeniem oferty powinien dokonać dokładnej weryfikacji składanych przez siebie informacji w szczególności kluczowych z punktu weryfikacji oferty przez zamawiającego jak informacje składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Databout powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Wobec obowiązku dochowania tak wysokiego poziomu staranności należy stwierdzić, że wprowadzenie zamawiającego w błąd w tym konkretnym przypadku stanowi efekt rażącego niedbalstwa ze strony wykonawcy Databout.

Odnosząc się do podjętej przez zamawiającego w dniu 28 września 2021 r. inicjatywy wszczęcia postępowania samooczyszczającego, odwołujący wskazał, że instytucja self-cleaning jest specjalną procedurą, którą ustawodawca przyznał wykonawcy możliwość wykazania, że jest on zdolny do wykonania zamówienia, pomimo że zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia z postępowania. Odwołujący wywiódł, że środki podejmowane w ramach samooczyszczenia powinny być następcze w stosunku do negatywnego zdarzenia oraz uprzednie w stosunku do kolejnego uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto powinny charakteryzować się wiarygodnością oraz tym, że są odpowiednie do rodzaju naruszenia. W każdym przypadku ocena czy środki są wystarczające i odpowiednie, wymaga dogłębnej analizy stanu faktycznego oraz wzięcia pod uwagę wszelkich okoliczności.

Odwołujący wskazał, że wykonawca w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia lub oświadczeniu, o których mowa w art. 125 ustawy Pzp oświadcza czy podlega wykluczeniu. Jeżeli zachodzi któraś z okoliczności wykluczenia na podstawie przesłanek obligatoryjnych lub zastosowanych w danym postępowaniu przesłanek fakultatywnych, wykonawca oświadcza, że zachodzą podstawy wykluczenia, ale podjął działania w celu samooczyszczenia. Jeżeli tak stanowią postanowienia ogłoszenia lub dokumentów zamówienia, dowody na potwierdzenie podjęcia środków zaradczych wykonawca zobowiązany jest przedstawić wraz z wnioskiem lub ofertą.

Odwołujący podniósł, że wykonawca powinien, kierując się wymogami przejrzystości i lojalności, poinformować zamawiającego o swojej sytuacji, m.in. wykorzystać w tym celu formularz JEDZ. Mając na uwadze powyższe, wykonawca powinien z własnej inicjatywy wskazać na uchybienie oraz przedstawić wyjaśnienie, dlaczego nie powinno ono skutkować wykluczeniem z postępowania.

Odwołujący podniósł, że działania zamawiającego, których przejaw stanowi pismo z 28 września 2021 r., potwierdzają, że inicjatywa wdrożenia procedury, o której mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp została wszczęta przez zamawiającego, łącznie z żądaniem co do podjęcia określonych działań, które w ocenie Zamawiającego stanowiłyby naprawienie szkody — w tym wypadku pokrycia kosztów postępowania odwoławczego KIO 2502/21, w zakresie, którym zobowiązany będzie Zamawiający. Zdaniem odwołującego, wskazane działania zamawiającego, sprowadziły się de facto do przeprowadzenia procedury samooczyszczenia w zastępstwie wykonawcy Databout, to zamawiający wyszedł z inicjatywą samooczyszczenia, zaproponował katalog działań, które mogłyby w jego ocenie stanowić zadość naprawieniu szkody, o którym mowa w art. 110 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp, a także wskazał czego oczekuje od Wykonawcy w ramach dalszych działań związanych z procedurą samooczyszczenia. Zdaniem odwołującego, tego rodzaju działania zamawiającego stanowią wypaczenie instytucji samooczyszczenia, o której mowa w art. 110 ustawy Pzp oraz stanowią naruszenie zarówno art. 110 Pzp, jak i zasady zapewniającej zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu z pkt 2 odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający określił w punkcie 8.6.2 SIWZ następujące warunki udziału w postępowaniu: *„8.6.2 W zakresie warunku określonego w pkt 8.2.4 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem:*

(...)

4.	<i>Koordinator branżowy w zakresie kolejowej sieci trakcyjnej</i>
<i>Kwalifikacje [Doświadczenie/Uprawnienia]</i>	<i>Posiada uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji oraz urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w zakresie sieci trakcyjnej oraz brał udział w charakterze</i>

	<p>projektanta lub koordynatora branży sieć trakcyjna w opracowaniu: minimum 2 dokumentacji projektowych lub przedprojektowych lub alternatywnie 1 dokumentacja projektowa i 1 dokumentacja przedprojektowa (każda dokumentacja dla odrębnego zadania inwestycyjnego) związanych z budową lub przebudową zelektryfikowanych linii kolejowych, przy czym każda dokumentacja obejmowała co najmniej 2 szlaki i 1 stację kolejową;</p>
--	---

Odwołujący wskazał, że zamawiający w dniu 31.08.2021 r. w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Databout do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt. 9.6 oraz 9.7 na zasadach określonych w Tomie I SIWZ — IDW obowiązującej w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, w dniu 13.09.2021 r. wykonawca Databout złożył zamawiającemu podmiotowe środki dowodowe, w tym m.in.: „wykaz osób, którymi dysponuje wykonawca, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (dysponowanie bezpośrednio)”, wskazując następujące doświadczenie kandydata na stanowisko Koordynatora branżowego w zakresie kolejowej sieci trakcyjnej:

L.p.	Nazwisko osoby	Opis kwalifikacji i lub doświadczenia				
		Podmiot na rzecz którego usługi wykonane	Okres trwania od (m-c, rok) - do data (m-c, rok) (wykonanej usługi)	Zajmowane stanowisko (w czasie wykonania usługi)	Opis doświadczenia w poszczególnych okresach potwierdzający spełnianie warunków (poszczególnych wykonanych usług)	Kwalifikacje zawodowe oraz wymagane uprawnienia (podać wykształcenie) oraz pełny zakres uprawnień oraz nr i datę wydania)
4	M. K.				Brał udział w charakterze projektanta lub koordynatora branży sieć trakcyjna w opracowaniu: minimum 2 dokumentacji projektowych lub przedprojektowych alternatywnie 1 dokumentacja projektowa i 1 dokumentacja przedprojektowa (każda dokumentacja dla odrębnego zadania inwestycyjnego) związanych z budową lub przebudową zelektryfikowanych linii kolejowych, przy czym każda dokumentacja obejmowała co najmniej 2 szlaki i 1 stację kolejową;	Posiada uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych nr LUB/0188/POO E/08 wydane w dniu 10.12.2008

	PKP PLK S.A.	01.2018 - 09.2020	Projektant	1. Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla zadania: Prace na linii kolejowej nr 202 na odcinku Gdynia Chylonia - Słupsk część I Gdynia Chylonia — Łębork Zakończony i odebrany projekt budowlany .Projektant sieci trakcyjnej w zakresie odcinka Gdynia Chylonia – Luzino. Stacje: Gdynia Chylonia, Rumia, Reda, Wejherowo. Szlaki: Gdynia Chylonia-Rumia, Rumia – Reda, Reda-Wejherowo.
	PKP PLK	07.2013 - 12.2016	Projektant	2.Opracowanie dokumentacji projektowej i materiałów przetargowych w ramach projektu POiŚ 7.1- 73 pn.: „Modernizacja linii kolejowej Nr 7 Warszawa wschodnia Osobowa – Dorohusk na odcinku Otwock – Lublin – Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)” – odcinek Dęblin – Lublin w km 107,283 – 175,850. Kompleksowa dokumentacja projektowa w zakresie sieci trakcyjnej zawierająca Koncepcję programowo – przestrzenną, projekty budowlane wraz z kompletem uzgodnień oraz projekt wykonawczy, materiały przetargowe. Obejmująca min. szlaki o długości min 5 km: Zarzeka - Puławy Azoty, Klementowice - Motycz, Motycz - Lublin oraz stacje kolejowe Zarzeka (min 4 tory główne) Puławy Azoty (min 4 tory główne), Motycz, Lublin (min 4 tory główne)

Odwołujący podniósł, że wykonawca Databout w Wykazie osób, skierowanych przez tego wykonawcę do realizacji zamówienia — Załącznik nr 6a do IDW, w pozycji 4, stanowiącym załącznik do oferty złożonej przez tego wykonawcę, wskazał na powyższe stanowisko osobę, której doświadczenia, w zakresie inwestycji z wiersza 1, nie może potwierdzić sam podmiot, na rzecz którego zamówienie było realizowane. Zdaniem odwołującego, oferta wykonawcy Databout powinna zostać odrzucona na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż wykonawca Databout nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem odwołującego, wykonawca Databout przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego w odniesieniu do tej osoby a to przez podanie informacji, które nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistości. Odwołujący wywiódł, że w odpowiedzi na pismo Voessing Polska sp. z o.o. (z dnia 19.05.2021 r.) o udzielenie informacji - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Północny w Gdańsku w piśmie z dn. 8.06.2021 stwierdził, że nie może potwierdzić doświadczenia p. M. K. w opracowaniu dokumentacji projektowej dla projektu pn. „Prace na linii kolejowej nr 202 Gdynia Chylonia — Słupsk” część I odcinek

Gdynia Chylonia — Lębork”. W zakresie zarzutu nr 2 odwołujący podtrzymał argumentacją wskazaną w tym zakresie w odniesieniu do zarzutu 1. Odwołujący dodatkowo podniósł, że w przypadku obu przesłanek związanych z przedstawieniem nieprawdziwych informacji wprowadzających w błąd nie zachodzą podstawy do uzupełnienia dokumentów.

W uzasadnieniu zarzutu z pkt 3 odwołania odwołujący podniósł, że konsekwencją przywołanych przez niego przypadków naruszeń ustawy Pzp (w odniesieniu do pozostałych zarzutów) jest również naruszenie przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z przepisem art. 17 ust. 2 oraz 16 ustawy Pzp - Zamawiający dokonał wyboru oferty Databout jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy PZP, pomijając okoliczności, które winny skutkować wykluczeniem tego wykonawcy bądź odrzuceniem jego oferty. Jednocześnie zamawiający, naruszając legalność wyboru wykonawcy, naruszył również zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 16 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu z pkt 4 odwołania odwołujący podniósł, że 13.09.2021 r. wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o przesłanie oferty oraz wszelkich wezwań, dokumentów i wyjaśnień składanych w toku postępowania przez wykonawcę Databout. Odwołujący podniósł, że w przesłanym do zamawiającego wniosku wskazał, że w przypadku zastrzeżenia przez ww. wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa prosi o przesłanie uzasadnienia zasadności jej zastrzeżenia.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na ww. wniosek zamawiający pismem z 14.09.2021 r. przesłał mu ofertę wykonawcy Databout, jednocześnie wskazując, powołując się na art. 74 ust. 2 ustawy Pzp, że załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania. W dniu 6.10.2021 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Databout, iż postanowił o odtajnieniu Załącznika nr 5 — Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowiącego załącznik do korespondencji z 04.10.2021 r. Zamawiający w przedmiotowym piśmie wskazał również, że ujawnienie w/w informacji nastąpi w terminie nie wcześniejszym niż 10 dni od dnia przekazania niniejszej informacji z zastrzeżeniem art. 74 ust. 2 ustawy Pzp. W przedmiotowym piśmie Zamawiający wskazał jednocześnie, że załączniki do przedmiotowego pisma nie zostały odtajnione.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie dość, że utajnił dokumenty przedstawione przez wykonawcę Databout w piśmie z 4 października 2021 r., to dodatkowo nie udostępnił dokumentów, które jakoby odtajnił w toku postępowania, o czym informował Databout pismem z 6 października 2021 r. - tj. nie zamieścił na platformie, ani też nie przekazał uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzonego przez wykonawcę Databout (stanowiącego załącznik nr 5 do korespondencji Databout z 4 października 2021

r.). Odwołujący wywiódł, że z tych względów nie może nawet poddać ocenie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż takowe uzasadnienie nie zostało mu ujawnione przez Zamawiającego, co przekłada się wprost na naruszenie art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał także, że z ostrożności procesowej, mając na uwadze, że nie dysponuje wiedzą jakie wyjaśnienia oraz dokumenty złożył wykonawca Databout w ramach procedury self-cleaning, a także mając na uwadze fakt, że Zamawiający skierował do wykonawcy Databout pismo inicjujące procedurę samooczyszczenia ze strony wykonawcy Databout, dopiero w wyniku rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.09.2021 r. (sygn. akt: KIO 2502/21), że wykonawca Databout nie był, w jego ocenie, uprawniony do tego, aby w ramach procedury self-cleanig zastąpić informacje nieprawdziwe, wprowadzające w błąd zamawiającego, nowymi informacjami, w tym w szczególności nie był uprawniony do przedłożenia nowych wykazów osób na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Jednocześnie odwołujący wskazał (bez względu na brak wiedzy co do treści odpowiedzi oraz braku uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa), że brak jest jakichkolwiek przesłanek do odmowy ujawnienia pisma wykonawcy Databout z dnia 4 października 2021 r. — biorąc pod uwagę treść pisma Zamawiającego z dnia 28 września 2021 r., na które odpowiada (jak wnioskuje Odwołujący), wykonawca Databout w dniu 4 października 2021 r. należy przyjąć, że wszelkie informacji w nim wskazane winny być jawne i nie będą wchodzić w zakres informacji podlegających ochronie w trybie art. 11 ust. 2 UZNK.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z 16 listopada 2021 r., w której uwzględnił częściowo odwołanie w zakresie zarzutu nr 4 odwołania. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Databout sp. z o.o. w Warszawie. Złożył pismo procesowe z 15 listopada 2021 r., w którym wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska. Pomimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia Izby nie stawił się na posiedzenia Izby i nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu nr 4 odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz odwołującego zgłosił

przystąpienie wykonawca IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o. o. we Wrocławiu. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby, przed otwarciem rozprawy oświadczył, że wycofuje odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę przystępującego Databout, wezwanie zamawiającego z 31 sierpnia 2021 r. skierowane do przystępującego Databout do złożenia dokumentów, wykaz osób złożony przez przystępującego Databout w odpowiedzi na ww. wezwanie w dniu 13 września 2021 r., wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 września 2021 r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO 2502/21, wezwanie zamawiającego skierowane do przystępującego Databout w dniu 28 września 2021 r., wyjaśnienia przystępującego z dnia 4 października 2021 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, wniosek odwołującego o udostępnienie załączników do protokołu, odpowiedź zamawiającego na ww. wniosek, załączniki do odwołania, załączniki do pisma procesowego przystępującego Databout z 15 listopada 2021 r., załączniki do odpowiedzi na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 4 z powodu uwzględnienia przez zamawiającego ww. zarzutu odwołania i niewniesienia sprzeciwu przez przystępującego Databout.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 16 listopada 2021 r. złożył oświadczenie o uwzględnieniu zarzutu nr 4 odwołania. Posiedzenie Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego zostało wyznaczone na dzień 17 listopada 2021 r., godz. 10.00. Strony i przystępujący zostali prawidłowo zawiadomieni o terminie posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego. W szczególności przystępujący Databout został prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia i potwierdził otrzymanie korespondencji (zawiadomienie o terminie posiedzenia, potwierdzenie odbioru, w aktach sprawy).

W tej sytuacji, przesłanką do wyznaczenia rozprawy i rozpoznania odwołania w zakresie zarzutu nr 4 odwołania było wniesienie przez przystępującego po stronie

zamawiającego sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu nr 4 odwołania do czasu zamknięcia posiedzenia, co nie nastąpiło.

Dostrzeżenia wymaga, że posiedzenie Izby z udziałem stron i uczestników postępowania jest tą fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe, co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest wyznaczenie rozprawy. Jest to zatem faza, w której następuje koncentracja środków ochrony prawnej, w związku z czym uczestnicy postępowania odwoławczego stawiając się na posiedzenie winni być gotowi do określenia swoich stanowisk procesowych warunkujących dalsze procedowanie w sprawie. Omawiany etap postępowania odwoławczego następuje po fazie posiedzenia niejawnego bez udziału stron, na którym dokonywane są czynności formalnoprawne i sprawdzające, warunkujące skierowanie odwołania na posiedzenie z udziałem stron. Przepis § 13 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 31 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. z 2020 poz. 2453) stanowiący o wzywaniu przystępującego do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu w terminie 3 dni nie znajduje zastosowania w sytuacji, gdy zostało już wyznaczone posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego. Powyższe wynika z sposób jednoznaczny z przepisu § 13 ust. 2 ww. rozporządzenia.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze, w zakresie zarzutu nr 4, podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.* Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.* W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 4 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji, odnośnie umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu nr 4 odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze, w zakresie zarzutu nr 2, z powodu wycofania odwołania w tej części przez odwołującego.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania*.

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby w dniu 17 listopada 2021 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że cofa odwołanie w tej części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wniosku a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już tego zarzutu, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę, nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

Odwołanie w pozostałym zakresie podlegało oddaleniu.

Stosownie do art. 16 ustawy Pzp, *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Stosownie do art. 109 ustawy Pzp:

1. *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:*
 - 8) *który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu,*

spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Stosownie do art. 110 ustawy Pzp:

2. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2–5 i 7–10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;

2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;

3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:

a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,

b) zreorganizował personel,

c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,

d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,

e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

3. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których

mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

Stosownie do art. 111 ustawy Pzp, Wykluczenie wykonawcy następuje:

5) w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8, na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia;

6) w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Stosownie do art. 126 ustawy Pzp:

1. Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

3. Jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia.

Stosownie do art. 226 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia są „prace na linii kolejowej nr 138 na odcinku Oświęcim – Mysłowice, opracowanie studium wykonalności”.

Ustalono, że zamawiający określił w punkcie 8.6. SIWZ następujące warunki udziału w postępowaniu: „8.6.2 W zakresie warunku określonego w pkt 8.2.4 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem: (...)”

<i>1.</i>	<i>Koordinator Projektu</i>
<i>Kwalifikacje [Doświadczenie/Uprawnienia]</i>	<i>Posiada wyższe wykształcenie oraz</i>

	doświadczenie <u>w kierowaniu zespołem projektowym</u> , który zrealizował w okresie ostatnich 5 lat minimum 2 opracowania studium wykonalności dla inwestycji liniowych w zakresie transportu kolejowego;
--	--

Następnie ustalono, że termin składania ofert upłynął 19 lipca 2021 r. Do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęła m.in. oferta przystępującego Databout (por. informacja z otwarcia ofert, w dokumentacji elektronicznej przesłanej przez zamawiającego).

Ustalono ponadto, że do swej oferty przystępujący Databout załączył dokument JEDZ z 16 lipca 2021 r., w którym oświadczył m.in., że nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji i nie zataił tych informacji (por. dokument JEDZ, przy ofercie przystępującego, w dokumentacji elektronicznej przesłanej przez zamawiającego).

Ustalono również, że zamawiający w dacie 31.08.2021 r., działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Databout do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt. 9.6 oraz 9.7 na zasadach określonych w Tomie I SIWZ — IDW obowiązującej w postępowaniu (por. wezwanie, w dokumentacji elektronicznej przesłanej przez zamawiającego).

Ustalono ponadto, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, w dniu 13.09.2021 r. wykonawca Databout złożył zamawiającemu podmiotowe środki dowodowe, w tym m.in.: „wykaz osób, którymi dysponuje wykonawca, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (dysponowanie bezpośrednio)”, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 6a do IDW. W wykazie tym wskazał na następujące doświadczenie kandydata na stanowisko Koordynatora Projektu:

L.p.	Nazwisko osoby	Opis kwalifikacji i lub doświadczenia
------	----------------	---------------------------------------

		Podmiot na rzecz którego usługi wykonane	Okres trwania od (m-c, rok) - do data (m-c, rok) (wykonanej usługi)	Zajmowane stanowisko (w czasie wykonania usługi)	Opis doświadczenia w poszczególnych okresach potwierdzający spełnianie warunków (poszczególnych wykonanych usług)	Kwalifikacje zawodowe oraz wymagane uprawnienia (podać wykształcenie) oraz pełny zakres uprawnień oraz nr i datę wydania)
1	K. S.				Posiada doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który zrealizował w okresie ostatnich 5 lat minimum 2 opracowania studium wykonalności dla inwestycji liniowych w zakresie transportu kolejowego;	wyższe wykształcenie
		PKP PLK S.A.	05.2018 - 12.2019	Główny Projektant	1. OPRACOWANIE DOKUMENTACJI PRZEDPROJEKTOWEJ DLA PROJEKTU „ZWIĘKSZENIE PRZEPUSTOWOŚCI CIĄGU TCZEW – GDYNIA WRAZ Z DOBUDOWĄ ODCINKÓW NOWYCH TORÓW SZLAKOWYCH ORAZ PRZEBUDOWĄ STACJI ZAJĄCZKOWO TCZEWSKIE” 9388 2. STUDIUM WYKONALNOŚCI DLA ZADANIA: "REWITALIZACJA LINII KOLEJOWEJ NR 292 NA ODCINKU JELCZ MIŁOSZYCE – WROCŁAW SOŁTYSOWICE W CELU PRZYWRÓCENIA PRZEWOZÓW PASAŻERSKICH WE WROF"	
		PKP PLIK S.A.	12.2016 - 08.2018	Koordynator zespołu/ Projektant		

(por. wykaz osób przystępującego, w dokumentacji elektronicznej przesłanej przez zamawiającego).

Następnie ustalono, że Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z 24 września 2021 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2502/21, dotyczącym postępowania pn. *Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska na odcinku Katowice-Gliwice – opracowanie Studium Wykonalności w ramach projektu pn.: „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów” (nr postępowania IREZA4/1.292.1.2021.f)* prowadzonego przez PKP PLK S.A., nakazała zamawiającemu *unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a przy powtarzaniu czynności w prowadzonym postępowaniu – odrzucenie oferty Databout sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) – jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu w związku z przedstawieniem w wyniku rażącego niedbalstwa w lp. 3. wykazu osób załączonego do pisma z 16 lipca 2021 r. informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego co do spełniania warunku udziału, o którym mowa w pkt 8.6.2., lp. 3.*

tabeli, przez branie udziału osoby, wskazanej tam na stanowisko koordynatora branżowego ds. sterowania ruchem kolejowym, w charakterze projektanta w opracowaniu wykonanej w okresie od maja do października 2019 r. dokumentacji projektowej dla przedsięwzięcia pn. Prace na linii kolejowej nr 12 Skierniewice-Łuków (CE 20)", zadanie nr 2 od km 71,351 do km 161,160, stacje: Góra Kalwaria, Osieck, Pilawa, Parysów, Stoczek Łukowski, Jedlanka oraz 6 szlaków dwutorowych szlaków zelektryfikowanych z blokadą SBL, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w powyżej wskazanym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

(por. wyrok KIO z 24 września 2021 r. sygn. akt KIO 2502/21, znany Izbie z urzędu).

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z 28 września 2021 r., w związku z wyrokiem KIO z dnia 24.09.2021 r. sygn. akt: 2502/21, zapadłym w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia, wezwał wykonawcę Databout do udowodnienia, że wykonawca ten:

- 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne - w tym do zobowiązania się do pokrycia kosztów postępowania odwoławczego KIO 2502/21, co do których zobowiązany będzie zamawiający;
- 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
- 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:
 - a. zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
 - b. zreorganizował personel,
 - c. wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
 - d. utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,
 - e. wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Ponadto zamawiający tym samym pismem, działając na podstawie art. 126 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Databout do złożenia aktualnego na dzień złożenia Jednolitego Dokumentu (JEDZ) w postępowaniu.

(por. wezwanie z 28 września 2021 r., w aktach sprawy).

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Databout złożył pismo z dnia 4 października 2021 r. Przystępujący zastrzegł, iż treść ww. pisma z załącznikami stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa i nie może być udostępniana innym wykonawcom. Przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z 11 października 2021 r. zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego Databout jako najkorzystniejszej.

Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności stwierdzono, że nie potwierdziły się zarzuty nr 1a, 1b i 1d odwołania przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd w zakresie informacji dotyczących doświadczenia zawodowego osoby wskazanej przez wykonawcę Databout na stanowisko Koordynatora projektu pana K. S.

Przystępujący Databout w złożonym przez siebie wykazie osób, opisując doświadczenie zawodowe osoby proponowanej na stanowisko koordynatora projektu oświadczył, że Pan K. S. pełnił funkcję „*Głównego Projektanta*” na zadaniu „*Opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektu Zwiększenie przepustowości ciągu Gdynia - Tczew wraz z dobudową odcinków torów szlakowych oraz przebudową stacji Zajęczkowo Tczewskie*”. Nie było sporne między stronami, że oświadczenie to polegało na prawdzie. Nie wiadomo zatem, na czym miałyby polegać wprowadzenie zamawiającego w błąd przez przystępującego, w sytuacji gdy wykonawca podał w wykazie dane zgodne z prawdą. W szczególności przystępujący Databout nigdy nie oświadczył, jakoby na tym projekcie Pan S. miał pełnić funkcję koordynatora projektu.

W dalszej kolejności należało odnieść się do zarzutu niewykazania warunku udziału w postępowaniu (zarzut 1c odwołania).

Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.2. ppkt 1 SWZ, wymagał od osoby proponowanej na stanowisko koordynatora projektu posiadania „*doświadczenia w kierowaniu zespołem projektowym*”.

Jak wynikało z treści powołanego warunku, zamawiający nie wymagał w szczególności aby kandydat posiadał doświadczenie „w *pełnieniu funkcji koordynatora projektu*”, a jedynie w kierowaniu zespołem projektowym.

Zdaniem Izby, o zakresie doświadczenia nabytego przez pana K. S. należało wnioskować na podstawie opisu i zakresu obowiązków powierzonych mu podczas wykonania opracowania referencyjnego. Celem wykazania tego zakresu przystępujący Databout przy piśmie procesowym z 15 listopada 2021 r. złożył w charakterze dowodu fragment specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) dla przetargu nieograniczonego na opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektu „*Zwiększenie przepustowości ciągu Gdynia - Tczew wraz z dobudową odcinków nowych torów szlakowych oraz przebudową stacji Zajązkowo Tczewskie*”. Z pkt 8.2.2. Tomu III ww. SIWZ wynikało, że Główny Projektant na tym zadaniu był odpowiedzialny za „*koordynację wszystkich spraw związanych z projektowaniem, w tym kontrolę merytorycznej zawartości oraz spójności opracowań, zarówno pomiędzy poszczególnymi zadaniami oraz pomiędzy poszczególnymi branżami projektu*”. Treść ww. dowodu prowadziła do wniosku, że osoba ta odpowiadała za koordynację nie tylko projektowania, ale nawet wszelkich spraw jedynie „*związanych z projektowaniem*”. Zakres obowiązków Głównego Projektanta na zadaniu referencyjnym został zatem opisany bardzo szeroko i obejmował nie tylko kierowanie zespołem projektantów, tak jak utrzymywał odwołujący w trakcie rozprawy. W tej sytuacji zamawiający prawidłowo uznał, że Pan K. S. na spornym zadaniu nabył doświadczenie w „*kierowaniu zespołem projektowym*”.

Dostrzeżenia wymagało ponadto, że w świetle ww. dowodu jedyna różnica między funkcjami koordynatora projektu i głównego projektanta na omawianym zadaniu sprowadzała się do tego, że ten pierwszy dodatkowo miał odpowiadać za kontakty z zamawiającym i monitorowanie postępu prac. Nie wykazano jednak Izbie, dlaczego niewykonywanie akurat tego rodzaju obowiązków miało uniemożliwić przypisanie panu S. doświadczenia w kierowaniu zespołem projektowym. W braku dowodu przeciwnego stwierdzono, że zakres obowiązków Głównego Projektanta na spornym zadaniu wpisywał się w treść warunku udziału w postępowaniu. Treść zarzutu odwołującego opierała się jedynie na zawężającej definicji „*kierowania zespołem projektowym*”, zdającej się zrównywać owo kierowanie z pełnieniem funkcji „*koordynatora projektu*”. Tymczasem definicja taka nie wynikała bezpośrednio i jednoznacznie z postanowień SWZ. W tej sytuacji na korzyść przystępującego Databout przemawiała dodatkowo utrwalona w orzecznictwie Izby zasada, że niejasnych postanowień SWZ nie interpretuje się na niekorzyść wykonawcy. Skoro zamawiający nie wymagał posiadania doświadczenia w pełnieniu funkcji koordynatora projektu, ani nie zawarł definicji zespołu projektowego, a zakres obowiązków pana S. na

spornym zadaniu był bardzo szeroki, to wszelkie ewentualne wątpliwości w tym zakresie należało rozstrzygnąć na korzyść przystępującego Databout.

W dalszej kolejności stwierdzono, że chybiony okazał się zarzut nr 1 e odwołania.

Na wstępie podkreślić należało, że odwołujący w treści odwołania dokonał błędnej interpretacji wezwania zamawiającego do samooczyszczenia, jakie skierował do przystępującego Databout w dniu 28 września 2021 r.

Jak wynikało literalnie z treści ww. wezwania, powodem wezwania był wyrok KIO z 24 września 2021 r. sygn. akt: 2502/21. W wyroku tym Izba uznała przystępującego Databout za podlegającego wykluczeniu *w związku z przedstawieniem w wyniku rażącego niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego co do spełniania warunku udziału*. Treść ww. wezwania była zatem jasna, kategoryczna i jednoznaczna. W wezwaniu przywołano wyrok i przytoczono jego treść. W szczególności, z wezwania tego w żaden sposób nie wynikało, aby dotyczyło ono samooczyszczenia w związku z przedstawieniem przez przystępującego nieprawdziwych informacji w tym postępowaniu w odniesieniu do doświadczenia zawodowego Pana K. S. Tymczasem tak błędnie i konsekwentnie odwołujący interpretował wezwanie w treści odwołania.

Uszło uwadze odwołującego, że gdyby rzeczywiście wezwanie do samooczyszczenia wiązać się miało z przedstawieniem jakichś nieprawdziwych informacji w tym postępowaniu, to z pewnością zamawiający musiałby wskazać wykonawcy, o jakie konkretnie dane chodzi. Powyższe wynika choćby z faktu, że obowiązkiem wykonawcy, który prowadzi procedurę samooczyszczenia jest m.in. wyczerpujące wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych z nieprawidłowym postępowaniem (por. art. 109 ustawy Pzp.). Aby wyjaśnić fakty i okoliczności wykonawca musiałby zatem przede wszystkim wiedzieć, co ma wyjaśniać.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł w odwołaniu, że ww. wezwanie z 28 września 2021 r. było nieprawidłowe, gdyż przystępujący powinien już w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia (JEDZ), składanym wraz z ofertą, złożyć oświadczenie o tym, że podlega wykluczeniu, oraz jakie działania podjął celem samooczyszczenia.

Izba stwierdziła, że tak sformułowany zarzut jest chybiony. Na uwagę zasługiwał fakt, że termin składania ofert w analizowanym postępowaniu upływał 19 lipca 2021 r. Przystępujący przed tą datą złożył ofertę, do której załączył dokument JEDZ. W dokumencie tym oświadczył zgodnie z prawdą, że na dzień sporządzania dokumentu nie podlegał wykluczeniu z postępowania z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W związku z

powyższym należało dojść do wniosku, że w dacie składania ofert i JEDZ w tym postępowaniu przystępujący nie miał z czego się samooczyszczać.

Podkreślenia wymagało, że podstawa wykluczenia przystępującego Databout zaktualizowała się dopiero 24 września 2021 r. W tym dniu, na mocy wyroku Izby wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 2502/21, nakazano wykluczyć go z udziału w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia *na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) – jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu w związku z przedstawieniem w wyniku rażącego niedbalstwa w lp. 3. wykazu osób załączonego do pisma z 16 lipca 2021 r. informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego co do spełniania warunku udziału, o którym mowa w pkt 8.6.2., lp. 3. tabeli, przez branie udziału osoby, wskazanej tam na stanowisko koordynatora branżowego ds. sterowania ruchem kolejowym, w charakterze projektanta w opracowaniu wykonanej w okresie od maja do października 2019 r. dokumentacji projektowej dla przedsięwzięcia pn. Prace na linii kolejowej nr 12 Skierniewice-Łuków (CE 20)”, zadanie nr 2 od km 71,351 do km 161,160, stacje: Góra Kalwaria, Osieck, Pilawa, Parysów, Stoczek Łukowski, Jedlanka oraz 6 szlaków dwutorowych szlaków zelektryfikowanych z blokadą SBL, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w powyżej wskazanym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Uszło uwadze odwołującego, że zgodnie z odpowiednio art. 111 pkt 5 i 6 ustawy Pzp, wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp następuje na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, zaś wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 – na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.*

Wobec powyższego należało uznać, że podstawa wykluczenia z postępowania, w o której była mowa w wezwaniu zamawiającego do samooczyszczenia zaktualizowała się dopiero 24 września 2021 r. Dostrzeżenia wymagało przy tym, że 24 września 2021 r. przypadał w piątek, zaś zamawiający już 28 września 2021 r, we wtorek, a więc w drugim dniu roboczym po ogłoszeniu wyroku wezwał przystępującego Databout do samooczyszczenia. W okolicznościach danej sprawy trudno było zarzucić przystępującemu, że nie wszczął procedury samooczyszczenia z własnej inicjatywy, czy pozostawał w zwłoce z podjęciem samooczyszczenia. Zamawiający skierował wezwanie do samooczyszczenia nieomal natychmiast po zaistnieniu podstawy wykluczenia z postępowania i niejako ubiegł wykonawcę. W tej sytuacji nie można było utrzymywać, że przystępujący nie wszczął procedury samooczyszczenia z własnej inicjatywy albo że uczynił to za późno. Przypomnienia wymaga, że wdrożenie procedur naprawczych, o których mowa w art. 110 ustawy Pzp, wymaga aby wykonawca podjął następujące działania:

1) *naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;*

2) *wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;*

3) *podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:*

a) *zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,*

b) *zreorganizował personel,*

c) *wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,*

d) *utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,*

e) *wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzebrzeżenie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.*

Ponadto dla skuteczności samooczyszczenia wymagane jest udowodnienie podjęcia ww. działań. Tak więc procedura ta, choć z pewnością powinna być wszczęta przez wykonawcę niezwłocznie, to jednak wymagała pewnego czasu, z pewnością dłuższego niż 1 dzień roboczy. Wobec powyższego uznano, że zarzut 1e odwołania nie potwierdził się w zebranym w sprawie materiale dowodowym.

W konsekwencji chybiony okazał się także zarzut nr 3 odwołania. Jak wskazano wcześniej, nie stwierdzono, aby wykonawca Databout powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona. W związku z powyższym zaniechanie przez zamawiającego tych czynności nie prowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), o *oddaleniu odwołania lub jego*

uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2 sentencji) i formalnym (pkt 1, 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania w tej części.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

Zgodnie z § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), *W przypadku umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w części, zgodnie z*

art. 522 ust. 4 ustawy, jeżeli odwołanie w pozostałej części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało przez Izbę odrzucone albo oddalone w całości – do ponoszenia i rozliczania kosztów stosuje się odpowiednio § 8 ust. 1 albo ust. 2 pkt 1.

Zgodnie zaś z § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

W analizowanej sprawie odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, odwołanie okazało się bezzasadne. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 3 pkt 2 w zw. § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....