

WYROK
z dnia 27 lipca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2020 r. przez wykonawcę Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pszczynie oraz Drogowa Trasa Średnicowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pszczynie oraz Drogowa Trasa Średnicowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach:
 - na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu wprowadzenia zamawiającego w wyniku rażącego niedbalstwa w błąd przy przedstawieniu informacji, że ww. wykonawcy spełniają warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.5.2 ppkt 4 SIWZ Tom I – IDW, dotyczący doświadczenia inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym,
 - na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu przedstawienia w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mających wpływ na ocenę oferty w Kryterium 2 - doświadczenie personelu wykonawcy, Podkryterium 2 (PK2) - Doświadczenie Inspektora Nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania

ruchem kolejowym;

- na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu przedstawienia w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć wpływ na ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.5.2 ppkt 5 SIWZ Tom I - IDW, dotyczącego doświadczenia geodety;
2. oddała odwołanie w pozostałym zakresie;
 3. kosztami postępowania obciąża wnoszących sprzeciw wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pszczynie oraz Drogowa Trasa Średnicowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od wnoszących sprzeciw wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pszczynie oraz Drogowa Trasa Średnicowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach na rzecz odwołującego Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 ze zm.) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego działa Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pn. „Pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu POIiŚ 5.1-14 pn.: „Prace na linii kolejowej C-E 65 na odc. Chorzów Batory - Tarnowskie Góry - Karsznice - Inowrocław - Bydgoszcz - Maksymilianowo” dla zadania inwestycyjnego pn.: LOT A - Prace na linii kolejowej 131 na odcinku Chorzów Batory (km 5,900) - Nakło Śląskie (km 29,000)”, znak sprawy: IREZA4/1c-216-04/2019 - POIiŚ 5.1-14. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 grudnia 2019 r. pod numerem 2019/S 232-570250. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 15 czerwca 2020 r. wykonawca Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie (Lider Konsorcjum) oraz Drogowa Trasa Średnicowa S.A. z siedzibą w Katowicach (Partner Konsorcjum), dalej zwanych łącznie „Konsorcjum INKO”, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum INKO pomimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu oraz że osoba wskazana przez niego do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym posiada doświadczenie punktowane przez Zamawiającego w ramach Kryterium 2 Doświadczenie personelu Wykonawcy, Podkryterium 2 (PK2) lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie

dysponowania Inspektorem nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym oraz w zakresie oceny doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia tej funkcji w ramach kryteriów oceny ofert - Kryterium 2 Doświadczenie *personelu* Wykonawcy, Podkryterium 2 (PK2);

oraz

2. art. 26 ust. 3 i ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że w wyniku wezwania z dnia 31 marca 2020 r. Konsorcjum INKO było uprawnione do zmiany treści załącznika nr 6 do IDW część A wykazu osób, którymi dysponuje wykonawca i które zostały skierowane do realizacji zamówienia (dysponowanie bezpośrednie) poprzez przedłożenie nowego wykazu osób, w którym zmodyfikowano podane w pierwotnym wykazie doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym (pana W. K.), co w efekcie doprowadziło do niedopuszczalnego konwalidowania przedstawionych przez tego wykonawcę informacji niezgodnych ze stanem faktycznym;
ewentualnie
3. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Konsorcjum INKO, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie dysponowania osobą do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym;
4. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Konsorcjum INKO, z postępowania pomimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania Geodetą;
ewentualnie
5. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Konsorcjum INKO, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie dysponowania osobą do pełnienia funkcji Geodety;
ewentualnie
6. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez uznanie za dopuszczalne uzupełnienie

doświadczenia pana R. W. dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie 26 ust. 3 Pzp (z dnia 27 kwietnia 2020 r.) pomimo wcześniejszego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (z dnia 31 marca 2020 r.) co *de facto* doprowadziło do dwukrotnego uzupełnienia informacji niezbędnych dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w tym samym zakresie, a tym samym naruszenie zasady jednokrotnej możliwości stosowania art. 26 ust. 3 Pzp;

7. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Konsorcjum INKO z postępowania pomimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykazania się realizacją co najmniej dwóch usług spełniających wymagania Zamawiającego określone w pkt 8.5.1 IDW;

oraz

8. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że w wyniku wezwania z dnia 31 marca 2020 r. Konsorcjum INKO było uprawnione do zmiany treści załącznika nr 6 do IDW - Wykazu zamówień wykonanych przez wykonawcę poprzez przedłożenie nowego wykazu zawierającego nową usługę wskazaną na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych, co w efekcie doprowadziło do niedopuszczalnego konwalidowania przedstawionych przez tego wykonawcę informacji niezgodnych ze stanem faktycznym.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu, wykluczenie Konsorcjum INKO z postępowania oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzut dotyczący wykluczenia Konsorcjum INKO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp oraz braku możliwości konwalidowania nieprawdziwych informacji w zakresie odnoszącym się do doświadczenia Inspektora Nadzoru SRK, Odwołujący wskazał, iż jak wynika z treści wezwania, wbrew oświadczeniu złożonemu przez Konsorcjum INKO w wykazie pan W. K. nie pełnił funkcji Inspektora Nadzoru w zakresie SRK na zadaniu drugim (poz. 2 wykazu złożonego wraz z ofertą oraz w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp). Informacje podane w tym

zakresie przez Konsorcjum INKO były obiektywnie niezgodne ze stanem faktycznym, co Zamawiający był w stanie wykazać, gdyż powziął informacje na ten temat „po dokonaniu analizy posiadanych dokumentów i pozyskanych informacji”. Z ostrożności Odwołujący wskazał, że brak było podstaw do ograniczenia się przez Zamawiającego wyłącznie do nie przyznania Konsorcjum INKO punktów w ramach Podkryterium 2 (PK2).

Zdaniem Odwołującego niezgodne ze stanem faktycznym są również informacje podane przez Konsorcjum INKO odnośnie doświadczenia wskazanego w poz. 3 (wykazu złożonego wraz z ofertą oraz w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, w wykazie uzupełnionym w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest to poz. 2). Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, bowiem że zgłoszonym i zaakceptowanym przez Zamawiającego inspektorem nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w dziedzinie urządzeń zabezpieczenia i SRK był pan K. O., a pan W. K. pełnił tę funkcję jedynie na zastępstwo czasowe, w okresie nieobecności pana K. O. . Nawet gdyby uznać, że Konsorcjum INKO mogło powołać się na doświadczenie pana W. K. zdobyte w ramach zastępstwa czasowego, to jak wynika z informacji posiadanych przez Odwołującego informacją niezgodną z rzeczywistością jest podany przez Konsorcjum INKO okres trwania tego doświadczenia, który wynosił nie więcej niż 44 dni, a nie 18 miesięcy (04.2013 - 10.2014).

Wątpliwości Odwołującego, co do zgodności ze stanem faktycznym budzi również zadanie wskazane z poz. 1 (zarówno wykazu złożonego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 jak i w trybie art. 26 ust. 3 Pzp) tj. zadanie realizowane dla SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce. Odwołujący powziął informację, że nadzór nad realizacją ww. zadania inwestycyjnego jest sprawowany przez Konsorcjum KOLTECH INWESTOR sp. z o.o., Koltech Infra sp. z o.o. oraz APIN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., które zawarło z Zamawiającym umowę w wyniku udzielenia zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu: Prace na liniach kolejowych nr 132, 147, 161, 180, 188, 654, 655, 657, 658 na odcinku Gliwice - Bytom - Chorzów Stary - Mysłowice Brzezinka - Oświęcim oraz Dorota - Mysłowice Brzezinka POLiŚ 5.2-3”, a nie jak podano w wykazie przez SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce. Ponadto, z informacji jakie udało się uzyskać Odwołującemu wynika, że Konsorcjum Koltech nigdy nie zgłaszało pana W. K. w ramach tej umowy jako osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji inspektora nadzoru.

W ocenie Odwołującego profesjonalny charakter działalności wykonawcy Konsorcjum INKO wskazuje na rażące niedbalstwo, o ile nie celowe działanie wykonawcy, zmierzające do wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do spełniania przez osobę wskazaną do funkcji Inspektora Nadzoru w zakresie SRK wszystkich wymaganych elementów warunku udziału

w postępowaniu oraz posiadania przez nią doświadczenia ocenianego przez Zamawiającego w ramach Podkryterium 2 (PK2) (art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp). Odwołujący zauważył, że skoro pan W. K. został wskazany w części A wykazu osób, a zatem w części, w której należało wskazać osoby, którymi wykonawca dysponuje w sposób bezpośredni, to należy przyjąć, że wykonawca posiadał w odniesieniu do doświadczenia tej osoby pełne informacje. Zdaniem Odwołującego podanie w wykazie osób informacji niezgodnych ze stanem faktycznym powinno skutkować wykluczeniem Konsorcjum INKO z postępowania. Nawet jeśli uznać, że wykonawca opierał się na informacjach o zdobytym doświadczeniu przekazanych mu przez osobę wpisaną do wykazu, to okoliczność ta nie zwalnia Konsorcjum INKO z obowiązku weryfikacji rzetelności przekazanych mu informacji. Z całą pewnością działanie tego wykonawcy wypełnia znamiona co najmniej lekkomyślności i niedbalstwa w przedstawianiu informacji Zamawiającemu, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. W tym zakresie Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 531/18. Odwołujący dodał, iż bez znaczenia pozostaje fakt, że wszystkie zadania wskazane w ramach doświadczenia pana W. K. były realizowane na rzecz Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Dla zastosowania obligatoryjnej przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 Pzp, nie ma bowiem znaczenie fakt czy informacje które są przedmiotem składanego przez wykonawcę oświadczenia dotyczą okoliczności znanych zamawiającemu. Okoliczność, że zamawiający posiada wiedzę co do projektów wskazanych w wykazie, a zatem ma możliwość samodzielnego ustalenia i wykrycia rzeczywistych danych nie ma znaczenia, nie zmienia ona bowiem faktu, że nadal mamy do czynienia z przekazaniem danych niezgodnych z rzeczywistością. Odwołujący wskazał na wyroki KIO z dnia 7 marca 2019 r., sygn. akt KIO 271/19, z dnia 2 maja 2018 r., sygn. akt KIO 596/18, z dnia 20 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1319/18.

Biorąc pod uwagę, że informacje przedstawione przez Konsorcjum INKO w odniesieniu do pana W. K. są niezgodne ze stanem faktycznym, zdaniem Odwołującego brak było możliwości zastosowania, na gruncie niniejszej sprawy, dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 Pzp i podmiany doświadczenia tej osoby wskazywanego w wykazie poprzez usunięcie poz. 2 wykazu i dodanie dwóch innych zadań, które nie zostały wskazane w wykazie złożonym wraz z ofertą (załącznik nr 8 do IDW Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert) oraz w wykazie złożonym w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. W dalszym ciągu aktualne pozostaje bowiem stanowisko wypracowane w orzecznictwie Izby, zgodnie z którym nie można zastąpić informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą ponieważ byłoby to sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (Odwołujący wskazał na wyrok z dnia 20 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1432/18). Byłoby to również sprzeczne z przepisem art. 26 ust.

3 Pzp, który stanowi, że uzupełnieniu podlega oświadczenie lub dokument, który nie został złożony, jest niekompletny lub budzi wątpliwości zamawiającego. Dokument lub oświadczenie zawierające informacje niezgodne ze stanem faktycznym nie zalicza się do żadnej z kategorii ww. dokumentów.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że w przypadku braku podzielenia przez Izbę argumentacji dotyczącej zasadności wykluczenia Konsorcjum INKO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, w okolicznościach opisanych powyżej konieczne jest wykluczenie tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, gdyż Konsorcjum INKO nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Odwołujący wskazał, iż nawet gdyby uznać, że Konsorcjum INKO mogło powołać się na doświadczenie pana W. K. zdobyte w ramach zastępstwa czasowego na zadaniu z poz. 3 wykazu, to jak wynika z informacji posiadanych przez Odwołującego okres trwania tego doświadczenia wynosił nie więcej niż 44 dni, czyli ok. 1,5 miesiąca, a nie 18 miesięcy jak podaje Konsorcjum INKO (04.2013 - 10.2014). W odpowiedzi na wezwanie datowanej na dzień 16 kwietnia 2020 r. Konsorcjum INKO podniosło, że „doświadczenie pana W. K., zdobyte w trakcie realizacji ww. inwestycji (pomijając miesiące, w których okresy pełnienia funkcji były realizowane w tym samym czasie, do dnia otwarcia ofert 21.01.2020r.), wynosi łącznie 48 miesięcy na co składają się: Zad. 1. 10.2018 - 08.2019 (10 miesięcy), Zad. 2. 04.2013 - 10.2014 (18 miesięcy), Zad. 3. 05.2017- 09.2019 (17 miesięcy), Zad. 4. 07.2017- 12.2019 (3 miesiące)”. Jeśli dla zadania 2, czyli omawianej poz. 3 wykazu uwzględnić jedynie 1,5 miesiąca zamiast 18 miesięcy to łączna długość trwania doświadczenia pana W. K. wskazanego w wykazie (Załącznik nr 6a do IDW - Potencjał kadrowy) wynosi 31,5 miesiąca, a nie jak wymagał Zamawiający 36 miesięcy. Odwołujący dodał, że gdyby uznać, że dopuszczalne było skorzystanie w tej sytuacji przez Zamawiającego z dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp to należy dojść do wniosku, że Konsorcjum INKO uzupełniło wykaz osób (załącznik nr 6a do IDW- Personel kadrowy) w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odpowiedzi na wezwanie z dnia 31 marca 2020 r. Tym samym, wykorzystało szansę na uzupełnienie dokumentów i wykazanie, że spełnia sformułowany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu. Z uwagi na jednokrotną możliwość stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp brak jest podstaw do kierowania w tym zakresie kolejnego wezwania w tym samym trybie w odniesieniu do osoby wskazanej na to samo stanowisko. Działanie takie stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji i prowadziłoby do możliwości wielokrotnego uzupełniania dokumentów w odniesieniu do tej samej osoby.

Uzasadniając zarzut dotyczący wykluczenia Konsorcjum INKO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp w zakresie odnoszącym się do doświadczenia

Geodety – pana R. W., Odwołujący wskazał, iż w zadaniu pierwszym - nie były przeprowadzane rozgraniczenia ani podziały działek. Za nieuzasadnione w ocenie Odwołującego należy uznać powoływanie się przez Konsorcjum INKO na fakt, że „Zakres czynności geodezyjnych, jakie wykonuje się przy ustaleniu granic jest zasadniczo zbieżny z tymi, jakie geodeta obowiązany jest wykonać przy rozgraniczeniu działek, dlatego geodeta - pan R. W., przedstawiając Wykonawcy prace przy linii nr 131 na poparcie swojego doświadczenia do przedmiotowego przetargu, przyjął, że powyższe doświadczenie spełnia wymogi stawiane przez Zamawiającego w SIWZ.” (pismo z dnia 6 maja 2020 r.). Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu w jednoznaczny sposób określił, że wymaga wykazania się co najmniej 2 pracami obejmującymi opracowanie materiałów geodezyjnych w tym numerycznych map do celów projektowych oraz rozgraniczeń i podziałów nieruchomości (gruntów). Zamawiający nie wskazał, że dopuści również doświadczenie o zbieżnym lub równoważnym zakresie do wymaganego. Wobec jednoznacznego brzmienia warunku brak było podstaw do powoływania się przez wykonawców na doświadczenie zbieżne z wymaganym przez Zamawiającego, zwłaszcza w sytuacji, gdy nie zostało to w odpowiedni (jednoznaczny i jasny) sposób opisany w przedstawionym Zamawiającemu wykazie.

W odniesieniu do zadania drugiego Odwołujący wskazał, iż opracowane projekty nie zostały przyjęte do kolejowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego oraz trwają prace związane z rozgraniczeniem nieruchomości. Zwrócił uwagę na niespójność w twierdzeniach Konsorcjum INKO - z jednej strony Konsorcjum INKO w piśmie z dnia 6 maja 2020 r. wskazuje, iż dokonało rzetelnej analizy doświadczenia zgłaszanych geodetów, z drugiej zaś stwierdza, że dopiero przy sporządzaniu wyjaśnień powzięło wiadomość o tym, że wyżej wymienione czynności nie zostały zakończone. Wątpliwości Odwołującego budzi powoływanie się przez Konsorcjum INKO na fakt, że nawet jeśli te prace nie zostały zakończone to geodeta podjął wszelkie możliwe środki celem ukończenia swoich czynności, a niemożność zakończenia wszystkich czynności spowodowana jest okolicznościami od niego niezależnymi w tym między innymi epidemią SARS COV-2, co nie może wyłączać możliwości powoływania się przez geodetę na doświadczenie zdobyte przy realizacji tego zadania. Powyższe jest nieuzasadnione zdaniem Odwołującego z dwóch powodów, po pierwsze - w uzupełnionym wykazie, jako moment zakończenia pełnienia funkcji podano datę 01.2020 r. a zatem okres kiedy na terenie Polski nie występował stan epidemiologiczny i związane z nim obostrzenia. Po drugie, zgodnie z warunkiem prace miały być zakończone i przyjęte do zasobu geodezyjnego i kartograficznego, skoro te czynności nie zostały faktycznie wykonane to podanie ich w wykazie jako prac zakończonych (przyjętych do kolejowego zasobu geodezyjno-kartograficznego, obejmujących opracowanie materiałów geodezyjnych na do celów rozgraniczeń i podziałów nieruchomości) stanowi podanie informacji obiektywnie niezgodnej

z rzeczywistością.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że w przypadku braku podzielenia przez Izbę argumentacji dotyczącej zasadności wykluczenia Konsorcjum INKO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, w okolicznościach opisanych powyżej konieczne jest wykluczenie tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, gdyż Konsorcjum INKO nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej - dysponowanie Geodetą. Odwołujący wskazał, iż gdyby z powodu okoliczności wskazanych w punkcie powyżej przy dokonywaniu oceny spełniania warunków udziału postępowaniu uwzględnić jedynie doświadczenie pana P. W. (pomijając przy tym doświadczenie pana R. W.), to należy stwierdzić, że Konsorcjum INKO nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu gdyż wykazało tylko jedną pracę spełniającą parametry określone w warunku (Zamawiający wymagał co najmniej dwóch prac). Na wypadek uznania przez Zamawiającego doświadczenia pana R. W. w realizacji dodatkowych 5 inwestycji wskazanych w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że takie działanie jest niedopuszczalne i stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zadania te zostały podane dopiero w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, nie zostały one uwzględnione w uzupełnionym uprzednio przez Konsorcjum INKO wykazie. Uwzględnienie przedmiotowych zadań na tym etapie postępowania prowadziłyby do przywrócenia Konsorcjum INKO szansy na uzupełnienie wykazu, w sytuacji gdy wykonawca ten był już wzywany do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co prowadziłyby do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż umożliwiałyby *de facto* wielokrotne uzupełnienie wykazu poprzez wskazywanie w drodze wyjaśnień na kolejne zadania realizowane przez osobę podaną w wykazie.

Uzasadniając zarzut dotyczący wykluczenia wykonawcy Konsorcjum INKO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 Pzp oraz brak możliwości konwalidowania nieprawdziwych informacji w kontekście doświadczenia Konsorcjum wskazane w wykazie usług, Odwołujący podniósł, że z treści wezwania skierowanego przez Zamawiającego do Konsorcjum INKO w dniu 31 marca 2020r. wynika, iż wbrew oświadczeniu złożonemu przez tego wykonawcę w wykazie Przetarg 1.3 - odcinek Biadoliny - Tarnów od km 61,300 do 80,200 km nie obejmował budowy lub przebudowy co najmniej jednego szlaku o dł. min. 10 km. Skoro informacje podane w tym zakresie przez Konsorcjum INKO były obiektywnie niezgodne ze stanem faktycznym, co Zamawiający był w stanie stwierdzić i wykazać, gdyż był podmiotem na rzecz, którego została zrealizowana referencyjna usługa, to zdaniem Odwołującego Konsorcjum INKO powinno podlegać wykluczeniu brak było podstaw do stosowania w tym przypadku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

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

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pszczynie oraz Drogowa Trasa Średnicowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach (dalej jako „Przystępujący”) przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika.

Zamawiający na posiedzeniu w dniu 23 lipca 2020 r. złożył pisemne oświadczenie o uznaniu odwołania, w którym poinformował o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości i wskazał, że nie znalazł podstaw, aby wzruszyć argumentację Odwołującego

Przystępujący na posiedzeniu w dniu 23 lipca 2020 r. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości, wobec czego – zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp – Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana w rankingu oceny ofert na drugiej pozycji, wobec czego w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i wykluczenia Przystępującego z postępowania, Odwołujący miałby potencjalną możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, tj. ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z modyfikacjami i odpowiedziami na pytania zadane przez wykonawców, informacji z o otwarcia ofert, oferty Przystępującego, oświadczeń i dokumentów złożonych przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwania z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 24 czerwca 2020 roku. Izba dopuściła także dowody z dokumentów złożonych na rozprawie przez Odwołującego, tj.

- 1) pismo z dnia 26 kwietnia 2013 r. zatwierdzające skład Zespołu Inżyniera Projektu - dot. zadania „Zawiercie-Jaworzno”,
- 2) pisma z dnia 3 marca 2014 r., 4 sierpnia 2014 r., 2 października 2014 zawierające informacje o czasowej niezgodności pana K. O. wraz z wnioskami o czasowe zastępstwo przez pana W. K. – dot. zadania „Zawiercie-Jaworzno”,
- 3) pismo z dnia 18 lutego 2016 r. zawierające poświadczenie składu Zespołu Inżyniera podczas realizacji zadania „Częstochowa-Fosowskie”,
- 4) wyciąg z umowy nr 90/106/0006/19/Z/I zawartej pomiędzy Zamawiającym a konsorcjum Koltech i APIN,
oraz dowodów złożonych przez Przystępującego, tj.
- 5) umowa zlecenie nr 05/11/2016/BF z dnia 28 listopada 2016 r.;
- 6) korespondencja mailowa Przystępującego z panem W. K.;
- 7) umowa zlecenie nr 15/07/2014/BR z dnia 31 lipca 2014 r.;
- 8) umowa zlecenia z dnia 15 marca 2018 r.

Izba nie uznała za dowód złożonego przez Przystępującego zestawienia odnoszącego się do okresu pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru SRK przez pana K., które stanowi oświadczenie własne Przystępującego (dodatkowo niepodpisane) i może być potraktowane wyłącznie jako uzupełnienie jego stanowiska procesowego.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, iż zgodnie z pkt. 8.2.3. SIWZ Tom I – Instrukcja dla Wykonawców („IDW”) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie z pkt 8.5.1 IDW w zakresie ww. warunku 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), minimum 2 (dwóch) usług polegających na zarządzaniu inwestycją i sprawowaniu nadzoru nad realizacją robót budowlanych, z wyłączeniem nadzoru w okresie gwarancji, przy czym każda z wykonanych usług musi obejmować swoim zakresem budowę lub przebudowę co najmniej: jednego szlaku o dł. min. 10 km na zelektryfikowanej dwutorowej linii kolejowej i jednej stacji kolejowej wyposażonej w co najmniej 2 2 tory główne zasadnicze oraz 1 tor główny dodatkowy, wyposażoną w trzy krawędzie peronowe na zelektryfikowanej linii kolejowej każdy, przy czym te usługi muszą być dotyczyć robót budowlanych, których łączną wartość zakończonych lub odebranych świadectwem przejęcia (protokołem odbioru końcowego) robot wynosi co najmniej 250 000 000 PLN brutto dla każdej inwestycji osobno.

Zgodnie z pkt 8.5.2 IDW w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3 IDW

wymagane było także wykazanie się przez wykonawcę dysponowaniem osobami wchodzącymi w skład Stałego Zespołu Inżyniera, w tym m.in. Inspektorem nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym (pkt 4) oraz Geodetą (pkt 5). Wymagania minimalne, kwalifikacje i doświadczenie dla Inspektora Nadzoru SRK były następujące: „uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi lub do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w danej specjalności: - w ciągu 10 ostatnich lat liczonych od terminu składania Ofert w postępowaniu zdobył minimum 3 letnie doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru w zakresie minimum 1 inwestycji infrastrukturalnej, realizowanej / realizowanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe”. Wymagania minimalne, kwalifikacje i doświadczenie dla geodety były następujące: posiadanie uprawnień w zakresie określonym w art. 43 pkt 1, 2 i 4 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. Prawo geodezyjne i kartograficzne (t.j.: Dz. U. z 2017 r.) poz. 2101): geodezyjne pomiary sytuacyjno - wysokościowe, inwentaryzacyjne i realizacyjne; rozgraniczenia i podziały nieruchomości (gruntów) oraz sporządzanie dokumentacji dla celów prawnych; geodezyjna obsługa inwestycji; wykonanie co najmniej 2 prac, zakończonych i przyjętych do zasobu geodezyjnego i kartograficznego, obejmujących opracowanie materiałów geodezyjnych (w tym numerycznych map do celów projektowych oraz rozgraniczeń i podziałów nieruchomości (gruntów) dla modernizacji (rozbudowy, przebudowy) lub budowy zelektryfikowanej linii kolejowej. 'Zamawiający dopuszcza jedną osobę posiadającą wszystkie ww. zakresy uprawnień lub więcej osób, wypełniających łącznie warunek posiadania uprawnień wymienionych powyżej.”

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia wykazu usług sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do IDW (pkt 9.7.1 IDW) oraz wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 6a do IDW (pkt 9.7.4 IDW).

Doświadczenie personelu wykonawcy stanowiła także jedno z kryteriów oceny ofert. W ramach tego kryterium wyróżniono podkryterium PK2 – Doświadczenie Inspektora Nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym. W ramach tego podkryterium wykonawcy mogli uzyskać maksymalnie 10 pkt, po 2 pkt za każdą inwestycję spełniającą wskazane parametry: „Przez minimum 12 miesięcy pełnił funkcję Inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej w zakresie sterowania ruchem kolejowym na zadaniu obejmującym swoim zakresem m.in. jeden szlak o dł. min. 10 km na zelektryfikowanej dwutorowej linii kolejowej i jedną stację kolejową wyposażoną w co najmniej 2 tory główne zasadnicze oraz 1 tor główny dodatkowy, wyposażoną w trzy krawędzie peronowe na zelektryfikowanej linii kolejowej każdy, przy czym usługi te muszą dotyczyć robot

budowlanych, których łączna wartość zakończonych lub odebranych świadectwem przejścia (protokołem odbioru końcowego) robót na zadaniu obejmującym nadzór nad liniową inwestycją kolejową o wartości min. 100 000 000,00 netto PLN dla każdej wskazanej inwestycji.” W celu oceny kryterium wykonawcy wraz z ofertą mieli złożyć Wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert, którego wzór stanowił załącznik nr 8 do IDW.

W postępowaniu wpłynęło pięć ofert, w tym oferta Odwołującego i Przystępującego. Przystępujący do oferty załączył Wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert, w którym wskazał na stanowisko Inspektora Nadzoru SRK pana W. K. , wskazując trzy zadania mające spełniać parametry wskazane w kryterium PK2:

1. „Pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu pod nazwą - Prace na Liniach *Kolejowych* nr 132, 147, 161, 180, 188, 654, 655, 657, 658 na odcinku Gliwice - Bytom - Chorzów Stary - Mysłowice Brzezinka - Oświęcim oraz Dorota - Mysłowice Brzezinka POliŚ 5.2-3” (zajmowane stanowisko: Inspektor Nadzoru w branży kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. nadzór inwestorski: SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce; okres realizacji: 03.2018-08.2019);
2. „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 61 i 700 na odcinku Częstochowa - Fosowskie” POliŚ 7.1-67. -linia kolejowa dwutorowa o dł. 59km -Stacja Częstochowa Stradom” (zajmowane stanowisko: Inspektor Nadzoru w branży kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., nadzór inwestorski: Koltech Infra Sp. z o.o., okres realizacji 09.2014-06.2016) – dalej jako zadanie „Częstochowa - Fosowskie”;
3. „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowych nr 1,133; 160 i 186 na odcinku Zawiercie-Dąbrowa Górnicza Ząbkowice-Jaworzno Szczakowa - PoliŚ 7.1-69 - linia kolejowa dwutorowa o dł. 67 km – Stacja Zawiercie” (zajmowane stanowisko: Inspektor Nadzoru w branży kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. nadzór inwestorski: Koltech Infra Sp. z o.o., okres realizacji 04.2013-10.2014) – dalej jako zadanie „Zawiercie – Jaworzno”.

W odpowiedzi na wezwanie wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Przystępujący złożył Wykaz osób (załącznik nr 6a do IDW), w którym na stanowisko Inspektora Nadzoru SRK wskazał pana W. K., podając w opisie doświadczenia informacje analogiczne jak wskazane w Wykazie personelu na potrzeby kryterium oceny ofert (wskazano trzy ww. zadania). Na stanowisko Geodety wskazano pana M. W., przedstawiając opis jego doświadczenia. Przystępujący złożył także wykaz usług (załącznik nr 6 do IDW), w którym wskazał m.in. w poz. 1 zadanie „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad umowami na

kontraktach zasadniczych obejmujących zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych realizowanych w ramach projektu POIiŚ 7.1-30 „Modernizacja linii kolejowej E30/C-E30, odcinek Kraków – Rzeszów, etap III” Przetarg 1.3 – odcinek Biadoliny-Tarnów od km 61,300 do 80,200, zrealizowane na rzecz PKP PLK S.A., wskazując, że zadanie obejmowało przebudowę linii kolejowej dwutorowej (2x18,9 km = 378 km toru), Stacja Bogumiłowice (2 tory główne zasadnicze, 9 torów dodatkowych, 2 krawędzie peronowe); Stacja Tarnów (2 tory główne zasadnicze, 9 torów dodatkowych, 6 krawędzi peronowych).

Zamawiający w dniu 31 marca 2020 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia Wykazu usług, podnosząc, iż kontrakt wskazany w złożonym wykazie, tj. Przetarg 1.3 – odcinek Biadoliny-Tarnów, nie obejmował budowy lub przebudowy co najmniej jednego szlaku o dł. min. 10km. Ponadto Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia Wykazu osób w zakresie Inspektora Nadzoru SRK oraz Geodety. W odniesieniu do Inspektora Nadzoru SRK Zamawiający wskazał, iż po dokonaniu analizy posiadanych dokumentów i pozyskanych informacji ustalił, że na zadaniu pierwszym p. W. K. pełnił funkcję Inspektora w okresie od 10.2018 do 08.2019, a na zadaniu drugim p. W. K. nie pełnił funkcji Inspektora. Potwierdzone doświadczenie wynosi tylko 28 miesięcy (Zamawiający wymagał 3 lat, czyli 36 miesięcy). Wykonawca nie wykazał zatem, iż p. K. posiada wymagane 3-letnie doświadczenie. W odniesieniu do Geodety Zamawiający podniósł, iż po dokonaniu analizy posiadanych dokumentów i pozyskanych informacji ustalił, że na zadaniu pierwszym p. M. W. nie wykonał materiałów geodezyjnych, mapy zostały podpisane przez inne osoby, na zadaniu drugim p. M. W. nie wykonał materiałów geodezyjnych mapy zostały podpisane przez inne osoby, zadanie trzy i cztery brak potwierdzenia przyjęcia map do celów projektowych do kolejowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego, ponadto nie wskazano, że opracowane mapy do celów projektowych były mapami numerycznymi oraz że opracowane materiały geodezyjne obejmowały rozgraniczenie i podziały nieruchomości (gruntów).”

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący wskazał, iż w związku z wątpliwościami Zamawiającego, czy udostępnione zasoby podmiotu MP-Mosty S.A. (Przetarg 1.3 – odcinek Biadoliny-Tarnów) potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu, Przystępujący zastępuje podmiot udostępniający zasoby w zakresie jednej usługi, innym podmiotem (Przystępujący przedstawił szczegółowe dane odnoszące się do nowowskazanego zadania).

W odniesieniu do Inspektora Nadzoru SRK Przystępujący podniósł, iż potwierdza, że osoba wskazana na stanowisko Inspektora Nadzoru w specjalności inżynierskiej w zakresie sterowania ruchem kolejowym - pan W. K. spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca wykazując w toku postępowania doświadczenie pana W. K., opierał się na przekazanych przez niego CV oraz licznych telefonicznych i mailowych deklaracjach o

prawidłowości przedstawionych informacji, na podstawie zgromadzonych przez niego w trakcie pełnienia obowiązków zawodowych dokumentów. Podsumowując Przystępujący wskazał, że, w oparciu również o uwagi Zamawiającego, doświadczenie pana W. K. wygląda następująco:

Zadanie 1: 10.2018 – 08.2019 Inspektor Nadzoru w branży kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym. „Pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu pod nazwą - Prace na Liniach Kolejowych nr 132, 147, 161, 180, 188, 654, 655, 657, 658 na odcinku Gliwice - Bytom - Chorzów Stary - Mysłowice Brzezinka - Oświęcim oraz Dorota - Mysłowice Brzezinka POLiŚ 5.2-3.” Kontrakt realizowany zgodnie z FIDIC.;

Zadanie 2: 04.2013-10.2014 Inspektor Nadzoru w branży kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym. „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowych nr 1,133; 160 i 186 na odcinku Zawiercie-Dąbrowa Górnicza Ząbkowice- Jaworzno Szczakowa - PoliŚ 7.1-69.” Kontrakt realizowany zgodnie z FIDIC; oraz uzupełnił doświadczenie o dwa dodatkowe zadania:

Zadanie 3: 05.2017-09.2019 Inspektor Nadzoru w branży kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym. „Pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu pod nazwą - Prace na linii nr 95 na odcinku Kraków Mydlniki-Podłęże wraz z łącznicami.” Kontrakt realizowany w oparciu o warunki FIDIC;

Zadanie 4: 07.2017-12.2019 Inspektor Nadzoru w branży kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym. „Modernizacja linii kolejowej E30, odcinek Zabrze-Katowice-Kraków, Etap IIb” (...).

W związku z powyższym Przystępujący załączył uzupełniony wykaz osób, wskazując, że doświadczenie p. K., zdobyte w trakcie realizacji ww. inwestycji (z pominięciem miesięcy, w których okresy pełnienia funkcji były realizowane w tym samym czasie, do dnia otwarcia ofert 21.01.2020 r.) wynosi łącznie 48 miesięcy, na co składają się: zad. 1. 10-2018-08.2019 (10 miesięcy), zad. 2 04.2013-10.2014 (18 miesięcy), zad. 3 05.2017-09.2019 (17 miesięcy), zad. 4 07.2017-12.2019 (3 miesiące).

W odniesieniu do doświadczenia Geodety, Przystępujący wskazał, iż na etapie przygotowywania oferty przeanalizował zakres uprawnień, oraz doświadczenie zgłoszonego na stanowisko Geodety pana M. W., wskazując w ofercie zadania, co do których zarówno ww. osoba jak i wykonawca nie posiadali wątpliwości dotyczących spełniania wymogu zgodnie z SIWZ pkt. 8.5.2 pkt 5 tabeli. Wykonawca w obliczu wątpliwości Zamawiającego, zweryfikował ponownie zakres doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Geodety i potwierdza, że pan M. W. brał udział w opracowaniu przedstawionych w Wykazie Osób dokumentacji, jako członek zespołu projektowego, składającego się z kilku osób. Częstą praktyką jest jednak

sytuacja, w której opracowywana dokumentacja, nawet przez zespół składający się z kilku osób, jest ostatecznie zatwierdzana i podpisywana przez jedną wyznaczoną do reprezentacji osobę i tak też było w przypadku wykazanego doświadczenia Geodety, w związku z czym pan M. W. nie widnieje jako autor dokumentacji dotyczących wykonania mapy do celów projektowych. W związku z powyższym, na podstawie art. 26 ust 3 Pzp, Przystępujący wskazał w miejsce pana M. W. pana R. W. oraz pana P. W., którzy łącznie spełniają wymóg zgodnie z SIWZ pkt. 8.5.2, pkt 5 tabeli. Przystępujący wskazał także że pan R. W. legitymuje się całym wymaganym doświadczeniem w zakresie wykonania minimum dwóch dokumentacji zgodnie z powyższymi zapisami SIWZ, natomiast pan P. W. razem z panem R. W. spełniają łącznie warunek posiadanych uprawnień w zakresie zgodnym z powyższymi wymogami SIWZ. W załączonym Wykazie Przystępujący w opisie doświadczenia p. W. wskazał: zadanie 1: „Opracowanie dokumentacji geodezyjnej i kartograficznej obejmującej numeryczne mapy do celów projektowych oraz rozgraniczenia i podziały gruntów, przyjętych do kolejowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego dla projektów realizowanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z perspektywy 2014-2020 odcinek - Tarnowskie Góry - granica województwa Śląskiego na linii 131 ok. 50km - linia zelektryfikowana (08.2-16-05.2017); zadanie 2: „Opracowanie dokumentacji projektowej, obejmującej numeryczne mapy do celów projektowych oraz rozgraniczenia i podziały gruntów (linie rozgraniczające dla powiatu Słupsk), przyjętych do kolejowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego, wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu "Prace na linii kolejowej nr 202 na odcinku Gdynia Chylonia - Słupsk na odcinku Lębork - Słupsk. Długość 60km - linia zelektryfikowana (03.2018-01.2020). W odniesieniu do p. W. wskazano na realizację zadania „Wykonanie mapy do celów projektowych przyjętej do kolejowego zasobu geodezyjnego dla uzyskania decyzji ULLK dla zadania pn. "Budowa linii kolejowej nr 582 Czarńca - Włoszczowa Północ", Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Jako podstawę dysponowania ww. osobami wskazano dysponowanie bezpośrednie.

Zamawiający w dniu 27 kwietnia 2020 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących doświadczenia p. R. W. wskazanego na stanowisko Geodety. Zamawiający wskazał, iż po dokonaniu analizy posiadanych dokumentów i pozyskanych informacji ustalił, że na zadaniu pierwszym p. R. W. nie wykonał materiałów geodezyjnych, mapy zostały podpisane przez inne osoby, w wykazanym zadaniu nie były przeprowadzane rozgraniczenia ani podziały działek. Ponadto wskazał, iż na podstawie posiadanych dokumentów i pozyskanych informacji ustalił również, że na zadaniu drugim opracowane projekty podziału działek nie zostały przyjęte do zasobu geodezyjnego oraz że obecnie trwają prace związane z rozgraniczeniem nieruchomości. W związku z tym Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dot. rozbieżności pomiędzy wykazanim doświadczeniem, a informacjami

jakimi dysponuje Zamawiający.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący wyjaśnił, iż w jego opinii geodeci - pan R. W. pan P. W., spełniają wszystkie wymogi zgodnie z SIWZ pkt. 8.5.2 pkt 5 tabeli. Zarówno na etapie przygotowywania oferty, jak i na etapie składania wyjaśnień na poprzednie wezwanie Zamawiającego, z dnia 31.03.2020 r., Wykonawca dokonał rzetelnej analizy doświadczenia zgłaszanych geodetów, opierając się zarówno na informacjach przekazywanych Wykonawcy od samych geodetów, jak i bezpośrednio na sporządzonej przez nich dokumentacji, udostępnionej przez geodetów. Przekazane informacje i dokumenty nie wskazywały, by podane Wykonawcy przez geodetę zadania na wykazanie spełniania warunków SIWZ, warunków tych nie spełniały. W zakresie zadania 1 Przystępujący wskazał, iż potwierdza, że p. W. był kierownikiem prac geodezyjnych, wykonał m.in. Operat Techniczny i mapy do celów projektowych (na dowód powyższego Przystępujący załączył kopię operatu oraz map). Wskazał, że rozbieżność pomiędzy weryfikacją tego zadania przez Zamawiającego, a wskazanymi dowodami mogą wynikać z braku doszczegółowienia kilometrażu trasy, na której były wykonywane dokumentacje (Przystępujący podał kilometraż opracowanych dokumentacji). Odnosząc się do kwestii przeprowadzenia rozgraniczeń i podziałów działek na powyższym zadaniu, Przystępujący wyjaśnił, że na całym odcinku, na którym zostały wykonane mapy, geodeci mieli obowiązek przeprowadzenia regulacji granic nieruchomości i stanu prawnego (w zakresie granicy pasa kolejowego jak i granic działek przyległych do pasa kolejowego). Dlatego w miejscach, gdzie było to niezbędne, czyli tam gdzie stan prawny oraz przebieg granic był nieuregulowany, geodeci dokonali ustalenia granic. Zakres czynności geodezyjnych, jakie wykonuje się przy ustaleniu granic jest zasadniczo zbieżny z tymi, jakie geodeta obowiązany jest wykonać przy rozgraniczeniu działek, dlatego geodeta - pan R. W., przedstawiając Wykonawcy prace przy linii nr 131 na poparcie swojego doświadczenia do przedmiotowego przetargu, przyjął, że powyższe doświadczenie spełnia wymogi stawiane przez Zamawiającego w SIWZ. Zgodnie z uzyskanymi od geodety informacjami, Wykonawca przygotował wykaz prac, który następnie złożył Zamawiającemu. Wobec nakładającego się zakresu czynności geodezyjnych, jakie wykonuje się przy ustalaniu granic i rozgraniczeniu działek, Wykonawca stoi na stanowisku, że cel stawianego przez Zamawiającego warunku, w postaci wykazania odpowiedniego doświadczenia, został osiągnięty.

W odniesieniu do zadania 2 Przystępujący potwierdził, że pan R. W. wykonał mapę do celów projektowych, która została przyjęta do kolejowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego oraz wyjaśnił, że „dla zadania na linii nr 202 wykonano mapy do celów projektowych. Jeszcze w 2019 r. zostały także wszczęte prace związane z przeprowadzaniem rozgraniczeń i podziałów gruntów i nieruchomości (na dowód czego Wykonawca otrzymał od

zgłoszonego geodety wnioski o zgłoszenie prac geodezyjnych w zakresie podziału nieruchomości, złożone do Starostwa Lęborskiego, Starosty Gdańskiego oraz Starosty Słupskiego, których kopie załączamy jako dowód -zał. nr 8, 9 i 10). Dopiero przy sporządzaniu niniejszych wyjaśnień Wykonawca powziął wiadomość, że wyżej wymienione czynności nie zostały zakończone. Wykonawca, wobec udostępnionych mu informacji i dokumentów, pozostawał w uzasadnionym przekonaniu, że zadanie to spełnia wymagania SIWZ, a prace zostały zakończone. Wykonawca nie miał przy tym możliwości zweryfikowania we własnym zakresie stopnia zaawansowania czynności podjętych przez geodetę i jego oświadczeń, ponieważ nie istnieje żadna baza danych, która udostępniałaby takie informacje. Podkreślić jednak należy, że nawet jeśli te prace nie zostały zakończone, to według najlepszej wiedzy Wykonawcy geodeta podjął wszelkie możliwe środki celem ukończenia swoich czynności, a niemożność zakończenia wszystkich czynności spowodowana jest okolicznościami od niego niezależnymi, w tym między innymi epidemią SARS COV-2, co nie może wyłączać możliwości powoływania się geodety na doświadczenie zdobyte przy realizacji tego zadania. Niezależnie od powyższego, celem rozwiania ewentualnych wątpliwości Przystępujący wskazał dodatkowo 5 innych zadań mających potwierdzać doświadczenie p. W. .

Zamawiający w dniu 18 maja 2020 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnień rozbieżności pomiędzy wykazanim doświadczeniem geodetów a informacjami jakimi dysponuje Zamawiający. Wskazał, iż po dokonaniu analizy posiadanych dokumentów i pozyskanych informacji ustalił, że osoby proponowane na stanowisko geodety nie wykonały podziału działek w ramach wykazanego doświadczenia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący w zakresie dotyczącym doświadczenia pana R. W. powtórzył informacje wskazane w poprzednich wyjaśnieniach. W odniesieniu zaś do doświadczenia pana P. W., Przystępujący wskazał, iż w ramach wskazanego w wykazie osób doświadczenia przy realizacji zadania budowlanego pn. „Budowa Unii kolejowej nr 582 Czarncza - Włoszczowa Północ łączącej linie kolejowe nr 61 i nr 4, wykonano dwie mapy do celów projektowych i dwie mapy z projektem podziału nieruchomości, odrębnie dla każdej z linii (Przystępujący wyszczególnił jakie mapy wykonano dla linii nr 61 a jakie dla linii nr 4). Przystępujący wyjaśnił przy tym, że pan P. W. wykonywał wyżej wymienione mapy z projektem podziałów nieruchomości jako członek zespół projektowego, składający się z kilku osób. Jego aktywny udział w przygotowaniu wyżej wymienionych dokumentów potwierdzają pieczęcie widniejące na dołączonych do niniejszego pisma dokumentach. Dodatkowo zaznaczyć należy, że sam fakt niepodpisywania *dokumentów* nie może świadczyć o nieuczestniczeniu w jego wykonaniu. Często praktyką jest bowiem sytuacja, kiedy opracowywana przez zespół kilku osób dokumentacja jest ostatecznie zatwierdzana i podpisywana przez jedną wyznaczoną do reprezentacji osobę i tak też było w przypadku

wykazanego przez nas doświadczenia geodety. Wykonawca wykazał jednak, że pan P. W. brał udział w wykonywaniu tej dokumentacji, a zatem legitymuje się niezbędnym doświadczeniem.

Zamawiający w dniu 5 czerwca 2020 r. zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego. Zgodnie z załączoną tabelą punktacji w kryteriach oceny ofert, oferta Odwołującego znalazła się na drugiej pozycji.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w znacznej części.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, jak i naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, odnoszący się do doświadczenia Inspektora Nadzoru SRK (zarzuty nr 1 i 2 odwołania).

Zgodnie z 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, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, zaś zgodnie z pkt 17 tego 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. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. W myśl art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 ustawy Pzp).

Przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp stanowią obligatoryjne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, co oznacza że zamawiający nie może odstąpić od dokonania takiej czynności w sytuacji spełnienia się przesłanek, o których mowa w ww. przepisach. Dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki:

- a) przedstawienie przez wykonawcę nierzetelnych informacji w zakresie niepodlegania wykluczeniu, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji (ewentualnie zatajenie tych informacji lub nieprzedstawienie wymaganych dokumentów);
 - b) wprowadzenie zamawiającego w błąd przy przedstawianiu ww. informacji;
 - c) przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.
- Natomiast art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wymaga łącznego zaistnienia poniższych przesłanek:

- a) przedstawienie informacji wprowadzającej zamawiającego w błąd;
- b) przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa;
- c) informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

O ile w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp jednoznacznie wskazano, że może być on zastosowany wyłącznie jeśli podanie nieprawdziwych informacji było celowym (zamierzonym) działaniem wykonawcy lub skutkiem jego rażącego niedbalstwa, a informację wprowadzającą w błąd dotyczyć muszą *stricto* sytuacji podmiotowej wykonawcy, to w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp odpowiedzialność wykonawców ukształtowana została w sposób zdecydowanie szerszy. Przepis ten po pierwsze nie ogranicza przedmiotowo zakresu nierzetelnych informacji, a jedynie wskazuje, że muszą stanowić informacje wprowadzające zamawiającego w błąd oraz muszą mieć potencjalnie istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Po drugie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp dopuszcza wykluczenie wykonawcy w sytuacji wprowadzenia w błąd zamawiającego w wyniku zachowań nieumyślnych wykonawcy, tj. lekkomyślności lub niedbalstwa. Jak wskazuje się w doktrynie, praktycznie w każdym przypadku nieumyślnego złożenia nieprawdziwej informacji, wykonawca powinien być wykluczony z postępowania. Ustawodawca założył, że profesjonalny charakter podmiotów biorących udział w przetargach zobowiązuje do weryfikowania każdej informacji składanej w postępowaniu. Nawet więc drobne niedopatrzenie, może oznaczać wykluczenie z dalszego udziału w postępowaniu. Jediną możliwością uchylenia się od sankcji wykluczenia, będzie wykazanie przez wykonawcę, że nieprawdziwa informacja została złożona w postępowaniu w sposób całkowicie niezawiniony lub że nieprawdziwa informacja pozostała bez wpływu na decyzje zamawiającego (por. J. Jarnicka [w:] M. Jaworska (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. C.H. Beck 2020).

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie ziściły się podstawy do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp wobec przedstawienia na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.5.2 ppkt 4 IDW, dotyczącego doświadczenia inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, dwukrotnie, informacji dotyczących doświadczenia pana W. K., co do których – w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego – nie ma wątpliwości, że są niezgodne ze stanem rzeczywistym.

Po pierwsze Przystępujący w Wykazie osób złożonym w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp oświadczył, że pan W. K. pełnił funkcję inspektora nadzoru w branży kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym w okresie 09.2014-06.2016 na zadaniu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 61 i 700 na odcinku Częstochowa – Fosowskie”. Zamawiający wzywając Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie doświadczenia p. K. w dniu 31 marca 2020 r. wprost wskazał, że według jego ustaleń pan K. nie pełnił ww. funkcji w ramach tej inwestycji. Okoliczność, że informacja o wyżej opisanym doświadczeniu Pana K. stanowiła informację nieprawdziwą bezspornie potwierdza złożony przez Odwołującego na rozprawie dowód w postaci poświadczenia nr IREPL4e-024-10/2016 z dnia 18 lutego 2016 r. dotyczącego pełnienia nadzoru oraz funkcji inżyniera w ramach ww. projektu, z którego wynika, że funkcję inspektora nadzoru SRK pełniły inne osoby. Izba nie uznała za wiarygodne stanowiska Przystępującego prezentowanego na rozprawie, że informacje wskazane w Wykazie były prawdziwe, a Przystępujący zrezygnował z powołania się na to doświadczenie tylko dlatego, że nie dysponował wówczas jeszcze umową zawartą pomiędzy firmą Koltech a panem W. K., którą złożył na rozprawie. Złożona na rozprawie umowa bynajmniej nie potwierdza prawdziwości oświadczenia złożonego przez Przystępującego – po pierwsze obejmuje ona okres jednego miesiąca (od 28.11.2016 r. do 31.12.2016 r.), który przypada już po upływie okresu wskazanego w Wykazie osób dla zadania Częstochowa – Fosowskie (09.2014 – 06.2016), a po drugie z jej treści wprost wynika, że zlecenie realizacji usług inspektora nadzoru odnosiło się do przeglądów gwarancyjnych zadania Częstochowa – Fosowskie, a nie zadania wskazanego w Wykazie osób. Przystępujący nie złożył żadnych dowodów, które potwierdzałyby prawdziwość złożonego oświadczenia i które zaprzeczyłyby okolicznościom udowodnionym przez Odwołującego.

Po drugie, nieprawdziwe informacje zostały złożone w odniesieniu do okresu pełnienia funkcji inspektora nadzoru w branży kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym na zadaniu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 1, 133, 160 i 186 na odcinku Zawiercie – Dąbrowa Górnicza Ząbkowice – Jaworzno Szczakowa”, Wskazany przez Przystępującego w Wykazie okres realizacji ww.

zadania, tj. 04.2013 - 10.2014, nie odpowiadał rzeczywistemu stanowi rzeczy, wynikającemu z dowodów złożonych przez Odwołującego, które Izba uznała za wiarygodne (tj. pisma z dnia 26.04.2013 r. zatwierdzającego skład Zespołu Inżyniera Projektu na ww. inwestycji oraz pism zawierających informacje o czasowej nieobecności inspektora nadzoru SRK i wnioski o zgodę na czasowe zastępstwo tej osoby przez pana K. Z dowodów tych jednoznacznie wynikało, że osobą pełniącą funkcję inspektora nadzoru w dziedzinie SRK był pan K. O., a Pan W. K. pełnił tę funkcję w ramach zadania Zawiercie – Jaworzno jedynie czasowo w formie zastępstwa przez okres wynoszący łącznie ok. półtora miesiąca (44 dni), nie zaś jak wskazano w Wykazie przez 18 miesięcy. Umowa zlecenia złożone przez Przystępującego, odnosi się wyłącznie do okresu jednego miesiąca (sierpień 2014 r.) i pośrednio potwierdza stanowisko Odwołującego, który wskazywał, że pan K. zastępował pana O. między innymi w sierpniu 2014 r. (por. dowód - pismo z dnia 4 sierpnia 2014 r. informujące o czasowej nieobecności pana O.). Umowa ta w żaden sposób nie potwierdza jednak prawdziwości oświadczenia złożonego w Wykazie osób w odniesieniu do pełnego okresu pełnienia funkcji inspektora nadzoru SRK na zadaniu Zawiercie – Jaworzno przez pana K. . Co więcej, sam Przystępujący prawdziwość własnego oświadczenia podważył na rozprawie, składając zestawienie własne obrazujące okresy doświadczenia pana K. na poszczególnych zadaniach, z którego wprost wynika, że w ramach zadania Zawiercie – Jaworzno okres sprawowania funkcji inspektora nadzoru przez ww. osobę wynosił łącznie 2 miesiące i 8 dni. Nawet jeśli zatem rzeczywisty okres pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru SRK przez pana K. był nieznacznie dłuższy niż wskazywał Odwołujący, to i tak nie odpowiadał podanemu w Wykazie osób okresowi 18 miesięcy.

Mając na uwadze powyższe, nie budziło żadnych wątpliwości Izby, że informacje wskazane w Wykazie osób przez Przystępującego w zakresie doświadczenia pana K. zdobytego podczas realizacji dwóch wyżej omówionych inwestycji, były nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. Co istotne – informacje te zostały podane w celu potwierdzenia spełnienia wymaganego przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.5.2 ppkt 4 IDW. Mamy tutaj zatem do czynienia z przesłanką wskazaną w art.24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp - przedstawieniem przez wykonawcę nierzetelnych informacji w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby spełniona została także druga przesłanka wskazana w ww. przepisie, a mianowicie przy przedstawianiu ww. informacji doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd. Zamawiający bazując na deklaracji Przystępującego co do okresu pełnienia funkcji inspektora nadzoru SRK przez pana K. na zadaniu Zawiercie – Jaworzno uznał warunek udziału w postępowaniu wskazany w pkt 8.5.2 ppkt 4 IDW za spełniony (Zamawiający wymagał pełnienia funkcji przez minimum 36 miesięcy), wprowadzenie Zamawiającego w błąd nie budzi tutaj zatem żadnej wątpliwości. W ocenie Izby również podanie niezgodnych z rzeczywistością

informacji co do pełnienia przez pana K. funkcji inspektora nadzoru SRK na zadaniu Częstochowa – Fosowskie uznać należy za wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Izba podzieliła stanowisko prezentowane przez Odwołującego w ślad za wyrokiem KIO z dnia 7 marca 2019 r., sygn. akt KIO 271/19 (którego zresztą Przystępujący w żaden sposób nie kwestionował), że okoliczność, iż ww. zadanie realizowane było na rzecz Zamawiającego, a zatem miał on możliwość samodzielnego zweryfikowania rzetelności przedstawionych informacji, nie powinno mieć wpływu na zastosowanie sankcji określonej w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17. Jak wskazano m.in. w wyroku z dnia 13 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 618/17 „wprowadzenie zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp nie może być rozumiane w ten sposób, że zamawiający nie dostrzegł nieprawdziwości przedstawionych mu informacji i pozostał niezmiennie w błędnym przekonaniu co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyby bowiem tak było, zamawiający nie miałby możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie wskazanego wyżej przepisu. Zatem do przyjęcia, że zamawiający został wprowadzony w błąd wystarczające jest, że sama treść przedstawionych informacji, bez ich szczególnego badania i weryfikacji, prowadziła go do wniosku, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony.” Taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie. Zamawiający został przez Przystępującego wprowadzony w błąd, a okoliczność, że ostatecznie Zamawiający powziął wiedzę, że złożone informacje są nieprawdziwe, była efektem wyłącznie dochowania przez Zamawiającego należytej staranności i jego wnikliwości podczas badania oferty Przystępującego. Gdyby Zamawiający samodzielnie nie przeanalizował dokumentacji zadania Zawiercie – Jaworzno i bezrefleksyjnie oparł się na deklaracji Przystępującego, to w tym błędnym przekonaniu trwałby zapewne do czasu wniesienia odwołania, tak jak miało to miejsce w przypadku nieprawdziwej informacji o okresie pełnienia przez pana K. funkcji Inspektora Nadzoru SRK na zadaniu Zawiercie – Jaworzno.

Izba stwierdziła, iż została spełniona także trzecia przesłanka wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp - przedstawienie nierzetelnych informacji było wynikiem rażącego niedbalstwa Przystępującego.

Jak wskazuje się w orzecznictwie (por. m.in. wyrok KIO z dnia 19 września 2017 r., sygn. akt KIO 1829/17), mianem niedbalstwa określa się w doktrynie prawa cywilnego postać winy nieumyślnej, która przejawia się w tym, że sprawca nie chce postępować bezprawnie i chociaż przewiduje taką możliwość, nie godzi się na ten skutek, bezpodstawnie sądząc, że go uniknie (zob. A. Olejniczak: Komentarz do art. 415 KC. (w:) A. Kidyba (red.): Kodeks Cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna). W konsekwencji przyjęć należy, że niedbalstwo to nic innego, jak niezachowanie należytej staranności, czyli działanie nieodpowiadające obiektywnemu wzorcowi postępowania właściwemu danemu dłużnikowi. Natomiast o rażącym stopniu niedbalstwa decyduje jak znaczna jest różnica pomiędzy

sposobem postępowania dłużnika a wspomnianym wzorcem. Rażące niedbalstwo jest kwalifikowaną postacią niedbalstwa, szczególnie negatywna, naganną oceną postępowania wykonawcy, kiedy stopień naganności czynności znacząco odbiega od modelu właściwego w danym stanie faktycznym.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest także pogląd, iż do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, co wynika z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). W tym zakresie należy dodać, że w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu – jak stanowi art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania, a przez to nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości (por. m.in. wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r., sygn. akt KIO 2056/17, wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2372/18).

Za profesjonalistę niewątpliwie uznać należy Przystępującego, który składając ofertę oraz oświadczenia i dokumenty w postępowaniu zobowiązany był dochować należytej staranności i dokonać szczególnej weryfikacji prezentowanych przez siebie danych, mając świadomość skutków ich nierzetelnej prezentacji. Okoliczność, że zachowanie Przystępującego naruszało reguły należytej staranności i stanowiło niedbalstwo nie budziła wątpliwości Izby. Przystępujący zadeklarował, że osoba wskazana na stanowisko inspektora nadzoru SRK legitymuje się doświadczeniem wymaganym w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.5.2 ppkt 4 IDW, w sytuacji gdy nie zweryfikował należyście prawdziwości tych informacji. Natomiast w przedmiotowym przypadku Izba uznała, że

niedbalstwo Przystępującego miało postać kwalifikowaną – było rażące, dalej idące niż zwykły brak staranności.

Izba miała na względzie, że Przystępujący posłużył się nieprawdziwymi informacjami w zakresie doświadczenia pana W. K. aż dwukrotnie (a jak wykazało postępowanie odwoławcze, nieprawdziwe informacje podano także co do innej osoby – geodety). Przystępujący podczas rozprawy nie przedstawił żadnej konstruktywnej argumentacji, która pozwalałaby uznać, że jego działanie nie odbiegało od obiektywnego miernika należytej staranności w sposób znaczący. Wręcz przeciwnie - jego twierdzenia wręcz potwierdzają, że nie zweryfikował on należycie informacji wskazanych mu przez osobę trzecią. Przystępujący poprzestał na wskazaniu, że miał ograniczone możliwości weryfikacji doświadczenia, ponieważ pan K. nie jest jego pracownikiem, tymczasem w istocie już sam fakt, że Przystępujący zamierzał powołać się na doświadczenie osoby, która nie jest jego pracownikiem potęgował konieczność wnikliwego zweryfikowania wskazanego przez tę osobę doświadczenia. Jak stwierdziła Izba w wyroku z dnia 9 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 531/18, który to pogląd skład orzekający w pełni podziela, to obowiązkiem wykonawcy jest samodzielne ustalenie rzeczywistych danych prezentowanych w składanych oświadczeniach. Mając na uwadze wagę i charakter informacji oraz ich wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego to wykonawcę obciąża konieczność zweryfikowania prawdziwości przekazywanych informacji przez osoby, którymi wykonawca dysponuje. Zasadą wykonawcy winno być ograniczone zaufanie do informacji przekazywanych przez inne podmioty i osoby przede wszystkim z tego powodu, że konsekwencje ich przekazania obciążają nie podmiot czy osobę tych informacji udzielających, ale wykonawcę biorącego udział w postępowaniu i składającego stosowne oświadczenie. W interesie Przystępującego było dokonanie weryfikacji danych, które pozyskał od osób z nim współpracujących.

Ponadto w ocenie Izby dotarcie do rzeczywistych danych i dokumentów było jak najbardziej możliwe (wszak Odwołujący takie dane uzyskał), Przystępujący mógł chociażby zwrócić się o stosowne informacje czy dokumenty bezpośrednio do pana W. K., do podmiotu na rzecz którego pan K. działał, tj. Koltech Infra Sp. z o.o. czy też do samego Zamawiającego. Przystępujący mógł także uzyskać niezbędne dane w trybie dostępu do informacji publicznej, samo powołanie się na fakt, że takie działanie jest czasochłonne w żaden sposób Przystępującego nie usprawiedliwia. Nawet nie uprawdopodobnił on, aby podjął jakiegokolwiek starania w celu weryfikacji danych wskazanych przez pana W. K., a jedynym dowodem jaki złożył była korespondencja z panem K., z treści której nie wynikało, aby weryfikacja doświadczenia w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie przebiegała szczegółowo. Z kolei powoływanie się na fakt, że Przystępujący wskazał zadanie Czestochowa – Fosowskie w pierwotnie złożonym Wykazie osób, gdyż nie dysponował wcześniej umową zlecenia

zawartą z panem K. przez Koltech Infra, tylko potwierdza okoliczność, że Przystępujący nie zweryfikował w żaden sposób oświadczenia osoby trzeciej i bezrefleksyjnie przedstawił przekazane mu dane w oświadczeniach złożonych w postępowaniu. Izba miała także na względzie okoliczność, że umowa złożona na rozprawie w ogóle nie odnosi się do zadania Częstochowa – Fosowskie (jak wskazano już wcześniej została ona zawarta na okres późniejszy niż wskazany w Wykazie oraz dotyczy przeglądów gwarancyjnych), co świadczy o tym, że Przystępujący zamiast podjąć realną inicjatywę dowodową złożył kopie dokumentów, które bynajmniej nie służyły potwierdzeniu prawdziwości złożonych informacji, a wręcz dodatkowo zakłócały klarowność rzeczywistego przebiegu wydarzeń.

Podobnie rzecz się ma ze złożoną przez Przystępującego umową zlecenia dotyczącą zadania Zawiercie – Jaworzno, która odnosi się jedynie do okresu jednego miesiąca. Podnoszona przez Przystępującego argumentacja, iż o tym, że okresy pełnienia funkcji dla zadania Zawiercie-Dąbrowa są inne niż pierwotnie wskazane, Przystępujący powziął wiedzę dopiero w treści odwołania, również wskazuje na brak dochowania przez niego należytej staranności – Odwołujący wszak nie miał większych trudności z pozyskaniem tych danych. Sam Przystępujący złożył w postępowaniu odwoławczym zestawienie własne, które potwierdzało, że okres pełnienia funkcji Inspektora nadzoru SRK przez pana K. na zadaniu Zawiercie – Jaworzno był znacznie krótszy niż zadeklarowano, a zatem był w stanie uzyskać niezbędne informacje. Problem w tym, że informacje te Przystępujący powinien był odpowiednio zweryfikować zanim złożył oświadczenie o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, a nie na skutek wezwań Zamawiającego czy wniesionego odwołania. Również jednak w postępowaniu odwoławczym Przystępujący nie złożył ani żadnych dowodów, które potwierdzałyby rzetelność podanych informacji, ani nie wykazał się inicjatywą w celu potwierdzenia, że jego działanie nie naruszało zasad należytej staranności.

W ocenie Izby zachowanie Przystępującego w sposób istotny odbiegało od oczekiwań stawianych wobec podmiotu działającego na rynku profesjonalnie. Same głośne twierdzenia o tym, że Przystępujący kierował się swoją najlepszą wiedzą i zaufaniem do osoby trzeciej nie stanowią tutaj dostatecznego usprawiedliwienia – Przystępujący jest profesjonalistą i tym profesjonalizmem winien się wykazać składając oświadczenia i dokumenty służące potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w powyżej omówionym zakresie za zasadny i nakazała Zamawiającemu wykluczenie Przystępującego z postępowania na podstawie ww. przepisu z powodu wprowadzenia zamawiającego w wyniku rażącego niedbalstwa w błąd przy przedstawieniu informacji, że Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.5.2 ppkt 4 IDW, dotyczący

doświadczenia inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym.

Słusznie zauważył także Odwołujący, iż nierzetelne informacje dotyczące doświadczenia pana W. K. zostały wskazane także w Wykazie personelu na potrzeby kryterium oceny ofert, załączonym do oferty, a efektem takiego działania było przyznanie Przystępującemu punktów za zadanie Zawiercie – Jaworzno, co do którego okresu realizacji podano informacje niezgodne z rzeczywistością. Mając na względzie, że art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp 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 (por. m.in. wyrok KIO z dnia 8 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1070/19), przepis ten nie znajduje zastosowania w odniesieniu do informacji podlegających ocenie w kryteriach oceny ofert. Natomiast zastosowanie w tym przypadku znajdzie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

W ocenie Izby doszło do kumulatywnego spełnienia przesłanek wskazanych w tym przepisie. Przystępujący przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd co do okresu pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru SRK przez pana W. K. w ramach zadania Zawiercie - Jaworzno, a nierzetelność tych informacji szczegółowo omówiono powyżej. Podanie tych informacji niewątpliwie wprowadziło Zamawiającego w błąd, bowiem przyznał on Przystępującemu za to zadanie 2 pkt w kryterium PK2, uznając, że pan K. legitymuje się wymaganym 12-miesięcznym doświadczeniem. Okoliczność przyznania punktów w kryterium PK2 potwierdza protokół oceny ofert znajdujący się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, potwierdził ją także Zamawiający na rozprawie. Skoro zaś w oparciu o nieprawdziwą informację co do okresu posiadanego doświadczenia Zamawiający nienależnie przyznał Przystępującemu punkty w kryterium PK2, to informacja ta niewątpliwie miała istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Podkreślić należy, że art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w swej treści referuje do wszelkiego rodzaju decyzji Zamawiającego, nie tylko tych bezpośrednio przesądzających o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia. Spełniona została także ostatnia z przesłanek wskazanych w tym przepisie, tj. przedstawienie informacji wprowadzającej w błąd przez Przystępującego było wynikiem jego lekkomyślności lub niedbalstwa. W tym zakresie Izba podtrzymuje w pełni argumentację dotyczącą oceny zachowania Przystępującego zaprezentowaną we wcześniej części uzasadnienia, wskazującą, że przedstawienie danych w zakresie doświadczenia pana K. cechowało rażące niedbalstwo. Przystępujący tożsame informacje przedstawił także na potrzeby oceny oferty w kryterium PK2. W ocenie Izby w zakresie desygnatu pojęcia

niedbalstwa użytego w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp niewątpliwie mieści się także jego kwalifikowana forma, tj. niedbalstwo w stopniu rażącym.

W konsekwencji Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w powyżej omówionym zakresie za zasadny i nakazała Zamawiającemu wykluczenie Przystępującego z postępowania na podstawie ww. przepisu z powodu przedstawienia w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mających wpływ na ocenę oferty w Kryterium 2 - doświadczenie personelu wykonawcy, Podkryterium 2 (PK2) - Doświadczenie Inspektora Nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym.

Uzupełniając Izba wskazuje, iż nie uznała za udowodnionych wątpliwości Odwołującego co do posłużenia się przez Przystępującego doświadczeniem pana K. w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru w zakresie sterowania ruchem kolejowym w ramach zadania wskazanego w pierwszej pozycji Wykazu osób („Prace na Liniach Kolejowych nr 132, 147, 161, 180, 188, 654, 655, 657, 658 na odcinku Gliwice – Bytom – Chorzów Stary – Mysłowice – Brzezinka – Oświęcim oraz Dorota – Mysłowice Brzezinka POLiŚ 5.2-3”). Sam Zamawiający (jako podmiot, na rzecz którego usługa była realizowana) w treści wezwania z dnia 31 marca 2020 r. potwierdził, że w ramach ww. inwestycji pan K. pełnił funkcję inspektora nadzoru SRK (nie zgadzał się jedynie okres, ale ta kwestia nie stanowiła przedmiotu zarzutu, wobec czego nie podlegała ocenie Izby). Powoływana przez Odwołującego okoliczność, że nadzór nad tą inwestycją był sprawowany przez Konsorcjum Koltech, a nie Safege S.A.S., nie została wykazana. Co prawda Odwołujący złożył stronę tytułową umowy nr 90/106/006/19/Z/I z dnia 30 stycznia 2019 r. zawartej przez Konsorcjum Koltech z Zamawiającym, niemniej na podstawie informacji tam przedstawionych nie da się przesądzić czy przedmiotem tej umowy było zadanie wskazane w Wykazie osób przez Przystępującego. Umowa ta odnosi się do zarządzania i sprawowania nadzoru nad realizacją „zadania inwestycyjnego” w ramach projektu „Prace na Liniach Kolejowych nr 132, 147, 161, 180, 188, 654, 655, 657, 658 na odcinku Gliwice – Bytom – Chorzów Stary – Mysłowice – Brzezinka – Oświęcim oraz Dorota – Mysłowice Brzezinka POLiŚ 5.2-3”, ale nie precyzuje o jakie zadanie inwestycyjne chodzi. Dla porównania należy zauważyć, że z treści umowy złożonej przez Przystępującego (umowa zlecenia z dnia 15 marca 2018 r. zawarta pomiędzy p. K. a Safege S.A.S.) również można wywieść, że prace zrealizowane na jej podstawie zostały wykonane w ramach projektu „Prace na Liniach Kolejowych nr 132, 147, 161, 180, 188, 654, 655, 657, 658 na odcinku Gliwice – Bytom – Chorzów Stary – Mysłowice – Brzezinka – Oświęcim oraz Dorota – Mysłowice Brzezinka POLiŚ 5.2-3”. Ponadto twierdzenie Odwołującego, że Konsorcjum Koltech nigdy nie zgłaszało p. K. jako osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji inspektora nadzoru pozostało gołosłowne, Odwołujący nawet go nie uprawdopodobnił.

W konsekwencji uwzględnia przez Izbę zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp (poza kwestią dotyczącą ww. zadania), Izba uznała za zasadny także zarzut nr 2 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Skład orzekający podziela stanowisko Odwołującego, iż w przypadku stwierdzenia, że spełnione zostały przesłanki uzasadniające zastosowanie instytucji opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, wykonawca który posłużył się nieprawdziwymi informacjami co do zasady nie powinien być wzywany do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, zawierających te nierzetelne informacje (podobnie m.in. wyrok Izby z dnia 7 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1004/17). Zastosowanie w tym przypadku art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powodowałoby zastąpienie nieprawdziwych informacji informacjami prawdziwymi. Jeśli wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd poprzez podanie nieprawdziwych danych w złożonym oświadczeniu, nie można jednocześnie twierdzić, że zawarte tam dane zawierają błędy czy są niekompletne i wzywać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. W kontekście zarzutu nr 2 należy uzupełniająco dodać, że Odwołujący nie uzasadnił naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Izba zarzut naruszenia tego przepisu uznała za niewykazany, zwłaszcza w świetle faktu, że Zamawiający wystosował wezwanie do Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko geodety, a nie inspektora nadzoru SRK, którego dotyczył zarzut drugi.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp (zarzut nr 3 odwołania) dotyczącego niespełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.5.2 ppkt 4 IDW (doświadczenia inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym), Izba miała na względzie, że zarzut ten został podniesiony jako zarzut ewentualny, z ostrożności na wypadek braku podzielenia przez Izbę argumentacji dotyczącej zasadności wykluczenia Konsorcjum INKO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Wobec uwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Przystępującego w oparciu o ww. przepisy, zarzut ewentualny nie wymagał merytorycznego rozpoznania. Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 7 marca 2019 r., sygn. akt KIO 271/19, że to Odwołujący decyduje o konstrukcji podnoszonych w odwołaniu zarzutów oraz o tym, w jaki sposób je formułuje. Żaden przepis ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnieść zarzuty główny oraz - na wypadek jego nieuwzględnienia - zarzut ewentualny. Podobnie jak w wyżej wskazanym orzeczeniu, również w rozpoznawanej obecnie sprawie, sformułowanie zarzutu zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, jako ewentualnego, było działaniem racjonalnym. Skoro bowiem Odwołujący twierdził, że Zamawiający winien zastosować wobec Przystępującego sankcję w postaci wykluczenia go z postępowania wobec przedstawienia nieprawdziwych informacji,

to w przypadku podzielenia tego stanowiska przez Izbę i nakazania Zamawiającemu wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, ocena kwestii spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego z uwzględnieniem zadań, co do których podano nieprawdziwe informacje, nie byłaby uzasadniona.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zakresie odnoszącym się do doświadczenia geodety (zarzut nr 4) Izba uznała za zasadny w zakresie, w jakim odnosił się do wskazanego przez Przystępującego doświadczenia pana R. W. w sprawowaniu funkcji geodety prowadzącego w ramach usługi „Opracowanie dokumentacji projektowej, obejmującej numeryczne mapy do celów projektowych oraz rozgraniczenia i podziały gruntów (linie rozgraniczające dla powiatu Słupsk), przyjętych do kolejowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego, wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu ”Prace na linii kolejowej nr 202 na odcinku Gdynia Chylonia - Słupsk na odcinku Lębork - Słupsk. Długość 60km - linia zelektryfikowana (03.2018-01.2020).

Okoliczność, że informacje wskazane przez Przystępującego w tym zakresie stanowiły informacje nierzetelne, wprowadzające w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, potwierdza już sama dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia. Z treści korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z Przystępującym wprost wynika, że według stanu na moment prowadzenia tej korespondencji wciąż trwały prace związane z rozgraniczeniem nieruchomości. Przystępujący wskazując zatem, że ww. usługa została wykonana przedstawił informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. Przystępujący zresztą okoliczności tej nie przeczył, powołując się jedynie na fakt, że o tym fakcie nie miał wiedzy i nie miał możliwości jego zweryfikowania we własnym zakresie. Jak wskazano już we wcześniejszej części uzasadnienia, dla uznania, że przedmiotowe informacje wprowadzały Zamawiającego w błąd nie ma znaczenia fakt, że istniała możliwość samodzielnej weryfikacji przez Zamawiającego przedstawionych przez wykonawcę informacji ani łatwość dokonania takiej weryfikacji w związku z tym, że Zamawiający posiada wiedzę odnośnie okoliczności będących przedmiotem składanego przez Przystępującego oświadczenia. Informacje te również mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, gdyż służyły one weryfikacji spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.5.2 ppkt 5 IDW.

W ocenie Izby zachowaniu Przystępującego przy przedstawianiu tych informacji można także przypisać co najmniej lekkomyślność lub niedbalstwo, działanie Przystępującego cechowała bowiem niestaranność, brak dbałości o rzetelność przedstawianych informacji. Okoliczność, że Przystępujący powziął informacje o tym, iż prace związane z rozgraniczeniem nieruchomości nie zostały zakończone dopiero na etapie wyjaśnień, nie stanowi

usprawiedliwienia, wręcz potwierdza, że Przystępujący nie w pełni zweryfikował doświadczenie osoby wskazane na stanowisko geodety. Przystępujący nie wykazał w żaden sposób, że pomimo dochowania należytej staranności informacji tych nie był w stanie uzyskać. W ocenie Izby obiektywnie było to możliwe, stosowne dane czy dokumenty można było pozyskać bezpośrednio od geodety, od podmiotu, w imieniu którego geodeta działał (Geopartner Inżyniera Sp. z o.o.) czy też od Zamawiającego, na rzecz którego realizowano usługę. Twierdzenia Przystępującego zawarte w wyjaśnieniach, jakoby nie miał możliwości zweryfikowania doświadczenia pana W. we własnym zakresie czy podnoszone na rozprawie argumenty, że nie był w stanie zweryfikować u źródła tj. organu, czy postępowania zostały zakończone, pozostały gołosłowne i nieuprawdopodobnione. Z kolei twierdzenia, że geodeta podjął wszelkie możliwe starania w celu ukończenia prac, co uniemożliwiła epidemia SARS-COV-2, Izba uznała za niewiarygodne w świetle wskazanej w Wykazie daty ukończenia prac, która przypadała na styczeń 2020 r., czyli przed ogłoszeniem na terenie kraju stanu zagrożenia epidemiologicznego, a następnie stanu epidemii. Izba przypomina, iż Przystępujący działa jako profesjonalista, obowiązują go więc standardy właściwe dla profesjonalnego charakteru prowadzonej przez niego działalności. Ocena zachowania Przystępującego musi uwzględniać podwyższone wymagania dotyczące staranności, dokładności, przewidywania konsekwencji faktycznych i prawnych swych działań. Biorąc to pod uwagę, nawet najłagodniejsza ocena działań Odwołującego prowadzi do wniosku, że nie zachował on elementarnych zasad prawidłowego działania profesjonalisty. Jak wskazano już wcześniej, to obowiązkiem wykonawcy jest samodzielne ustalenie rzeczywistych danych prezentowanych w składanych oświadczeniach, zwłaszcza mając na względzie wpływ informacji zawartych w tym oświadczeniach na decyzje podejmowane przez zamawiającego oraz okoliczność, że konsekwencje przekazania nieprawdziwych informacji obciążają nie podmiot, który przekazał wykonawcy te informacje, lecz wykonawcę biorącego udział w postępowaniu i składającego stosowne oświadczenie, w którym nieprawdziwe informacje przedstawiono.

W konsekwencji Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w powyżej omówionym zakresie za zasadny i nakazała Zamawiającemu wykluczenie Przystępującego z postępowania na podstawie ww. przepisu z powodu przedstawienia w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć wpływ na ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.5.2 ppkt 5 IDW, dotyczącego doświadczenia geodety.

Uzupełniająco Izba wskazuje, iż podnoszona na rozprawie przez Odwołującego i Zamawiającego okoliczność, że w stosunku do doświadczenia geodety podano nieprawdziwe informacje dwukrotnie w zakresie przyjęcia prac do zasobów geodezyjnych (tj. co do pana W. i co do pana W.), nie została wskazana jako podstawa faktyczna zarzutu nr 4 odwołania, którą

Odwołujący odnosił jedynie do doświadczenia pana R. W. . W konsekwencji okoliczność ta nie mogła stanowić podstawy rozstrzygnięcia, jako że Izba rozpoznaje odwołanie w granicach podniesionych zarzutów.

Ponadto Izba nie uznała za zasadny przedmiotowego zarzutu w zakresie, w jakim jego podstawy faktyczne Odwołujący odnosił do doświadczenia pana R. W. zdobytego w ramach realizacji usługi „Opracowanie dokumentacji geodezyjnej i kartograficznej obejmującej numeryczne mapy do celów projektowych oraz rozgraniczenia i podziały gruntów, przyjętych do kolejowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego dla projektów realizowanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z perspektywy 2014-2020 odcinek - Tarnowskie Góry - granica województwa Śląskiego na linii 131 ok. 50km - linia zelektryfikowana (08.2-16-05.2017)”. Zarzut ten w ocenie Izby nie został przez Odwołującego wykazany. Izba wskazuje, że co do zasady nie jest uprawnione utożsamianie niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu z zaistnieniem podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w ustawie Pzp. Inny sposób rozumienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie przesądza automatycznie o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego (por. m.in. wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1463/19). Odwołujący nie przedstawił konstruktywnego wywodu dlaczego użyte w warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.5.2 ppkt 5 IDW sformułowanie odnoszące się do „rograniczeń i podziałów nieruchomości” nie pozwalało na posłużenie się doświadczeniem geodety w zakresie, jaki wynikał z wyjaśnień Przystępującego (tj. czynności związanych z ustaleniem granic nieruchomości). Sam Zamawiający na rozprawie przyznał, że uznał doświadczenie pana R. W. w spornym zakresie. Odwołujący, na którym w tym wypadku spoczywał ciężar wykazania złożenia przez Przystępującego informacji wprowadzających w błąd, nie sprostował w ocenie Izby temu obowiązkowi. Skoro interpretacja pojęcia rozgraniczenia działek i możliwości posłużenia się w tym zakresie doświadczeniem w ustalaniu granic stała się sporna, to rolą Odwołującego – jako wykonawcy, który z tej okoliczności wywodzi skutek prawny w postaci konieczności wykluczenia jego konkurenta z postępowania – było wykazanie, że treść warunku udziału w postępowaniu była jednoznaczna, a powołanie się przez Przystępującego na wskazane w Wykazie osób w poz. 1 doświadczenia geodety – pana R. W., które swym zakresem obejmowało ustalenie granic nieruchomości a nie literalnie rozgraniczenie nieruchomości, wypełniało przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp (zarzut nr 5) podniesionego z ostrożności procesowej jako zarzut ewentualny, dotyczący niespełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.5.2 ppkt 5 IDW, Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone w kontekście zarzutu nr 3. Wobec uwzględnienia przez Izbę zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Przystępującego w oparciu o art. 24

ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, merytorycznego rozpoznanie zarzutu nr 5 stało się bezprzedmiotowe. Zarzut ten zresztą Odwołujący oparł na tożsamych okolicznościach faktycznych jak zarzut nr 4, w konsekwencji czego skoro Odwołujący twierdził, że Zamawiający winien zastosować wobec Przystępującego sankcję w postaci wykluczenia go z postępowania z uwagi na przedstawienie nieprawdziwych informacji, to wobec uznania za słusznie stanowiska Odwołującego co do przedstawienia nieprawdziwych informacji w zakresie doświadczenia pana W. wskazanego w Wykazie osób w poz. 2, ocena kwestii spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego z uwzględnieniem tego zadania, nie byłaby uzasadniona. W odniesieniu zaś do doświadczenia pana W. wskazanego w Wykazie osób w poz. 1, aktualne pozostaje stanowisko Izby, iż skoro interpretacja pojęcia rozgraniczenia działek i możliwości posłużenia się w tym zakresie doświadczeniem w ustalaniu granic stała się sporna, to rolą Odwołującego – jako wykonawcy, który na tej podstawie wywodzi skutek prawny w postaci konieczności wykluczenia jego konkurenta z postępowania – było wykazanie, że treść warunku udziału w postępowaniu była jednoznaczna, a powołanie się przez Przystępującego na wskazane w Wykazie osób w poz. 1 doświadczenia Geodety – pana R. W., które swym zakresem obejmowało ustalenie granic nieruchomości, nie spełniało wymagań Zamawiającego i ziszczała się przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Jako ewentualny Odwołujący podniósł także zarzut nr 6, tj. zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie ponownego uzupełnienia przez Przystępującego doświadczenia pana R. W. . Odwołujący wskazywał, iż zarzut ten podnosi z ostrożności na wypadek uznania przez Zamawiającego doświadczenia ww. osoby w realizacji dodatkowych pięciu inwestycji wskazanych w wyjaśnieniach z dnia 6 maja 2020 r. Jak wynika z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, Zamawiający nie wzywał Przystępującego po raz drugi do uzupełnienia Wykazu osób w zakresie doświadczenia Geodety, a powołanie się przez Przystępującego w wyjaśnieniach na dalsze zadania, na których pan W. pełnił tę funkcję, było samoczynną inicjatywą Przystępującego. Z dokumentacji postępowania nie wynika, aby Zamawiający uznając, że Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu z pkt 8.5.2 ppkt 5 IDW oparł się na tych dodatkowo wskazanych zadaniach, w związku z czym podstawa faktyczna przedmiotowego zarzutu nie zmaterializowała się.

Za niewykazany Izba uznała zarzut nr 7 (zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp), który dotyczył kwestii podania przez Przystępującego nieprawdziwych informacji w Wykazie usług w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.5.1 IDW. Odwołujący zarzut ten oparł wyłącznie na tezie, że z treści wezwania Zamawiającego wynika, iż wskazane w pierwotnym Wykazie usług zadanie „Przetarg 1.3 - odcinek Biadoliny-Tarnów od km 61,300 do 80,200” nie spełniało warunku

udziału w postępowaniu, co należy uznać za zdecydowanie niewystarczające dla stwierdzenia zasadności stawianego zarzutu. Odwołujący nie odniósł się w ogóle do kwestii ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. W ocenie Izby zbyt daleko idące byłoby przyjęcie za prawdziwe twierdzenia Odwołującego, iż poprzez usunięcie z wykazu pierwotnie wskazanej usługi w związku z wątpliwościami Zamawiającego i wprowadzenie nowej usługi doszło niejako automatycznie do podania przez wykonawcę informacji nieprawdziwych. Odwołujący nie złożył żadnych dowodów mających przesądzać jednoznacznie o nieprawdziwości przedstawionych informacji, dowodów takich nie złożył także Zamawiający, który uwzględnił odwołanie w całości. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwalał również na jednoznaczną ocenę staranności działania Przystępującego w sposób, który uzasadniałby przypisanie mu lekkomyślności lub niedbalstwa, nie mówiąc już o rażącym niedbalstwie czy umyślnym działaniu. Przystępujący powoływał się na dokonanie w zakresie omawianego warunku udziału w postępowaniu błędnej wykładni postanowień SIWZ, Odwołujący zaś szerzej do twierdzeń Przystępującego się nie odniósł. Tymczasem zasadność wykluczenia z postępowania wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 czy 17 ustawy Pzp wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, że spełniły się wszystkie przesłanki, o których mowa w tych przepisach. To na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania kumulatywnego zaistnienia tych przesłanek, to Odwołujący bowiem ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodził skutek prawny, domagając się wykluczenia Przystępującego z postępowania. Wskazuje na to bezpośrednio art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Jeżeli Odwołujący uważał, że Przystępujący powinien być wykluczony z postępowania za podanie nierzetelnych informacji co do posiadanego doświadczenia, to powinien był wykazać, że doszło do przedstawienia informacji wprowadzających w błąd, a w tym działaniu Przystępującemu można przypisać co najmniej lekkomyślność lub niedbalstwo.

W konsekwencji nie potwierdził się także zarzut nr 8 odwołania (zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp), który został oparty na tożsamy okolicznościach faktycznych. Skoro Odwołujący nie wykazał, aby spełnione zostały przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, to nie sposób uznać, aby uzupełnienie Wykazu usług i powołanie się na nową usługę referencyjną, stanowić miało niedopuszczalne zastąpienie nieprawdziwych informacji informacjami prawdziwymi.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie wyżej wskazanym i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3

pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od wnoszącego sprzeciw – Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł stanowiącą poniesione przez Odwołującego koszty postępowania odwoławczego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

W kontekście kosztów postępowania wyjaśnienia wymaga, iż Izba co do zasady podziela pogląd ugruntowany w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i w orzecznictwie Izby, iż w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielania kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. W przedmiotowej sprawie Izba orzekając w przedmiocie kosztów postępowania wzięła pod uwagę okoliczność, iż pomimo oddalenia odwołania w zakresie grupy zarzutów odnoszących się do warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.5.1 IDW, to pozostałe zarzuty (dotyczące warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.5.2 ppkt 4 i 5 IDW) zostały przez Izbę uwzględnione. Ich uwzględnienie spowodowało, że rozstrzygnięcie Izby czyniło w pełni zadość żądaniom odwołania, wszystkie podniesione zarzuty zmierzały bowiem do wyeliminowania oferty Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp i skutek ten został osiągnięty. W konsekwencji, w świetle wagi zarzutów uwzględnionych i skutku takiego rozstrzygnięcia dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia, Izba uznała za zasadne obciążenie wnoszącego sprzeciw (Przystępującego) kosztami postępowania odwoławczego w całości.

Przewodniczący: