

Sygn. akt: KIO 2765/20

POSTANOWIENIE
z dnia 17 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 17 listopada 2020r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2020r. przez odwołującego: **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie** (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa) prowadzący postępowanie **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Szczecinie** (al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin),

- przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. z siedzibą w Szczecinie** (ul. Jerzego Zimowskiego 20, 71-281 Szczecin) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie** (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa) prowadzący postępowanie **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Szczecinie** (al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin) kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie złotych: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę: TPF Sp. z o.o. z Warszawy (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Szczecinie. Przedmiotem zamówienia jest: „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami z podziałem na dwie części: Część 1: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa drogi S3 Troszyn - Świnoujście; Odcinek 1 Świnoujście ~ Dargobądz (bez węzła)”. Część 2: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa drogi S3 Troszyn - Świnoujście. Odcinek 2. Zarzuty podnoszone w odwołaniu dotyczą Części 2. Zdaniem wykonawcy w zakresie tej części 2, Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. (wykonawca EKO-INWEST), jako najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Eko-Inwest, pomimo iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego-w zakresie doświadczenia Technologa;
2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów Ustawy).

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (1) Unieważnienia czynności oceny ofert w części 2 i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej EKO-INWEST; (2) Ponowną ocenę ofert w części 2; (3) Wykluczenie z postępowania EKO-INWEST; (4) Odrzucenie oferty EKO-INWEST.

Odwołujący stwierdził, że (...) *ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy Pzp oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów Ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11) Ustawy i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności Zamawiającego wskazanych powyżej Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert*

niepodlegających odrzuceniu, złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu.”

W uzasadnieniu podnoszonych w odwołaniu zarzutów wskazał w szczególności na następujące okoliczności:

1. Zamawiający w SIWZ Tom I Instrukcja dla Wykonawców w pkt 7 „Warunki udziału w postępowaniu” w pkt 7.2. ppkt 3) dla części 2 określił następujące warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Technologa: „Minimum 12 miesięcy doświadczenia zawodowego przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP o przekroju dwujezdniowym o wartości robót co najmniej 190 mln PLN netto każde, na stanowisku/stanowiskach: Główny Technolog lub Technolog lub Inspektor Nadzoru ds. materiałowych lub Główny Specjalista ds. technologii i materiałów lub Kierownik Laboratorium lub Naczelnik Wydziału Technologii”

2. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy PZP z dnia 08.07.2020 r. Eko-Inwest pismem z dnia 17.07.2020 r. złożył na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykaz osób zawierający następujące doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Technologa:

Imię i nazwisko / Funkcja	Kwalifikacje zawodowe	Doświadczenie zawodowe	Podstawa dysponowania
A. P. Technolog	Wykształcenie wyższe	04.2015 - 09.2017 Inżynier budowy/Technolog „Budowa drugiej jezdni drogi ekspresowej S3 na odcinku Sulechów-Nowa Sól - pierwszy odcinek Sulechów-Zielona Góra Północ od km 272+650 - 286+043” - budowa drogi klasy S Wartość robót: ponad 200 mln zł netto	Dysponowanie bezpośrednie (umowa o pracę)

3. Zamawiający w dniu 07.08.2020r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej Eko-Inwest w zakresie Części 2: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa drogi S3 Troszyn - Świnoujście, Odcinek 2”

4. W dniu 17.08.2020r. Odwołujący odwołał się od w/w czynności Zamawiającego zarzucając między innymi naruszenie art. 26 ust 4 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Eko-Inwest do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Technologa. Eko-Inwest wskazał dwa różne stanowiska tj.: Inżyniera Budowy oraz Technologa w ramach jednego zadania dla kandydata na stanowisko Technologa. Przy czym jedno z w/w stanowisk nie spełniało wymogów SIWZ wyznaczonych przez

Zamawiającego. Tym samym treść złożonego wykazu była niejasna i w pierwszej kolejności należało wyjaśnić, jaką funkcję właściwie pełniła Pani A. P. .

5. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 15.09.2020r., sygn. akt: KIO 1996/20 uwzględniła odwołanie w w/w zakresie, nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 oraz wezwanie Eko-Inwest w trybie art. 26 ust 4 Ustawy do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu osób - doświadczenie Technologa. Jako uzasadnienie izba wskazała: *„Jednocześnie podkreślając, że przejrzystość postępowania i zasad równego traktowania oraz uczciwej konkurencji warunkuje przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego przed podjęciem ostatecznej decyzji o eliminacji danego wykonawcy z postępowania. (...) Konieczne jest bowiem stwierdzenie, że historycznie osoba wskazana przez Przystępującego w wykazie osób ma doświadczenie na określonym stanowisku o określonej nazwie, co nie będzie w jej przypadku przekładało się na pełnienie funkcji Technologa na tym kontrakcie, izba bowiem uznała w kontekście pkt 7.2 pkt 3 lit.c - dotyczy osób cz. 2 pkt 3 Technolog, że Zamawiający oczekiwał jako osobę proponowaną do pełnienia funkcji Technologa, osobę mającą doświadczenie na stanowisku Głównego Technologa lub Technologa lub Inspektor Nadzoru ds. materiałowych lub Głównego Specjalisty ds. technologii 1 materiałów lub Kierownika Laboratorium lub Naczelnika Wydziału Technologii czyli doświadczenie Zamawiający upatrywał w formalnie zajmowanym stanowisku określonym z nazwy własnej jako „Technolog”. Inaczej mówiąc wymagane doświadczenie zostało przez Zamawiającego zdefiniowane przez nazwę zajmowanego stanowiska, a nie jak twierdził na rozprawie Przystępujący i Zamawiający przez zakres faktycznie wykonywanych czynności.”*

6. W dniu 25.09.2020r. Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty i wezwał Eko- Inwest na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy PZP do złożenia wyjaśnień poprzez odpowiedź na pytanie: „Czy osoba wskazana przez Wykonawcę w wykazie osób posiada doświadczenie na stanowisku Technologa? Jeżeli odpowiedź będzie twierdząca, Zamawiający prosi o podanie dat w jakim okresie Pani A. P. zdobyła doświadczenie na stanowisku Technologa?”

7. W dniu 02.10.2020r. Eko-Inwest w odpowiedzi na powyższe wezwanie wskazał, „że Pani A. P. nie posiada doświadczenia na tak nazwanym stanowisku”, jednocześnie stwierdzając, że Eko-Inwest dysponuje szeregiem osób spełniających warunki określone w SIWZ.

8. W dniu 07.10.2020r. Zamawiający wezwał Eko-Inwest do podstawie art. 26 ust 3 do złożenia wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego w zakresie pełnienia funkcji Technologa,

9. W dniu 12.10.2020 r. Eko-Inwest złożyło wykaz osób dokonując zamiany osoby proponowanej na stanowisko Technologa na Pana T. B. .

10. W dniu 16.10.2020 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty Eko-Inwest jako oferty najkorzystniejszej w zakresie Części 2.

11. Zamawiający - po otrzymaniu takiej a nie innej odpowiedzi Eko-Inwest z dnia 2.10.2010r. - w ogóle nie był uprawniony do zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy PZP.

Z pisma Eko-Inwest z dnia 2.10.2010r. wyraźnie wynika, że Eko-Inwest podał w przedmiotowym wykazie niezgodne z rzeczywistością informacje dotyczące Pani A. P. . Z kolei przepis art. 26 ust. 3 ustawy PZP nie służy do zastępowania informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi. Pogląd taki wielokrotnie prezentowała już Krajowa Izba Odwoławcza, przykładowo w wyrokach:

- ✓ KIO 905/20: W konsekwencji skład orzekający stwierdził, że nie sposób przyjąć - z uwagi na ujawnienie się nieprawdziwości informacji - że Przystępujący mógł wykazać w trybie art 26 ust. 3 Pzp, że spełnia warunek udziału, gdyż godziłoby to w podstawowe zasady wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp, który nakazuje Zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Izba podziela stanowisko konsekwentnie prezentowane w orzecznictwie, że nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania nie można zastępować informacją prawdziwą w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.”;
- ✓ KIO 708/20: „Równocześnie Izba podziela pogląd, zgodnie z którym zastępowanie informacji nieprawdziwych prawdziwymi jest niedopuszczalne. W sytuacji stwierdzenia przez Zamawiającego wprowadzenia w błąd przy przedstawieniu informacji, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, obowiązkiem Zamawiającego było wykluczenie Odwołującego z postępowania. Jeśli wykonawca jest winny wprowadzenia w błąd Zamawiającego poprzez podanie nieprawdziwych danych w złożonym wykazie, nie można jednocześnie twierdzić, że zawarte tam dane zawierają błędy i wzywać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Zamiarem wykonawcy składającego takie oświadczenie jest bowiem chęć potwierdzenia, że spełnił on warunki udziału w postępowaniu, co w takim przypadku dokonywane jest na podstawie tychże nieprawdziwych informacji (vide: wyrok KIO 531/18).

Zresztą w niniejszym stanie faktycznym, jak wynika z zebranego materiału dowodowego, informacja nieprawdziwa została zastąpiona również informacją nieprawdziwą.

- ✓ Wyrok KIO 1036/19: izba podziela stanowisko, uprzednio wyrażone wielokrotnie w orzecznictwie Izby jeszcze na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów, że w trybie art. 26 ust 3 pzp czy art. 87 ust 1 pzp nieprawdziwej informacji nie można zastępować informacją prawdziwą pzp. Jeżeli wykonawca podał choćby lekkomyślnie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje, nie

można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy odnośnie tego, co miało zostać wykazane lub ocenione. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku czy zgodność z opisem przedmiotu zamówienia, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna. Tym bardziej nie ma możliwości zmiany treści oferty i wyjaśnień tej treści w toku postępowania odwoławczego. (KIO 104/20, KIO 927/19). Tymczasem Eko-Inwest wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez podanie informacji dotyczących osoby wskazanej na stanowisko Technologa - a to poprzez podanie informacji, które nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistości. Co więcej - jest to obecnie okoliczność niesporna: Eko-Inwest potwierdził to wprost w swoim piśmie z 2.10.2020r. Z kolei podanie informacji nie mających potwierdzenia w rzeczywistości, a które mogą wpływać na decyzje Zamawiającego lub zostały podane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zawsze skutkuje obowiązkiem wykluczenia takiego wykonawcy. Zamawiający miał świadomość, że informacje wskazane przez Eko-Inwest w zakresie osoby wskazanej na stanowisko Technologa nie mają potwierdzenia w rzeczywistości - wynika to wprost z treści pisma Eko-Inwest z dnia 02.10.2020 r. Tym samym ziszcza się przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP i Zamawiający w ogóle nie powinien zastosować przepisu art. 26 ust. 3 ustawy PZP.

12. Dodatkowo Odwołujący - na wypadek, gdyby Zamawiający podnosił, że nie został wprowadzony w błąd - wskazuje, że zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej nie jest konieczne zaistnienie skutku w postaci wprowadzenia w błąd zamawiającego, wystarczające jest samo potencjalne wprowadzenie w błąd poprzez podanie informacji nieprawdziwych - tak w sporze pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym PKP Polskie Linie Kolejowe SA orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1938/20: „Skład orzekający rozpoznając niniejszą sprawę podziela stanowisko, zgodnie z którym warunkiem uznania zaistnienia podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie jest stwierdzenie, iż w danym przypadku faktycznie doszło do wprowadzenia w błąd zamawiającego, lecz że wystarczające jest, aby ten skutek mógł zostać wywołany wskutek przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnych z rzeczywistością. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, iż stwierdzenie zaistnienia ww. podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania wyłączone jest w przypadku posiadania przez danego zamawiającego informacji, na podstawie których jest on w stanie zweryfikować prawdziwość informacji przekazanych przez wykonawcę. W orzecznictwie Krajowej izby Odwoławczej prezentowane jest stanowisko, iż dla stwierdzenia przesłanki przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego bez znaczenia pozostaje okoliczność czy zamawiający opierając się na własnej wiedzy był w stanie zweryfikować, czy

też nie określone informacje (tak np. Izba w wyroku KIO 1676/19)." Takie samo stanowiska Izba zaprezentowała we wcześniejszych wyrokach:

- ✓ KIO 2351/19: „Dla zastosowania normy tego przepisu, w ocenie składu orzekającego, nie ma również znaczenia fakt, czy informacje które są przedmiotem składanego przez wykonawcę oświadczenia dotyczą okoliczności znanych zamawiającemu. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem, że w takim przypadku norma ta nie ma zastosowania albowiem trudno w takich wypadkach uznać, że są to informacje mające lub mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Sama możliwość weryfikacji przez zamawiającego przedstawionych przez wykonawcę informacji, jak też łatwość dokonania takiej weryfikacji np. w związku z tym że zamawiający posiada wiedzę odnośnie okoliczności będących przedmiotem składanego przez wykonawcę oświadczenia, nie może mieć wpływu na zastosowanie sankcji określonej normą. Gdyby przyjąć takie jego rozumienie, każdy wykonawca, prezentujący nierzetelne informacje, zasłaniałby się zarzutem, że istniała możliwość ich weryfikacji co w efekcie czyniłoby martwą instytucję ujętą w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Takie podejście do treści tego przepisu nie wynika, w ocenie Izby, ani z jej literalnego brzmienia, ani z wykładni celowościowej tej instytucji. Istotą nieprawdziwych informacji, tj. niezgodnych z faktami jest ich brak zgodności z istniejącym stanem rzeczy, a więc do ich stwierdzenia i weryfikacji konieczne jest wyjście poza te informacje i samodzielne poszukiwanie faktów, które im przeczą.”
- ✓ KIO 104/20: Biorąc powyższe pod uwagę Izba doszła do przekonania, że stan świadomości zamawiającego jest irrelevantny dla oceny zaistnienia przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, a ocena istotności powinna być dokonywana z uwzględnieniem tego, czy gdyby zamawiający podjął decyzje na podstawie nieprawdziwej informacji to ta decyzja była inna od decyzji którą podjąłby zamawiający na podstawie prawdziwej informacji.
- ✓ Podobnie - por. KIO 271/19; KIO 830/19, KIO 1124/19.
Także Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 20 lipca 2018 roku, sygn. akt XXIII Ga 849/18 wskazuje na irrelevantność skutku w postaci wprowadzenia w błąd Zamawiającego - wystarczające jest samo podanie informacji sprzecznych z rzeczywistością: „Punktem wyjścia do rozważań winny być bowiem przesłanki z powołanego i omówionego już art. 24 ust 1 pkt 17 p.z.p., gdzie relewantne do jego zastosowania jest samo zachowanie wykonawcy. W istocie relewantne są tu dwie przesłanki - wina (umyślna/nieumyślna) wykonawcy oraz treść informacji (mogąca mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia). Stan wiedzy, czy w ogóle zachowanie zamawiającego, nie mają tu żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia to, czy Zamawiający został skutecznie wprowadzony w błąd, na skutek czego podjął jakiegokolwiek decyzje, czy wykonał jakiegokolwiek czynności. Takie stanowisko znajduje

uzasadnienie nie tylko w zaprezentowanej wykładni gramatycznej i celowościowej, ale jest również zgodne z teorią racjonalnego wykonawcy."

13. Zamawiający na podstawie wyjaśnień z dnia 02.10.2020r. uznał, że podanie nieprawdziwych informacji nie jest wynikiem zamierzonego działania Eko-Inwest (w zakresie czego Odwołujący ma wątpliwości), to i tak takie działanie jest co najmniej lekkomyślnością lub niedbalstwem, a nawet rażącym niedbalstwem. Eko-Inwest, jako podmiot w pełni profesjonalny, niewątpliwie przed złożeniem oferty powinien dokonać dokładnej weryfikacji składanych przez siebie informacji w szczególności kluczowych z punktu weryfikacji oferty przez Zamawiającego jak informacje składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy też kryteriów selekcji. Na kluczowe znacznie oświadczeń składanych przez wykonawców zwróciła uwagę Izba w wyroku KIO 531/18: „Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Oz. U. z 2016 r., poz. 1020), która weszła w życie z dniem 28 lipca 2016 r. wprowadziła liczne zmiany, między innymi w zakresie dokumentów składanych przez wykonawców oraz formy w jakiej te dokumenty mają być składane. Ustawodawca krajowy przewidział, za prawodawcą unijnym, że głównym źródłem wiedzy zamawiającego odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, elementów mogących mieć wpływ na ocenę w kryteriach oceny ofert, jak też elementów związanych z przedmiotem zamówienia, staną się oświadczenia własne wykonawcy. Odzwierciedleniem tego podejścia jest przepis art. 24aa ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający, opierając się na oświadczeniu podmiotu składającego ofertę, dokonuje oceny złożonych ofert, ograniczając się następnie do badania oferty uznanej za najkorzystniejszą. Tym samym innego niż dotychczas znaczenia nabierają kwestie prawdziwości oświadczeń składanych przez wykonawcę w toku postępowania, jak też rzetelność przekazywanych informacji. Skutkiem bowiem prezentowanych przez wykonawcę danych jest nie tylko kwestia oceny zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z SIWZ, spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale też uzyskanie określonej pozycji w rankingu ofert, a w rezultacie uznanie oferty tego wykonawcy za najkorzystniejszą.

14. Kwestia wykluczania wykonawców na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy PZP w przypadku wskazania dla specjalistów informacji nie mających potwierdzenia w rzeczywistości była w ostatnim okresie badana przez Krajową Izbę Odwoławczą - Izba uznawała za słuszne wykluczenia w takich sytuacjach, co znalazło swoje potwierdzenie w następujących wyrokach:

- ✓ KIO 185/18 - Izba wskazała, iż wykonawca zobowiązany jest do dochowania należytej staranności przy podawaniu informacji w ofertach „Akt staranności wykonawcy przy weryfikacji informacji, przed jej przedstawieniem zamawiającemu, wymaga, aby wykonawca

sprawdził co najmniej te elementy informacji, które są kluczowe z perspektywy wymogu dotyczącego doświadczenia osoby, za które zamawiający przewidział przyznanie punktów."

- ✓ KIO 380/18 - Izba wskazała, że Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć wykonawców w każdym przypadku, gdy poweźmie wiedzę, że w ofertach podano informacje wprowadzające w błąd - „Warto w tym miejscu przypomnieć, że ciężar prowadzenia postępowania spoczywa na podmiocie zamawiającym, i w ramach tego obowiązku to ten podmiot jest zobligowany do wykluczenia wykonawcy w przypadku zmaterializowania się okoliczności a omawianego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. (...) Jak słusznie wskazywał na etapie rozprawy Zamawiający i Przystępujący "Działanie postulowane przez Odwołującego prowadziłyby do nierównego traktowania wykonawców i premiowania wykonawców nierzetelnych. Nie powinien zatem stosować wskazanych przez Odwołującego postanowień SIWZ, gdyż miał bezwzględny obowiązek wykluczenia wykonawcy".
- ✓ KIO 531/18 - „Ponadto 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 jego obciąża konieczność zweryfikowania prawdziwości przekazywanych informacji przez osoby, którymi wykonawca dysponuje. (...) W tym wypadku wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości bowiem te, składane w toku przetargu, zmierzają do udzielenia zamówienia publicznego temu właśnie wykonawcy i mają wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Zatem jeżeli odwołujący przedstawił w złożonym przez siebie oświadczeniu informacje odnośnie osób którymi dysponuje, pozostające w sprzeczności z faktami, zaś podmiot trzeci dotarł do właściwych informacji uznać należy, że wykazał się on co najmniej niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy Pzp."

15. Mając na uwadze powyższe Wykonawca Eko-Inwest podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy. Wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego - w zakresie doświadczenia Technologa. Jakiegokolwiek późniejsze czynności Eko-Inwest polegające na zmianie treści pierwotnie złożonego oświadczenia w postaci Wykazu osób są irrelewantne dla oceny oferty Eko-Inwest. W szczególności należy podkreślić, że Eko-Inwest nie może skutecznie podnosić, że przysługiwało mu uprawnienie do „wymiany” Technologa na inną osobę, a Zamawiający - że był uprawniony do wystosowania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy PZP. Wskazał na wyrok KIO 1996/20, w którym Krajowa Izba Odwoławcza w dokonała wykładni postanowień SIWZ, która jest wiążąca dla Zamawiającego i, którą Zamawiający ma obowiązek zastosować do całości do

prowadzonego postępowania - dla oceny spełnienia wymogów konieczne jest, aby dana osoba zajmowała stanowisko określone z nazwy w warunkach SIWZ. Ani Zamawiający, ani Eko-Inwest nie zaskarżyli przedmiotowego wyroku, a zatem należy uznać, że zgadzają się z przedstawioną wykładnią. Jednocześnie wykładnia ta ma zastosowanie do całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, także do pierwszego Wykazu osób złożonego przez Eko-Inwest.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca: Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. (wykonawca EKO-INWEST lub Przystępujący) podnosząc, że (...) Przystępujący ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść strony, do której przystępuje. Jest wykonawcą, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, która została uznana za najkorzystniejszą. Uwzględnienie odwołania prowadząc do wykluczenia Przystępującego z postępowania pozbawiłoby wykonawcę szansy na uzyskania zamówienia, co narazi go na szkodę". Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania względnie jego oddalenie.

Co do podstaw odrzucenia odwołania wskazał na następujące okoliczności:
„Odwołanie dotyczy ponownej oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia wskazanym na wstępie. Pierwotna czynność oceny ofert miała miejsce w dniu 6 sierpnia 2020r. Odwołujący - TPF sp. z o.o., wniósł wówczas odwołanie od tej czynności, a odwołanie to dotyczyło m in. kwalifikacji osoby wskazanej do pełnienia funkcji Technologa - tak jak odwołanie obecne. W tym poprzednim odwołaniu, Odwołujący negował już fakt posiadania przez osobę wówczas wskazaną do wypełniania tej funkcji Panią A. P. odpowiedniego doświadczenia. Sformułował zarzut w taki sposób, że Pani A. P. „pełniła 2 funkcje Inżyniera Budowy i Technologa”, a zamawiający nie ustalił w jakim zakresie „pełniła funkcję inżyniera Budowy, a w jakim Technologa” i wnioskował o nakazanie zamawiającemu dokonanie wyjaśnień, w tym zakresie. Nie twierdził jednak, że „pełnienie funkcji Technologa” jest niewystarczające dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W toku rozprawy przed KIO w sprawie KIO 1996/20 rozszerzył argumentację wskazując, że zgodnie z SIWZ doświadczenie takiej osoby musiało być nabyte „na stanowisku” Technologa, a nie przy wypełnianiu „funkcji” technologa. KIO tę argumentację podzieliła i nakazała Zamawiającemu uzyskanie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4. Obecnie w złożonym odwołaniu Odwołujący formułuje zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego ze względu na wprowadzenie Zamawiającego w błąd, co do doświadczenia Pani P. . Zarzut ten jest spóźniony. Przystępujący nigdy, tj. od momentu złożenia dokumentów dotyczących Pani P. (wykaz osób

podpisany w dniu 17 lipca 2020 r.) nie wskazywał, że pracowała ona „na stanowisku” Technologa, uznając, że wykonywanie „funkcji technologa” jest prawidłowym spełnieniem warunku. Próbę negowania prawdziwości tego oświadczenia należało podnosić w odwołaniu obejmującym pierwotną ocenę ofert. Od czasu złożenia informacji o doświadczeniu Pani P. w dniu 17 lipca 2020 r. (wykaz osób) Przystępujący nie złożył żadnej nowej informacji w tym zakresie. W swych pismach z dnia 2 października 2020 r. oraz w uzupełnieniu Wykazu osób z dnia 12 października 2020 r. wskazał jedynie, czego nigdy nie ukrywał, że Pani P. nie posiada doświadczenia „na stanowisku” Technologa (a takim wg orzeczenia KIO 1996/20 winna się legitymować). Nie powstały więc jakiegokolwiek nowe oświadczenia co do zakresu doświadczenia Pani P. . O ile Odwołujący uważa, że oświadczenie Przystępującego z dnia 17 lipca 2020 r., iż Pani P. była Technologiem jest nieprawdziwe - powinien podnieść to w odwołaniu z dnia 17 sierpnia 2020 r. wobec pierwotnego wyboru oferty i udowodnić, iż fakt taki nie miał miejsca lub już wówczas podnosić, że konieczne było aby doświadczenie było zdobyte „na stanowisku Technologa”, a takiego stanowiska Pani P. nie zajmowała.

Przystępujący stwierdził, że odwołanie powinno zostać odrzucone ze względu na normę art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dowody istotne w sprawie tj. treść pierwotnego odwołania TPF, wyrok KIO oraz treść dokumentów i oświadczeń składanych przez Przystępującego P.U.I. EKOINWEST S.A. znajdują się w aktach sprawy odwoławczej KIO 1996/20 i Przystępujący wnosi o ich rozpatrzenie przy ocenie zasadności wniosku o odrzucenie odwołania”.

Co do podstaw oddalenia odwołania wskazał na następujące okoliczności:

„Po pierwsze - Odwołujący sformułował zarzuty naruszenia przepisów ustawy PZP przy wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 17), a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Zaniechaniem zarzucanym Zamawiającemu jest brak wykluczenia Przystępującego z postępowania. W ocenie Przystępującego art. 24 ust 1 pkt 17 nie znajduje zastosowania do informacji dotyczących wykluczenia z postępowania. Nieprawdziwości informacji dotyczących tej czynności dotyczy bowiem art. 24 ust 1 pkt 16. Przyjęcie, że dotyczy jej również przepis punktu 17 czyniłby przepis z punktu 16 zbędnym. Nie jest bowiem możliwe by zachowanie objęte sankcją zgodnie z pkt 16 nie zmieściło się w sankcji z pkt 17, której zakres jest szerszy. Tym samym stosowanie pkt 17 do informacji dotyczących podstaw do wykluczenia przeczyłoby zasadzie racjonalnego ustawodawcy. Już z tej przyczyny odwołanie TPF w ocenie Przystępującego powinno zostać odrzucone, gdyż nie doszło i nie mogło dojść do naruszenia przepisu wskazanego w odwołaniu.

Po drugie - Przystępujący nigdy nie przedstawił nieprawdziwych informacji co do kwalifikacji Pani A. P. . Przystępujący odczytał warunek udziału w postępowaniu sformułowany w pkt 7.2.3 ppkt 3 lit c) SIWZ dotyczący osoby do pełnienia funkcji Głównego Technologa, jako wymóg posiadania doświadczenia w pełnieniu takiej funkcji bez względu na to jaką nazwą została ona określona w poprzednim (będącym podstawą nabycia doświadczenia) kontrakcie. W złożonym, wykazie osób wskazał, że osoba ta posiada doświadczenie jako Technolog, jednak nigdy nie wskazywał że było ono zdobyte „na stanowisku” tak nazywanym. Uważał bowiem, że to faktyczne doświadczenie, a nie nazwa stanowiska jest przesądzające. KIO w wyroku KIO 1996/20 stanęła na stanowisku, że nazwa stanowiska, na którym zdobywano doświadczenie jest istotna i że może to być wyłącznie doświadczenie „na stanowisku określonym jako Technolog”. Szanując orzeczenie KIO, Przystępujący zwraca uwagę, że jak wynikało z rozprawy w sprawie 1996/20, nie tylko Przystępujący, ale także sam Zamawiający odczytywał ten warunek inaczej (dowód - protokół z rozprawy w ww. sprawie z wypowiedziami Zamawiającego w zakresie tego zarzutu). Co więcej - także sam Odwołujący w swoim poprzednim odwołaniu wskazywał, że to „pełniona funkcja” technologa a nie „zajmowane stanowisko” technologa przesądza o doświadczeniu (str. 13 odwołania z dnia 17 sierpnia 2020 r w aktach sprawy odwoławczej KIO 1996/20). Nie sposób więc uznać, informację o posiadanym doświadczeniu Pani P. za nieprawdziwą, a także za podaną wskutek niedbalstwa lub lekkomyślności, skoro zarówno Przystępujący jak i Zamawiający oraz Odwołujący aż do czasu poprzedniej rozprawy uznali, że wypełnianie funkcji technologa i zajmowanie stanowiska technologa to sytuacje tożsame. Na różnicę w tym zakresie zwróciła uwagę dopiero KIO. Działanie Przystępującego nie nosił więc znamion lekkomyślności lub niedbalstwa w działaniu (wymagane art. 24 ust. 1 pkt 17, którego naruszenie Zamawiającemu zarzucono), a orzecznictwo KIO przytaczane w odwołaniu dotyczy całkowicie innych stanów faktycznych.

Po trzecie - nie można przyjąć, że informacje składane przez Przystępującego mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd przy podejmowaniu decyzji. Doświadczenie Pani P. to doświadczenie nabywane w toku wykonywania umowy z tym samym Zamawiającym i jego zakres jest z łatwością weryfikowalny przez Zamawiającego. Zamawiający nie dokonując wykluczenia Przystępującego w pierwszym badaniu i ocenie ofert oraz podtrzymując pogląd o zasadności takiego działania przed KIO w sprawie 1996/20 wskazywał, że po zweryfikowaniu zakresu doświadczenia z dokumentów dotyczących wykonywania poprzedniej umowy doszedł do wniosku, że są to doświadczenia prawidłowe. Nie może być więc mowy, o wprowadzeniu lub choćby możliwości wprowadzenia w błąd zamawiającego, w sytuacji, w której wykonawca podaje informacje zamawiającemu znane.

Po czwarte - w odwołaniu brak jest zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3, co oznacza, że Odwołujący nie neguje zgodności z prawem wezwania Przystępującego do uzupełnienia wykazu osób, dokonywanej po uprzednim wyjaśnieniu składanym na wezwanie Zamawiającego, iż Pani P. doświadczenia „na stanowisku” Technologa nie posiada. Brak tego zarzutu sprawia iż czynność uzupełnienia została oceniona jako zgodna z prawem i wywołuje skutek dla oceny czy warunek jest spełniony”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie odwołania, a na wypadek stwierdzenia ku temu braku podstaw o jego oddalenie. Także o obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego. W uzasadnieniu wskazując na zarzuty podnoszone w odwołaniu i naruszone przepisy ustawy Pzp w szczególności podał:

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, Powyżej powołany przepis stanowi o odrzuceniu odwołania w całości, w przypadku, gdy zostało ono wniesione z uchybieniem ustawowego terminu. Jednocześnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że zarzuty, co do których zachodzą przesłanki dla których samodzielnie złożone odwołanie podlegałoby odrzuceniu, nie podlegają rozpatrzeniu przez Izbę (por. wyrok KIO 1718/13). Oznacza to, że sam zarzut również może być spóźniony, mimo, że samo odwołanie formalnie wpłynęło w terminie. Zamawiający podziela stanowisko Przystępującego wyrażone w przystąpieniu z dnia 28 października 2020 r. o spóźnionym charakterze przywołanego w odwołaniu zarzutu.

Zamawiający nie podzielił również merytorycznej warstwy zarzutów Odwołującego i w razie stwierdzenia braku podstaw do odrzucenia odwołania wnosi o jego oddalenie. Wskazał, że w świetle art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Złożenie nieprawdziwych informacji jest stanem faktycznym i polega na rozbieżności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistym stanem rzeczy, Dla uznania, że informacja jest nieprawdziwa, nie ma znaczenia, czy pochodzi ona od wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 2575/13 wskazała, że: „stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Nie jest wystarczającym zaistnienie pewnego stanu niepewności czy

wywołanie pewnych wątpliwości, że być może informacje są nieścisłe czy nie w pełni oddają rzeczywistość, Przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wymaga uzyskania ponad wszelką wątpliwość pewności, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje. Jest to szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo jednoznacznego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń o rzeczywistości. Ustalenie, czy też potwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć zatem charakter definitywnego i kategorycznego, nie pozostawiającego żadnych wątpliwości stwierdzenia". W wyroku z 11.04.2013 r., XIX Ga 179/131 LEX nr 1315894, Sąd Okręgowy w Katowicach zwrócił uwagę, że: „wykluczenie wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji może nastąpić jedynie wówczas, gdy zamawiający jest w stanie dokonać weryfikacji nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji, a także w sytuacji w której w zawiadomieniu. Dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest obiektywnie niezgodną z rzeczywistością w sposób niebudzący wątpliwości".

Przenosząc powyższe uwagi na realia niniejszego postępowania stwierdził, że EKO-INWEST w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp złożył wykaz osób zawierający wskazanie p. A. P. na stanowisko Technologa, której doświadczenie zawodowe zostało określone w następujący sposób: „042015-092017 Inżynier budowy/Technolog „Budowa drugiej jezdni drogi ekspresowej s# na odcinku Sulechów-Nowa Sól - pierwszy odcinek Sulechów Zielona Góra Północ od km 272+650 - 286+043" - budowa drogi klasy S Wartość robót ponad 200 mln zł netto”.

Rozpoznając sprawę KIO 1996/20 Izba wskazała, że dla oceny spełnienia wymogów określonych w siwz Tom I Instrukcja dla Wykonawców w pkt. 7 „warunki udziału w postępowaniu” w pkt. 7.2. ppkt 3) dla części 2 „konieczne jest stwierdzenie, że historycznie osoba wskazana [...] w wykazie osób ma doświadczenie na określonym stanowisku o określonej nazwie, co nie będzie w jej przypadku przekładało się na pełnienie funkcji Technologa na tym kontrakcie [...]”. Z tego też powodu Izba nakazała unieważnienie czynności oceny ofert w części 2, jak i wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 z 07.08.2020 r. oraz nakazała przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert w części 2, i w jej ramach nakazała do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu osób.

W wezwaniu z dnia 08.07.2020 r, (znak GDDKiA O.Sz.D-3.2410.16/17/2020,35.wb) Zamawiający wezwał EKO-INWEST (pkt 1 lit. d) do złożenia wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacja zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia j

wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami.

W odpowiedzi na to pismo Wykonawca złożył m.in. oświadczenie dot. p. R. P. wskazując: „04.2015 -09.2017 Inżynier budowy/Technolog „Budowa drugiej jezdni drogi ekspresowej s# na odcinku Sulechów-Nowa Sól - pierwszy odcinek Sulechów Zielona Góra Północ od km 272+650 - 286+043" - budowa drogi klasy S Wartość robót ponad 200 mln zł netto jako jej doświadczenie zawodowe, a nie jako zajmowane przez nią stanowisko. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej KIO 1996/20 wskazał na konieczność doprecyzowania tych informacji poprzez uzyskanie od EKO-INWEST nazwy stanowiska jakie zajmowała p. A. P. Wykonując nakazane przez Krajową Izbę Odwoławczą zalecenia pismem z dnia 25.09.2020 r. (znak: GDDKiA O.Sz.D-3.2410.16/17.2020.66.wb) Zamawiający zwrócił się do EKO-INWEST, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp o złożenie wyjaśnień czy p. A. P. posiada doświadczenie na stanowisku Technologa. W odpowiedzi na to wezwanie EKO-INWEST odpowiedziało, że p. A.P. nie ma doświadczenia na tak nazwanym stanowisku, przedłożył jednocześnie nowy wykaz osób, w zakresie osoby Technologa wskazując na to stanowisko p. T.B. Po powzięciu takiej informacji Zamawiający, pismem z dnia 07.10.2020 r. (znak GDDKiA O.Sz.D-3.2410.16/17.2020.67.wb) wezwał, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia Wykazu osób w zakresie pełnienia funkcji Technologa. W odpowiedzi na to wezwanie, pismem z dnia 12.10.2020 r. EKO-INWEST, w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, złożył poprawiony wykaz osób w zakresie pełnienia funkcji Technologa. Stosownie do art. 26 ust. 3 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. Podkreślił, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie jest prawem zamawiającego, tylko jego obowiązkiem, którego nie może pominąć (wyrok KIO 526/16). Zwrócił uwagę, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wykształciły się dwa przeciwstawne stanowiska dotyczące możliwości „samouzupelnienia” przedłożonych dokumentów. I tak: zgodnie z wyrokiem KIO 1009/15 „wykonawca uprawniony jest do tzw. „samouzupelnienia” bez wezwania zamawiającego, jednak powinien przyjąć na siebie ryzyko skutków, jakie wiążą się ze złożeniem nieprawidłowych dokumentów lub oświadczeń, Powyższe wynika z tego, że to na

zamawiającym ciąży obowiązek określenia wadliwości lub braków dokumentów w wezwaniu kierowanym do wykonawcy. Jeżeli ten decyduje się na ich samodzielne złożenie z pominięciem wezwania zamawiającego, może jedynie domniemywać/ na czym błędy lub braki polegają”. Z kolei, zgodnie z wyrokiem KIO 2007/17 „przepisy art. 26 ust. 3 i 4 Pzp nie regulują sytuacji samodzielnego uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń przez wykonawcę, Zamawiający powinien stosować się do literalnego brzmienia powyższych przepisów, gdyż tylko w taki sposób zapewni realizację zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Zatem w sytuacji gdy wykonawca z własnej inicjatywy dokona uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, zamawiający powinien je pominąć i wezwać wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Wykonując zatem ustawowy obowiązek Zamawiający wezwał EKO-INWEST jak w piśmie. Podsumowując stanowisko Zamawiającego uznać należy, że zarzut naruszenia art. 24 pkt 17 Pzp, a co za tym idzie również art. 7 ust. 1 i 3 Pzp nie jest uzasadniony. Szczególnie o zasadności odwołania nie może świadczyć treść wyroku KIO 531/18, który to wyrok powołał Odwołujący. W realiach tamtego postępowania doszło do sytuacji, w której złożona oferta zawierała informacje dotyczące wiedzy i doświadczenia personelu niezgodne ze stanem rzeczywistym, do czego w niniejszej sprawie jak wskazano wyżej nie doszło. Wskazał jednocześnie, że Odwołujący nie zakwestionował czynności wezwania EKO-INWEST w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, które to wezwanie doprowadziło do poprawienia dokumentu, w świetle wyroku KIO 1996/20, nieprawidłowego.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przesłanki, o której mowa w art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

W myśl wskazanego art. 189 ust.2 pkt 3 Pzp: „2. *Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że: 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie; (...).*

Odwołanie z dnia 26 października 2020 r. zostało wniesione przez wykonawcę TPF w związku z ponowną oceną ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie części 2, która to ocena została nakazana wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2020 r. sygn. akt: KIO 1966/20. Pierwotna czynność oceny ofert miała

miejsce w dniu 6 sierpnia 2020 r. od której to czynności zostało wniesione także przez wykonawcę TPF odwołanie w dniu 17 sierpnia 2020 r. rozstrzygnięte wskazanym wyrokiem przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W odwołaniu z dnia 26 października 2020 r. wykonawca TPF stwierdził, że Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. (wykonawca EKO-INWEST), jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Pzp wskazując na:

(...)

- „2. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Eko-Inwest, pomimo iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego-w zakresie doświadczenia Technologa;
3. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów Ustawy).”

To oznacza, że kluczowy zarzut podniesiony w odwołaniu de facto dotyczy naruszenia wskazanego art. 24 ust.1 pkt 17 Pzp, albowiem wskazany art. 7 ust.1 i 3 ustawy Pzp został powiązany ze wskazanym kluczowym zarzutem, a nie odrębnie. Zatem podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, m.in. zasada przejrzystości i uczciwej konkurencji, mogłyby zostać naruszone tylko wobec stwierdzenia istnienia obligatoryjnych przesłanek wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na przedstawienie przez niego nieprawdziwych informacji skutkującymi wskazaną podstawą wykluczenia wykonawcy EKO-INWEST z przedmiotowego postępowania.

W odwołaniu z dnia 17 sierpnia 2020 r. wykonawca TPF wskazał na naruszenie (numeracja wg odwołania i uzasadnienia z wyroku KIO 1996/20):

1. (...)
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Eko-Inwest, pomimo że treść w/w ofert jest sprzeczna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”,
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Eko-Inwest, pomimo iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego oraz

wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;

4. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Eko-Inwest z postępowania pomimo niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu;
5. art. 26 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawcy Eko-Inwest do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie (zarzut ewentualny);
6. art. 26 ust. 4 Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawcy Eko-Inwest do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego wykazu osób – doświadczenie Technologa;
7. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów Pzp).

Zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 17 Ustawy Pzp wskazany w odwołaniu z dnia 26.10.20 r. związany jest z informacjami podanymi przez wykonawcę EKO-INWEST w Wykazie osób w części dotyczącej kandydata (p. A. P.) do pełnienia funkcji technologa, o którym to warunku stanowi w pkt I. 7.2.3) Instrukcja (Tom 1 SIWZ) dla Wykonawców.

Odwołujący TPF w odwołaniu z dnia 17 sierpnia 2020 r. – jego uzasadnieniu - (jak wskazywał Zamawiający i Przystępujący) kwestionował (podobnie jak w rozpoznawanym odwołaniu z dnia 26 października 2020 r.) kwalifikacje osoby wskazanej do „pełnienia funkcji Technologa” W tym odwołaniu wykonawca TPF negował bowiem fakt posiadania kwalifikacji przez osobę (p. A.P) wskazaną w Wykazie osób do wypełniania tej funkcji podnosząc, że kandydatka „pełniła 2 funkcje Inżyniera Budowy i Technologa”, a Zamawiający nie ustalił w jakim zakresie „pełniła funkcję inżyniera Budowy, a w jakim Technologa” i wnioskował o nakazanie Zamawiającemu dokonanie wyjaśnień, w tym zakresie. Jednocześnie (jak wskazywał Przystępujący) nie twierdził, że „pełnienie funkcji Technologa” jest niewystarczające dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący w rozpoznawanym odwołaniu formułuje zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego ze względu na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do doświadczenia p. A.P., a to oznacza, że zarzut ten jest spóźniony. Z dokumentów złożonych przez EKO-INWEST (w tym Wykazu z 17.07.20) nie wynika (tak jak podnosił Zamawiający i Przystępujący i czego nie kwestionował Odwołujący), aby wykonawca ten twierdził, że kandydatka A.P. pracowała „na stanowisku” Technologa. Według wykonawcy wykonywanie „funkcji technologa” było (jest) prawidłowym spełnieniem warunku. Natomiast KIO w wyroku 1996/20 dokonała przeciwnej wykładni. Tym samym próbę negowania prawdziwości tego oświadczenia należało podnosić

w odwołaniu obejmującym pierwotną ocenę ofert i ustalenia w takim kierunku powodowałyby możliwe inne rozstrzygnięcie w tej sprawie. Należy zwrócić uwagę, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1996/20 nie uwzględniając zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp (w związku ze złożonym w ofercie Wykazem usług) zauważyła, że spór dotyczący *de facto* odmiennego rozumienia wymogu, (przyjęcie odrębnego rozumienia SIWZ i podanie informacji nawiązującej do tej wykładni) nie stanowi wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Tym samym przedmiotowy zarzut nawet w przypadku jego merytorycznego rozpoznania na tle podobnego stanu faktycznego nie podlegałby uwzględnieniu. Niemniej jednak w niniejszej sprawie Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, o co wnioskował Przystępujący jak i Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Mając powyższe na względzie postanowiono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....