

WYROK
z dnia 17 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2019 przez wykonawcę **Multiconsult Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

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

przy udziale:

- 1) wykonawcy **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, JPL Project Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
3. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącej zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018r. poz. 1986; dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu nr 2015-PL-TM-0125-W pn. „Poprawa dostępu kolejowego do portów morskich w Szczecinie i Świnoujściu”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 grudnia 2018 r., pod numerem 2018/S 247-571472.

W dniu 1 kwietnia 2019r. wykonawca Multiconsult Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie na:

a) błędne ustalenie i przyjęcie przez Zamawiającego, iż Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, z uwagi na fakt, iż wprowadził Zamawiającego w błąd co do legitymowania się przez pana J.G. 12 - miesięcznym doświadczeniem na stanowisku inspektora nadzoru w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych w ramach zadania pn. „Modernizacja linii kolejowej E20/CE 20 na odcinku Siedlce - Terespol, etap II”;

b) zobowiązanie Odwołującego do podjęcia działań przewidzianych w art. 24 ust. 8 Pzp, tj. do przedstawienia dowodów potwierdzających, że podjął on środki wystarczające do wykazania jego rzetelności, w sytuacji, gdy zaistniały podstawy do jego wykluczenia, jak również, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe dla zapobiegania tego rodzaju sytuacji w przyszłości, celem umożliwienia Zamawiającemu dokonania ich weryfikacji i oceny zgodnie z art. 24 ust.9 Pzp;

oraz na:

c) zaniechanie, na etapie badania i oceny ofert, przeprowadzenia czynności wyjaśniających na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp i/lub art. 87 Pzp, celem ustalenia czy Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp;

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp (względnie z ostrożności naruszenie także art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp), poprzez błędne jego zastosowanie i przyjęcie, iż Wykonawca w wyniku lekkomyślności i niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd i w konsekwencji podlega on wykluczeniu z Postępowania;

b) art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp (względnie z ostrożności naruszenie art. 26 ust. 2f Pzp), art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie ich zastosowania tj. zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, przed dokonaniem oceny i ostatecznym uznaniem, czy Wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd i w konsekwencji podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp;

c) art. 24 ust. 8 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wezwanie Wykonawcy do przedłożenia dowodów potwierdzających, że podjął on środki wystarczające do wykazania jego rzetelności, w sytuacji, gdy zaistniały podstawy do jego wykluczenia, jak również, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe dla zapobiegania tego rodzaju sytuacji w przyszłości, celem umożliwienia Zamawiającemu dokonania ich weryfikacji i oceny zgodnie z art. 24 ust. 9 Pzp.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

a) unieważnienie czynności Zamawiającego dokonanej pismem z dnia 21 marca 2019r., polegającej na ustaleniu, iż w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził on Zamawiającego w błąd na skutek czego podlega wykluczenia z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp;

b) unieważnienia czynności Zamawiającego dokonanej pismem z dnia 21 marca 2019 r., polegającej na wezwaniu wykonawcy do przedstawienia dowodów i do przeprowadzenia procedury

Uzasadniając zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp (względnie z ostrożności naruszenie także art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp) Odwołujący wskazał, że nie wprowadził Zamawiającego w błąd przedkładając nieprawdziwe informacje mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, w tym w szczególności w wyniku swego niedbalstwa lub lekkomyślności. W rezultacie nie zachodzą wobec niego przesłanki przewidziane w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Podkreślił, że zgodnie z informacjami będącymi w jego posiadaniu, pan J.G. dysponuje 12 miesięcznym doświadczeniem wymaganym w ramach Podkryterium 2 (PK2) - Doświadczenie Inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych [PK2]. Na potwierdzenie Odwołujący przedłożył:

a) kopie faktur VAT wystawionych z tytułu pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru na Kontrakcie za okres lipiec 2013 r. - lipiec 2014 r.;

b) kopie umowy z dnia 15 czerwca 2013 r. zawartej pomiędzy Wykonawcą Kontraktu, a Panem J.G. na świadczenie usług obejmujących „pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru w

specjalności kolejowej (w dziedzinie linie, węzły i stacje kolejowe) (zgodnie z brzmieniem Artykułu 1 - CEL UMOWY) („Umowa na pełnienie funkcji inspektora”).

Odwołujący stwierdził, że z powyższych dokumentów wynika bezsprzecznie, iż pan J.G., wskazany w Wykazie personelu, tj. w dokumencie złożonym dla potrzeb wykazania spełnienia kryteriów oceny ofert w zakresie - Doświadczenie Inspektora Nadzoru w specjalności kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych (PK2), w kolumnie lp. 2 legitymuje się doświadczeniem wymaganym zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (punkt 18.7-19.8 SIWZ). Odwołujący wyjaśnił dodatkowo, że dane wynikające z powyższych dokumentów są zgodne z danymi podanymi w treści ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (ogłoszenie numer 2013/S 115 - 196550 przekazane do publikacji w dniu 13 czerwca 2013 r., opublikowane w dniu 15 czerwca 2013 r.) na realizację zadania pn. Modernizacja linii kolejowej E 20/CE 20 na odcinku Siedlce-Terespol, etap II, tj. kopia Umowy na pełnienie funkcji inspektora przez pana J.G. zawarta została na okres przypadający - zgodnie z w/w ogłoszeniem o zamówieniu - na czas realizacji Kontraktu i odnosi się do świadczenia usług na Kontrakcie. Potwierdzeniem faktycznego wykonywania usług w ramach kontraktu przez pana J.G. są faktury VAT wystawione na okres 12 miesięcy, z treści których wynika, iż dotyczą one świadczenia usług w ramach Kontraktu. Powyższe, w ocenie Odwołującego, potwierdza dysponowanie przez pana J.G. doświadczeniem wskazanym w Wykazie Personelu dla potrzeb wykazania spełnienia kryteriów oceny ofert w zakresie kryterium „Doświadczenie personelu”.

W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, brak było podstaw do przyjęcia, iż wprowadził on Zamawiającego w błąd w zakresie spełnienia kryterium „Doświadczenia personelu”, w tym w szczególności w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. Informacje przekazane Zamawiającemu są prawdziwe, o czym świadczy Umowa na pełnienie funkcji inspektora nadzoru oraz dokumenty rozliczeniowe. Podkreślił, że wykazał się należytą starannością w weryfikacji informacji i danych wykorzystywanych dla potrzeb przygotowania i złożenia oferty.

W konsekwencji stwierdził, że dochował staranności wymaganej od niego jako profesjonalisty w zakresie weryfikacji prawdziwości danych dotyczących doświadczenia pana J.G., które to doświadczenie jest zgodne z oczekiwanym przez Zamawiającego, a ponadto przeprowadził weryfikację informacji dotyczących doświadczenia pana J.G., podjął działania, których efektem było uzyskanie dokumentów potwierdzających okoliczność pełnienia przez niego funkcji inspektora nadzoru, przez okres 12 miesięcy w ramach Kontraktu. W rezultacie nie sposób przypisać Wykonawcy żadnej z przewidzianych art. 24 ust. 1 pkt 17 postaci winy. Brak zawinionego działania stanowi kolejny dowód na brak podstaw do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp (względnie z ostrożności naruszenie art. 26 ust. 2f Pzp) oraz art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp zarzucił, że pismem z dnia 21 marca 2019 r. Zamawiający przekazał wykonawcy ogólną informację, iż w wyniku poczynionych przez niego ustaleń własnych, w toku postępowania Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd podając nieprawdziwe dane dotyczące doświadczenia pana J.G. na stanowisku Inspektora nadzoru w branży inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych w ramach Kontraktu. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie uzasadnił w sposób szczegółowy swego stanowiska, nie przedstawił wykonawcy dokumentów, dowodów potwierdzających podniesiony przez siebie zarzut. Jednocześnie Zamawiający nie wezwał go do złożenia wyjaśnień odnośnie kwestionowanego przez niego doświadczenia pana J.G.. W rezultacie powyższego zaniechania nie wyjaśniono okoliczności i podstaw, które doprowadziły Zamawiającego do wniosków przedstawionych w piśmie z dnia 21 marca 2019r. pozbawiając tym samym Odwołującego możliwości odpowiedniego zajęcia stanowiska i obrony swych praw.

Według Odwołującego, Zamawiający wbrew obowiązującym przepisom Pzp, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, z naruszeniem zasady przejrzystości postępowania, kierując pismo z dnia 21 marca 2019r. z informacją o uznaniu wykonawcy za podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, wzywając do przedstawienia dowodów na okoliczność przeprowadzenia procesu opisanego w art. 24 ust. 8 Pzp i wyznaczając Wykonawcy niespełna siedmiodniowy termin na dostarczenie takich dowodów celem przeprowadzenia ich oceny w oparciu o art. 24 ust. 9 Pzp, pominął istotny etap postępowania tj. zaniechał przeprowadzenie koniecznej w sprawie procedury wezwania Wykonawcy do wyjaśnień w trybie powołanych na wstępie przepisów. W rezultacie Odwołujący został pozbawiony możliwości wykazania braku podstaw do jego wykluczenia.

Odnosząc się do wyrażonego w piśmie z dnia 21 marca 2019r. oczekiwania Zamawiającego odnośnie przeprowadzenia procedury przewidzianej art. 24 ust 8 Pzp, Odwołujący wyjaśnił, iż rzeczony działaniem Zamawiającego, w okolicznościach przedmiotowej sprawy stanowi naruszenie art. 24 ust. 8 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Opisane działanie wymaga inicjatywy wykonawcy, który w świetle ugruntowanej linii orzeczniczej jest wyłącznym decydem w przedmiocie podjęcia decyzji o jej przeprowadzeniu.

W konsekwencji powyższego Odwołujący wskazał, iż wezwanie Zamawiającego zawarte w piśmie, w zakresie zgłoszonego oczekiwania przeprowadzenia procedury z art. 24 ust. 8 Pzp nie znajduje oparcia w przepisach Pzp, w tym jest działaniem przedwczesnym, w szczególności wobec braku uprzedniego wezwania Wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający poprzez jednoczesne zawiadomienie go o ustaleniu zaistnienia wobec niego podstawy wykluczenia z

postępowania i wyrażenie oczekiwania na przedłożenie dokumentów i dowodów potwierdzających przeprowadzenie procedury przewidzianej art. 24 ust. 8 Pzp, w wyznaczonym terminie, swym działaniem w sposób bezpośredni zmierza do wymuszenia na nim potwierdzenia (przyznania się), iż na skutek jego niedbalstwa lub lekkomyślności wprowadził Zamawiającego w błąd. Taki sposób kreowania przebiegu zdarzeń w toku postępowania jest niedopuszczalny, godzi w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. W opinii Odwołującego został postawiony w sytuacji, w której każde jego działanie czy zaniechanie może przynieść niepożądany, negatywny dla niego skutek w postaci wykluczenia z postępowania i utraty szansy na uzyskanie zamówienia. Celem uczynienia zadość oczekiwaniu Zamawiającego jakim jest przeprowadzenie procedury przewidzianej art. 24 ust. 8 Pzp Wykonawca zmuszony zostaje, wbrew swojej woli i faktom, do uznania słuszności tezy Zamawiającego tj. do przyjęcia, iż podlega on wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp.

Kwestionując natomiast istnienie podstawy do wykluczenia go z postępowania zostaje narażony na uznanie przez Zamawiającego, iż wbrew zobowiązaniu wyrażonemu w Piśmie nie dokonał wymaganych od niego czynności, co w konsekwencji również może doprowadzić do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Powyższe, w ocenie Odwołującego, w sposób jednoznaczny wskazuje, iż pominięcie przez Zamawiającego szczegółowego wyjaśnienia zaistniałej w postępowaniu sytuacji, zaniechanie umożliwienia Wykonawcy złożenia wyjaśnień przed uznaniem, iż podlega on wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji i narażiło Odwołującego na ryzyko wykluczenia (w każdej konfiguracji zdarzeń) z Postępowania poprzez pozbawienie go możliwości wykazania braku podstaw do wykluczenia z Postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie. Odnosząc się do stawianych zarzutów Zamawiający podkreślił, że w toku badania i oceny oferty Odwołującego powziął wiedzę, że informacje wskazane w załączniku nr 8 do IDW Wykaz Personelu na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert („Wykaz personelu”), są niezgodne z rzeczywistym stanem faktycznym. Wykonawca wskazał bowiem w ofercie, że pan J.G. posiada 12 miesięczne doświadczenie na stanowisku Inspektora Nadzoru w branży inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych, gdy tymczasem Zamawiający zweryfikował ww. informację i ustalił, że pan J.G. posiada 7 miesięczne doświadczenie na ww. stanowisku inspektora nadzoru w ramach Kontraktu nabyte w okresie od 28.05.2013 r. do 31.12.2013 r.

Zamawiający wyjaśnił, że w wyniku poczynionych ustaleń w dniu 21 marca 2019 r. skierował do wykonawcy pismo, w którym wskazał, że w jego ocenie, Odwołujący podał

nieprawdziwe informacje, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Wyjaśnił ponadto, że poinformował jednocześnie Wykonawcę, że na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp wykonawca ma prawo do przedłożenia dowodów potwierdzających, że podjął on środki wystarczające do wykazania jego rzetelności, w sytuacji, gdy zaistniały podstawy do jego wykluczenia, jak również, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe dla zapobiegania tego rodzaju sytuacji w przyszłości, celem umożliwienia Zamawiającemu dokonania ich weryfikacji i oceny zgodnie z art. 24 ust. 9 Pzp.

W ocenie Zamawiającego, wykonawca błędnie zinterpretował treść pisma z dnia 21 marca 2019r. jako wezwanie, bowiem przepisy Pzp nie przewidują po stronie Zamawiającego uprawnienia do wzywania wykonawcy do przeprowadzenia instytucji self-cleaningu, gdyż jest to dobrowolne działanie Wykonawcy, wobec którego zachodzą określone przesłanki wykluczenia. Niemniej jednak, Zamawiający, wychodząc z założenia, że celem postępowania nie jest wykluczanie wykonawców, czy też odrzucanie ich ofert, a jednocześnie mając na uwadze fakt, że procedura self-cleaningu może być przeprowadzona jedynie przed podjęciem decyzji o wykluczeniu poinformował Odwołującego o dokonanych ustaleniach, celem umożliwienia Odwołującemu skorzystania z takiej możliwości.

Wyjaśnił, że w odpowiedzi na pismo z dnia 21 marca 2019r., Odwołujący pismem z dnia 28 marca 2019 r. odniósł się do stanowiska Zamawiającego i wskazał, że nie wprowadził go w błąd przedkładając nieprawdziwe informacje mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, a tym samym nie istnieją przesłanki przewidziane w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Odwołujący wskazał, że pan G. pełnił na wskazanym projekcie usługę inspektora nadzoru w specjalności kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych przez 12 miesięcy.

Odnosząc się do takiego stanu faktycznego Zamawiający stwierdził, że odwołanie jest co najmniej przedwczesne, gdyż Zamawiający nie podjął jeszcze decyzji o wykluczeniu wykonawcy i obecnie trwa ocena ofert złożonych w postępowaniu. Tym samym zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 i pkt 12 Pzp jest bezpodstawny, gdyż czynność taka nie zaistniała w postępowaniu. Orzeczenie Izby w tym zakresie byłoby de facto prejudycjalnym rozstrzygnięciem zagadnienia w zastępstwie Zamawiającego, co należy uznać za niedopuszczalne w świetle postanowień ustawy Pzp, zgodnie z którymi Izba ocenia czynności Zamawiającego, które są relewantne i mają wpływ na wynik postępowania. Dopóki zatem trwa ocena złożonych ofert brak jest podstaw do ingerencji Izby w postępowanie. Wyrok Izby w tym zakresie stanowiłby w istocie rzeczy złożenie zastępczego oświadczenia woli w imieniu Zamawiającego.

Zamawiający za bezzasadny uznał również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i ust. 4 (względnie z ostrożności naruszenie art. 26 ust. 2f Pzp), art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1

Pzp, bowiem Wykonawca w odpowiedzi na pismo Zamawiającego złożył wyjaśnienia w zakresie pełnienia funkcji przez p. J.G.. Kolejne wezwanie do wyjaśnień byłoby więc powieleniem czynności już wykonanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, przy czym Zamawiający nie wyobraża sobie, że Odwołujący mógłby złożyć jakieś inne wyjaśnienia niż te zawarte w piśmie z dnia 28 marca 2019r.

Zamawiający podkreślił ponownie, że postępowanie o udzielenie zamówienia jeszcze trwa nie została podjęta decyzja o wykluczeniu tego wykonawcy, stąd brak jest podstaw do orzekania przez Izbę w tym zakresie, bowiem Zamawiający może podjąć wszelkie czynności przewidziane ustawą, w tym również wezwanie do wyjaśnień w odniesieniu do Odwołującego.

Odnosząc się natomiast do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 8 oraz art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający wskazał, że zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast dyspozycja art. 24 ust. 8 Pzp w żaden sposób nie odnosi się do czynności Zamawiającego, stąd nie może stanowić podstawy zarzutu. Jest to przepis skierowany wyłącznie do Wykonawcy. Przedmiotem zarzutu mogłoby być wyłącznie naruszenie dyspozycji art. 24 ust. 9 Pzp, w którym jest mowa o czynności Zamawiającego, polegającej na ocenie wdrożonego self-cleaningu. Zamawiający podkreślił ponownie, że pismo z dnia 21 marca 2019r. nie może być traktowane jako wezwanie, a jedynie jako informację o poczynionych ustaleniach i konsekwencjach jakie mogą być wyciągnięte wobec Wykonawcy, Powyższe w sposób jednoznaczny przesądza, że zarzut ten winien być oddalony.

W ocenie Zamawiającego, pismo z dnia 21 marca 2019r. Odwołujący winien traktować raczej jako przejaw dobrej woli Zamawiającego i wręcz danie szansy wykonawcy na to, aby podjął stosowne działania, w celu uniknięcia ewentualnego wykluczenia z postępowania. Wskazanie terminu, w którym należy przedstawić dowody dla przeprowadzenia procedury samooczyszczenia, w ocenie Zamawiającego, należy traktować właśnie w kategoriach uprzedzenia wykonawcy, że Zamawiający nosi się z zamiarem wykluczenia, co uniemożliwi skuteczne wszczęcie procedury self-cleaningu.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Izba oddaliła opozycję Odwołującego względem przystąpienia MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECM Group Polska S.A. i JPL Project Sp. z o.o. zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - uznając, że zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa opartym o wykładnię art. 186 ust. 2 zd. 1 Pzp interes w przystąpieniu, czyli w zakresie uzyskania rozstrzygnięcia na korzyść strony do której następuje przystąpienie należy rozumieć szerzej niż interes w uzyskaniu zamówienia wynikający z art. 179 ust. 1 Pzp. W ocenie składu orzekającego Izby, w przedmiotowym stanie faktycznym istniały wymierne podstawy do uznania interesu wyżej wskazanych wykonawców nawet w kontekście ich szansy na uzyskanie zamówienia.

Izba ustaliła:

Zamawiający w dniu 21 marca 2019r. skierował do Odwołującego pismo o następującej treści:

„Działając w imieniu zamawiającego — PKP Polskie Linie Kolejowe S.A informuję, że Zamawiający po dokonaniu analizy złożonego przez Wykonawcę „Wykazu Personelu na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert”, biorąc pod uwagę wiedzę własną Zamawiającego w zakresie doświadczenia osoby zaproponowanej na stanowisko: Inspektora Nadzoru w branży inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych stwierdził, że w ocenie Zamawiającego Wykonawca Multiconsult Polska Sp. z o.o. podał nieprawdziwe informacje, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Wykonawca podał nieprawdziwe informacje w następującym zakresie:

I. W pozycji 2 wskazanego w w/w Wykazie Personelu doświadczenia pana J.G. Wykonawca dwukrotnie (w ramach podkryteriów PK2.1 i PK2.2) oświadczył, że ww. osoba wskazana na stanowisko Inspektora Nadzoru w branży inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych w okresie od 06.2014 do 05.2015 zdobyła doświadczenie na w/w stanowisku na zadaniu „(...) modernizacji linii kolejowej E20/CE 20 na odcinku Siedlce — Terespol, etap I” (Pełnienie funkcji inspektora przy wykonaniu robót budowlanych dla LCS Łuków stacja Siedlce, Łuków i Międzyrzec Podlaski) (...)

W wyniku weryfikacji doświadczenia, Zamawiający ustalił, że pan J.G. zdobył doświadczenie na stanowisku Inspektora Nadzoru w branży inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych na tym kontrakcie od dnia 28.05.2013 r., gdyż z tym dniem została podpisana umowa na nadzór na tym zadaniu do dnia 31.12.2013 r. Umowa na roboty budowlane została podpisana z dniem 30.08.2012 r. Zgodnie z powyższym pan J.G. zdobył zaledwie 7 miesięcy doświadczenia na wskazanym stanowisku we wskazanej inwestycji.

Biorąc pod uwagę powyższe, Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd w przedmiocie wykazania minimum 12 miesięcy doświadczenia ww. osoby na wskazanym zadaniu. Podanie nieprawdziwych informacji w przedmiotowej kwestii ma wpływ na ilość punktów przyznanych przez Zamawiającego w ramach kryterium „Doświadczenie personelu” Podkryterium 2 (PK2.2). Uznanie przez Zamawiającego wskazanego doświadczenia dla ww. osoby mogłoby skutkować nieuprawnionym przyznaniem Wykonawcy 2 punktów za tę inwestycję w ramach Podkryterium 2 (PK2.2.)

Podanie przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji stanowi obligatoryjną przesłankę do wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt. 17 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2018 poz. 1986) („Ustawa”). Jednakże, zgodnie z art. 24 ust. 8 ustawy Zamawiający wskazuje, że Wykonawca który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 1 pkt. 17 może przedstawić dowody potwierdzające, że podjął on środki wystarczające do kazania swojej rzetelności w sytuacji gdy zaistniały podstawy do wykluczenia jak również iż podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe dla zapobiegania takiej sytuacji w przyszłości.

Jednocześnie na podstawie art. 24 ust. 9 ustawy informuję, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu jeżeli Zamawiający uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu Wykonawcy uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie art. 24 ust. 8 Ustawy.

Dowody, o których mowa powyżej, należy dostarczyć do Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji zgodnie z pkt 23 Instrukcji dla Wykonawców, do dnia 28 marca 2019 r. do godz. 12:00.”.

Izba zważyła:

Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie umowy.

W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący wniósł odwołanie od ustalenia Zamawiającego dotyczącego czasookresu zatrudnienia pana J.G. na stanowisku inspektora nadzoru branży kolejowej i stwierdzeniu, iż Odwołujący wprowadził w błąd Zamawiającego w

tym zakresie, co z kolei stanowi przesłankę do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podkreślał natomiast, iż nie dokonał w postępowaniu żadnej czynności, która mogłaby stanowić podstawę do wniesienia odwołania.

Uwzględniając powyższy stan faktyczny skład orzekający uznał, iż czynione przez Zamawiającego ustalenia faktyczne zmierzające do formalnego wyboru oferty najkorzystniejszej nie mogą stanowić podstawy do wniesienia odwołania. Jak już bowiem wskazano, odwołanie przysługuje tylko i wyłącznie od czynności lub zaniechań Zamawiającego podejmowanych w trakcie postępowania. Zatem dopóki trwa ocena złożonych ofert brak jest podstaw do ingerencji Izby w postępowanie.

Ponadto nie sposób uznać stanowiska Odwołującego w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez błędne jego zastosowanie, za uzasadnione. Zastosowanie bowiem przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 lub pkt 12 Pzp skutkowałoby wykluczeniem Odwołującego z postępowania, co jak wynika z dokumentacji postępowania oraz oświadczeń stron w postępowaniu nie nastąpiło. Zamawiający wprost wskazywał, iż obecnie dokonuje on badania i oceny złożonych ofert, w tym również analizuje wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w piśmie z dnia 28 marca 2019 r. Tym samym skoro czynność wykluczenia nie zaistniała, to nie można uznać, że Zamawiający naruszył powyższe przepisy.

Izba w tym zakresie popiera stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie, iż wniesione odwołanie jest przedwczesne. Odwołującemu będzie bowiem przysługiwało prawo zaskarżenia ewentualnej czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu go z postępowania.

W konsekwencji skład orzekający za przedwczesne uznał także zarzuty dotyczące zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, tj. naruszenia przepisów art. 26 ust. 3 i 4, ust. 2f, art. 87 ust. 1 Pzp oraz 7 ust. 1 Pzp. Jak już bowiem wskazano Zamawiający nie zakończył procesu badania i oceny ofert, więc zarzucanie Zamawiającemu zaniechania zastosowania powyższych przepisów przed podjęciem ostatecznej decyzji jest w ocenie składu orzekającego nieuzasadnione. Zamawiający nie zakończył procesu badania i oceny ofert i do chwili jego zakończenia przysługuje mu prawo do wezwania wykonawcy o złożenie wyjaśnień, w sytuacji gdy uzna takie wyjaśnienia za konieczne. Tym samym nie można uznać, iż Zamawiający naruszył powyższe przepisy.¹²

Skład orzekający analizując treść pisma z dnia 21 marca 2019 r. uznał ponadto, iż wbrew stanowisku Odwołującego brak jest podstaw do przyjęcia, że Zamawiający wzywał go do przeprowadzenia procedury self-cleaningu. Powyższe w sposób wyraźny zostało zresztą potwierdzone przez Zamawiającego, który stwierdził, że skorzystanie z tej procedury należy do wyłącznej gestii wykonawcy, a jego intencją było jedynie wskazanie wykonawcy takiej możliwości. W ocenie Izby wskazanie przez Zamawiającego terminu, w którym może

przedłożyć dokumenty i dowody, było umożliwieniem wykonawcy podjęcia stosownych czynności mających uchronić go przed wykluczeniem z postępowania. Powyższe stanowisko Izby potwierdza również fakt, iż Zamawiający pomimo nieprzeprowadzenia przez Odwołującego procedury self-cleaningu w terminie do dnia 28 marca 2019r. nie dokonał jego wykluczenia, lecz - jak wyjaśnił Zamawiający - obecnie analizuje złożone przez Odwołującego wyjaśnienia.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należało, że na dzień wniesienia odwołania, brak było podstaw do stawiania zarzutów Zamawiającemu w zakresie w jakim to zostało podniesione w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018r., poz. 972).

Przewodniczący: