

**WYROK**  
**z dnia 30 sierpnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca:** **Magdalena Grabarczyk**  
**Emilia Garbala**  
**Ernest Klauziński**

**Protokolant:** **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aldesa Construciones Polska Sp. z o.o. w Warszawie, Aldesa Construciones S.A. w Madrycie (Hiszpania), COALVI S.A. w Saragossie (Hiszpania), China Civil Engeneering Construciones Corporation w Pekinie (Chiny) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie

przy udziale wykonawcy TORPOL S.A. w Poznaniu oraz wykonawcy Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie zgłaszających swoje przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje PKP Polskim Liniom Kolejowym S.A. w Warszawie unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aldesa Construciones Polska Sp. z o.o. w Warszawie, Aldesa Construciones S.A. w Madrycie (Hiszpania), COALVI S.A. w Saragossie (Hiszpania), China Civil Engeneering Construciones Corporation w Pekinie (Chiny) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.);
2. kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aldesa Construciones Polska Sp. z o.o. w Warszawie, Aldesa Construciones S.A. w Madrycie (Hiszpania), COALVI S.A. w Saragossie (Hiszpania), China Civil Engeneering Construciones Corporation w Pekinie (Chiny) tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aldesa Construciones Polska Sp. z o.o. w Warszawie, Aldesa Construciones S.A. w Madrycie (Hiszpania), COALVI S.A. w Saragossie (Hiszpania), China Civil Engeneering Construciones Corporation w Pekinie (Chiny) kwotę 23.600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodnicząca:** .....

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację robót budowlanych dla Etapu I projektu „Prace na linii kolejowej nr 38 na odcinku Ełk - Korsze wraz z elektryfikacją”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 czerwca 2020 r. pod numerem 2020/S 106-257823. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne.

Zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aldesa Construciones Polska Sp. z o.o. w Warszawie, Aldesa Construciones S.A. w Madrycie (Hiszpania), COALVI S.A. w Saragossie (Hiszpania), China Civil Engeneering Construciones Corporation w Pekinie, którzy 28 czerwca 2021 r. wnieśli odwołanie wobec tej czynności.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 24 ust. 8 Pzp w zw. z art. 24 ust. 9 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 80 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE w zw. z art. 57 ust. 4 lit. i) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE, dalej jako: „dyrektywa klasyczna”, w zw. z art. 57 ust. 6 dyrektywy klasycznej przez przyjęcie, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na przedstawienie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd zamawiającego w zakresie doświadczenia wymaganego dokumentacją postępowania dla osoby pełniącej funkcję kierownika robót sterowania ruchem (Pana J. B.), a odwołujący nie dokonał w sposób skuteczny procedury samooczyszczenia z art. 24 ust. 8 Pzp, gdyż rzekomo podjął ją nie z własnej inicjatywy oraz po dacie wezwania zamawiającego do wyjaśnień dotyczących zidentyfikowanych nieprawidłowości, podczas gdy odwołujący przedstawił z własnej inicjatywy dowody potwierdzające, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności oraz przed podjęciem decyzji o jego wykluczeniu z postępowania, a tym samym przeprowadził w sposób skuteczny procedurę samooczyszczenia z art. 24 ust. 8 Pzp, a także zgodnie z przywołanym przepisem prawa, z którego nie wynika graniczny termin na skorzystanie przez wykonawcę z procedury samooczyszczenia.

Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w szczególności dowodów opisanych szczegółowo w treści uzasadnienia odwołania, a także dowodów, które zostaną przedstawione przez odwołującego na rozprawie przed Izbą. Żądał również nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz o zasądzenie od zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołujący podkreślił, że dla rozpoznania odwołania niezwykle istotne znaczenie ma precyzyjne określenie osi sporu pomiędzy stronami. Osią sporu, wbrew uzasadnieniu czynności wykluczenia, nie jest fakt przekazania nieprawdziwych informacji przez odwołującego w zakresie doświadczenia Pana J. B. . Okoliczność ta została jednoznacznie przyznana przez odwołującego w treści wyjaśnień z 4 czerwca 2021 r.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający nie przedstawił w informacji o wykluczeniu zastrzeżeń co do prawidłowości przeprowadzonej przez odwołującego procedury samooczyszczenia, ani uwag dotyczących nowej osoby wskazanej przez odwołującego na stanowisko kierownika robót sterowania ruchem kolejowym. Wywodził, że jedynym przedmiotem sporu pomiędzy stronami jest przyjęta przez zamawiającego ocena prawna przeprowadzonego przez odwołującego procesu samooczyszczenia, z uwagi na dwie okoliczności: braku inicjatywy własnej odwołującego w tym zakresie oraz momentu jego przeprowadzenia.

Odwołujący podniósł, że zamawiający ani nie wezwał go do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, ani też nie wskazał jednoznacznie, że przekazane przez odwołującego informacje są niezgodne z rzeczywistością. Zamawiający jedynie wyraził wątpliwości, które okazały się wystarczające dla odwołującego, aby ten z własnej inicjatywy dokonał niezbędnej korekty swoich dotychczasowych działań i przedstawił zamawiającemu szczegółowy opis podjętych działań. W świetle powyższego nie jest zasadnym twierdzenie, że z inicjatywą do przeprowadzenia procesu self-cleaning nie wystąpił odwołujący. Odwołujący podkreślił, że obowiązujące przepisy prawa (zarówno krajowego jak i unijnego) w żaden sposób nie uzależniają możliwości przeprowadzenia procedury self-cleaning od tego, od kogo wyjdzie sama inicjatywa w tym zakresie. Odwołujący zarzucił, że stanowisko zamawiającego nie jest oparte na przepisach prawa, a jedynie na bardzo wybiórczo przywołanych fragmentach z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Bardziej zasadnym byłoby w tym miejscu przywołanie wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 14 stycznia 2021 r. sygn. C-387/19, w którym jednoznacznie przyznano, że ani z treści art. 57 ust. 6 dyrektywy klasycznej, ani z motywu

102 tej dyrektywy nie wynika, na jakim etapie postępowania o udzielenie zamówienia można przedstawić dowód podjęcia środków naprawczych. W świetle samego brzmienia art. 57 ust. 6 dyrektywy klasycznej wykonawcy pozostawiona została możliwość przedstawienia dowodu podjęcia środków naprawczych, z której można skorzystać zarówno w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty, jak i na późniejszym etapie postępowania.

Wykonawca TORPOL S.A. w Poznaniu oraz wykonawca Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania stronom kopii przystąpienia. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 25 sierpnia 2021 r. wniósł o jego oddalenie.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie, w czasie której strony i uczestnik TORPOL S.A. podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Strabag Sp. z o.o., prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia, nie wziął w nim udziału.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wszczął badane postępowanie 3 czerwca 2020 r.

W pkt 8.6.2 ppkt 4 IDW, str. 13 IDW zamawiający wymagał, aby osoba wskazana przez wykonawcę na stanowisko kierownika robót sterowania ruchem kolejowym posiadała uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi, których zakres obejmuje urządzenia sterowania ruchem kolejowym, a także co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w zakresie sterowania ruchem kolejowym na robotach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym. W pkt 9.1 IDW w celu wstępnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy zobligowani składali ogólne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji - wypełniali sekcję a w części IV i nie wypełniali żadnej z pozostałych sekcji w części IV Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia („JEDZ”).

Termin składania ofert został wyznaczony na 21 sierpnia 2020 r. W postępowaniu złożono 11 ofert, kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia podstawowego (zamówienie zakładało także dwa prawa opcji) wyniosła 661.615.832,27 zł brutto.

Odwołujący złożył ofertę. Pismem z 10 maja 2021 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, wezwał odwołującego do złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia. W odpowiedzi pismem z 21 maja 2021 r. odwołujący złożył m.in. wykaz osób. Na stanowisko kierownika robót sterowania ruchem kolejowym odwołujący wskazał Pana J. B. . Opisując jego doświadczenie w pozycji 2 przedstawił doświadczenie dotyczące zadania

„Wykonanie robót budowlanych dla budowy nowych skrzyżowań dwupoziomowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą w obszarze LCS Ciechanów: wiadukt kolejowy w km 97+590, wiadukt drogowy w km 99+237, przejście podziemne w km 117+161, wiadukt drogowy w km 117+352 - przetarg 2G - realizowane w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej E65/C-E65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LCS Ciechanów”. Wskazał, że Pan J. B. pełnił funkcję kierownika robót sterowania ruchem kolejowym w okresie od 04.2012 do 04.2015 (36 miesięcy). W poz. 3 odwołujący przedstawił doświadczenie dotyczące zadania „Budowa nowych skrzyżowań dwupoziomowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą w obszarze LCS Działdowo, obejmujących wiadukt drogowy w km 137+711, wiadukt drogowy w km 138+798, przejście pod torami w km 139+744, wiadukt kolejowy w km 140+409 - przetarg 2B - realizowane w ramach projektu POIiŚ 7.1-41 „Modernizacja linii kolejowej E65/C - E65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LCS Działdowo”. Wskazał, że Pan J. B. pełnił funkcję kierownika robót sterowania ruchem kolejowym w okresie od 02.2012 do 09.2014 r.

W toku oceny złożonych dokumentów zamawiający powziął wątpliwości dotyczące doświadczenia Pana J. B. w odniesieniu do wskazanych dwóch pozycji i pismem z 31 maja 2021 r. działając na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień. Zamawiający podniósł, że oba zamówienia były realizowane na jego rzecz. Wyjaśnił, że z jego wiedzy dotyczącej pozycji 2 wynika, że:

- a) Pan J. B. zgodnie z wpisem w dzienniku budowy dotyczącym budowy wiaduktu kolejowego w km 99+237 linii kolejowej E-65 przyjął obowiązki kierownika robót branży sterowania ruchem kolejowym w dniu 06.12.2012 r. i w okresie od 06.12.2012 r. do 05.03.2013 r. kierował robotami tej branży w zakresie budowy przejazdu tymczasowego w km 99+204 linii kolejowej E-65;
- b) Pan J. B. zgodnie z wpisem w dzienniku budowy dotyczącym budowy wiaduktu kolejowego w km 97+590 linii kolejowej E-65 przyjął obowiązki kierownika robót branży sterowania ruchem kolejowym w dniu 02.12.2013 r. i w okresie od dnia 02.12.2013 r. do dnia 16.06.2014 r. (ostatni wpis Pana J. B.) kierował tymi robotami, w związku z fazowaniem robót związanych z budową wiaduktu;
- c) Protokół odbioru końcowego inwestycji, na którym widnieje podpis Pana J. B. jako kierownika robót branży sterowania ruchem kolejowym i telekomunikacji datowany jest na dzień 15.12.2014 r. (przy czym w protokole określono datę zakończenia prac Komisji odbiorowej na dzień 09.01.2015 r.);
- d) Pan J. B. w trakcie realizacji zamówienia pełnił także funkcję kierownika robót teletechnicznych;
- e) W pozostałym zakresie robót branży sterowania ruchem kolejowym funkcję kierownika robót pełniła inna osoba.

Zamawiający żądał wyjaśnień:

1. na jakiej podstawie wykonawca twierdzi, że Pan J. B. pełnił funkcję kierownika robót branży sterowania ruchem kolejowym podczas realizacji ww. inwestycji, w okresie od 04.2012 r. do 04.2015 r.?
2. na jakiej podstawie wykonawca twierdzi, że zrealizowane przez Pana J. B. roboty budowlane stanowiły budowę lub przebudowę Infrastruktury kolejowej w zakresie sterowaniem ruchem kolejowym?

Zamawiający w odniesieniu do pozycji 3 wykazu doświadczenia wskazał, że z jego wiedzy wynika, że Pan J. B. kierował robotami polegającymi na likwidacji urządzeń sterowania ruchem kolejowym. Żądał wyjaśnień, na jakiej podstawie wykonawca oświadczył, że Pan B. kierował robotami stanowiącymi przebudowę lub budowę infrastruktury kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym?

Odwołujący pismem z 4 czerwca 2021 r. złożył wyjaśnienia. Oświadczył, że Pan J. B. został wskazany na stanowisko kierownika robót sterowania ruchem kolejowym przez partnera konsorcjum - China Civil Engineering Construction Corporation („CCECC”), który przed złożeniem oferty podjął niezbędne ustalenia z Panem J. B. . Rozmowy te w imieniu CCECC prowadził Pan A. C. . Pan J. B. otrzymał opis wymagań zamawiającego i jednoznacznie potwierdził w rozmowie telefonicznej z Panem A. C., że spełnia wymagania zamawiającego. Pan A. C. dokonał oceny spełnienia przez Pana J. B. wymagań zamawiającego. Doświadczenie zawodowe Pana B. (11 stron opisanych inwestycji) w zakresie robót sterowania ruchem kolejowym razem z dokumentami potwierdzającymi wymagane uprawnienia było bardzo wiarygodne i nie budziło żadnych wątpliwości.

Odwołujący wyjaśnił, że przyjął prawdziwość informacji przekazanych przez Pana J. B. w oparciu o przedstawione przez Pana J. B. dokumenty, wyjaśnienia mailowe oraz rozmowy telefoniczne, zatem składając ofertę był przekonany, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Po wezwaniu skierowanym do odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp Pan A. C. ponownie zwrócił się do Pana J. B. z wypełnionym fragmentem tabeli opisującym jego doświadczenia, przed przekazaniem tego dokumentu zamawiającemu. Pan J. B. potwierdził, że wpisane w wykazie osób doświadczenia należą do niego i że są zgodne ze stanem rzeczywistym.

Kolejno odwołujący oświadczył, że po otrzymaniu wezwania do wyjaśnień doświadczenia Pana B. przedstawiciele tworzący konsorcjum odwołującego spotkali się w siedzibie lidera konsorcjum, w celu omówienia zaistniałej sytuacji. Przedstawiciele konsorcjum w trybie obiegowym ustalili, że Pan A. C. przedstawi Panu J. B. wezwanie w celu umożliwienia mu niezwłocznego ustosunkowania się do wątpliwości zamawiającego. Pan J. B. po zapoznaniu się z treścią wezwania stwierdził, że nie wyklucza, że okresy wpisane do dziennika budowy mogą w rzeczywistości różnić się od tych podanych przez niego w

dotychczasowej korespondencji z Panem A. C. i że mógł pewne informacje „przeoczyć”. Nie posiada dokumentów, do których odnosi się wezwanie i nie będzie w stanie ich uzyskać w ciągu kilku dni. Jednocześnie przedstawił m. in. dodatkowe referencje wystawione przez Warbud S.A., z których miał wynikać zakres wykonywanych przez niego prac (oraz okresów) dla inwestycji oznaczonej w wykazie pod poz. nr 2, pokrywający się z wymaganiami zamawiającego i zgodny z informacjami zawartymi w wykazie osób wykonawcy.

Kontynuując odwołujący wyjaśnił, że po analizie wyjaśnień Pana J. B. oraz dodatkowych, przedstawionych przez niego dokumentów, przedstawiciele poszczególnych członków konsorcjum, dokonali wspólnej oceny zaistniałej sytuacji i uznali, że informacje przekazane zamawiającemu w zakresie nabytego przez Pana J. B. doświadczenia z poz. 2 oraz poz. 3 wykazu mogły wprowadzić zamawiającego w błąd. Odwołujący oświadczył, że przyznaje powyższą okoliczność.

Wyjaśnił ponadto, że w trakcie omawianego spotkania z 1 czerwca 2021 r. zdecydowano o konieczności podjęcia szeregu działań mających na celu wykazanie rzetelności odwołującego, pomimo sytuacji związanej z przekazanymi zamawiającemu informacjami, które mogły wprowadzić go w błąd:

Po pierwsze, każda ze spółek tworzących konsorcjum dokonała szczegółowej analizy zaistniałego w sprawie stanu faktycznego od chwili złożenia oferty w postępowaniu, czego efektem jest zaprezentowane w piśmie wyczerpujące wyjaśnienie sytuacji.

Po drugie, podjęto też decyzję o weryfikacji dotychczas funkcjonujących u poszczególnych konsorcjantów procedur w zakresie weryfikacji przekazywanych informacji. Wprowadzie każda za spółkę posiada niezależnie odpowiednie procedury w tym zakresie, jednak przedstawiciele konsorcjum uznali, że niezbędny jest natychmiastowy audyt. Ustalono, że na potrzeby powyższego, weryfikacja tych procedur zostanie zlecona profesjonalnemu podmiotowi zewnętrznemu – DEKRA Certification Sp. z o.o., prowadzącemu działalność gospodarczą w zakresie specjalistycznych audytów podmiotów gospodarczych.

Po trzecie, zauważono także, że pomimo, że procedury funkcjonujące u każdego z konsorcjantów dotychczas nigdy nie okazały się niewystarczające (to pierwszy tego typu przypadek w historii ubiegania się o zamówienia publiczne przez poszczególnych członków konsorcjum), podjęto decyzję o wprowadzeniu (u każdego z konsorcjantów oddzielnie) dodatkowej zasady ograniczonego zaufania. W porównaniu do procedur obowiązujących dotychczas ustalono (przynajmniej do czasu uzyskania wyników audytu), że od tej pory uwzględnienie jakiegokolwiek osoby na potrzeby spełnienia warunków udziału w jakimkolwiek postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego będzie wymagało przedstawienia nie jednego (jak dotychczas), ale co najmniej dwóch (niezależnych) dokumentów źródłowych potwierdzających w sposób jednoznaczny posiadane przez daną osobę doświadczenie. W

myśl tej zasady poddano także dodatkowej weryfikacji cały wykaz osób przedstawiony w tym postępowaniu. Dodatkowo wszystkie osoby przygotowujące dokumenty na potrzeby udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zostały poinformowane o zaistniałej sytuacji, o przyjętych środkach, a także o zleceniu audytu funkcjonujących procedur bezpieczeństwa. Wskazane osoby zostały także poinstruowane o konieczności respektowania nowo wprowadzonej zasady ograniczonego zaufania i konieczności jeszcze dokładniejszej weryfikacji wszelkich informacji przekazywanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, również w zakresie dokumentów przekazywanych przez członków konsorcjum, podmiotów trzecich, a także przez osoby stanowiące zasób własny wykonawcy.

Przedstawiciele konsorcjum oświadczyli także, że do czasu wyjaśnienia wszystkich okoliczności sprawy, zamierzają zaprzestać jakiegokolwiek współpracy z Panem J. B. . Na ich polecenie Pan A. C. przekazał 4 czerwca 2021 r. stosowną informację Panu J. B. . Zdecydowano również, że należy przeprowadzić wnikliwą analizę możliwości podjęcia dalej posuniętych środków wobec Pana J. B., nie wyłączając w tym zakresie powiadomienia właściwego organu samorządu zawodowego. Ponadto przedstawiciele konsorcjum zobowiązali także CCECC do udzielenia upomnienia (lub innego równoważnego środka) Panu A. C. za dopuszczenie możliwości przedstawienia informacji nie potwierdzających ponad wszelką wątpliwość spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie kierownika robót sterowania ruchem kolejowym. CCECC dopełniło tego zobowiązania. Pan A. C. został także odsunięty od udziału w dalszych rozmowach dotyczących wskazania nowego kierownika robót sterowania ruchem kolejowym.

Jednocześnie z uwagi na konieczność wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko kierownika robót sterowania ruchem kolejowym podjęto decyzję o wskazaniu na to miejsce Pana A. S. . Jego doświadczenie podlegało weryfikacji z uwzględnieniem omówionych ustaleń członków konsorcjum, w oparciu o dokumenty źródłowe, w tym także dokumenty pochodzące bezpośrednio od zamawiającego.

Konkludując wyjaśnienia odwołujący stwierdził, że opis zaistniałej sytuacji oraz środków podjętych potwierdza jednoznacznie, że wykazał on swoją rzetelność, a zaistniała sytuacja dotycząca Pana J. B. nie powtórzy się w przyszłości. Wniósł o przyjęcie wyjaśnień oraz uzupełnionego wykazu osób i uznanie, że nie podlega wykluczeniu, wobec uwzględnienia w szczególności wagi i szczególnych okoliczności czynu, w sposób przejrzysty i wyczerpujący opisanych przez niego w piśmie. Odwołujący zobowiązał się, jeżeli będzie taka potrzeba, na bieżąco informować zamawiającego o dalszych działaniach podejmowanych przez niego w niniejszej sprawie.

W celu wykazania faktów i twierdzeń zawartych w piśmie do wyjaśnień odwołujący dołączył dowody w postaci korespondencji, oświadczeń, notatek ze spotkań, pism oraz upomnienia dla Pana A. C. i nowego wykazu osób z 7 czerwca 2021 r. (łącznie 12 załączników).

Pismem z 16 czerwca 2021 r. zamawiający wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu. Zamawiający powołał okoliczności związane z wyjaśnianiem doświadczenia Pana J. B. . Podkreślił, że konsorcjum w treści wyjaśnień jednoznacznie i wprost stwierdziło, że przedstawione informacje w zakresie nabytego przez Pana J. B. doświadczenia w ramach LCS Ciechanów i LCS Działdowo mogły wprowadzić zamawiającego w błąd.

Zamawiający wskazał, że odwołujący zaniechał poprawnego i rzetelnego zweryfikowania informacji na temat doświadczenia Pana J. B. i poprzestał na samym oświadczeniu tej osoby, że spełnia wymagania zamawiającego. Takie postępowanie, w ocenie zamawiającego, jest przejawem przynajmniej niedbalstwa. Profesjonalnie działający wykonawcy winni doskonale znać doświadczenie swojego personelu wskazywanego w wykazie osób na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Każdy wykonawca powinien powziąć wszelkie możliwe środki, aby uzyskać pewność, co do posiadanego doświadczenia przez każdą osobę dedykowaną do realizacji zamówienia, w szczególności w sytuacji, gdy jest on wykazywany na okoliczność spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podanie nieprawdziwej informacji - dodatkowo w sytuacji, gdy zamawiający z łatwością może samodzielnie ją zweryfikować, jest przejawem co najmniej niedbalstwa. Nie jest też konieczne podjęcie przez zamawiającego decyzji na podstawie nieprawdziwych informacji przedstawionych przez danego wykonawcę, wystarczająca bowiem jest możliwość podjęcia takiej decyzji.

Zamawiający zaznaczył, że zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie został wypracowany pogląd, zgodnie z którym wykonawca nie ma możliwości uzupełnienia lub poprawienia nieprawdziwych informacji, gdyż regulacja art. 26 ust. 3 ustawy nie pozwala na poprawianie nieprawdziwych informacji i zastępowanie ich informacjami prawdziwymi.

Zamawiający wskazał, że wykonawca w złożonych wyjaśnieniach poinformował go o podjętych działaniach mających na celu zapobieżenie podobnym sytuacjom w przyszłości, jednak nie dokonał w sposób skuteczny procedury samooczyszczenia. Zdaniem zamawiającego, warunkiem jest podjęcie przez wykonawcę samooczyszczenia z własnej inicjatywy, co winno to nastąpić przed datą wezwania zamawiającego i powzięciu przez niego wątpliwości, co do prawidłowości informacji przekazanych przez danego wykonawcę. Tymczasem rozpoczęta i wdrożona przez konsorcjum procedura samooczyszczenia była wynikiem wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień w kwestii dotyczącej doświadczenia osoby dedykowanej na stanowisko kierownika robót sterowania ruchem kolejowym. W konsekwencji zamawiający uznał, że nie ma podstaw natury prawnej do

przyjęcia, że samooczyszczenie nastąpiło w wyniku autokorekty działań z własnej inicjatywy a w konsekwencji, że konsorcjum dokonało skutecznego samooczyszczenia. Wykonawca podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Brak jest również podstaw do uznania, że Wykonawca w sposób skuteczny dokonał procedury samooczyszczenia w myśl art. 24 ust 8 ustawy.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Przywołanych ustaleń istotnych dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania Izba dokonała na podstawie wymienionych pism i dokumentów znajdujących się w aktach sprawy, w dokumentacji postępowania przekazanej w formie kopii przez zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Natomiast stosownie do art. 92 ust. 2 powołanej ustawy do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129). W związku z tym Izba rozpoznała odwołanie stosując w zakresie procedury odwoławczej przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2021 r. poz. 1129) dalej jako: „nPzp”, natomiast do oceny zarzutów odwołania przepisy Pzp.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 nPzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę. Przesłanki wymagane ustawą zostały spełnione.

W postępowaniu odwoławczym stosownie do art. 473 ust. 1 pkt 1 oraz art. 513 pkt 1 nPzp Izba ocenia czynność zamawiającego. W okolicznościach sporu czynnością tą jest wykluczenie odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wynikające z uznania przez zamawiającego, że odwołujący nie przeprowadził skutecznie procedury samooczyszczenia (ang. self-cleaning). Zważyć należy, że ocena zgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy następuje w granicach wskazanych w uzasadnieniu tej czynności, a argumentacja powołana przez zamawiającego stanowi podstawę odwołania. Zgodnie z art. 555 nPzp Izba nie może rozpoznawać zarzutów nie podniesionych w odwołaniu. W związku z tym nie została uwzględniona argumentacja dotycząca obciążenia zamawiającego weryfikacją informacji przedstawianych przez wykonawców oraz mocy dowodowej pism i oświadczeń załączonych przez odwołującego do wyjaśnień z 4 czerwca 2021 r. Brak wiarygodności tych dowodów nie był powodem odmowy uznania

samooczyszczenia i wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu. Wywody w tym zakresie rozszerzały na etapie rozprawy uzasadnienie faktyczne czynności wykluczenia. W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Ga 416/11 wskazano, że z powodu związania odwołującego zarzutami odwołania, sprzeczne z zasadą równouprawnienia stron byłoby dopuszczenie możliwości rozszerzania faktycznej czynności wykluczenia na etapie rozpoznawania środków ochrony prawnej.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

O samooczyszczeniu wykonawcy stanowią przepisy art. 24 ust. 8 i 9 Pzp. Pierwszy z nich głosi in initio, że wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 9 Pzp wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Izba podziela pogląd, zgodnie z którym możliwość samooczyszczenia w stosunku do wykonawcy, który wprowadził w błąd zamawiającego, powinna być stosowana wstrzeźliwie, w szczególnie uzasadnionych przypadkach (vide przykładowo: wyroki w sprawach KIO 1747/18 i KIO 1319/21). Pogląd ten znajduje oparcie w konstatacji, że złożenie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego jest – co do zasady – działaniem negatywnie wpływającym na uczciwe konkurowanie o zamówienie publiczne oraz stwarzającym zagrożenie dla należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie oznacza to jednak, że zastosowanie instytucji samooczyszczenia w stosunku do wykonawcy, który złożył informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, jest wyłączone a limine. Przywołany art. 24 ust. 8 Pzp wskazuje bowiem wprost art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jako podstawę wykluczenia, wobec której ustawodawca dopuszcza możliwość przedstawienia przez wykonawcę stosownych dowodów podjęcia działań naprawczych. Ostrożne korzystanie z instytucji samooczyszczenia w stosunku do wykonawcy, który wprowadził w błąd zamawiającego, oznacza zatem przede wszystkim skrupulatną ocenę przedstawionych przez wykonawcę środków naprawczych w odniesieniu do wagi i okoliczności czynu wykonawcy. O możliwości realnego skorzystania przez wykonawcę z dobrodziejstwa samooczyszczenia decydują zatem okoliczności danej sprawy.

W praktyce stosowanie instytucji samooczyszczenia napotyka liczne trudności. W części są one spowodowane ogólną regulacją ustawową. Ustawa i nPzp wskazują na materialne aspekty oceny sytuacji wykonawcy, który udowadnia swoją rzetelność zamawiającemu. Jednak aspekty formalne samooczyszczenia, w tym zagadnienia związane z momentem właściwym dla wykazania działań naprawczych, czy podmiotu inicjującego te działania, nie są normowane ustawowo. Problemy dotyczące tych kwestii próbuje rozwiązać orzecznictwo. Izba w tym składzie orzekającym podziela pogląd, że warunkiem niezbędnym dopuszczalności samooczyszczenia jest uznanie przez wykonawcę istnienia w stosunku do niego podstaw wykluczenia (vide przykładowo wyroki w sprawach KIO 139/17, wyrok KIO 1101/17, KIO 1034/17). Wówczas bowiem podjęte przez wykonawcę środki naprawcze są możliwe do oceny i stwierdzenia, czy są one adekwatne do stwierdzonych przyczyn wykluczenia i dają podstawę do uznania, że wykonawca nie dopuści się podobnych czynów w przyszłości. Konsekwentnie twierdzenie przez wykonawcę, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, stoi w sprzeczności z tezą, że wykonawca podjął realne działania naprawcze.

W odniesieniu do terminu przedstawienia przez wykonawcę dowodów podjęcia działań naprawczych w orzecznictwie wielokrotnie był wyrażany pogląd, że powinno to nastąpić przed złożeniem oferty, aby wykonawca nie podlegał wykluczeniu z postępowania w dacie jej złożenia. Dostrzec jednak należy, że pogląd ten, wyrażony m.in. w orzeczeniu w sprawie KIO 1335/17, jest aktualny przede wszystkim w sytuacji, gdy przesłanki wykluczenia wykonawcy zaszły we wcześniejszym postępowaniu, przykładowo, gdy wykonawca został ostatecznie wykluczony z postępowania z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Inaczej jest jednak w sytuacji, gdy przesłanki wykluczenia ziszcza się w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W takim bowiem razie wcześniejsze przedstawienie przez wykonawcę dowodów potwierdzających podjęcie przez niego działań naprawczych, o których mowa w art. 24 ust. 8 i 9 Pzp, nie jest możliwe.

Przywołane przepisy ustawy nie przesądziły momentu, w którym wykonawca powinien podjąć działania zmierzające do samooczyszczenia, przyjąć zatem należy, że ocena w tej mierze powinna być dokonywana ad casum w zależności od okoliczności danego przypadku. Jeśli zatem wykonawca wiedzę na temat możliwości wprowadzenia w błąd zamawiającego uzyskuje w danym postępowaniu, brak jest podstaw do odmowy podjęcia przez niego działań naprawczych i wykazania ich zamawiającemu już w tym postępowaniu. Jeśli wykonawca podejmuje działania naprawcze i składa zamawiającemu stosowne dowody, zamawiający powinien je ocenić. Ustawa nie daje podstaw do odmowy przeprowadzenia takiej oceny. Przepisy dotyczące wykluczenia wykonawcy mają charakter sankcyjny i nie podlegają wykładni rozszerzającej. Przykładem takiej wykładni przekraczającej granice wyznaczone brzmieniem przepisu byłaby sytuacja, w której doszłoby do wykluczenia

wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z powodu niedopuszczalności przedstawienia dowodów samooczyszczenia przez wykonawcę.

W orzecznictwie Izby wyrażany jest również pogląd, że inicjatywa przedstawienia dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę działań naprawczych powinna należeć do wykonawcy (przykładowo KIO 1747/18). Pogląd ten znajduje uzasadnienie w tym, że skorzystanie z dobrodziejstwa samooczyszczenia na gruncie obowiązujących przepisów jest uprawnieniem wykonawcy, zatem zamawiający nie jest zobowiązany do poszukiwania dowodów rzetelności wykonawcy, jeśli ten ich nie składa.

Odniesienie tych rozważań do okoliczności faktycznych sporu prowadzi do uznania, że zamawiający wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z naruszeniem ustawy.

Po pierwsze, w wyjaśnieniach z 4 czerwca 2021 r. odwołujący przyznał istnienie wobec niego podstaw wykluczenia. Złożył wyraźne oświadczenie, że informacje dotyczące doświadczenia Pana J. B. mogły wprowadzić w błąd zamawiającego. Powoduje to konsekwencje w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz w postępowaniu odwoławczym. Ziszczenie przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jest bezsporne i odwołujący może złożyć dowody dotyczące podjętych przez niego działań naprawczych.

Po drugie, odwołujący złożył zamawiającemu dowody podjęcia działań naprawczych w pierwszym możliwym terminie. Żądanie wyjaśnień dotyczących doświadczenia Pana J. B. doprowadziło odwołującego do ustaleń, że wymagania zamawiającego nie są spełnione lub nie są możliwe do udowodnienia w czasie przeznaczonym na złożenie wyjaśnień. Znajomość przepisów prawa oraz wynikających z nich następstw skłoniła zatem odwołującego do tego, aby bez wyczekiwania na dalszy bieg zdarzeń, jak najszybciej podjął działania zmierzające do zapobieżenia podobnym sytuacjom w przyszłości.

Po trzecie, Izba uznaje że inicjatywa w tym zakresie należała do odwołującego. Zamawiający żądał od odwołującego wyłącznie wyjaśnień, nie stwierdził braku wykazania przez niego warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący w danych okolicznościach sprawy mógł bronić się przed wykluczeniem wykazując, że w złożeniu zamawiającemu kwestionowanych przez niego informacji nie było jego winy, jednak zdecydował się na wdrożenie działań naprawczych oraz przekazanie zamawiającemu informacji o okolicznościach faktycznych sprawy i wdrożonych przez siebie środkach organizacyjnych i kadrowych. W okolicznościach sprawy Izba zważyła zatem, że przedstawienie przez odwołującego dowodów podjęcia działań ukierunkowanych na wykazanie rzetelności odwołującego nie nastąpiło w wyniku wezwania zamawiającego.

Konkludując te rozważania stwierdzić należy, że zamawiający uznał samooczyszczenie odwołującego za nieskuteczne, choć nie przeprowadził oceny dowodów przedstawionych przez odwołującego, nie odniósł ich do okoliczności wprowadzenia go w błąd, ani nie odniósł

wagi czynu odwołującego dla postępowania, pomimo że był do tego zobowiązany przez art. 24 ust. 9 Pzp. Zamawiający w istocie uznał zastosowanie instytucji samooczyszczenia za niedopuszczalne formalnie w postępowaniu, co w okolicznościach faktycznych sporu było nieprawidłowe. Odwołujący bowiem poinformował zamawiającego o okolicznościach faktycznych, wskazał, jakie informacje mogły wprowadzić w błąd zamawiającego, wyjaśnił okoliczności przekazania zamawiającemu wadliwych informacji oraz przedstawił dowody mające na celu na wykazanie, że podjęte działania zapobiegą powtórzeniu się tego rodzaju sytuacji w przyszłości. Pogląd o znaczeniu takiego działania wykonawcy dla możliwości przeprowadzenia procedury samooczyszczenia jest wyrażony w orzecznictwie Izby (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 sierpnia 2019 r. sygn. KIO 1576/19).

Zamawiający mógł zatem i powinien był dokonać oceny wyjaśnień odwołującego oraz załączonych dowodów dotyczących podjętych przez odwołującego działań naprawczych. Jeśli uznałby je za niewystarczające wobec okoliczności wprowadzenia go w błąd oraz wagi czynu odwołującego dla postępowania byłby uprawniony do wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Natomiast wykluczenie z racji niedopuszczalności samooczyszczenia z podanych przez zamawiającego powodów o charakterze formalnym Izba uznała w okolicznościach sporu za naruszające prawo.

Zamawiający swoim działaniem wyłączył w istocie możliwość obrony przez wykonawcę swoich praw w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z przyczyn którym sprzeciwił się również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyrokach z 14 stycznia 2021 r. w sprawie C-387/19 oraz z 3 października 2019 r. w sprawie C-267/18. Pomimo tego, że oba orzeczenia dotyczyły działań naprawczych podejmowanych w związku z wcześniejszym rozwiązaniem umowy, to jednak tożsamość regulacji instytucji samooczyszczenia w odniesieniu do rozwiązania umowy i wprowadzenia w błąd zamawiającego uzasadnia ich aktualność w odniesieniu do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Eliminacja naruszającej przepisy ustawy czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu wymagała unieważnienia tej czynności. Izba nie nakazała jednak zamawiającemu dalej idących czynności w postępowaniu, gdyż odwołujący – reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika - tego nie żądał.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 nPzp uwzględniając wynikającą z art. 575 nPzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł stosownie do § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: .....

.....

.....