

Sygn. akt: KIO 1102/18

**WYROK**  
**z dnia 14 czerwca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2018 r. przez **TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul Wronia 53, 00-874 Warszawa**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **TPF Sp. z o.o., 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 **TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. zasądza od **TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa** na rzecz **Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul Wronia 53, 00-874 Warszawa** **4 084,76 zł** (słownie: cztery tysiące osiemdziesiąt cztery złote i siedemdziesiąt sześć groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

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 - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Warszawa - Hrebenne, odc. obwodnica Tomaszowa Lubelskiego dł. ok. 10.” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) - zwanej dalej „Pzp” lub „ustawą”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii z dnia 28 czerwca 2017r. nr 2017/S 121-245189.

W dniu 4 czerwca 2018r. Odwołujący – TPF Sp. z o.o. – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. niezgodnej z przepisami ustawy czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, pomimo iż Odwołujący nie przedstawił w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;
2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień,
3. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp,
4. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania wezwania Odwołującego w trybie art. 24 ust. 8 Pzp przez wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień i dowodów na to, że podjął środki wystarczające do wykazania rzetelności,
5. niezgodnej z prawem czynności oceny ofert, tj. oceny ofert w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo iż Odwołujący nie przedstawił w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;
2. art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień;
3. art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia

uzupełnień;

4. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym zaniechanie przeprowadzenia badania ofert wobec wszystkich wykonawców w takim samym zakresie;
5. art. 24 ust. 8 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień i dowodów potwierdzających, że podjęte środki wystarczające do wykazania rzetelności oraz że podjęte środki techniczne, organizacyjne i kadrowe są odpowiednie do zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
3. wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień,
4. wezwania Odwołującego do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dowodów w trybie art. 24 ust. 8 ustawy,
5. dokonania ponownej oceny ofert.

Odwołujący, nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego z dnia 24 maja 2018r. o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z powodu podania, zdaniem Zamawiającego, informacji dotyczących dwóch specjalistów, które to informacje wraz z okolicznościami faktycznymi wprowadziły Zamawiającego w błąd.

Odwołanie w części zostało objęte tajemnicą przedsiębiorstwa z uwagi na objęcie w ofercie Odwołującego tą tajemnicą dokumentu JEDZ dotyczącego wykazu osób i ich kwalifikacji.

Zdaniem Odwołującego nie zachodzi kumulatywne spełnienia przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Nie było zamiarem Odwołującego wprowadzenie w błąd Zamawiającego, nie zachodzi przesłanka wprowadzenia w błąd, na co wskazuje okoliczność, że we wszystkich przypadkach nienależytego doświadczenia personelu Odwołujący wskazał w ofercie projekty realizowane na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad czyli Zamawiającego. To Zamawiający posiada największą wiedzę odnośnie realizowanych przez siebie projektów. Gdyby celem działań Odwołującego było wprowadzenie w błąd Zamawiającego, to Odwołujący wskazałby w ofercie projekty realizowane na rzecz innych zamawiających, tak, aby weryfikacją przez Zamawiającego było niemożliwa lub znacznie utrudniona. Odwołujący ma świadomość tego, że GDDKiA ma wiedzę odnośnie własnych projektów i na każdym etapie jest w stanie zweryfikować treść ofert. Z powyższego wynika jasno, że rozbieżności, na które wskazał Zamawiający, to jedynie oczywiste omyłki i powinny być one wyjaśnione i poprawione. Odwołujący podniósł także, że skoro Zamawiający nie

wykluczył Odwołującego podczas poprzedniej oceny ofert (informacja o wyborze z dnia 23.03.2018 r.) o stan faktyczny od pierwszej oceny ofert w tym zakresie nie uległ zmianie to Odwołujący był przekonany, że Zamawiający podziela stanowisko Odwołującego w tej kwestii. Wykluczenie Odwołującego w dniu 24.05.2018r jest decyzją przedwczesną, bowiem Zamawiający ma umożliwić wykonawcy zastosowanie procedury z art. 24 ust. 8 Pzp. W zaistniałej sytuacji, wobec działania w zaufaniu do Zamawiającego Odwołujący został pozbawiony możliwości jej zastosowania. Zamawiający dowiedział się o błędnych informacjach przedstawionych odnośnie p. S. P. już w dniu 2.11.2017 po otrzymaniu pisma z wyjaśnieniami Odwołującego. Mimo to w dniu 23.03.2018r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej konsorcjum Promost, a w odniesieniu do Odwołującego odjął punkty za info dotyczące p. S. P. Następnie w wyniku uwzględnienia odwołania KIO 617/18 i 621/18 Izba nakazała odrzucenie ofert dwóch plasujących się na pierwszych miejscach wykonawców konsorcjum Promost i konsorcjum ZDI. Wówczas oferta Odwołującego stała się najwyżej uplasowaną w rankingu ofert i dopiero wówczas Zamawiający wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Odwołujący nie zna powodów, dlaczego Zamawiający w tym samym stanie faktycznym raz dokonuje oceny zgodnie z SIWZ i odejmuje punkty a drugi raz, nie wskazując uzasadnienia zmiany decyzji, wyklucza Odwołującego.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:**

Z uwagi na to, że informacje zawarte w części C JEDZ – zdolność techniczna i zawodowa – wykaz osób oraz w formularzu 2.2. – kryteria pozacenowe oraz udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia z dnia 2.11.2017r. zostały objęte przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa, która nie została uchylona Izba w uzasadnieniu jedynie nie może podać danych dotyczących osób tam wykazanych.

W dniu 22.10.2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia treści oferty m.in. w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko specjalisty ds. roszczeń, wskazując, że zgodnie z wiedzą Zamawiającego pozyskaną od Oddziału GDDKiA w Warszawie – specjalista ten nie sprawował wskazanej przez Odwołującego funkcji przy realizacji przedmiotowego zadania. Odpowiadając na wezwanie, w dniu 2.11.2017r., Odwołujący podał, że zadanie wskazane w formularzu Kryteria pozacenowe nie spełnia kryteriów Zamawiającego i podał inne zadanie, na którym wskazana osoba pełniła funkcję specjalisty ds. roszczeń.

W dniu 23.03.2017r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum Promost Consulting sp. z o.o. sp.k . oraz Promost Consulting Sp. z o.o., w odniesieniu do Odwołującego nie przyznał punktów za specjalistę ds. roszczeń.

W wyniku uwzględnienia odwołania KIO Sygn. akt 617/18 i 621/18, Zamawiający dokonał ponownego badania i oceny ofert w toku której odrzucił oferty konsorcjum Promost o raz konsorcjum ZDI i wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, o czym poinformował dnia 24.05.2018r.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego co do prawidłowości decyzji o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podst. art. 24 ust. 1 pkt 17.

Odwołujący w toku rozprawy oraz w piśmie wyjaśniającym z dnia 2.11.przyznał, że informacje dotyczące dwóch osób wskazanych jako personel na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz kryterium oceny ofert są informacjami niezgodnymi z rzeczywistością.

W ocenie Izby informacje te wprowadziły Zamawiającego w błąd co do oceny spełniania wymagań przez wykonawcę i mogły mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu. Okoliczność, jaką wskazywał Odwołujący, iż Zamawiający nie mógł zostać wprowadzony w błąd bowiem mógł pozyskać prawidłowe informacje od innego oddziału GDDKIA nie zwalnia wykonawcę z weryfikacji danych, którymi posługuje się składając ofertę i ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego. Izba wyraża także pogląd, że dla oceny zaistnienia przesłanki wprowadzenia zamawiającego w błąd nie ma znaczenia potencjalna możliwość posiadania czy pozyskania prawidłowych danych przez samego Zamawiającego. Obowiązkiem wykonawców, jako profesjonalistów jest podanie rzetelnych, wiarygodnych informacji i oświadczeń w dokumencie JEDZ, które aktualnie są podstawą do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby w tym stanie faktycznym Odwołujący dopuścił się niedbalstwa w przedstawieniu informacji dotyczących osób. Z przebiegu rozprawy wynika, że informacje dot. osoby skierowanej na stanowisko głównego weryfikatora dokumentacji projektowej w spec. inżynierskiej drogowej są informacjami powszechnie dostępnymi, zatem Odwołujący winien dochować należytej staranności i zweryfikować informacje podane mu ustnie przez personel, tym bardziej że jak przyznał Odwołujący osoby wskazane jako personel często nie pamiętały w latach dokładnie latach i jakie funkcje pełniły.

Nie może mieć zastosowania art. 24 ust. 8 Pzp, gdyż jest to instytucja podejmowana z inicjatywy samego wykonawcy, w sytuacji, gdy ten ma świadomość i wie że podlega wykluczeniu. Tymczasem w treści odwołania Odwołujący kwestionuje zastosowanie wobec niego art. 24 ust. 1 pkt 17, wskazując, że Odwołujący nie przestawił w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny

wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Zdaniem Izby samooczyszczenie winno być dokonane najpóźniej wraz ze złożeniem dokumentu JEDZ, czyli wraz z upływem terminu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Późniejsze, następcze w wyniku wezwania Zamawiającego czy po podjęciu przez niego decyzji o wykluczeniu samooczyszczenie wykonawcy wypaczałoby sens tej instytucji.

Okoliczność, jaką wskazywał Odwołujący, iż Zamawiający pierwotnie przyjął jego wyjaśnienia z dnia 2.11.2017 i nie podjął decyzji o wykluczeniu z udziału w postępowaniu nie oznacza, że Zamawiający takiej czynności nie może dokonać na etapie późniejszym, jeśli w toku oceny ofert dojdzie jednak do przekonania, że przesłanki wykluczenia ziściły się. Zamawiający na każdym etapie postępowania może naprawić dostrzeżony przez siebie błąd i powtórzyć czynności oceny ofert.

Odwołujący w toku rozprawy, że w kolejnych postępowaniach w których składa oferty, mając już wiedzę o spełnieniu przesłanki wykluczenia korzysta z instytucji self cleaning na etapie składania dokumentu JEDZ. Oznacza to także, że na dzień składania ofert nie podjął żadnych działań sanacyjnych które mogłyby zapobiec wystąpieniu takich błędów w przyszłości.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....