

WYROK

z dnia 24 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 kwietnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Sweco Consulting Sp. z o.o., Sweco GmbH, Lafrentz Polska Sp. z o.o., ul Roosvelta 22, 60-829 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Gmina Miasto Świnoujście reprezentowana przez Prezydenta Miasta Świnoujście, działającego jako zarządca drogi publicznej, prowadzącym postępowanie jest: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, ul. Wojska Polskiego 1/5, 72-600 Świnoujście,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa, TPF Getinsa Eurostudios SL, c/Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa, TPF Getinsa Eurostudios SL, c/Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt** i nakazuje zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa, TPF Getinsa Eurostudios SL, c/Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.
2. pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niepotwierdzone;
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sweco Consulting Sp. z o.o., Sweco GmbH, Lafrentz Polska Sp. z o.o., ul. Roosvelta 22, 60-829 Poznań, tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego - Gmina Miasto Świnoujście reprezentowana przez Prezydenta Miasta Świnoujście, działającego jako zarządca drogi publicznej, prowadzącym postępowanie jest: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, ul. Wojska Polskiego 1/5, 72-600 Świnoujście, na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sweco Consulting Sp. z o.o., Sweco GmbH, Lafrentz Polska Sp. z o.o., ul. Roosvelta 22, 60-829 Poznań, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i 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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Świnoujście prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn. *Usprawnienie połączenia komunikacyjnego pomiędzy wyspami Uznam i Wolin w Świnoujściu - budowa tunelu pod Świną*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 4 października 2017 pod numerem 2017/S 190-389324.

Dnia 29 marca 2018 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa, TPF Getinsa Eurostudios SL, c/Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt (dalej jako konsorcjum TPF).

Dnia 9 kwietnia 2018 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Sweco Consulting Sp. z o.o., Sweco GmbH, Lafrentz Polska Sp. z o.o., ul. Roosvelta 22, 60-829 Poznań (dalej „*Odwołujący*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu, polegających na niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechaniu wykluczenia z postępowania konsorcjum TPF, które nie wniosło w sposób prawidłowy wymaganego wadium i wprowadziło Zamawiającego w błąd oraz zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum TPF, której treść nie odpowiada SIWZ, jak również na zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegające na przeprowadzeniu postępowania bez zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz bez zachowania zasady przejrzystości postępowania;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. art. 22d. ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy konsorcjum TPF, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wymaganego doświadczenia i dysponowania odpowiednim personelem na potrzeby realizacji zamówienia;
3. ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy konsorcjum TPF do złożenia wyjaśnień w zakresie wymaganego doświadczenia personelu skierowanego do realizacji zamówienia;

4. art 7. ust. 3 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez naruszenie obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, polegającego na wyborze najkorzystniejszej oferty z pominięciem ustawowego obowiązku wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu, będącego również wykonawcą, którego oferta podlega odrzuceniu;
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 36a ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum TPF, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ,
6. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie konsorcjum TPF do wyjaśnienia treści gwarancji bankowej stanowiącej wadium, podczas gdy w ustawie Pzp brak jest instytucji prawnych służących uzupełnieniu czy wyjaśnieniu nieprawidłowo złożonego wadium, a w konsekwencji naruszenie zasady równego traktowania wykonawców;
7. art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum TPF, która została zabezpieczona wadium wniesionym w sposób nieprawidłowy,
8. art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy konsorcjum TPF, pomimo, że wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie dysponowania personelem skierowanym do realizacji zamówienia legitymującym się wymaganym doświadczeniem i/lub przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a które to informacje miały istotny wpływ na decyzję Zamawiającego podejmowane w toku Postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 29.03.2018 r. w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty konsorcjum TPF oraz wykluczenia konsorcjum TPF z postępowania, dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadnienie zarzutów odwołania.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem, w tym, w szczególności, zakres opisany w pkt 5 na stronie 4 Tomu I SIWZ (Instrukcja dla Wykonawców - dalej „IdW”), m.in.: pełnienie nadzoru nad projektowaniem, świadczenie usługi nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych, zarządzanie i kontrola nad realizacją robót aż do

wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności, prowadzenie działań informacyjnych i promocyjnych związanych z realizacją projektu, wypełnianie obowiązków wynikających z umowy o dofinansowanie, wspieranie Zamawiającego i Inwestora Zastępczego we wszystkich czynnościach związanych z realizacją zadania inwestycyjnego.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę, zgodnie z pkt 5.5. Tomu I SIWZ - „a) *Konsultant jest zobowiązany osobiście wykonać zastrzeżone przez zamawiającego, zgodnie z art. 36a ust. 2 ustawy Pzp, czynności wykonywane przez następujących ekspertów:*

- *Inżyniera Kontraktu,*
- *Inżyniera Rezydenta,*
- *Inspektora nadzoru ds. mostowych,*
- *Specjalistę ds. rozliczeń,*

Zgodnie z Umową i obowiązującymi przepisami prawa.

b) Wykonawca może powierzyć wykonanie pozostałych (niezastrzeżonych w pkt a) części zamówienia podwykonawcom”. Odwołujący dalej podał, że powyższe zastrzeżenie znajduje swoje odzwierciedlenie w zapisach Tomu II SIWZ - Istotne postanowienia Umowy, w tym w szczególności: w § 12 pkt 4 - „*Konsultant na podstawie art. 36a ust. 2 Pzp jest zobowiązany wykonać osobiście część zamówienia obejmującą czynności polegające na pełnieniu funkcji: Inżyniera Kontraktu, Inżyniera Rezydenta, Inspektora Nadzoru ds. mostowych, Specjalisty ds. rozliczeń, (czynności związane z pełnieniem tych funkcji opisano w §12- 24), jak również w § 30 pkt 1 - „Konsultant może realizować Umowę za pośrednictwem Podwykonawców zgodnie z SIWZ oraz Ofertą, z zastrzeżeniem wykonania części zamówienia określonej w § 12 ust. 4 Umowy, która to część musi zostać wykonana osobiście; bez udziału podwykonawców*”.

Odwołujący wskazał, że konsorcjum TPF zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia z udziałem podwykonawców, przewidując i wskazując w pkt 5 Formularza ofertowego - „*Zamierzamy powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: Roboty z zakresu geodezji i geologii, Usługi nadzoru budowlanego w rozumieniu prawa budowlanego, koordynacja projektu, dokumentacja środowiskowa*”.

W ocenie Odwołującego tak opisany zakres czynności przewidzianych do wykonania przez podwykonawców stoi w sprzeczności z wykreowanymi przez Zamawiającego zapisami SIWZ, nakazującymi jako obligatoryjne wykonanie czynności polegających na pełnieniu funkcji i związanych z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu oraz Inspektora Nadzoru ds. mostowych. Odwołujący podniósł, że co do zasady funkcja Inżyniera Kontraktu jest funkcją zarządczą (w rozumieniu funkcji Inżyniera, jak opisano w Warunkach Ogólnych Kontraktu FIDIC - jak wyraźnie określa zapis na stronie 4 Tomu I SIWZ - IdW, a w zakresie kompetencji

i obowiązków Inżyniera Kontraktu jest koordynacja projektu rozumianego nie tylko jako koordynowanie prac projektowych, ale koordynowanie projektu jako całego przedsięwzięcia inwestycyjnego, którego dotyczy usługa będąca przedmiotem zamówienia.

Odwołujący wskazał, że podstawową funkcją każdego powołanego inspektora nadzoru jest zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1332 z późn. zm.) jest wykonywanie nadzoru inwestorskiego, dokładnie obowiązku inspektora nadzoru opisane są w art. 25 ww. ustawy.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wymagał w treści SIWZ, aby wykonawca obligatoryjnie wykonywał osobiście czynności wykonywane przez Inspektora Nadzoru ds. mostowych, zatem wszystkie, bez wyjątku, czynności wykonywane przez Inspektora Nadzoru ds. mostowych muszą być wykonywane przez Wykonawcę osobiście, co oznacza, że Zamawiający nie dopuścił w tym postępowaniu, aby jakkolwiek zakres obowiązków wykonywany przez Inspektora Nadzoru ds. Mostowych, w tym również tych obowiązków, które dla każdego inspektora nadzoru opisane są w Prawie Budowlanym, mógł być wykonywany przez jakiegokolwiek podwykonawcę.

W konsekwencji powyższych okoliczności, w ocenie Odwołującego nie można uznać, aby oferta złożona przez wykonawcę konsorcjum TPF, w której opisano zakres przyszłego podwykonawstwa w zakresie swojej treści odpowiadała treści SIWZ, z czego Odwołujący wywodzi, że oferta ta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo, w ocenie Odwołującego, zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty konsorcjum TPF z ww. powodów jest dowodem naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, co doprowadziło do dokonania wyboru oferty niezgodnie z przepisami Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 2.02.2018 r., działając na podstawie art 87 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał konsorcjum TPF do złożenia wyjaśnień dotyczących gwarancji. W wezwaniu tym Zamawiający wskazał, że w tłumaczeniu oryginału gwarancji wadialnej załączonej do złożonej przez konsorcjum TPF oferty, widnieje następujący zapis: „*Niniejsza gwarancja ważna jest od 10 października 2017 r. do dnia 10 kwietnia 2017 r.*”, wobec czego Zamawiający powziął wątpliwości w zakresie terminów ważności przedłożonej przez konsorcjum TPF gwarancji. Konsorcjum TPF pismem z dnia 5.02.2018 r. w odpowiedzi na wezwanie wyjaśniło, że w tłumaczeniu gwarancji wadialnej wpisano błędną datę ważności tej gwarancji, co stanowiło oczywistą omyłkę pisarską.

W oparciu o powyższe Odwołujący podniósł, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie

konsorcjum TPF do wyjaśnienia treści gwarancji bankowej stanowiącej wadium, podczas gdy w ustawie Pzp brak jest instytucji prawnych służących uzupełnieniu czy wyjaśnieniu nieprawidłowo złożonego wadium, a w konsekwencji Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podniósł, że z orzecznictwa KIO wynika, że gwarancja wadialna nie należy do żadnego z katalogu oświadczeń lub dokumentów, o których stanowi przepis art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem wadium zabezpiecza ofertę, ale nie jest jej częścią. Wywodzi z tego, że już podstawa prawna wezwania Zamawiającego jest nieprawidłowa, ponieważ z treści przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wynika, że Zamawiający wzywa, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, skoro zaś gwarancja wadialna nie należy do żadnego z katalogu oświadczeń lub dokumentów, o których stanowi przepis art. 25 ust. 1 ustawy Pzp to w ocenie Odwołującego Zamawiający nie był uprawniony do wezwania konsorcjum TPF do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że wadium nie kształtuje merytorycznej treści oświadczenia woli wykonawcy, która wypełnia treść oferty, a celem wniesienia wadium jest zabezpieczenie interesów i sytuacji zamawiającego, co może być uniemożliwione z uwagi na treść złożonej przez konsorcjum TPF gwarancji. Podniósł, że obowiązkiem wykonawcy jest wniesienie wadium, tak by zabezpieczało ono interesy i sytuację zamawiającego przez cały okres związania ofertą (wyrok z KIO z dnia 25.04.2016 r. sygn. akt KIO 507/16; KIO 508/16; KIO 516/16). Dodał, że wadium wniesione w formie gwarancji musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium wniesionego w formie gwarancji nie może być utrudnione (KIO/UZP 537/08 i KIO/UZP 62/09). Odwołujący argumentował, że za prawidłowe wniesienie wadium uznaje się wniesienie wadium tylko w sposób w pełni umożliwiający zamawiającemu jego realizację (zatrzymanie lub uzyskanie kwoty wadium) w przypadku zaistnienia przesłanek jego przepadku określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, zatem wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy następuje, gdy z treści dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium w formie innej niż w pieniądzu nie będzie wynikać bezwarunkowa zapłata kwoty wadium na rzecz zamawiającego w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp lub m.in. gdy okres ważności gwarancji wadialnej nie spełnia wymogów SIWZ w tym zakresie. Odwołujący podkreślił, że z funkcji zabezpieczającej wadium wynika, że forma jego wniesienia musi dawać zamawiającemu pewność, że będzie on mógł zatrzymać wadium (zrealizować gwarancję wadialną) w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, zaś gwarant ma prawo, w celu zrealizowania gwarancji wadialnej, żądania od beneficjenta przedstawienia oryginału dokumentu gwarancji i prawo odmowy wypłaty kwoty

wadium na podstawie kopii gwarancji wadialnej, gdyż nie jest ona dowodem zobowiązania gwaranta. Odwołujący podniósł, że istnieje ryzyko, że podstawowe funkcje wadium, jako dokumentu mającego zabezpieczać interesy zamawiającego, nie zostaną spełnione przy wzięciu pod uwagę treści gwarancji złożonej przez konsorcjum TPF, bowiem wadium to nie jest ważne w okresie wymaganym przez Zamawiającego, co zauważył sam Zamawiający i co w konsekwencji stanowiło podstawę podjęcia przez Zamawiającego dalszych, nieprawidłowych, w ocenie Odwołującego, czynności. Podniósł, że Zamawiający nie był uprawniony żądać od konsorcjum TPF wyjaśnień w przedmiocie złożonej gwarancji. Odwołujący wskazał, że okoliczności tej nie zmienia fakt, że pytanie o wyjaśnienie treści gwarancji dotyczyło jej tłumaczenia na język polski, bowiem bezspornym pozostaje, że obowiązującym językiem postępowania pozostaje język polski i to treść tłumaczenia pozostaje decydująca o treści dokumentu. Podniósł, że dokument sporządzony w języku obcym wraz z tłumaczeniem tego dokumentu na język polski stanowią pełną całość i są ze sobą nierozdzielnie związane, zatem gwarancja złożona przez konsorcjum TPF nie zabezpiecza interesu Zamawiającego, ponieważ jest ważna od dnia 10 października 2017 r. do dnia 10 kwietnia 2017 r. i na tej podstawie oferta konsorcjum TPF powinna ulec odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający, zgodnie z treścią ww. przepisu był zobligowany do odrzucenia oferty danego wykonawcy w przypadku zaistnienia określonych w przepisie przesłanek.

W oparciu o powyższe Odwołujący argumentował, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp jest uzasadniony, ponieważ wadium zostało wniesione przez konsorcjum TPF w sposób nieprawidłowy i nie zabezpiecza interesów Zamawiającego. Podniósł także, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na zapewnienie konsorcjum TPF możliwości złożenia wyjaśnień co do treści przedłożonej gwarancji podczas gdy takie uprawnienie nie wynika z przepisów ustawy Pzp, a także wobec zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum TPF w sytuacji, gdy był do tego zobligowany przepisami prawa.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 07.02.2018 r. w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał konsorcjum TPF do złożenia wykazu osób na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 16.02.2018 r., konsorcjum TPF przedstawiło Zamawiającemu m.in. „wykaz osób, w zakresie niezbędnym do oceny oferty na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert”. W treści wykazu podano Pana A. I. jako osobę mającą pełnić funkcję Inżyniera Kontraktu. Odwołujący podniósł, że na potwierdzenie doświadczenia ww. osoby podano inwestycje:

1) Budowa drogi ekspresowej S-6 „Projekt i budowa drogi S-6 na odcinku Goleniów-Nowogard (S-3, węzeł Goleniów Północ/z węzłem/ - początek obwodnicy m. Nowogard)” km 19,8 oraz „Projekt i budowa drogi S-6 na odcinku Nowogard-Płoty(koniec obwodnicy m. Nowogard - koniec obwodnicy m. Płoty)” km 20,0 oraz „Projekt i budowa drogi S-6 na odcinku koniec obwodnicy m. Płoty-węzeł Kiełpino/z węzłem/” km 15,00; okres wskazano jako 02-2016 do chwili obecnej;

2) „Budowa drogi ekspresowej S-2 - odcinek Konotopa-Puławska wraz z budową łącznika z MPL Okęcie i ul. Młynarską (S-79) w Warszawie Etap 11/1 Droga Ekspresowa S-79 na odcinku węzła Lotnisko do węzła Marynarska Etap II/2: Droga Ekspresowa S-2 na odcinku węzeł Lotnisko-węzeł Puławska; okres wskazano jako 01.2010-12.2014.

Odwołujący wywodził, że z treści wykazu wynika, że w ramach pkt 1 podano w zasadzie 3 inwestycje, co łącznie z inwestycją wskazaną w pkt 2 wykazu osób daje łącznie 4 inwestycje, w ramach których Pan A. I. zdobyć miał 60 miesięcy doświadczenia. Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią SIWZ (pkt 7.2.3.b) ppkt (i) IDW) doświadczenie Inżyniera Kontraktu powinno być wykazane w ramach maksymalnie 2 inwestycji. W ocenie Odwołującego sposób przedstawienia danych dotyczących 3 inwestycji opisanych w pkt 1 powyżej miał na celu wprowadzić w błąd Zamawiającego, aby sprawić wrażenie, że w wykazie osób podano tylko 2 inwestycje.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 23.02.2018 r. wezwał konsorcjum TPF w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przedłożenia wykazu osób w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wezwanie to Zamawiający uzasadnił okolicznością, że wykaz osób złożony przez konsorcjum TPF wraz z pismem z dnia 16.02.2018 r. nie potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu z uwagi na brak doświadczenia wyszczególnionych osób obejmujących 60 miesięcy. W odpowiedzi na wezwanie konsorcjum TPF pismem z dnia 28.02.2018 r. przedstawiło nowy wykaz osób, w którym podano nowe osoby, a jako doświadczenie A. I. podano:

1) Budowa drogi ekspresowej S-2 - odcinek Konotopa-Puławska wraz z budową łącznika z MPL Okęcie i ul. Młynarską (S-79) w Warszawie Etap 11/1 Droga Ekspresowa S-79 na odcinku węzła Lotnisko do węzła Marynarska Etap II/2:Droga Ekspresowa S-2 na odcinku węzeł Lotnisko-węzeł Puławska Świadectwa Przejęcia 15.09.2013 (do świadectwa przejęcia 43 miesiące i 15 dni); okres wskazano jako 01.2010-12.2014

2) Budowa oczyszczalni ścieków Pomorzany i Zdroje w Szczecinie. Świadectwo Przejęcia 31.12.2009, rozpoczęcie robót zgodnie a z art. 41 ust. 1 Prawa budowlanego 12.01.2006 (47 miesięcy 20 dni); okres wskazano jako 06.2005-01.2010.

Jednocześnie w treści pisma Konsorcjum TPF wyjaśniło, że rozpoczęcie świadczenia usługi podanej w pkt 1) powyżej nastąpiło dnia 1.02.2010 roku a zakończenie - 15.12.2014

roku. W ocenie Konsorcjum TPF okres tego doświadczenia wynosi 5 lat czyli 60 miesięcy. Odwołujący podniósł, że dane dotyczące doświadczenia A. I. podane w wykazie osób przedłożonym wraz z pismem z dnia 28.02.2018 r. pozostają wewnątrznie sprzeczne w zakresie okresu tego doświadczenia. W kolumnie nr 4 formularza wykaz osób podano okres inwestycji z pkt 1 jako „01.2010-12.2014” a w kolumnie nr 5 dla tej inwestycji podano, że Świadectwo Przejęcia zostało wydane dnia 15.09.2013 r i okres do tego dnia wyliczono na 43 miesiące i 15 dni. Odwołujący wskazał, że jednocześnie w treści samych wyjaśnień z dnia 28.02.2018 r. konsorcjum TPF podało, że pomimo zawarcia umowy z Zamawiającym na realizację usługi podanej w pkt 1 powyżej w dniu 12.01.2010 r., to faktyczne rozpoczęcie tej usługi nastąpiło dopiero dnia 01.02.2010 r. W ocenie Odwołującego twierdzenia konsorcjum TPF, jakoby doświadczenie Pana A. I. wskazane w pkt 1) powyżej obejmowało okres 5 lat, czyli 60 miesięcy nie znajduje oparcia nawet we własnych oświadczeniach Konsorcjum TPF.

Odwołujący podniósł, że działania konsorcjum TPF spowodowały wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z treści oświadczeń wynika, że działania te pozostawały wynikiem zamierzonego działania konsorcjum TPF lub jego rażącego niedbalstwa. Nie można również wykluczyć, że informacje przedstawione przez konsorcjum TPF miały na celu wprowadzić w błąd Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że opisane zachowania konsorcjum TPF wypełniają przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 16 i/lub 17 ustawy Pzp, zatem konsorcjum TPF powinno zostać wykluczone z postępowania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w dniu 20.04.2018 r., w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania skutecznie przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca konsorcjum TPF (dalej również jako Przystępujący). W dniu 20.04.2018 r. wniósł pismo procesowe w którym przedstawił argumentację za oddaleniem odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie oraz pismem

zgłaszającego przystąpienie oraz dowodami złożonymi na rozprawie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 5.5 Tomu I SIWZ – „Podwykonawstwo” – lit a: Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę wymienionych poniżej części zamówienia, tj. Konsultant jest zobowiązany osobiście wykonać, zastrzeżone przez Zamawiającego, zgodnie z ust. 2 ustawy Pzp, czynności wykonywane przez następujących ekspertów: Inżyniera Kontraktu, Inżyniera Rezydenta, Inspektora Nadzoru ds. mostowych, Specjalistę ds. rozliczeń, zgodnie z Umową I obowiązującymi przepisami prawa.

Lit. b: Wykonawca może powierzyć wykonanie pozostałych (niezastrzeżonych w pkt a) części zamówienia podwykonawcom.

Konsorcjum TPF w formularzu ofertowym, w pkt 5 wskazało: *„Zamierzamy powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: Roboty z zakresu geodezji i geologii, Usługi nadzoru budowlanego w rozumieniu prawa budowlanego, koordynacja projektu, dokumentacja środowiskowa”.*

W pkt 7 Tomu I SIWZ określono, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy spełniający określone warunki udziału w postępowaniu. W pkt 7.3.b określono, że wykonawca musi dysponować osobami, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia i które legitymują się kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i wykształceniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. W pkt 7.3.b.1 wskazano wymaganie dysponowania osobą na stanowisko Inżyniera Kontraktu, posiadającą

minimum 60 miesięcy doświadczenia przy realizacji lub zarządzaniu 1 lub 2 zadaniami spełniającymi definicję dużego projektu zgodnie z art. 39 Rozporządzenia Rady WE nr 1083/2006 z 11 lipca 2006, tzn. którego całkowity koszt przekracza równowartość kwoty 50 mln EUR netto każde, obejmujących budowę, przebudowę lub remont lub nadzór nad budową, przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją) od rozpoczęcia realizacji do wykonania zadania na stanowisku kierowniczym.

W pkt 7.4 Tomu I SIWZ określono, że jako rozpoczęcie realizacji Zamawiający rozumie rozpoczęcie budowy w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. 1994 Nr 89 poz. 414), art. 41. ust. 1. W przypadku, gdy z przyczyn nie leżących po stronie Konsultanta / Inżyniera nie mógł on podjąć się świadczenia usług od daty rozpoczęcia budowy w rozumieniu jak wyżej, Zamawiający uznaje rozpoczęcie realizacji z datą rzeczywistego rozpoczęcia świadczenia usługi Konsultanta / Inżyniera pod warunkiem, że od daty rozpoczęcia realizacji do daty wykonania zadania / usługi minęło co najmniej 24 miesiące.

Konsorcjum TPF na wezwanie Zamawiającego w dniu 16.02.2018 r. złożyło wykaz osób (dalej jako pierwszy wykaz osób), w którym wskazało, że rolę Inżyniera Kontraktu pełnił będzie A. I. . Celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu jako doświadczenie ww. osoby wskazano, że pełniła ona funkcję Inżyniera Kontraktu w ramach usług:

1) Budowa drogi ekspresowej S-6 „Projekt i budowa drogi S-6 na odcinku Goleniów-Nowogard (S-3, węzeł Goleniów Północ/z węzłem/ - początek obwodnicy m. Nowogard)” km 19,8 oraz „Projekt i budowa drogi S-6 na odcinku Nowogard-Płoty(koniec obwodnicy m. Nowogard - koniec obwodnicy m. Płoty)” km 20,0 oraz „Projekt i budowa drogi S-6 na odcinku koniec obwodnicy m. Płoty-węzeł Kiełpino/z węzłem/” km 15,00; okres wskazano jako 02-2016 do chwili obecnej;

2) „Budowa drogi ekspresowej S-2 - odcinek Konotopa-Puławska wraz z budową łącznika z MPL Okęcie i ul. Młynarską (S-79) w Warszawie Etap 11/1 Droga Ekspresowa S-79 na odcinku węzeł Lotnisko do węzła Marynarska Etap II/2:Droga Ekspresowa S-2 na odcinku węzeł Lotnisko-węzeł Puławska; okres wskazano jako 01.2010-12.2014”.

W rubryce „Okres” wskazano, odpowiednio, „02.2016 do chwili obecnej” i „01.2010-12.2014”.

Zamawiający wezwał konsorcjum TPF do złożenia wyjaśnień i dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie 60 miesięcy doświadczenia osób skierowanych do realizacji zadania, wskazując, że informacji uzyskanych przez Oddział wynika, że m.in. A. I. nie spełnia ww. warunku. Zamawiający

przytoczył także ww. wskazane zapisy SIWZ definiujące „rozpoczęcie realizacji” i „wykonanie zadania/usługi”.

Konsorcjum TPF udzieliło odpowiedzi w dniu 28.02.2018 r., wraz z którą załączyło nowy wykaz osób (dalej jako drugi wykaz osób), w którym jako doświadczenie A. I. na stanowisku inżyniera kontraktu wskazano:

„1) Budowa drogi ekspresowej S-2 - odcinek Konotopa-Puławska wraz z budową łącznika z MPL Okęcie i ul Młynarską (S-79) w Warszawie Etap 11/1 Droga Ekspresowa S-79 na odcinku węzła Lotnisko do węzła Marynarska Etap II/2: Droga Ekspresowa S-2 na odcinku węzeł Lotnisko-węzeł Puławska Świadectwo Przejęcia 15.09.2013 (do świadectwa przejścia 43 miesiące i 15 dni)”; okres wskazano jako 01.2010-12.2014;

„2) Budowa oczyszczalni ścieków Pomorzany i Zdroje w Szczecinie. Świadectwo Przejęcia 31.12.2009, rozpoczęcie robót zgodnie a z art. 41 ust. 1 Prawa budowlanego 12.01.2006 (47 miesięcy 20 dni)”; okres wskazano jako 06.2005-01.2010.

W rubryce „Okres” wskazano, odpowiednio, 01.2010-12.2014 i 06.2005 – 01.2010.

Ponadto konsorcjum TPF wyjaśniło, że w zakresie inwestycji „Budowa Drogi Ekspresowej S-2 (...)” A. I. pełnił funkcję na stanowisku kierowniczym zgodnie z postanowieniami SIWZ, TOM I IDW pkt 7.2.3 i w okresie od rozpoczęcia realizacji (rozpoczęcia budowy), przy czym przedmiotowe rozpoczęcie nastąpiło z przyczyn niezależnych od Konsultanta po terminie rozpoczęcia budowy (...). Pan A. I., jako wieloletni pracownik Wykonawcy zatrudniony jest na podstawie umowy o pracę oraz był bezpośrednio skierowany jako osoba odpowiedzialna za przygotowanie i koordynację przedmiotowego zamówienia a więc stricte pełnił funkcję kierowniczą zgodnie z postanowieniami SIWZ. Rozbieżności, choć nie określone w sposób odpowiednio szczegółowy w piśmie Zamawiającego mogą wynikać z tego, iż Pan A. I. pełnił również funkcję Inżyniera Kontraktu od lutego 2010 do listopada 2014 i zapewne takie daty widnieją w korespondencji związanej z akceptacją personelu. Należy zaznaczyć iż wykonawca związany z postanowieniami SIWZ w zakresie potencjału osobowego miał wykazać osobę pełniącą funkcję kierowniczą. Zamawiający nie określił katalogu stanowisk, na które należy się powołać ani co więcej nie zawarł w przedmiotowym SIWZ informacji, iż stanowisko musi podlegać akceptacji Zamawiającego. W dniu 12 stycznia 2010 r. podpisana została umowa pomiędzy GDDKiA a Konsultantem, konsorcjum firm TPF PLANEGE – Consultores de Engenharia e Gestao S.A. – LIDER oraz TPF Sp. z o.o. – PARTNER i od tej daty Pan A. I. pełnił funkcję kierowniczą na przedmiotowym projekcie. Rozpoczęcie realizacji usługi nastąpiło w dniu 1 lutego 2010 r. na podstawie pisemnego polecenia Kierownika Projektu (...) wydanego w dniu 18 stycznia 2010 r. i od tego okresu oficjalnie konsultant przystąpił do weryfikacji dokumentacji. Bezspornym i zgodnym z doświadczeniem życiowym jest, iż personel musiał być dostępny od dnia 12

stycznia 2010 r., gdzie następowała mobilizacja zespołu pod kierownictwem Pana A. I. . Zgodnie z ww. umową wraz z aneksami określono czas trwania realizacji zamówienia do dnia 15.12.2014 r. a więc od stycznia 2010 do grudnia 2014 roku 5 lat, czyli łącznie 60 miesięcy realizacji usługi. Na marginesie Wykonawca chciałby wskazać na postanowienia dotyczące okresu akceptacji personelu przez Kierownika Projektu. Zgodnie z zapisami w/w umowy, Kierownik Projektu wyrażał zgodę na zmianę członka personelu konsultanta. Stąd niewielkie rozbieżności w datach mogą stanowić okres akceptacji specjalisty przez Kierownika Projektu. Trudno bowiem uznać, iż taka akceptacja następowałaby natychmiast. Dodatkowo należy stwierdzić, iż wiele umów na pełnienie nadzoru zostało zwartych po terminie rozpoczęcia robót przez Wykonawcę, stąd w takich przypadkach należy uznać, iż każdy specjalista zgłoszony od początku trwania umowy z Konsultantem i zaakceptowany przez Kierownika Projektu wypełnia wskazane kryteria „od początku realizacji robót”, bowiem wcześniejsze świadczenie usługi przez Konsultanta nie było możliwe oraz w ogóle nie zaistniał wcześniej żaden specjalista świadczący daną usługę. P. A. I. był pierwszym Inżynierem Kontraktu dla przedmiotowego projektu, a zatem słuszne jest przyjęcie, że świadczył usługę od rozpoczęcia robót. Niemniej jednak w celu potwierdzenia warunków i rozwiania wszelkich wątpliwości Wykonawca przedstawia w załączonym wykazie kolejną usługę, wykazującą spełnianie warunków udziału”.

Izba zważyła, co następuje.

Mając na uwadze uwzględnienie odwołania przez Izbę, w pierwszej kolejności odnieść się należy do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy Pzp, jako zarzutu o kluczowym znaczeniu dla kierunku rozstrzygnięcia.

Zarzut ten dotyczył niezgodnego z dyspozycją ww. przepisu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy konsorcjum TPF, pomimo, że wykonawca ów wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania personelem skierowanym do realizacji zamówienia legitymującym się wymaganym doświadczeniem lub przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a które to informacje miały istotny wpływ na decyzje Zamawiającego.

Izba uznała zasadność przedmiotowego zarzutu w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, uznając, że konsorcjum TPF w pierwszym wykazie osób, przedłożonym w dniu 16.02.2018 r. w wyniku niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie Izba nie stwierdziła, ażeby działanie konsorcjum TPF wypełniało znamiona zachowania opisanego

w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający nie został wprowadzony w błąd – powziął wątpliwości w zakresie złożonych informacji i wezwał Przystępującego do wyjaśnień. W ocenie Izby spełniona zatem została jedynie przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Jak wskazano powyżej, Przystępujący w pierwszym wykazie osób wskazał, że A. I. pełnił funkcję inżyniera kontraktu na zadaniu „Budowa drogi ekspresowej S-2 - odcinek Konotopa-Puławska wraz z budową łącznika z MPL Okęcie i ul Młynarską (S-79) w Warszawie Etap 11/1 Droga Ekspresowa S-79 na odcinku węzła Lotnisko do węzła Marynarska Etap II/2: Droga Ekspresowa S-2 na odcinku węzeł Lotnisko-węzeł Puławska” (dalej jako „budowa drogi S2”) od 01.2010 r. do 12.2014 r. Następnie, w wyjaśnieniach udzielonych pismem z dnia 28.02.2018 r. konsorcjum TPF wskazało, że umowa na usługę nadzoru na budowie drogi S2 podpisana została w dniu 12.01.2018 r., ale funkcję inżyniera kontraktu A. I. pełnił zaczął od dnia 1.02.2010 r. Twierdzenie to Przystępujący podtrzymał w toku postępowania odwoławczego, wskazując przy tym, w piśmie z dnia 20.04.2018 r. – „rozpoczęcie świadczenia realizacji usługi polecenie Kierownika Projektu 1.02.2010 r.”. Konsorcjum TPF w piśmie tym argumentowało, że datą początkową dla świadczenia usługi przez A. I. jest data podpisania umowy na świadczenie usług nadzoru – 12.01.2010 r. Przystępujący podnosił, że zgodnie z zapisem SIWZ dotyczącym rozumienia rozpoczęcia realizacji usługi, skoro Konsultant/Inżynier nie mógł podjąć się świadczenia usług od daty rozpoczęcia budowy, gdyż nastąpiło ono wcześniej niż podpisanie umowy na świadczenie usług nadzoru, to jako datę rozpoczęcia realizacji – datę rzeczywistego rozpoczęcia świadczenia usługi Konsultanta/Inżyniera należy rozumieć datę podpisania umowy z TPF. Przystępujący wywodził, że nie zatajał żadnych informacji przed Zamawiającym, który znał stan faktyczny od samego początku, w tym także na etapie oceny oferty konsorcjum TPF. Podobnie jak w piśmie z dnia 28.02.2018 r. Odwołujący na etapie postępowania odwoławczego twierdził, że A. I. jako etatowy pracownik pełnił funkcję kierowniczą od dnia podpisania umowy przez TPF do dnia jej zakończenia, co daje 60 miesięcy.

Uznać należy, iż przytoczona argumentacja Przystępującego, jak również podnoszone w toku rozprawy twierdzenia Zamawiającego w tym zakresie, pozostają bez wpływu na ocenę czynności konsorcjum TPF w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Bezsprawną jest okoliczność, iż w pierwszym wykazie osób Przystępujący podał, iż A. I. pełnił funkcję inżyniera kontraktu w usłudze nadzoru nad budową drogi S2 „od 01.2010 do 12.2014”. Jednocześnie Przystępujący sam przyznaje - zarówno w piśmie z dnia 28.02.2018 r. jak i w toku postępowania odwoławczego – że „rozpoczęcie świadczenia realizacji usługi” miało miejsce w dniu 1.02.2010 r. Mając na uwadze wzorcową wręcz precyzyjność zapisów SIWZ w zakresie opisanego udziału w postępowaniu

i zdefiniowaniu, jak należy rozumieć „rozpoczęcie realizacji”, od którego należy liczyć wymagane 60 miesięcy doświadczenia na stanowisku kierowniczym dla osoby wyznaczonej na inżyniera kontraktu, podanie przez Przystępującego jako daty rozpoczęcia realizacji „01.2010” stanowiło podanie informacji wprowadzającej w błąd. Przedmiotowa definicja zawarta w pkt 7.4 Tomu I SIWZ wprost określa, że w przypadku braku podjęcia świadczenia usługi od daty rozpoczęcia budowy, Zamawiający uznaje rozpoczęcie realizacji z datą rzeczywistego rozpoczęcia świadczenia usługi Konsultanta/Inżyniera. Tak jednoznaczny zapis nie pozostawia pola do interpretacji pozwalającego na przyjęcie, że jako rozpoczęcie realizacji można traktować podpisanie umowy, jak twierdzi Przystępujący. Zaznaczyć także należy, że przedmiotowy warunek dotyczy doświadczenia osoby, nie zaś podmiotu gospodarczego, dla którego – gdyby nie precyzyjna definicja „rozpoczęcia realizacji” – jako początek biegu doświadczenia, ewentualnie można by przyjąć datę podpisania umowy. Przystępujący sam wielokrotnie wskazywał, że rozpoczęcie świadczenia realizacji usługi miało miejsce w dniu 1.02.2010 r., co wprost odpowiada definicji zawartej w SIWZ jako punkt graniczny - początkowy dla obliczania okresu doświadczenia. Co więcej, jak wynika z pisma z dnia 28.02.2018 r., konsorcjum TPF dysponowało wiedzą o rzeczywistym rozpoczęciu świadczenia usługi przez A. I., nie sposób zatem przyjąć, by nie miało świadomości błędnego podania dat granicznych pełnienia funkcji inżyniera kontraktu przez tę osobę przy zadaniu budowa drogi S2. Takie działanie świadczy o niedbalstwie konsorcjum TPF które, posiadając odpowiednią wiedzę, podało informacje wprost niezgodne z nadzwyczaj precyzyjnie opisanym warunkiem udziału w postępowaniu.

Dla możliwości stwierdzenia zaistnienia przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp koniecznym jest nie tylko podanie informacji wprowadzających w błąd – zatem niezgodnych ze stanem rzeczywistym – co, jak stwierdzono powyżej, miało miejsce, ale także stwierdzenie, że mogły one wprowadzić Zamawiającego w błąd, wpłynąć na jego wyobrażenie o rzeczywistości oraz mieć istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje. Zwrócić należy przy tym uwagę, iż o ile art. 24 ust. 1 pkt 16 posługuje się formą dokonaną „wprowadził w błąd” o tyle w pkt 17 użyty bezokolicznik „wprowadzające w błąd” wskazuje na potencjalną możliwość wprowadzenia w błąd, do którego mogło nie dojść – ale ze względu na lekkomyślność lub niedbalstwo wykonawcy w przedłożeniu takich informacji, ustawodawca zdecydował się na sankcjonowanie tego zachowania jak w przypadku wprowadzenia Zamawiającego w błąd. W niniejszej sprawie Przystępujący podał doświadczenie A. I. przy nadzorze budowy drogi S2 w sposób, który mógł wywołać u Zamawiającego przekonanie o spełnieniu przez konsorcjum TPF warunku dysponowania osobą na stanowisko inżyniera kontraktu o odpowiednim doświadczeniu, na podstawie tej tylko usługi. Przystępujący wskazał, iż ww. osoba pełniła w danej usłudze funkcję inżyniera

kontraktu od 01.2010 do 12.2014 r., co razem daje 60 miesięcy – tak, jak wymagane było w warunku. Gdyby zatem nie informacje, które powziął Zamawiający (zgodnie z pismem z dnia 23.02.2018 r.), na podstawie tej tylko usługi mógłby stwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego – zatem podjąłby tę decyzję w oparciu o nieprawdziwe informacje. Zaznaczyć przy tym należy, że Przystępujący w drugim wykazie osób nie powołał się na drugą usługę wskazaną dla wykazania doświadczenia A. I. w pierwszym wykazie, zatem uznał, że również ta usługa nie pozwala na stwierdzenie spełniania warunku. W tej sytuacji ewentualne stwierdzenie przez Zamawiającego, że A. I. posiada wymagane doświadczenie, oparte o doświadczenie przy nadzorze budowy drogi S2, byłoby przeświadczeniem w całości wykształconym na podstawie błędnych informacji. Niewątpliwie spełniona zostaje przesłanka „istotnego wpływu na podejmowane przez Zamawiającego decyzje”. Z uwagi na powyższe bez znaczenia pozostaje podnoszona przez Przystępującego okoliczność, że już w piśmie z dnia 28.02.2018 r. wyjaśnił Zamawiającemu podstawę wskazania daty 01.2010 r. jako rozpoczęcia pełnienia funkcji kierowniczej na rzeczonych usługach. Jak Izba wskazała, gdyby nie informacje Zamawiającego, do wezwania Przystępującego do wyjaśnień mogłoby nie dojść i Zamawiający pozostawałby w błędzie co do okresu pełnienia funkcji inżyniera kontraktu przez A. I. przy usługach dot. budowy drogi S2. Bezpodstawnym jest również twierdzenie konsorcjum TPF, że Zamawiający przez cały czas znał stan faktyczny, skoro datę rzeczywistego rozpoczęcia realizacji usługi – zgodnie z SIWZ – Przystępujący podał dopiero w wyjaśnieniach z dnia 28.02.2018 r. Dodać należy, że nawet w sytuacji, gdyby Zamawiający rzeczywiście z innych źródeł posiadał wiedzę o rzeczywistym stanie faktycznym „od początku”, to okoliczność taka nie wpływa na ocenę podania wprowadzających w błąd informacji przez Przystępującego. Sam fakt, iż dla stwierdzenia niezgodności ze stanem rzeczywistym treści oświadczenia zawartego w wykazie osób Zamawiający musiał się posiłkować informacjami nie wynikającymi z tego oświadczenia, przesądza o „podaniu informacji wprowadzających w błąd”, gdyż bez owych „zewnętrznych” informacji Zamawiający za prawdziwie opisujące rzeczywistość przyjąłby oświadczenie zawarte w rzeczonym wykazie osób (por. też wyrok KIO z dnia 11.10.2016 r., KIO 1773/16). Dla stwierdzenia zaistnienia przesłanki wykluczenia z postępowania określonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w niniejszej sprawie bez znaczenia pozostaje okoliczność, iż zgodnie z drugim wykazem osób A. I. posiadał wymagane w warunku doświadczenie, podstawa wykluczenia z postępowania zawarta w ww. przepisie jest niezależna od podstawy zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Informacją wprowadzającą w błąd było podanie jako okresu pełnienia przez ww. osobę funkcji inżyniera kontraktu przy nadzorze budowy drogi S2. Zgodnie z wykształconą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie, nie jest dopuszczalne zastępowanie informacji nieprawdziwymi informacjami prawdziwymi,

bowiem celem wprowadzenia art. 24 ust. 1 pkt 17 było wyeliminowanie z postępowań wykonawców, którzy wprowadzają w błąd zamawiającego na skutek lekkomyślności lub niedbalstwa (por. np. wyrok KIO z dnia 4.10.2017 r., KIO 1978/17, z dnia 8.08.2017 r., KIO 1509/17).

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wykluczenia z postępowania konsorcjum TPF, co stanowiło naruszenie przepisu ustawy mające istotny wpływ na wynik postępowania, wobec czego, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Niezależnie od uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp na podstawie ww. opisanych okoliczności Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego w odniesieniu do pozostałych podstaw faktycznych rzeczonego zarzutu. W ocenie Izby Przystępujący w sposób prawidłowy jako jedno zadanie przedstawił usługę „Budowa drogi ekspresowej S-6 „Projekt i budowa drogi S-6 na odcinku Goleniów- Nowogard (S-3, węzeł Goleniów Północ/z węzłem/ - początek obwodnicy m. Nowogard)” km 19,8 oraz „Projekt i budowa drogi S-6 na odcinku Nowogard-Płoty (koniec obwodnicy m. Nowogard - koniec obwodnicy m. Płoty)” km 20,0 oraz „Projekt i budowa drogi S-6 na odcinku koniec obwodnicy m. Płoty-węzeł Kiełpino/z węzłem/” dla wykazania doświadczenia A. I. w pierwszym wykazie osób. Zgodnie z niezaprzeczonym twierdzeniem Przystępującego, usługa nadzoru nad budowami wskazanymi ww. wykonywana była na podstawie jednej umowy i obejmowała wszystkie trzy inwestycje, które należało traktować jako realizację lub zarządzanie zadaniami spełniającymi definicję dużego projektu zgodnie z art. 39 Rozporządzenia Rady WE nr 1083/2006 z 11 lipca 2006, tzn. którego całkowity koszt przekracza równowartość kwoty 50 mln EUR netto każde, obejmujących budowę, przebudowę lub remont lub nadzór nad budową, przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego – tak, jak opisano to w warunku dotyczącym osoby Inżyniera Kontraktu. Nie sposób zatem twierdzić, by takie przedstawienie informacji miało na celu wywołanie u Zamawiającego niezgodnego z rzeczywistością przeświadczenia o ilości zadań na których wykonanie powoływał się Przystępujący. Zgodnie z brzmieniem warunku w pierwszym wykazie konsorcjum TPF powołało się na wykonanie 2 zadań – wyżej wskazanego, które obejmowało nadzór nad trzema inwestycjami oraz nadzór nad budową drogi S2.

Ponadto Izba zaznacza, że bez rozpoznania pozostawiła zarzuty dotyczące zadania 2 wskazanego w drugim wykazie osób dla doświadczenia A. I. – „Budowa oczyszczalni ścieków Pomorzany i Zdroje w Szczecinie. Świadcstwo Przejęcia 31.12.2009” oraz dotyczące wartości wykonywanych usług oraz nadzorowanych robót. Zarzuty te nie były podnoszone w odwołaniu, a powołanie ich na rozprawie stanowiło niedopuszczalne

rozszerzenie podstawy faktycznej odwołania (por. np. wyrok KIO z dnia 8.12.2017 r. KIO 2468/17, z dnia 12.06.2017 r. KIO 1102/17, z dnia 17.03.2017 r. KIO 409/17). Mając powyższe na uwadze, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie mogła orzekać w zakresie rzeczonych zarzutów i pozostawiła je bez rozpoznania.

Powyższe ustalenia mają również istotny wpływ na ocenę zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d i art. 7 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, dotyczącego zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu Przystępującego, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu i udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu i którego oferta podlega odrzuceniu. Poniższe ustalenia Izby odnoszą się również do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu wezwania konsorcjum TPF do złożenia wyjaśnień w zakresie wymaganego doświadczenia personelu skierowanego do realizacji zamówienia.

Oceniając przedmiotowy zarzut, kwestię wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia A. I. należy rozpatrywać mając na uwadze treść drugiego wykazu osób, złożonego wraz z pismem z dnia 28.02.2018 r. Niezależnie od stwierdzenia, iż Przystępujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd w zakresie okresu pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu (co, jak Izba wskazała powyżej, jest niezależną od obecnie badanej przesłanką wykluczenia z postępowania) na budowie drogi S2, Odwołujący nie negował całości doświadczenia nabytego w toku tego zadania i nie zaprzeczał zawartemu w wykazie drugim wskazaniu odnoszącym się do budowy drogi S2 „do świadectwa przejęcia 43 miesiące i 15 dni”. Ów okres doświadczenia, wraz z doświadczeniem nabytym w ramach zadania 2 – „Budowa oczyszczalni ścieków Pomorzany i Zdroje w Szczecinie” (doświadczenie niepodważone w treści odwołania) – o długości 47 miesięcy 20 dni, łącznie daje 91 miesięcy doświadczenia. Z uwagi na powyższe należy uznać, że Zamawiający zasadnie uznał, że Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu w tym zakresie i zaniechał wykluczenia wykonawcy na tej podstawie. Należy dodać, że Zamawiający dokonał wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia w dniu 16.02.2018 r., zatem zarzut zaniechania takiego skierowania jest bezpodstawny.

Mając powyższe na uwadze, zarzuty 2, 3 i 4 odwołania nie znalazły potwierdzenia w okolicznościach sprawy.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 36a ustawy Pzp, mającego polegać na zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum TPF, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ, Izba uznała za niezaskładający na uwzględnienie.

Odwołujący podnosił, że wbrew określonymu w pkt 5.5 Tomu I SIWZ zastrzeżeniu do osobistego wykonania czynności wykonywanych przez ekspertów – Inżyniera Kontraktu, Inżyniera Rezydenta, Inspektora Nadzoru ds. mostowych oraz Specjalistę ds. rozliczeń, Przystępujący w formularzu ofertowym wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcom roboty z zakresu geodezji i geologii, usługi nadzoru budowlanego w rozumieniu prawa budowlanego oraz koordynację projektu i dokumentację środowiskową. Odwołujący z powyższego wywodził, że oferta konsorcjum TPF jest niezgodna z pkt 5.5 Tomu I SIWZ.

W ocenie Izby brak jest podstaw dla przyjęcia sugerowanego przez Odwołującego rozumienia rzeczzonego oświadczenia konsorcjum TPF, zawartego w pkt 5 formularza ofertowego, zgodnie z którym to rozumieniem konsorcjum TPF zamierzało powierzyć podwykonawcom czynności wykonywane przez ekspertów wymienionych w pkt 5.5 Tomu I SIWZ.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że czynności dokonywane przez Inżyniera Kontraktu i Inspektora Nadzoru ds. mostowych – których zamiar powierzenia podwykonawcom w opinii Odwołującego wynikał z oświadczenia Przystępującego – nie będą jedynymi czynnościami nadzoru i koordynacji realizowanymi w ramach zamówienia. Przystępujący w piśmie z dnia 20.04.2018 r. wyjaśnił, że zamierza powierzyć podwykonawcom usługi nadzoru 9 ekspertom, którzy zgodnie z pkt 2.1.2 OPZ wchodzi w skład personelu podwykonawcy. Odwołujący nie podważył skutecznie tej okoliczności, zaś podnoszony w toku rozprawy argument, że owi eksperci nie należą do tzw. personelu kluczowego nie ma znaczenia dla oceny wskazania zakresu podwykonawstwa w ofercie Przystępującego i jej zgodności z SIWZ. Odwołujący nie wykazał również, ażeby w toku realizacji zamówienia wszystkie czynności koordynacji projektu należały do obowiązków Inżyniera Projektu. Oceniając rzeczony zapis oferty konsorcjum TPF, nie można odczytywać go w oderwaniu od całości oferty. Nie ulega wątpliwości, że Przystępujący oświadczył, że zapoznał się ze SIWZ i uznał się za związanego opisanymi w nim postanowieniami i zasadami postępowania (pkt 2 formularza ofertowego). Jak wynika z § 12 pkt 5 wzoru umowy, wykonawca zobowiązany jest zatrudniać, przez cały czas realizacji zamówienia, osoby wymienione w pkt 5.5 Tomu I SIWZ na umowę o pracę. Jak wynika z przedłożonych wykazów osób, Przystępujący bezpośrednio dysponuje kandydatami na stanowisko Inżyniera Kontraktu oraz Inspektora nadzoru ds. mostowych, brak jest zatem przesłanek dla założenia, że zamierza on powierzyć wykonywanie tych funkcji podwykonawcom. Należy również zwrócić uwagę, że Zamawiający nie określił dokładnego sposobu opisanie części

zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza zlecić podwykonawcom, Przystępujący mógł wobec tego w sposób dowolny sformułować treść pkt 5 formularza ofertowego. Ogólność sformułowania, które znalazło się formularzu ofertowym Przystępującego nie może prowadzić do tak daleko idących konsekwencji jak stwierdzenie niezgodności jego oferty z SIWZ i wykluczenie z postępowania. Wymaga odnotowania, że gdyby Zamawiający rzeczywiście powziął wątpliwości z zakresie zgodności treści oferty z pkt 5.5 Tomu I SIWZ, przed dokonaniem wykluczenia Przystępującego z postępowania powinien wezwać go do wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W stanie faktycznym niniejszej sprawy wykluczenie Przystępującego z udziału w postępowaniu ze względu na niezgodność oferty z SIWZ, bez uprzedniego wezwania do wyjaśnień, byłoby działaniem przedwczesnym i nieuprawnionym.

W ocenie Izby brak jest podstaw dla przyjęcia niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ, wobec czego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 36a ustawy Pzp oraz powiązany z nim zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie znalazły potwierdzenia.

Izba uznała za niepotwierdzony także zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp mającego polegać na wezwaniu konsorcjum TPF do wyjaśnienia treści gwarancji bankowej stanowiącej wadium, podczas gdy w ustawie Pzp brak jest instytucji prawnych służących uzupełnieniu czy wyjaśnieniu nieprawidłowo złożonego wadium, a w konsekwencji naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz powiązany zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, którego Odwołujący upatrywał w zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum TPF, która została zabezpieczona wadium wniesionym w sposób nieprawidłowy.

Odwołujący braku prawidłowości zabezpieczenia oferty wadium upatrywał w okoliczności, iż tłumaczenie gwarancji wadialnej jako termin jej ważności wskazywało „od 10 października 2017 r. do 10 kwietnia 2017 r.”, a zatem nie zabezpieczało oferty przez cały okres związania ofertą wykonawcy, wobec czego była wniesiona nieprawidłowo. Odwołujący podniósł także, że Zamawiający w sposób nieuprawniony pismem z dnia 2 lutego 2018 r. na podstawie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących gwarancji. Odwołujący wywodzi, że gwarancja wadialna nie stanowi części oferty, wobec czego Zamawiający nie był uprawniony do wezwania konsorcjum TPF do wyjaśnień na podstawie ww. przepisów, a wobec niespełniania wymogów SIWZ w zakresie okresu ważności gwarancji wadialnej, winien był ofertę odrzucić. Odwołujący podniósł także, że obowiązującym językiem postępowania jest język polski i treść tłumaczenia gwarancji wadialnej pozostaje decydująca dla treści dokumentu.

W ocenie Izby nie można zgodzić się z przedstawioną przez Odwołującego argumentacją. Jakkolwiek Odwołujący ma rację, iż art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie mogą – co do zasady, por. wyrok KIO z dnia 10.05.2011 r., KIO 883/11 - służyć wyjaśnieniu treści gwarancji wadialnej, to wystosowanie na tej podstawie wezwania z dnia 2.02.2018 r. do Przystępującego pozostaje bez wpływu na jego sytuację w postępowaniu. Odwołujący słusznie wskazuje również na wyjątkowy charakter dokumentu jaki stanowi gwarancja wadialna i niemożność sanowania nieprawidłowo wniesionego wadium. Jednakże, jak zasadnie podnosił Zamawiający i Przystępujący, gwarancja wadialna w niniejszej sprawie wniesiona została prawidłowo. Oryginał dokumentu, wystawiony przez Kutxabank z siedzibą w Bilbao w sposób prawidłowy, zgodny z SIWZ zabezpieczał ofertę. Szczególny charakter dokumentu jakim jest gwarancja wadialna wynika m.in. właśnie ze zobowiązania jakie tworzy wobec gwaranta – w tym przypadku banku – który na wezwanie beneficjenta – Zamawiającego, w przypadku zaistnienia określonych w dokumencie przesłanek, obowiązany jest bezwarunkowo wypłacić kwotę wadium. W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślano, że dla oceny prawidłowości wniesienia wadium decydującym jest skuteczność zabezpieczenia Zamawiającego (por np. wyrok KIO z dnia 24.04.2017 r. KIO 632/17, z dnia 27.12.2017 r. KIO 2591/17, z dnia 19.04.2017 r. KIO 531/17). Odwołujący w żaden sposób nie wykazywał, ażeby treść samej gwarancji wadialnej nie dawała Zamawiającemu pewności, że w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp wadium rzeczywiście zostanie wypłacone. Gwarancja wadialna została złożona w terminie, Zamawiający dysponował jej oryginałem, prawidłowo określony został jej beneficjent. Odwołujący kwestionował jedynie treść jej tłumaczenia, nie wykazując przy tym, iż to tłumaczenie dokumentu gwarancji wadialnej będzie stanowiło podstawę wypłatę wadium, co zresztą byłoby twierdzeniem pozbawionym podstaw, w szczególności mając na uwadze treść gwarancji wadialnej, zgodnie z którą jej ewentualna realizacja będzie wykonywana przez Kutxabank z siedzibą w Bilbao – dla którego treść tłumaczenia wystawionej przezeń gwarancji wadialnej pozostaje bez znaczenia.

Brak jest zatem podstaw dla stwierdzenia, że przedłożona przez konsorcjum TPF gwarancja wadialna nie zabezpiecza interesu Zamawiającego i jest wniesiona nieprawidłowo, wobec czego należało uznać, że w niniejszej sprawie nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp bowiem nie zaistniała ww. przesłanka odrzucenia oferty Przystępującego. Nie sposób również stwierdzić naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, skoro Zamawiający postąpił prawidłowo, uznając skuteczność wniesienia wadium przez Przystępującego.

Dokonując oceny zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała, że dla stwierdzenia jego zasadności koniecznym było uznanie wyżej rozpatrzonych zarzutów z którymi był on powiązany. Natomiast wobec stwierdzenia bezzasadności tych zarzutów i braku powiązania rzeczonych zarzutów z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za bezpodstawny.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

Jednocześnie Izba informuje, iż nie przychyliła się do wniosku Odwołującego o zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów paliwa, mając na uwadze, że zgodnie z § 3 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Wobec braku przedłożenia faktury bądź paragonu za zakup rzeczonych paliwa Izba nie mogła przedmiotowego wniosku uwzględnić.

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 2, § 3 i § 5 ust. 2 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: