

**WYROK**  
**z dnia 14 listopada 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2019 r. przez wykonawcę **MGGP S.A. w Tarnowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **ECMG GmbH z siedzibą w Wiedniu, Austria**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **SGS Polska sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy ECMG GmbH z siedzibą w Wiedniu, Austria z powodu przedstawienia w wyniku lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mających wpływ na ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX ust. 4 pkt III ppkt 7 SIWZ,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. **kosztami postępowania obciąża Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie i wykonawcę MGGP S.A. w Tarnowie, każdego w części 1/2 i:**
  - 3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MGGP S.A. w Tarnowie tytułem wpisu od odwołania,**

- 3.2. zasądza od **Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie** na rzecz wykonawcy **MGGP S.A. w Tarnowie** kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) 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 – Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „świadczenie usługi budowlanego nadzoru inwestorskiego, przyrodniczego i zarządzania realizacją inwestycji — budowa gazociągu Polska–Litwa, odcinek północny.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26 lipca 2019 r., nr 2019/S 143-353462.

18 października 2019 r. zamawiający przesłał wykonawcy MGGP S.A. w Tarnowie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ECMG GmbH z siedzibą w Wiedniu, Austria, zwanego dalej „przystępującym ECMG”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru oferty przystępującego ECMG jako najkorzystniejszej,
  - 2) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego ECMG z udziału w postępowaniu,
  - 3) zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego ECMG,
- odwołujący wniósł 28 października 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego ECMG, pomimo że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego ECMG pomimo, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny spełniania przez wykonawcę ECMG warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania przez tego wykonawcę osobami mającymi pełnić funkcję eksperta nadzoru ds. systemu zapewniania jakości oraz inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych;

ewentualnie

- 3) art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia przystępującego ECMG z postępowania, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania przez tego wykonawcę osobami mającymi pełnić funkcję eksperta nadzoru ds. systemu zapewniania jakości oraz inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego ECMG,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) wykluczenia przystępującego ECMG oraz odrzucenia jego oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zgodnie z rozdziałem IX ust. 4 pkt. III ppkt. 12) SIWZ o zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy między innymi spełniający warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi niezbędne do jego wykonania wykształcenie/kwalifikacje zawodowe/doświadczenie, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Jedną z osób wymaganych przez zamawiającego jest: (...) *Ekspert Nadzoru ds. systemu zapewnienia jakości - posiadający następujące doświadczenie: zdobyte w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, doświadczenie w pełnieniu funkcji eksperta lub specjalisty w zakresie systemu zapewnienia jakości przez okres co najmniej 1 roku podczas realizacji zamówienia polegającego na budowie lub przebudowie lub remoncie obiektu liniowego o długości co najmniej 10 km lub w zamówieniu polegającym na wykonywaniu nadzoru inwestorskiego w zakresie systemu zapewnienia jakości przez okres co najmniej 1 roku podczas realizacji zamówienia polegającego na budowie lub przebudowie lub remoncie obiektu liniowego o długości co najmniej 10 km.*

Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przystępujący ECMG złożył zamawiającemu wykaz osób bez wskazania osoby do pełnienia funkcji eksperta nadzoru ds. systemu zapewnienia jakości. W dniu 01.10.2019 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał przystępującego ECMG do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym wykazu osób w zakresie wskazania osoby na stanowisko eksperta nadzoru ds. systemu zapewnienia jakości.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, przystępujący ECMG złożył uzupełniony formularz - potencjał kadrowy wskazując na stanowisko eksperta nadzoru ds. systemu zapewnienia jakości panią S. P. Na potwierdzenie wymaganego doświadczenia przystępujący ECMG wskazał, że pani S. P. posiada ponad 12-to miesięczne

doświadczenie w wykonywaniu nadzoru inwestorskiego w zakresie systemu zapewnienia jakości uzyskane podczas realizacji zamówienia pn. modernizacja linii nr 91 Kraków-Medyka, odcinek wschodni, polegającego na przebudowie obiektu liniowego o długości 26 km. Zgodnie z informacją zawartą w formularzu, inwestycja ta została zrealizowana na rzecz PKP PLK S.A.

Odwołujący podniósł, że z informacji, które posiada, PKP PLK nie przewidział na wskazanym wyżej zadaniu stanowiska w zakresie systemu zapewnienia jakości. Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia dla przedmiotowego zadania, w wykazie osób dla przedmiotowego zamówienia widnieje jedynie stanowisko do pełnienia funkcji inżyniera zaopatrzenia i jakości materiałów, co nie jest tożsame ze stanowiskiem w zakresie systemu zapewnienia jakości. W związku z powyższym pani S. P. nie mogła zdobyć w trakcie realizacji wskazanej przez ECMG inwestycji doświadczenia potwierdzającego spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł ponadto, że jako podmiot świadczący usługi nadzoru budowlanego w zakresie infrastruktury kolejowej na rzecz PKP PLK S.A., nie spotkał się w swojej karierze z inwestycją wykonywaną na rzecz PKP PLK S.A., przy której realizacji wymagane było zaangażowanie osoby do pełnienia funkcji w zakresie systemu zapewnienia jakości. Co istotne PKP PLK S.A. posługuje się dla celów udzielanych zamówień wzorcami specyfikacji i w istotnej części postępowań wymagania co do personelu są tożsame. Zdaniem odwołującego, wymaganie dysponowania osobą, która będzie pełnić funkcję eksperta nadzoru ds. systemu zarządzania jakością jest charakterystyczne dla zadań realizowanych na rzecz zamawiającego.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że zgodnie z rozdziałem IX ust. 4 pkt. III ppkt. 7) SIWZ o zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy między innymi spełniający warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi niezbędne do jego wykonania wykształcenie/kwalifikacje zawodowe/doświadczenie, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Wywiódł, że jedną z osób wymaganych przez zamawiającego jest (...) inspektor nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych - posiadający łącznie następujące kwalifikacje i doświadczenie:

a) *uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, oraz wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego,*

b) *zdobyte w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, doświadczenie w kierowaniu robotami (na stanowisku Kierownik Budowy lub Kierownika Robót) dla co najmniej dwóch zamówień obejmujących swym zakresem wzmocnienie gruntu*

*metodą betonowych kolumn lub palowania gruntu lub wykonaniu nadzoru inwestorskiego (na stanowisku Inspektora Nadzoru Inwestorskiego) na co najmniej dwóch zamówieniach obejmujących swym zakresem wzmocnienie gruntu metodą betonowych kolumn lub palowania gruntu.*

Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przystępujący ECMG złożył zamawiającemu wykaz osób ze wskazaniem do pełnienia funkcji inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych pani K. W. W treści wykazu, przy doświadczeniu pani K. W., przystępujący ECMG wskazał tylko jedno zamówienie obejmujące swym zakresem wzmocnienie gruntu metodą palowania gruntu.

Odwołujący wskazał, że w dniu 01.10.2019 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał przystępującego ECMG do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym wykazu osób w zakresie doświadczenia osoby na stanowisko inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych przez wskazanie jeszcze jednego (nowego) zamówienia potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący argumentował, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, przystępujący ECMG złożył uzupełniony formularz - potencjał kadrowy wskazując przy doświadczeniu osoby wskazanej do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych dodatkowe (drugie) zamówienie na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca wskazał przy doświadczeniu pani K. W. udział w wykonywaniu nadzoru inwestorskiego przy realizacji zadania pn. Rozbudowa budynku szkolnego o budynek przedszkola w Świerklanach na rzecz Urzędu Gminy Świerklany. Zgodnie z informacją przedstawioną przez przystępującego ECMG w formularzu - potencjał kadrowy, realizacja przedmiotowej inwestycji rozpoczęła się w maju 2019 r. i trwa do chwili obecnej.

Odwołujący podniósł, że z informacji posiadanych przez niego wynika, że jedyne postępowanie wszczęte przez Urząd Gminy Świerklany w roku 2019, dotyczące rozbudowy budynku przedszkola w Świerklanach to zadanie pn. „Przebudowa, rozbudowa i nadbudowa istniejącego przedszkola w Świerklanach Dolnych”. Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia dla przedmiotowego zadania, inwestycja ta obejmowała jedynie wykonanie fundamentu żelbetowego pod windę zewnętrzną wraz z wykonaniem żelbetowej płyty zespalającej istniejące fundamenty. W całej dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania brak jest wzmianki o konieczności wzmocnienia gruntu metodą palowania.

Odwołujący podniósł także, że dodatkowo dysponuje odpowiedzią Urzędu Gminy Świerklany na wniosek o udostępnienie informacji publicznej w zakresie potwierdzenia wskazanego w formularzu - potencjał kadrowy doświadczenia Pani K. W., z której wynika, że zachodzi sprzeczność pomiędzy stanem faktycznym a informacjami przedstawionymi przez

przystępującego ECMG GmbH w odniesieniu do specjalisty wskazanego do pełnienia funkcji inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych. W ofercie, przy doświadczeniu ww. specjalisty wpisano udział przy realizacji zadania pn. „Rozbudowa budynku szkolnego o budynek przedszkola w Świerklanach”, podczas gdy w rzeczywistości pani K. W. uczestniczy w nadzorowaniu zadania pn. „Rozbudowa przedszkola w Jankowicach”. Doświadczenie, jakim legitymuje się pani W. dotyczy zupełnie innej inwestycji niż wskazana w ofercie. Odmienny od stanu faktycznego jest również termin rozpoczęcia przedmiotowego zamówienia. Wykonawca podał w ofercie jako datę rozpoczęcia zamówienia 05.2019 r., podczas gdy umowny termin rozpoczęcia usługi świadczenia nadzoru inwestorskiego to 24 czerwca 2019 r. Oznacza to, że informacje przedstawione zamawiającemu przez przystępującego ECMG są niezgodne z prawdą.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający posiadał powyższą wiedzę, gdyż w odpowiedzi na wniosek odwołującego Urząd Gminy Świerklany przesłał również zapytanie wystosowane w przedmiotowej kwestii w dniu 15.10.2019 r. przez samego zamawiającego, a skoro zamawiający posiadał powyższą wiedzę, to niezrozumiałym jest dlaczego nie wykluczył z postępowania przystępującego ECMG.

Odwołujący wywiódł, że działania przystępującego ECMG wypełniają przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 lub 16 ustawy Pzp. Informacje złożone zamawiającemu, mające weryfikować spełnianie przez ECMG warunku udziału w postępowaniu nie odpowiadają prawdzie, co powinno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy. Zdaniem odwołującego działanie ECMG w zakresie przedstawianych informacji dotyczących wiedzy i doświadczenia osób wskazanych do pełnienia funkcji eksperta nadzoru ds. systemu zapewnienia jakości oraz inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych wypełniają znamiona co najmniej lekkomyślności i niedbalstwa, informacje te wprowadzają w błąd zamawiającego oraz mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu.

Odwołujący wywiódł, że art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy Pzp nakazuje wykluczenie wykonawcy gdy wprowadził on w błąd zamawiającego nawet w wyniku zachowania nieumyślnego (lekkomyślność, niedbalstwo) w przeciwieństwie do dyspozycji pkt 16) wskazującego na konieczność zajścia celowego działania wykonawcy zmierzającego do wprowadzenia w błąd lub rażącego niedbalstwa wywołującego ten sam skutek. Przepis art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy Pzp ma zastosowanie nawet gdy wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd nie mając takiego zamiaru a poprzez niedochowanie należytej staranności (niedbalstwa) czy lekkomyślności. Trzeba też pamiętać, że ocena czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonuje się z zastosowaniem przepisów Kodeksu cywilnego, co wynika z art. 14 Pzp. Zgodnie zaś z art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik zobowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność), przez którą rozumie się określony sposób

postępowania, mający doprowadzić do spełnienia świadczenia, pewien model czy wzorzec postępowania. Dodatkowo, w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, co skutkuje uzasadnionym zwiększeniem oczekiwania co do wiedzy, skrupulatności i rzetelności podmiotu prowadzącego taką działalność. Takim profesjonalistą jest także wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Wzorzec należytej staranności nakłada na takiego wykonawcę między innymi obowiązek upewnienia się (sprawdzenia) czy deklarowany w składanych w ramach postępowania przetargowego oświadczeniach/dokumentach stan faktyczny jest prawdziwy (odpowiada rzeczywistości). Na ich podstawie bowiem zamawiający dokonuje oceny wykonawcy, w tym oceny spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu i mają one wpływ na decyzje zamawiającego

Odwołujący wywiódł, że charakter niezgodnych z rzeczywistością informacji powoduje, że miały one wpływ na decyzje zamawiającego oraz wprowadziły go w błąd, gdyż między innymi na ich podstawie zamawiający stwierdził, że przystępujący ECMG spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Ponadto odwołujący wskazał, iż wystąpił z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej w zakresie doświadczenia osób wskazanych w formularzu - potencjał kadrowy przystępującego ECMG GmbH na poniższe stanowiska:

- 1) Kierownik Kontraktu Wykonawcy Nadzoru Zespołu 1 - w zakresie doświadczenia p. M. G.,
- 2) Ekspert Nadzoru Przyrodniczego Zespołu 1 - w zakresie doświadczenia p. M. W.,
- 3) Ekspert Nadzoru Przyrodniczego Zespołu 2 - w zakresie doświadczenia p. J. T.,
- 4) Ekspert Nadzoru Przyrodniczego Zespołu 3 - w zakresie doświadczenia p. A. Ż.

Odwołujący wywiódł, że do dnia złożenia odwołania nie otrzymał żadnej odpowiedzi w powyższym zakresie, stąd też na dzień wniesienia odwołania nie może przedstawić dowodów. Dowody takie zostaną przedstawione na rozprawie. Odwołujący podniósł, że według jego najlepszej wiedzy wskazane wyżej osoby nie posiadają doświadczenia wymaganego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, stąd również w tym przypadku podano w ofercie informacje wprowadzające zamawiającego w błąd mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca ECMG GmbH z siedzibą w Wiedniu, Austria. Wniósł o



oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca SGS Polska sp. z o.o. w Warszawie. Wniósł o uwzględnienie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę przystępującego ECMG, wezwanie zamawiającego z 30 sierpnia 2019 r. skierowane do przystępującego ECMG do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wykaz osób złożony przez przystępującego ECMG, wezwanie zamawiającego z 1 października 2019 r. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu skierowane do przystępującego ECMG w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokumenty złożone przez przystępującego ECMG w odpowiedzi na ww. wezwanie, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 18 października 2019 r., dokumenty załączone do odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta przystępującego ECMG została wybrana jako najkorzystniejsza, zaś oferta odwołującego - w świetle kryteriów oceny ofert – może być wybrana jako najkorzystniejsza w tej części. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykluczenia przystępującego ECMG z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał wykluczenia przystępującego ECMG z postępowania i odrzucenia jego oferty, skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania ww. czynności, czego efektem może

być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usługi budowlanego nadzoru inwestorskiego, przyrodniczego i zarządzania realizacją inwestycji — budowa gazociągu Polska–Litwa, odcinek północny.

Ustalono także, że zamawiający w rozdziale IX ust. 4 SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy *dysponują lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadającymi niezbędne do jego wykonania wykształcenie, kwalifikacje zawodowe i/lub doświadczenie, w tym:*

*III. Zespół 3 dla Zadania 3:*

*7) Inspektorem Nadzoru Robót Konstrukcyjno-Budowlanych - posiadającym łącznie następujące kwalifikacje i doświadczenie:*

*a) (...)*

*b) Zdobyte w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, doświadczenie w kierowaniu robotami (na stanowisku Kierownik Budowy lub Kierownika Robót) dla co najmniej dwóch zamówień obejmujących swym zakresem wzmocnienie gruntu metodą betonowych kolumn lub palowania gruntu lub wykonaniu nadzoru inwestorskiego (na stanowisku Inspektora Nadzoru Inwestorskiego) na co najmniej dwóch zamówieniach obejmujących swym zakresem wzmocnienie gruntu metodą betonowych kolumn lub palowania gruntu.*

*12) Ekspertem Nadzoru ds. systemu zapewnienia jakości – posiadającym następujące doświadczenie:*

*Zdobyte w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, doświadczenie w pełnieniu funkcji eksperta lub specjalisty w zakresie systemu zapewnienia jakości przez okres co najmniej 1 roku podczas realizacji zamówienia polegającego na budowie lub przebudowie lub remoncie obiektu liniowego o długości co najmniej 10 km lub w zamówieniu polegającym na wykonywaniu nadzoru inwestorskiego w zakresie systemu zapewnienia jakości przez okres co najmniej 1 roku podczas realizacji zamówienia polegającego na budowie lub przebudowie lub remoncie obiektu liniowego o długości co najmniej 10 km.*

Ustalono także, że zamawiający w rozdziale XI ust. 2 SIWZ wskazał, że *w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu oraz braku podstaw*

wykluczenia Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w Rozdziale IX i X SIWZ, tj.:

14) wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania Zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, zgodnie z warunkiem opisanym w Rozdziale IX ust. 4 SIWZ wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (zgodnie z treścią Załącznika nr 7 do SIWZ).

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swą ofertę złożył m.in. przystępujący ECMG.

Ustalono, że zamawiający pismem z dnia 30 sierpnia 2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego ECMG do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów, o którym mowa w rozdziale XI ust. 2 SIWZ w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego przystępujący ECMG złożył wykaz osób (potencjał kadrowy), zgodny z treścią załącznika nr 7 do SIWZ. W wykazie tym, w zakresie zespołu 3 dla zadania 3 wskazał, że na stanowisko inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych zamierza skierować panią K. W. Oświadczył, że pani K. W. w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert zdobyła doświadczenie w wykonywaniu nadzoru inwestorskiego na stanowisku inspektora nadzoru inwestorskiego podczas realizacji zamówienia „*prowadzenie usługi nadzoru inwestorskiego dla zadania Budowa Nowej Elektrociepłowni w Grupie Azoty Zakładach Azotowych Kędzierzyn S.A.*”, polegającego na zabezpieczeniu terenu osuwiskowego za pośrednictwem pali wierconych. Jako podmiot na rzecz którego wykonano zamówienie wskazano Grupę Azoty, a jako czasookres realizacji zamówienia wskazano 12.06.2015 do 03.2017.

Ustalono ponadto, że w wykazie tym przystępujący ECMG nie wskazał żadnej osoby na stanowisko eksperta nadzoru ds. systemu zapewnienia jakości.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający w dniu 1 października 2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał przystępującego ECMG do uzupełnienia wykazu osób. Zamawiający wskazał, że na stanowisko inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych przystępujący ECMG wskazał panią K. W. . Zamawiający wywiódł, że zgodnie z rozdziałem IX ust. 4 pkt III ppkt 7 lit. b SIWZ dla osoby wskazanej na stanowisko inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych wymagał doświadczenia w kierowaniu robotami dla co najmniej dwóch zamówień obejmujących swym zakresem

wzmocnienie gruntu metodą betonowych kolumn lub palowania gruntu lub wykonaniu nadzoru inwestorskiego na co najmniej dwóch zamówieniach obejmujących swym zakresem wzmacnienie gruntu metodą betonowych kolumn lub palowania gruntu. Wywiódł, że na potwierdzenie warunku, określonego w rozdziale IX ust. 4 pkt III ppkt 7 lit. b SIWZ przystępujący ECMG złożył tylko jedno zamówienie. Zamawiający wezwał przystępującego ECMG do uzupełnienia wykazu przez wskazanie jeszcze jednego zamówienia dla pani K. W., potwierdzającego spełnianie warunku lub wskazanie innej osoby na stanowisko inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych spełniającej warunek.

Ponadto zamawiający tym samym pismem wezwał przystępującego ECMG do uzupełnienia wykazu osób przez wskazanie osoby na stanowisko eksperta nadzoru ds. systemu zapewnienia jakości, spełniającej warunek udziału w postępowaniu, wobec niewskazania takiej osoby w dotychczas złożonym wykazie.

W dalszej kolejności ustalono, że w dniu 11 października 2019 r. przystępujący ECMG złożył uzupełniony wykaz osób. W wykazie tym, w zakresie zespołu 3 dla zadania 3 przystępujący ECMG na stanowisko inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych wskazał ponownie panią K. W. Przystępujący ECMG uzupełnił opis doświadczenia zawodowego pani K. W. Oświadczył, że w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert zdobyła doświadczenie w wykonywaniu nadzoru inwestorskiego na stanowisku inspektora nadzoru inwestorskiego przy realizacji zamówienia „rozbudowa budynku szkolnego o budynek przedszkola w Świerklanach”, obejmującego swym zakresem wzmacnienie gruntu metodą palowania gruntu. Jako podmiot na rzecz którego wykonano zamówienie wskazano Urząd Gminy Świerklany, a jako czasookres realizacji zamówienia wskazano 05.2019 do obecnie.

W wykazie tym przystępujący ECMG na stanowisko eksperta nadzoru ds. systemu zapewnienia jakości wskazał panią S. P.. Oświadczył, że w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert zdobyła doświadczenie w wykonywaniu nadzoru inwestorskiego w zakresie systemu zapewnienia jakości podczas realizacji zamówienia „modernizacja linii nr 91 PKP relacji Kraków – Medyka odcinek wschodni”, przez okres 12 m-cy polegającego na przebudowie linii kolejowej i długości 26 km. Jako podmiot na rzecz którego wykonano zamówienie wskazano PKP PLK, a jako czasookres realizacji zamówienia wskazano 01.2015 – 09.2016.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający w dniu 18 października 2019 r. wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Stosownie do art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:*

- 12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (...);*
- 16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;*
- 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

Izba nie rozpoznała zarzutu dotyczącego doświadczenia pana M. G.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.*

Izba wzięła pod uwagę, że zarzut co do złożenia przez przystępującego ECMG nieprawdziwego oświadczenia o doświadczeniu zawodowym pana M. G. nie został dostatecznie sprecyzowany w odwołaniu. Odwołujący na ostatniej stronie odwołania wskazał jedynie, że wystąpił do bliżej niesprecyzowanych organów z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej celem zweryfikowania oświadczeń przystępującego ECMG co do doświadczenia zawodowego pana G. Odwołujący wywiódł, że do złożenia odwołania *„nie otrzymał żadnej odpowiedzi w powyższym zakresie, stąd też na dzień wniesienia odwołania nie może przedstawić dowodów. Dowody takie zostaną przedstawione na rozprawie”*. Odwołujący podniósł jednak, że według jego wiedzy osoba ta *„nie posiada doświadczenia wymaganego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, stąd również w tym przypadku podano w ofercie informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania”*.

Jak wynikało z przytoczonego fragmentu odwołania, odwołujący nie sprostął obowiązkowi sprecyzowania w jakim zakresie zarzuca oświadczeniom przystępującemu ECMG niezgodność z rzeczywistością. Odwołujący sformułował zarzut dopiero w trakcie rozprawy. Dopiero w tym momencie strona przeciwna mogła dowiedzieć się, że zdaniem

odwołującego przystępujący ECMG miał złożyć nieprawdziwe oświadczenie co do okresu uczestnictwa pana G. przy realizacji inwestycji odnoszącej się do budowy linii światłowodowej na rzecz Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubelskiego w Lublinie. Dostrzeżenia wymagało, że zarzutu tej treści próżno było szukać w uzasadnieniu odwołania. W konsekwencji strona przeciwna, na podstawie lektury odwołania żadną miarą nie mogła się domyślić, w czym odwołujący upatruje złożenia nieprawdziwych informacji doświadczenia zawodowego pana M. G. Zarzut postawiony dopiero w trakcie rozprawy nie mógł zatem podlegać rozpoznaniu przez Izbę.

Zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego ECMG z powodu złożenia w wyniku lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd co do doświadczenia zawodowego pani K. W.

Przystępujący ECMG celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX ust. 4 pkt III ppkt 7 SIWZ złożył wykaz osób, w którym oświadczył, że pani K. W. brała udział w wykonywaniu nadzoru inwestorskiego przy realizacji zamówienia pn. *„Rozbudowa budynku szkolnego o budynek przedszkola w Świerklanach”* na rzecz Urzędu Gminy Świerklany. Oświadczył, że osoba ta miała pełnić przy realizacji tego zamówienia funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego. Oświadczył także, że ww. osoba na tym zadaniu miała pełnić tę funkcję od „5.2019 do obecnie”, a zamówienie obejmowało swym zakresem *„wzmocnienie gruntu metodą palowania gruntu”*.

Nie było sporne między stronami, co wynikało również ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, że przywołane oświadczenia przystępującego ECMG nie były zgodne z rzeczywistością. Pani K. W. nie uczestniczyła w realizacji zamówienia pn. *„Rozbudowa budynku szkolnego o budynek przedszkola w Świerklanach”* w charakterze inspektora nadzoru inwestorskiego. Ponadto zamówienie to nie obejmowało swym zakresem wzmocnienia gruntu metodą palowania gruntu.

Okoliczność, iż przedmiotem zadania nie było wzmocnianie gruntu metodą palowania gruntu wynikało ze złożonego przez odwołującego wyciągu z postanowień SIWZ w przetargu nieograniczonym na „przebudowę, rozbudowę i nadbudowę przedszkola w Świerklanach Dolnych”, prowadzonego przez Gminę Świerklany (str. 7 wyciągu z SIWZ, załącznik nr 2 do odwołania). Powyższe wynikało także z lektury korespondencji mailowej, jaką zamawiający prowadził z Urzędem Gminy Świerklany. Zamawiający w korespondencji tej wprost i jednoznacznie zapytał panią O. S., inspektora ds. inwestycji Urzędu Gminy Świerklany, o potwierdzenie czy pani K. W. brała udział w wykonywaniu nadzoru inwestorskiego przy realizacji zamówienia pn. *„Rozbudowa budynku szkolnego o budynek przedszkola w*

Świerklanach” na rzecz Urzędu Gminy Świerklany, w której miała pełnić funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w okresie od 5.2019 do obecnie (por. mail pana R. N. z 15.10.2019., dowód nr 5 złożony przez zamawiającego).

Z odpowiedzi pani O. S. z Urzędu Gminy Świerklany wynikało, że nie potwierdziła ona uczestnictwa pani K. W. przy realizacji ww. inwestycji. Podkreślenia przy tym wymagało, że Urząd Gminy Świerklany prowadzi w 2019 r. zamówienia, którego przedmiotem jest przebudowa, rozbudowa i nadbudowa przedszkola w Świerklanach (por. wyciąg z SIWZ dla ww. zamówienia, załącznik nr 2 do odwołania). Pani O. S. oświadczyła natomiast, że pani K. W. pełni jedynie funkcję inwestora nadzoru inwestorskiego na innym, równolegle prowadzonym zamówieniu, a mianowicie na zadaniu „rozbudowa przedszkola w Jankowicach”, wykonując tę funkcję od czerwca 2019 r. (por. mail pani O. S., dowód nr 5 złożony przez zamawiającego na rozprawie).

Biorąc pod uwagę powyższy stan faktyczny należało dojść do wniosku, że przystępujący przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd. Informacje te jednoznacznie dotyczyły spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX ust. 4 pkt III. ppkt 7) SIWZ. Zgodnie bowiem z treścią ww. warunku wykonawca miał się wykazać dysponowaniem osobą na stanowisko inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych, która zdobyła w określonym czasokresie doświadczenie zawodowe w wykonaniu nadzoru inwestorskiego na co najmniej dwóch zamówieniach obejmujących swym zakresem wzmocnienie gruntu. Informacje niezgodne z rzeczywistością miały wpływ na czynności podejmowane przez zamawiającego. Na podstawie tych informacji zamawiający podjął bowiem decyzję o wyborze oferty przystępującego ECMG jako najkorzystniejszej.

Nie ulegało również wątpliwości, że ww. informacje wprowadzające w błąd złożono zamawiającemu co najmniej w wyniku lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa po stronie przystępującego ECMG. Wprowadzenie zamawiającego w błąd było skutkiem bezkrytycznego zamieszczenia przez przystępującego ECMG w wykazie osób niezweryfikowanych informacji o doświadczeniu zawodowym pani K. W. pozyskanych od firmy Profit, G. W. (por. dowód nr 9, oświadczenie firmy Profit, G. W. z dnia 7.11.2019 r.). Z oświadczenia tego wynikało, że firma Profit przekazała przystępującemu niezgodne z rzeczywistością informacje o udziale pani K. W. przy realizacji zamówienia na budowę przedszkola w Świerklanach w wyniku omyłki spowodowanej tym, że firma ta kilka lat wcześniej realizowała na rzecz Urzędu Gminy Świerklany usługę na inwestycji dotyczącej przedszkola w Świerklanach. Przystępujący ECMG nie zweryfikował tych informacji, lekkomyślnie zakładając, że na pewno są prawdziwe i w wyniku swego rażącego niedbalstwa posłużył się tymi danymi ubiegając się o publiczny kontrakt. Zdaniem Izby, takie działanie przystępującego ECMG, jako przedsiębiorcy i profesjonalisty, wobec którego

należy przyjmować podwyższony miernik staranności wynikający z zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności (por. art. 355 § 2 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp), należało ocenić negatywnie. W konwencji Izba stwierdziła, że wypełnione zostały wszystkie przesłanki przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Odwołujący słusznie także podniósł, że zamawiający w toku badania i oceny oferty przystępującego ECMG naruszył także naczelną zasadę systemu zamówień publicznych, a mianowicie zasadę równego traktowania wykonawców wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający dokonał bowiem oceny spełnienia przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu na podstawie informacji niewynikających z wykazu osób złożonego przez wykonawcę. Owszem, zgodnie z przepisem § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U z 2016 r. poz. 1126), *jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie*. Jak wynika z przywołanego przepisu zamawiający może zwrócić się o informacje lub dokumenty, ale te dodatkowe informacje lub dokumenty muszą odnosić się to do zakresu wynikającego ze złożonego wykazu, oświadczenia lub dokumentu. Tymczasem w analizowanej sprawie zamawiający weryfikując informacje co do udziału pani W. w realizacji inwestycji dot. przedszkola w Świerklanach uzyskał odpowiedź, że ww. osoba wbrew oświadczeniom z wykazu nie uczestniczy w realizacji tej inwestycji, którą – jak wynika z ustalonego w sprawie materiału dowodowego - Urząd Gminy Świerklany rzeczywiście realizuje. W tej sytuacji zamawiający, po dowiedzeniu się, że pani W. bierze udział w jakiejś innej, równolegle realizowanej inwestycji, na którą wykonawca się nie powołał, nie miał prawa badać tej inwestycji pod kątem spełnienia warunku, w sytuacji gdy wykonawca się na to zamówienie nie powołał. Takie zachowanie zamawiającego naruszało zasadę równego traktowania wykonawców.

Chybiony okazał się zarzut co do złożenia przez przystępującego ECMG nieprawdziwych informacji odnośnie doświadczenia zawodowego pani S. P.

Przystępujący ECMG oświadczył w wykazie osób, że pani S. P. miała pełnić funkcję specjalisty w zakresie systemu zapewnienia jakości w wykonywaniu nadzoru inwestorskiego w zakresie systemu zapewnienia jakości podczas realizacji zamówienia „modernizacja linii nr 91 PKP relacji Kraków – Medyka odcinek wschodni, polegającego na przebudowie linii kolejowej o długości 26 km. Przystępujący ECMG oświadczył także, że podmiot, na rzecz



którego zrealizowano zamówienie to PKP PLK, a zamówienie rozpoczęto 01.2015 r. i zakończono w 09.2016 r.

Odwołujący przedstawił w charakterze dowodu oświadczenie PKP PLK, że na wskazanym wyżej zadaniu ten inwestor nie wymagał od wykonawcy wskazania osoby do pełnienia funkcji specjalisty nadzoru ds. systemu zapewnienia jakości. Dodatkowo pani M. H., główny specjalista w Centrum Realizacji Inwestycji zespołu projektu unijnego nr 3.2. z ramienia PKP PLK S.A. oświadczyła w imieniu ww. zespołu, że pani S. P. nie pełniła funkcji specjalisty w zakresie zapewniania jakości na projekcie „modernizacja linii kolejowej E-30/CE-30 odcinek Kraków – Rzeszów, etap III”. Oświadczyła także, że w ramach ww. zadania od wykonawcy nie wymagano wskazania osoby do pełnienia funkcji specjalisty nadzoru ds. systemu zapewnienia jakości. Wyjaśniła ponadto, że w dniu 1 sierpnia 2015 r. została podpisana umowa nr 90/132/0086/15/I/I z konsorcjum MP-Mosty sp. z o.o. (por. korespondencja mailowa z panią M. H. z 4 listopada 2019 r., dowód nr 1 złożony przez odwołującego). Wreszcie, jak wynikało z postanowień SIWZ i wzoru umowy dla ww. zadania, inwestor nie nałożył na wykonawcę obowiązku zapewnienia obecności jako członka zespołu stałego ani zmiennego specjalisty nadzoru ds. systemu zapewnienia jakości, który musiałby być zgłaszany inwestorowi (por. dowód nr 7 złożony przez przystępującego ECMG).

Zdaniem Izby, dowody te, w świetle pozostałych dowodów zgromadzonych w sprawie, nie pozwalały na ustalenie, że przystępujący ECMG złożył informacje nieprawdziwe co do doświadczenia zawodowego pani S. P..

Jako słusznie wskazał zamawiający i przystępujący ECMG, oświadczenie PKP PLK, oświadczenie pani M. H. i treść SIWZ w postępowaniu dotyczącym spornego zadania dowodziły jedynie, że pani S. P. nie była członkiem zespołu stałego, ani zmiennego z ramienia wykonawcy, który w świetle umowy podlegał zgłoszeniu inwestorowi czyli PKP PLK. Okoliczność ta zresztą nie była kwestionowana przez zamawiającego i przystępującego ECMG. Zdaniem Izby, to mogło tłumaczyć brak wiedzy inwestora, czy pani M. H. o uczestnictwie pani S. P. w przy realizacji zamówienia w charakterze specjalisty nadzoru ds. systemu zapewnienia jakości, zatrudnionego przez generalnego wykonawcę.

Podkreślenia wymagało, że w świetle warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX ust. 4 pkt III ppkt 7 SIWZ, dopuszczalne było wykazanie się przez proponowanego eksperta nadzoru systemu zapewnienia jakości doświadczeniem zdobytym jako członek zespołu generalnego wykonawcy, który nie podlegał zgłoszeniu inwestorowi. Zamawiający nie wyłączył bowiem w warunku takiej możliwości.

Na to, że pani P. pełniła na ww. spornym zadaniu funkcję specjalisty w zakresie systemu zapewnienia jakości w zespole Inżyniera MP Mosty sp. z o.o. wskazywało jednoznaczne oświadczenie MP Mosty (por. oświadczenie MP-Mosty sp. z o.o. z dnia 12 listopada 2019 r., dowód nr 6 złożony przez przystępującego ECMG). MP Mosty sp. z o.o. w

Krakowie potwierdziła ten fakt wyraźnie i jednoznacznie. Dodatkowo wyjaśniła, że nie zgłaszała inwestorowi udziału pani P. przy realizacji zamówienia, gdyż w świetle warunków kontraktowych nie było podstaw do takiego działania. Na okoliczność, że MP Mosty sp. z o.o. było inżynierem podczas realizacji spornego zamówienia wskazywało oświadczenie pani M. H. z PKP PLK S.A. (por. dowód nr 1 złożony przez odwołującego). Oświadczyła ona wyraźnie, że umowa z konsorcjum MP-Mosty została zawarta 1 sierpnia 2015 r. Ponadto, oświadczenie MP Mosty sp. z o.o. co do braku konieczności zgłaszania udziału takiego specjalisty znalazło potwierdzenie w treści wyciągu z postanowień umowy dla ww. zadania (por. § 13 wzoru umowy, dowód nr 7, złożony przez przystępującego ECMG).

Na okoliczność, iż pani P. faktycznie zajmowała ww. stanowisko na spornym zamówieniu wskazywało także jej własne oświadczenie (dowód nr 8 złożony przez przystępującego ECMG). Wiarygodność oświadczenia pani S. P. wprawdzie osłabiał fakt, że pochodziło ono od osoby zainteresowanej uzyskaniem zamówienia przez przystępującego ECMG. Ponadto wątpliwości budził ten fragment pisma, w którym pani P. oświadczyła, iż obowiązki specjalisty w zakresie systemu zapewnienia jakości w zespole podczas realizacji zamówienia „modernizacja linii kolejowej nr 91 relacji Kraków – Medyka – odcinek wschodni” pełniła przez okres 18 miesięcy. Dostrzeżenia wymagało, że oświadczenie pani P. w odniesieniu do długości okresu sprawowania funkcji zdawało się pozostawać w sprzeczności z oświadczeniami samego przystępującego złożonymi w trakcie rozprawy. Przystępujący ECMG oświadczył bowiem na rozprawie, po zapoznaniu się z treścią maila pani M. H. z PKP PLK S.A. (dowód nr 1), że w wykazie osób znalazła się omyłka co do początkowego terminu realizacji zamówienia. Wskazał, że zamiast początkowego terminu realizacji zamówienia - I.2015 r. powinien być wpisany termin VIII.2015 r., gdyż dopiero w tej dacie PKP PLK S.A. podpisało umowę z konsorcjum MP Mosty, dla którego miała pracować pani S. P. . W związku z powyższym, okres sprawowania funkcji powinien wynosić 13 miesięcy (od VIII.2015 do IX.2016), a nie 18 miesięcy, jak wskazano w oświadczeniu pani P. Jednakże wzięto pod uwagę, że treść wzoru wykazu osób narzucił sam zamawiający. W wykazie zaś zamawiający prosił o podanie nazwy oraz daty rozpoczęcia i zakończenia „zamówienia”. A zatem niekoniecznie musiało tu chodzić o daty sprawowania funkcji przez osoby wymienione w wykazie. Tymczasem z maila pani H. wynikało, że umowa z MP Mosty jest wciąż realizowana i obowiązuje aż do 31.12.2019 r. Zatem nie można wykluczyć, że przystępujący ECMG podał w wykazie omyłkowo również datę IX.2016 r. jako termin zakończenia realizacji spornego zamówienia. W efekcie również oświadczenie pani P. co do 18 miesięcznego okresu sprawowania przez nią funkcji mogło polegać na prawdzie.

Niezależnie jednak od powyższego, nawet przy przyjęciu najmniej korzystnego dla przystępującego ECMG okresu sprawowania funkcji specjalisty ds. systemu zapewniania jakości przez panią Popczyk, tj. od VIII.2015 r. do IX.2016 r., i tak otrzymujemy 13 miesięcy.

Jest to czasokres przekraczający minimalne, wymagane przez zamawiającego w warunku 12 miesięcy okresu sprawowania funkcji.

Zdaniem Izby, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostawała okoliczność, że przystępujący ECMG w wykazie osób, jako podmiot na rzecz którego realizowano zamówienie, wskazał PKP PLK S.A., a nie MP Mosty sp. z o.o. Powyższe wynikało z treści wzoru wykazu, jaki zamawiający narzucił wykonawcom. Podkreślenia wymagało, że zamawiający nie wymagał od wykonawców podania nazwy podmiotu, na rzecz którego osoba wykonywała funkcję specjalisty systemu zapewnienia jakości. Zamawiający poprosił wykonawców o wskazanie jedynie nazwy podmiotu, na rzecz którego było wykonywane zamówienie, przy którego realizacji uczestniczyła dana osoba. W tej sytuacji przystępujący prawidłowo wskazał nazwę tego podmiotu jako PKP PLK.

Kierując się powyższymi rozważaniami zarzut podlegał oddaleniu jako nieudowodniony przez odwołującego. Zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, to na odwołującym spoczywał ciężar wykazania, że informacje podane przez przystępującego ECMG w wykazie są nieprawdziwe. Odwołujący nie sprostował temu ciężarowi w analizowanej sprawie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia i częściowego oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 i 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania, gdyż

zamawiający z naruszeniem ww. przepisów zaniechał wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, którego ofertę wybrał jako najkorzystniejszą.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wykluczenie z udziału w postępowaniu przystępującego ECMG z powodu przedstawienia w wyniku lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mających wpływ na ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX ust. 4 pkt III ppkt 7 SIWZ,.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień

publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18. W tym ostatnim postanowieniu Sąd Okręgowy wskazał, co następuje: *„Nie budziło zatem wątpliwości, że odwołanie zostało uwzględnione jak i oddalone w równych (co do ilości zarzutów) częściach, w tym uwzględnione co do obu zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, co do której to czynności został wniesiony sprzeciw. Odwołujący R. S. i wnoszący sprzeciw przystępujący Wykonawca TPF Sp. z o. o. wygrali zatem i jednocześnie przegrali w połowie.*

*Sąd Okręgowy przychylił się do zarzutu skargi na wyrok KIO i głównej tezy jej uzasadnienia, zgodnie z którą wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości uwzględnionych i oddalonych zarzutów. Na przyjęcie takiego stanowiska, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwala przepis 5 ust. 4 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, zgodnie z brzmieniem którego w przypadkach nieuregulowanych w 5 ust. 1-3 Izba powinna orzec o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jednocześnie zauważyć należało, że żaden przepis nie reguluje wprost sytuacji, w której odwołanie odwołującego lub wnoszącego sprzeciw zostało uwzględnione dokładnie w połowie. Przepisy § 5 ust. 2 jak i ust. 3 rozporządzenia dotyczą bowiem uwzględnienia lub oddalenia odwołania w całości, a zatem nie mogły stanowić oparcia dla rozstrzygnięcia o kosztach niniejszego postępowania.*

*W tym stanie rzeczy koszty postępowania należało rozliczyć proporcjonalnie do wyniku postępowania wywołanego odwołaniem wniesionym przez Odwołującego R. S. Takie*

*rozwiązanie jest zgodne z art. 192 ust. 10 pzp ustanawiającym zasadę orzekania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.”.*

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w zakresie jednego zarzutu i chybione w takim samym zakresie. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 15.000 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 7.500 zł (15.000 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7.500 zł (15.000 – 7.500), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1, § 5 ust. 3 pkt 1, § 5 ust. 4 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 (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....