

POSTANOWIENIE

z dnia 10 listopada 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 10 listopada 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2020 roku przez wykonawcę **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Warszawską Kolej Dojazdową Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu; IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu; IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U. z siedzibą w Bilbao (Hiszpania)**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Ekocentrum - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- C. wykonawcy **SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Francja)**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Warszawskiej Kolei Dojazdowej Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Warszawska Kolej Dojazdowa Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Zarządzanie i sprawowanie funkcji nadzoru (w tym budowlanego i inwestorskiego) – Inżynier Kontraktu dla inwestycji pn. „Budowa, przebudowa i rozbudowa linii kolejowej nr 47 w zakresie dobudowy drugiego toru wraz z infrastrukturą towarzyszącą” w ramach zadania: „Modernizacja infrastruktury kolejowej linii WKD – poprzez budowę drugiego toru linii kolejowej nr 47 od Podkowy Leśnej do Grodziska Mazowieckiego”, nr postępowania WKD10c-27-3/2020, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 marca 2020 roku pod numerem 2020/S 046-109455.*

Wykonawca - TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) w dniu 19 października 2020 roku złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1. niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę SAFEGE S.A.S Societe par Actions Simplife (dalej „SAFEGE”), pomimo, iż wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu;
2. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy SAFEGE, pomimo iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w ramach oceny ofert, w szczególności w ramach kryterium oceny ofert Podkryterium D4, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, tj. nie dokonując samooczyszczenia;
3. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum BBF Sp. z o.o., IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o., IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U (dalej „Konsorcjum BBF”), pomimo, iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w ramach oceny ofert, w szczególności w ramach kryterium oceny ofert Podkryterium D2 oraz D3, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 Ustawy PZP, tj. nie dokonując samooczyszczenia;

4. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum Multiconsult Polska Sp. z o.o., EKOCENTRUM Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum Multiconsult”), pomimo, iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w ramach oceny ofert, w szczególności w ramach kryterium oceny ofert Podkryterium D2, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, tj. nie dokonując samooczyszczenia;
5. zaniechania czynności do której zamawiający był zobowiązany, tj. zaniechania wezwania wykonawców Konsorcjum Multiconsult, SAFEGE i Konsorcjum BBF do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy;
6. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. wezwania Konsorcjum BBF do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów podmiotowych dotyczących członka konsorcjum IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U.;
7. prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów ustawy).

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. niezgodną z przepisami Pzp czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty SAFEGE jako oferty najkorzystniejszej;
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy SAFEGE, pomimo, iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego oraz wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w zakresie kryterium oceny ofert Podkryterium D4, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 Pzp, tj. nie dokonując samooczyszczenia;
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum BBF, pomimo, iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego oraz wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w zakresie kryterium oceny ofert Podkryterium D2 i D3, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 Pzp, tj. nie dokonując samooczyszczenia;
4. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum Multiconsult, pomimo, iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego oraz wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w zakresie kryterium oceny ofert Podkryterium D2, nie składając jednocześnie wyjaśnień

w trybie art. 24 ust. 8 Pzp, tj. nie dokonując samooczyszczenia;

5. zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany, tj. zaniechania wezwania ofert Konsorcjum Multiconsult, SAFEGE, Konsorcjum BBF do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp;

6. art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum BBF do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów podmiotowych dotyczących członka konsorcjum IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U.;

7. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów ustawy).

W związku z powyższym odwołujący wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. ponowną ocenę ofert,
4. wykluczenie z postępowania wykonawcy Konsorcjum BBF, SAFEGE, Konsorcjum Multiconsult,
5. wezwanie Konsorcjum Multiconsult, SAFEGE, Konsorcjum BBF do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 – 3 ustawy,
6. wezwanie Konsorcjum BBF do uzupełnień lub wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Uzasadniając dochowanie terminu na wniesienie odwołania odwołujący podnosił, że został poinformowany o wyborze najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego w dniu 9 października 2020 roku, a zatem odwołanie wniesione jest z zachowaniem 10-dniowego terminu przewidzianego w ustawie.

Zamawiający w dniu 19 października 2020 roku przekazał wykonawcom – drogą elektroniczną - kopię odwołania.

Pismem z dnia 22 października 2020 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu; IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu; IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U. z siedzibą w Bilbao (Hiszpania) (zwani dalej łącznie: „Konsorcjum BBF”) zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Także pismem z dnia 22 października 2020 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Ekocentrum - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o. o. z siedzibą

we Wrocławiu (zwani dalej łącznie: „Konsorcjum Multiconsult”) zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Pismem z dnia 22 października 2020 roku wykonawca SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Francja) (zwany dalej: „SAFEGE”) zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Pzp i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w charakterze uczestników postępowania.

W piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawca SAFEGE zawarł wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp wskazując, że zarzuty sformułowane przez odwołującego powinny być zostać podniesione w terminie 10 dni wynikającym z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp liczonym od dnia pierwotnej czynności wyboru oferty przystępującego SAFEGE, jako oferty najkorzystniejszej, która miała miejsce w dniu 19 sierpnia 2020 roku. Ewentualnie wnosił o oddalenie odwołania. W dalszej części pisma przystępujący przedstawił argumentację uzasadniającą przedmiotowy wniosek o odrzucenie odwołania.

Ponadto, w dniu 5 listopada 2020 roku zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której również wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp i przedstawił argumentację na poparcie przedmiotowego wniosku. Ponadto, z ostrożności procesowej wnosił o oddalenie odwołania w całości i przedstawił szczegółową argumentację dotyczącą zarzutów odwołania.

Z kolei odwołujący złożył pismo procesowe z dnia 29 października 2020 roku, w którym odnosząc się do wniosku o odrzucenie odwołania, podnosił, że wniosek ten jest zupełnie niezrozumiały, albowiem bezspornym jest, iż odwołanie zostało wniesione od czynności badania i oceny ofert z dnia 9 października 2020 roku. W dalszej części pisma przedstawił dodatkową argumentację w tym zakresie.

W dniu 10 listopada 2020 roku, przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania, przystępujący SAFEGE złożył pisemną odpowiedź na pismo procesowe odwołującego, w której podtrzymał wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, a także przedstawił przesłanki oddalenia odwołania jako oczywiście bezzasadnego.

W niniejszym postępowaniu zostały złożone dodatkowo stanowiska pisemne przystępujących: Konsorcjum BBF oraz Konsorcjum Multiconsult, w których wykonawcy ci przedstawili argumentację na odparcie zarzutów odwołującego w zakresie dotyczącym złożonych przez nich ofert.

Izba ustaliła co następuje.

W dniu 19 sierpnia 2020 roku zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez wykonawcę SAFEGE S.A.S. W uzasadnieniu faktycznym i prawnym podjętej decyzji zamawiający podał, że: *„Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta nie podlega odrzuceniu (...) Oferta spełniła wszystkie wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zdobyła najwyższą liczbę punktów przy zastosowaniu poniższych kryteriów oceny ofert:*

- 1) C1 – Cena ofertowa brutto za wykonanie Etapu 2 (waga 50%) – przyznano 50,00 punktów,*
- 2) C2 – Cena ofertowa brutto za wykonanie Etapu 3 (waga 10%) – przyznano 1,63 punktów,*
- 3) D – Doświadczenie zawodowe kluczowego personelu (waga 40%) – przyznano 40 punktów, co daje łącznie 91,63 punktów.”*

W dalszej kolejności zamawiający przedstawił w formie tabelarycznej punktację przyznaną ofertom złożonym w postępowaniu w ramach kryteriów C1, C2 i D oraz łączną liczbę punktów. Pozostałe oferty uzyskały następującą liczbę punktów:

- MGGP S.A.: C1 - 20,49; C2 – 0,77; D – 23; tj. łącznie: 44,26 punkty;
- Konsorcjum Multiconsult: C1 – 45,11; C2 – 1,22; D - 31; tj. łącznie: 77,32 punkty;
- odwołujący – TPF Sp. z o.o.: C1 – 35,27; C2 – 0,66; D – 35; tj. łącznie 70,93 punkty;
- Konsorcjum BBF: C1 – 39,43; C2 – 1,55; D – 40; tj. łącznie 80,98 punkty.

Jednocześnie zamawiający zawarł informację o liczbie punktów przyznanых w poszczególnych podkryteriach (D1, D2, D3 i D4) w ramach kryterium D.

Ponadto, zamawiający poinformował o odrzuceniu dwóch ofert, tj. ofert złożonych przez: Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH oraz Konsorcjum: ECM Group Polska S.A. i TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o.

Na powyższą czynność zamawiającego odwołanie w dniu 31 sierpnia 2020 roku wniosło Konsorcjum Multiconsult. W dniu 7 września 2020 roku Konsorcjum Multiconsult złożyło oświadczenie o cofnięciu odwołania, w następstwie czego umorzono postępowanie odwoławcze.

W dniu 7 września 2020 roku zamawiający w związku z informacją zawartą w odwołaniu z dnia 31 sierpnia 2020 roku oraz działając na podstawie przepisu art. 26 ust. 2 f ustawy Pzp wezwał wykonawcę SAFEGE do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz do złożenia wyjaśnień i ewentualnych dowodów w zakresie odnoszącym się do informacji z odwołania Konsorcjum Multiconsult, a który to zakres wymaganych informacji został szczegółowo sprecyzowany w przedmiotowym wezwaniu zamawiającego, tj. w

zakresie wykazania sposobu dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia w odniesieniu do osoby Pana T. J. oraz potwierdzenia doświadczenia Pana T. J. oraz Pana T. K. . Jednocześnie zamawiający podkreślił, że uzyskane wyjaśnienia stanowić będą podstawę do decyzji odnośnie dalszych czynności w postępowaniu, w szczególności w zakresie zajęcia stanowiska procesowego względem odwołania.

W odpowiedzi wykonawca SAFEGE w dniu 10 września 2020 roku złożył stosowne wyjaśnienia i dokumenty.

W dniu 28 września 2020 roku zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 7 ust. 1 Pzp, stwierdzając, że: *„W związku z licznymi wątpliwościami w postępowaniu, Zamawiający unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i podejmuje działania wyjaśniające (...)”*. Także w dniu 28 września 2020 roku zamawiający w związku z udzielonymi wyjaśnieniami w dniu 10 września 2020 r. oraz działając na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 2f ustawy Pzp wezwał wykonawcę SAFEGE, do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z art. 26 ust. 2f ustawy Pzp.

Wykonawca SAFEGE złożył w dniu 5 października br. wyjaśnienia wraz z dokumentami.

W dniu 9 października 2020 roku zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez wykonawcę SAFEGE S.A.S. W uzasadnieniu faktycznym i prawnym swojej decyzji zamawiający podał, co następuje: *„W związku z licznymi wątpliwościami w postępowaniu, Zamawiający w dniu 28 września 2020 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie podjął działania wyjaśniające poprzez wezwanie Wykonawcy SAFEGE S.A.S. do złożenia wyjaśnień. Wykonawca złożył wyjaśnienia w wymaganym terminie. Wykonawca w swojej ofercie w Załączniku nr 1B do Formularza ofertowego wykazał cztery inwestycje jako dodatkowe doświadczenie zawodowe, w ramach kryterium oceny ofert Podkryterium D4 – Doświadczenie zawodowe osoby planowanej do zaangażowania (w Zespole Zmiennym Inżyniera Kontraktu) w charakterze Inspektora Nadzoru w Specjalności Inżynierskiej Mostowej. Zamawiający pierwotnie przyznał Wykonawcy 7 punktów za wskazanie dwóch dodatkowych inwestycji. W związku ze złożonymi wyjaśnieniami Wykonawcy, Zamawiający nieuwzględnił inwestycji wykazanej w pkt 4) L.p. 2 Załącznika 1B do Formularza ofertowego, jako spełniającej wymagania Zamawiającego. W związku z tym oferta Wykonawcy SAFEGE S.A.S. uzyskała łącznie 3 pkt w niniejszym kryterium oceny ofert. Dokonana czynność*

wymagała ponownego przeliczenia punktów przyznanych w kryterium oceny ofert. Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta nie podlega odrzuceniu. Cena ofertowa nie przekroczyła środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia (...). Łączna liczba wszystkich punktów, która została przyznana ofercie złożonej przez SAFEGE wyniosła finalnie – 87,63 punkty (C1-50; C2 – 1,63 i D – 36).

Izba zważyła co następuje.

Izba uznała, iż została wypełniona przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Natomiast, stosownie do art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego SAFEGE, iż zarzuty podniesione w odwołaniu odwołujący powinien podnieść w terminie 10-dniowym liczonym od dnia dokonania pierwotnej czynności wyboru oferty wykonawcy SAFEGE jako najkorzystniejszej, tj. liczonym od dnia 19 sierpnia 2020 roku (a zatem upływ terminu na wniesienie odwołania w tym zakresie przypadał na dzień 31 sierpnia 2020 roku). Zarzuty odwołania odnoszą się bowiem do pierwotnie dokonanej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, o czym odwołujący dowiedział się w dniu 19 sierpnia 2020 roku. Pomędzy zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19 sierpnia 2020 roku a informacją z dnia 9 października 2020 roku o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę SAFEGE nie zaistniały nowe okoliczności, nie znane wcześniej odwołującemu, a które uzasadniałyby wniesienie zarzutów w terminie liczonym dopiero od dnia 9 października 2020 roku.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy SAFEGE, pomimo, iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego oraz wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w zakresie kryterium oceny ofert Podkryterium D4,

nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 Pzp, tj. nie dokonując samooczyszczenia, zauważyć należy, co następuje.

Po pierwsze, jak słusznie zauważyli zamawiający i przystępujący, zarzut ten jest oparty na identycznych okolicznościach faktycznych i prawnych, które zostały podniesione uprzednio przez Konsorcjum Multiconsult w odwołaniu wniesionym w dniu 31 sierpnia 2020 roku, tj. w terminie 10 dni liczonym od dnia dokonania pierwotnego wyboru oferty wykonawcy SAFEGE jako najkorzystniejszej. Tym samym, okoliczności te powinny być znane również odwołującemu.

Po drugie, przedstawiając argumentację na odparcie wniosku o odrzucenie odwołania odwołujący (w piśmie procesowym z dnia 29.10.2020 r. i podobnie w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 10.11.2020 r.) podkreślał, że odwołanie zostało wniesione od czynności badania i oceny ofert z dnia 9 października 2020 roku, dlatego wniesienie odwołania w dniu 19 października 2020 roku z całą pewnością nie zostało wniesione po upływie terminu określonego przepisami ustawy. Stwierdził też, że w dniu 9 października 2020 roku zamawiający poinformował o nowej, powtórzonej czynności oceny ofert, przy czym m.in. zmianie uległa ocena oferty przystępującego. A zatem, – w ocenie odwołującego – oczywistym jest, że mamy do czynienia z nową czynnością zamawiającego – zarówno formalnie (nowa czynność jako taka), jak i merytorycznie (inna – nowa ocena oferty przystępującego – co stanowi podstawę faktyczną odwołania). Odwołujący podkreślił, że zgadza się z samą oceną merytoryczną oferty, a okoliczności wskazane przez zamawiającego za prawdziwe i niesporne, a za sporną uważa tylko prawną ocenę tych okoliczności. Ocena, polegająca na przyznaniu 3 pkt w podkryterium D4 i wskazanie na podanie informacji niezgodnych z SIWZ jest nową okolicznością faktyczną, zaistniałą w dniu 9 października 2020 roku. Odwołujący zaznaczył, że nie kwestionuje ustalonego stanu faktycznego, a przedmiotem odwołania jest jedynie ocena prawna zaistniałego stanu faktycznego.

Zatem, odwołujący nie wskazywał, że pomiędzy pierwotnym wyborem oferty najkorzystniejszej z dnia 19 sierpnia 2020 roku a ponownym z dnia 9 października 2020 roku, powziął nowe informacje, nie znane mu wcześniej, które uzasadniałyby wniesienie odwołania w terminie liczonym od ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, a jako nową okoliczność wskazywał inną ocenę punktową oferty wykonawcy SAFEGE w ramach podkryterium D4 (z uwagi na wykazanie dodatkowego doświadczenia niezgodnego z wymaganiami SIWZ), przy czym nie kwestionował samej oceny punktowej, a ocenę prawną dokonaną przez zamawiającego – tj. obniżenie wyłącznie punktacji i zaniechanie wykluczenia wykonawcy.

Izba, w składzie orzekającym, nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż wskazany przez niego stan faktyczny, stanowi, iż zaistniały nowe okoliczności, uzasadniające, że termin na wniesienie odwołania należy liczyć od ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ocena prawna zamawiającego co do kwestii zaniechania wykluczenia wykonawcy SAFEGE nie uległa bowiem zmianie. Zarówno, w ramach pierwotnej czynności, jak i ponowionej, zamawiający w uzasadnieniu faktycznym i prawnym wskazywał, iż: *„Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta nie podlega odrzuceniu.”*. Zamawiający po ponownym badaniu i ocenie ofert uznał jedynie, że oferta przystępującego SAFEGE powinna uzyskać mniejszą liczbę punktów. Ocena zamawiającego co do kwestii podstaw wykluczenia nie uległa w międzyczasie zmianie. Z drugiej zaś strony, odwołujący nie wywodził, że dopiero z dokumentów i wyjaśnień złożonych przez wykonawcę SAFEGE po dacie pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej powziął informacje o okolicznościach, stanowiących podstawę jego zarzutu. Z całą pewnością taką okolicznością, dotyczącą wykonawcy nie może być uznana w tym przypadku kwalifikacja prawna, polegająca na przyznaniu mniejszej liczby punktów, skoro kwalifikacja prawna w zakresie zaniechania wykluczenia nie uległa zmianie. Co więcej, to zamawiający, jako gospodarz postępowania może i powinien dokonać weryfikacji własnych czynności podejmowanych w postępowaniu, w tym naprawić błędy wynikłe w trakcie badania i oceny ofert, ale nie zawsze musi to oznaczać, że będzie się aktualizował termin na wniesienie odwołania.

Mając powyższe na względzie, Izba uznała ww. zarzut za podniesiony z uchybieniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Także, zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Konsorcjum BBF i Konsorcjum Multiconsult na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp należy uznać za spóźnione.

Odwołujący w ramach ww. zarzutów podnosił, że wykonawcy ci wprowadzili zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego oraz wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert, tj. doświadczenia zawodowego kluczowego personelu, planowanego do zaangażowania przy przedmiotowej inwestycji (kryterium D). Okoliczności wskazywane przez odwołującego miały przesądzać o tym, że oferty ww. wykonawców nie powinny uzyskać takiej ilości punktów w ramach kryterium pozacenowego, jaką zamawiający przyznał w ramach podjętej czynności badania i oceny ofert, a z uwagi na złożenie informacji sprzecznych z rzeczywistością w tym zakresie, wykonawcy ci winni zostać wykluczeni z postępowania na

podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp

Słusznie w tym zakresie zamawiający zauważył, że zaskarżona odwołaniem czynność oceny ofert z dnia 9 października 2020 roku nie różni się niczym od oceny poprzedzającej wybór najkorzystniejszej oferty dokonany w dniu 19 sierpnia 2020 roku. Zamawiający w żaden sposób nie zmienił punktacji w zakresie ww. ofert, w tym w ramach kwestionowanego doświadczenia zawodowego, jak również nie prowadził żadnego postępowania wyjaśniającego odnośnie tych ofert. Podkreślić zatem należy, że sytuacja ww. podmiotów w postępowaniu nie uległa żadnej zmianie pomiędzy czynnościami zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 19 sierpnia a 9 października 2020 roku. Tym samym, zarzuty te należy uznać za spóźnione.

Analogiczna sytuacja jest w przypadku zarzutu zaniechania czynności wezwania wykonawców Konsorcjum Multiconsult, SAFEGE i Konsorcjum BBF do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp. Zarzuty w tym zakresie winny zostać podniesione w terminie liczonym od dnia pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 19 sierpnia 2020 roku. Okoliczności nie uległy zmianie po tej dacie. Zamawiający w ramach pierwotnej czynności badania i oceny ofert nie podejmował czynności wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp, nie odrzucił też tych ofert. A zatem, nawet jeśli uznać, że zamawiający istotnie bezpodstawnie zaniechał czynności wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to to zaniechanie istniało od tamtej daty, dlatego też zarzut w tym zakresie jest spóźniony.

Za spóźniony zarzut Izba uznała również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum BBF do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów podmiotowych dotyczących członka konsorcjum.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.).

Przewodniczący: