

Sygn. akt KIO 1542/18

WYROK
z dnia 14 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**
Ewa Kisiel
Bartosz Stankiewicz

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sweco Consulting Sp. z o.o. w Poznaniu, Sweco GmbH w Bremie (Niemcy), Lafrentz Polska Sp. z o.o. w Poznaniu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Świnoujście reprezentowanego przez Prezydenta Miasta Świnoujście działającego jako zarządca drogi publicznej, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MGGP S.A. w Tarnowie, Voessing Polska Sp. z o.o. w Poznaniu zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Miastu Świnoujście reprezentowanej przez Prezydenta Miasta Świnoujście działającego jako zarządca drogi publicznej, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, unieważnienie czynności wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 Pzp wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sweco Consulting Sp. z o.o. w Poznaniu, Sweco GmbH w Bremie (Niemcy), Lafrentz Polska Sp. z o.o. w Poznaniu oraz uznania oferty złożonej przez tych wykonawców za odrzuconą, zarzut naruszenia art. 92 ust. 1-3 Pzp uznaje za niepotwierdzony;
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasta Świnoujście reprezentowaną przez Prezydenta Miasta Świnoujście działającego jako zarządca drogi publicznej, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie i:
 - 2.1. 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. w Poznaniu, Sweco GmbH w Bremie (Niemcy), Lafrentz Polska Sp. z o.o. w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Gminy Miasta Świnoujście reprezentowanej przez Prezydenta Miasta Świnoujście działającego jako zarządca drogi publicznej, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sweco Consulting Sp. z o.o. w Poznaniu, Sweco GmbH w Bremie (Niemcy), Lafrentz Polska Sp. z o.o. w Poznaniu kwotę 19.352 zł 01 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta pięćdziesiąt dwa złote jeden grosz) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 reprezentowana przez Prezydenta Miasta Świnoujście działającego jako zarządca drogi publicznej, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie – zamierza udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, 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 opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 października 2017 r. pod numerem 2017/S 190-389324. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

26 lipca 2018 r. zamawiający przesłał informację o wykluczeniu z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sweco Consulting Sp. z o.o. w Poznaniu, Sweco GmbH w Bremie (Niemcy), Lafrentz Polska Sp. z o.o. w Poznaniu, w związku z czym wykonawcy Ci wnieśli odwołanie 3 sierpnia 2018 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 92 ust. 1 pkt 1-3 Pzp przez niewypełnienie wymagań wskazanego przepisu, tj. brak wymaganego prawem uzasadnienia faktycznego przyczyn wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty w postępowaniu w zawiadomieniu z dnia 26 lipca 2018 r.;
- art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez nieprawidłowe zastosowanie ww. przepisu a w konsekwencji wykluczenie odwołującego z postępowania mimo braku ziszczenia się wobec odwołującego przesłanki wykluczenia określonej w tej normie prawnej;
- ewentualne naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie obligatoryjnego wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów wykazujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu i niezgodne z prawem przedwczesne wykluczenie odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp;
- art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp przez nieprawidłowe zastosowanie tego przepisu jako konsekwencji błędnych czynności opisanych w wyżej i nieuzasadnione odrzucenie oferty odwołującego;

- art. 7 ust. 1 Pzp polegające na przeprowadzeniu postępowania z naruszeniem zasad postępowania, bez zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz bez zachowania zasady przejrzystości postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty;
- dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący żądał również zasądzenia na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego. Nadto wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przed Izbą na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MGGP S.A. w Tarnowie, Voessing Polska Sp. z o.o. w Poznaniu przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosili również wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia TPF Sp. z o.o. w Warszawie i TPF Getinsa Eurostudios w Madrycie, dalej: „Konsorcjum TPF”.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt 7.2.3) lit. b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako: „SIWZ” zamawiający ustalił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące osób, a wykonawca musi wskazać w ofercie osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia i które legitymują się kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i wykształceniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Zamawiający wymagał wskazania jednej osoby proponowanej na stanowisko Inspektor Nadzoru ds. mostowych opisując oczekiwane doświadczenie/wymagania zawodowe:

„Osoba posiadająca uprawnienia budowlane (...) i posiadająca minimum 60 (sześćdziesiąt) miesięcy doświadczenia zawodowego przy realizacji lub zarządzaniu 1. (jednym) lub 2. (dwoma) 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 (pięćdziesiąt milionów euro) netto każde, obejmujących budowę, podwodnego tunelu** komunikacyjnego (drogowego, kolejowego, metra lub tramwajowego) wykonanego metoda drążoną TBM o długości co najmniej 500 (pięćset) m łącznie lub

Osoba posiadająca uprawnienia budowlane (...) i posiadająca minimum 60 (sześćdziesiąt) miesięcy doświadczenia zawodowego przy realizacji lub zarządzaniu 1. (jednym) lub 2. (dwoma) 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 (pięćdziesiąt milionów euro) netto każde, polegających na budowie, przebudowie lub remoncie dróg lub ulic min. GP jednojezdniowych w technologii bitumicznej (zgodnie z definicją) od rozpoczęcia realizacji do wykonania zadania.

Zamawiający wymagał również wskazania jednej osoby proponowanej na stanowisko Inspektor Nadzoru branży sanitarnej o następującym doświadczeniu /wymaganiach zawodowych:

„Osoba posiadająca uprawnienia budowlane (...) i posiadająca minimum 60 (sześćdziesiąt) miesięcy doświadczenia zawodowego przy realizacji lub zarządzaniu 1. (jednym) lub 2. (dwoma) 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 (pięćdziesiąt milionów euro) netto każde, obejmujących montaż instalacji sanitarnych w tunelu komunikacyjnym (drogowym, kolejowym, metra lub tramwajowym) wykonanym metodą drążoną TBM lub

Osoba posiadająca uprawnienia budowlane (...) i posiadająca minimum 60 (sześćdziesiąt) miesięcy doświadczenia zawodowego przy realizacji lub zarządzaniu 1. (jednym) lub 2. (dwoma) zadaniami spełniającymi definicję „dużego projektu” zgodnie z art. 39 Rozporządzenia Rady WE nr 1083/2006 z 11 lipca 2006, tzn. której całkowity koszt przekracza równowartość kwoty 50 mln EUR (pięćdziesiąt milionów Euro) netto każde, polegających na budowie/przebudowie instalacji sanitarnych od rozpoczęcia realizacji do wykonania zadania.

Zamawiający w SIWZ ustalił definicje użytych pojęć (str. 14 i nast.). Wskazał m.in., że:

„Jako wykonanie zadania/usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa przejęcia) lub zakończenia realizacji umowy na świadczenie usług

nadzoru jeżeli zakończenie realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru nastąpiło wcześniej niż wystawienie Świadcstwa Przejęcia (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadcstwa Przejęcia).

Za 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."

Zamawiający żądał złożenia wykazu osób obejmującego następujące informacje: imię i nazwisko, stanowisko, uprawnienia budowlane, doświadczenie, podstawa dysponowania. Zamawiający nie żądał podania dat dotyczących danego doświadczenia powoływanego jako referencyjne.

W wykazie złożonym na wezwanie zamawiającego przy piśmie z 17 maja 2018 r. odwołujący jako kandydata na stanowisko Inspektora Nadzoru ds. Mostowych wskazał Pana D. P., którego doświadczenie zawodowe, potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu opisał następująco:

- 1) Od 13.02.2012 do 31.10.2014 r. - Inspektor nadzoru robót mostowych - „Budowa drogi ekspresowej S3 Gorzów Wielkopolski- Nowa Sól, Podzadanie od węzła Międzyrzecz Południe do węzła Sulechów w km 0+000 - 42+953,96”. Inwestycja spełniająca definicję „dużego projektu”, obejmująca budowę drogi min. GP jednojezdniowej w technologii bitumicznej od rozpoczęcia realizacji do wykonania zadania. Wartość inwestycji: powyżej 50 mln euro netto;
- 2) Od 09.10.2009 do 30.06.2012 - Inspektora nadzoru robót mostowych „Budowa autostrady A2 odcinek Świecko-Nowy Tomyśl - Pełniona funkcja: Inspektor nadzoru robót mostowych”. Inwestycja spełniająca definicję „dużego projektu”, obejmująca budowę drogi min. GP jednojezdniowej w technologii bitumicznej od rozpoczęcia realizacji do wykonania zadania. Wartość inwestycji: powyżej 50 mln euro netto.

Na stanowisko Inspektora nadzoru branży sanitarnej odwołujący wskazał Pana A. G., którego doświadczenie zawodowe opisał następująco:

- 1) Od 05.2013 - 05.2016 - Inspektor Nadzoru Robót Sanitarnych - „Modernizacja toru wodnego Świnoujście-Szczecin (Kanał Piastowski i Mieliński) - etap II, strona wschodnia i zachodnia”. Inwestycja spełniająca definicję „dużego projektu”, obejmująca budowę instalacji sanitarnych od rozpoczęcia realizacji do wykonania zadania. Wartość

inwestycji: powyżej 50 mln euro netto;

- 2) Od 09.06.2010 - do 30.04.2013 - Inspektor Nadzoru Robót Sanitarnych - Budowa falochronu osłonowego dla portu zewnętrznego w Świnoujściu” - Inwestycja spełniająca definicję „dużego projektu”, obejmująca budowę instalacji sanitarnych od rozpoczęcia realizacji do wykonania zadania. Wartość inwestycji: powyżej 50 mln euro netto.

Pismem z 4 czerwca 2018 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp wyjaśnień, polegających na podaniu albo odniesieniu się - w zależności od konkretnej osoby i konkretnego stanowiska:

- daty dzienne „od-do” sprawowania funkcji przez jakąś osobę;
- wyjaśnił rozbieżności pomiędzy podanymi przez odwołującego datami „od-do” pełnienia funkcji przez daną osobę na jakimś zadaniu, a informacjami pozyskanymi przez zamawiającego o datach podpisania kontraktów na budowę tego zadania, lub odpowiednio o datach wydania Świadectw Przejęcia dla zadania.

Pismem z 13 czerwca 2018 r. odwołujący udzielił wyjaśnień. W odniesieniu do doświadczenia zawodowego i dat granicznych uzyskania doświadczenia wskazał, że:

- dla Pana D. P. - podał konkretne, pełne daty dzienne doświadczenia oraz wskazał na brzmienie warunku dla osoby wg zasad SIWZ, czyli, że należało podać daty pełnienia funkcji przez daną osobę na zadaniu, a nie daty podpisania i zakończenia kontraktów na roboty. Wyjaśnił, że opisane w taki sposób doświadczenie kandydata jest dłuższe niż wymagane;
- dla Pana A. G. - podał konkretne pełne daty dzienne doświadczenia oraz potwierdził, że koszt zadania wykazywanego w ramach doświadczenia kandydata, przekracza wymagane 50 mln EUR netto.

W treści pisma odwołujący podniósł również, że w wykazie należało podać daty dotyczące świadczenia usługi przez daną osobę, a nie daty podpisania i zakończenia kontraktów na roboty, że obowiązek podania dat dziennych nie wynika z SIWZ oraz, że Pan D. P. zaczął pełnić funkcję inspektora robót mostowych nie w momencie rozpoczęcia umowy na roboty budowlane, ale od dnia 1 listopada 2009 r.

Pismem z 13 lipca 2018 r. zamawiający wystąpił do odwołującego z kolejnym wezwaniem w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, tym razem żądając m.in. podania stanu faktycznego, jaki miał miejsce w podanych przez odwołującego datach granicznych doświadczenia 6-ciu kandydatów, w tym Pana D. P. i Pana A. G.

Odwołujący pismem z 19 lipca 2018 r. udzielił wyjaśnień, zastrzegając jednak, że czynności zamawiającego mają charakter nadmiernego żądania wobec treści SIWZ. Wyjaśnił, że podane przez niego daty to odpowiednio daty rozpoczęcia i zakończenia pełnienia przez te osoby swoich funkcji na danym zadaniu.

Zamawiający pismem z 26 lipca 2018 r. poinformował o wykluczeniu odwołującego z postępowania i o odrzuceniu jego oferty. Podał, że w przypadku wskazanego na stanowisko Inspektora Nadzoru ds. Mostowych Pana D. P. odwołujący wskazał, że od 13.02.2012 r. do 31.10.2014 r. był on inspektorem nadzoru robót mostowych na „Budowie drogi ekspresowej S3 Gorzów Wielkopolski- Nowa Sól, Podzadanie od węzła Międzyrzecz Południe do węzła Sulechów w km 0+000 - 42+953,96”.

Tymczasem z informacji posiadanych przez zamawiającego wynika, że data rozpoczęcia robót to 18.08.2012 r., zaś podpisanie umowy na konsultanta to 4.08.2012 r. Zamawiający podniósł też, że odwołujący oświadczył, że Pan P. w okresie od 1.11.2009 r. do 30.06.2012 r. pełnił funkcję Inspektora nadzoru robót mostowych na „Budowie autostrady A2 odcinek Świecko-Nowy Tomyśl. Tymczasem zamawiający ustalił, że data rozpoczęcia robót to 29.06.2009 r., zaś data podpisania umowy na konsultanta to 2.07.2009 r.

Zamawiający stwierdził ponadto, że odwołujący podał daty pełnienia przez Pana A. G. funkcji Inspektor Nadzoru Robót Sanitarnych przy „Modernizacji toru wodnego Świnoujście-Szczecin (Kanał Piastowski i Mieliński) - etap II, strona wschodnia i zachodnia” od 2. 05.2013 r. do 30.05.2016 r. Tymczasem zamawiający powziął informacje, że umowa na wykonanie robót została podpisana 7.12.2012 r., zaś umowa na konsultanta 27.08.2012 r.

Zamawiający wskazał, że precyzyjnie w SIWZ określił, co należy rozumieć pod pojęciem okres „rozpoczęcia świadczenia usługi”. W świetle przedstawionych informacji przez odwołującego oraz mając na uwadze precyzyjność zapisów SIWZ w zakresie opisu warunków udziału w postępowaniu i zdefiniowaniu, jak należy rozumieć „rozpoczęcie realizacji”, uznał, że z rozbieżności powyższych dat wynika, że Pan D. P. i Pan A. G. nie pełnili swoich funkcji od rozpoczęcia realizacji. Uzasadniając wykluczenie odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp zamawiający wskazał, że wymienione osoby nie spełniają warunków określonych przez SIWZ, albowiem nie pełniły one swoich funkcji na wskazanych przez odwołującego zadaniach od momentu rzeczywistego rozpoczęcia realizacji inwestycji lub rzeczywistego świadczenia usługi Konsultanta/Inżyniera do jej zakończenia.

Zamawiający podał ponadto, że w oparciu o złożone przez odwołującego dokumenty i wyjaśnienia oraz własne ustalenia stwierdził zaistnienie przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, gdyż wykonawca podał informacje niezgodne ze stanem rzeczywistym, wprowadzające w błąd.

Wobec tak sformułowanej informacji o czynności wykluczenia z postępowania odwołujący wniósł odwołanie.

Przedstawione ustalenia zostały dokonane na podstawie dowodów z dokumentów i pism znajdujących się w dokumentacji postępowania. Inne dowody nie zostały powołane na rozprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym konsorcjum TPF, które zgłosiło swoje przystąpienie po stronie zamawiającego.

Przesłanki przystąpienia uregulowane zostały w art. 185 ust. 2 Pzp, który stanowi, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Przywołana regulacja zawiera niezbędne przesłanki przystąpienia, z których na pierwszy plan wysuwa się interes wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Potwierdza to art. 185 ust. 3 Pzp głosząc, że wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Orzecznictwo przyjmuje, że pojęcie interesu wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje ma szerszy zakres przedmiotowy, niż wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia, jednak nie jest ono nieograniczone.

Zdaniem składu orzekającego wykonawca będzie miał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, jeśli można racjonalnie stwierdzić, że określone orzeczenie Izby będzie miało znaczenie dla danego wykonawcy. Z art. 185 ust. 2 Pzp wynika ponadto, że wskazanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje należy do wykonawcy. Przez wskazanie nie należy rozumieć wyłącznie formalnego oświadczenia stwierdzającego, że zdaniem wykonawcy ma on interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Wskazanie interesu w uzyskaniu określonego rozstrzygnięcia powinno polegać co do zasady na wyłomaczeniu, dlaczego wykonawca upatruje korzyści dla siebie w danym rozstrzygnięciu. Jakkolwiek art. 185 ust. 3 Pzp nakazuje Izbie badanie tej przesłanki, to fakt istnienia interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje nie może wynikać wyłącznie z domniemania składu orzekającego, skoro wykonawca jest zobowiązany do jej wskazania.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego Izba ustaliła, że Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z 24 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 684/18 nakazała wykluczenie z postępowania konsorcjum TPF na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17

Pzp. Rozstrzygnięcie to zostało podtrzymane przez Sąd Okręgowy w Szczecinie, który wyrokiem z 9 lipca 2018 r. sygn. akt VIII Ga 329/19 oddalił skargę konsorcjum TPF.

W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się żadnej korzyści, jaką konsorcjum TPF miałyby odnieść z uzyskania rozstrzygnięcia w danym postępowaniu na korzyść zamawiającego, w sytuacji, gdy sam nie jest już wykonawcą, który ubiega się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu, a postępowanie to zmierza do udzielenia zamówienia innemu wykonawcy. Odmawiając konsorcjum TPF dopuszczenia do udziału w postępowaniu odwoławczym Izba uwzględniła również, że konsorcjum w zgłoszonym przystąpieniu nie wskazało interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, stwierdzając jedynie, że taki interes posiada.

Izba nie rozważała kwestii podniesionej przez zamawiającego na rozprawie, że wprowadzenie w błąd, którego miał dopuścić się odwołujący polegało na złożeniu oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz że brak uzyskania pewności przez zadanie pytania zamawiającemu, co do treści warunku udziału w postępowaniu, jest równoznaczny z co najmniej lekkomyślnością wykonawcy. Zgłaszając te okoliczności zamawiający pominął, że art. 192 ust. 7 Pzp sprzeciwia się rozpoznawaniu zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zarzut to zespół okoliczności faktycznych i prawnych wskazywanych przez wykonawcę w odwołaniu w reakcji na czynność lub zaniechanie zamawiającego. Oczywistym jest, że granice zarzutu wyznacza czynność zamawiającego i argumentacja podniesiona w jej uzasadnieniu. Skoro w informacji o wykluczeniu zamawiający nie wskazał, w czym upatruje lekkomyślności odwołującego, ani nie wskazał oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, jako podstawy wprowadzenia w błąd, nie mogły być one objęte zarzutami odwołania i konsekwencji nie podlegają rozpoznaniu. Izba ocenia bowiem czynność zamawiającego taką jaką była w momencie jej dokonania.

Zakaz rozpoznawania zarzutów nie podniesionych w odwołaniu sprzyja zachowaniu zasady równości stron postępowania odwoławczego oraz kontradiktoryjności samego postępowania.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Wykluczenie z postępowania w sposób oczywisty grozi odwołującemu poniesieniem szkody, traci bowiem możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp znalazł potwierdzenie. Przepis ten stanowi, że zamawiający wyklucza z udziału w postępowaniu 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.

Pojęcie wprowadzenia w błąd zamawiającego ma wprawdzie szerszy zakres przedmiotowy niż pojęcie złożenia nieprawdziwych informacji, obecne w poprzednio obowiązujących przepisach ustawy, jednak jego badanie oparte jest na tych samych pryncypiach i w praktyce oba pojęcia używane są zamiennie. Uzasadnia to wykorzystanie przy wykładni art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp dotychczasowego dorobku orzeczniczego Izby z zastrzeżeniem, że zamawiający nie musi zostać wprowadzony w błąd, wystarczające jest potencjalne zaistnienie takiej sytuacji, o ile dotyczy ona informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Złożenie przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, które uzasadnia wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp musi spełniać trzy kryteria.

Po pierwsze, musi dotyczyć faktów tzn. informacje przedstawione przez wykonawcę powinny prezentować stan rzeczy niezgodny z rzeczywistością lub zmierzać do wywołania u zamawiającego przeświadczenia, że stan rzeczy jest inny niż w rzeczywistości.

Po drugie, stwierdzenie nieprawdziwości informacji powinno nastąpić na podstawie jednoznacznych postanowień dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż tylko w takim przypadku można mówić o wynikającym z lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadzeniu w błąd zamawiającego. Możliwość rozbieżnej interpretacji wymagań zamawiającego powoduje, że przedstawienie określonych informacji przez wykonawcę, nie zawsze może mieć na celu wywołanie błędnego przeświadczenia zamawiającego, istotnego dla decyzji podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Może natomiast *ad casum* wynikać z odmiennego rozumienia określeń użytych przez zamawiającego. Podstawa wykluczenia wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp powinna wynikać z faktów, a nie wyboru jednej z możliwych wykładni niejednoznacznych wymagań zamawiającego.

Po trzecie: ciężar dowodu przesłanek wykluczenia spoczywa na zamawiającym, gdyż on ze swoich twierdzeń o złożeniu informacji wprowadzających w błąd, wywodzi skutek w postaci wykluczenia wykonawcy (art. 190 ust. 1 Pzp, art. 6 k.c.). Nie można przy tym tracić z pola widzenia, że obowiązek dowodowy zamawiającego rozciąga się na wszystkie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Czynność wykluczenia odwołującego z postępowania nie odpowiada żadnemu z wymienionych kryteriów.

Po pierwsze: wskazując początkowe i końcowe daty pełnienia funkcji inspektorów przez Panów D. P. i A. G. odwołujący nie podał informacji niezgodnych z rzeczywistością. Wskazywał w wykazie oraz dwukrotnie udzielanych przez siebie wyjaśnieniach konkretne daty objęcia i zakończenia funkcji na wskazanych inwestycjach, a dat tych zamawiający nie kwestionował. W tej sytuacji nie można też przypisać odwołującemu, że zamierzał wywołać u zamawiającego błędne przeświadczenie, co do dat i okresu wykonywania czynności przez wskazane osoby na powołanych inwestycjach.

Po drugie: wymaganie zamawiającego co do sposobu obliczania daty początkowej, od której należy liczyć wymagany 60-miesięczny okres doświadczenia, nie jest jednoznaczne. Jest ono jasne tylko w tym aspekcie, na który zwróciła uwagę Izba w uzasadnieniu wyroku w sprawie KIO 684/18 tzn. zamawiający sprecyzował, że początek biegu terminu wyznacza albo rozpoczęcie budowy w rozumieniu art. 41 ust. 1 ustawy Prawo budowlane, albo - przy spełnieniu dodatkowych warunków - data rzeczywistego rozpoczęcia świadczenia usługi Konsultanta/Inżyniera. We wskazanym uzasadnieniu Izba nie badała kwestii podmiotowej relewantnej w obecnie rozpoznawanym odwołaniu i nie wskazała, kogo należy rozumieć pod pojęciem „Inżyniera”. Izba nie musiała tego czynić, gdyż przedmiotem sporu było wówczas złożenie przez Konsorcjum TPF informacji niezgodnych z rzeczywistością, a spór dotyczył wyłącznie oceny faktów. Natomiast w badanym postępowaniu zasadniczy spór sprowadza się do ustalenia znaczenia pojęcia „Inżynier”. Zdaniem zamawiającego i przystępującego jest ono synonimem pojęcia Konsultant i oznacza podmiot gospodarczy wyłoniony jako wykonawca usługi nadzoru. Według zamawiającego wymagane doświadczenie inspektorów nadzoru robót sanitarnych i mostowych powinno być liczone albo od dnia podpisania umowy na roboty budowlane, albo od dnia rozpoczęcia rzeczywistego świadczenia usługi przez ten podmiot. Natomiast zdaniem odwołującego Konsultant to wykonawca umowy (tu nie ma sporu z zamawiającym), zaś Inżynier to odpowiednio osoba fizyczna desygnowana przez wykonawcę dane stanowisko inżynierskie. W konsekwencji po myśli odwołującego datą rozpoczęcia realizacji może być data rzeczywistego rozpoczęcia świadczenia usługi przez daną osobę, a nie wykonawcy całego zadania, pod warunkiem, że od daty rozpoczęcia realizacji (czyli podjęcia przez osobę wymaganych i opisanych czynności) do daty wykonania usługi (czyli zakończenia wykonywania tychże czynności przez daną osobę) minęło co najmniej 24 miesiące.

W związku z tym w przypadku osoby sprawującej nadzór w branży sanitarnej lub robót mostowych daty rozpoczęcia należy wiązać z datą podjęcia czynności przez daną osobę:

- data rozpoczęcia robót budowlanych - jeśli w owej dacie już jest zawarta umowa z Konsultantem (albo umowa zamawiający - Inżynier) i Inżynier powołany jest już do

nadzorowania odpowiednich robót branżowych. Sytuacja taka ma miejsce, jeśli dane branże są realizowane od daty rozpoczęcia budowy oraz w tym dniu dana osoba faktycznie rozpoczyna swoje czynności (zwykle zatwierdzeniem przez zamawiającego lub wpisem do dziennika budowy);

- data rzeczywistego rozpoczęcia świadczenia czynności przez Inżyniera - jeśli powoływany jest po dacie rozpoczęcia robót budowlanych.

Ocena prezentowanej argumentacji skłania do przyznania racji odwołującemu, że przy obliczaniu wymaganego okresu doświadczenia wskazanych osób należy wziąć pod rozwagę rzeczywisty okres wykonywania czynności na budowie.

Zdaniem składu orzekającego wymagania zamawiającego stawiane inspektorom robót sanitarnych i mostowych w pkt 7.2.3) lit. b SIWZ może być również wykładane w ten sposób, że 60 miesięcy doświadczenia zawodowego powinno mieścić się w okresie od rozpoczęcia realizacji do wykonania zadania. W tej sytuacji warunek udziału w postępowaniu dotyczyłby wyłącznie inwestycji budowlanych, które były wykonane i nadzorowane w całości, z pominięciem tych, których przedmiotem było dokończenie robót. W takim przypadku okres doświadczenia inspektora danej branży nie musiałby być liczony wyłącznie od rozpoczęcia robót budowlanych, czy podjęcia czynności przez Konsultanta/Inżyniera. Zdaniem Izby taka interpretacja najbardziej odpowiada literalnemu brzmieniu SIWZ oraz celowi formułowania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem specyfiki usług nadzoru.

Pogląd zamawiającego, że jego intencją było, aby wykonawca dysponował osobami, które będą czynne od rozpoczęcia do zakończenia robót budowlanych, czyli będą uczestniczyć w całym procesie inwestycyjnym, nie został jasno wyrażony w SIWZ. Wymagania zamawiającego, wykładane według prezentowanego przez niego rozumienia, nie sprzyjają wyłonieniu takich osób, gdyż w takim przypadku wymagany 60-miesięczny okres doświadczenia nie w każdym przypadku dotyczyłby rzeczywistego, realnie uzyskanego doświadczenia. Specjalista w danej branży podejmuje przypisane mu czynności w momencie, gdy są wykonywane roboty budowlane w danej branży. Odpowiedni inspektorzy branżowi nie są bowiem wymagani przez cały czas trwania inwestycji budowlanej, ale powoływani są w momencie rozpoczęcia lub planowania rozpoczęcia robót z danej branży.

Wskazać należy, że zamawiający nie zdefiniował w SIWZ pojęcia Inżynier. Jeśli – jak twierdził na rozprawie - SIWZ odwołuje się do postanowień FIDIC, które wyprawdają stosowne definicje, to robi to w sposób całkowicie nieczytelny. Natomiast lektura definicji Inżyniera Kontraktu, zamieszczonej na stronie 2 SIWZ, skłania do przekonania, że pojęcie Inżynier jest synonimem pojęcia Inżynier Kontraktu. Zamawiający wskazał bowiem, że Inżynier kontraktu oznacza osobę wyznaczoną przez Konsultanta jako Inżynier do celów kontraktu.

Powyższe prowadzi do konstatacji, że postanowienia SIWZ dotyczące wydarzenia wyznaczającego początek nabywania doświadczenia przez specjalistów branżowych może wyznaczać albo rozpoczęcie robót budowlanych, albo rozpoczęcie świadczenia usługi przez podmiot będący stroną umowy, albo rozpoczęcie świadczenia usług przez osobę fizyczną - Inżyniera kontraktu.

Postanowienia te dają zatem podstawę do trzech różnych interpretacji prezentowanych przez zamawiającego, odwołującego i skład orzekający.

Po trzecie: Nie można pominąć, że w informacji o wykluczeniu odwołującego zamawiający nie oparł się na dokonanej przez siebie wykładni warunków udziału w postępowaniu, która dotyczy rozpoczęcia wykonywania robót budowlanych albo rozpoczęcia świadczenia usługi przez Konsultanta/Inżyniera, czyli zdarzeń faktycznych. Wskazał natomiast daty podpisania umów na roboty budowlane i na usługi Konsultanta, co mając na uwadze treść warunku jest całkowicie bez znaczenia. Przy czym należy podkreślić, że w tym zakresie zamawiający poprzestał jedynie na oświadczeniach co do dat zawieranych umów. Według brzmienia pkt 7.2.3) lit. b SIWZ dla oceny doświadczenia znaczenie ma nie data zawarcia umów, ale data rozpoczęcia wykonywania robót budowlanych lub usług, a daty te nie muszą być tożsame.

Należy również zwrócić uwagę, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp następuje, gdy wprowadzenie w błąd zamawiającego nastąpi skutkiem lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy. Te przesłanki zostały przez zamawiającego przy dokonywaniu czynności wykluczenia całkowicie pominięte.

Powyższe jest wystarczające dla uznania, że brak jest podstaw do wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Z przyczyn powołanych we wcześniejszej części uzasadnienia Izba nie podzieliła wykładni postanowień SIWZ dokonanej przez zamawiającego. W ocenie składu orzekającego z treści wymagania zawartego w pkt 7.2.3) lit. b SIWZ w odniesieniu do inspektora robót mostowych i sanitarnych wynika, że wymagany okres 60-miesięcy powinien być liczony od podjęcia przez daną osobę przypisanych jej czynności. Tak rozumiany warunek udziału w postępowaniu odwołujący bezspornie spełnia.

Konsekwencją naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 Pzp jest potwierdzenie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający sformułował niejednoznaczny warunek udziału w postępowaniu, następnie badał doświadczenie osób wskazanych przez odwołującego żądając informacji, których podanie nie było przewidziane

w SIWZ, a następnie dokonał czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie pozyskanych przez siebie informacji, które nie dotyczyły warunku udziału w postępowaniu. Warunek dotyczył bowiem rozpoczęcia robót budowlanych lub świadczenia usług przez Konsultanta/Inżyniera, nie zaś wskazanych przez zamawiającego dat podpisania umów.

Całkowicie chybiony jest pogląd zamawiającego, że zasady zawarte w art. 7 ust. 1 Pzp wskazują na konieczność wykluczenia odwołującego z racji tez orzeczenia w sprawie KIO 684/18 wydanego w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jak wskazano wcześniej okoliczności poprzedniego sporu odwoławczego były całkowicie inne, zatem zasady zawarte w art. 7 ust. 1 Pzp sprzeciwiają się przenoszeniu ocen zawartych w uzasadnieniu orzeczenia KIO 684/18 na okoliczności tego postępowania odwoławczego.

Skoro odwołujący nie podlega wykluczeniu złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 – 3 Pzp Izba uznała za niepotwierdzony.

Powołane przepisy nie wskazują stopnia szczegółowości informacji o wykluczeniu z postępowania, zatem wypełnienie obowiązku informacyjnego przez zamawiającego powinno być oceniane celowościowo. Celem obowiązku podania przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego informacji o wykluczeniu jest uzyskanie przez wykonawcę wiedzy o przyczynach, dla których zamawiający wykluczył go z postępowania, tak aby mógł ocenić tą czynność i zdecydować, czy dla ochrony swoich praw w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinien wnieść odwołanie.

Uzasadnienie wykluczenia odwołującego z postępowania zawarte w piśmie z 26 lipca 2018 r. należy uznać za wystarczające, gdyż wskazywało kwalifikację prawną dokonaną przez zamawiającego oraz okoliczności faktyczne, na których oparł się zamawiający. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia, które odnosiło się do uzasadnienia sformułowanego przez zamawiającego i zostało rozpoznane w granicach podniesionych w nim zarzutów. Podnoszone przez odwołującego braki uzasadnienia czynności wykluczenia, w tym m.in. braku wskazania na czym polega wprowadzenie w błąd zamawiającego, czy podanie tych informacji nastąpiło wskutek lekkomyślności lub niedbalstwa odwołującego, nie mogą spowodować potwierdzenia zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 - 3 Pzp. Kwestie te mogą mieć i miały znaczenie dla oceny czynności wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Potwierdzenie zarzutów odwołania w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, zatem Izba nakazała zamawiającemu

unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania. Nie nakazano zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, gdyż zarzuty odwołania nie dotyczyły tych czynności.

Czynności nakazane zamawiającemu wynikają z potwierdzonych zarzutów. Izba orzeka w granicach podniesionych zarzutów i adekwatnie do nich formułuje orzeczenie. Izba jest bowiem związana zarzutami, a nie żądaniami odwołania (*arg.a contrario* z art. 192 ust. 7 Pzp). Nakazaniu przez Izbę dokonania przez zamawiającego wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej sprzeciwia się również art. 192 ust. 6 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może nakazać zamawiającemu zawarcia umowy. Wybór oferty najkorzystniejszej co do zasady prowadzi do zawarcia umowy z wykonawcą, który taką ofertę złożył, zatem nakazanie zamawiającemu przez Izbę wyboru oferty danego wykonawcy prowadziłoby do obejścia art. 192 ust. 6 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....

.....