

Sygn. akt: KIO 5/22

## WYROK

z dnia 21 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 03 stycznia 2022r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ZBM S.A., ZDI Sp. z o.o. (ul. Cybernetyki 19B, 02-677 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Mazowiecki Szpital Specjalistyczny Sp. z o.o. (ul. Juliana Aleksandrowicza 5, 26-617 Radom)**

przy udziale Wykonawcy **ECM Group Polska S.A. (ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

### orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Wykonawcy ECM Group Polska S.A.

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Mazowiecki Szpital Specjalistyczny Sp. z o.o. (ul. Juliana Aleksandrowicza 5, 26-617 Radom)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ZBM S.A., ZDI Sp. z o.o. (ul. Cybernetyki 19B, 02-677 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 złotych (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego

2.2. zasądza od Zamawiającego **Mazowiecki Szpital Specjalistyczny Sp. z o.o. (ul. Juliana Aleksandrowicza 5, 26-617 Radom)** na rzecz Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ZBM S.A., ZDI Sp. z o.o. (ul. Cybernetyki 19B, 02-677 Warszawa)** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**UZASADNIENIE**

Zamawiający Mazowiecki Szpital Specjalistyczny Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest świadczenie usług inwestora zastępczego dla inwestycji pn. „Budowa nowego budynku dla Szpitalnego Oddziału Ratunkowego Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego Sp. z o.o. w Radomiu”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 sierpnia 2021 r. pod numerem 2021/S 153-407215.

Odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ZBM S.A. (Lider konsorcjum) ZDI Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 2 i art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę ECM Group Polska S.A., gdyż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na nieprawdziwe informacje przedstawione w ramach dodatkowo punktowanego pozacenowego kryterium oceny ofert oraz warunku udziału w zakresie INRE,
- art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 2 i art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę ECM Group Polska S.A. ze względu na okoliczność, że treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. Rozdziałem XIV ust. 1 SWZ, a niezgodność ta polega na zaoferowaniu w pozacenowym kryterium oceny ofert osoby do realizacji zamówienia, która nie posiada wskazanego w ofercie doświadczenia, co oznacza, że Wykonawca ECM Group Polska S.A. zaoferował Zamawiającemu w ofercie świadczenie, które nie istnieje,
- w zakresie zarzutu ewentualnego, art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 2 i art. 239 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 1 PZP, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy ECM Group Polska S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w zakresie INRE.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenie oferty złożonej przez Wykonawcę ECM Group Polska S.A.,
- 3) w zakresie zarzutu ewentualnego, z ostrożności procesowej: wezwania Wykonawcy ECM Group Polska S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w zakresie INRE, tj. potwierdzających dodatkowo doświadczenie zawodowe nabyte

przez Pana K. R. .

Zamawiający w Rozdziale XIV SWZ opisał kryteria oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Zamawiający wskazał, że przy wyborze oferty będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert i przypisze im znaczenie: Cena - 60%, Dodatkowe doświadczenie zawodowe Inspektorów nadzoru - 40%.

Jednocześnie w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert Zamawiający wskazał, że: „W ramach ww. kryterium Zamawiający przyzna każdemu inspektorowi nadzoru 1 pkt za każde 12 miesięcy pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego przy budowie, przebudowie, rozbudowie lub modernizacji budynku szpitalnego o wartości nie mniejszej niż 40.000.000,00 PLN brutto. Doświadczenie będzie liczone w latach. Każdy z inspektorów nadzoru (reprezentujący daną branżę) może otrzymać punkty. Za każde 12 miesięcy pełnienia funkcji inspektora nadzoru w branży budowlanej, elektrycznej i sanitarnej Wykonawca otrzyma 1 pkt. Punkty te podlegać będą zsumowaniu dla wszystkich trzech branż.

Uwaga: W przypadku gdy jedna osoba pełniła nadzór inwestorski w kilku branżach osobno przyznawane będą punkty dla każdej z branż. Zamawiający określa maksymalną liczbę punktów, jaką może uzyskać Wykonawca za to kryterium - 40 punktów."

Ponadto Zamawiający doprecyzował, że: „Ocena punktowa w kryterium „Dodatkowe doświadczenie zawodowe Inspektorów nadzoru" dokonana zostanie na podstawie zadeklarowanego doświadczenia przez Wykonawcę w załączniku nr 5 do swz i przeliczona według wzoru opisanego w tabeli powyżej. Zamawiający określa maksymalną liczbę punktów jaką może uzyskać Wykonawca za to kryterium na poziomie - 40 punktów. Brak podania w załączniku nr 5 wymaganych danych jest równoznaczne z przyznaniem przez Zamawiającego „0" punktów w ramach ww. kryterium oceny ofert. Zamawiający wyjaśnia, iż Załącznik nr 5 do swz pn. „Oświadczenie o dodatkowym doświadczeniu inspektorów nadzoru", nie stanowi elementu katalogu dokumentów, o których mowa w art. 125 ust.1 Pzp, wobec przedmiotowego dokumentu nie znajdują zastosowania reguły opisane w art. 128 Pzp. Wykonawca zobowiązany jest do podania wszystkich niezbędnych informacji do przyznania punktów w w/w kryterium. Zamawiający określa maksymalną liczbę punktów jaką może uzyskać Wykonawca za to kryterium na poziomie - 40 punktów."

Wykonawca ECM Group Polska S.A. dołączył do oferty Załącznik nr 5 do SWZ „Oświadczenie o dodatkowym doświadczeniu posiadanym przez Inspektorów nadzoru". W treści dokumentu został wskazany Pan K. R. wraz z posiadanym doświadczeniem, które zdobył przy wykonywaniu czynności zastępstwa inwestycyjnego przy realizacji projektu inwestycyjnego pn.: „Budowa Szpitala Pediatrycznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego” - zakres inwestycji obejmował budowę budynku szpitala, o wartości robót 364

000 000,00 PLN brutto, przez czas trwania inwestycji od 03.2012 do 08.2015, ww. osoba sprawowała funkcję inspektora nadzoru w branży elektrycznej.

Zamawiający w Rozdziale V ust. 5 lit. b ppkt 3 SWZ opisał warunek udziału w zakresie INRE, który brzmiał (brzmienie nadane zmianą treści SWZ z dnia 23 sierpnia 2021 r.): „b. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował osobami, które zostaną skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiającymi realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, w tym: 3) Jedną osobę pełniącą funkcję inspektora nadzoru robót elektrycznych, posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń lub, lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie przepisów Prawa budowlanego lub równoważne, dopuszczalne jest wykazanie się równoważnymi uprawnieniami wystawionymi na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: elektrycznych i elektroenergetycznych oraz posiadającą co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku inspektora nadzoru lub kierownika robót, która w okresie ostatnich 7 lat, przez okres minimum 12 miesięcy, pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego przy realizacji minimum jednej inwestycji polegającej na budowie, rozbudowie, przebudowie, remoncie lub modernizacji budynku użyteczności publicznej (obejmującej w swym zakresie instalacje elektryczne, p.poż, ewakuacyjne, teletechniczne, telekomunikacyjne, przywoławcze i alarmowe) o kubaturze całkowitej nie mniejszej niż 12 000 m<sup>3</sup> lub powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 4 000 m<sup>2</sup> i o wartości inwestycji min. 60 000 000 zł brutto;”

Wykonawca ECM Group Polska S.A. w odpowiedzi na wezwanie z art. 126 ust. 1 PZP z 25 listopada 2021 r. złożył m.in. „Wykaz osób którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”. W treści dokumentu na potwierdzenie warunku udziału w zakresie INRE został wskazany tylko Pan K. R. . Jednocześnie Wykonawca w ramach doświadczenia ww. osoby, wskazał m.in. następujące zamówienie: „03.2012 08.2015 Inspektor nadzoru w branży elektrycznej „Budowa Szpitala Pediatrycznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego zakres inwestycji obejmował budowę budynku szpitala.”

Wykonawca ECM Group Polska S.A. jako wykonawca realizował na rzecz Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego umowę pn. „Świadczenie usług Inwestora zastępczego dla realizacji inwestycji pod nazwą „Budowa Szpitala Pediatrycznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego”, w ramach której - wg oświadczeń - Pan K. R. pełnił funkcję Inspektora nadzoru robót elektrycznych. W związku z czym posiadał pełną wiedzę na temat kadry realizującej zamówienie na rzecz WUM i wszelkich okolicznościach faktycznych

związanych z realizacją tej umowy.

Jednocześnie w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (JEDZ) złożonym wraz z ofertą, ECM na pytanie: Czy wykonawca może potwierdzić, że: nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) nie zataił tych informacji; c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia? Zaznaczył „TAK”.

Zamawiający 10 listopada 2021 r. skierował do inwestora, tj. do Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego (WUM) zapytanie mailowe mające na celu weryfikację prawdziwości m.in. wskazanego na potrzeby pozacenowego kryterium oceny ofert doświadczenia Pana K. R. . W odpowiedzi 22 listopada 2021 r. WUM odpowiedział: „W zasobach WUM dysponujemy jedynie zgłoszeniem kandydatury Pana K. R. na Inspektora robót elektrycznych i naszą akceptacją, natomiast nie odnaleziono dokumentów potwierdzających, że Pan K. R. fizycznie pełnił funkcję Inspektora nadzoru robót elektrycznych na przedmiotowej inwestycji budowlanej.”

Zamawiający w ramach badania ofert zaakceptował doświadczenie Pana K. R., zarówno wskazane na potrzeby pozacenowego kryterium oceny ofert (otrzymał za nie 3 pkt), jak również na potrzeby spełnienia warunku udziału w zakresie INRE (decydowało ono o spełnieniu tego warunku), wybierając pierwotnie ofertę Wykonawcy ECM Group Polska S.A. jako najkorzystniejszą w dniu 1 grudnia 2021 r.

Złożone przez Odwołującego dokumenty potwierdzają, że Pan K. R. był zgłoszony przez Wykonawcę ECM Group Polska S.A. do pełnienia funkcji inspektora nadzoru robót elektrycznych i uzyskał akceptację WUM. Okoliczność ta jest bezsporna i została wykazana dowodami w postaci: Skanu pisma z dnia 5 marca 2012 r. skierowanego przez WUM do Wykonawcy ECM Group Polska S.A. ECM, Skanu pisma z dnia 18 kwietnia 2012 r. skierowanego przez Wykonawcę ECM Group Polska S.A. do WUM.

Jak wskazał Odwołujący, ostatecznie Wykonawca ECM Group Polska S.A. wskazał do pełnienia takiej funkcji Pana R. G. i to on pełnił taką funkcję przez cały okres realizacji. Odwołujący dokonał weryfikacji ww. doświadczenia Pana K. R. wskazanego przez

Wykonawcę ECM Group Polska S.A. i w rzeczywistości funkcję Inspektora Nadzoru Robót Elektrycznych w zamówieniu pn. „Świadczenie usług Inwestora zastępczego dla realizacji inwestycji pod nazwą „Budowa Szpitala Pediatrycznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego” pełnił Pan R. G. . Potwierdza to szereg dokumentów związanych z realizacją tamtego procesu inwestycyjnego. Odwołujący w tym zakresie złożył jako dowody: Skan części Dziennika Budowy nr 292/2011, Tomu I, wydanego w dniu 23 sierpnia 2011 r., Skan części Dziennika Budowy nr 57/2015, Tomu X, wydanego w dniu 5 marca 2015 r., Skan protokołu odbioru końcowego z 2015 r., podpisanego m.in. przez Pana R. G. jako inspektora nadzoru robót elektrycznych.

W związku z odwołaniem wniesionym przez Odwołującego (sprawa o sygn. akt KIO 3591/21), 17 grudnia 2021 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z 01 grudnia 2021 r. i w tym samym dniu skierował do Wykonawcy ECM Group Polska S.A. wezwanie do wyjaśnienia treści oferty.

Zamawiający żądał wyjaśnienia wątpliwości związanych z doświadczeniem Pana K. R., które zgodnie z przedłożonymi przez Odwołującego ww. dokumentami realizował Pan R. G..

17 grudnia 2021 roku Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych zwrócił się do Wykonawcy ECM Polska S.A. o złożenie wyjaśnień dotyczących treści oferty. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że: „w załączniku nr 4 do SWZ - wykaz osób, którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia oraz w załączniku 5 do SWZ „Oświadczenie o dodatkowym doświadczeniu posiadanym przez inspektorów nadzoru” wskazaliście Państwo m.in.: Pana K. R., który zdobył doświadczenie przy: Wykonywaniu czynności zastępstwa inwestycyjnego przy realizacji projektu inwestycyjnego pn.: „Budowa Szpitala Pediatrycznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego - zakres inwestycji obejmował budowę budynku szpitala, o wartości robót 364 000 000,00 PLN brutto, przez czas trwania inwestycji od 03.2012 do 08.2015, ww. osoba sprawowała funkcję inspektora nadzoru w branży elektrycznej.

W wyniku wniesionego odwołania Zamawiający powziął wątpliwości czy Pan K. R. w okresie od 03.2012 do 08.2015 pełnił funkcję inspektora nadzoru w branży elektrycznej. Z przedłożonych przez Odwołującego dokumentach tj. skanach Dziennika Budowy nr 292/2011, Tomu I, wydanego w dniu 23 sierpnia 2011 r. oraz części Dziennika Budowy nr 57/2015, Tomu X, wydanego w dniu 5 marca 2015 r. A także protokołu odbioru końcowego z 2015 r., widnieje podpis Pana R. G. jako inspektora nadzoru branży elektrycznej. W związku z powyższymi informacjami prosimy o wyjaśnianie zaistniałych wątpliwości.”

22 grudnia 2022 roku Wykonawca ECM Polska S.A. złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że: „sporny zakres usługi inwestora zastępczego dla realizacji inwestycji pod nazwą „Budowa

Szpitala Pediatrycznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego" w zakresie branżowego nadzoru inwestorskiego był realizowany przez podwykonawcę – Z. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Nadzory i Usługi Budowlane Z. B. . Oświadczenia składane w ofercie wynikają z danych wcześniej przekazanych bezpośrednio przez podwykonawcę. ECM Group Polska S.A., nie dysponuje archiwum z dokumentacją dot. realizacji tej inwestycji z uwagi na fakt, że całość dokumentacji była przechowywana przez wskazanego podwykonawcę. Niestety w 2019 roku Pani Zo. B. zmarła i ECM Group Polska S.A. nie posiada dostępu do dokumentacji”.

Dalej Wykonawca ECM Polska S.A. wskazał, że: „Umowa zawarta pomiędzy ECM Group Polska S.A. a Warszawskim Uniwersytetem Medycznym na realizację usługi: Świadczenie usług inwestora zastępczego dla realizacji inwestycji pod nazwą „Budowa Szpitala Pediatrycznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego" wymagała od wykonawcy wskazania dwóch osób na stanowiska Inspektora nadzoru Branży Elektrycznej. Punkt IX.2.3) SIWZ potwierdza wymagania zamawiającego w tym zakresie. Zgodnie z wiedzą ECM, Inspektorzy nadzoru dzielili pomiędzy siebie obowiązki związane z nadzorowaniem branży elektrycznej, co wyjaśniałoby brak wpisów w dzienniku jednego z inspektorów”. W tym zakresie jako dowód Wykonawca załączył Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dla postępowania AEZ/S-212/2011.

Wykonawca ECM Polska S.A. wskazał także, że „Nie ulega wątpliwości, że Pan K. R. był zgłoszony i zaakceptowany przez Zamawiającego do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru w branży elektrycznej. ECM pismem z dnia 01.03.2021 r., dokonał zmiany personelu wskazanego w ofercie wskazując na stanowisko inspektora w zakresie branży elektrycznej Pana K. R. . Zamawiający zaakceptował osobę Pana K. R. na stanowisko inspektora w zakresie branży elektrycznej pismem z dnia 05.03.2021r”. W tym zakresie został załączony jako dowód: kopia pisma ECM Group Polska z dnia 01.03.2021 Dowód: kopia pisma WUM z dnia 05.03.2021 r.

Wykonawca ECM Polska S.A. wskazał także że: „Podwykonawca bezpośrednio zarządzał realizacją usługi w zakresie branżowego nadzoru inwestorskiego w tym także w zakresie branży elektrycznej. Umowa podwykonawcza nr 1/BANACHA/ECM/2012 z dnia 27.02.2021r w §6 ust 4 lit h. potwierdza, że Pan K. R. był wskazany jako Inspektor nadzoru w branży elektrycznej. Przywołana umowa została zrealizowana w całości a ECM bez zastrzeżeń do pracy podwykonawcy uregulował wszelkie należne płatności”. Jako dowód została złożona umowa nr 1/BANACHA/ECM/2012 z 27.02.2021r - Tajemnica przedsiębiorstwa.



Wykonawca ECM Polska S.A dodał także, że: „W przypadku gdyby jednak przedstawione dowody i wyjaśnienia zostały ocenione przez Zamawiającego jako niewystarczające, a Zamawiający nadal miałby wątpliwości co do wykazanego doświadczenia, Wykonawca jest gotowy przedstawić uzupełniające doświadczenie Pana K. R. na przedmiotowe stanowisko. Wykonawca w takiej sytuacji obiektywnie uzna czynność korekty punktacji - 3 pkt w zakresie kryteriów oceny ofert „dodatkowe doświadczenie zawodowe Inspektorów nadzoru” jako czynność zgodną z ustawą Pzp. Mając jednak na uwadze brak w postępowaniu fakultatywnych przesłanek w zakresie wykluczenia ze względu na potwierdzenie nieprawdy, utrata części punktów w zakresie kryterium wyboru wykonawcy nie zmieni sytuacji Wykonawcy, a uniemożliwi złożenie kolejnych Odwołań. Oferta ECM Group Polska SA., zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w SWZ nadal będzie najkorzystniejsza, Wykonawca będzie mógł być ponownie wybrany przez Zamawiającego i podpisać umowę na realizację zamówienia. Wykonawca pragnie podkreślić, że działania te nie zostały zaplanowane - jak twierdzi Odwołujący - bowiem doświadczenie Pana K. R. zostało wskazane w ofercie na podstawie przekazanych powyżej danych, wykonawca od lat legitymuje się doświadczeniem Pana R. i wcześniej nie miał w związku z tym żadnych problemów z wykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nadmienić przy tym należy, że w opisie warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający nie wskazał, że podstawą uznania, że dana osoba spełnia wymagania Zamawiającego, będzie wykazanie, że osoba ta wykonywała konkretne czynności, czy dokonywała wpisów w dokumentacji. Tym samym, w ocenie ECM, brak jest podstaw do kwestionowania wykazanego doświadczenia”.

Odwołujący zauważył, że jako dowód w tym zakresie Wykonawca ECM Group Polska S.A. złożył specyfikację istotnych warunków zamówienia, natomiast nie przedłożył żadnych dokumentów z etapu realizacji tej umowy, które udowodniłyby, że Pan K. R. brał udział w jakimkolwiek zakresie. Zdaniem Odwołującego Wykonawca ECM Group Polska S.A. jako strona umowy zarówno z tamtym zamawiającym, jak i Podwykonawcą ZB, musi posiadać takie dokumenty, których z jakichś względów (okoliczności niekorzystne dla ECM?) nie przedłożył Zamawiającemu.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że Wykonawca ECM Group Polska S.A. w wyjaśnieniach skupił się na fakcie, że Pan K. R. został zaakceptowany przez Zamawiającego oraz że umowa podwykonawcza z Podwykonawcą ZB (zawarta w dniu 27 lutego 2012 r.), w swojej treści zawierała Pana K. R. jako osobę wskazaną do realizacji umowy w zakresie branży elektrycznej. Odwołujący podkreślił, że niemal wszystkie dowody przedłożone przez Odwołującego wraz z poprzednim odwołaniem, potwierdzające, że Inspektorem nadzoru

robót elektrycznych był Pan G., zostały wystawione po dacie zawarcia umowy przez Wykonawcę ECM Group Polska S.A. z Podwykonawcą, a tym samym umowa ta nie ma żadnej wartości dowodowej, wobec późniejszych, udowodnionych przez Odwołującego, zaistniałych okoliczności faktycznych.

W ocenie Odwołującego okoliczność, że Wykonawca ECM Group Polska S.A. skonkludował swoje wyjaśnienia stwierdzeniami, że Zamawiający nie uznając jego wyjaśnień za wystarczające mógłby odjąć mu 3 punkty uzyskane za fikcyjne doświadczenie Pana K. R. (co nie wpłynęłoby na wynik Postępowania), Pan K. posiada inne doświadczenie, a jednocześnie że w związku z brakiem stosowania fakultatywnej przesłanki wykluczenia za wprowadzenie Zamawiającego w błąd, nie ma podstaw by wykluczyć go z Postępowania) oznacza, że Wykonawca ten potwierdził, że jego działanie było niewłaściwe i świadome. Składając ofertę posiadał wiedzę, że Podwykonawca nie żyje i rzekomo nie ma dokumentów z etapu realizacji tamtej umowy, niemniej wobec wcześniejszych (brak fakultatywnych przesłanek wykluczenia) oraz późniejszych (treść poszczególnych ofert i liczba przyznanych im punktów) okoliczności, Zamawiający nie ma możliwości odrzucenia jego oferty z postępowania. Jednocześnie przemilczał w wyjaśnieniach moment, na który miał wpływ i który jest kluczowy dla oceny popełnienia przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji, a zatem złożenie oferty i wskazywane w niej informacje.

Odwołujący wskazał także, że Wykonawca ECM Group Polska S.A. odpowiadając na wezwanie Zamawiającego znał już pełną argumentację przedstawioną przez Odwołującego w tym zakresie wraz z dowodami, w poprzednim odwołaniu i dobrze wiedział dlaczego Zamawiający skierował do niego wezwanie. Niemniej nie odniósł się do argumentów Odwołującego, odpowiadając wymijająco. W szczególności w żadnym zakresie nie odniósł się do konkretnych dowodów przedłożonych przez Odwołującego (zamiast tego przedstawił swoje dowody, sprzed realizacji inwestycji).

Zamawiający zaakceptował wyjaśnienia Wykonawcy ECM Group Polska S.A. i 23 grudnia 2021 r. dokonał wyboru oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej

W opinii Odwołującego, praktykę Wykonawcy ECM Group Polska S.A. należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji.

Stosownie do art. 3 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Katalog czynów nieuczciwej konkurencji jest otwarty. W uznk zostały wymienione przykładowe zachowania, które mogą zostać uznane za czyny nieuczciwej konkurencji. Jednym z takich wprost wskazanych w uznk czynów jest ten z art. 14 ust. 1, który polega m.in. na rozpowszechnianiu nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o

swoim przedsiębiorstwie w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Jednocześnie jak doprecyzował ustawodawca w art. 14 ust. 3 pkt 1 uznk, rozpowszechnianiem wiadomości, o których mowa w ust. 1, jest również posługiwanie się nieprzystługującymi lub nieściślymi tytułami, stopniami albo innymi informacjami o kwalifikacjach pracowników. Zdaniem Odwołującego, z taką sytuacją, o której mowa w art. 14 ust. 1 w zw. z ust. 3 pkt 1 uznk, mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu - Wykonawca ECM Group Polska S.A. w sposób celowy wprowadził Zamawiającego w błąd, przedstawiając osobę, która nie posiadała stosownego doświadczenia.

O celowym charakterze działania polegającego na posługiwaniu się nieprawdziwymi informacjami o kwalifikacjach (doświadczeniu w tym przypadku) Pana K. R. zdaniem Odwołującego świadczy fakt, że zamówienie, w ramach którego rzekomo Pan K. pełnił funkcję inspektora nadzoru robót elektrycznych, było realizowane przez Wykonawcę ECM Group Polska S.A. (nie ma znaczenia, że przy pomocy Podwykonawcy, ponieważ wykonawca w pełni odpowiada za działania podwykonawców). Tym samym jest niemożliwe, aby Wykonawca ECM Group Polska S.A. przekazywał informacje Zamawiającemu bez świadomości nieprawdziwego charakteru tych informacji.

Odwołujący wskazał także okoliczność, że Wykonawca ECM Group Polska S.A. pierwotnie próbował utajnić informacje dotyczące wskazanej przez siebie kadry (uzasadnienie zawarte w załączniku do oferty), argumentując, że informacje stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Dopiero zdecydowana reakcja Odwołującego, polegająca na wniesieniu odwołania m.in. na zaniechanie udostępnienia dokumentów przekazanych przez Wykonawcę ECM Group Polska S.A. (postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 3028/21) skłoniła Zamawiającego do faktycznego uwzględnienia odwołania i unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz przystąpienia do badania ofert i odtajnienia dokumentów złożonych przez Wykonawcę ECM Group Polska S.A. Wykonawca mając świadomość wprowadzania w błąd Zamawiającego, chciał celowo utrudnić konkurencji weryfikację prawdziwości składanych przez niego wraz z ofertą oświadczeń. Jednocześnie Wykonawca ECM Group Polska S.A. ponownie podjął próbę nieskutecznego utajnienia złożonego wraz z wyjaśnieniami z dnia 22 grudnia 2021 r. dokumentu, tj. umowy z Podwykonawcą. Można zakładać, że nie chciał, by inni wykonawcy zapoznali się z jej treścią. Umowa ta bowiem wprost zaprzecza tezie z wyjaśnień z 22 grudnia 2021 r. o braku dokumentacji, w związku ze śmiercią Podwykonawcy (zwłaszcza paragraf trzynasty, nakładający na Podwykonawcę obowiązek szczegółowego raportowania do Wykonawcy ECM Group Polska S.A. w trakcie realizacji umowy).

Odwołujący podkreślił, że zachowanie Wykonawcy ECM Group Polska S.A. wyczerpuje

również znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk. Wykonawca, który celowo, rażąco niedbale, a nawet nieumyślnie, przekazuje Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością (mając do nich całkowity dostęp, jako właściciel tych informacji), dążąc do uzyskania jak największej liczby punktów w kryterium oceny ofert, dopuszcza się niewątpliwie działania sprzecznego z prawem i dobrymi obyczajami. Jego jedynym celem jest uzyskanie zamówienia i wyeliminowanie - w sposób nieuczciwy - konkurencji, która przekazując informacje zgodne z prawdą nie ma szans na uzyskanie zamówienia. W szczególności działania Wykonawcy ECM Group Polska S.A. stoją w rażącej sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców, będącej fundamentem systemu zamówień publicznych. Wynika to z tego, że złożenie doświadczenia kadry, punktowanego jako jakościowe kryterium oceny ofert, musi się odbywać wraz z ofertą i nie podlega uzupełnianiu.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca ECM Group Polska S.A. przekazał nieprawdziwe informacje w stosunku do punktowanej kadry w zakresie doświadczenia Pana R., które w ogóle nie miało miejsca. Miał pełną świadomość tego faktu, ponieważ realizował umowę na rzecz inwestora, w ramach której rzekomo świadczył usługi Pan R. . Informacje te zostały przekazane przez Wykonawcę ECM Group Polska S.A. w celu zyskania nieuczciwej przewagi nad konkurencją i uzyskania zamówienia. Z powyższych względów, uwzględniając szczególny charakter przedmiotu zamówienia, jest to działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami i co najmniej zagrażające interesom innych, rzetelnych wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie takie działanie Wykonawcy ECM Group Polska S.A. jest sprzeczne z prawem. Jak stanowi art. 297 §1 kodeksu karnego, kto w celu uzyskania dla siebie lub kogo innego, od banku lub jednostki organizacyjnej prowadzącej podobną działalność gospodarczą na podstawie ustawy albo od organu lub instytucji dysponujących środkami publicznymi - kredytu, pożyczki pieniężnej, poręczenia, gwarancji, akredytywy, dotacji, subwencji, potwierdzenia przez bank zobowiązania wynikającego z poręczenia lub z gwarancji lub podobnego świadczenia pieniężnego na określony cel gospodarczy, instrumentu płatniczego lub zamówienia publicznego, przedkłada podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę albo nierzetelny dokument albo nierzetelne, pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wymienionego wsparcia finansowego, instrumentu płatniczego lub zamówienia, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. W przedmiotowym stanie faktycznym nierzetelne oświadczenie Wykonawcy ECM Group Polska S.A., dzięki któremu chciało uzyskać jak najwięcej punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert wykazał spełnianie warunku udziału w zakresie INRE, ma istotne znaczenie dla uzyskania zamówienia, a zatem z dużym prawdopodobieństwem może mieścić się w

zakresie powyższej normy prawnej.

Dalej Odwołujący wskazywał, że prawidłowość zakwalifikowania działania Wykonawcy ECM Group Polska S.A. jako czynu nieuczciwej konkurencji potwierdza fakt, że Wykonawca „brnął w nieprawdę” i kontynuował przekazywanie nieprawdziwych informacji Zamawiającemu również w dalszej części postępowania. Bez tego zamówienia Wykonawca ECM Group Polska S.A. nie byłby w stanie wykazać, że Pan K. R. posiada co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku inspektora nadzoru lub kierownika robót.

Odwołujący podkreślał także, że nie jest możliwe sumowanie okresów doświadczenia nabywanych na różnych projektach w tym samym czasie. Pan K. R. posiada łączne doświadczenie zawodowe w wysokości 54 miesięcy (31 miesięcy za okres 09.2013-03.2016 oraz 23 miesiące za okres 11.2016-09.2018). Wprowadzenie w błąd Zamawiającego miało na celu nie tylko uzyskanie dodatkowych punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert, ale również wykazanie spełniania warunku udziału w zakresie INRE.

Odwołujący zauważył, że działanie Wykonawcy ECM Group Polska S.A. będące czynem nieuczciwej konkurencji ma wymierne negatywne skutki nie tylko dla wykonawców konkurujących z nim w postępowaniu, ale również dla Zamawiającego, który wybierając ofertę tego wykonawcy, musi ponieść dodatkowy koszt finansowy. Wykonawca, składając ofertę i oferując świadczenia w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert (takim świadczeniem jest większe doświadczenie osób), adekwatnie podnosi cenę (większa liczba punktów w tym kryterium pozwala zrównoważyć mniej punktów w kryterium cena).

Odwołujący nie zgodził się z argumentacją Wykonawcy ECM Group Polska S.A. zawartą w wyjaśnieniach z 22 grudnia 2021 r., że Zamawiający po prostu może nie przyznać trzech punktów. Jak wyjaśnił Odwołujący, punkty te mają wymierną wartość w cenie jego oferty (przy cenie 1.033.200,00 zł brutto, każdy punkt to 10.332,00 zł brutto dodatkowego kosztu, które musi pokryć Zamawiający). Cena zaoferowana przez Wykonawcę ECM Group Polska S.A. nie może ulec zmianie po upływie terminu składania ofert, ponieważ kwalifikowałoby się to pod niedozwolone negocjacje treści oferty.

Zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia odnoszących się do wprowadzania Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji mających lub mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, tj. opisanych odpowiednio w art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) PZP. W ocenie Odwołującego z całą pewnością ta okoliczność stała się przyczyną bardzo niefrasobliwego podejścia Wykonawcy ECM Group Polska S.A. do przekazywanych Zamawiającemu informacji.

Odwołujący wyjaśnił, że brak wskazania przez Zamawiającego fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku należytej weryfikacji wszystkich oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu, tym bardziej jeśli to te oświadczenia wpływają na wynik danego postępowania, bo umożliwiają uzyskanie dodatkowych punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert oraz potwierdzają spełnienie warunku udziału w zakresie INRE. Nie można uznać, że jeżeli Zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, to nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacje w celu uzyskania zamówienia. Działanie nierzetelnego wykonawcy może wyczerpywać znamiona przestępstwa, o którym mowa w art. 297 §1 kodeksu karnego i przyjęcie interpretacji o niedopuszczalności wyeliminowania z postępowania poświadczającego nieprawdę wykonawcy rodziłoby bardzo niebezpieczną sytuację nie tylko dla Zamawiającego, ale i dla całego interesu publicznego. Mogłoby się bowiem zdarzyć, że w sytuacji, w której Zamawiający np. wskutek przeoczenia swojego pracownika nie wskaże fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, byłby zmuszony do wyboru takiej oferty, w której są zawarte jawnie nieprawdziwe informacje.

Zdaniem Odwołującego, właśnie eliminowaniu takich sytuacji służy przesłanka odrzucenia oferty zawarta w art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP, związana ze złożeniem jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, która zawsze jest stosowana, a nie tak jak w przypadku fakultatywnych przesłanek wykluczenia, wtedy gdy Zamawiający to przewidzi. Wykonawca ECM Group Polska S.A. przekazując Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością, uzyskał przewagę nad pozostałymi wykonawcami, doprowadzając do wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej, co nie może zyskiwać aprobaty, a oferta złożona przez ww. Wykonawcę powinna zostać odrzucona jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu odrzucił ofertę Konsorcjum firm w składzie: Bud-Invent Sp. z o.o. oraz ZUB Inżynier I. G. z powodu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na wprowadzeniu Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczących doświadczenia kadry wskazanej w pozacenowym kryterium oceny ofert. W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien analogicznie podejść do oferty Wykonawcy ECM Group Polska S.A. i odrzucić jego ofertę z tej samej przyczyny.

Przedstawienie nieprawdziwych informacji nie tylko miało na celu uzyskanie dodatkowych punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert, ale również było decydujące dla wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie INRE. Wykonawca ECM Group Polska S.A. przekazywał Zamawiającemu nieprawdziwe informacje kilkakrotnie, na różnych etapach

postępowania, mając dużo czasu na przemyślenie tego, co przekazuje Zamawiającemu, włącznie z ostatnimi wymijającymi wyjaśnieniami z dnia 22 grudnia 2021 r. W ocenie Odwołującego, to obliuguje Zamawiającego, jako stojącego na straży interesu publicznego przy wydatkowaniu środków publicznych, do odrzucenia oferty Wykonawcy ECM Group Polska S.A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP.

Dalej Odwołujący wskazał, że treść udzielonych przez Wykonawcę ECM Group Polska S.A. wyjaśnień z 22 grudnia 2021 r. potwierdziła, że oferta tego Wykonawcy powinna być również odrzucona ze względu na okoliczność, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Kryterium jakościowe dotyczące doświadczenia kadry jest kryterium przedmiotowym, a zatem dotyczącym oferty, a nie właściwości wykonawcy. Temu ostatniemu celowi służą bowiem warunki udziału w postępowaniu. Tym samym doświadczenie kadry, konkretnie wskazane w treści oferty, punktowane w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert jest elementem świadczenia danego wykonawcy, oferowanego zamawiającemu za wskazane wynagrodzenie. Dlatego też każda informacja wskazywana przez wykonawcę w ofercie, dodatkowo punktowana w pozacenowym kryterium oceny ofert, jest elementem świadczenia wykonawcy, nieodłącznym elementem oferty (w związku z tym nie można tych informacji wymieniać, tak jak np. można wymienić wadliwe zaświadczenie z KRK).

Powyższe zdaniem Odwołującego oznacza, że nie można zgodzić się z nonszalancką oceną Wykonawcy ECM Group Polska S.A. zawartą w treści wyjaśnień z dnia 22 grudnia 2021 r., iż nawet jeśli Zamawiającego nie przekonują wyjaśnienia i zostanie uznane, iż Pan K. R. faktycznie nie posiada wskazanego w ofercie doświadczenia, to wystarczy odjąć mu punkty. A i tego w ocenie Wykonawcy ECM Group Polska S.A. nie ma sensu robić, bo dalej jego oferta będzie pierwsza w rankingu ocenionych ofert (czym zdaje się zasugerował się Zamawiający i tak dokładnie postąpił).

Każda z osób wskazanych w pozacenowym kryterium oceny ofert i każde wskazane w przypadku tych osób doświadczenie składa się na świadczenie wykonawcy zaoferowane Zamawiającemu. A jakiegokolwiek zmiany w tym zakresie stanowią zmiany treści oferty i muszą być oceniane przez pryzmat zasady niezmienności ofert po upływie terminu składania ofert Wyjaśnienia Wykonawcy ECM Group Polska S.A. z dnia 22 grudnia 2021 r. wpisują się w próbę podjęcia przez tego Wykonawcę niedozwolonych w świetle PZP negocjacji z Zamawiającym, mających na celu zmianę oferty.

W przypadku pozacenowego kryterium oceny ofert nie ma miejsca na jakiegokolwiek zmiany doświadczenia wskazanej osoby, przedkładania nowych informacji na temat tego doświadczenia czy zmienienia na etapie oceny ofert takiej osoby. W tym przypadku oświadczenia w zakresie dodatkowo punktowanej kadry składają się na świadczenie

zaoferowane przez wykonawcę i ewentualne niezgodności w tym zakresie z treścią SWZ nie skutkują po prostu nieprzyznaniem punktów, ale uznaniem, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. w tym przypadku z Rozdziałem XIV ust. 1 SWZ.

Z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów zawartych w pkt 1 i 2 odwołania, Odwołujący wskazał, że Zamawiający nieprawidłowo uznał, iż Wykonawca ECM Group Polska S.A. spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego, Wykonawca ECM Group Polska S.A. nie spełnia warunku udziału w zakresie INRE, tj. Pan K. R., wskazany do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru robót elektrycznych, nie posiada minimum 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku inspektora nadzoru lub kierownika robót. Wykonawca ECM Group Polska S.A. nie potwierdził, że Pan K. ma co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego. Zgodnie z wyliczeniami Odwołującego, Pan K. R. posiada łączne doświadczenie zawodowe w wysokości 54 miesiące (31 miesięcy za okres 09.2013-03.2016 oraz 23 miesiące za okres 11.2016-09.2018).

Odwołujący wskazał, że w związku z faktem, iż pozacenowym kryterium oceny ofert jest ocena kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (dopuszczalne zgodnie z art. 242 ust. 2 pkt 5 PZP), takie osoby muszą brać udział w realizacji zamówienia. Jest to nierozłączna cecha tego jakościowego kryterium oceny ofert. Każda zmiana osób na etapie realizacji umowy, wskazanych w ofercie wykonawcy w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert, będzie stanowić istotną zmianę umowy w rozumieniu art. 454 ust. 2 PZP. Tym samym warunkiem wprowadzenia takiej zmiany na etapie realizacji umowy będzie zawarcie w umowie szczegółowych zasad związanych ze zmianą takiej osoby. Zamawiający nie przewidział we wzorze umowy stanowiącym załącznik do SWZ, szczegółowej procedury zmiany osób wskazanych w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert. Tym samym, zmiana taka, jako istotna, będzie niedopuszczalna na etapie realizacji umowy. Wykonawca ECM Group Polska S.A. nie ma możliwości na etapie postępowania wskazania innej osoby do pełnienia funkcji inspektora nadzoru robót elektrycznych - w tym zakresie na potwierdzenie spełniania warunku udziału w zakresie INRE, musi przedstawić ewentualne inne doświadczenie Pana K. R. . Wobec faktu, że zgodnie z powyższymi argumentami w realizacji zamówienia musi uczestniczyć Pan K. R., wskazanie innej osoby na potwierdzenie spełniania warunków, byłoby nie tylko podważeniem zasadności stawiania warunku udziału w postępowaniu w zakresie kadry, ale wręcz obejściem weryfikacji podmiotowej wykonawców.

#### **Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.



Odwołujący wykazał zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 2 i art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę ECM Group Polska S.A., gdyż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na nieprawdziwe informacje przedstawione w ramach dodatkowo punktowanego pozacenowego kryterium oceny ofert oraz warunku udziału w zakresie INRE.

Zgodnie z artykułem 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrym obyczajem, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Wykonawca ECM Group Polska S.A. przedstawił w załączniku nr 5 do SWZ w ramach kryterium pozacenowego dodatkowe doświadczenie inspektora nadzoru robót elektrycznych w zadaniu realizowanym na rzecz Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego. Wykonawca realizował umowę pn. „Świadczenie usług Inwestora zastępczego dla realizacji inwestycji pod nazwą „Budowa Szpitala Pediatrycznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego”, w ramach której - wg oświadczenia Wykonawcy - Pan K. R. pełnił funkcję Inspektora nadzoru robót elektrycznych.

Bezspornym pomiędzy stronami jest fakt, że Pan K. R. został zgłoszony jako osoba pełniąca funkcję Inspektora nadzoru robót elektrycznych w ramach prac realizowanych na rzecz Warszawskiego Szpitala Medycznego. Okoliczność ta została wykazana dowodami w postaci: skanu pisma z dnia 5 marca 2012 r., skierowanego przez Warszawski Uniwersytet Medyczny do Wykonawcy ECM Group Polska S.A., skanu pisma z dnia 18 kwietnia 2012 r., skierowanego przez Wykonawcę ECM Group Polska S.A. do Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego.

Zamawiający 10 listopada 2021 r. skierował do inwestora, tj. do Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego (WUM) zapytanie e-mailowe, mające na celu weryfikację prawdziwości m.in. wskazanego na potrzeby pozacenowego kryterium oceny ofert doświadczenia Pana K. R. . W odpowiedzi, w dniu 22 listopada 2021 r. Warszawski Uniwersytet Medyczny odpowiedział: „W zasobach WUM dysponujemy jedynie zgłoszeniem kandydatury Pana K. R. na Inspektora robót elektrycznych i naszą akceptacją, natomiast nie odnaleziono dokumentów potwierdzających, że Pan K. R. fizycznie pełnił funkcję Inspektora nadzoru robót elektrycznych na przedmiotowej inwestycji budowlanej.”

Wobec braku potwierdzenia, że rzeczywiście Pan K. R. pełnił funkcję Inspektora nadzoru robót elektrycznych w przedmiotowej inwestycji budowlanej, Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy ECM Group Polska S.A. o złożenie wyjaśnień. Wykonawca złożył wyjaśnienia, jednocześnie składając SWZ przedmiotowego zamówienia oraz umowę podwykonawczą zawartą z Panią Z. B., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Nadzory i Usługi Budowlane Z. B. . Wykonawca ECM Group Polska S.A. oświadczył, że Pani Z. B. zmarła w 2019 roku, wobec czego Wykonawca ECM Group Polska S.A. nie dysponuje żadnymi dokumentami, które mogłyby potwierdzić, że Pan K. R. pełnił funkcję Inspektora nadzoru robót elektrycznych na przedmiotowej inwestycji budowlanej.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Wykonawca ECM Group Polska S.A. nie przedstawił żadnych okoliczności czy dokumentów, które stanowiłyby potwierdzenie rzeczywistej realizacji przez Pana K. R. funkcji Inspektora nadzoru robót elektrycznych, pomimo iż został wezwany przez Zamawiającego do jednoznacznego wyjaśnienia i potwierdzenia powyższej okoliczności.

Wyjaśnienia Wykonawcy ECM Group Polska S.A. nie są wiarygodne. Jak trafnie zauważył Odwołujący, nie jest możliwe, aby jako Wykonawca ECM Group Polska S.A. nie posiadał żadnego dokumentu potwierdzającego rzeczywiste pełnienie funkcji przez Pana K. R. . Wykonawca ECM Group Polska S.A. nie złożył żadnego raportu - pomimo, że z treści złożonej przez ECM Group Polska S.A. umowy (paragraf 13 umowy) wynikało, że składanie zamawiającemu pisemnych raportów stanowi element realizacji zadania. W tym miejscu należy ponownie zauważyć, że sam zamawiający (Warszawski Uniwersytet Medyczny) jednoznacznie oświadczył, że nie odnalazł żadnych dokumentów potwierdzających, że Pan K. R. fizycznie pełnił funkcję Inspektora nadzoru robót elektrycznych na przedmiotowej inwestycji budowlanej. Skoro zatem obowiązkiem Wykonawcy (w tym inspektora nadzoru robót elektrycznych) było składanie zamawiającemu pisemnych raportów chociażby o stanie zaawansowania inwestycji i takich raportów, dokumentów sporządzonych przez Pana K. R. (lub z jego udziałem) nie odnaleziono, to oznacza, że Pan K. R. nie pełnił fizycznie funkcji Inspektora nadzoru robót elektrycznych na inwestycji budowlanej, realizowanej przez Warszawski Uniwersytet Medyczny.

Wykonawca ECM Group Polska S.A. był zobowiązany wykazać na wezwanie Zamawiającego, że Pan K. R. rzeczywiście pełnił funkcję Inspektora nadzoru robót elektrycznych na przedmiotowej inwestycji budowlanej – w tym celu, dla ostatecznego wyjaśnienia wątpliwości – został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień. Tymczasem w trakcie rozprawy stwierdził, że nie miał obowiązku składać żadnych

dokumentów. Nie złożył również dokumentu w postaci wyciągu z Dziennika budowy, który jednoznacznie mógłby potwierdzić faktyczny udział Pana K. R. w realizacji funkcji Inspektora nadzoru robót elektrycznych na przedmiotowej inwestycji budowlanej. Natomiast dowody złożone przez Odwołującego, w tym dwie strony z Dziennika Budowy z przedmiotowej inwestycji (nr 292/2011, Tomu I, wydane 23 sierpnia 2011 roku, nr 57/2015, Tomu X, wydane 05 marca 2015 roku), jak również protokół odbioru końcowego z 2015 roku, podpisany przez Pana R. G. jako Inspektora nadzoru robót elektrycznych wskazują na fakt, że funkcję Inspektora nadzoru robót elektrycznych pełnił Pan R. G. . Brak jest jakiegokolwiek śladu, aby Pan K. R. rzeczywiście pełnił funkcję Inspektora nadzoru robót elektrycznych na przedmiotowej inwestycji budowlanej. Powyższe okoliczności również potwierdza stanowisko inwestora, tj. Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego (WUM) z 22 listopada 2021 roku.

Oznacza to, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił stanowisko Odwołującego i uznał, że Odwołujący nie dowiódł, że Pan K. R. nie pełnił funkcji Inspektora nadzoru robót elektrycznych na przedmiotowej inwestycji budowlanej. Wykonawca ECM Group Polska S.A. nie przedstawił żadnego dowodu, który potwierdzałby pełnienie przez Pana K. R. funkcji Inspektora nadzoru robót elektrycznych na przedmiotowej inwestycji budowlanej, nie przedstawił nawet oświadczenia pochodzącego od tej osoby. Co więcej, okoliczność, że Wykonawca ECM Group Polska S.A. w treści wyjaśnień stwierdził, że Zamawiający (nie uznając jego wyjaśnień za wystarczające) mógłby odjąć mu 3 punkty uzyskane za doświadczenie Pana K. R. (co nie wpłynęłoby na wynik Postępowania) oznacza, że Wykonawca ten potwierdził, że również w jego ocenie wątpliwy był udział Pana K. R. na przedmiotowej inwestycji, a więc potwierdził również, że jego działanie było niewłaściwe i świadome.

W przeciwieństwie do Wykonawcy ECM Group Polska S.A., Odwołujący złożył szereg dowodów i informacji, które potwierdzają fakt, że Pan K. R. nie pełnił funkcji Inspektora nadzoru robót elektrycznych na przedmiotowej inwestycji budowlanej. Trafnie wskazywał Odwołujący, że Wykonawca ECM Group Polska S.A. jako Wykonawca powinien posiadać dokumentację z realizacji przedmiotowej inwestycji. Nie jest wiarygodne oświadczenie, że Wykonawca ECM Group Polska S.A. nie posiada takiej dokumentacji. Brak złożenia choćby części dokumentacji potwierdza, że Wykonawca ten ma świadomość, że Pan K. R. nie pełnił funkcji Inspektora nadzoru robót elektrycznych na przedmiotowej inwestycji budowlanej.

Trafnie również zauważył Odwołujący, że wykonawca ponosi odpowiedzialność za realizację zadania przez podwykonawcę. Zatem Wykonawca ECM Group Polska S.A. powinien dysponować dokumentacją z realizacji przedmiotowego zadania. Nadto inspektor nadzoru ponosi odpowiedzialność zawodową, zatem także inspektor nadzoru powinien dysponować dokumentacją potwierdzającą, że taką funkcję pełnił. Wykonawca ECM Group Polska S.A.

nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu na faktyczną realizację funkcji Inspektora nadzoru robót elektrycznych przez Pana K. R. .

Powyższe okoliczności jednoznacznie potwierdzają, że Wykonawca ECM Group Polska S.A. nie wykazał, aby Pan K. R. faktycznie pełnił funkcję Inspektora nadzoru robót elektrycznych na przedmiotowej inwestycji budowlanej.

Co więcej, Wykonawca ECM Group Polska S.A. miał pełną świadomość, że Pan K. R. nie pełnił funkcji Inspektora nadzoru robót elektrycznych na przedmiotowej inwestycji budowlanej. Był bowiem wykonawcą i miał realizować umowę na rzecz inwestora.

Mimo to zdecydował się przedstawić w treści oferty w ramach kryterium oceny ofert – a więc w pozycji, która bezpośrednio wpływa na pozycję oferty w postępowaniu – informację o posiadaniu doświadczenia Pana K. R. jako Inspektora nadzoru robót elektrycznych na przedmiotowej inwestycji.

Informacje te zostały przekazane przez Wykonawcę ECM Group Polska S.A. w celu zyskania nieuczciwej przewagi nad konkurencją i uzyskania zamówienia. Z powyższych względów, uwzględniając szczególny charakter przedmiotu zamówienia, jest to działanie sprzeczne z dobrym obyczajem i co najmniej zagrażające interesom innych, rzetelnych wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Sprzeczne z dobrym obyczajem jest również wprowadzenie w błąd Zamawiającego w celu uzyskania zamówienia. Jak wskazano powyżej, Wykonawca ECM Group Polska S.A., jako wykonawca, miał pełną świadomość, że Pan K. R. nie pełnił funkcji Inspektora nadzoru robót elektrycznych na przedmiotowej inwestycji budowlanej. Mimo to, złożył w niniejszym postępowaniu informację/oświadczenie, jakoby Pan K. R. pełnił funkcję Inspektora nadzoru robót elektrycznych na przedmiotowej inwestycji budowlanej. Należy podkreślić, że prawdziwość tej informacji, okoliczność, czy Pan K. R. pełnił funkcję Inspektora nadzoru robót elektrycznych na przedmiotowej inwestycji budowlanej, Wykonawca ECM Group Polska S.A. powinien sprawdzić najpóźniej w chwili złożenia oferty. A brak weryfikacji takiej informacji oznacza, iż Wykonawca nie dochował należytej staranności. Wielokrotnie zostało potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że brak dochowania przez wykonawcę należytej staranności, do której jest on zobowiązany przy złożeniu oferty, nie zwalnia go od odpowiedzialności za wprowadzenie zamawiającego w błąd.

Zgodnie z artykułem 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Wykonawca ECM Group Polska S.A., który celowo lub niedbale przekazał Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością, dążąc do uzyskania jak największej liczby punktów

w kryterium oceny ofert, dopuszcza się niewątpliwie działania sprzeczne z dobrymi obyczajami. Celem było uzyskanie zamówienia i wyeliminowanie - w sposób nieuczciwy - konkurencji, która przekazując informacje zgodne z prawdą, traciła szanse na uzyskanie zamówienia.

Bez wątplenia działanie Wykonawcy ECM Group Polska S.A. naruszało interes innych przedsiębiorców w postępowaniu, którzy mieli utrudniony dostęp do zamówienia. Naruszało także interes Zamawiającego, tak poprzez narażenie go na realizację zamówienia przez osobę nieposiadającą oczekiwanego, większego doświadczenia, jak i poprzez konieczność zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji, gdy ten nie posiada większego doświadczenia.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie przewidział jako podstawy wykluczenia fakultatywnej przesłanki w postaci wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Jednakże Zamawiający dokonał czynności wykluczenia Wykonawcy z postępowania w analogicznej jak w niniejszej sytuacji, tj. Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Bud-Invent sp. z o.o. oraz ZUB Inżynier I. G. z powodu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na wprowadzeniu Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczących doświadczenia kadry wskazanej w pozacenowym kryterium oceny ofert.

Powyższe oznacza, że również Zamawiający uznaje, że sam fakt, że Zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, nie oznacza, że nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacje w celu uzyskania zamówienia. W tym zakresie bowiem sam Zamawiający uznał, że właściwym instrumentem jest przesłanka z artykułu 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem możliwość odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji.

Izba podziela stanowisko, iż „brak wskazania przez Zamawiającego fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku należytej weryfikacji wszystkich oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu, tym bardziej jeśli to te oświadczenia wpływają na wynik danego postępowania, bo umożliwiają uzyskanie dodatkowych punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert oraz potwierdzają spełnienie warunku udziału w zakresie INRE. Nie można uznać, że jeżeli Zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, to nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacji w celu uzyskania zamówienia”. Eliminowaniu nieprawidłowych sytuacji służy przesłanka odrzucenia oferty zawarta w art. 226

ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, związana ze złożeniem jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Treść udzielonych przez Wykonawcę ECM Group Polska S.A. wyjaśnień z dnia 22 grudnia 2021 r. potwierdziła, że oferta tego Wykonawcy nie odpowiada warunkom zamówienia. Trafnie zauważył Odwołujący, że niezgodność polega na zaoferowaniu w pozacenowym kryterium oceny ofert osoby do realizacji zamówienia, która nie posiada wskazanego w ofercie doświadczenia, co oznacza, że Wykonawca ECM Group Polska S.A. zaoferował Zamawiającemu w ofercie świadczenie, które nie istnieje.

W kontekście powyższego, trafne jest stanowisko, że w przypadku pozacenowego kryterium oceny ofert, nie ma miejsca na jakąkolwiek zmianę doświadczenia wskazanej osoby. Nie jest również tak, jak oczekiwałby tego Wykonawca ECM Group Polska S.A., że Zamawiający może nie przyznać trzech punktów w ramach kryterium pozacenowego. Jak trafnie wskazał i obliczył Odwołujący, punkty w tym przypadku mają wymierną wartość w cenie oferty.

Z uwagi na uwzględnienie powyższych zarzutów, a w konsekwencji konieczność odrzucenia przez Zamawiającego oferty Wykonawcy ECM Group Polska S.A., Izba nie rozpoznawała zarzutu podniesionego przez Odwołującego jako zarzut ewentualny, zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 2 i art. 239 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy ECM Group Polska S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w zakresie doświadczenia Inspektora nadzoru robót elektrycznych.

Mając powyższe a uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy §5 pkt 1 oraz §5 pkt 2b), §7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....