

Sygn. akt: KIO 904/20

WYROK
z dnia 4 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: ANTEA POLSKA S.A., BUREAU VERITAS POLSKA sp. z o.o., BUREAU VERITAS ITALI A S.P.A., ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Polskie LNG S.A., ul. Ku Morzu 1, 72-602 Świnoujście,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: ECM Group Polska S.A., TRIUNE ENERGY SERVICES PVT LTD., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **Wiertconsulting Sp. z o.o., ul. Trzebiatowska 29a, 60-432 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie zaproszenia wykonawcy **Wiertconsulting Sp. z o.o.** z siedzibą w Poznaniu do udziału w dialogu technicznym oraz wykluczenie ww. wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp; umarza postępowanie w zakresie zarzutów dotyczących Konsorcjum w składzie: **SGS Polska Sp. z o.o., ELBIS Sp. z o.o., P.U.I. EKO INWEST S.A.** z siedzibą lidera w Warszawie; w pozostałym zakresie oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Polskie LNG S.A., ul. Ku Morzu 1, 72-602 Świnoujście,** i:

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 zamówienie - **Konsorcjum: ANTEA POLSKA S.A., BUREAU VERITAS POLSKA sp. z o.o., BUREAU VERITAS ITALI A S.P.A., ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Polskie LNG S.A., ul. Ku Morzu 1, 72-602 Świnoujście** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: ANTEA POLSKA S.A., BUREAU VERITAS POLSKA sp. z o.o., BUREAU VERITAS ITALI A S.P.A., ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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: Polskie LNG S.A. z siedzibą w Świnoujściu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego pn. „Świadczenie usług inżyniera kontraktu na potrzeby realizacji programu rozbudowy Terminalu LNG im. Prezydenta Lecha Kaczyńskiego w Świnoujściu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 017-038072 w dniu 24 stycznia 2020 r.

Zamawiający, działając na podstawie art. 60d ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej „Pzp”, w dniu 17 kwietnia 2020 r. poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: ANTEA POLSKA S.A., BUREAU VERITAS POLSKA Sp. z o.o. BUREAU VERITAS ITALIA S.P.A. z siedzibą lidera w Katowicach wnieśli odwołanie wobec:

1. oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i przyznaniu ocen spełniania tych warunków,
2. zaniechania wykluczenia wykonawcy WIERTCONSULTING sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu z postępowania z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu,
3. zaniechania wykluczenia wykonawcy WIERTCONSULTING sp. z o.o. z postępowania z uwagi na wprowadzenie w błąd Zamawiającego w zakresie potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu i w kryteriach selekcji,
4. zaniechania wezwania wykonawcy WIERTCONSULTING sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie przekazanych oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i kryteriów selekcji, co skutkowało brakiem wykluczenia tego wykonawcy z postępowania z powodu wprowadzenia w błąd Zamawiającego,
5. zaniechania rzetelnego uzasadnienia wysokości punktacji przy ocenie wniosków złożonych przez wykonawców w ramach kryteriów selekcji określonych w ogłoszeniu, co uniemożliwia Odwołującemu pełne skorzystanie ze środków ochrony prawnej,
6. wskazania, że Zamawiający zaprosi do dialogu wykonawcę WIERTCONSULTING sp. z o.o., a zaniechania wskazania, że Zamawiający zaprosi do dialogu Odwołującego,
7. zaniechania dokonania przez Zamawiającego wezwania konsorcjum SGS do złożenia wymaganego pełnomocnictwa,
8. wskazania, że Zamawiający zaprosi do dialogu konsorcjum SGS i zaniechania wskazania, że Zamawiający zaprosi do dialogu Odwołującego.

Zamawiający, działając na podstawie art. 60d ust. 1 Pzp, poinformował Odwołującego

w dniu 17 kwietnia 2020 r., że na podstawie zasad opisanych w Sekcji II.2.9) ogłoszenia o zamówieniu zaprosi do dialogu czterech wykonawców, którzy wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu, na podstawie rankingu powstałego w oparciu o trzy kryteria selekcji:

1. ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (176 pkt),
 2. Konsorcjum SGS w składzie: SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ELBIS Sp. z o.o. z siedzibą w Rogowcu, P.U.I. EKO INWEST S.A. z siedzibą w Szczecinie (172 pkt),
 3. Konsorcjum Multiconsult w składzie: Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SOFREGAZ SAS z siedzibą w Puteaux (149,5 pkt),
 4. WIERTCONSULTING Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (135 pkt),
- zaś Odwołującego (122 pkt) nie zaprosi do dialogu (na podstawie art. 60d ust. 3 zd. 2 Pzp wykonawcę niezaproszonego do dialogu traktuje się jak wykluczonego z postępowania).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

- a) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia WIERTCONSULTING z postępowania z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w sekcji III.1.3 pkt 3 a;
- b) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia WIERTCONSULTING z postępowania z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w sekcji III. 1.3 pkt 3 i),
- c) art. 7 ust. 1 w zw. z art 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia WIERTCONSULTING z postępowania, w sytuacji gdy wprowadził on w błąd Zamawiającego przy wykazaniu spełnienia ww. warunków udziału w postępowaniu oraz w kryteriach selekcji opisanych w sekcji II.2.9):
 - 1) w Załączniku nr 5 do wniosku „Potencjał kadrowy” na potwierdzenie warunku opisanego w sekcji III. 1.3) pkt 3 lit. a) ogłoszenia, wskazując doświadczenie pana J.K.
 - 2) w Załączniku nr 5 do wniosku: „Potencjał kadrowy” na potwierdzenie warunku opisanego w sekcji III.1.3) pkt 3 lit. i) ogłoszenia, wskazując doświadczenie pana J.K.
- d) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania WIERTCONSULTING do złożenia wyjaśnień dot. oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i kryteriów selekcji,
- e) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 60d ust. 1 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie sporządzenia i udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia faktycznego punktacji przyznanej poszczególnym wykonawcom w ramach kryteriów selekcji, co utrudnia Odwołującemu możliwość skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej,
- f) art. 60d ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wskazanie, że Zamawiający zaprosi WIERTCONSULTING do udziału w dialogu, w sytuacji gdy wykonawca ten powinien zostać

wykluczony z postępowania jednocześnie z dwóch powodów (tj. z powodu braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu i wprowadzenia w błąd Zamawiającego),

g) art. 60d ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wskazanie, że Zamawiający zaprosił konsorcjum SGS do udziału w dialogu, w sytuacji gdy konsorcjum SGS powinno zostać wezwane do złożenia wymaganego pełnomocnictwa, a w razie braku skutecznego uzupełnienia pełnomocnictwa wniosek konsorcjum SGS o dopuszczenie do udziału w dialogu powinien zostać potraktowany jako niezłożony,

h) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3a Pzp, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum SGS do złożenia wymaganego pełnomocnictwa,

i) w konsekwencji - naruszenie art. 60d ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wskazania przez Zamawiającego, że zaprosił do dialogu Odwołującego,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a) dokonania ponownego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym:

- powtórzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i przyznania ocen spełniania tych warunków,

- powtórzenia przyznania punktów w kryteriach selekcji wskazanych w sekcji II.2.9 ogłoszenia,

- wezwania wykonawcy WIERTCONSULTING do złożenia wyjaśnień co do oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji,

- wykluczenia wykonawcy WIERTCONSULTING z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp,

- wezwania Konsorcjum SGS do złożenia wymaganego pełnomocnictwa, a w razie braku skutecznego uzupełnienia pełnomocnictwa uznania, że wniosek Konsorcjum SGS o dopuszczenie do udziału w dialogu nie został złożony,

- w razie gdyby zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia wykonawcy WIERTCONSULTING z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp nie zostały uwzględnione - sporządzenia i udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia faktycznego dla punktacji przyznanej wykonawcom w ramach kryteriów selekcji,

b) zaproszenia Odwołującego do dialogu.

Odwołujący wyjaśnił, że jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia, złożył wniosek o dopuszczenie do postępowania i wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a na potrzeby kryteriów selekcji przedstawił Zamawiającemu oświadczenia i dokumenty pozwalające przyznać punkty kwalifikujące go do zaproszenia do dialogu. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to zaprosiłby Odwołującego do dialogu. Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności przez

Zamawiającego, Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz osiągnięcie zysku w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił następującą argumentację:

Brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia p. J.K

1. Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu wymagał (sekcja III. 1.3. pkt 3) „3. dysponują lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadającymi niezbędne do jego wykonania kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie i wykształcenie, tj.:

a) co najmniej 1 osobą do pełnienia funkcji inżyniera rezydenta (resident) - kierownik zespołu inżyniera kontraktu, posiadającą co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierowniczym, w tym co najmniej 3 lat doświadczenia na stanowisku: inżyniera kontraktu, lub inżyniera rezydenta, lub dyrektora kontraktu, lub zastępcy inżyniera kontraktu, zdobytego przy realizacji co najmniej 2 zadań (budowy lub rozbudowy dla inwestycji przemysłowych i budowlanych o wartości powyżej 100 000 000 PLN brutto każde) realizowanych wg FIDIC (lub innego równoważnego uznanego standardu warunków kontraktu, międzynarodowego lub europejskiego), gdzie na każdym zadaniu ww. funkcja była pełniona przez co najmniej 12 miesięcy, chyba że zadanie zrealizowane było w okresie krótszym niż 12 miesięcy, wówczas ww. funkcja winna być pełniona przez co najmniej połowę okresu trwania zadania;”

Odwołujący wskazał, że p. J.K. posiada rozbudowane CV na LinkedIn. Biorąc pod uwagę Zadanie 2 opisane w Wykazie: „Potencjał Kadrowy” złożonym przez wykonawcę WIERTCONSULTING, zdaniem Odwołującego, w ramach pracy dla Arctic Paper, p. J.K. mógł pełnić rolę Project manager & project Coordinator tylko od 09.2008 - 09.2009, co po zsumowaniu z czasem trwania zadeklarowanym dla Zadania 1 daje okres krótszy niż 3 lata wymagane przez Zamawiającego w ww. warunku udziału w postępowaniu.

Powyższe ma także przełożenie na spełnianie warunków opisanych w sekcji III.1.3) pkt 3 lit. i) ogłoszenia oraz na przyznanie dodatkowych punktów zgodnie z sekcją II.2.9 ogłoszenia.

2. Wykonawca WIERTCONSULTING także nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w sekcji III.1.3) pkt 3 lit.a ogłoszenia, tj. że dysponuje co najmniej jedną osobą do pełnienia funkcji inżyniera rezydenta (resident -Kierownik zespołu Inżyniera Kontraktu), oświadczając Zamawiającemu, że wskazane zadania „(budowy lub rozbudowy dla inwestycji przemysłowych i budowlanych o wartości powyżej 100 mln zł brutto każde) były realizowane wg FIDIC (lub innego równoważnego uznanego standardu warunków kontraktu, międzynarodowego lub europejskiego), gdzie na każdym zadaniu ww. funkcja była pełniona przez co najmniej 12 miesięcy, chyba że zadanie zrealizowane było w okresie krótszym niż 12 miesięcy, wówczas ww. funkcja winna być pełniona przez co najmniej połowę okresu trwania zadania;”

W celu wykazania spełnienia warunków udziału, WIERTCONSULTING w Załączniku

nr 5 do Wniosku: „Potencjał kadrowy”, wskazał dwa zadania.

- Kompleksowa obsługa nadzoru inwestorskiego zadanie pn: „Budowa Parmy Wiatrowej Postolin” wykonana na rzecz: EOLSCA Postolin Sp. z o.o. w Bydgoszczy o wartości 199,722.582.00 zł brutto,

- Budowa bloku gazowo-parowego 2x11 MWe dla Arctic Paper Kostrzyn S.A. wykonana na rzecz: Arctic Paper Kostrzyn S.A. o wartości ponad 110.000.000 zł brutto.

Odwołujący podniósł, że według powszechnie dostępnej wiedzy ww. referencyjne Zadanie 1 nie było wykonywane na warunkach FIDIC, co wynika z dokumentacji przetargowych zamieszczonych do tej pory na stronie EOLiCi.

Powyższe stoi także w sprzeczności z wymogami sekcji III.1.3) pkt 3 lit. i) ogłoszenia.

Zdaniem Odwołującego, należy zwrócić uwagę na treść załącznika nr 5 do wniosku i wyjaśnienia udzielone Zamawiającemu przez wykonawcę WIERTCONSULTING, iż w załączniku nr 5 „Potencjał kadrowy” zaszła oczywista omyłka pisarska polegająca na tym, że jest „Inspektor Kontraktu”, a powinno być „Inżynier Kontraktu”. Wykonawca wyjaśnił, że „wskazany Inżynier Kontraktu w Kontraktach 1 i 2 pełnił funkcję kierowniczą, która polegała na kierowaniu pracą zespołu osób wymaganych w kontrakcie jednocześnie pełniąc funkcję specjalisty ds. FIDIC na ww. zadaniach”.

Odwołujący wskazał, że wg jego wiedzy ww. osoba nie pełniła funkcji Inżyniera Kontraktu na ww. kontraktach, co potwierdzają dane zamieszczone na profilu LinkedIN,

W konsekwencji wykazane doświadczenie nie spełnia wymogów warunków udziału w postępowaniu, jak i kryteriów kwalifikacji oraz stoi w sprzeczności z wymaganiami sekcji III.1.3) pkt 3 lit. i) ogłoszenia.

Według wiedzy Odwołującego bazującej na informacji zamieszczonej na stronie EOUCA POSTOLIN, wykonawcą nadzoru w tej inwestycji był Wiertconsulting Sp. z o.o., zatem tego doświadczenia nie sposób przypisać osobie p. J.K. W okresie wskazanym jako czas pełnienia funkcji oraz okres realizacji zadania, tj.: od 06.2014 - 07 2015 p. J. K. był pracownikiem SGS, a od 07.2015 - 12.2015 p. J.K. był pracownikiem AECOM. Osoba ta nie mogła zatem w tym czasie realizować tego zadania, co także potwierdza wskazywana już treść CV z portalu LinkedIN, w którym ww. osoba nie wymienia takiej inwestycji jak FW Postolin.

Powyższe stoi także w sprzeczności z wymogami sekcji III.1.3) pkt 3 lit. i) ogłoszenia.

Wprowadzenie w błąd Zamawiającego

1) Jak wskazano w pkt 1.1) odwołania p. J.K., przy wykazaniu warunku udziału w postępowaniu, wykonawca WIERTCONSULTING jednocześnie wprowadził w błąd Zamawiającego, co zgodnie z sekcją II.2.9) ogłoszenia przekłada się na możliwość uzyskania punktów w ramach kryteriów selekcji. Zatem wprowadzenie w błąd w kryteriach selekcji ma wpływ na wynik postępowania, gdyż Zamawiający miał obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

2) Jak wskazano w pkt I.2) odwołania p. J.K., przy wykazaniu warunku udziału w postępowaniu, wykonawca WIERTCONSULTING jednocześnie wprowadził w błąd Zamawiającego, co zgodnie z sekcją II.2.9) ogłoszenia przekłada się na możliwość uzyskania punktów w ramach kryteriów selekcji. Zatem wprowadzenie w błąd w kryteriach selekcji ma wpływ na wynik postępowania, gdyż Zamawiający miał obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Jak wykazano powyżej, skoro FW Postolin nie była realizowana wg. FIDIC, to Wiertconsulting wprowadził w błąd Zamawiającego, co do spełnienia warunku opisanego w sekcji III.1.3) pkt 3 lit. a) i i) ogłoszenia.

3) Jak wskazano w pkt 1.3) odwołania p. J.K. przy wykazaniu warunku udziału w postępowaniu, wykonawca WIERTCONSULTING jednocześnie wprowadził w błąd Zamawiającego, co zgodnie z sekcją II.2.9) ogłoszenia przekłada się na możliwość uzyskania punktów w ramach kryteriów selekcji. Zatem wprowadzenie w błąd w kryteriach selekcji ma wpływ na wynik postępowania, gdyż Zamawiający miał obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Jak wykazano powyżej p. J.K był inspektorem nadzoru a nie inżynierem kontraktu, jak wymagano w sekcji III.1.3 Część nr: pkt 3. Kolejną informacją wprowadzającą w błąd są wyjaśnienia tego wykonawcy w powyższym zakresie. Zdaniem Odwołującego jest to oświadczenie wprowadzające w błąd Zamawiającego co do spełnienia wymagań opisanych w sekcji III. 1.3) pkt 3 lit. a) i i) ogłoszenia oraz dla przyznania dodatkowych punktów zgodnie z sekcją II.2.9.

4) Jak wskazano w pkt I.4) odwołania p. J.K. przy wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wykonawca WIERTCONSULTING jednocześnie wprowadził w błąd Zamawiającego, co zgodnie z sekcją II.2.9) ogłoszenia przekłada się na możliwość uzyskania punktów w ramach kryteriów selekcji. Zatem wprowadzenie w błąd w kryteriach selekcji, ma wpływ na wynik postępowania, gdyż Zamawiający miał obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Podsumowując, według wiedzy Odwołującego, p. J.K. nie pełnił funkcji Inżyniera Kontraktu ani Inżyniera Rezydenta, ani Dyrektora Kontraktu, lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu, zdobytego przy inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC pn. Budowa bloku gazowo-parowego 2x11 MWe realizowanej dla Arctic Paper Kosztrzyn S.A. w latach 2006-2010. Tym samym zmaterializowała się przesłanka wykluczenia wykonawcy WIERTCONSULTING z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, z uwagi na złożenie oświadczeń wprowadzających w błąd Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunków opisanych w sekcji III.1.3) pkt 3 lit. a) i i) ogłoszenia oraz w celu uzyskania dodatkowych punktów w kryteriach selekcji opisanych w sekcji II.2.9 ogłoszenia.

Wprowadzenie w błąd Zamawiającego – p. J.K. posiadający 10 - letnie doświadczenie

dla potrzeb kryteriów selekcji (naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp).

W odniesieniu do p. J.K. WIERTCONSULTING zadeklarował, że posiada on 10 lat doświadczenia w ramach realizacji 2 zadań. Na podstawie tej deklaracji Zamawiający naliczył wykonawcy 7 punktów w ramach kryterium oceny: Postolin; 06.2014-12.2015 Arctic Paper: 05.2006 - 01.2010

Ww. zadania nie sumują się jednak do wymaganych 10 lat doświadczenia zadeklarowanego przez WIERTCONSULTING.

Nie znając dat dziennych i licząc pełne miesiące, korzystnie dla wykonawcy (który powinien tu jednak precyzyjnie określić daty, skoro na ich podstawie są przyznawane punkty w kryterium selekcji, co może mieć wpływ na wynik postępowania), to ww. zadania wskazują na 64 miesiące, więc tylko nieco ponad 5 lat, zatem nie 10. Oświadczenie zatem miało wprowadzać w błąd Zamawiającego w celu uzyskania nienależnych punktów w kryterium selekcji. Wykonawca WIERTCONSULTING powinien być zatem wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, z uwagi na złożenie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego co do spełnienia wymagań opisanych w sekcji III.1.3) pkt 3 lit. a) i i) ogłoszenia oraz dla przyznania dodatkowych punktów zgodnie z sekcją II.2.9.

Jak wskazano w pkt 1.1) odwołania, p. J.K. nie był Kierownikiem Zespołu Inżyniera Kontraktu, a tym samym zmaterializowała się przesłanka wykluczenia wykonawcy WIERTCONSULTING z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

W odniesieniu do p. J.K., WIERTCONSULTING zadeklarował, że posiada on 10 lat doświadczenia w ramach realizacji 2 zadań, gdzie wymienił dwa wyżej wykonane zadania. Na podstawie deklaracji Zamawiający naliczył wykonawcy 7 punktów w ramach kryterium oceny: Postolin: 06.2014-12.2015 Arctic Paper: 05.2006-01.2010. Ww. zadania nie sumują się do wymaganych 10 lat doświadczenia.

Z uwagi na ww. deklarację wykonawcy zostały przyznane punkty w kryterium selekcji, zatem, miało to wpływ na wynik postępowania, gdyż wykonawca WIERTCONSULTING powinien być wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z uwagi na złożenie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego co do spełnienia wymagań opisanych w sekcji III.1.3) pkt 3 lit. a) i i) ogłoszenia oraz przyznania dodatkowych punktów zgodnie z sekcją II.2.9. Naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów".

Dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp muszą zostać kumulatywnie spełnione

następujące przesłanki: 1. przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd; 2. błąd polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu; 3. przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Zawarta w ww. przepisie przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji Zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim. Istotne znaczenie ma charakter informacji, gdyż zaznaczyć należy, że w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp ustawodawca wskazał wprost, że norma ta dotyczy wprowadzenia zamawiającego w błąd wyłącznie przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia, spełnianiu warunków lub kryteriów selekcji, a zatem informacji w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu.

W zakresie wprowadzenia w błąd Zamawiającego w obszarze kryteriów selekcji, należy zauważyć iż zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2017 r. (sygn. akt KIO 2292/17) przesłanki, których zaistnienie warunkuje zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp to:

- a) przedstawienie przez wykonawcę informacji, które wprowadzają zamawiającego w błąd;
- b) okoliczność, że informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu przez zamawiającego;
- c) okoliczność, że informacje te zostały przedstawione przez wykonawcę w wyniku jego lekkomyślności lub niedbalstwa.

Zatem, biorąc pod uwagę, że działanie WIERTCONSULTING było co najmniej rażącym niedbalstwem z pewnością spełniła się przesłanka wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp tj, niedbalstwo po stronie WIERTCONSULTING. Zdaniem Odwołującego, brak należytej weryfikacji przez WIERTCONSULTING informacji dotyczących doświadczenia personelu wskazanego na potrzeby kryterium selekcji należy potraktować, jako działanie co najmniej lekkomyślne. WIERTCONSULTING winno było zakładać, że brak zweryfikowania tego doświadczenia może doprowadzić do podania informacji wprowadzających w błąd i godziło się z taką możliwością,

Z tych względów zmaterializowały się przesłanki wykluczenia WIERTCONSULTING z postępowania na podstawie art. 24 ust, 1 pkt 16 i 17 Pzp. Nie dokonując tej czynności, Zamawiający naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp.

Jak podkreśla się w doktrynie, podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w ofercie nie można uznać za „błąd” podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Jednolita i zachowująca aktualność w nowym stanie prawnym w tym zakresie linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej nie pozostawia wątpliwości co do tego, iż możliwość uzupełnienia dokumentów w tym trybie w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji jest wyłączona. Naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy WIERTCONSULTING do złożenia wyjaśnień oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie kryteriów selekcji.

Obowiązek starannego i bezstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności w postępowaniu jest wywodzony z art. 7 ust. 1 i 2 Pzp. Postępowanie musi on prowadzić przy zachowaniu największej możliwej staranności w celu rozwiania wszelkich ewentualnych wątpliwości. Przy ustalaniu stanu faktycznego Zamawiający musi wykorzystać z urzędu wszystkie możliwości, od których zależy stosowanie prawa Unii w konkretnym przypadku. Zamawiający ma obowiązek z własnej inicjatywy prowadzić działania wyjaśniające, zawsze z profesjonalną starannością, sumiennością i bezstronnością. Zaniechanie rzetelnego uzasadnienia wysokości punktacji przy ocenie wniosków w ramach kryteriów selekcji określonych w ogłoszeniu.

Zamawiający nie dokonał sumiennej oceny wniosku WIERTCONSULTING, zatem powstaje uzasadniona wątpliwość co do oceny pozostałych wniosków w kryteriach selekcji. Odwołujący nie jest w stanie odkodować, na podstawie jakich informacji Zamawiający przyznał poszczególnym wykonawcom punkty w kryterium selekcji. Naruszenie art. 60d ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez wskazanie, że Zamawiający zaprosi Konsorcjum SGS do udziału w dialogu, w sytuacji gdy Konsorcjum SGS powinno zostać wezwane do złożenia wymaganego pełnomocnictwa, a w razie braku jego uzupełnienia wniosek Konsorcjum SGS o dopuszczenie do udziału w dialogu powinien zostać potraktowany jako niezłożony, oraz poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum SGS do złożenia wymaganego pełnomocnictwa w terminie wskazanym przez Zamawiającego.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum: ECM Group Polska S.A., TRIUNE ENERGY SERVICES PVT LTD. Z siedzibą lidera w Warszawie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Wykonawca Wiertconsulting Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, uznając stawiane przez Odwołującego zarzuty wobec wniosku Przystępującego za oczywiście bezpodstawne, a czynności podjęte przez Zamawiającego - za prawidłowe i zgodne z przepisami Pzp.

Przystępujący oświadczył, że wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu, a jego wniosek, na podstawie kryteriów selekcji, został zakwalifikowany na tzw. „krótką listę”. Przystępujący uzyskał 135 punktów w rankingu i zajął 4 miejsce, i w konsekwencji został zaproszony do dialogu konkurencyjnego. Odwołujący został zakwalifikowany na 5 miejscu w rankingu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w oparciu o kryteria selekcji, a następnie wykluczony z udziału w postępowaniu. W razie uwzględnienia odwołania, Odwołujący zostałby zakwalifikowany do dialogu konkurencyjnego, a w konsekwencji mógłby uzyskać zamówienie kosztem Przystępującego.

Przystępujący wskazał, że odwołanie jest bezzasadne w całości, a zarzuty opierają się w zasadniczej mierze na domysłach Odwołującego wynikających z niezweryfikowanego źródła, którym jest profil LinkedIn p. J.K..

Przystępujący podniósł, że z uwagi na stan epidemii nie może przedstawić dowodów na potwierdzenie prawidłowości złożonego wniosku i prawidłowości dokonanych przez Zamawiającego czynności, ponieważ część z instytucji/podmiotów, na rzecz których p. J.K. świadczył usługi Inżyniera Kontraktu prowadzi działalność w znacznie ograniczonym zakresie. Dodatkowo, p. J.K. w stosunku do którego doświadczenia zawodowego skierowana jest zasadnicza część zarzutów odwołania, przebywa aktualnie we Francji, w związku z czym kontakt z nim i dostęp do jego referencji jest tymczasowo utrudniony.

W piśmie procesowym z dnia 2 czerwca 2020 r. Przystępujący wyjaśnił, że zgodnie z sekcją III.1.3) pkt 3 lit.a ogłoszenia Zamawiający oczekiwał, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie będą dysponować co najmniej 1 osobą, która spełnia następujące warunki:

- ma 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierowniczym,
- ma 3 lata doświadczenia na jednym z następujących stanowisk: inżyniera kontraktu lub inżyniera rezydenta lub dyrektora kontraktu lub zastępcy inżyniera kontraktu,
- z 3 lat doświadczenia zawodowego, o którym mowa w pkt 2, co najmniej 2 zadania dotyczyły budowy lub rozbudowy dla inwestycji przemysłowych i budowlanych o wartości powyżej 100 000 000 PLN brutto realizowane wg FIDIC (lub innego równoważnego uznanego standardu warunków kontraktu, międzynarodowego lub europejskiego),
- na każdym z 2 zadań, o których mowa w pkt 3, funkcja była pełniona przez co najmniej 12 miesięcy.

Zdaniem Przystępującego, wbrew twierdzeniu Odwołującego, Zamawiający nie wymagał, aby osoba, o której mowa w sekcji III.1.3) pkt 3 lit. a realizowała 2 zadania, które dadzą łącznie 3 lata doświadczenia lecz wymagał co najmniej 2 zadań o łącznym czasie realizacji - 24 miesiące. Pozostałe 12 miesięcy wymagane do 3 lat doświadczenia osoba spełniająca warunek sekcji III.1.3) pkt 3 lit.a mogła zdobyć np. po 6 miesięcy na dwóch innych zadaniach.

Pan J.K., zgodnie z oświadczeniem Przystępującego, dysponuje doświadczeniem

nabytym:

- w okresie 18 mies. 1 tydzień i 3 dni na stanowisku Inspektor Kontraktu (Inżynier Kontraktu) na kontrakcie „Kompleksowa obsługa nadzoru inwestorskiego zadania pn. Budowa Farmy Wiatrowej Postolin” realizowanego na rzecz EOLICA Postolin Sp. z o.o. w Bydgoszczy, wg. standardu „FIDIC lub równoważny” w okresie 05.06.2014 r. – 31.12.2015 r.,

- w okresie 18 mies. 1 tydzień 3 dni na stanowisku Inspektor Kontraktu (Inżynier Kontraktu) na kontrakcie „Budowa Bloku gazowo-parowego 2x11 MWe dla Arctic Paper Kostrzyn S.A. realizowanego na rzecz Arctic Paper Kostrzyn S.A. w Kostrzynie nad Odrą wg. standardu „FIDIC lub równoważny” w okresie 05.06.2014 r. – 31.12.2015 r.,

- w okresie 27 mies. 4 tygodnie 2 dni na stanowisku Inżynier Kontraktu na kontrakcie „Program Inwestycyjny Elektrowni Pomorzany” realizowanego na rzecz PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie wg. standardu „FIDIC lub równoważny” w okresie 01.12.2017 r. – 31.03.2020 r.

Przystępujący przedłożył wraz z pismem:

- umowę z dnia 05.05.2014r.
- protokół rady budowy z dnia 09.10.2014r.,
- schemat organizacyjny do umowy z dnia 05.05.2014r.,
- ogłoszenie o zamówieniu z dnia 07.02.2017 r.,
- umowa z dnia 01.02.2017 r.,
- schemat organizacyjny z dnia 03.11.2017 r.,
- plan komunikacji,
- protokół zdawczo-odbiorczy z dnia 31.01.2020 r.

Powyższe dokumenty potwierdzają w ocenie Przystępującego, że p. J.K. posiada 15 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierowniczym, z czego 3 lata na stanowisku wymaganym przez Zamawiającego. Przystępujący wyjaśnił także, że p. J.K. poza zatrudnieniem w SGS oraz AECOM realizował w tym samym czasie również na rzecz WIERTCONSULTING zlecenie, na mocy którego pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu (Inspektora Kontraktu) dla zadania „Budowa Farmy Wiatrowej Postolin”.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego równoważności FIDIC w zakresie EOLICA POSTOLIN Przystępujący wyjaśnił, że Zamawiający nie wskazał, co rozumie pod sformułowaniem „warunki kontraktowe równoważne” dla warunków kontraktowych FIDIC, nie wyjaśnił, kto i w jakim trybie ma dokonać równoważności warunków kontraktowych FIDIC oraz nie podał, czy warunki te muszą być nazwane. Ponadto, dla realizacji przedmiotu zamówienia nie ma znaczenia, czy będzie on wykonywany w oparciu o ramowe warunki realizacji umowy FIDIC. Istota w tym wypadku dotyczy interpretacji sformułowania „warunki kontraktowe równoważne do FIDIC”, a nie samego FIDIC, jako takiego. Wykonawcy powinni wykazać, że wykonali usługi w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i

doświadczenia. O tym, jaki jest niezbędny zakres do wykazania spełnienia tego warunku decyduje Zamawiający. Skoro Zamawiający uznał, że nie tylko usługi wykonane na podstawie FIDIC, ale również warunków równoważnych do FIDIC są wystarczające do stwierdzenia, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. W ocenie Przystępującego, wymóg polega na tym, aby osoba, która przedstawiła doświadczenie zdobyte jako Inżynier Kontraktu, Inżynier Rezydent, Dyrektor Kontraktu lub Zastępca Inżyniera Kontraktu, realizowała referencyjne zamówienie w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne. Zarówno doświadczenie zdobyte w trakcie realizacji inwestycji w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC jak i Międzynarodowego przetargu konkurencyjnego – International Competitive Bidding (ICB) lub Krajowego Przetargu Nieograniczonego – National Competitive Bidding (NCB) lub inne podobne, umożliwi Zamawiającemu ocenę doświadczenia wykonawców, ponieważ warunki te są w istocie oparte o warunki kontraktowe FIDIC. Ponadto, w Polsce wielokrotnie były realizowane kontrakty, których przedmiotem były roboty, na warunkach zbliżonych do warunków kontraktowych FIDIC, wobec czego wykonawcy posiadają w tym zakresie stosowne doświadczenie i dlatego niezasadnym jest tworzenie zamkniętego katalogu akceptowanych warunków kontraktu, nie wyłączając umów o pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu, Inspektora Kontraktu. Przystępujący wskazał, że doświadczenie osoby, o którym mowa w III.1.3) pkt 3 lit. a jest zbliżone do doświadczenia i odpowiedzialności inspektora nadzoru (określonych w art. 25 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane Dz. U. z 2018 r. poz. 1202 z późn. zm.). Ponadto, funkcja inżynier kontraktu nie jest ustawowo uregulowana. Odwołujący nie wykazał, aby doświadczenie p. J.K. na kontrakcie Budowa Farmy Wiatrowej Postolin jako Inżyniera Kontraktu (Inspektora Kontraktu) różniło się od doświadczenia w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach kontraktu FIDIC (lub równoważnego).

Przystępujący wyjaśnił, że w dniu 30.03.2020 r. Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia informacji dla osoby wskazanej do pełnienia funkcji inżyniera rezydenta (resident). Przystępujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 04.04.2020 r., które nie wzbudziły jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego.

Przystępujący podniósł, że Odwołujący w dniu 05.05.2020 r. został zaproszony przez Zamawiającego do dialogu konkurencyjnego, w związku z czym nie doszło do zaniechania zaproszenia Odwołującego do dialogu.

Zamawiający, pismem z dnia 21 maja 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł, że prawidłowo dokonał oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego, zarzuty są postawione w sposób sprzeczny, tj. z jednej strony żądanie wykluczenia wykonawcy WIERTCONSULTING a z drugiej – zarzut zaniechania wezwania ww. wykonawcy do

wyjaśnień. Zamawiający wyjaśnił, że weryfikując doświadczenie wykonawców na podstawie sekcji III.1.3) pkt 3 ogłoszenia, jak również w ramach przyznawania punktów w kryterium selekcji KS3, zgodnie z sekcją II.2.9) ogłoszenia, opierał się na oświadczeniach złożonych przez wykonawców w wykazie „Potencjał kadrowy”, w taki sam sposób. Zamawiający nie może oceniać spełniania warunków udziału czy też kryteriów selekcji na podstawie informacji zawartych na stronach internetowych, w serwisach typu LinkedIn czy innych portalach społecznościowych, gdyż nie są to wiarygodne źródła informacji.

Na podstawie wykazu „Potencjał kadrowy” Zamawiający nie miał wątpliwości co do doświadczenia p. J.K., a w zakresie, w jakim wątpliwości posiadał (kwestia pełnienia funkcji), wezwał wykonawcę do wyjaśnień, pismem z dnia 30 marca 2020 r. Zamawiający wyjaśnił, że dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i kryteriach selekcji przyjął następującą metodologię:

- a) Zamawiający bazował na oświadczeniu wykonawcy zawartym w wykazie „Potencjał kadrowy” (załącznik nr 5 do wniosku),

W przypadku WIERTCONSULTING Zamawiający w oparciu o złożone oświadczenie stwierdził, że p. J.K. posiada 15 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierowniczym, za co uzyskał 10 pkt w ramach kryterium selekcji KS3 (ogólne doświadczenie zawodowe), co jasno wynika z załącznika nr 1 do informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz 10 lat doświadczenia na wskazanych stanowiskach, za co uzyskał 7 pkt w ramach kryterium selekcji KS3 (szczególne doświadczenie zawodowe), co jasno wynika z treści załącznika nr 1 do informacji o wynikach oceny.

WIERTCONSULTING wskazał dla p. J.K. co najmniej dwa zadania dotyczące budowy lub rozbudowy inwestycji przemysłowych i budowlanych o wartości powyżej 100 mln zł brutto każde, realizowane wg FIDIC (lub innego równoważnego uznanego standardu warunków kontraktu, międzynarodowego lub europejskiego), gdzie na każdym zadaniu ww. wskazana funkcja była pełniona przez co najmniej 12 miesięcy. Zamawiający podkreślił, że z treści ogłoszenia o zamówieniu nie wynika, że wskazane dwa zadania miały potwierdzać (pokrywać) oświadczony przez wykonawcę w wykazie okres „szczególne doświadczenia zawodowe” na opisanych stanowiskach. Ponadto, z treści wykazu bezsprzecznie wynika, że każde ze wskazanych zadań trwało powyżej 12 miesięcy i przez okres co najmniej 12 miesięcy p. J.K. pełnił funkcję inżyniera kontraktu (zgodnie z wyjaśnieniami WIERTCONSULTING z dnia 9 kwietnia 2020 r.).

Zamawiający wyjaśnił, że polegał również na oświadczeniu wykonawcy WIERTCONSULTING w zakresie standardu realizacji zadania, tj. FIDIC, które zostały przywołane jako przykładowe doświadczenie p. J.K. Zamawiający nie powziął w tym zakresie żadnych wątpliwości. Zamawiający dokonał oceny doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko ds. FIDIC analogicznie jak to zostało opisane dla osoby wyznaczonej do pełnienia

funkcji inżyniera rezydenta.

- b) W zakresie doświadczenia zdobytego w konkretnych projektach/kontraktach – wykonawca był zobowiązany do wskazania przykładów realizowanych prac w liczbie minimalnej, tj. co najmniej 2 zadań (sekcja III.1.3) pkt 3 lit.a ogłoszenia / kontrakty (sekcja III.1.3) pkt 3 lit. i ogłoszenia.

Osoba wskazana do pełnienia funkcji inżyniera rezydenta nie musiała wykazać minimalnego 3 letniego „szczególnego doświadczenia zawodowego” w ramach wskazanych dwóch zadań. WIERTCONSULTING w odniesieniu do p. J.K. oświadczył, że ww. osoba zdobyła 10 lat doświadczenia. Co najmniej dwa zadania, trwające przez okres co najmniej 12 miesięcy nie musiały potwierdzać 10 letniego szczególnego doświadczenia zawodowego. Wymóg dwóch wskazanych zadań miał służyć wykazaniu ciągłości i stabilności pełnienia wskazanej funkcji na określonym zadaniu przez osobę dedykowaną na stanowisko inżyniera rezydenta. W ocenie Zamawiającego, nie ma podstaw do interpretacji warunku przyjętej przez Odwołującego.

W odniesieniu do zarzutu niepełnego uzasadnienia przyznanej punktacji w ramach kryteriów selekcji. Zamawiający sporządził i przekazał wykonawcom załącznik nr 1 do informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie wyjaśnił, na czym polegały jego wątpliwości w zakresie przyznania punktów, wobec czego zarzut należy uznać za bezpodstawny.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem nieprawidłowej oceny treści pełnomocnictwa złożonego przez Konsorcjum SGS, które jest prawidłowe i nie wymaga uzupełnienia. Kwestionowane pełnomocnictwo zostało udzielone przez wszystkich trzech członków Konsorcjum SGS w dniu 6 marca 2020 r. na rzecz firmy SGS Polska sp. z o.o., a nie na rzecz osoby fizycznej tj. członka zarządu p. J.S.. Oczywistym jest, że organów osób prawnych nie można utożsamiać z osobami fizycznymi. Na dzień składania wniosku w skład zarządu SGS Polska sp. z o.o. wchodził p. G.U. (członek zarządu) i to on działając jako zarząd tej Spółki, zgodnie z zasadami reprezentacji, złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum: ECM Group Polska S.A., TRIUNE ENERGY SERVICES PVT LTD. Z siedzibą lidera w Warszawie skutecznie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, a wykonawca Wiertconsulting Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu skutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla Programu Rozbudowy Terminalu LNG im. Prezydenta Lecha Kaczyńskiego w Świnoujściu, które obejmować będzie sprawowanie nadzoru inwestorskiego oraz świadczenie usług polegających na zarządzaniu, kontroli, nadzorze i rozliczeniu zadań inwestycyjnych, realizowanych przez wykonawców rozbudowy w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

W ramach Programu Rozbudowy Terminalu LNG im. Prezydenta Lecha Kaczyńskiego w Świnoujściu realizowane mają zostać:

- budowa trzeciego zbiornika do magazynowania procesowego LNG;
- budowa nowego nabrzeża wraz ze stanowiskiem do rozładunku i załadunku LNG na statki;
- budowa systemu załadunku LNG na cysterny kolejowe;
- rozbudowa istniejącego systemu regazyfikacyjnego.

W/w zadania będą dofinansowane z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020, Priorytet: Vii, Działanie: 7.1 w ramach projektu pn.: „Rozszerzenie funkcjonalności Terminalu LNG w Świnoujściu”.

Pełnienie funkcji Inżyniera kontraktu dla w/w zadań inwestycyjnych obejmować będzie sprawowanie nadzoru inwestorskiego oraz świadczenie usług polegających na zarządzaniu, kontroli, nadzorze i rozliczeniu zadań inwestycyjnych, realizowanych przez Wykonawców w formule „zaprojektuj i wybuduj” zgodnie z kontraktem lub kontraktami opartymi o zasady Warunków Kontraktowych FIDIC – „książka żółta” - „Warunki Kontraktowe dla Urządzeń oraz Projektowania i Budowy dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez Wykonawcę” (wydanie 4. angielsko-polskie niezmienione 2008 z erratą) oraz zgodnie z przepisami polskiego prawa.

Zadania będą realizowane przez Wykonawców wybranych przez Zamawiającego w formule „zaprojektuj i wybuduj” („pod klucz”).

Obowiązki IK obejmować będą zarządzanie realizacją inwestycji w następujących obszarach:

1. Zarządzanie i administracja kontraktem / kontraktami z Wykonawcami EPC (ang. „Engineering, Procurement, Construction”).
2. Nadzór nad realizacją zamówień i dostaw/ wykonawstwa / uruchomień i rozruchów oraz procesu usuwania wad (w zależności od potrzeb) - w tym sprawowanie funkcji Nadzoru inwestorskiego w rozumieniu Ustawy prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r.
3. Nadzór procesu przygotowania dokumentacji projektowej, w tym Projektu Budowlanego, dokumentacji wykonawczej oraz powykonawczej.
4. Integracja rozwiązań projektowych (przedkładanych przez Wykonawców EPC) dla całego Programu Rozbudowy, celem zapewnienia spójności poszczególnych projektów składowych na etapie projektowania i realizacji zadań inwestycyjnych, umożliwiającą właściwą i efektywną eksploatację Terminalu LNG po rozbudowie.

W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający postanowił, że zaprosi do dialogu nie więcej niż czterech Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu.

Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, będzie większa niż 4, Zamawiający zaprosi do dialogu wykonawców wpisanych na tzw. „krótką listę”, wyłonionych na podstawie rankingu, który powstanie w oparciu o poniższe trzy kryteria selekcji („KS”):

KS1 - Liczba zamówień spełniających warunek opisany w Sekcji III.1.3) pkt 1 ppkt 1) ogłoszenia– Zamawiający przyzna 2 punkty za każde takie zamówienie.

KS2 - Liczba zamówień spełniających warunek opisany w Sekcji III.1.3) pkt 1 ppkt 2) ogłoszenia– Zamawiający przyzna 1 punkt za każde takie zamówienie.

KS3 - Liczba lat doświadczenia zawodowego każdej z osób spełniających warunek opisany w Sekcji III.1.3) pkt3 lit. „a” – „i” ogłoszenia III.1.3) pkt 3. Zamawiający przyzna:

-1 punkt za każdy rok wymaganego ogólnego doświadczenia zawodowego ponad wymagany w lit. „a” – „i” minimalny, wyrażony w latach okres doświadczenia zawodowego każdej z osób. Zamawiający przyzna punkty za okres do 15 lat ogólnego doświadczenia zawodowego każdej z osób określonej w warunku udziału.

-1 punkt za każdy rok wymaganego szczególnego doświadczenia zawodowego ponad wymagany w lit. „a” – „i” minimalny, wyrażony w latach, okres doświadczenia zawodowego każdej z osób, tj. doświadczenia zdobytego na danych stanowiskach wskazanych w lit. „a”, „b”, „c”, „e”, „f”, „g”, „h”, zespołach wskazanych w lit. „d” oraz podczas realizacji kontraktów opisanych w lit. „i”. Zamawiający przyzna punkty za okres do 15 lat szczególnego doświadczenia zawodowego każdej z osób określonej w warunku udziału.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęło do Zamawiającego 5 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W dniu 17 kwietnia 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców na podstawie art. 60d ust. 1 Pzp, że w oparciu o zasady opisane

w Sekcji II.2.9) ogłoszenia o zamówieniu, zaprosi do dialogu czterech wykonawców, którzy wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu, na podstawie rankingu powstałego w oparciu o trzy kryteria selekcji, w tym wykonawcę ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Konsorcjum SGS w składzie: SGS Polska Sp. z o.o., ELBIS Sp. z o.o., P.U.I. EKO INWEST S.A. z siedzibą Lidera w Warszawie, Konsorcjum Multiconsult w składzie: Multiconsult Polska Sp. z o.o., SOFREGAZ SAS z siedzibą Lidera w Warszawie, wykonawcę WIERTCONSULTING Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. Odwołujący nie został zaproszony do dialogu (zgodnie z art. 60d ust. 3 zd. 2 Pzp, wykonawcę niezaproszonego do dialogu traktuje się jak wykluczonego z postępowania). W dniu 5 maja 2020 r. (po wniesieniu odwołania, w toku procedury odwoławczej) Zamawiający zmienił swoją decyzję z dnia 17 kwietnia 2020 r. i postanowił zaprosić do dialogu wszystkich wykonawców, w tym Odwołującego.

Odwołujący cofnął na rozprawie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 60d ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaproszenie Konsorcjum SGS do udziału w dialogu, w sytuacji gdy Konsorcjum SGS powinno zostać wezwane do złożenia wymaganego pełnomocnictwa, a w razie braku skutecznego uzupełnienia pełnomocnictwa, wniosek Konsorcjum SGS o dopuszczenie do udziału w dialogu powinien zostać potraktowany jako niezłożony, oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3a Pzp, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum SGS do złożenia wymaganego pełnomocnictwa w terminie wskazanym przez Zamawiającego. W powyższym zakresie postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy WIERTCONSULTING z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Warunek udziału w postępowaniu opisany w sekcji III.1.3 pkt 3 a) ogłoszenia polegał na dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadającymi niezbędne do jego wykonania kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie i wykształcenie, tj. co najmniej 1 osobą do pełnienia funkcji inżyniera rezydenta (resident) - kierownik zespołu inżyniera kontraktu), posiadającą co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierowniczym, w tym co najmniej 3 lat doświadczenia na stanowisku: inżyniera kontraktu, lub inżyniera rezydenta, lub dyrektora kontraktu, lub zastępcy inżyniera kontraktu, zdobytego przy realizacji co najmniej 2 zadań (budowy lub rozbudowy dla inwestycji przemysłowych i budowlanych o wartości powyżej 100 000 000 PLN brutto każde) realizowanych wg FIDIC (lub innego równoważnego uznanego standardu warunków kontraktu, międzynarodowego lub europejskiego), gdzie na każdym

zadaniu ww. funkcja była pełniona przez co najmniej 12 miesięcy, chyba że zadanie zrealizowane było w okresie krótszym niż 12 miesięcy, wówczas ww. funkcja winna być pełniona przez co najmniej połowę okresu trwania zadania.

Warunek udziału w postępowaniu opisany w sekcji III. 1.3 pkt 3 i) ogłoszenia polegał na dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadającymi niezbędnymi do jego wykonania kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie i wykształcenie, tj. co najmniej 1 osobą do pełnienia funkcji będących w zakresie inżyniera kontraktu, posiadającą co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego, w tym co najmniej 3 lata podczas realizacji co najmniej 2 kontraktów w branży budownictwa przemysłowego, realizowanych w oparciu o zasady FIDIC, a podczas co najmniej 1 z tych realizacji zajmowała stanowisko kierownicze; Zamawiający dopuścił, aby 1 zamówienie potwierdziło spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w sekcji III. 1.3 pkt 1 ppkt 1 i ppkt 2.

Zamawiający dopuścił, aby warunek opisany w sekcji III. 1.3 pkt 3 lit. „i” spełniała 1 z osób spełniających 1 z warunków opisanych w sekcji III. 1.3 pkt 3 lit. „a”-„h”. Zamawiający dopuścił, aby warunek opisany w sekcji III.1.3 pkt 3 lit. f oraz g spełniała 1 osoba.

Zamawiający dopuścił, aby każdy z warunków opisanych w sekcji III. 1.3 pkt 3 lit. „a- „e” oraz „h” spełniany był wyłącznie przez 1 osobę, tj. nie dopuścił takiego sposobu spełnienia warunków, że 1 osoba spełni więcej niż 1 z wymienionych warunków.

Treść powyższych warunków wraz ze sposobem sformułowania wzoru wykazu „Potencjał Kadrowy” wskazuje jednoznacznie, że doświadczenie zawodowe tzw. specjalistyczne na określonym stanowisku należało wykazać, poprzez oświadczenie wykonawcy co do ilości lat oraz ilości zadań, z tym że w ramach tego doświadczenia musiały być wykazane co najmniej dwa zadania spełniające dodatkowe wymagania określone przez Zamawiającego w treści warunku. Jeśli zatem w formularzu w odniesieniu do warunku z sekcji III.1.3 pkt 3 lit.a wykonawca WIERTCONSULTING wskazał, że 3 lata doświadczenia dana osoba nabyła w ramach wyłącznie dwóch zadań, to oznacza, że łączny okres realizacji wskazanych tych dwóch zadań musiał wynosić co najmniej 3 lata (przy czym każde zadanie - min. 12 miesięcy).

W celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanych w sekcji III.1.3) pkt 3 lit a) i i) ogłoszenia wykonawca WIERTCONSULTING w Załączniku nr 5 do Wniosku: „Potencjał kadrowy”, wskazał p. J.K. oraz dwa zadania:

1. Kompleksowa obsługa nadzoru inwestorskiego zadanie pn.: „Budowa Farmy Wiatrowej Postolin”, podmiot, na rzecz którego inwestycja była wykonana: EOLSCA Postolin Sp. z o.o., wartość inwestycji 199,722.582.00 zł brutto, standard realizacji (FIDIC lub inny równoważny uznany standard warunków kontraktu, międzynarodowego lub

europejskiego): FIDIC, pełniona funkcja: Inspektor Kontraktu, czas pełnionej funkcji: 05.06.2014 r. – 31.12.2015 r., okres trwania zadania 05 06.2014r.-31.12.2015 r.;

2. Budowa bloku gazowo-parowego 2x11 MWe dla Arctic Paper Kostrzyn S.A., podmiot, na rzecz którego inwestycja była wykonana: Arctic Paper Kostrzyn S.A., wartość inwestycji: ponad 110.000.000 zł brutto, standard realizacji (FIDIC lub inny równoważny uznany standard warunków kontraktu, międzynarodowego lub europejskiego): FIDIC, pełniona funkcja: Inspektor Kontraktu, czas pełnionej funkcji: 05.2006- 01.2010, okres trwania zadania: 05.2006-01.2010.

Tę samą osobę i te same zadania wykonawca WIERTCONSULTING wskazał na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w sekcji III.1.3 pkt 3 lit. i) ogłoszenia w odniesieniu do osoby do pełnienia funkcji Specjalista ds. FIDIC.

W piśmie z dnia 30 marca 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień i ewentualnie uzupełnienia wykazu, wskazując, że wykonawca złożył wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załącznik 5 dotyczący potencjału kadrowego, w którym:

- a) w odniesieniu do osoby do pełnienia funkcji inżyniera rezydenta (resident) – kierownika zespołu inżyniera kontraktu, wskazał, że osoba zdobywała doświadczenie na stanowiskach Inżyniera Kontraktu, Inżyniera Rezydenta, Dyrektora Kontraktu oraz Zastępcy Inżyniera Kontraktu, a jednocześnie jako zadania mające potwierdzać spełnienie warunku wskazał, że wskazana osoba pełniła w Zadaniach nr 1 i 2 funkcję „Inspektora Kontraktu”, która to funkcja nie została przewidziana w treści warunku udziału, jako funkcja potwierdzająca jego spełnienie;
- b) w odniesieniu do osoby do pełnienia funkcji Specjalista ds. FIDIC, Wykonawca oświadczył, że osoba zdobywała doświadczenie podczas realizacji 5 kontraktów na których zajmowała stanowisko kierownicze, a jednocześnie jako zadania mające spełniać warunek wskazał, że wskazana osoba pełniła w Kontraktach nr 1 i 2 funkcję „Inspektora Kontraktu”, która to funkcja nie wskazuje, aby miała charakter stanowiska kierowniczego.

Mając na uwadze powyższe niespójności, niejasności lub braki wskazanych powyżej oświadczeń, Zamawiający wezwał:

1. do złożenia jednoznacznych i wyczerpujących wyjaśnień oraz uzupełnienie informacji dla osoby wskazanej do pełnienia funkcji inżyniera rezydenta (resident) – kierownika zespołu inżyniera kontraktu, poprzez podanie co najmniej 2 zadań budowy lub rozbudowy inwestycji przemysłowych i budowlanych o wartości powyżej 100 000 000 PLN brutto każde realizowanych wg FIDIC (lub innego równoważnego uznanego standardu warunków kontraktu, międzynarodowego lub europejskiego) gdzie na każdym zadaniu ww. funkcja była pełniona przez co najmniej 12 miesięcy [chyba że zadanie zrealizowane było w okresie krótszym niż 12 miesięcy, wówczas ww. funkcja winna być pełniona przez co najmniej połowę okresu trwania

zadania], składających się na doświadczenie tej osoby, w których osoba ta zajmowała stanowisko:

- Inżyniera Kontraktu, lub
- Inżyniera Rezydenta, lub
- Dyrektora Kontraktu, lub
- Zastępcy Inżyniera Kontraktu,

Zadania podać należy w taki sposób, aby oświadczenie zawierało wszystkie informacje wymagane wzorem Załącznika nr 5 do wniosku.

2. do złożenia wyjaśnień poprzez udzielenie wyczerpującej i jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy stanowisko „Inspektora Kontraktu”, jakie zajmowała osoba wskazana do pełnienia funkcji specjalisty ds. FIDIC, w podanych jako jej doświadczenie Kontraktach nr 1 i 2, było stanowiskiem kierowniczym, tj. polegało na kierowaniu pracą zespołu osób i jeżeli tak, to jak liczny był to zespół?

Alternatywnie do wezwania z pkt 1 i 2 powyżej, Zamawiający wezwał Przystępującego do przedstawienia nowych osób spełniających warunki dla:

a) osoby do pełnienia funkcji inżyniera rezydenta (resident) – kierownika zespołu inżyniera kontraktu;

b) osoby do pełnienia funkcji specjalisty ds. FIDIC;

zgodnie z treścią Sekcji III.1.3 pkt 3 Ogłoszenia, odpowiednio lit. „a” i „i”, wg wzoru określonego przez Załącznik nr 5 do wniosku.

W piśmie z dnia 9 kwietnia 2020 r. Przystępujący wyjaśnił, że „Pan J.K. wskazany w załączniku nr 5 do oferty, zarówno do pełnienia funkcji inżyniera rezydenta (resident) – kierownika zespołu inżyniera kontraktu, jak również do pełnienia funkcji Specjalisty ds. FIDIC w powołanych przez Wykonawcę Zadaniach nr 1 i 2 pełnił funkcję inżyniera kontraktu. Pełniona przez Pana J.K. funkcja Inżyniera Kontraktu obejmowała kierowanie pracą zespołu Inżyniera Kontraktu, a jednocześnie pełnił funkcję Specjalisty ds. FIDIC”. Przystępujący wyjaśnił, że w załączniku nr 5 do wniosku „Potencjał Kadrowy” zaszła oczywista omyłka pisarska, a mianowicie: jest „Inspekt Kontraktu” a powinno być „Inżynier Kontraktu”, a ponadto, że wskazany Inżynier Kontraktu w kontraktach nr 1 i 2 pełnił funkcję kierowniczą, która polegała na kierowaniu pracą zespołu osób wymaganych w kontrakcie, jednocześnie pełniąc funkcję specjalisty ds. FIDIC na ww. zadaniach.

Jak wykazał Odwołujący, czemu Przystępujący i Zamawiający nie zaprzeczyli na rozprawie, Zadania nr 1 i 2 opisane w Wykazie: „Potencjał Kadrowy” nie były wykonywane na warunkach kontraktowych FIDIC. Potwierdza powyższe dokumentacja przetargowa powołana przez Odwołującego. Jak wynika z dokumentacji postępowania, Przystępujący dwukrotnie złożył Zamawiającemu w załączniku nr 5 do wniosku jednoznacznie, że ww. zadania były realizowane wg warunków kontraktowych FIDIC, co faktycznie nie miało miejsca. W danym

stanie faktycznym wskazana przez Przystępującego osoba (p. J.K.) nie pełniła na ww. zadaniach funkcji Inżyniera Kontraktu lecz funkcję Inspektora Nadzoru, co wynika ze stanowiska Przystępującego prezentowanego w piśmie procesowym i na rozprawie. Przystępujący wyjaśniał bowiem na rozprawie, że ww. zadania były realizowane według zasad, które są zbliżone do warunków FIDIC, a zakres pełnionej przez p. J.K. funkcji inspektora nadzoru de facto pokrywa się z zakresem zadań inżyniera kontraktu.

Izba nie podzieliła argumentacji Przystępującego, że skoro wykazane zadania były realizowane na zasadach zbliżonych do FIDIC, to mógł on użyć tego określenia potwierdzając spełnienie warunku. W ocenie Izby, warunek jest jednoznaczny w swoim opisie w tym zakresie – należało zatem wykazać zadania realizowane według warunków FIDIC lub innego równoważnego uznanego standardu warunków kontraktu, międzynarodowego lub europejskiego. Przystępujący wskazał w wykazie jednoznacznie warunki FIDIC, a nie jakiegokolwiek zbliżone do FIDIC. W konsekwencji, skoro wykonawca nie powoływał się w załączniku nr 5 do wniosku (oraz w ramach złożonych wyjaśnień i uzupełnionego załącznika nr 5 do wniosku) na warunki kontraktowe równoważne do FIDIC, to nie może swojego oświadczenia w tym zakresie zmienić na obecnym etapie postępowania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wykazania okresu doświadczenia Izba stwierdziła, że Przystępujący WIERTCONSULTING nie wykazał również doświadczenia zawodowego tzw. specjalistycznego w wymaganym okresie na stanowiskach wskazanych przez Zamawiającego w treści omawianych warunków udziału. Przedstawiony w załączniku nr 5 do wniosku p. J.K. nie pełnił funkcji Inżyniera Kontraktu na ww. zadaniach ani specjalisty ds. FIDIC, skoro zadania nie były realizowane według zasad FIDIC.

Biorąc pod uwagę powyższe należało stwierdzić, że ustalony stan faktyczny w niniejszej sprawie stoi w sprzeczności z wymaganiami warunków udziału w postępowaniu opisanych w sekcji III.1.3) pkt 3 lit. a) oraz i) ogłoszenia o zamówieniu i dowodzi niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, co jest podstawą wykluczenia wykonawcy w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przekłada się w konsekwencji na niezasadność przyznania Przystępującemu dodatkowych punktów w ramach kryteriów kwalifikacji, zgodnie z sekcją II.2.9 ogłoszenia.

W okolicznościach niniejszej sprawy fakt braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego WIERTCONSULTING ściśle wiąże się z zarzutem złożenia nieprawdziwych informacji i wprowadzeniem w błąd Zamawiającego co do okoliczności istotnych z punktu widzenia wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów kwalifikacji. Wykonawca WIERTCONSULTING wprowadził bowiem w błąd Zamawiającego przy wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co zgodnie z sekcją II.2.9) ogłoszenia przekładało się na możliwość uzyskania punktów w ramach kryteriów selekcji, co ma w konsekwencji istotny wpływ na wynik prowadzonego

postępowania. W ocenie Izby, Zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Ustalony stan faktyczny potwierdza, że wbrew oświadczeniu wykonawcy złożonemu Zamawiającemu, wskazane przez Przystępującego zadania nr 1 i 2 w wykazie „Potencjał Kadrowy” nie były realizowane wg FIDIC. Ponadto, p. J.K. we wskazanych zadaniach pełnił funkcję inspektora nadzoru, a nie inżyniera kontraktu, jak wymagano w sekcji III.1.3) pkt 3 lit. a ogłoszenia oraz specjalisty ds. FIDIC (sekcja III.1.3 pkt 3 lit. i ogłoszenia). Informacja wprowadzająca w błąd Zamawiającego w powyższym zakresie została sformułowana przez Przystępującego zarówno na etapie składania pierwotnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak i następnie w wyjaśnieniach złożonych przez tego wykonawcę co do spełnienia wymagań opisanych w sekcji III. 1.3) pkt 3 lit. a) i i) ogłoszenia oraz przyznania dodatkowych punktów, zgodnie z sekcją II.2.9. Potwierdzeniem wprowadzenia w błąd Zamawiającego jest fakt, że do momentu rozprawy Zamawiający był przekonany o tym, że wskazane przez Przystępującego zadania nr 1 i 2 były realizowane na warunkach FIDIC, co potwierdza choćby treść odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie. Tym samym zmaterializowała się przesłanka do wykluczenia wykonawcy WIERTCONSULTING z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, z uwagi na złożenie oświadczeń wprowadzających w błąd na potwierdzenie spełnienia warunków opisanych w sekcji III.1.3) pkt 3 lit. a) i i) ogłoszenia i w celu uzyskania dodatkowych punktów w kryteriach selekcji opisanych w sekcji II.2.9 ogłoszenia.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Zawarta w przepisie przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji Zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim.

W danym stanie faktycznym spełnione zostały wszystkie przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, tj.:

1. nastąpiło przedstawienie przez Przystępującego informacji niezgodnych z rzeczywistością, która wprowadziła Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału

i kryteriów selekcji;

2. błąd polegał na przyjęciu przez Zamawiającego, że ww. wykonawca nie podlega wykluczeniu;

3. przedstawienie powyższych informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Podkreślić należy, że od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymagana jest należyta staranność, określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej, co uzasadnia zwiększone oczekiwanie w zakresie umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje na także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności.

Ponadto, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, zamawiający ma obowiązek wykluczyć 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. Przesłanka wykluczenia wykonawcy wyrażona w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp – wymaga dla jej zaistnienia przedstawienia (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacji „wprowadzających w błąd” zamawiającego, które to informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Z powyższego wynika, że po stronie zamawiającego nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach, na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji, wystarczającym jest, iż takie wyobrażenie mogło powstać. Istotna jest zatem treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło.

Izba w pełni podziela pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Krakowie XII w wyroku z dnia 08.03.2017 r. (sygn. akt XII Ga 1019/16), iż „Na podstawie art. 14 Zam PubIU do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 KC dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r. sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r, sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 KC precyzuje, że należyta staranność

dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 maja 2016 r. w sprawie do sygn. akt KIO 673/16, Legalis 1482148)¹.

Mając powyższe na uwadze działanie WIERTCONSULTING polegające na dwukrotnym złożeniu Zamawiającemu informacji niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy co do doświadczenia p. J.K. (we wniosku i w wyjaśnieniach) można zakwalifikować co najmniej jako rażące niedbalstwo. W ocenie Izby, nie ulega bowiem wątpliwości, że przedstawione przez Przystępującego dane były niezgodne z rzeczywistością w kontekście wymagań określonych w ramach warunków udziału w postępowaniu, a Przystępujący co najmniej nie dołożył należytej staranności wymaganej dla uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przy składaniu powyższych informacji.

Podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w ofercie nie może być uznane za „błąd” podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ustawa Pzp nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji.

Reasumując powyższe, w ocenie Izby, potwierdził się zarzut naruszenia art 7 ust. 1 w zw. z art 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy WIERTCONSULTING z postępowania, w sytuacji gdy wprowadził on w błąd zamawiającego, przy wykazaniu spełnienia ww warunków udziału w postępowaniu oraz w kryteriach selekcji opisanych w sekcji II.2.9):

- w Załączniku nr 5 do Wniosku: „Potencjał kadrowy” na potwierdzenie warunku opisanego w sekcji III. 1.3) pkt 3 lit. a) ogłoszenia, na potwierdzenie że dysponuje co najmniej 1 osobą do pełnienia funkcji inżyniera rezydenta (resident) - kierownik zespołu inżyniera kontraktu), posiadającą co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierowniczym, w tym co najmniej 3 lat doświadczenia na stanowisku: inżyniera kontraktu, lub inżyniera rezydenta, lub dyrektora kontraktu, lub zastępcy inżyniera kontraktu, zdobytego przy realizacji co najmniej 2 zadań (budowy lub rozbudowy dla inwestycji przemysłowych i budowlanych o wartości powyżej 100 000 000 PLN brutto każde) realizowanych wg FIDIC (lub innego równoważnego uznanego standardu warunków kontraktu, międzynarodowego lub europejskiego), gdzie na każdym zadaniu ww. funkcja była pełniona przez co najmniej 12 miesięcy, chyba że zadanie zrealizowane było w okresie krótszym niż 12 miesięcy, wówczas ww. funkcja winna być pełniona przez co najmniej połowę okresu trwania zadania, wskazując doświadczenie pana J.K.,

- w Załączniku nr 5 do Wniosku: „Potencjał kadrowy” na potwierdzenie warunku opisanego w sekcji III.1.3) pkt 3 lit. i) ogłoszenia, na potwierdzenie że dysponuje co najmniej 1 osobą do pełnienia funkcji będących w zakresie inżyniera kontraktu, posiadającą co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego, w tym co najmniej 3 lata podczas realizacji co najmniej 2 kontraktów w branży budownictwa przemysłowego, realizowanych w oparciu o zasady FIDIC, a podczas co najmniej 1 z tych realizacji zajmowała stanowisko kierownicze, wskazując doświadczenie pana J.K..

Potwierdził się wobec powyższego także zarzut naruszenia art. 60d ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaproszenie do dialogu konkurencyjnego wykonawcy WIERTCONSULTING, który podlegał wykluczeniu z postępowania z powodu braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu i wprowadzenia w błąd Zamawiającego, oraz w konsekwencji niezaproszenie Odwołującego, który został potraktowany jako wykluczony z postępowania.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy WIERTCONSULTING do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i kryteriów selekcji. Informacje zawarte w oświadczeniu złożonym przez ww. wykonawcę w formularzu „Potencjał kadrowy”, w szczególności w zakresie wymogu dotyczącego doświadczenia w realizacji zadań według warunków kontraktowych FIDIC lub równoważnych uznanych standardów międzynarodowych lub europejskich, jest jednoznaczna. Wykonawca podał w formularzu, że wskazane dwa zadania były realizowane według warunków FIDIC. To samo oświadczenie zostało dodatkowo powtórzone przez ww. wykonawcę w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego. Powyższe oświadczenie nie budziło zatem wątpliwości. Zamawiający nie miał na tym etapie wiedzy, że wskazane zadania nie były realizowane w oparciu o zasady (warunki kontraktowe) FIDIC. Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający złamał obowiązek starannego i bezstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności rozpatrywanego przypadku, wywodzony z art. 7 ust. 1 i 2 Pzp.

Wg dokonanej przez Izbę oceny, nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 60d ust. 1 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie sporządzenia i udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia faktycznego punktacji przyznanej poszczególnym wykonawcom w ramach kryteriów selekcji, co utrudnia Odwołującemu możliwość skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Zgodnie z art. 60d ust. 1 Pzp, o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zgodnie z ust. 3, jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do dialogu wykonawców wyłonionych na podstawie kryteriów selekcji. Wykonawcę niezaproszonego do dialogu traktuje się jak wykluczonego z postępowania.

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu, że „Zamawiający nie dokonał sumiennej oceny wniosku wykonawcy WIERTCONSULTING, zatem powstaje uzasadniona wątpliwość co do oceny pozostałych wniosków w kryteriach selekcji.” Odwołujący nie wskazał żadnych konkretnych niejasności, braków lub nieścisłości w przekazanej wykonawcom informacji, poprzestając jedynie na twierdzeniach bardzo ogólnikowych, co czyni zarzut bezpodstawnym. Podkreślić należy, że przepis art. 60d ust. 1 Pzp nie określa sposobu sporządzenia informacji o wynikach oceny ani stopnia szczegółowości tej informacji. W ocenie Izby, informacja sporządzona przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, przesłana wykonawcom w dniu 17 kwietnia 2020 r., spełnia wymogi art. 60d ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący nie wykazał wpływu sposobu przedstawienia przez Zamawiającego informacji o wynikach spełniania warunków udziału w postępowaniu i kryteriów selekcji na pozycję Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp, zważywszy, że stwierdzone naruszenie przepisów mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1, 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: