

Sygn. akt: KIO 929/19

WYROK

z dnia 6 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Emil Kuriata

Jan Kuzawiński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2019 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 32-400 Zawiercie oraz Stecol Corporation, 4-2101, 2 Rongyuan Road, Huayuan Industrial Area, Tianjin, Chińska Republika Ludowa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice**

przy udziale:

- A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Polbud-Pomorze Sp. z o.o., Łącko 18, 88-170 Pakość oraz China Railway 14th Bureau Group Co., Ltd. Tiejian Building A, 2666, Aoti West Road, 250101 Jinan, Chińska Republika Ludowa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A., Kobylarnia 8, 86-061 Brzoza oraz Prywatna Spółka Akcyjna „Zrzeszenie Budowlane Interbudmontaż”, ul. T. Strokacha, budynek 1, 03148 Kijów, Ukraina** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych co do osoby wskazanej na stanowisko Kierownika Robót Mostowych i nakazuje zamawiającemu Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzącemu postępowanie: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: MIRBUD S.A., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. oraz Prywatna Spółka Akcyjna „Zrzeszenie Budowlane Interbudmontaż” na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, prowadzącego postępowanie: Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 32-400 Zawiercie oraz Stecol Corporation, 4-2101, 2 Rongyuan Road, Huayuan Industrial Area, Tianjin, Chińska Republika Ludowa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, prowadzącego postępowanie: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 32-400 Zawiercie oraz Stecol Corporation, 4-2101, 2 Rongyuan Road, Huayuan Industrial Area, Tianjin, Chińska Republika Ludowa** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986 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 Warszawie.

Przewodniczący :

.....

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa drogi ekspresowej S1 (dawniej S69) Bielsko-Biała-Żywiec-Zwardoń, odcinek Przybędza-Milówka (obejście Węgierskiej Górki)”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 17 stycznia 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2018/S 011-020020.

W dniu 21 maja 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. oraz Stecol Corporation (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. czynności wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MIRBUD S.A., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. oraz Prywatna Spółka Akcyjna „Zrzeszenie Budowlane Interbudmontaż” (dalej: „Konsorcjum MIRBUD”) z uwagi na to, że Konsorcjum MIRBUD winno być wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp;
2. czynności wezwania Konsorcjum MIRBUD przez Zamawiającego pismem z dnia 30 stycznia 2019 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentu, o którym mowa w SIWZ Tom I (IDW) pkt 9.7 ppkt 1d) w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w SIWZ Tom I (IDW) pkt 7.2) ppkt 3.b.5) oraz prowadzenia z Konsorcjum MIRBUD negocjacji w tym zakresie pismem z dnia 18.01.2019 r., z uwagi na to, że Zamawiający nie był uprawniony do wezwania Konsorcjum MIRBUD w tym trybie do uzupełnienia Wykazu osób, a także nie powinien prowadzić z tym wykonawcą negocjacji;
3. zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Konsorcjum MIRBUD z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z uwagi na to, że Konsorcjum MIRBUD w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd:
 - a) przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu

w zakresie wskazanym w IDW w pkt 7.2) ppkt 3.b. 2 - Kierownik Budowy, 4 - Kierownik Robót Mostowych budowy tunelu oraz 5 - Kierownik Robót Mostowych,

b) w zakresie wskazania na podstawy do uzyskania dodatkowej punktacji w ramach obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriów oceny ofert w ramach kryterium dot. Kierownika Budowy - pkt. 19.1.2.2. ppkt 2a) lit. ii IDW oraz w kryterium dot. Kierownik Robót Mostowych budowy Tunelu - pkt. 19.1.2.2. ppkt 2a) lit. iii IDW;

4. zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Konsorcjum MIRBUD z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z uwagi na to, że Konsorcjum MIRBUD w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, które to informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu w zakresie:

a) przedstawienia przez Konsorcjum MIRBUD informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w IDW w pkt 7.2) ppkt 3.b. 2 - Kierownik Budowy, 4 - Kierownik Robót Mostowych budowy tunelu oraz 5 - Kierownik Robót Mostowych,

b) wskazania przez Konsorcjum MIRBUD na podstawy do uzyskania dodatkowej punktacji w ramach obiektywnych i niedyskryminacyjne kryteriów oceny ofert w ramach kryterium dot. Kierownika Budowy - pkt. 19.1.2.2. ppkt 2a) lit. ii IDW oraz w kryterium dot. Kierownik Robót Mostowych budowy Tunelu - pkt. 19.1.2.2. ppkt 2a) lit. iii IDW;

5. zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Konsorcjum MIRBUD z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na to, że Konsorcjum MIRBUD nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2) ppkt 3.b.5) IDW - Kierownik Robót Mostowych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum MIRBUD z postępowania, pomimo tego, że Konsorcjum MIRBUD w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd:

a) przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w IDW w pkt 7.2) ppkt 3.b. 2 - Kierownik Budowy, 4 - Kierownik Robót Mostowych budowy tunelu oraz 5 - Kierownik Robót Mostowych,

b) w zakresie wskazania na podstawy do uzyskania dodatkowej punktacji w ramach obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriów oceny ofert w ramach kryterium dot. Kierownika Budowy - pkt. 19.1.2.2. ppkt 2a) lit. ii IDW oraz w kryterium dot. Kierownik Robót Mostowych budowy Tunelu - pkt. 19.1.2.2. ppkt 2a) lit. iii IDW;

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum MIRBUD z postępowania, pomimo tego, że Konsorcjum MIRBUD w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, które to informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu w zakresie:

a) przedstawienia przez Konsorcjum MIRBUD informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w IDW w pkt 7.2) ppkt 3.b. 2 - Kierownik Budowy, 4 - Kierownik Robót Mostowych budowy tunelu oraz 5 - Kierownik Robót Mostowych,

b) wskazania przez Konsorcjum MIRBUD na podstawy do uzyskania dodatkowej punktacji w ramach obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriów oceny ofert w ramach kryterium dot. Kierownika Budowy - pkt. 19.1.2.2. ppkt 2a) lit. ii IDW oraz w kryterium dot. Kierownik Robót Mostowych budowy Tunelu - pkt. 19.1.2.2. ppkt 2a) lit. iii IDW;

3. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1, art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie Konsorcjum MIRBUD przez Zamawiającego pismem z dnia 30 stycznia 2019 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentu, o którym mowa w SIWZ Tom I (IDW) pkt 9.7 ppkt 1d) w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w SIWZ Tom I (IDW) pkt 7.2) ppkt 3.b.5) oraz prowadzenia z Konsorcjum MIRBUD negocjacji w tym zakresie pismem z dnia 18 stycznia 2019 r., pomimo tego, że Konsorcjum MIRBUD winno być wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, co wyklucza możliwość uzupełnienia przez Konsorcjum MIRBUD w tym trybie dokumentów zawierających informacje wprowadzające w błąd z uwagi na zawartą w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę równego traktowania wykonawców oraz pomimo tego, że art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie zakazuje prowadzenia negocjacji z wykonawcami;

4. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum MIRBUD z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na to, że Konsorcjum MIRBUD nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2) ppkt 3.b.5) IDW - Kierownik Robót Mostowych.

a w konsekwencji także:

5. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MIRBUD w sytuacji, gdy oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu;

6. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie oferty Konsorcjum MIRBUD za ofertę najkorzystniejszą, podczas gdy w rzeczywistości oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu;

7. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp;

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Ad. 1, 2 i 4 Wprowadzenie Zamawiającego w błąd/brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu

Odwołujący wskazał na dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp oraz na przesłanki, których zaistnienie warunkuje zastosowanie ww. przepisów. Odwołujący przywołał również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2007/17, KIO 2014/17, wyrok Izby z dnia 7 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1004/17, wyrok Izby z dnia 2 maja 2018 r., sygn. akt KIO 596/18, a także na wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 9 kwietnia 2019 r., sygn. akt XII Ga 206/19.

1.1 Kierownik Robót Mostowych (Z. A. S.)

1.1.1 Budowa obwodnicy Międzyzdrojów

Jak wskazał Odwołujący, Konsorcjum MIRBUD w Wykazie osób złożonym Zamawiającemu na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zadeklarowało, że na stanowisko Kierownika Robót Mostowych (dla pozostałych obiektów inżynierskich) wskazuje pana Z. A. S. z następującym doświadczeniem:

Kierownik Robót Mostowych (dla pozostałych obiektów inżynierskich) – Z. A. S. -
Uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń nr 43/99,
Wykształcenie: wyższe techniczne

Doświadczenie zawodowe: Doświadczenie przy realizacji zadania wymienionego poniżej obejmującego budowę obiektów mostowych od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na

stanowisku: Kierownika Robót Mostowych.

Zadanie 1: Budowa obwodnicy Międzyzdrojów w ciągu drogi krajowej nr 3 Świnoujście - Szczecin od km 124-006 do km 14+970.

Zakres: budowa obiektów mostowych

Wartość budowy Estakady: 15 663 830,89 zł netto

Wartość budowy Wiaduktu Drogowego: 4 071 831,08 zł netto

Wartość budowy wiaduktu ekologicznego: 2 390 651,83 zł netto

Pełniona funkcja: Kierownik Robót Mostowych

Okres pełnienia funkcji: od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.

Odwołujący podał, że w dniu 18 stycznia 2019 r. Zamawiający skierował do Konsorcjum MIRBUD następujące zapytanie:

W odniesieniu do osoby pana Z. A. S. wskazano doświadczenie przy realizacji zadania pn.: „Budowa obwodnicy Międzyzdrojów w ciągu drogi krajowej nr 3 Świnoujście - Szczecin od km 12+006 do km 14 + 970 Pełniona funkcja: Kierownik Robót Mostowych.

Z informacji jakie uzyskał Zamawiający wynika, że Pan Z. S. na przedmiotowym zadaniu pełnił funkcję Dyrektora Kontraktu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Konsorcjum MIRBUD w odpowiedzi z dnia 23 stycznia 2019 r. wskazało, że „informacje w zakresie dat oraz pełnionych funkcji na kontrakcie Konsorcjum MIRBUD uzyskało bezpośrednio od p. Z. A. S. w zakresie okresu i jak obowiązków pełnionych przez niego w ramach wskazanej przez Zamawiającego inwestycji”.

Odwołujący zaznaczył, że z dostępnych informacji, a także z samego pisma Zamawiającego wynika, że pan S. na powyższej inwestycji nie pełnił funkcji Kierownika Robót Mostowych, ale Dyrektora Kontraktu.

Wprowadzenie Zamawiającego w błąd

Odwołujący stwierdził, że bezsprzecznie w niniejszej sprawie Konsorcjum MIRBUD podało w złożonym Zamawiającemu w odpowiedzi na jego wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w Wykazie osób w pkt. 5 informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego

w zakresie sprawowanej przez pana S. funkcji Kierownika Robót Mostowych na inwestycji „Budowa obwodnicy Międzyzdrojów w ciągu drogi krajowej nr 3 Świnoujście - Szczecin od km 12+006 do km 14+970” (dalej: „Budowa obwodnicy Międzyzdrojów”). Odwołujący zwrócił uwagę, że sam Zamawiający wskazał, że pan S. na Budowie obwodnicy Międzyzdrojów sprawował funkcję Dyrektora Kontraktu, a nie Kierownika Robót Mostowych.

W przekonaniu Odwołującego, spełniona została:

- wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp przesłanka wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Konsorcjum MIRBUD w zakresie sprawowanej przez pana S. funkcji na Budowie obwodnicy Międzyzdrojów oraz
- wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przesłanka przedstawienia przez Konsorcjum MIRBUD informacji, które wprowadzają Zamawiającego w błąd w zakresie sprawowanej przez pana S. funkcji na Budowie obwodnicy Międzyzdrojów.

Wprowadzenie w błąd w zakresie wykazania spełniania warunków/istotny wpływ na decyzje Zamawiającego

Jak podał Odwołujący, Zamawiający wymagał w pkt. 7.2) ppkt 3.b.5) IDW wykazania się przez wykonawców dysponowaniem osobą posiadającą doświadczenie w sprawowaniu funkcji Kierownika Robót Mostowych. Odwołujący stwierdził, że niezgodne z rzeczywistością informacje w zakresie sprawowanej przez pana S. funkcji na Budowie obwodnicy Międzyzdrojów wprowadzały Zamawiającego w błąd w zakresie wykazania spełniania przez Konsorcjum MIRBUD określonego w pkt. 7.2) ppkt 3.b.5) IDW warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący przyjął, że ponieważ decyzja w zakresie uznania wykazania przez Konsorcjum MIRBUD warunków udziału w postępowaniu decyduje o tym, czy wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, należy także stwierdzić, że wskazane powyżej podane przez Konsorcjum MIRBUD wprowadzające w błąd informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w zakresie, w jakim mogły prowadzić do tego, że Zamawiający uznałby, iż Konsorcjum MIRBUD spełnia określony w pkt. 7.2) ppkt 3.b.5) IDW warunek udziału w postępowaniu.

Zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo/lekkomyślność lub niedbalstwo

Odwołujący przywołał wyrok Sąd Okręgowy w Krakowie z dnia 8 marca 2017 r., sygn. akt XII Ga 1019/16, w którym Sąd stwierdził: „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)".

Odwołujący podkreślił, że pan S., zgodnie z informacjami ujawnionymi w odpisie pełnym z Krajowego Rejestru Sądowego dla MIRBUD S.A., był w okresie od 18 grudnia 2015 r. do 19 września 2018 r. członkiem zarządu partnera Konsorcjum MIRBUD, tj. Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, pan S., a także jego kariera zawodowa, nie powinny być obce lub trudne do zweryfikowania dla Konsorcjum MIRBUD. W ocenie Odwołującego, brak zweryfikowania przez Konsorcjum MIRBUD podanych przez pana S. danych świadczy co najmniej o niedbalstwie Konsorcjum MIRBUD, a nawet rażącym, skoro pan S. był członkiem zarządu Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A., a co najmniej o lekkomyślności w postępowaniu Konsorcjum MIRBUD.

Jak zauważył Odwołujący, ze względu na to, że działanie Konsorcjum MIRBUD było co najmniej rażąco niedbałe, spełniła się ostatnia z wymaganych przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Jednocześnie, mając na względzie, że rażące niedbalstwo jest kwalifikowanym stopniem niedbalstwa, Odwołujący stwierdził, że spełniła się także przesłanka wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, tj. niedbalstwo po stronie Konsorcjum MIRBUD. Zdaniem Odwołującego, działanie Konsorcjum MIRBUD, mając na uwadze liczne zarzuty w zakresie podawania Zamawiającemu informacji wprowadzających

w błąd (w zakresie mieszczącym się w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp) względem różnych uczestników postępowania, a także wobec samego Konsorcjum MIRBUD podniesione na wcześniejszym etapie postępowania, brak należytej weryfikacji przez Konsorcjum MIRBUD sprawowanej przez pana S. funkcji na Budowie obwodnicy Międzyzdrojów należy potraktować jako działanie co najmniej lekkomyślne. W przekonaniu Odwołującego, Konsorcjum MIRBUD winno było zakładać, że brak zweryfikowania tego doświadczenia może doprowadzić do podania informacji wprowadzających w błąd i godziło się z taką możliwością.

1.1.2 Most na rzece Łupi

Odwołujący podał, że w dniu 30 stycznia 2019 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum MIRBUD w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentu, o którym mowa w SIWZ Tom I (IDW) pkt 9.7 ppkt 1d) w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w SIWZ Tom I (IDW) pkt 7.2) ppkt 3.b.5).

Pismem z dnia 8 lutego 2019 r. Konsorcjum MIRBUD uzupełniło Wykaz osób, wskazując na nowe doświadczenie pana S.:

Przebudowa istniejącej sieci drogowej - Most na rzece Łupi w ul. 1 Maja w ciągu drogi wojewódzkiej nr 705. Zakres: budowa obiektu mostowego. Pełniona funkcja: Kierownik Budowy oraz Kierownik Robót Mostowych. Okres pełnienia funkcji: od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.

Odwołujący wskazał, że doświadczenie pana S. przedstawione w uzupełnionym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Wykazie osób, nie powinno być brane pod uwagę przez Zamawiającego, ponieważ prowadziłyby do sanowania przesłanki wykluczenia Konsorcjum MIRBUD na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, co jest niedopuszczalne ze względu na wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę równego traktowania wykonawców.

Z tych względów, zdaniem Odwołującego, zmaterializowały się przesłanki wykluczenia Konsorcjum MIRBUD z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, a nie dokonując tej czynności, Zamawiający naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący podniósł, że w tym zakresie Konsorcjum MIRBUD nie wykazało także spełniania warunków udziału w postępowaniu i winno podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

1.2 Kierownik Budowy (M. W. Z.)

Jak wskazał Odwołujący, w złożonej przez Konsorcjum MIRBUD ofercie wykonawca ten wskazał w ramach Wykazu osób, że dysponuje osobą pana M. W. Z., który będzie pełnił funkcję Kierownika Budowy. Informacja ta została powtórzona w Wykazie osób złożonym przez Konsorcjum MIRBUD w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca wskazał dla pana Z. doświadczenie w ramach zadania „Budowa drogi ekspresowej S3 Szczecin-Gorzów Wlkp. Odcinek I Węzeł „Klucz” Węzeł „Pyrzyce” od km 0+000 do km 28+200” (dalej: „Budowa drogi S3”), które pan Z. zdobył pełniąc funkcję Kierownika Budowy od dnia 1 kwietnia 2008 r. do dnia 2 października 2009 r. Jednocześnie, w Formularzu 2.2 - Kryteria Pozacenowe Konsorcjum MIRBUD wskazało w stosunku do pana Z.: „Na potwierdzenie posiadania przez p. M. W. Z. (imię i nazwisko) doświadczenia zgodnie z opisem podkryterium zawartym w pkt 19 IDW - Tom I SIWZ przedstawiam informacje i oświadczam, że osoba posiada doświadczenie przy realizacji wskazanego zadania/zadań od rozpoczęcia robót do wykonania zadania”.

Odwołujący przywołał postanowienia pkt 19.1.2.2. ppkt 2a) lit. ii IDW oraz zwrócił uwagę, że z oficjalnych danych dostępnych na stronach internetowych Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (patrz: <https://www.gddkia.gov.pl/pl/a77816/s3-klucz-pyrzyce>) wynika, że rozpoczęcie budowy nastąpiło w dniu 18 lutego 2008 r., a zakończenie budowy (Wystawienie Świadcstwa Przejęcia) nastąpiło w dniu 17 lutego 2010 r. Powyższe informacje są także potwierdzone wpisami w dzienniku budowy dla Budowy drogi S3, a także pozostałej dokumentacji tej inwestycji.

W ocenie Odwołującego, powyższe oznacza, że skoro rozpoczęcie budowy nastąpiło w dniu 18 lutego 2008r., a pan Z. zaczął pełnić funkcję Kierownika Budowy dopiero od dnia 1 kwietnia 2008 r., to pan Z. nie pełnił swojej funkcji od rozpoczęcia robót. Także skoro zakończenie budowy nastąpiło w dniu 17 lutego 2010 r., a pan Z. pełnił swoją funkcję do dnia 2 października 2009 r., to wbrew oświadczeniu Konsorcjum MIRBUD, nie pełnił funkcji Kierownika Budowy do wykonania zadania, tj. do wystawienia Świadcstwa Przejęcia.

Jak wskazał Odwołujący, pismem z dnia 10 stycznia 2019 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum MIRBUD z następującym pytaniem: „Z informacji uzyskanych przez Zamawiającego wynika, że rozpoczęcie Robót na w/w zadaniu nastąpiło w dniu 18.02.2008 r., a Świadcstwo Przejęcia Robót zostało wystawione w dniu 17.03.2010 r. Z treści Świadcstwa Przejęcia Robót wynika, że całość robót będących przedmiotem przejęcia uznano za zakończoną w dniu 17.02.2010 r.”

Pismem z dnia 15 stycznia 2019 r. Konsorcjum MIRBUD nie zaprzeczyło wskazanym informacjom, jednakże wskazało, że „biorąc pod uwagę należytą staranność przy składaniu

oświadczeń w ramach prowadzonego postępowania, Konsorcjum MIRBUD skupiło swoją uwagę na weryfikacji doświadczenia Pana Z. pod kątem posiadania doświadczenia od rozpoczęcia robót do wykonania zadania oraz posiadania 24 miesięcy doświadczenia". Następnie Konsorcjum MIRBUD wskazało, że „rozbieżności w datach wskazane przez Zamawiającego w żaden sposób nie wpływają na ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu ani przyznania Konsorcjum MIRBUD punktacji w ramach kryterium pozacenowego. Nawet jeśli wskazane przez Zamawiającego daty uznać za prawidłowe to fakt omyłkowego podania przez wykonawcę innych dat nie ma jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania bowiem p. M. Z. pełnił swoją funkcję tak jak wymagał tego Zamawiający od rozpoczęcia robót do wykonania zadania”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Konsorcjum MIRBUD nie zaprzeczyło, że rozpoczęcie Robót na ww. zadaniu nastąpiło w dniu 18 lutego 2008 r., a Świadectwo Przejęcia Robót zostało wystawione w dniu 17 marca 2010 r. Z przedłożonego zaś przez Konsorcjum MIRBUD Wykazu osób wynika, że pan Z. pełnił funkcję Kierownika Budowy od dnia 1 kwietnia 2008 r. do dnia 2 października 2009 r., a więc, jak zaznaczył Odwołujący, nieprawdziwe jest stwierdzenie Konsorcjum MIRBUD, iż rzekomo pan Z. „pełnił swoją funkcję tak jak wymagał tego Zamawiający od rozpoczęcia robót do wykonania zadania”.

Zdaniem Odwołującego, informacje podane przez Konsorcjum MIRBUD są w powyższym zakresie obiektywnie nieprawdziwe i wprowadzają w błąd w zakresie, w jakim Konsorcjum MIRBUD wskazało na wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz na podstawy do przyznania temu wykonawcy maksymalnej liczby punktacji w kryterium dot. Kierownika Budowy - pkt. 19.1.2.2. ppkt 2a) lit. ii IDW, podczas gdy Zamawiający nie powinien był przyznać Konsorcjum MIRBUD 2 punktów za doświadczenie pana Z. zdobyte na zadaniu Budowa drogi S3, ponieważ pan Z. nie sprawował swojej funkcji na tym zadaniu od rozpoczęcia robót, ani do wykonania zadania (wg definicji ze strony 12 IDW - „doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia wg klauzuli 10.1 WK FIDIC (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia)”). Tymczasem, jak zauważył Odwołujący, Zamawiający, oceniając ofertę Konsorcjum MIRBUD przyznał temu wykonawcy 3 punkty w tym zakresie.

Tym samym, w przekonaniu Odwołującego, ponownie spełniła się:

- wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp przesłanka wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Konsorcjum MIRBUD w zakresie okresu sprawowanej przez pana Z. funkcji na inwestycji Budowa drogi S3 oraz

- wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przesłanka przedstawienia przez Konsorcjum MIRBUD informacji, które wprowadzają Zamawiającego w błąd w zakresie okresu sprawowanej przez pana Z. funkcji na inwestycji Budowa drogi S3.

Odwołujący stwierdził, że niezgodne z rzeczywistością informacje w zakresie okresu sprawowanej przez pana Z. funkcji na inwestycji Budowa drogi S3 wprowadziły Zamawiającego w błąd. Ponieważ decyzja w zakresie uznania wykazania przez Konsorcjum MIRBUD warunków udziału w postępowaniu decyduje o tym, czy wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, a informacje podane w ramach kryteriów oceny ofert decydują o przyznaniu Konsorcjum MIRBUD dodatkowej punktacji, Odwołujący stwierdził ponadto, że wskazane powyżej, podane przez Konsorcjum MIRBUD, wprowadzające w błąd informacje, mogły mieć i miały istotny wpływ na decyzje Zamawiającego.

Odwołujący przyjął, mając na uwadze, że działanie Konsorcjum MIRBUD było co najmniej rażąco niedbałe, że spełniła się ostatnia z wymaganych przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Jednocześnie, mając na względzie, że rażące niedbalstwo jest kwalifikowanym stopniem niedbalstwa, Odwołujący stwierdził, że spełniła się także przesłanka wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, tj. niedbalstwo po stronie Konsorcjum MIRBUD. Zdaniem Odwołującego, brak należytej weryfikacji przez Konsorcjum MIRBUD okresu sprawowanej przez pana Z. funkcji na inwestycji Budowa drogi S3 należy potraktować jako działanie lekkomyślne. Konsorcjum MIRBUD winno było zakładać, że brak zweryfikowania tego doświadczenia może doprowadzić do podania informacji wprowadzających w błąd i godziło się z taką możliwością.

Odwołujący podniósł, że ze względów opisanych powyżej, zmaterializowały się przesłanki wykluczenia Konsorcjum MIRBUD z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, a nie dokonując tej czynności, Zamawiający naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp.

1.3 Kierownik Robót Mostowych budowy tunelu (A. B.)

Odwołujący przywołał postanowienia pkt 19.1.2.2. ppkt 2a) lit. iii IDW oraz pkt 7.2) ppkt 3.b.4) IDW. Jak podał Odwołujący, w złożonej przez Konsorcjum MIRBUD ofercie wykonawca ten wskazał w ramach Wykazu osób, że dysponuje osobą pana A. B., który będzie pełnił funkcję Kierownika Robót Mostowych budowy Tunelu. Wykonawca wskazał dla pana B. doświadczenie w ramach zadania:

1. „Beskidzki” Tunel kolejowy na Ukrainie - Inspektor Nadzoru Robót Mostowych

budowy tunelu w ramach zatrudnienia w firmie D2 Consult;

2. Autostrada A9 Pyhrn - „Borsrucktunnel” - Inspektor Nadzoru Robót Mostowych budowy tunelu w ramach zatrudnienia w firmie D2 Consult;

3. S-Bahn Stuttgart, Odcinek 601 - Inspektor Nadzoru Robót Mostowych budowy tunelu.

Ponadto, w Formularzu 3.4 Wykaz osób, który został przedłożony przez Konsorcjum MIRBUD na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. 7.2 pkt 3) b) 4) Kierownik Robót Mostowych budowy tunelu, Konsorcjum MIRBUD wskazało pana A. B. wykazując analogiczne jego doświadczenie.

Ad. 1 „Beskidzki” Tunel kolejowy na Ukrainie

Odwołujący podał, że mając na uwadze, że obecnie ocenianą ofertą w ramach procedury odwróconej jest oferta Konsorcjum MIRBUD, zwrócił się do inwestora/zamawiającego Publicznej Spółki Akcyjnej „Ukrzaliznycia” z pytaniami dotyczącymi doświadczenia oraz roli pana A. B. na wskazanym projekcie. Publiczna Spółka Akcyjna „Ukrzaliznycia” w udzielonych Odwołującemu odpowiedziach wskazała, że:

i) wszystkie funkcje Inżyniera Kontraktu zostały wykonane przez D2Consult na podstawie umowy konsultingowej;

ii) pan A. B. pełnił funkcję kierownika projektu (Inżyniera Kontraktu) i jedynie koordynował pracę zespołu nadzorczego. Ale to poszczególni inspektorzy D2Consult bezpośrednio kontrolowali postęp budowy, a nie p. B.;

iii) pan A. B. wykonywał następujące funkcje (nie bezpośrednio związane z budową): był ekspertem ds. Umów, kontrolował przepływ środków pieniężnych, przygotowywał raporty, pełnił reprezentatywną funkcję dyrektora D2Consult itp.;

iv) pan A. B. dokonywał zmian w umowie, podpisywał umowy, certyfikaty odbioru, certyfikaty płatności, raporty okresowe i tak dalej.

Ponadto, jak wskazał Odwołujący, Publiczna Spółka Akcyjna „Ukrzaliznycia” załączyła do swoich odpowiedzi zawartą pomiędzy Inwestorem Ukraińskim a D2Consult umowę o usługi konsultingowe, której treść potwierdza wskazane przez nią informacje. Odwołujący zaznaczył, że informacje tę przeczą jednoznacznie treści oświadczeń Konsorcjum MIRBUD, iż na wskazanej inwestycji p. B. pełnił deklarowaną funkcję Inspektora Nadzoru Robót Mostowych budowy tunelu.

Ad. 2 Autostrada A9

Odwołujący wskazał, że zwrócił się do inwestora/zamawiającego ASFINAG BAU MANAGEMENT GMBH (dalej: „ASFINAG”) z pytaniami dotyczącymi doświadczenia oraz roli p. A. B. na wskazanym projekcie. ASFINAG w udzielonych Odwołującemu odpowiedziach wskazał, że:

- i) usługi Kontroli Towarzyszącej (BK) zostały wykonane zgodnie z załączonym do odpowiedzi ASFINAG opisem technicznym tej usługi;
- ii) termin „wtórnej kontroli projektowej” nie jest powszechny w projektach ASFINAG i nie jest jasno zdefiniowany. Zakres wykonanej przez D2Consult usługi Kontroli Towarzyszącej należy rozpatrywać w zakresie obowiązków nałożonych na firmę D2Consult zgodnie z załączonym do odpowiedzi ASFINAG opisem technicznym usługi „Kontroli Towarzyszącej”;
- iii) pan B. zapewnił obsługę Kontroli Towarzyszącej (BK). Usługi „Ortliche Bauaufsicht” (OBA), tj. usługi miejscowego nadzoru budowlanego zostały wykonane przez inne biuro;
- iv) usługi OBA zostały wykonane przez BURO Geoconsult ZT GmbH. Kierownikiem OBA (tj. „miejscowego nadzoru budowlanego”) był pan P. P. .

Odwołujący zwrócił uwagę, że okoliczność wykonywania usług nadzoru nad budową Autostrady A9 przez firmę BURO Geoconsult ZT GmbH potwierdzają także wyciągi z dziennika budowy dla tejże inwestycji.

Jak wskazał Odwołujący, w przypadku inwestycji austriackiej, istotna jest także i ta okoliczność, że firma D2 Consult sprawowała na rzeczowej inwestycji funkcję tzw. „Kontroli Towarzyszącej”, w zakres której nie wchodzi w ogóle pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Robót Mostowych budowy tunelu. Zgodnie z informacjami uzyskanymi od ASFINAG, firma D2 Consult pełniła na inwestycji austriackiej rolę tzw. „Kontroli Towarzyszącej”, zaś BURO Geoconsult ZT GmbH pełniła rolę lokalnego nadzoru budowlanego. Odwołujący stwierdził, że na gruncie praktyki budowlanej w Austrii występuje istotna różnica pomiędzy lokalnym nadzorem budowlanym (örtliche Bauaufsicht) a Kontrolą Towarzyszącą (Begleitende Kontrolle). Zakres usług, które mają być świadczone przez „lokalny nadzór budowlany” lub „kontrolę towarzyszącą” dla projektu budowlanego, określają przede wszystkim odpowiednie umowy między usługodawcami a klientem. Istnieją jednak także standardowe definicje tych funkcji zawarte w „HIA - Honorarinformation Architecture 2010” (HIA - Fee Information architecture 2010), opublikowanym przez Federalną Izbę Architektów i Konsultantów

Inżynierskich („HIA”) oraz „Leitfaden zur Kostenabschätzung bei Planungsleistungen 2012” opublikowane przez Austriacką Izbę Handlową, Wydział Budownictwa (GFE). Zgodnie z rozdziałami 10.70 i nast. HIA, lokalny nadzór budowlany obejmuje usługi w kategoriach reprezentujących klienta na placu budowy, kontroli terminów, kontroli jakości, księgowania faktur, śledzenia kosztów, zakończenia projektu i dokumentacji projektowej. Zgodnie z sekcją 2.1. GFE, lokalny nadzór budowlany obejmuje usługi w kategoriach nadzór i kontrola budowy, kontrola terminów i kosztów, kontrola jakości, księgowanie faktur, analiza zapotrzebowani na podwyżki i obniżki kosztów, a także dokumentacja w fazach przygotowania wdrożenia, wdrożenia i zakończenia projektu. Podobnie jak w przypadku HIA, GFE zapewnia również szczegółowe opisy tych kategorii usług. Odwołujący podał, że w odniesieniu do „kontroli towarzyszącej” sekcja 04 HIA zawiera następujący opis „Celem kontroli towarzyszącej jest przegląd dokumentacji rozwojowej projektu, planowanie, proces przetargowy i udzielenie zamówienia, a także wdrożenie i fakturowanie całej konstrukcji projektu pod kątem wydajności, oszczędności, konieczności, architektury i przydatności funkcjonalnej, a także oceny współpracy pomiędzy planistą i wszystkimi pozostałymi konsultantami”. Kontrola towarzysząca musi dostarczać klientowi raporty o swoich przeglądach i pomagać klientowi we wszystkich decyzjach, które należy podjąć na podstawie takich recenzji.

W oparciu o powyższe opisy Odwołujący stwierdził, że główną różnicą między dwiema usługami jest to, że lokalny nadzór budowlany jest zaangażowany w rzeczywistą kontrolę operacyjną projektu budowlanego (wraz z zarządzaniem projektem na placu budowy), podczas gdy kontrola towarzysząca ma dodatkową funkcję kontrolną dla projektu, tj. sprawdza plany i decyzje kontroli operacyjnej, aby upewnić się, że są one zgodne z ustalonymi w umowie parametrami projektu bez kontroli na placu budowy.

Jak wskazał Odwołujący, fakt, że istnieje wyraźne rozróżnienie między „lokalnym nadzorem budowlanym” i „kontrolą towarzyszącą” znajduje odzwierciedlenie w różnych źródłach, takich jak np. orzeczenie austriackiego Sądu Najwyższego (Ob82/06g). Z wszystkich powyższych źródeł wynika bezsprzecznie, w opinii odwołującego, że w zakresie Kontroli Towarzyszącej nie znajduje się zakres obowiązków dokonywania inspekcji i nadzoru prowadzenia robót budowlanych, w tym dotyczących budowy tuneli, co odpowiadałoby inspekcji nadzoru robót mostowych budowy tunelu. Zakres tych prac wchodzi bowiem w ramy lokalnego nadzoru budowlanego.

Odwołujący stwierdził, że powyższe oznacza tym samym, że:

1. na inwestycji „Beskidzki Tunel” pan A. B. nie sprawował funkcji Inspektora Nadzoru

Robót Mostowych budowy tunelu, ale jedynie nadzorował pracowników D2Consult, którzy wykonywali funkcje inspektorów nadzoru. Pan B. koordynował ich prace i zarządzał kontraktami z wykonawcami i podwykonawcami.

2. na inwestycji Autostrada A9 to firma Buro Geoconsult ZT GmbH wykonywało inspekcje nadzoru budowlanego i zatrudnione przez tę firmę osoby, w tym pan P. P., który wykonywał funkcje kierownika inspektorów. Firma D2Consult i pan B. nie wykonywali jakichkolwiek funkcji nadzoru budowlanego, a jedynie pełnili rolę Kontroli Towarzyszącej, której rolą jest weryfikacja działań wykonawcy robót oraz firmy nadzorczej oraz udzielanie doradztwa ASFİNAG - tzw. Doradca Techniczny.

Odwołujący podniósł, że informacje podane przez Konsorcjum MIRBUD są w powyższym zakresie obiektywnie nieprawdziwe i wprowadzają w błąd w zakresie, w jakim Konsorcjum MIRBUD wskazało na wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz podstawy do przyznania temu wykonawcy maksymalnej liczby punktacji w kryterium dot. Kierownik Robót Mostowych budowy Tunelu - pkt. 19.1.2.2. ppkt 2a) lit. iii IDW. Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie powinien był przyznać Konsorcjum MIRBUD 2,5 punktów za doświadczenie pana B. zdobyte na którymkolwiek zadaniu, ponieważ pan B. nie sprawował funkcji Inspektora Nadzoru Robót Mostowych budowy tunelu na tych zadaniach. Zamawiający oceniając ofertę Konsorcjum MIRBUD przyznał temu wykonawcy 2,5 punktów, co było, w ocenie Odwołującego, nieuzasadnione. Odwołujący stwierdził ponadto, że informacje wskazane przez Konsorcjum MIRBUD w formularzu 3.4. składanym na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu są również nieprawdziwe w zakresie sprawowania przez pana B. funkcji Inspektora Nadzoru Robót Mostowych budowy tunelu na inwestycji „Beskidzki Tunel” oraz budowy Autostrady A9.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, ponownie spełniła się:

- wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp przesłanka wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Konsorcjum MIRBUD w zakresie sprawowanej przez pana B. funkcji na inwestycji „Beskidzki Tunel” oraz budowy Autostrady A9 oraz
- wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przesłanka przedstawienia przez Konsorcjum MIRBUD informacji, które wprowadzają Zamawiającego w błąd w zakresie sprawowanej przez pana B. funkcji na inwestycji „Beskidzki Tunel” oraz budowy Autostrady A9.

Odwołujący stwierdził, że niezgodne z rzeczywistością informacje w zakresie

sprawowanej przez pana B. funkcji na inwestycji „Beskidzki Tunel” oraz budowy Autostrady A9 wprowadziły Zamawiającego w błąd. Ponieważ decyzja w zakresie uznania wykazania przez Konsorcjum MIRBUD warunków udziału w postępowaniu decyduje o tym, czy wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, a informacje podane w ramach kryteriów oceny ofert decydują o przyznaniu Konsorcjum MIRBUD dodatkowej punktacji, Odwołujący stwierdził także, że wskazane powyżej podane przez Konsorcjum MIRBUD wprowadzające w błąd informacje mogły mieć i miały istotny wpływ na decyzje Zamawiającego. Odwołujący, mając na uwadze, że działanie Konsorcjum MIRBUD było co najmniej rażąco niedbałe, stwierdził, że spełniła się ostatnia z wymaganych przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Jednocześnie, mając na względzie, że rażące niedbalstwo jest kwalifikowanym stopniem niedbalstwa, Odwołujący przyjął, że spełniła się także przesłanka wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, tj. niedbalstwo po stronie Konsorcjum MIRBUD. Zdaniem Odwołującego, brak należytej weryfikacji przez Konsorcjum MIRBUD sprawowanej przez pana B. funkcji na inwestycji „Beskidzki Tunel” oraz budowy Autostrady A9 należy potraktować, jako działanie co najmniej lekkomyślne - Konsorcjum MIRBUD winno było zakładać, że brak zweryfikowania tego doświadczenia może doprowadzić do podania informacji wprowadzających w błąd i godziło się z taką możliwością.

W przekonaniu Odwołującego, zmaterializowały się przesłanki wykluczenia Konsorcjum MIRBUD z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, a nie dokonując tej czynności Zamawiający naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp.

Ad. 3 Bezpodstawne uzupełnienie Wykazu osób oraz prowadzenie negocjacji z Konsorcjum MIRBUD

Odwołujący zwrócił uwagę, że Konsorcjum MIRBUD złożyło w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Wykaz osób zawierający informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie doświadczenia pana S. . Zamawiający pismem z dnia 18 stycznia 2019 r. wezwał w tym zakresie Konsorcjum MIRBUD na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, które Konsorcjum MIRBUD złożyło pismem z dnia 23 stycznia 2019 r. W piśmie tym Konsorcjum MIRBUD poza wskazaniem, że błędne informacje o doświadczeniu pana S. pochodzą od niego samego, wskazało ponadto, że „p. Z. A. S. posiada doświadczenie przekraczające wymagania Zamawiającego”. Następnie Konsorcjum MIRBUD wskazało na dwie inwestycje:

- Budowa mostu na rzece Łupi oraz

- „w ramach inwestycji pn. Budowa węzła drogowego w ciągu drogi krajowej DK92 w granicach administracyjnych miejscowości Sady, gmina Tarnowo Podgórne, woj. Wielkopolskie, łączący drogę z drogą gminną - ul. Drukarską oraz południowej strony obiektem magazynowym prowadzonej na rzecz Panattoni Poland Services Sp. z o.o. pełnił obowiązki Kierownika Budowy oraz Kierownika Robót Mostowych. Inwestycja obejmowała m.in. budowę wiaduktu o klasie obciążenia; A wg PN-85/S-10030 A”.

Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający pismem z dnia 30 stycznia 2019 r. wezwał Konsorcjum MIRBUD w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentu, o którym mowa w SIWZ Tom I (IDW) pkt 9.7 ppkt 1d) w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w SIWZ Tom I (IDW) pkt 7.2) ppkt 3.b.5). Pismem z dnia 8 lutego 2019 r. Konsorcjum MIRBUD uzupełniło Wykaz osób, wskazując na nowe doświadczenie pana S. jedynie w zakresie Budowy mostu na rzece Łupi. Takie działanie Zamawiającego stanowiło, w ocenie Odwołującego, naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że wyjątkiem od wzywania do uzupełniania dokumentów lub oświadczeń jest zaistnienie przesłanek odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania. Jeśli zatem oferta wykonawcy pomimo zastosowania procedury uzupełnienia podlegałaby odrzuceniu lub postępowanie podlegałoby unieważnieniu, to wówczas wezwanie wykonawcy do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania. Odwołujący wskazał, że skutek odrzucenia oferty obejmuje sytuacje, gdy wykonawca złoży nieprawdziwe informacje, a następnie zostanie wezwany do uzupełnienia braków w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Czynności tej bowiem nie można konwalidować, a zamawiający jest zobligowany do wykluczenia wykonawcy z postępowania (por. M. Sieradzka [w:] M. Sieradzka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2018, komentarz do art. 24 ustawy Pzp). Odwołujący za słuszne uznał stanowisko prezentowane w doktrynie, że podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w ofercie nie można uznać za „błąd” podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, że jednolita i zachowująca aktualność w nowym stanie prawnym w tym zakresie linia orzecnicza Krajowej Izby Odwoławczej nie pozostawia wątpliwości co do tego, iż możliwość uzupełnienia dokumentów w tym trybie w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji jest wyłączona. W konsekwencji Zamawiający ocenia wyłącznie pierwotnie złożone wraz z ofertą dokumenty (tak Izba w wyroku z dnia 26 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 1/16, jak też w sprawach o sygn. akt KIO 526/15, KIO 177/15, KIO 1370/15). Odwołujący wskazał, że w wyroku z dnia 4 maja 2017 r. (sygn. akt KIO 734/17) Izba podkreśliła, że: „Złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w trybie art.

26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.” (podobnie Izba w wyroku z dnia z dnia 7 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1004/17).

Odwołujący przywołał także wyrok Izby z dnia 20 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 382/17), w którym badana była podobna sytuacja to stanu faktycznego z niniejszego postępowania - wywiezione zostało natomiast, iż: „Złożone oświadczenie w zakresie doświadczenia zawodowego osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy potwierdza spełnienie przez tę osobę warunku udziału w postępowaniu, z tym zastrzeżeniem, że na skutek zawartej w tym oświadczeniu nieprawdziwej informacji. W konsekwencji nie można przyjąć, iż oświadczenie to zawiera błędy lub braki, a tylko takie sytuacje są podstawą dla zastosowania art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp. Redakcja przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nie pozostawia wątpliwości, co do tego, iż w przypadku, gdy wykonawca złożył w ofercie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mające wpływ na wynik postępowania, zamawiający ma bezwzględny obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia. Ustawa nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji i nie statuuje obowiązku zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych.”.

Odwołujący ocenił działanie Zamawiającego także jako naruszające art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp powołując się na wyrok Izby z dnia 30 maja 2017 r. (sygn. akt KIO 993/17), w którym Izba stwierdziła: „zamawiający wbrew treści art. 87 ust. 1 ZamPublU przyjął za podstawę oceny oferty przystępującego rezultat niedozwolonych negocjacji z tym wykonawcą zaakceptował zmianę oferty dokonaną po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne. Zatem należało przyjąć, że - jak słusznie podniósł odwołujący - oferta przystępującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPublU jako niezgodna z treścią SIWZ. Z przyczyn wskazanych powyżej znalazł potwierdzenie również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ZamPublU.”.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący stwierdził, że kiedy Zamawiający powziął informację na temat rzeczywistej funkcji p. S. na referencyjnym projekcie, nie powinien wzywać Konsorcjum MIRBUD do uzupełnienia Wykazu osób w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ale zobligowany był do wykluczenia Konsorcjum MIRBUD w związku z podaniem nieprawdziwych informacji.

Z uwagi na powyższe, w ocenie Odwołującego, w konsekwencji doszło do naruszenia dyspozycji art. 91 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, która podlega odrzuceniu, bowiem Konsorcjum MIRBUD winno zostać wykluczone z udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum MIRBUD, jako oferty najkorzystniejszej;
2. wykluczenia Konsorcjum MIRBUD z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp i w konsekwencji odrzucenia oferty Konsorcjum MIRBUD na podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt ustawy Pzp;
3. dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Polbud-Pomorze Sp. z o.o. oraz China Railway 14th Bureau Group Co. (dalej: „Konsorcjum Polbud-Pomorze”) – po stronie Odwołującego, oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: MIRBUD S.A., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. oraz Prywatna Spółka Akcyjna „Zrzeszenie Budowlane Interbudmontaż” (dalej: „Konsorcjum MIRBUD”) po stronie Zamawiającego.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W pkt 7.2.2 ppkt 3 lit. b IDW Zamawiający ustanowił warunki udziału w postępowaniu w zakresie personelu:

„Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby stanowiące Personel kluczowy, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:

(...) 2) osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy:

Wymagana liczba osób: 1.

Doświadczenie zawodowe:

Minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach:

Kierownika Budowy, lub

Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 4 km lub

Kierownika Robót Mostowych dla co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A

oraz długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu lub

Inżyniera Kontraktu (...)

4) osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych budowy tunelu:

Wymagana liczba osób: 1

Doświadczenie zawodowe:

Doświadczenie przy realizacji 1 zadania obejmującego budowę metodą górnictwem lub tarczową tunelu drogowego o długości co najmniej 500 m od rozpoczęcia robót do wykonania zadania lub potwierdzenie min. 36-miesięcy pracy przy realizacji metodą górnictwem lub tarczową jednego, dwóch lub trzech tuneli o łącznej długości ponad 1000 m na stanowisku/stanowiskach:

Kierownik Budowy lub

Kierownik Robót Mostowych budowy tunelu lub

Inspektora Nadzoru Robót Mostowych budowy tunelu.

Jako wykonanie zadania należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia wg Klauzuli 10.1 WK FIDIC (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).

5) osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych (dla pozostałych obiektów Inżynierskich):

Wymagana liczba osób: 1.

Doświadczenie zawodowe:

Doświadczenie przy realizacji 1 zadania obejmującego budowę lub przebudowę obiektów mostowych od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku:

Kierownika Robót Mostowych.

Jako wykonanie zadania należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia wg Klauzuli 10.1 WK FIDIC (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).”.

W punkcie 19 IDW Zamawiający określił kryteria wyboru i sposób oceny ofert:

cena - 60% = 60 pkt

kryteria pozacenowe – 40% = 40 pkt.

W ramach kryteriów pozacenowych Zamawiający przewidział:

1) Podkryterium jakościowe:

a) właściwości przeciwpoślizgowe nawierzchni – max liczba punktów – 9,

b) równość podłużna nawierzchni – max liczba punktów – 8,

2) Podkryterium organizacyjne:

a) Personel wykonawcy – max liczba punktów – 15;

„W ramach podkryterium Wykonawca wskaże osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania wyższe niż opisane w IDW:

(...)

ii. Kierownik Budowy - maksymalna liczba punktów - 3;

Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 4 km lub Kierownika Robót Mostowych dla co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu lub Inżyniera Kontraktu.

- Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania - Wykonawca otrzyma 1 punkt,
- Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania - Wykonawca otrzyma 3 punkty,
- Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów,
- Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.

iii. Kierownik Robót Mostowych budowy Tunelu - maksymalna liczba punktów - 5;

Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę metodą górniczą lub tarczową tunelu drogowego od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Mostowych budowy tunelu lub Inspektora Nadzoru Robót Mostowych budowy tunelu.

- Za każdy tunel o długości powyżej 2 000 m - wykonawca otrzyma 2,5 pkt,
- Za każdy tunel o długość od 1 000 m do 2 000 m - wykonawca otrzyma 1,5 pkt,
Łącznie nie więcej niż 5 pkt.
- Za niewykazanie tuneli potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów,
- Za tunele, które nie potwierdzą w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.”.

Konsorcjum MIRBUD do oferty dołączyło Formularz 2.2 (strona 6-10 oferty) oraz Wykaz osób (strona 11-18 oferty) w zakresie niezbędnym do oceny oferty na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert. W dokumentach tych Konsorcjum MIRBUD wskazało m.in. na osoby:

- M. W. Z., doświadczenie m.in. na zadaniu pn. „Budowa Drogi Ekspresowej S3 Szczecin-Gorzów Wlkp. Odcinek I Węzeł „Klucz”-Węzeł „Pyrzyce” od km 0+000 do km 28+200”, rodzaj zadania: Budowa, klasa drogi: S, Wartość robót netto: 448 123 162,00 PLN netto, stanowisko: Kierownik Budowy;

- A. B., doświadczenie m.in. na zadaniach:

- „Beskidzki: Tunel kolejowy/Ukraina, rodzaj zadania: budowa metodą górniczą, tunel kolejowy, długość tunelu (m): 1 765m (1 822 m z portalami), stanowisko: Inspektor Nadzoru Robót Mostowych budowy tunelu,
- Autostrada A9 Pyhrn – „Borsrucktunnel”/Austria, rodzaj zadania: budowa metodą tarczową, tunel drogowy, długość tunelu (m): 5 500 m, stanowisko: Inspektor Nadzoru Robót Mostowych budowy tunelu.

W dniu 5 listopada 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania wniesione przez:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: China Railway 14th Bureau Group Co., Ltd. oraz Polbud-Pomorze Sp. z o.o. (KIO 2281/18),

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: MIRBUD S.A., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. oraz Prywatna Spółka Akcyjna „Zrzeszenie budowlane Interbudmontaż” (KIO 2286/18),

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Salini Impregilo S.p.A. oraz Salini Polska sp. z o.o. (KIO 2291/18).

Wyrokiem z dnia 11 grudnia 2018 r. Izba nakazała Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TOTO S.p.A. Construzioni Generali,
- wykluczenie wykonawcy TOTO S.p.A. Construzioni Generali z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp,
- wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Salini Impregilo S.p.A. oraz Salini Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołania.

Skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: China Railway 14th Bureau Group Co., Ltd. oraz Polbud-Pomorze Sp. z o.o. Skarga ta została oddalona przez Sąd Okręgowy w Katowicach wyrokiem z dnia 7 maja 2019 r., sygn. akt XIX Ga 130/19.

Konsorcjum MIRBUD wraz z pismem z dnia 2 stycznia 2019 r. złożyło Zamawiającemu Wykaz osób, w którym powołało się na doświadczenie poszczególnych osób, w tym m.in.:

- na stanowisko Kierownika Budowy Konsorcjum MIRBUD wskazało M. W. Z., jako doświadczenie tej osoby Konsorcjum MIRBUD wskazało m.in. zadanie pn. „Budowa Drogi Ekspresowej S3 Szczecin-Gorzów Wlkp. Odcinek I Węzeł „Klucz”-Węzeł „Pyrzyce” od km 0+000 do km 28+200”, zakres zadania: Budowa, Klasa drogi: S, Wartość zadania: 448 123 162,00 PLN netto, Pełniona funkcja: Kierownik Budowy, okres pełnienia funkcji: od 01.04.2008 r. do 02.10.2009 r.;

- na stanowisko Kierownika Robót Mostowych budowy Tunelu Konsorcjum MIRBUD wskazało A. B., jako doświadczenie tej osoby Konsorcjum MIRBUD wskazało m.in. zadania:

- „Beskidzki: Tunel kolejowy/Ukraina, rodzaj zadania: budowa metodą górniczą, tunel kolejowy, długość tunelu (m): 1 765m (1 822 m z portalami), Pełniona funkcja:

Inspektor Nadzoru Robót Mostowych budowy tunelu, okres pełnienia funkcji: od 30.11.2007 r. do 23.05.2018 r.,

- Autostrada A9 Pyhrn – „Borsrucktunnel”/Austria, rodzaj zadania: budowa metodą tarczową, tunel drogowy, długość tunelu (m): 5 500 m, Pełniona funkcja: Inspektor Nadzoru Robót Mostowych budowy tunelu, okres pełnienia funkcji: od marzec 2007 r. do czerwiec 2017 r.

- na stanowisko Kierownika Robót Mostowych (dla pozostałych obiektów inżynierskich) Konsorcjum MIRBUD wskazało Z. A. S., jako doświadczenie tej osoby Konsorcjum MIRBUD zadanie pn. Budowa obwodnicy Międzyzdrojów w ciągu drogi krajowej nr 3 Świnoujście – Szczecin od km 12+006 do km 14+970, zakres: budowa obiektów mostowych, wartość budowy Estakady: 15 663 830,89 zł netto, wartość budowy Wiaduktu Drogowego: 4 071 831,08 zł netto, wartość budowy wiaduktu ekologicznego: 2 390 651,83 zł netto, pełniona funkcja: Kierownik Robót Mostowych, okres pełnienia funkcji: od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.

Pismem z dnia 10 stycznia 2019 r. Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do Konsorcjum MIRBUD o udzielenie wyjaśnień w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko Kierownika Robót Mostowych budowy tunelu pana A. B. oraz w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko Kierownika Budowy pana M. W. Z. . Zamawiający stwierdził, że w dniu 7 stycznia 2019 r. otrzymał pismo od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: China Railway 14th Bureau Group Co., Ltd. oraz Polbud-Pomorze Sp. z o.o., na podstawie którego Zamawiający został poinformowany o dodatkowych dokumentach pochodzących od zamawiającego austriackiego w odniesieniu do doświadczenia pana A. B. dla inwestycji realizowanej w Austrii, gdzie wskazano, że ww. osoba nie pełniła w ramach wykazanej inwestycji stanowiska Inspektora Nadzoru Robót mostowych Budowy Tunelu. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum MIRBUD o odniesienie się do kwestii przedstawionych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: China Railway 14th Bureau Group Co., Ltd. oraz Polbud-Pomorze Sp. z o.o. i potwierdzenie czy pan A. B. posiada doświadczenie zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ w ramach kryteriów oceny ofert. W zakresie osoby wskazanej na stanowisko Kierownika Budowy pana M. W. Z. Zamawiający zauważył, że w Wykazie osób wykonawca wskazał, że pan M. W. Z. posiada doświadczenie m.in. przy realizacji zadania pn. Budowa Drogi Ekspresowej S3 Szczecin-Gorzów Wlkp. Odcinek I Węzeł „Klucz”-Węzeł „Pyrzyce” od km 0+000 do km 28+200”,

pełniona funkcja: Kierownik Budowy, od 01.04.2008 r. do 02.10.2009 r. jednocześnie, jak podał Zamawiający, w Formularzu kryteria pozacenowe wykonawca wskazał, że ww. osoba posiada doświadczenie do rozpoczęcia robót do wykonania zadania. Zamawiający stwierdził, że z informacji uzyskanych przez Zamawiającego wynika, że rozpoczęcie robót na ww. zadaniu nastąpiło w dniu 18.02.2008 r., a Świadectwo Przejęcia Robót zostało wystawione w dniu 17.03.2010 r.

Konsorcjum MIRBUD udzieliło odpowiedzi na wezwanie pismem z dnia 15 stycznia 2019 r. wskazując na następujące okoliczności:

- W odniesieniu do pana A. B. Konsorcjum MIRBUD potwierdziło złożone wcześniej oświadczenie. Konsorcjum MIRBUD podniosło, że doświadczenie pana B. w zakresie inwestycji w Austrii było przedmiotem oceny oraz rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 11 grudnia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2281/18. W toku postępowania odwoławczego Zamawiający jako strona postępowania uzyskał dostęp do dowodów oraz szerokiego stanowiska prezentowanego przez Konsorcjum MIRBUD. Jak wskazało Konsorcjum MIRBUD, w wyroku Izba jednoznacznie orzekła, że nie potwierdził się zarzut podnoszony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: China Railway 14th Bureau Group Co., Ltd. oraz Polbud-Pomorze Sp. z o.o. odnoszący się do doświadczenia pana A. B. . Konsorcjum MIRBUD stwierdziło, że analiza pisma przekazanego przez Zamawiającego nie może prowadzić do odmiennej oceny ww. doświadczenia niż dokonała tego Krajowa Izba Odwoławcza. Przedłożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: China Railway 14th Bureau Group Co., Ltd. oraz Polbud-Pomorze Sp. z o.o. dodatkowe dokumenty w większości nie zostały przetłumaczone na język polski, a w przypadku tłumaczeń, dotyczą one, w ocenie Konsorcjum MIRBUD, innych dokumentów niż załączono w oryginale. Jednocześnie, jak wskazało Konsorcjum MIRBUD, tłumaczenia w żaden sposób nie potwierdzają tez prezentowanych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: China Railway 14th Bureau Group Co., Ltd. oraz Polbud-Pomorze Sp. z o.o. i z ich treści nie sposób wywieść jakichkolwiek faktów. Za symptomatyczne Konsorcjum MIRBUD uznało, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: China Railway 14th Bureau Group Co., Ltd. oraz Polbud-Pomorze Sp. z o.o. w treści swojego pisma w żaden sposób nie odnoszą się do przedłożonych dowodów.
- W odniesieniu do pana M. W. Z. Konsorcjum MIRBUD odnosząc się do rozbieżności

w zakresie dat wskazanych w Wykazie osób dotyczących realizacji zadania pn. „Budowa Drogi Ekspresowej S3 Szczecin-Gorzów Wlkp. Odcinek I Węzeł „Klucz”-Węzeł „Pyrzyce” od km 0+000 do km 28+200” wskazało, że Konsorcjum MIRBUD przygotowując ofertę, celem dochowania należytej staranności, weryfikowało wykazywane doświadczenie pod kątem wymagań postawionych przez Zamawiającego. Konsorcjum MIRBUD wyjaśniło, że skupiło swoją uwagę na weryfikacji doświadczenia pana Z. pod kątem posiadania doświadczenia od rozpoczęcia robót do wykonania zadania oraz posiadania co najmniej 24 miesięcy doświadczenia. Jak zaznaczyło Konsorcjum MIRBUD, obie te okoliczności zostały należycie zweryfikowane, zaś daty zostały uzyskane bezpośrednio od pana M. Z. . Konsorcjum MIRBUD podniosło, że rozbieżności w datach wskazane przez Zamawiającego w żaden sposób nie wpływają na ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu ani przyznania Konsorcjum MIRBUD punktacji w ramach kryterium pozacenowego. Jak stwierdziło Konsorcjum MIRBUD, nawet jeśli wskazane przez Zamawiającego daty uznać za prawidłowe, to fakt omyłkowego podania przez wykonawcę innych dat nie ma jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania, bowiem pan M. Z. pełnił swoją funkcję tak jak wymagał tego Zamawiający, tj. od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.

Pismem z dnia 18 stycznia 2019 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum MIRBUD na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie treści Wykazu osób dotyczącej osoby wskazanej na stanowisko Kierownika Robót Mostowych (dla pozostałych obiektów inżynierskich) pana Z. A. S. . Zamawiający wskazał, że w odniesieniu do osoby pana Z. A. S. wskazano doświadczenie przy realizacji zadania pn.: Budowa obwodnicy Międzyzdrojów w ciągu drogi krajowej nr 3 Świnoujście – Szczecin od km 12+006 do km 14+970 Pełniona funkcja: Kierownik Robót Mostowych. Zamawiający zauważył, że z informacji, jakie uzyskał Zamawiający wynika, że pan Z. S. na przedmiotowym zadaniu pełnił funkcję Dyrektora Kontraktu. Zamawiający zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie rozbieżności dotyczącej funkcji pełnionej przez pana Z. S. na ww. zadaniu.

W dniu 23 stycznia 2019 r. Konsorcjum MIRBUD złożyło odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień oświadczając, że „informacje w zakresie dat oraz pełnionych funkcji na kontrakcie Konsorcjum MIRBUD uzyskało bezpośrednio od p. Z. A. S. w zakresie okresu jak i obowiązków pełnionych przez niego w ramach wskazanej przez Zamawiającego inwestycji.”. Konsorcjum MIRBUD podkreśliło jednocześnie, że „p. Z. A. S. posiada doświadczenie

przekraczające wymagania Zamawiającego:. Na potwierdzenie powyższego Konsorcjum MIRBUD wskazało, że pan S.:

- w ramach inwestycji pn. Przebudowa istniejącej sieci drogowej – Most na rzece Łupi w ul. 1 Maja w ciągu drogi wojewódzkiej nr 705 prowadzonej na rzecz Miasta Skierniewice pełnił obowiązki Kierownika Budowy oraz Kierownika Robót Mostowych. Inwestycja obejmowała m.in. budowę nowego mostu o klasie obciążenia; A wg PN-85/S-10030;

- w ramach inwestycji pn. Budowa węzła drogowego w ciągu drogi krajowej DK92 w granicach administracyjnych miejscowości Sady, gmina Tarnowo Podgórne, woj. Wielkopolskie, łączący drogę z drogą gminną – ul. Drukarską oraz południowej strony obiektem magazynowym prowadzonej na rzecz Panattoni Poland Services Sp. z o.o. pełnił obowiązki Kierownika Budowy oraz Kierownika Robót Mostowych, inwestycja obejmowała m.in. budowę wiaduktu o klasie obciążenia; A wg PN-85/S-10030 A.

Pismem z dnia 30 stycznia 2019 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Konsorcjum MIRBUD do złożenia Wykazu osób w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko Kierownika Robót Mostowych (dla pozostałych obiektów inżynierskich). Zamawiający stwierdził, że jak wynika z ustaleń Zamawiającego, wskazana przez Konsorcjum MIRBUD osoba ta to stanowisko, tj. Z. A. S., nie pełniła funkcji Kierownika Robót Mostowych przy realizacji wykazanego zadania pn. Budowa obwodnicy Międzyzdrojów w ciągu drogi krajowej nr 3 Świnoujście – Szczecin od km 12+006 do km 14+970. W związku z powyższym, Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia Wykazu osób, z którego wynikać będzie wymagane doświadczenie pana S., albo złożenia dokumentu wykazującego spełnianie warunków w tym zakresie przez innego kandydata na stanowisko Kierownika Robót Mostowych.

Konsorcjum MIRBUD złożyło zmieniony Wykaz osób wraz z pismem z dnia 7 lutego 2019 r. W Wykazie tym na stanowisko Kierownika Robót Mostowych (dla pozostałych obiektów inżynierskich) ponownie wskazany został pan Z. A. S., jednak w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu Konsorcjum MIRBUD przywołało doświadczenie tej osoby w ramach zadania „Przebudowa istniejącej sieci drogowej-Most na rzece Łupi w ul. 1 Maja w ciągu drogi wojewódzkiej nr 705, zakres: budowa obiektu mostowego, pełniona funkcja: Kierownik Budowy oraz Kierownik Robót

Mostowych, okres pełnienia funkcji: od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.

Pismem z dnia 11 maja 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców, że po powtórzeniu czynności badania i oceny ofert w związku z wyrokiem KIO z dnia 11 grudnia 2018 r. (sygn. akt KIO 2281/18, KIO 2286/18, KIO 2291/18) oraz wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 7 maja 2019 r. (sygn. akt XIX Ga 130/19), jako najkorzystniejszą wybrał ofertę złożoną przez Konsorcjum MIRBUD.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że podlega ono w części uwzględnieniu.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum MIRBUD z postępowania, pomimo przedstawienia w Wykazie osób informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w postaci podania, że pan Z. A. S. na inwestycji Budowa obwodnicy Międzyzdrojów pełnił funkcję Kierownika Robót Mostowych.

W przedmiotowej sprawie bezsporna jest okoliczność, że oświadczenie złożone przez Konsorcjum MIRBUD, że pan S. na zadaniu Budowa obwodnicy Międzyzdrojów pełnił funkcję Kierownika Robót Mostowych nie odpowiadało prawdzie. Zamawiający w toku weryfikacji oferty powziął wiedzę, że pan S. na ww. zadaniu pełnił funkcję Dyrektora Kontraktu. Okoliczności tej nie zaprzeczyło Konsorcjum MIRBUD składając wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 stycznia 2019 r. Konsorcjum MIRBUD w piśmie z dnia 23 stycznia 2019 r. wyjaśniło, że „informacje w zakresie dat oraz pełnionych funkcji na

kontrakcie Konsorcjum MIRBUD uzyskało bezpośrednio od p. Z. A. S. w zakresie okresu i jak obowiązków pełnionych przez niego w ramach wskazanej przez Zamawiającego inwestycji.”.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się 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. Ustawodawca ustanowił zatem sankcję wykluczenia z postępowania w przypadku, gdy spełnione zostaną przesłanki: zostanie wykazane, że wykonawca przekazał w toku postępowania informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, działanie takie było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy, a takie działanie winno mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ww. podstawa wykluczenia wykonawcy ma zastosowanie, gdy działanie wykonawcy cechuje wina nieumyślna, przy czym należy brać pod uwagę obie postaci winy nieumyślnej, tj. niedbalstwo i lekkomyślność. Doktryna definiuje lekkomyślność jako stan, w którym dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie, niedbalstwo zaś jako stan, w którym podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Należy zatem uznać, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp może mieć miejsce, gdy wykonawca nie wykazując profesjonalizmu wymaganego od uczestnika rynku zamówień publicznych, przedstawia informacje niezgodne z rzeczywistością, a informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Przepis ten niewątpliwie ma na celu ochronę uczciwej konkurencji przy ubieganiu się o zamówienie oraz sprzyja wykonawcom zachowującym należyłą staranność w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba doszła do przekonania, że w przedmiotowej sprawie wypełniona została norma art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Jak wskazano powyżej, niesporna była okoliczność, że wbrew oświadczeniu złożonemu przez Konsorcjum MIRBUD w Wykazie osób, pan Z. A. S. na inwestycji Budowa obwodnicy Międzyzdrojów nie pełnił funkcji Kierownika Robót Mostowych. Izba stwierdziła, biorąc pod uwagę wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum MIRBUD w piśmie z dnia 23 stycznia 2019 r., że przedstawienie ww. informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego było wynikiem co najmniej niedbalstwa. Izba dała wiarę wyjaśnieniom Konsorcjum MIRBUD, że składając oświadczenia w zakresie doświadczenia pana S., oparto się na informacjach przekazanych przez tę osobę. Konsorcjum MIRBUD nie zachowało jednak przy składaniu przedmiotowego oświadczenia należytej staranności i nie zweryfikowało informacji, które okazały się nieprawdziwe. Należy

mieć na względzie, że w przypadku oceny należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, musi ona uwzględniać, zgodnie z art. 355§2 KC, zawodowy charakter działalności. Od przedsiębiorcy, którym jest Konsorcjum MIRBUD, wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu. Staranność ta obejmuje weryfikację informacji przedstawianych zamawiającemu, a pochodzących od podmiotów trzecich, w tym osób, na których potencjał wykonawca się powołuje wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Weryfikacja ta powinna nastąpić przed przedstawieniem danej informacji zamawiającemu. W przedmiotowej sprawie weryfikacja ta była dodatkowo ułatwiona przez fakt, że pan Z. A. S., zgodnie z informacjami ujawnionymi w odpisie pełnym z Krajowego Rejestru Sądowego, był w okresie od 18 grudnia 2015 r. do 19 września 2018 r. członkiem zarządu partnera Konsorcjum MIRBUD, tj. Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A. Co za tym idzie, doświadczenie pana S. nie powinno być nieznanne czy trudne do zweryfikowania. Izba uznała ponadto, że fakt przedstawienia przez Konsorcjum MIRBUD błędnych informacji mógł mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Informacje o doświadczeniu pana S. przedstawione zostały przez Konsorcjum MIRBUD na okoliczność wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tego typu dane należą do najistotniejszych informacji przedstawianych przez wykonawców, jako że stanowią podstawę do weryfikacji przez zamawiającego zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. W sytuacji, gdyby Zamawiający nie wykazał się czujnością i nie zweryfikowałby podanych przez Konsorcjum MIRBUD informacji dotyczących doświadczenia pana S., informacje te, choć nieprawdziwe, stałyby się podstawą do uznania, że Konsorcjum MIRBUD spełnia warunek udziału w postępowaniu. Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy wypełnione zostały wszystkie przesłanki do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Izba miała przy tym na uwadze, że na żadnym etapie postępowania, zarówno składając wyjaśnienia Zamawiającemu, jak też na etapie postępowania odwoławczego przez Izbą, Konsorcjum MIRBUD nie podjęło próby wykazania, że przedstawienie informacji dotyczących doświadczenia pana S. było wynikiem np. omyłki, bądź nastąpiło z innej przyczyny, której nie można zakwalifikować jako wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Izba nie zgodziła się z twierdzeniem Odwołującego, że opisane powyżej okoliczności stanowią także o ziszczeniu się przesłanek do wykluczenia Konsorcjum MIRBUD na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Jak wskazano powyżej, Izba dała wiarę wyjaśnieniom Konsorcjum MIRBUD z dnia 23 stycznia 2019 r., że składając oświadczenia w zakresie doświadczenia pana S., oparło się na informacjach przekazanych przez tę osobę. Izba zważyła także, że składając ww. wyjaśnienia Konsorcjum MIRBUD podało, że pan S.

posiada doświadczenie przekraczające wymagania Zamawiającego, w tym doświadczenie w ramach inwestycji pn. Przebudowa istniejącej sieci drogowej – Most na rzece Łupi w ul. 1 Maja w ciągu drogi wojewódzkiej nr 705, na której pan S. pełnił obowiązki Kierownika Budowy oraz Kierownika Robót Mostowych, a także doświadczenie w ramach inwestycji pn. Budowa węzła drogowego w ciągu drogi krajowej DK92 w granicach administracyjnych miejscowości Sady, gmina Tarnowo Podgórne, woj. Wielkopolskie, łączący drogę z drogą gminną – ul. Drukarską oraz południowej strony obiektem magazynowym. Ponadto, przedkładając na wezwanie Zamawiającego poprawiony Wykaz osób, Konsorcjum MIRBUD wskazało w zakresie warunku dotyczącego Kierownika Robót Mostowych tę samą osobę, tj. pana Z. A. S., powołując się na doświadczenie i funkcję pełnioną przez tę osobę na inwestycji Most na rzece Łupi (Wykaz osób złożony wraz z pismem z dnia 7 lutego 2019 r.). Wobec powyższego, Izba uznała, że nie została wypełniona wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp przesłanka zamierzonego działania wykonawcy lub jego rażącego niedbalstwa. Izba nie dopatrzyła się logiki w działaniu wykonawcy, który miałby w wyniku zamierzonego działania bądź rażącego niedbalstwa przedstawiać zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, podczas gdy wskazywana osoba spełniała warunek udziału w postępowaniu przez inne, posiadane na moment składania ofert, doświadczenie.

Izba podzieliła stanowisko wyrażone uprzednio wielokrotnie w orzecznictwie Izby, że nieprawdziwej informacji mającej, bądź mogącej mieć wpływ na wynik postępowania, nie można zastępować inną informacją prawdziwą (przykładowo: wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2321/16, wyrok KIO z dnia 4 maja 2017 r., sygn. akt KIO 734/17, wyrok KIO z dnia 21 marca 2018 r., sygn. akt KIO 421/18, KIO 431/18). Co za tym idzie, za nieuprawnioną Izba uznała czynność Zamawiającego wezwania Konsorcjum MIRBUD do uzupełnienia Wykazu osób z dnia 30 stycznia 2019 r. Dopuszczenie możliwości „poprawienia” dokumentu, którego treść zawiera informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd sanowałoby czynność, która powinna stać się podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania i naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców. Izba za zasadny uznała zatem zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie przychyliła się do stanowiska Konsorcjum MIRBUD, że w przedmiotowej sprawie możliwe byłoby zastosowanie procedury samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Ewentualne czynności w ramach samooczyszczenia winny być podjęte przez Konsorcjum MIRBUD na etapie udzielenia Zamawiającemu odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 18 stycznia 2019 r., wówczas bowiem Konsorcjum MIRBUD powzięło wiedzę o złożeniu Zamawiającemu nieprawdziwego oświadczenia.

Biorąc pod uwagę dokonane przez Izbę powyżej ustalenia, że zaistniały podstawy do wykluczenia Konsorcjum MIRBUD z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do doświadczenia osoby pana Z. S. wskazanej na stanowisko Kierownika Robót Mostowych, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Należy bowiem wyraźnie odróżnić wprowadzenie Zamawiającego w błąd od nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba bez rozpoznania pozostawiła podniesiony na rozprawie zarzut dotyczący udziału pana Z. A. S. w inwestycji Most na rzece Łupi, jako że nie został on podniesiony w odwołaniu. Na przedmiotową inwestycję Odwołujący wskazał w odwołaniu jedynie w kontekście braku możliwości wezwania Konsorcjum MIRBUD na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów. Zarzutu nie wykazania spełniania przez Konsorcjum MIRBUD warunku udziału w postępowaniu przez wskazanie funkcji pana S. na inwestycji Most na rzece Łupi nie można wywieść jedynie z podstawy prawnej, jaka została wskazana przez Odwołującego. Dla skutecznego podniesienia zarzutu Odwołujący zobowiązany jest przywołać określone okoliczności, z których wywodzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Takich okoliczności w zakresie inwestycji Most na rzece Łupi Odwołujący w odwołaniu nie wskazał. Izba zaś na mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie może rozpoznawać zarzutów nie podniesionych w odwołaniu.

Nie potwierdziły się stawiane przez Odwołującego zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przy ocenie spełniania przez Konsorcjum MIRBUD warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osoby wskazanej na stanowisko Kierownika Budowy oraz przy przyznaniu punktów w kryterium oceny ofert z tytułu doświadczenia osoby wskazanej na ww. stanowisko.

W ocenie Izby, wykazane zostało przez Zamawiającego, że rozpoczęcie robót na zadaniu objętym zarzutem, tj. Budowa drogi ekspresowej S-3 Szczecin – Gorzów Wielkopolski, Odcinek I: węzeł Klucz – węzeł Pyrzyce od km 0+000 do km 28+200", nastąpiło w dniu 18 lutego 2008 r., pan M. W. Z. objął funkcję Kierownika Budowy w dniu 8 lutego 2008 r. i pełnił tę funkcję do dnia 17 marca 2010 r., tj. do wystawienia Świadectwa Przejęcia Robót. Na te okoliczności wskazano w piśmie Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 3 stycznia 2019 r. złożonym przez Zamawiającego. Izba wzięła pod uwagę także wyjaśnienia Konsorcjum MIRBUD złożone Zamawiającemu pismem z dnia 15 stycznia 2019 r., w których Konsorcjum MIRBUD stwierdziło, że skupiło swoją uwagę na weryfikacji doświadczenia pana Z. pod kątem posiadania doświadczenia od rozpoczęcia

robót do wykonania zadania oraz posiadania co najmniej 24 miesięcy doświadczenia, a fakt podania innych dat nastąpił omyłkowo.

Mając na uwadze, że podanie przez Konsorcjum MIRBUD mylnych dat odnośnie pracy pana Z. przy ww. inwestycji działało na niekorzyść wykonawcy, a także wobec potwierdzenia wszystkich okoliczności mających wpływ na ocenę oferty pod kątem spełnienia wymagań Zamawiającego przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w piśmie z dnia 3 stycznia 2019 r., Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do uznania, że Konsorcjum MIRBUD wprowadziło Zamawiającego w błąd. W ocenie Izby, wskazanie w złożonym Wykazie osób dat niekorzystnych dla Konsorcjum MIRBUD, nie może stanowić o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd, a o omyłce, co przyznało Konsorcjum MIRBUD w piśmie z dnia 15 stycznia 2019 r. Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do uznania, że Konsorcjum MIRBUD nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osoby wskazanej na stanowisko Kierownika Budowy, że Konsorcjum MIRBUD wprowadziło Zamawiającego w błąd w przedmiotowym zakresie, jak też do weryfikacji punktów przyznanych Konsorcjum MIRBUD z tytułu doświadczenia posiadanego przez pana Z. .

Odnosząc się do zarzutu obejmującego doświadczenie pana A. B. wskazanego przez Konsorcjum MIRBUD w Wykazie osób na stanowisko Kierownika Robót Mostowych Budowy Tunelu Izba stwierdziła, że doświadczenie ww. osoby na obu inwestycjach objętych zarzutem, tj.: na inwestycji Beskidzki Tunel kolejowy na Ukrainie oraz Autostrada A9 Pyhrn-„Borsrucktunnel” było przedmiotem badania przez Izbę w toku postępowania o sygn. akt KIO 2281/18, KIO 2286/18 oraz KIO 2291/18. Izba nie dopatryła się podstaw do podważenia oświadczeń Konsorcjum MIRBUD w tym zakresie. Stanowisko Izby zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 7 maja 2019 r. sygn. akt XIX Ga 130/19. Należy zatem uznać, że prawidłowość oświadczeń Konsorcjum MIRBUD w zakresie doświadczenia pana B. na inwestycjach objętych zarzutem, tj.: na inwestycji Beskidzki Tunel kolejowy na Ukrainie oraz Autostrada A9 Pyhrn-„Borsrucktunnel” została stwierdzona prawomocnym wyrokiem i jako taka nie może stać się przedmiotem ponownego rozpoznania przez Izbę. Powyższego nie zmienia okoliczność, że Konsorcjum MIRBUD w odwołaniu rozpoznawanym w przedmiotowej sprawie podnosiło zarzut zarówno wobec przyznania Konsorcjum MIRBUD punktów w kryterium oceny ofert, jak też wobec oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie osoby wskazanej na stanowisko Kierownika Robót Mostowych Budowy Tunelu. Podstawą ww. zarzutów było oświadczenie Konsorcjum MIRBUD o zakresie doświadczenia pana A. B. na inwestycji Beskidzki Tunel kolejowy na Ukrainie oraz na inwestycji Autostrada A9 Pyhrn-„Borsrucktunnel”. Jak wskazano powyżej,

ww. zakres doświadczenia pana B. jest objęty prawomocnym orzeczeniem, którym jest związana zarówno Izba, jak i strony postępowania.

Z uwagi na powyższe, nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez uznanie oferty Konsorcjum MIRBUD za ofertę najkorzystniejszą, podczas gdy oferta ta w rzeczywistości nie jest najkorzystniejszą w postępowaniu.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczy postępowań dwuetapowych, zaś przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący :

.....

.....