

WYROK
z dnia 3 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Członkowie: Marek Koleśnikow

Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2019r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę **Egis Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Francja)**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1) uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienie czynności wezwania Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentacji w zakresie wykazu osób poprzez wskazanie jednej lub dwóch nowych osób do pełnienia funkcji na stanowisku Kierownika Podzespołu Etapu I (I.E1) oraz na stanowisku Kierownika Podzespołu Etapu III (I.E3) w celu potwierdzenia spełnienia warunków o których mowa w punkcie 5.1.1.3 lit.b) oraz punkcie 5.1.1.3. lit. d) IDW,
- dokonanie ponownej oceny oferty Przystępującego w sposób zgodny z postanowieniami IDW i przyznanie ofercie tego wykonawcy 12 punktów w kryterium „Minimalny czas zaangażowania w realizację umowy”

2) w pozostałym zakresie oddać odwołanie;

3) kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego i:

Sygn. akt KIO 1620/19

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł (trzy osiemnaście tysięcy sześćset złotych) poniesioną przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Sygn. akt KIO 1620/19

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., 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:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018r. poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zadanie VI.3 Inżynier dla Zadania IV.2 - Budowa kolektora Wiślanego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 marca 2019 r., pod numerem 2019/S 056-130416.

W dniu 19 sierpnia 2019r. wykonawca - Egis Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”), wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

- zaniechaniu wykluczenia wykonawcy SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, Francja (dalej: „Safege” lub „Przystępujący”) z uwagi na niewykazanie braku przewidzianej przez Zamawiającego fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania,
- obejściu zakazu zmiany treści oferty i nieuprawnionym wezwaniu Safege do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, mimo że wykonawca Safege w tym zakresie warunki spełniał, a działanie Zamawiającego skutkowało, nieuprawnioną ingerencją w treść oferty Safege ze względu na przyznanie ofercie tego wykonawcy maksymalnej liczby punktów w kryterium „Minimalny czas zaangażowania w realizację umowy”,
- zaniechaniu dokonania przez Zamawiającego oceny oferty złożonej przez Safege w sposób zgodny z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ, a odnoszącymi się do kryterium „Minimalny czas zaangażowania w realizację umowy”, co doprowadziło do przyznania ofercie Safege zbyt dużej liczby punktów w tym kryterium oraz wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej,
- prowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniem Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp oraz art. 24 ust. 9 Pzp w zw. z art. 24 ust. 8 Pzp i art. 7 Pzp, poprzez błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez Safege i przyjęcie, że dowody przedstawione przez Safege w trybie art. 24 ust. 8 Pzp są wystarczające i wskazują na rzetelność tego wykonawcy, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wykluczenia Safege z postępowania w sytuacji, gdy nie wykazał on, że podjął konkretne i odpowiednie

środki dla zapobiegnięcia w przyszłości nieprawidłowemu postępowaniu polegającemu na nienależytym wykonaniu umów w sprawie zamówienia publicznego;

2. art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 58 k.c., poprzez obejście zakazu zmiany treści oferty i nieuprawnione wezwanie wykonawcy Safege do uzupełnienia wykazu osób w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, mimo że Przystępujący w tym zakresie te warunki spełniał, a działanie Zamawiającego skutkowało nieuprawnioną ingerencją w treść oferty Safege ze względu na przyznanie ofercie tego wykonawcy maksymalnej liczby punktów w kryterium „Minimalny czas zaangażowania w realizację umowy”;

3. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez Safege w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ - IDW, co skutkowało przyznaniem ofercie Safege maksymalnej liczby punktów w kryterium „Minimalny czas zaangażowania w realizację umowy”;

4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez, prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadą przejrzystości.

W oparciu o tak przedstawione zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- wykluczenia Safege z postępowania z uwagi na niewykazanie braku przewidzianej przez Zamawiającego fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania,
- unieważnienia czynności wezwania wykonawcy Safege do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, w zakresie uzupełnienia wykazu osób poprzez wskazanie jednej lub dwóch nowych osób do pełnienia funkcji na stanowisku Kierownika Podzespołu Etapu 1 (I.E1) oraz na stanowisku Kierownika Podzespołu Etapu III (I.E3) w celu potwierdzenia spełnienia warunków, o których mowa w pkt. 5.1.1.3. lit. b) oraz pkt, 5.1.1.3, lit. d) IDW,
- dokonania ponownej oceny oferty wykonawcy Safege w sposób zgodny z postanowieniami IDW i przyznanie ofercie tego wykonawcy 12 punktów w kryterium „Minimalny czas zaangażowania W realizację umowy”,
- dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzut nr 1 Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 5.1.2 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia” Zamawiający przewidział, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1,4-8 Pzp. Przystępujący, składając ofertę, w JEDZ przyznał, że znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia została rozwiązana przed czasem. Safege poinformował także w JEDZ, że przedsięwziął środki w celu

samooczyszczenia. Odwołujący wyjaśnił, że z udostępnionych mu dokumentów wynika, że w 2018 roku doszło do odstąpienia z winy Safege od dwóch umów w sprawie zamówienia publicznego dotyczących opracowania dokumentacji projektowych: umowy zawartej ze Skarbem Państwa - Wojewodą Podkarpackim dotyczącej „Przebudowy Kolejowego Przejścia Granicznego w Medyce” i umowy zawartej z PKP S.A. dotyczącej „Przebudowy i budowy dworców kolejowych Doliny Popradu”. Jak wynika z oświadczenia self-cleaning, w obu przypadkach podstawą odstąpienia była zwłoka w wykonaniu umowy przez Safege, przy czym, co istotne pierwsza umowa została zawarta z Konsorcjum z udziałem: Safege S.A.S., B. S. i B. B.-S.-wspólnikami s.c. WASKO Projekt oraz WASKO PROJEKT Sp. z o.o. Sp. k.

Odwołujący stwierdził, że analizując opisane przez Safege środki mające zapobiegać w przyszłości występowaniu takich sytuacji oraz analizując przedłożone przez Przystępującego dowody stwierdził, że nie są one wystarczające. W opinii Odwołującego trudno uznać za wiarygodne wyjaśnienia Safege o podjętych krokach naprawczych, przy jednoczesnym kwestionowaniu przez niego swojej winy przy nieprawidłowym wykonaniu umów, które Zamawiający wypowiedzieli. Zauważył, że z oświadczenia self cleaning wynika, że podstawą odstąpienia od obu umów były problemy z uzyskaniem przez Safege potrzebnych uzgodnień. Pomimo tego, Odwołujący wskazał, że w obszernych objętościowo wyjaśnieniach trudno doszukać się środków zaradczych związanych z tymi konkretnymi problemami Safege na kontraktach. Widać to wyraźnie w odniesieniu do pisma Konsorcjum Safege z dnia 23.01.2018 r. do Wojewody Podkarpackiego (Załącznik nr 1 do oświadczenia self cleaning), gdzie na str. 3-6 Konsorcjum Safege definiuje problemy na kontrakcie. Przedstawione w wyjaśnieniach środki organizacyjne czy kadrowe w żaden jednak sposób nie odnoszą się do tych problemów. W ocenie Odwołującego przedstawione przez Przystępującego dowody jedynie ogólnikowo odnoszą się do nadzoru i monitorowania projektów, w ogóle pomijając konkretny problem Safege, tj. braku współdziałania z innymi podmiotami w zakresie uzyskania niezbędnych uzgodnień. Co jednak najistotniejsze, wykazywana przez Safege umowa, rozwiązana wcześniej przez Wojewodę Podkarpackiego z winy wykonawcy dot. „Przebudowy Kolejowego Przejścia Granicznego w Medyce”, była zawarta przez Konsorcjum w składzie: Safege S.A.S., B. S. i B. B.-S. - wspólnikami s.c. WASKO Projekt oraz WASKO PROJEKT Sp. z o.o. sp. k. Tymczasem prezentowane w wyjaśnieniach środki zaradcze odnoszą się wyłącznie do Safege S.A.S. Zdaniem Odwołującego już ta okoliczność przesądza, że dowody przedstawione przez Safege nie są wystarczające w rozumieniu art. 24 ust. 8 i 9 Pzp, w szczególności wobec faktu, że odstąpienie od umowy spowodowane było niewywiązaniem się przez Konsorcjum z terminowej realizacji umowy z zakresie opracowania dokumentacji projektowej, za co odpowiadały Spółki WASKO. Do tej okoliczności przedstawione przez Safege dowody w ogóle się nie odnoszą. Kolejno Odwołujący wskazał, że jednym z kluczowych dowodów przedłożonych przez Przystępującego są: zlecenia przeprowadzenia

audytów projektów i zalecenia pokontrolne które nie mają jakiegokolwiek waloru nowości. Opisane tam zalecenia są typowe dla każdego racjonalnie działającego przedsiębiorcy. Nie sposób według Odwołującego przyjąć, że przedmiotowe wyjaśnienia zawierają jakieś środki zaradcze pozwalające Safege na uniknięcie w przyszłości problemów jak na kontraktach zawartych z Wojewodą Podkarpackim i PKP S.A., które były przyczyną odstąpienia Zamawiających od zawartych umów. Zdaniem Odwołującego nie stanowią także stosownego dowodu zaproszenia na szkolenia (Zał. Nr 5 i 6 do wyjaśnień), bowiem nie wiadomo, kto je przeprowadzał, kto w nich uczestniczył, czy się w ogóle odbyły. Również umowy o pracę nie stanowią stosownego dowodu, z uwagi na fakt, że nie wiadomo, czym konkretnie miały się zajmować zatrudnione osoby i jak to zatrudnienie miało zapobiec nieprawidłowemu postępowaniu Safege w odniesieniu do konkretnych problemów Safege na kontraktach przedwcześnie rozwiązanych przez Zamawiających.

Odwołujący podkreślił, że zalecenia pokontrolne z dnia 27 kwietnia 2018 (Zał. Nr 13 do wyjaśnień) związane z odstąpieniem przez PKP S.A. od umowy na opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania pn. „Przebudowa i budowa dworców kolejowych Doliny Popradu”, sprowadzające się do stwierdzenia, że aktualność zachowują zalecenia sporządzone dla projektu dot. „Przebudowy Kolejowego Przejścia Granicznego w Medyce” nie były wystarczające i odpowiednie bowiem nie zapobiegły dalszemu nieprawidłowemu zachowaniu Przystępującego w trakcie realizacji kontraktu dla PKP S.A. na opracowanie dokumentacji projektowej dla Zadania pn. „Przebudowa i budowa dworców kolejowych Doliny Popradu”, co doprowadziło do odstąpienia od umowy przez PKP S.A. kilka miesięcy później. Tym samym, nie może budzić wątpliwości, że przedstawione przez Safege dowody nie potwierdzają, że podjęte przez niego środki zaradcze były odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy, skoro nie zapobiegły kolejnemu odstąpieniu od umowy z winy wykonawcy z identycznych powodów. Odwołujący wskazał także, że ze złożonych wyjaśnień nie wynika czy i jak wdrożono opisane zalecenia i procedury, a przepis art. 24 ust. 8 Pzp wprost wskazuje, że chodzi o środki zaradcze „podjęte” przez wykonawcę. Samo Opracowanie zaleceń i procedur, jak załączone do wyjaśnień przez Safege (niezależnie od ich oceny merytorycznej, o czym była mowa powyżej), nie jest wystarczające, aby ocenić je jako odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Wykonawca, który zamierza skorzystać z przepisu art. 24 ust. 8 Pzp, musi udowodnić Zamawiającemu (przedstawić dowody), że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Innymi słowy, wykonawca podlegający wykluczeniu na podstawie wskazanych przepisów musi przedstawić dowody na tyle wiarygodne i na tyle wysokiej jakości, że potwierdzą uczciwość i solidność wykonawcy. Natomiast z analizowanego stanu faktycznego wynika, iż Safege nie wykazał skutecznych działań podjętych w celu samooczyszczenia, określonych w art. 24 ust. 8 Pzp, co w konsekwencji skutkuje

koniecznością wykluczenia go z postępowania. Odwołujący zauważył ponadto, że w jego ocenie, brak jest podstaw do skorzystania w tym stanie faktycznym z wezwania Safege w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia samooczyszczenia. Safege opisał bowiem podjęte środki zaradcze w sposób niebudzący wątpliwości co do ich zakresu oraz umożliwiając Zamawiającemu dokonanie oceny podjętych działań. Nie sposób więc przyjąć, aby zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp miało służyć wyjaśnieniu okoliczności, które przecież nie budzą wątpliwości.

Uzasadniając drugi zarzut odwołania, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w punkcie 5.1.1.3. IDW ustanowił warunki udziału w postępowaniu, wedle których o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się m. in. wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej (OSOBY) tj.: Zespół Kluczowych Specjalistów (wymóg minimalny to po jednej osobie dla każdej funkcji) odpowiedzialnych za świadczenie usług, którzy będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, tj. pełnić następujące funkcje:

b) Kierownik Podzespołu Etapu I (I.E1) - specjalista w zakresie zarządzania, nadzorowania i rozliczania kontraktów (...),

d) Kierownik Podzespołu Etapu III (I.E3) - specjalista w zakresie zarządzania nadzorowania i rozliczania kontraktów.

Zamawiający określił w postępowaniu następujące kryteria oceny ofert pkt 13.:

1. Cena oferty (z podatkiem VAT) /C/ – 65 %
2. Doświadczenie Personelu Inżyniera – 13 %
3. Wiedza i kompetencje Kierownika Zespołów – Inżyniera (I) – 6 %
4. Minimalny czas zaangażowania w realizację umowy – 16 %.

W ramach kryterium nr 2, Zamawiający przyznawał punkty za doświadczenie osób wchodzących w skład Personelu Inżyniera, jeżeli było ono wyższe niż doświadczenie minimalne, określone w pkt 5.1.1.3 IDW (doświadczenie minimalne stanowiło jednocześnie warunek udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej).

Z kolei w ramach kryterium nr 4, zgodnie z OPZ, pkt. 6.1.4, Zamawiający określił minimalny czas jaki Kluczowi Specjaliści powinni poświęcić realizacji Umowy: W przypadku wskazania, w ofercie minimalnego czasu poświęconego na realizację Umowy w okresie Realizacji Robót Budowlanych, wykonawca miał otrzymać ilość punktów wskazaną w tabeli w pkt, 13.4. IDW, tj. łącznie w kryterium można uzyskać 16 pkt. Odwołujący wskazał, że osoby dla których wskazano obecność stałą, będą musiały być do dyspozycji Zamawiającego w wymiarze, co najmniej 8 godzin roboczych w ciągu jednego dnia roboczego. Zamawiający zastrzegł przy tym, że osoby, dla których wskazana zostanie obecność stała, zgodnie z kryterium „Minimalny czas zaangażowania w realizację umowy” nie mogą podejmować innego

zatrudnienia w okresie Realizacji Robót Budowlanych. Podkreślił ponadto, że Zamawiający nie dopuścił łączenia funkcji dla Specjalistów, dla których w Ofercie wskazano zgodnie z wymogiem powyżej obecność Stałą. Powyższe oznaczało więc, zdaniem Odwołującego, że aby uzyskać punkty w ramach kryterium nr 4, należało wskazać w Formularzu oferty stałą obecność danej osoby z Zespołu Kluczowych Specjalistów oraz osoba taka nie mogła jednocześnie pełnić innej funkcji w ramach tego Zespołu. Innymi słowy, Zamawiający w SIWZ wprost zabronił łączenia funkcji w Zespole Kluczowych Specjalistów przez osoby, co do których wykonawca zadeklarował stałą obecność w ramach poza cenowego kryterium oceny ofert.

Odwołujący wskazał także, że zgodnie z punktem 10.19 IDW, który odnosił się do sposobu przygotowania oferty, załącznik nr 4 - Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia należało złożyć w przypadku, gdy osoby wyznaczone przez Wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia posiadają większe doświadczenie ponad wymagane minimum, określone w pkt. 5.1.1.3 IDW (doświadczenie minimalne stanowiło jednocześnie warunek udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej). Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, miał być składany zgodnie z treścią Załącznika nr 4 i wyłącznie w celu przyznania ewentualnych dodatkowych punktów w ramach kryterium „Doświadczenie Personelu Inżyniera”. W celu uzyskania dodatkowych punktów w tym kryterium, w Opisie doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia należało wskazać doświadczenie minimalne (wymagane jako warunek udziału w postępowaniu) oraz punktowane doświadczenie dodatkowe (oceniane w ramach kryterium oceny ofert).

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w pkt. 10.19 IDW wskazał:

„Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, i w związku z tym, że służy do uzyskania dodatkowych punktów zgodnie z pkt 13.1. ppkt 2.1, pkt 13.1. ppkt 2.2, pkt. 13,1, ppkt 2.3, pkt 13.1, ppkt, 2.4, pkt 13.1. ppkt 2.5, pkt 13.1. ppkt 2.6, lub pkt 13.1 ppkt. 2.7. (kryterium „Doświadczenie Personelu Inżyniera) nie będzie podlegać uzupełnieniu w trybie właściwym dla dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W sytuacji gdy na podstawie Opisu doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia Wykonawca uzyska dodatkowe punkty zgodnie z pkt 13.1, ppkt. 2.1, pkt. 13.1, ppkt. 2.2, pkt. 13.1. ppkt. 2.3, pkt. 13.1. ppkt. 2.4, pkt. 13.1. ppkt. 2.5, pkt. 13.1. ppkt. 2.6, lub pkt. 13.1. ppkt. 2.7. IDW to Zamawiający uzna jednocześnie, że Wykonawca spełnia wymagania określone odpowiednio w pkt 5.1.1.3 a), 5.1.1.3 b), 5.1.1.3 c), 5.1.1.3 d), 5.1.1.3. g), 5.1.1.3 j) lub 5.1.1.3. m) IDW w zakresie, dotyczącym odpowiednio osób wyznaczonych do pełnienia opisanych w tych punktach funkcji. Złożenie przez Wykonawcę Opisu osób wyznaczonych przez niego do realizacji zamówienia i uzyskanie dodatkowych

punktów powoduje, że w wykazie osób, o którym stanowi pkt 6.1.3 IDW Wykonawca nie wypełnia już opisu doświadczenia osoby skierowanej przez niego do pełnienia danej funkcji, ponieważ wiąże go Opis doświadczenia danej osoby wyznaczonej przez Wykonawcę do realizacji zamówienia złożony zgodnie z treścią Załącznika nr 4 do IDW, za której doświadczenie uzyskał dodatkowe punkty.

W sytuacji, gdy na podstawie Opisu doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia Wykonawca nie uzyska dla danej osoby dodatkowych punktów zgodnie z pkt 13.1. ppkt. 2.1, pkt. 13.1. ppkt. 2.2, pkt. 13.1 ppkt. 2.3, pkt. 13.1. ppkt. 2.4, pkt. 13.1. ppkt. 2.5, pkt. 13.1. ppkt. 2.6, pkt. 13.1. ppkt. 2.7 Wykonawca ten zobowiązany jest do złożenia wykazu osób zgodnie z pkt 6.1.3 IDW uwzględniającego tę osobę, jeżeli zostanie do tego wezwany przez Zamawiającego. Jeżeli Wykonawca w ogóle nie złoży Opisu doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia zobowiązany jest, na wezwanie Zamawiającego, do złożenia pełnego wykazu osób (6.1.3 IDW).

W związku z powyższym, jeżeli osoba wyznaczona przez Wykonawcę do pełnienia jednej z punktowanych funkcji nie posiada większego doświadczenia ponad wymagane minimum określone odpowiednio w pkt: 5.1.1.3 a), 5.1.1.3 b), 5.1.1.3 c), 5.1.1.3 d), 5.1.1.3 g), 5.1.1.3 j) lub 5.1.1.3 m) IDW, Wykonawca nie załącza do oferty Opisu doświadczenia w zakresie dotyczącym tej osoby (jeżeli żadna z osób nie posiada większego doświadczenia ponad wymagane minimum Wykonawca w ogóle nie załącza tego dokumentu).”.

Odwołujący z powyższych postanowień SIWZ wywiódł, że Załącznik nr 4 stanowił element treści oferty. Na jego podstawie Zamawiający badał oferty w zakresie kryterium oceny ofert nr 2, ale mógł również ustalić, czy doszło do łączenia funkcji w ramach Zespołu Kluczowych Specjalistów w ramach kryterium oceny ofert nr 4 - „Minimalny czas zaangażowania w realizację umowy”.

Podsumowując powyższe postanowienia IDW, Odwołujący stwierdził, że Wykonawca zobowiązany był do złożenia w formularzu ofertowym oświadczenia o minimalnym czasie zaangażowania w realizację umowy przez personel (co podlegało ocenie w ramach kryterium nr 4), przy czym osoby, które wskazał jako „stale obecne” nie mogły jednocześnie zajmować dwóch stanowisk. Ponadto wskazał, że ocenie - w ramach kryterium nr 2 - podlegało doświadczenie Kluczowego Personelu, które należało wskazać w załączniku nr 4 - „Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia”, jeżeli personel legitymował się doświadczeniem wyższym, aniżeli wymagane minimum. W pozostałym zakresie, wykonawcy mieli złożyć wykaz osób na wezwanie Zamawiającego po złożeniu ofert.

Odnosząc powyższe postanowienia SIWZ do oferty Przystępującego wskazał, że w treści formularza ofertowego Safege złożył wyraźne oświadczenie, że Kluczowi Specjaliści podlegający ocenie w ramach kryterium „Minimalny czas zaangażowania w realizację Umowy”

będą zaangażowani w realizację Umowy w okresie Realizacji Robót budowlanych w następujący sposób:

- Kierownik Zespołu - Inżynier (I) - obecność stała,
- Kierownik Podzespołu Etapu I (I.E.1) - obecność stała (w okresie realizacji danego Etapu),
- Kierownik Podzespołu Etapu II (I.E.2) - obecność stała (w okresie realizacji danego Etapu), oraz
- Kierownik Podzespołu Etapu III (I.E.3) - obecność stała (w okresie realizacji danego Etapu) (por. str. 3. Formularza Ofertowego Safege).

Jednocześnie w Załączniku nr 4 - „Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia”, a więc już na etapie składania ofert, Safege wskazał na stanowisko Kierownika Podzespołu Etapu I (I.E.1) oraz Kierownika Podzespołu Etapu III (I.E.3) tę samą osobę - p. S. M. Tym samym, Odwołujący stwierdził, że Safege złamał zakaz łączenia stanowisk przez kluczowy personel, ponieważ p. M. został wskazany do pełnienia dwóch funkcji, a jednocześnie zadeklarowana została jego stała obecność. Po złożeniu ofert, Zamawiający wezwał Safege w trybie art. 26 ust. 2f Pzp do złożenia wykazu osób, w odpowiedzi na co wykonawca złożył wykaz osób uwzględniający specjalistów, którzy nie stanowili Kluczowych Specjalistów, podlegających ocenie w ramach kryterium „Minimalny czas zaangażowania w realizację Umowy”. Na końcu tego wykazu, pod tabelą z personelem, Safege złożył następujące oświadczenie: „Wykonawca przedstawia informacje o osobach wskazanych do wykonania niniejszego zamówienia. Wykonawca na własną odpowiedzialność przedstawia te informacje. Zaprezentowane informacje muszą precyzyjnie wskazywać Wymagania określone przez Zamawiającego. Odnośnie pozostałych Kluczowych Specjalistów, o których mowa w pkt 5.1.1.3 a), 5.1.1.3 b), 5.1.1.3 c), 5.1.1.3 d), 5.1.1.3 g), 5.1.1.3 j) oraz 5.1.1.3 m) IDW aktualne pozostają informacje wskazane w Opisie doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia załączonym do oferty”. Tym samym, według Odwołującego, Safege potwierdził swoje oświadczenie z wykazu personelu, złożonego wraz z ofertą w ramach załącznika nr 4 - „Opis doświadczeń...”, że p. M. został powołany zarówno na stanowisko Kierownika Podzespołu Etapu I (I.E.1) oraz Kierownika Podzespołu Etapu III (I.E.3), mimo, że IDW jasno zakazywało łączenia stanowisk w ramach kryterium „Minimalny czas zaangażowania w realizację umowy”. Zamawiający, natomiast zamiast uwzględnić powyższą okoliczność i przyznać Safege odpowiednio mniej punktów w ramach kryterium „Minimalny czas zaangażowania w realizację umowy”, pismem z dnia 9 lipca 2019 r. - działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp - wezwał Safege do uzupełnienia dokumentów: „Zgodnie z treścią pkt: 5.1.1.3. w zakresie łączenia funkcji specjalistów, Zamawiający wskazał, że dopuszcza łączenie funkcji specjalistów w Zespole Inżyniera m.in. w zakresie „Specjalistów I.E1,1,E2 oraz I E3. - dopuszczalne jest jednoczesne pełnienie funkcji

na nie więcej niż dwóch Etapach”, jednakże, zastrzegł że nie dopuszcza łączenia funkcji ze Specjalistami, dla których w Ofercie wskazano obecność stałą, zgodnie z kryterium oceny ofert nr 4 „Minimalny czas zaangażowania w realizację umowy” (pkt 13 IDW).

W złożonym przez Państwa w dniu 17.06.2019 r, wykazie osób w poz., nr 1 na stanowisko Kierownika Podzespołu Etapu I (I.E1) oraz w poz., nr 4 na stanowisko Kierownika Podzespołu Etapu III (I.E.3) wskazaliście Państwo tą samą osobę, tj. Pana S. M. Ponadto w treści złożonej oferty oświadczyliście obecność stałą w/w Specjalistów (I.E.1 i I.E.3) w okresie realizacji Robót budowlanych w ramach Kryterium „Minimalny Czas Zaangażowania w realizację umowy”. W związku z powyższym Zamawiający wzywa Państwa do uzupełnienia dokumentu tj. wykazu osób poprzez: wskazanie jednej lub dwóch nowych osób do pełnienia funkcji na stanowisku Kierownika Podzespołu Etapu I (I.E1), oraz na stanowisko Kierownika Podzespołu Etapu III (I.E3) w celu potwierdzenia spełnienia warunków, o których mowa w pkt. 5.1.1.3. lit. b) oraz pkt. 5.1.1.3. lit. d).”.

W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 18 lipca 2019 r. Przystępujący na stanowisko Kierownika Podzespołu Etapu I (I.E1) zgłosił nową osobę - p. A. L., a na stanowisku Kierownika Podzespołu Etapu III (I.E3) pozostawił dotychczasową osobę (p. M.), jednocześnie oświadczając, że podtrzymuje deklarację o stałej obecności obu osób. Odwołujący wskazał, że w efekcie powyższych działań Zamawiający przyznał Safege punkty za stałą obecność osób na stanowisku Kierownika Podzespołu Etapu I (I.E1) oraz na stanowisku Kierownika Podzespołu Etapu III (I.E3) (po 2 punkty za każdą osobę, łącznie 4 punkty), co łącznie dało ofercie Safege maksymalną liczbę punktów w kryterium oceny ofert nr 4. Tymczasem takie działanie Zamawiającego było błędne i niezgodne z przepisami Pzp w konsekwencji nie powinno się ostać, ponieważ oferta Safege w powyższym zakresie spełniała warunki udziału w postępowaniu i nie mogła być uzupełniona w zakresie kryterium. Skutkiem powyższego, Safege powinien być otrzymać o 4 punkty mniej w ramach kryterium „Minimalny czas zaangażowania w realizację umowy”, ponieważ wskazując tą samą osobę jako specjalistę I.E1 i I.E3. nie mógł jednocześnie zapewnić jej stałej obecności.

Odwołujący stwierdził ponadto, że w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, należy oddzielić procedurę wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu (kwalifikacja podmiotowa wykonawców) od procedury kwalifikacji przedmiotowej ofert. W ramach poszczególnych procedur zamawiający jako gospodarz postępowania, zobligowany jest korzystać z odpowiednich instrumentów prawnych, funkcjonalnie przypisanych w Pzp do odpowiednich czynności składających się na wybór oferty najkorzystniejszej. Tymczasem w tym postępowaniu Zamawiający dokonał konfuzji tych dwóch procedur, ponieważ dopuścił zmianę osoby wykazywanej w ramach spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jak bowiem wynika z treści wezwania Zamawiającego z dnia 9 lipca 2019 r., działał on na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp i jednocześnie stwierdził, że

doszło do połączenia funkcji specjalistów, dla których wskazano w ofercie obecność stałą, co jest nieprawidłowe z punktu widzenia kryterium oceny ofert nr 4 „Minimalny czas zaangażowania w realizację umowy” (pkt 13 IDW). Zamiast jednak przyznać Safege mniej punktów w ramach tego kryterium, Zamawiający zasugerował w wezwaniu, aby wykonawca uzupełnił wykaz osób poprzez wskazanie jednej lub dwóch nowych osób do pełnienia funkcji na stanowisku Kierownika Podzespołu Etapu I (I.E1) oraz na stanowisku Kierownika Podzespołu Etapu III (I.E3) w celu potwierdzenia spełnienia warunków, o których mowa w pkt. 5.1.1.3. lit. b) oraz pkt. 5.1.1.3. lit. d). Takie działanie jest jednak niedopuszczalne, ponieważ Safege spełniał we wskazanym zakresie warunki udziału w postępowaniu, nie kwalifikował się natomiast do uzyskania maksymalnej liczby punktów w kryterium nr 4. Świadczy to również o nierównym traktowaniu oferentów, ponieważ Zamawiający umożliwił (czy wręcz zasugerował) Safege zmianę treści oferty w sposób nieuprawniony i mający wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej. Doszło bowiem do negocjacji treści oferty Safege, gdzie Zamawiający wskazał temu wykonawcy sposób poprawienia oferty, aby mógł on uzyskać więcej punktów w ramach kryterium. Odwołujący podkreślił, że należy bowiem wyraźnie podkreślić, że co do zasady nie można dokonywać zmiany oferty po jej złożeniu, na co wprost wskazuje art. 87 ust. 1 Pzp. Tymczasem skierowanie przez Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień, które w istocie zmierzało do ingerencji w treść oferty, poprzez zmiany mające wpływ na liczbę uzyskanych punktów w ramach kryterium oceny ofert, stanowi naruszenie zarówno art. 87 ust. 1 i 2 Pzp, jak i art. 26 ust. 3 Pzp.

Zdaniem Odwołującego oświadczenie w przedmiocie stałej obecności p. M. może również stanowić niezgodność treści oferty z SIWZ. Wyjaśnił, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Safege oświadczył zgodnie z SIWZ, że będzie realizował zamówienie dysponując Zespołem Kluczowych Specjalistów, przy czym minimalny czas poświęcony na realizację Umowy będzie obecnością stałą. Oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta może przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Liczba zaangażowanych osób, jak i czas ich zaangażowania stanowią o sposobie realizacji umowy. Z oświadczenia woli Safege złożonego w Formularzu ofertowym wynika, że nie, proponuje on realizacji zamówienia w sposób zgodny z potrzebami Zamawiającego, ponieważ złożone oświadczenie nie jest zgodne z prawdą i rozmią się w tym zakresie z postanowieniami SIWZ. Z tego względu można dojść do przekonania, że ofertę Safege należało odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W piśmie procesowym z dnia 29 sierpnia 2019 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. W zakresie zarzutu pierwszego wskazał, że jest on bezzasadny.

Przystępujący stwierdził, że Odwołujący stawiając powyższy zarzuty nie zakwestionował okoliczności faktycznych przedstawionych w złożonych przez niego wyjaśnieniach (self cleaning) dotyczących sporności istnienia przesłanek umożliwiających rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Okoliczność ta ma jednak znaczenie, z uwagi na fakt, że przepis art. 24 ust. 8 lub 9 Pzp nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania i żeby móc podnosić zarzut naruszenia powyższych przepisów trzeba w pierwszej kolejności podnieść zarzut i wykazać, iż przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 ma zastosowanie tzn. wykazać istnienie wszystkich przesłanek wynikających z tego przepisu. Odwołujący natomiast nie wykazał istnienia tych przesłanek (traktując je jako okoliczność udowodnioną) i jedynie skupił się na ocenie złożonego self-cleaningu. Natomiast jak wyjaśnił Przystępujący złożył on samooczyszczenie z daleko posuniętej ostrożności, z uwagi na różne stanowiska przyjmowane w orzecznictwie Izby co interpretacji przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16, ust. 5 pkt 4 czy ust. 8 i 9 Pzp. Podkreślił, że przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp nie znajduje zastosowania w każdym przypadku rozwiązania umowy w sprawie zamówienia z wykonawcą. Stosując art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp należy mieć na uwadze, iż przepis ten stanowi implementację do polskiego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, w którym wskazano, że instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Mieć należy także na względzie wskazówki przedstawione w preambule do Dyrektywy klasycznej (motyw 101 gdzie wyjaśniono, iż instytucje zamawiające powinny mieć możliwość wykluczenia tych oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów, jak również zaznaczono, że drobne nieprawidłowości mogą prowadzić do wykluczenia wykonawcy jedynie w wyjątkowych okolicznościach. Wskazano także, że stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Przystępujący wskazał, że z literalnej wykładni przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp wynika, że aby dopuszczalne było zastosowanie wskazanej powyżej przesłanki wykluczenia muszą zaistnieć łącznie następujące przesłanki:

- a. niewykonanie lub nienależyte wykonanie wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji,
- b. zawartej z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 Pzp,
- c. niewykonanie lub nienależyte wykonanie wcześniejszej umowy powinno nastąpić z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,

- d. istotny stopień niewykonania lub nienależytego wykonania umowy,
- e. rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania będące skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania wcześniejszej umowy.

Odwołujący natomiast zaniechał wykazania łącznego ziszczenia się przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp mimo, iż z treści złożonego przez Safege samooczyszczenia wynika jednoznacznie, że okoliczności faktyczne związane z przedterminowym zakończeniem są przedmiotem sporu umów pomiędzy Safege a zamawiającymi. Odwołujący dostrzegając, iż okoliczności zakończenia umów są sporne nie podjął nawet próby wykazania, że zakończenie umów nastąpiło z przyczyn, za które ponosi on odpowiedzialność. Z treści samooczyszczenia wynika wprost, że Safege kwestionuje swoją winę w nieprawidłowym wykonaniu umów oraz przedłożył na tę okoliczność dowody - por. str. 1 i 2 samooczyszczenia oraz pismo z dnia 23 stycznia 2018 r. stanowiące załącznik nr 1 do selfcleaningu. Co więcej, w przypadku umowy dotyczącej zaprojektowania "Przebudowy Kolejowego Przejścia Granicznego w Medyce" Odwołujący nie tylko nie zakwestionował, ale również potwierdza, że odstąpienie było spowodowane niewykonaniem dokumentacji projektowej, za której wykonanie odpowiedzialne były podmioty należące do grupy WASKO (członkowie konsorcjum), a nie Safege. To na Odwołującym jako podmiocie wnoszącym odwołanie spoczywa ciężar wykazania okoliczności, z których wywodzi dla siebie skutki prawne (art. 190 ust. 1 Pzp). Ograniczenie się do stwierdzenia o zaistnieniu podstaw do wykluczenia, pomimo iż z literalnej treści przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp wynika, że konieczne do jego zastosowania jest wystąpienie ściśle określonych przesłanek jest niewystarczające i już z tego tytułu zarzut sformułowany przez Odwołującego powinien być oddalony.

Przystępujący podkreślił także, że wbrew stanowisku Odwołującego szczegółowo opisał okoliczności związane ze złożonym samooczyszczeniem, jak również dołożył należytej staranności i przedstawił dowody potwierdzające rzetelność wykonawcy. Wskazał ponadto, że odpowiedzialność, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp ma charakter zindywidualizowany, a zawiązanie konsorcjum w rozumieniu art. 23 ust. 1 Pzp nie tworzy odrębnego podmiotu - wykonawcy tworzący konsorcjum są odrębnymi podmiotami w sensie prawnym. W niniejszym postępowaniu Safege występuje samodzielnie w związku z czym, nie był obowiązany do składania samooczyszczenia w imieniu odrębnych spółek. Zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp wykonawca ma obowiązek przedstawić, że podjęte przez niego środki są adekwatne do wykazania jego rzetelności. Zauważył, że Odwołujący dostrzegł, iż powodem przedterminowego zakończenia umowy dotyczącej zaprojektowania „Przebudowy Kolejowego Przejścia Granicznego w Medyce” nie były działania lub zaniechania Safege tylko pozostałych członków konsorcjum. Okoliczność ta potwierdza, że nie doszło do wypełnienia przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp z uwagi na fakt, iż niewykonanie umowy nie było spowodowane winą Safege.

Przystępujący nie zgodził się z Odwołującym, iż wdrożone środki i dowody dołączone do samooczystczenia są niewystarczające, a okoliczność, że kwestionuje on swoją winę w niewykonaniu wskazanych w samooczystczeniu projektów w żaden sposób nie oznacza, że podjęte przez niego działania należy uznać za pozorne. Wykonawca w związku z przedterminowym zakończeniem umów przeanalizował w swoim przedsiębiorstwie obydwa przypadki zakończenia umów i wskazał, że podjął konkretne środki zaradcze (niezależnie od winy) mające na celu ulepszenie procedur stosowanych przez Safege i uniknięcie podobnych przypadków w przyszłości.

Odnosząc się do stwierdzenia Odwołującego, zgodnie z którym wdrożone środki nie mogły być skuteczne, skoro w kwietniu 2018 r. doszło do kolejnego odstąpienia od umowy wyjaśnił, że było to związane wyłącznie z tym, że obydwie umowy były realizowane niemal równocześnie. Obydwie umowy zostały zawarte w podobnym okresie, tj. umowa na opracowanie dokumentacji przedprojektowej, okołoprojektowej oraz projektów budowlanych i wykonawczych dla zadania „Przebudowa i budowa dworców kolejowych Doliny Popradu” 22 czerwca 2017 r., natomiast umowa na „Przebudowę Kolejowego Przejścia Granicznego w Medyce” w dniu 11 lipca 2017 r. Opóźnienie powstałe w przypadku umowy dotyczącej opracowania dokumentacji przedprojektowej, okołoprojektowej oraz projektów budowlanych i wykonawczych dla zadania „Przebudowa i budowa dworców kolejowych Doliny Popradu” powstało przed styczniem 2018 r., tj. przed wdrożeniem środków zaradczych wymienionych w samooczystczeniu. Safege podkreślił, że już w sierpniu 2017 r. informował PKP S.A. o okolicznościach uniemożliwiających realizację zamówienia w terminie określonym w umowie. Nie ulega zatem wątpliwości, iż odstąpienie od umowy przez PKP S.A. było powodowane opóźnieniem w realizacji umowy powstałym przed wdrożeniem przez Safege dodatkowych środków zaradczych. Tym samym, bezzasadny jest argument Odwołującego, że działania podjęte przez Safege były niewystarczające i niewłaściwe. Przystępujący wskazał ponadto, że zarówno Skarb Państwa - Wojewoda Podkarpacki, jak i PKP S.A. uzyskali zaspokojenie swoich roszczeń związanych z przedterminowym zakończeniem umów.

Odnosząc się natomiast do zarzutu nr 2 stwierdził, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na to, iż załącznik nr 4 do IDW nie stanowił podstawy do przyznawania punktów w ramach kryterium oceny ofert nr 4 „Minimalny czas zaangażowania w realizację umowy”. Ponadto podkreślił, że nie nastąpiła zmiana treści formularza ofertowego w zakresie dotyczącym kryterium oceny ofert nr 4 „Minimalny czas zaangażowania w realizację umowy”, a Przystępujący nie uzyskał punktów w ramach kryteriów oceny ofert nr 2 „Doświadczenie Personelu Inżyniera” za doświadczenie S. M. ani za doświadczenie nowo wskazanego A. L. Wyjaśnił także, że uzupełnienie wykazu osób nastąpiło wyłącznie w zakresie potwierdzającym

spełnianie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z brzmieniem treści SIWZ w zakresie dotyczącym warunków udziału postępowaniu (pkt 5.1.1. SIWZ str. 10, akapit drugi).

Przystępujący podkreślił również, że załącznik nr 4 do IDW (który zawierał informacje o posiadanym przez personel doświadczeniu) służył tylko i wyłącznie do przyznania punktów w zakresie kryterium oceny ofert odnoszącego się do doświadczenia personelu wykonawcy. Oddzielnym kryterium oceny ofert było natomiast wskazanie „Minimalnego czasu zaangażowania w realizację Umowy”. Stosownie do pkt 13.4 SIWZ „Zgodnie z OPZ, pkt. 6.1.4 Zamawiający określił minimalny czas, jaki Kluczowi Specjaliści powinni poświęcić realizacji Umowy. Punkty w kryterium zostaną przyznane za poświęcenie przez wskazaną na stanowisko Kierownik Zespołów - Inżynier (I) osobę, zwiększonego czasu na realizację Umowy”. Zaoferowanie przez wykonawcę obecności stałej dla członków personelu kluczowego skutkowało przyznaniem odpowiedniej ilości punktów. W przypadku zaoferowania stałej obecności Kierownika Podzespołu Etapu I oraz stałej obecności Kierownika Podzespołu Etapu III wykonawca otrzymywał po 2 pkt. Wskazał, że oświadczenie dotyczące kryterium „Minimalnego czasu zaangażowania w realizację Umowy” dla ww. osób nie było podawane w Załączniku nr 4 do IDW. Safege wskazał w treści oferty - str. 3 formularza ofertowego - informację o „Minimalnym czasie zaangażowania w realizację Umowy” dla członków Personelu Kluczowego, a oświadczenie to zostało przypisane wyłącznie do stanowiska i zawarte w formularzu ofertowym. Zgodnie z ww. informacją Safege zaoferował Zamawiającemu stałą obecność zarówno Kierownika Podzespołu Etapu I, jak i Kierownika Podzespołu Etapu III.

Przystępujący wyjaśnił, że w pkt 5.1.1 SIWZ str. 10 akapit 2 w zakresie dotyczącym warunku udziału w postępowaniu Zamawiający zastrzegł postanowienie, iż „Zamawiający nie dopuszcza łączenia funkcji ze Specjalistami, dla których w Ofercie wskazano obecność stałą, zgodnie z kryterium oceny ofert nr 4 „Minimalny czas zaangażowania w realizację umowy” (pkt 13 IDW)”. Tym samym elementem warunku udziału w postępowaniu stało się postanowienie o zakazie łączenia funkcji w przypadku określonej treści oferty. Jeżeli zatem wykonawca pomimo takiego brzmienia treści warunków udziału w postępowaniu wskazał tą samą osobę na dwie funkcje to oznacza, iż dyspozycja normy wynikająca z art. 26 ust. 3 Pzp zaistniała i Zamawiający w sposób prawidłowy postąpił wzywając Safege do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Z powyższego wynika więc, że nie doszło do zmiany jego oferty, bowiem wykaz osób uzupełniony przez Safege zgodnie z wezwaniem Zamawiającego nie stanowił części Załącznika nr 4 do IDW dotyczącego doświadczenia na kryterium oceny ofert, a wykaz osób, o którym mowa w pkt 6.1.3 SIWZ, tj. w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący wyjaśnił, iż Załącznik nr 4 do IDW jako zawierający informacje dotyczące możliwości przyznania dodatkowych punktów w zakresie doświadczenia personelu nie może podlegać uzupełnieniu.

i taka sytuacja nie miała miejsca. W przypadku zmiany osoby na stanowisko Kierownika Podzespołu Etapu I wykonawca nie mógłby uzupełnić opisu doświadczenia ponad wykazanie minimalnego warunku udziału. W związku z tym, Safege uzupełnił wykaz osób, o którym mowa w pkt 6.1.3 SIWZ. Wskazanie nowej osoby na stanowisko Kierownika Podzespołu Etapu I nie zmieniło jego oświadczenia w zakresie „Minimalnego czasu zaangażowania w realizację Umowy”, które zostało złożone bezpośrednio na str. 3 formularza ofertowego. Oferta w tym obszarze nie podlegała zmianie, gdyż informacja o stałej obecności członków personelu wykonawcy była przypisana bezpośrednio do stanowiska i nie została określona w Załączniku nr 4 do IDW. Żadna z informacji zawartych w tym zakresie w ofercie nie uległa modyfikacji. Odwołujący tę okoliczność pominął, mimo iż w jego ofercie informacja o kryterium „Minimalnego czasu zaangażowania w realizację Umowy” również nie jest zawarta w załączniku nr 4 do IDW, a w oddzielnym dokumencie - Załącznik nr 6 do formularza ofertowego. Wbrew zatem twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 Pzp.

Zdaniem Przystępującego nie sposób także uznać, że brak zmiany oświadczenia z formularza ofertowego oraz uzupełnienie wykazu osób na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu można uznać za obejście zakazu zmiany oferty, o którym mowa w art. 87 ust. 1 Pzp. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający tego przepisu nie stosował, gdyż wezwanie dotyczyło potwierdzenia spełniania minimalnego warunku udziału w postępowaniu w związku z tym, że ta sama osoba w kontekście jednoznacznego oświadczenia złożonego w ofercie Safege w zakresie stałej obecności nie mogła być wskazana na więcej niż jedno stanowisko - tym, samym skoro oświadczenie o stałej obecności zostało złożone w formularzu ofertowym i było jednoznaczne zmianie poprzez zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp podlegała osoba na stanowisko Kierownika Podzespołu Etapu I lub Etapu III (minimum jedna osoba o opisanym w SIWZ doświadczeniu minimalnym musiała być wskazana na każde z ww. stanowisk). W kontekście powołanej powyżej argumentacji bezprzedmiotowe są rozważania Odwołującego na temat ewentualnej ingerencji Zamawiającego w ofertę poprzez zastosowanie art. 87 ust. 2 Pzp. Zamawiający nie stosował ww. przepisu, bowiem treść oferty Uczestnika postępowania była jednoznaczna. Zamawiający wystosował wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp i uzupełnienie dotyczyło wyłącznie dokumentu wykazu osób, o którym mowa w pkt 6.1.3 SIWZ.

Bezzasadne są również twierdzenia Odwołującego o konieczności zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Treść oferty jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, a zarzut Odwołującego niezrozumiały. Kwestie podnoszone w odwołaniu dotyczą kryterium oceny ofert - w żadnym miejscu odwołania Odwołujący nie wskazuje, że oferta Przystępującego nie spełnia minimalnych wymagań w zakresie oferowanego sposobu realizacji zamówienia. W

związku z tym, brak jest podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bowiem żadne z oświadczeń zawartych w ofercie nie jest rozbieżne z minimalnymi wymaganiami SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, dowody i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Safege S.A.S. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zważyła:

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp oraz art. 24 ust. 9 Pzp w zw. z art. 24 ust. 8 Pzp i art. 7 Pzp, poprzez błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez Safege i przyjęcie, że dowody przedstawione przez Safege w trybie art. 24 ust. 8 Pzp są wystarczające i wskazują na rzetelność tego wykonawcy – skład orzekający uznał go za niezasadny.

Zamawiający w SIWZ przewidział zastosowanie przesłanki wykluczenia wykonawców opisanej w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Art. 24 ust. 8 i 9 Pzp wskazują, że wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące

wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu. Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8. Jak wynika z przywołanego przepisu, celem tzw. self-cleaningu jest wykazanie przez danego wykonawcę, że pomimo zaistnienia okoliczności uzasadniającej wykluczenie go z postępowania, jest on wykonawcą rzetelnym i dającym rękojmię należytego wykonania umowy. Nie ma ponadto jednego konkretnego sposobu, jak wykonawca ma to wykazać, a sam sposób takiego wykazania rzetelności zależy głównie od rodzaju i przyczyn zdarzenia, którego samooczyszczenie dotyczy.

Jak można wnosić z treści art. 24 ust. 8 i 9 Pzp, elementem procedury samooczyszczenia powinno być wyczerpujące wyjaśnienie przez wykonawcę stanu faktycznego sprawy oraz udowodnienie, że podjęte przez niego środki są wystarczające do stwierdzenia jego rzetelności, a także podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, odpowiednich do zapobieżenia dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy oraz naprawienie szkody. Zamawiający zaś ze swojej strony musi dokonać oceny tych działań, uwzględniając m.in. wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy.

W rozpoznawanej sprawie Przystępujący złożył oświadczenie w Części III lit. C) JEDZ, że znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta z podmiotem zamawiającym została rozwiązana przed czasem i w związku z tym złożył wyjaśnienia oraz dowody na wykazanie skuteczności dokonanego przez siebie samooczyszczenia. Zamawiający natomiast dokonał ich pozytywnej oceny, w następstwie czego uznał, że Przystępujący nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Jak wynika ze złożonych przez Przystępującego wyjaśnień w 2018 r. doszło do odstąpienia od dwóch umów w sprawie zamówienia publicznego dotyczących opracowania dokumentacji projektowych. Jednocześnie Przystępujący wskazał, że skuteczność i podstawy prawne oraz podstawy faktyczne odstąpienia są ocenne i mają charakter sporny pomiędzy stronami. Wyjaśnił, że podjął odpowiednie kroki prawne celem wyjaśnienia sytuacji i jej uregulowania oraz podjął odpowiednie środki w celu wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności faktycznych i prawnych omawianych przypadków, a także w celu uniknięcia tego rodzaju sytuacji na przyszłość, jak również potwierdzenia rzetelności Wykonawcy i wysokiej jakości świadczonych przez niego usług.

Przystępujący wskazał, że w celu wszechstronnego i kompleksowego wyjaśnienia zaistniałych okoliczności dokonał zarówno stosownej analizy prawnej, jak również analizy faktycznej polegającej na prześledzeniu czynności podejmowanych w ramach realizacji projektów oraz przeprowadził wewnętrzny audyt przedmiotowych projektów. W jednym z przypadków (umowa zawarta z Wojewodą Podkarpackim) analiza oświadczenia Zamawiającego o odstąpieniu od umowy pozwoliła na stwierdzenie, że Zamawiający skorzystał z umownego prawa odstąpienia, powołując się na zaistnienie po stronie Wykonawcy zwłoki w wykonaniu Etapów I-II przedmiotu zamówienia przekraczającej 7 dni. Wykonawca w piśmie do Zamawiającego wyraził wątpliwość, iż umowne prawo odstąpienia nie zostało ważnie zastrzeżone, z uwagi na nieokreślenie terminu końcowego na dokonanie odstąpienia. Ponadto zakwestionował, iż w omawianej sprawie doszło do zawinionego opóźnienia, uzasadniając takie stwierdzenie wskazaniem okoliczności niezależnych od Wykonawcy.

Z kolei w drugim z omawianych przypadków (umowa zawarta z PKP S.A. w Warszawie), jako podstawę odstąpienia od umowy wskazano § 13 ww. umowy oraz art. 635 kodeksu cywilnego, tj. opóźnienie, które sprawia, że nie jest prawdopodobne, aby Wykonawca zdołał ukończyć dzieło w czasie umówionym. Głównym problemem było w tym przypadku uzyskanie w żądanym czasie części decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego, jak również uzgodnień z jedną ze spółek kolejowych. W opinii Wykonawcy zasadnicze okoliczności, które spowodowały opóźnienie w realizacji nie były okolicznościami leżącymi po stronie Wykonawcy. Mowa tu między innymi o opóźnieniach wynikających z prowadzonych przez Zamawiającego konsultacji (warsztatów) społecznych, zmiany wytycznych i założeń do projektowania, jak również dodatkowych (wykraczających poza zakres umowny) wymaganiach co do uzyskania decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego w miejscach, dla których istniał miejscowy plan zagospodarowania terenu, jak również przedłużających się uzgodnieniach z podmiotami trzecimi – spółkami kolejowymi. Wykonawca wyjaśnił, że informował Zamawiającego o zaistniałych utrudnieniach oraz wnosił o zawarcie aneksu terminowego do umowy. Zamawiający ostatecznie odmówił zawarcia aneksu do umowy, a następnie odstąpił od niej.

Zdaniem Przystępującego okoliczności stanowiące podstawę odstąpienia od umów na opracowanie dokumentacji są ocenne, a stanowiska stron pozostają w tym zakresie rozbieżne. Z tej przyczyny Wykonawca wskazał w odpowiedniej części JEDZ, iż miało miejsce zdarzenie wcześniejszego, jednostronnego rozwiązania umowy przez zamawiającego.

Przystępujący wskazał ponadto, że niezależnie od powyższego zlecił odpowiednim osobom przeprowadzenie wewnętrznego audytu projektów oraz przeanalizował czynności podejmowane w toku realizacji umów, w celu wykrycia ewentualnych zaniechań bądź opóźnień. Analiza ta doprowadziła do wniosku, iż przekroczenie terminu mogło zostać

spowodowane okolicznościami nieleżącymi po stronie Wykonawcy. Ponadto w odniesieniu do jednego z projektów skutkowało również stwierdzeniem, że uzyskanie akceptacji niektórych podmiotów dla rozwiązań zawartych w projekcie budowlanym i wykonawczym było znacząco utrudnione z uwagi na fakt, że rozwiązania proponowane przez te podmioty pozostawały częściowo niezgodne z rozwiązaniami przyjętymi w koncepcji (opracowanej przez inne biuro projektowe i stanowiącej podstawę projektowania dla Wykonawcy) i założeniami zamawiającego. Stwierdzono, że Wykonawca uczestniczył w spotkaniach organizowanych w celu uzgodnień, monitował ww. podmioty o zajęcie stanowiska, jak również na bieżąco informował Zamawiającego o przedłużających się uzgodnieniach.

Niezależnie od powyższego, z uwagi na chęć uniknięcia w przyszłości tego rodzaju wątpliwych i spornych sytuacji, jak również ze względu na dbałość o regularne podnoszenie poziomu świadczonych przez niego usług i wykonywanych czynności, wdrożono indywidualne zalecenia pokontrolne, a ponadto zamawiający uzyskali zaspokojenie z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, skutecznie realizując gwarancje bankowe, a ponadto Wykonawca, mimo odmiennego od zamawiającego Wojewody Podkarpackiego stanowiska co do zasadności i podstaw odstąpienia, dobrowolnie dokonał zapłaty kwoty kar umownych (różnicy), nieobjętej wypłatą z gwarancji, realizując przelew na rachunek bankowy Zamawiającego.

Przystępujący wyjaśnił również, że podjął szereg działań mających na celu umacnianie kompetencji personelu w zakresie ścisłego monitorowania realizowanych projektów, ze szczególnym naciskiem na zamówienia dotyczące opracowania dokumentacji projektowej, w celu uniknięcia podobnych sytuacji w przyszłości:

1) Spisano i wdrożono procedurę monitorowania postępu projektów zawierających elementy opracowania dokumentacji projektowej bądź elementy uzgodnień z podmiotami trzecimi lub uzyskiwania pozwoleń, opinii oraz decyzji administracyjnych niezbędnych do ich realizacji. Procedura zawiera również zalecenia dotyczące obowiązków informowania Zamawiającego o postępie prac w sposób zindywidualizowany, dedykowany dla danego projektu, jak również monitorowania podmiotów trzecich biorących udział w procesie z głosem opiniodawczym, decyzyjnym bądź w inny sposób.

2) Przeprowadzono dwa szkolenia mające na celu zapoznanie personelu (w tym w szczególności osób zaangażowanych w realizację omawianego projektu) z wdrożoną procedurą monitorowania projektów:

(a) szkolenie pt. „Monitorowanie postępu prac. Proces realizacji inwestycji ze szczególnym uwzględnieniem zagadnień dotyczących zamówień na opracowanie dokumentacji projektowej” przeprowadzone przy wsparciu Dyrektora Działu Kontroli i Wsparcia Operacyjnego oraz Eksperta ds. prawnych oraz

(b) szkolenie pt. „Przygotowanie i realizacja zamówień z zakresu projektowania – ryzyka”, przeprowadzone przez projektanta, posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń, jak również sformułowane zalecenia w zakresie bieżącego podnoszenia kwalifikacji personelu w ramach organizowanych w przyszłości szkoleń.

3) Zalecono każdorazowe wprowadzanie do umów pomiędzy Przystępującym a podwykonawcami odpowiednich postanowień umownych dotyczących konieczności Raportowania postępu prac projektowych z odpowiednim wyprzedzeniem.

4) Wzmocniono nadzór nad realizacją zamówień projektowych, wdrożono zmiany w schemacie organizacyjnym Wykonawcy, polecono koordynatorom zamówień projektowych przekazywanie Dyrektorowi Biura Projektów i Konsultingu comiesięcznych raportów z postępu prac.

Ponadto, z uwagi na rozwój działalności projektowej Przystępującego, w ostatnim okresie dodatkowo zatrudniono na umowę o pracę osoby, które mają stanowić wsparcie zespołu realizującego zamówienia projektowe.

Przystępujący wskazał, że pouczył też dyrektorów zarządzających/dyrektorów regionów, składających oferty realizacji zamówień publicznych, w zakresie doboru i weryfikacji konsorcjantów oraz podwykonawców, w tym wdrożono procedurę obiegu informacji o ewentualnych trudnościach we współpracy z poszczególnymi konsorcjantami lub podwykonawcami. Zobligowano dyrektorów zarządzających/dyrektorów regionów do niezwłocznego przekazywania informacji o przypadkach nieprawidłowej współpracy ze strony konsorcjantów lub podwykonawców w ramach poszczególnych projektów dyrekcji SAFEGE Oddział w Polsce oraz innym dyrektorom zarządzającym/dyrektorom regionów podczas okresowych narad dyrektorów, w celu uniknięcia w przyszłości współpracy z nierzetelnym kontrahentem.

Dodatkowo Przystępujący zauważył, że odstąpienie w omawianych przypadkach dotyczy odrębnej dziedziny działalności Wykonawcy niż objęta niniejszym postępowaniem, natomiast w zakresie pełnienia nadzoru Wykonawca od wielu lat z powodzeniem realizuje skomplikowane zamówienia, wymagające doświadczenia oraz odpowiednich zasobów kadrowych. W omawianych przypadkach odstąpienie od umów dotyczyło całkowicie innych rodzajowo projektów, realizowanych przez inną jednostkę Wykonawcy niż jednostka realizująca nadzory. Dodatkowo przedmiotowe umowy były realizowane w konsorcjum z konkretnymi podmiotami (nieskładającymi oferty wspólnej z SAFEGE w niniejszym postępowaniu), co również sprawiało, że SAFEGE miał mniejszy wpływ na realizację całości prac niż w przypadku samodzielnego ich wykonywania.

Wyjaśnił, że specyfika projektów dotyczących opracowania dokumentacji prowadzi do sytuacji, w których często pojawiają się okoliczności niezależne od projektanta, znacznie wpływające na możliwość terminowej realizacji umowy. Mowa tu przede wszystkim o

odpowiednich uzgodnieniach z podmiotami trzecimi, uzyskiwaniu zgód na wejście w teren nieruchomości innych osób, przedłużających się procedurach administracyjnych. Niejednokrotnie całością ryzyka w tym zakresie zostaje obciążony projektant, który bez sprawnego współdziałania zamawiającego, nie jest w stanie zrealizować umowy w terminie. Ryzyko wystąpienia takiej sytuacji w przypadku projektów nadzorczych jest znikome. W zakresie projektów nadzorczych Wykonawca z powodzeniem świadczy usługi na rzecz różnych zamawiających, w tym publicznych, dysponując wykwalifikowaną kadrą i odpowiednim doświadczeniem. Do złożonych wyjaśnień Przystępujący załączył dowody potwierdzające realizację podjętych czynności.

Uwzględniając treść złożonych wyjaśnień oraz biorąc pod uwagę rodzaj zdarzeń, które przyczyniły się do rozwiązania przed czasem wskazanych wyżej umów, Izba uznała, że Przystępujący wykonał obowiązki nałożone na niego przepisem art. 24 ust. 8 Pzp, dokładając przy tym należytej staranności oraz starając się udowodnić swoją rzetelność. Safege wykazało, jakie czynności zostały przez nie podjęte w celu ulepszenia procedur stosowanych w prowadzeniu działalności gospodarczej i uniknięcia podobnych przypadków w przyszłości (audyty, procedura monitorowania postępu projektów, szkolenia, obowiązki związane z raportowaniem wprowadzone do umów z podwykonawcami oraz obowiązki raportowania wewnątrz organizacji Safege, a także poszerzenie zespołu projektowego). Skład orzekający stwierdził, że nie jest w stanie wskazać dodatkowych czynności, dowodów czy zakresu wyjaśnień, których powinien dokonać Przystępujący. Izba nie znalazła zatem podstaw, by dokonać negatywnej oceny podjętych przez Przystępującego czynności zaradczych.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego nie sposób uznać, że podjęte przez Przystępującego środki zaradcze były niewystarczające, skoro w niedługim czasie po rozwiązaniu umowy przez Wojewodę Podkarpackiego, PKP S.A. również rozwiązało z Przystępującym umowę w sprawie zamówienia publicznego. Wskazać należy, że jak wyjaśnił Przystępujący, odstąpienie od umowy przez PKP było powodowane opóźnieniem w realizacji umowy powstałym przed wdrożeniem przez tego Wykonawcę dodatkowych środków zaradczych i powstało ono w tym samym czasie co opóźnienie przy realizacji kontraktu na rzecz Wojewody Podkarpackiego.

Również nie sposób zgodzić się z poglądem Odwołującego, że ponieważ rozwiązanie umowy z Wojewodą Podkarpackim dotyczyło realizacji umowy przez konsorcjum, a Przystępujący złożył dokumenty w zakresie samooczyszczenia tylko w stosunku do niego, dowody złożone przez Przystępującego nie są wystarczające w rozumieniu art. 24 ust. 8 i 9 Pzp. Wskazać należy, że odpowiedzialność, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp ma charakter zindywidualizowany, a zawiązanie konsorcjum w rozumieniu art. 23 ust. 1 Pzp nie tworzy odrębnego podmiotu. Skoro więc w niniejszym postępowaniu Przystępujący występuje

samodzielnie, nie był zobowiązany do składania samooczystczenia w imieniu spółek niebiorących udziału w postępowaniu.

Przystępujący zapłacił również Zamawiającym kary umowne i chociaż sama zapłata kary umownej nie musi skutkować uznaniem, że procedura samooczystczenia była skuteczna, ale jest jednym z elementów wykazania rzetelności wykonawcy.

Natomiast sam fakt, że Przystępujący nie zgadza się z zamawiającym Wojewodą Podkarpackim co do możliwości rozwiązania umowy przed czasem w skutek skorzystania przez tego zamawiającego z umownego prawa do odstąpienia, nie powoduje automatycznie nieskuteczności procedury self-cleaningu. Nie można bowiem odebrać wykonawcy prawa do obrony swoich interesów groźbą, że przez nieograniczony czas nie będzie mógł brać udziału w postępowaniach przetargowych.

Skład orzekający za zasadny uznał zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 58 k.c. i w tym zakresie odwołanie uwzględnił.

Rozpoznając powyższy zarzut konieczne stało się rozstrzygnięcie, czy wskazanie przez Przystępującego na stanowisko Kierownika Podzespołu Etapu I (I.E1) i stanowisko Kierownika Podzespołu Etapu III (I.E3) pana S. M., przy jednoczesnej deklaracji w ofercie stałego zaangażowania osoby zatrudnionej na tych stanowiskach, powodowało, że Przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu określonego w punktach 5.1.1.3. lit. b) i 5.1.1.3. lit. d) i w konsekwencji Zamawiający musiał wezwać Safege w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu osób. Czy też, jak wskazywał Odwołujący, pomimo że Przystępujący warunek udziału spełniał, skierowanie przez Zamawiającego ww. wezwania spowodowało, że Przystępujący wskazując nową osobę na stanowisko Kierownika Podzespołu Etapu I uzyskał maksymalną liczbę punktów w kryterium oceny ofert dotyczącego „Minimalnego czasu zaangażowania w realizację umowy”.

Uwzględniając treść SIWZ (prawidłowo przytoczoną przez Odwołującego w odwołaniu) skład orzekający uznał, że rację w sporze należało przyznać Odwołującemu.

Wskazać należy, że Zamawiający zgodnie z punktem 5.1.1.3. SIWZ wymagał na potwierdzenie zdolności technicznej lub zawodowej skierowania przez wykonawców Zespołu Kluczowych Specjalistów (wymóg minimalny to po jednej osobie dla każdej funkcji) odpowiedzialnych za świadczenie usług, którzy będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w tym na stanowisko Kierownika Podzespołu Etapu I (I.E1) i Etapu III (I.E3). Jednocześnie Zamawiający dopuścił łączenie funkcji specjalistów w Zespole Inżyniera w zakresie Specjalistów I.E1, I.E2 oraz I.E3, wskazując, że dopuszczalne jest jednoczesne pełnienie funkcji na nie więcej niż dwóch Etapach.

Zamawiający w punkcie 13 SIWZ jako jedno z kryteriów oceny ofert ustanowił kryterium „Minimalnego czasu zaangażowania w realizację umowy”. Punkty w tym kryterium

przyznawane były przez Zamawiającego za poświęcenie przez wskazaną na stanowisko Kierownik Zespołów – Inżynier (I) osobę zwiększonego czasu na realizację umowy. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że osoby, dla których wskazano obecność stałą, będą do dyspozycji Zamawiającego w wymiarze co najmniej 8 godzin roboczych w ciągu jednego dnia roboczego. Zamawiający zastrzegł, że osoby, dla których wskazana zostanie obecność stała, zgodnie z kryterium „Minimalny czas zaangażowania w realizację umowy” nie mogą podejmować innego zatrudnienia w okresie Realizacji Robót budowlanych (pkt 13.4 SIWZ).

Skład orzekający w pierwszej kolejności stwierdził, że nie sposób rozpatrywać warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert dotyczących tych samych osób odrębnie, w konsekwencji czego złożoną ofertę należy traktować jako całościowe oświadczenie woli wykonawcy co do tego, jak i przy pomocy m.in. jakich osób zamierza wykonać przedmiot zamówienia. Uwzględniając więc treść warunku zawartego w punkcie 5.1.1.3. stwierdzić należało, że Przystępujący wskazując na stanowisko Kierownika Podzespołu Etapu I i III pana S. M. – w sytuacji, gdy Zamawiający dopuścił możliwość łączenia funkcji specjalistów na tych stanowiskach – spełnił postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu. Podkreślić bowiem należy, że warunki udziału w postępowaniu są zawsze takie same, a nie różne w zależności od treści oferty, dlatego też dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie może mieć znaczenia, że Przystępujący w ofercie zadeklarował stałą obecność tej osoby na wskazanych stanowiskach.

Powyższa okoliczność miała natomiast znaczenie przy przyznawaniu przez Zamawiającego punktów w kryterium „Minimalny czas zaangażowania w realizację umowy”. Jak już wyżej wskazano, złożoną ofertę należy traktować jako całościowe oświadczenie woli wykonawcy co do tego, jak i przy pomocy m.in. jakich osób zamierza wykonać przedmiot zamówienia. Nie sposób przy tym podzielić poglądu Zamawiającego i Przystępującego, że wskazanie w załączniku nr 4 do IDW konkretnej osoby na konkretne stanowisko wiązało się tylko z punktacją przyznawaną w kryterium „Doświadczenia Personelu Inżyniera”, a punkty w kryterium „Minimalnego zaangażowania...” przyznawane były na podstawie oświadczenia złożonego w ofercie, stąd brak jest podstaw do łączenia osób wskazanych w załączniku nr 4 z oświadczeniem zawartym w ofercie co do ich minimalnego zaangażowania. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym oświadczenia dotyczące wykazu osób na konkretne stanowisko dotyczące doświadczenia personelu i oświadczenie dotyczące minimalnego czasu zaangażowania należy traktować łącznie i zaangażowanie minimalne musi być powiązane z konkretną osobą wskazaną w załączniku nr 4 na konkretną funkcję. Skoro więc Przystępujący w załączniku nr 4 do IDW na stanowisko specjalisty I.E1 i I.E3 wskazał osobę pana S. M. i jednocześnie w ofercie zadeklarował obecność stałą tej osoby w czasie realizacji robót, to stwierdzić należy, że brak było podstaw do przyznania Przystępującemu punktów za stałą obecność tej osoby przy realizacji robót, gdyż obiektywnie niemożliwe jest

pełnienie przez jedną osobę w tym samym czasie przez 8 h dziennie funkcji kierownika dwóch etapów realizowanych jednocześnie.

Okoliczność, że wykaz osób zawarty w załączniku nr 4 do IDW i oświadczenie dotyczące minimalnego czasu zaangażowania wskazane w treści oferty należy traktować łącznie i zaangażowanie minimalne w realizację umowy musi być powiązane z konkretną osobą, potwierdza również sam Zamawiający w wezwaniu z dnia 9 lipca 2019 r. Zamawiający wprost wskazuje bowiem, że: „w wykazie osób w poz. nr 1 na stanowisko Kierownika Podzespołu Etapu I (I.E1) oraz w poz. Nr 4 na stanowisko Kierownika Podzespołu Etapu III (I.E3) wskazaliście Państwo tą samą osobę tj. Pana S. M. Ponadto w treści złożonej oferty oświadczyliście Państwo obecność stałą w/w Specjalistów (I.E1 i I.E3) w okresie realizacji robót budowlanych w ramach Kryterium „Minimalny Czas Zaangażowania w Realizacji Umowy”. Zamawiający połączył więc oświadczenie o czasie zaangażowania Kierownika Podzespołu Etapu I i Etapu III (I.E1 oraz I.E3) z osobą wskazaną na to stanowisko w wykazie osób zawartym w załączniku nr 4 do IDW.

Tym samym skład orzekający stwierdził, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający nie wezwał bowiem Przystępującego do uzupełnienia wykazu osób w zakresie dopuszczonym przepisem art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający wezwał *de facto* Przystępującego do uzupełnienia wykazu osób z powodu niespełnienia w przypadku pana S. M. punktowanego kryterium oceny ofert dotyczącego minimalnego czasu zaangażowania w realizację umowy, gdyż osoba ta została wskazana do pełnienia dwóch stanowisk jednocześnie.

Izba za naruszające zasadę uczciwej konkurencji z art. 7 Pzp oraz zasadę zakazu zmiany treści oferty z art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp uznała wezwanie Zamawiającego, które służyło *de facto* podwyższeniu punktacji przyznanej Przystępującemu, dzięki uzupełnieniu przez niego treści oferty o dane kolejnej osoby, co nie było konieczne dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do specjalistów I.E1 i I.E3. W konsekwencji czego Zamawiający zobligowany jest adekwatnie do treści oferty nie przyznawać Przystępującemu punktów za obecność stałą specjalistów I.E1 i I.E3, czyli w kryterium nr 4 Przystępujący powinien otrzymać 12 zamiast 16 pkt.

Za niezasadny Izba uznała natomiast zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wskazać należy, że Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił ani też nie udowodnił, w jakim zakresie oferta Przystępującego jest niezgodna z jakim konkretnie postanowieniem SIWZ.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu

Sygn. akt KIO 1620/19

od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....