

Sygn. akt: KIO 728/21

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska
Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 8 kwietnia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2021 r. przez **wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy INŻYNIERIA RZESZÓW S.A. z siedzibą w Rzeszowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i**
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. Zasądza od odwołującego Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. siedzibą w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zadanie IV.2 Budowa kolektora Wiślanego – etap I (numer postępowania 01823/WS/PW/JRP-DNP/B/2020)”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 października 2020 r., za numerem 2020/S 210-514261.

W dniu 8 marca 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegających na:

- wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy INŻYNIERIA RZESZÓW S.A. z siedzibą w Rzeszowie – dalej Przystępujący;
- zaniechaniu wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie dotyczącym doświadczenia wykonawcy i doświadczenia personelu, skierowanego przez wykonawcę do realizacji zadania; ewentualnie
- zaniechaniu wezwania Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentów lub do udzielenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania w sytuacji, gdy Wykonawca, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w zakresie dotyczącym:

a) doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia, tj. w zakresie doświadczenia Pana J. G., dedykowanego do pełnienia funkcji kierownika budowy,

b) doświadczenia Wykonawcy;

względnie (na wypadek nie uznania przez Izbę wyżej wymienionego zarzutu):

2. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, w sytuacji gdy Wykonawca, co

najmniej w wyniku niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie dotyczącym:

a) doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia, tj. w zakresie doświadczenia Pana J. G., dedykowanego do pełnienia funkcji kierownika budowy,

b) doświadczenia Wykonawcy, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

względnie (na wypadek nie uznania przez Izbę wyżej wymienionego zarzutu):

3. naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp w zw. z art. 22a ust. 1 pkt 2 i ust. 1b pkt 3 z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy lub wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;

2) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności wykluczenie Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 ustawy pzp; względnie (wyłącznie w przypadku uznania przez Izbę braku podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania):

3) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności: nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, w tym także do ewentualnego wyjaśnienia lub uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego, tj. Pani Z. S. w celu wykazania realności udostępnienia przez nią zasobów na potrzeby zamówienia.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że w rozdziale 5 SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki dotyczące zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy. Odwołujący przywołał zapisy pkt 5.1.1.2. i 5.1.1.3. lit. d) SIWZ. Odwołujący podniósł, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym doświadczenia personelu wiąże się bezpośrednio z kryteriami oceny ofert, jakie w tym postępowaniu zastosował Zamawiający. Odwołujący wskazał na treść postanowienia 13.1 oraz 13.1.3. SIWZ.

Odnośnie doświadczenia kierownika budowy i oświadczenia Wykonawcy Odwołujący wskazał, że Przystępujący złożył wraz z ofertą dokument — Opis doświadczenia osób

wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, przygotowany według wzoru, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, celem uzyskania dodatkowych punktów, zgodnie z pkt 13.1.3. SIWZ. W dokumencie tym Wykonawca wskazał Pana J. G. jako osobę, która pełnić ma w ramach przedmiotowego zamówienia funkcję kierownika budowy. Przystępujący wskazał dwie inwestycje na potwierdzenie doświadczenia Pana J. G., w tym inwestycję pod nazwą: „Budowa Kolektora Dolnej Terasy Wisły (DTW) etap I i II”, przekazując Zamawiającemu między innymi następujące informacje: 1) Na pytanie zawarte w formularzu: Czy wskazany Ekspert posiada co najmniej 36 miesięczne doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót, Przystępujący udzielił odpowiedzi twierdzącej; 2) Wykonawca wskazał także, że „wartość robót obejmujących budowę wskazanego rurociągu w PLN (bez podatku VAT)” wyniosła „ponad 30 000 000,00 zł”; 3) W części formularza poświęconej informacjom o podstawie do dysponowania Wykonawca wskazał: „Dysponuję osobą na podstawie umowy cywilnoprawnej” i dalej „Dysponuję wskazaną osobą na podstawie umowy bezpośredniej”. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający oceniał doświadczenie personelu a nie wykonawcy robót, a zatem niezbędne jest dokładne przeanalizowanie doświadczenia, jakim dana osoba rzeczywiście może się legitymować. Zamawiający uznał wskazane w Opisie doświadczenia osób doświadczenie Pana J. G. i przyznał Wykonawcy dodatkowe 2 punkty w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert.

Z informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika, że Przystępujący przekazał Zamawiającemu nieprawdziwe informacje w zakresie dotyczącym doświadczenia Pana J. G. . Odnośnie nieprawdziwych informacji Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2019 r., sygn. akt: KIO 2279/19 i podniósł, że: 1) Pan J. G. mógł co najwyżej pełnić funkcję kierownika budowy w ramach przedmiotowej inwestycji w zakresie prac, jakie realizował jeden z członków konsorcjum, który wykonywał przedmiotowe zadania i w czasie prowadzenia tych robót, co oznacza, że nie pełnił tej funkcji przez wymagany przez Zamawiającego okres 12 miesięcy realizacji inwestycji; 2) wartość robót obejmujących budowę rurociągu wykonanego w ramach wskazanej przez Wykonawcę inwestycji „Budowa Kolektora Dolnej Terasy Wisły (DTW) etap I i II”, które nadzorował Pan J. G. jako kierownik budowy była mniejsza niż 30 000 000 zł netto. Odwołujący wyjaśnił, że wyżej wymienione zadanie było realizowane przez konsorcjum dwóch firm. Pan J. G. był kierownikiem budowy z ramienia jednego z konsorcjantów. Konsorcjanci podzielili między siebie prace, w tym również wykonywanie robót mikrotunelowych. Oczywistym jest przy tym, że warunek udziału w postępowaniu i dodatkowe punkty Zamawiający uzależniał od wykazania, że dana osoba posiada doświadczenie w nadzorowaniu (kierowaniu) robót o określonej wartości przez określony odcinek czasu (12 miesięcy), niezależnie od tego jaka

jest ogólna wartość danego kontraktu. Skoro Zamawiający ocenia i zamierza premiować doświadczenie danej osoby, to doświadczenie to Zamawiający musi badać przez pryzmat wartości robót, którymi kierowała ta osoba. Ocenie podlega bowiem „przerób” tej właśnie osoby a nie generalnego wykonawcy. W przypadku Pana J. G., nadzorowane przez niego roboty stanowiły jedynie wycinek całości prac wykonanych w ramach inwestycji o zdecydowanie mniejszej niż deklarowana przez Przystępującego wartości. Zgodnie z oficjalnymi informacjami pochodzącymi od inwestora tego zadania łączna wartość kontraktu wyniosła 10 102 809,13 euro. Jeden z członków konsorcjum, tj. wykonawca — Przedsiębiorstwo Robót Górniczych METRO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, z ramienia którego Pan J. G. pełnił miał funkcję (w ograniczonym zakresie), wykonał jedynie część prac o odpowiednio mniejszej niż wartość całego kontraktu wartości (ok. 20 % wartości całego kontraktu). Powyższe oznacza, że Pan J. G. nie może sobie przypisywać doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy w zakresie robót o wymaganej przez Zamawiającego wartości. Przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością stanowi przy tym kluczową przesłankę wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy pzp „Nieprawdziwość informacji” jest przy tym kategorią faktu, a nie prawa, jak w przedmiotowej sprawie. Przywołał wyrok KIO 576/17, wyrok KIO 1633/11, wyrok KIO z dnia 3 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1259/20, wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2019 r., sygn. akt: KIO 830/19. Odwołujący zarzuca więc Zamawiającemu naruszenie zarówno przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp. W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej ustawodawca przewidział dwie odrębne przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu w przypadku wprowadzenia w błąd zamawiającego, przy czym przesłanka wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp jest bardziej pojemna i zawiera w sobie również przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp, stanowiące kwalifikowane przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. Mając na uwadze fakt, że w treści załącznika nr 5 wykonawcy składali Zamawiającemu oświadczenia w zakresie doświadczenia personelu, niezbędne do wykazania zarówno spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak i na potrzeby pozacenowych kryteriów oceny ofert (bez wyraźnego rozróżniania, czy dana inwestycja wskazywana jest na potrzeby wykazania warunku czy też w celu uzyskania dodatkowych punktów), za w pełni uzasadnione należy uznać jednoczesne stawianie przez Odwołującego zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp.

Przechodząc do kwestii zawinienia Wykonawcy Odwołujący wskazał, że z uwagi na nieprawdziwą informację, jaką Wykonawca przekazał Zamawiającemu w odniesieniu do wartości robót, obejmujących budowę rurociągu wykonanego w ramach zadania „Budowa

Kolektora Dolnej Terasy Wisły (DTW) etap I i II” Odwołujący, w pierwszej kolejności stawia najdalej idący zarzut tj. zarzut wprowadzenia (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego nie może budzić wątpliwości, że wskazana przez Wykonawcę wartość robót nie jest przypadkowa, zwłaszcza że w treści załącznika nr 5 do SIWZ Zamawiający wyraźnie zazaczył, że oczekuje wskazania „wartości robót obejmujących budowę wskazanego rurociągu w PLN (bez podatku VAT)”, przy czym oczekiwana przez niego wartość wyspecyfikowanych robót (wykonanie rurociągu metodą mikrotunelingu), nadzorowana przez wskazaną osobę, miała wynosić 30 000 000 zł netto, co wynika z pozostałych zapisów SIWZ. Pełnienie funkcji miało też trwać przez okres co najmniej 12 miesięcy. Wykonawca będący profesjonalistą, musi dostrzegać różnicę pomiędzy wymaganą przez Zamawiającego wartością określonego rodzaju robót nadzorowanych a wartością całego kontraktu, tym bardziej że Zamawiający w przypadku innych warunków udziału w postępowaniu (np. w przypadku doświadczenia eksperta nr 6 i 7) odwoływał się do wartości całego kontraktu. Oczywistym jest przy tym, że skoro Zamawiający ocenia doświadczenie personelu i zamierza premiować tych wykonawców, którzy dysponują odpowiednio doświadczonym personelem, to w tym miejscu kluczowe znaczenie ma faktyczne doświadczenie zdobyte przez danego członka personelu, niezależnie od ewentualnego doświadczenia, jakie mógł zdobyć wykonawca robót budowlanych. W zaistniałym stanie faktycznym Pan J. G. nie zdobył takiego doświadczenia, jakiego wymagał Zamawiający, bowiem nadzorował jedynie pewien zakres prac, który nie obejmuje wymaganej przez Zamawiającego wartości robót i czasu trwania. Oczywiście wydaje się więc, że oświadczenie w tym zakresie Wykonawca składał w pełni świadomie i wyłącznie po to, aby wykazać warunki udziału w postępowaniu lub otrzymać dodatkowe punkty. Tym samym, sankcją, jaką powinien zastosować w takiej sytuacji Zamawiający była więc sankcja wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp. Alternatywnie, w przypadku nie podzielenia twierdzeń Odwołującego odnośnie zamierzonego (lub będącego wynikiem rażącego niedbalstwa) wprowadzenia w błąd Zamawiającego przez Przystępującego, Odwołujący wskazał, że zachowanie Wykonawcy wypełniało co najmniej znamiona lekkomyślności lub niedbalstwa, w wyniku których wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Profesjonalny charakter podmiotów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia zobowiązuje do weryfikowania każdej informacji składanej w postępowaniu, jak również takiej jej prezentacji, która nie będzie wprowadzać w błąd Zamawiającego. Informacje podane przez wykonawcę powinny być rzetelne i przedstawiać prawdziwy stan

faktyczny. Za niedopuszczalną praktykę należy uznać manipulowanie informacjami, które stanowią próbę zamaskowania braku doświadczenia, zwłaszcza gdy informacje dotyczą podmiotu, którym wykonawca dysponuje bezpośrednio. Przepisy ustawy pzp nie przewidują przy tym żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji i nie zawierają obowiązku Zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych. Informacje wprowadzające w błąd to informacje nieprawdziwe lub błędne. Znaczenie ma więc różnica pomiędzy stanem faktycznym a informacjami przedstawionymi przez wykonawcę. Podobnie wygląda sytuacja w przypadku zmanipulowania sposobu przekazu prawdziwych informacji. Wykonawca w takiej sytuacji uważnie dobiera wybrane do przedstawienia informacje lub dokonuje takiego jej przedstawienia, by wywołać u zamawiającego wyobrażenie, iż podane przez niego informacje odpowiadają wymaganiom zamawiającego, podczas gdy w rzeczywistości informacja nieprzetworzona w ten sposób przez wykonawcę wskazywałaby na niespełnianie wymagań stawianych w określonym postępowaniu. Tym samym, minimalną sankcją, jaką powinien zastosować w takiej sytuacji Zamawiający, była zdaniem Odwołującego, sankcja wykluczenia Przystępującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp. Dyspozycja wskazanego przepisu powinna być bowiem zastosowana zawsze, gdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, nie wykazując profesjonalizmu wymaganego od uczestnika rynku zamówień publicznych, przedstawia informacje niezgodne z rzeczywistością, które mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane w ramach postępowania przez Zamawiającego. Powołany przepis ma bowiem na celu ochronę uczciwej konkurencji i sprzyja wykonawcom zachowującym należyłą staranność w toku przygotowywania się do udziału w procedurze udzielania zamówienia. Odwołujący podkreślił, iż z treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp, który wskazuje, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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, wypływają istotne w kontekście omawianego stanu faktycznego konsekwencje. Dla przypisania wykonawcy odpowiedzialności na podstawie rzeczzonego przepisu wystarczającym jest możliwość przypisania mu winy nieumyślnej, która zgodnie z nauką prawa cywilnego może przybrać formę lekkomyślności lub niedbalstwa. Działanie lub zaniechanie nieumyślne może być przypisane wykonawcy, który nie dochował należytej staranności. Z kolei zgodnie z definicją zawartą w art. 355¹ Kodeksu cywilnego należyta staranność to staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju. Oznacza to, że dłużnik ma obowiązek zachowywać stosowną pilność, uwagę, ostrożność, zdrowy rozsądek oraz troskę o zrealizowanie swojego zamiaru. Staranność ta wyznacza zatem sposób, w jaki

dłużnik powinien wykonać zobowiązanie. Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt: KIO 2378/19. Przekładając powyższe na analizowany stan faktyczny, Odwołujący wskazał, że Przystępujący powinien był dokładnie zweryfikować, jaka była wartość określonego rodzaju robót, które nadzorował Pan J. G., zanim wskazał ją w załączniku nr 5 do SIWZ. Niepodjęcie tej minimalnej staranności i posługiwanie się wartością całego kontraktu, pomimo jednoznacznych zapisów SIWZ, wypełnia więc znamiona lekkomyślności. W tym stanie rzeczy Wykonawca co najmniej liczył na to, że wskazane wartości robót nie zostaną przyrównane do wartości całego kontraktu i przeanalizowane pod kątem „przerobu” Pana J. G. przez pozostałych wykonawców, a także przez samego Zamawiającego, a w konsekwencji, że nie zostanie ujawnione, że wartość robót nie spełnia wymogów stawianych przez Zamawiającego.

Odnosnie znaczenia przekazanych informacji dla decyzji Zamawiającego Odwołujący wskazał, że ciężko wyobrazić sobie istotniejsze informacje niż decydujące o uznaniu, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu lub informacje decydujące o punktacji przyznanej danemu wykonawcy. Dokonując pewnego uogólnienia, zawsze, choć nie wyłącznie, informacjami mogącymi mieć wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w toku postępowania będą te, stanowiące podstawę do wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy czy odrzucenia jego oferty. Podsumowując tę część odwołania, Odwołujący stoi na stanowisku, że w zaistniałym stanie faktycznym zostały spełnione przesłanki do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy pzp. Nie budzi bowiem wątpliwości, że Wykonawca przekazał Zamawiającemu nieprawdziwe informacje w zakresie odnoszącym się do doświadczenia proponowanego przez niego personelu w zakresie dotyczącym wartości robót obejmujących budowę rurociągu metodą mikrotunelingu nadzorowanych przez Pana J. G., którą Wykonawca bezpodstawnie zawyżył i czasu pełnienia przez niego funkcji, próbując wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub próbując uzyskać dodatkowe punkty w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Przechodząc do doświadczenia wykonawcy w ocenie Odwołującego Przystępujący przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje również w odniesieniu do zakresu usług. Przystępujący powołał się na zasoby podmiotu trzeciego tj. Pani Z. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: „ZOMB-KAN” Projektowanie, Nadzór Z. S. . Wraz z ofertą Wykonawca złożył więc zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia datowane na dzień 12 stycznia 2021 r. W treści zobowiązania Pani Z. S. oświadczyła między innymi, że posiada następujące doświadczenie: „Opracowanie dokumentacji projektowo- kosztorysowej budowy kolektora deszczowego K-1

w ciągu ul. Chrobrego w Toruniu”: usługa (umowa) w ramach, której sporządzono projekt budowlano- wykonawczy dla inwestycji polegającej na budowie metodą miktotunelingu rurociągu o średnicy co najmniej DN1000 i długości co najmniej 1000 m, zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta, na podstawie którego uzyskano prawomocną decyzję o pozwoleniu na budowę dla tej inwestycji. Zgodnie z informacjami posiadanymi przez Odwołującego, Pani Z. S. nie nabyła deklarowanego doświadczenia w ramach wskazanej inwestycji i nie wykonała wyżej wymienionego projektu budowlano- wykonawczego, a tym samym Przystępujący przekazał Zamawiającemu w tym zakresie nieprawdziwe informacje. Odwołujący uzasadnił stawiane zarzuty i podnoszone twierdzenia co do przekazania przez Wykonawcę w wyżej wymienionym zakresie informacji nieprawdziwych, powołując się na następujące okoliczności:

- 1) wykonawcą zadania pod nazwą „Opracowanie dokumentacji projektowo — kosztorysowej budowy kolektora deszczowego K-1 w ciągu ul. Chrobrego w Toruniu” była Spółka ARKAS — PROJEKT Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Olsztynie;
- 2) Pani Z. S. nie była zgłoszonym podwykonawcą w ramach przedmiotowego zadania, nie jest także ujawniona w opracowanej w wyniku przedmiotowego zadania dokumentacji projektowej;
- 3) Zgodnie z posiadanymi informacjami autorem projektu budowlanego wykonanego w ramach zadania pod nazwą „Budowa kolektora deszczowego K-1 w ul. Chrobrego w Toruniu na skrzyżowaniu drogi krajowej nr 15 i 80” w zakresie branży sanitarnej był Pan B. S., a projektantem sprawdzającym był Pan G. J. K.;
- 4) Pani Z. S. nie jest członkiem Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa, a zatem nie posiada niezbędnych uprawnień do wykonania dokumentacji projektowej, wchodzącej w zakres przedmiotowego zadania;
- 5) Pani Z. S. nie sporządziła kompletnego projektu budowlanego lub projektu budowlano- wykonawczego dla inwestycji polegającej na budowie metodą miktotunelingu rurociągu o średnicy co najmniej DN1000 i długości co najmniej 1000 m, zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta, a co najwyżej część (fragmenty, elementy) wymaganego przez Zamawiającego projektu. Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia wyżej wymienionej inwestycji (inwestycja toruńska): przedmiotem niniejszego opisu zadania projektowego są wymagania dotyczące wykonania i odbioru dokumentacji projektowej na budowę kolektora deszczowego w ulicy Chrobrego w Toruniu, długości około 2,3 km wraz z oczyszczalnią ścieków deszczowych. W skład zamawianej dokumentacji projektowej wchodzi następujące opracowania, które są przedmiotem niniejszego opisu przedmiotu zamówienia: 1.

Dokumentacje geodezyjne i kartograficzne związane z nabywaniem nieruchomości (projekty podziałów nieruchomości) i z czasowym korzystaniem z nieruchomości oraz mapa do celów projektowych (wraz z aktualizacją i pomiarami wysokościowymi), 2. Materiały do decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia wraz z raportem o oddziaływaniu planowanego przedsięwzięcia na środowisko, (ew. wspólne) oraz wszelkie dodatkowe opracowania, których potrzeba przygotowania zajdzie w procesie uzyskiwania ww. decyzji, 3. Badania geotechniczne, 4. Materiały do wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę wraz z wymaganymi opiniami i dokumentacją podziałową, wyniesieniem kamieni granicznych oraz opracowaniem wniosku do Wydziału Ksiąg Wieczystych w celu ujawnienia nowego właściciela (Gminy Miasta Toruń) w księgach wieczystych wraz z uzyskaniem ww. decyzji, 5. Projekty budowlane z projektem zagospodarowania terenu, 6. Projekty wykonawcze wielobranżowe, 7. Projekty organizacji ruchu (na okres wykonywania robót) wraz z projektami sygnalizacji świetlnej, 8. Specyfikacje Techniczne wykonania i odbioru robót (dotyczy wszystkich branż), 10. Przedmiary robót (dotyczy wszystkich branż), 11. Kosztorysy ofertowe — ślepe (dotyczy wszystkich branż), 12. Kosztorysy inwestorskie (dotyczy wszystkich branż). Podobnie, zgodnie z § 1 ust. 5 wzoru umowy dla przedmiotowego zadania (inwestycja toruńska), wykonawca był zobowiązany do: Uzyskania mapy do celów projektowych (sytuacyjno- wysokościowej i mapy stanu prawnego); Dokonania wizji lokalnej w terenie objętym dokumentacją w celu oceny dokumentów i informacji przekazywanych w ramach postępowania; Uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, decyzji o pozwoleniu na budowę oraz wszelkich innych decyzji, uzgodnień i opinii wymaganych przepisami. Tymczasem Pani Z. S. nie uzyskała wyżej wymienionych dokumentów, uzgodnień i opinii — większość z nich uzyskał rzeczywisty wykonawca zadania, czyli Spółka ARKAS — PROJEKT Sp. z o.o. Sp. k. np. decyzja o lokalizacji inwestycji celu publicznego była wydana na wniosek pełnomocnika inwestora - Pana mgr inż. A. O. reprezentującego ARKAS PROJEKT Sp. z o.o. sp. k. Al. Piłsudskiego 75A bud. B, 10-460 Olsztyn. Wniosek ten został złożony w dniu 25 listopada 2013 roku, czyli na przeszło 9 miesięcy przed rzekomym rozpoczęciem prac przez Panią Z. S. . Oznacza to, że Pani Z. S. nie uzyskała mapy zasadniczej/ewidencyjnej oraz nie opracowywała wniosku wraz z załącznikami graficznymi niezbędnymi do wystąpienia o decyzje lokalizacyjną. Pani Z. S. nie wykonała zatem kluczowych elementów, składających się na projekt budowlany. Odwołujący wyjaśnił, że we wniosku o decyzję lokalizacyjną należy m.in. podać lokalizację, charakterystyczne dane i parametry techniczne inwestycji, jej wpływ na środowisko itd. Do tego należy dołączyć mapę z określeniem granic terenu objętego wnioskiem i obszaru, na który inwestycja będzie oddziaływać oraz dołączyć określenie zamierzenia inwestycyjnego przedstawione w formie opisowej oraz graficznej (określenie

planowanego sposobu zagospodarowania terenu, w tym przeznaczenia i gabarytów projektowanych obiektów budowlanych). Dodatkowo, w razie konieczności należy dołączyć decyzję środowiskową. Powyższe oznacza, że przed złożeniem wniosku należy wykonać szereg analiz i prac projektowych, których Pani Z. S. z pewnością nie wykonała. Dodatkowo sama decyzja lokalizacyjna jest załącznikiem do wniosku o pozwolenie na budowę. Odwołujący podkreślił przy tym, że to tylko przykład dokumentów, których Pani Z. S. nie uzyskała, a które są niezbędne do uzyskania pozwolenia na budowę. Dokumenty, które uzyskał bezpośrednio generalny wykonawca a nie Pani Z. S., to: decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego — z 17 marca 2014 r. na wniosek p. K. O. — ARKAS-Projekt z 25 listopada 2013 r., decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego — z 27 października 2014 r., udzielona na wniosek p. K. O. — ARKAS-Projekt z 16 lipca 2014 r., uzgodnienie z Miejskim Konserwatorem Zabytków w Toruniu z 14 października 2013 r., na wniosek ARKAS-PROJEKT, warunki techniczne MZD w Toruniu z 5 listopada 2013 r. udzielone na ARKAS-PROJEKT, pozwolenie wodnoprawne na odprowadzenie wód z 23 października 2014 r. na wniosek p. K. O. — ARKAS-Projekt, na podstawie operatu z maja 2014 r., warunki likwidacji kanału wydane przez Toruńskie Wodociągi z 5 czerwca 2014 r., na ARKAS-Projekt p. B. S., warunki PKP PLK — z dnia 27 stycznia 2014 r. udzielone na ARKAS-PROJEKT, opinia PKP Energetyka 0 z 8 kwietnia 2014 r. udzielone na ARKAS-PROJEKT, uzgodnienie z PKP PLK - z 9 kwietnia 2014 r. udzielone na ARKAS-PROJEKT, warunki realizacji PKP z 28 marca 2014 r., udzielone na ARKAS-PROJEKT, uzgodnienie TK Telekom — z 13 czerwca 2014 r. udzielone na ARKAS PROJEKT, decyzja Wojewody K-P o lokalizacji inwestycji celu publicznego — z 28 sierpnia 2014 r., na wniosek przedstawiciela ARKAS-Projekt, postanowienie Wojewody Kujawsko- Pomorskiego ze zgodą na odstępowo z 7 października 2014 r., na podstawie wniosku p. K. O. — ARKAS-Projekt z 8 sierpnia 2014 r., postanowienie Wojewody Kujawsko- Pomorskiego ze zgodą na odstępowo z 13 listopada 2014 r., na podstawie wniosku p. K. O. — ARKAS-Projekt, uzgodnienie Kujawsko- Pomorskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych we Włocławku z 21 listopada 2014 r. wydane na ARKAS PROJEKT, pozwolenie wodnoprawne na przekroczenie cieku, z dnia 24 grudnia 2014 r., uzgodnienie z MZD w Toruniu z 8 stycznia 2015 r. udzielone na ARKAS-PROJEKT, uzgodnienie na naradzie koordynacyjnej z 19 grudnia 2014 r. na wniosek ARKAS-PROJEKT, uzgodnienie z Miejskim Konserwatorem Zabytków w Toruniu z 17 grudnia 2014 r. na wniosek ARKAS-PROJEKT, wypisy z rejestrów gruntów zostały uzyskane 25 września 2013 r. Odwołujący zwrócił uwagę na zapisy choćby dokumentacji postępowania toruńskiego, w której określono wymagane elementy projektu budowlanego w pkt 4.2.4. Zamawiający inwestycji w Toruniu napisał wprost, że projekt budowlany ma zawierać m.in.: projekt zagospodarowania terenu, którego część opisowa ma zawierać m.in.:

opinie, stanowiska, uzgodnienia, pozwolenia i warunki, których Pani Z. S. bezsprzecznie nie wykonała. Elementy te są istotne w kontekście oceny, czy Pani Z. S. jest uprawniona do twierdzenia, że wykonała projekt budowlano- wykonawczy, do którego odnosi się warunek udziału w postępowaniu. Nawet odwołując się do przepisów prawa, w tym przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego na projekt budowlany (a tego przecież dotyczy warunek udziału w postępowaniu wykonania projektu budowlanego lub budowlano-wykonawczego), zgodnie z § 5 ust. 1 wyżej wymienionego rozporządzenia, składają się następujące elementy: 1) projekt zagospodarowania działki lub terenu; 2) projekt architektoniczno-budowlany; 3) projekt techniczny; 4) opinie, uzgodnienia, pozwolenia i inne dokumenty, o których mowa w art. 33 ust. 2 pkt 1 ustawy, oraz w zależności od potrzeb - w przypadku drogi krajowej lub wojewódzkiej - oświadczenia właściwego zarządcy drogi o możliwości połączenia działki z drogą, zgodnie z przepisami o drogach publicznych. Podobnie, Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią poprzednio obowiązującego rozporządzenia (tj. rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego) na stronie tytułowej projektu budowlanego należało zamieścić między innymi (vide: § 3 ust. 1 pkt 5 wyżej wymienionego rozporządzenia) spis zawartości projektu budowlanego wraz z wykazem załączonych do projektu wymaganych przepisami szczególnymi uzgodnień, pozwoleń lub opinii, także specjalistycznych, oraz, stosownie do potrzeb, oświadczeń właściwych jednostek organizacyjnych, o których mowa w art. 34 ust. 3 pkt 3 ustawy. Wymagane pozwolenia, opinie i uzgodnienia są nie tylko niezbędne do uzyskania pozwolenia na budowę, ale są też elementem projektu budowlanego. W przypadku inwestycji toruńskiej ARKAS-PROJEKT występował o stosowne uzgodnienia jeszcze w 2013 r. Kwestia ta jest istotna z punktu widzenia oceny ewentualnego doświadczenia Pani Z. S., bowiem przed wystąpieniem o właściwą decyzję bądź uzgodnienia należy wykonać szereg analiz i prac projektowych. Odwołujący wskazał, że kolektor ściekowy (będący przecież przedmiotem niniejszego zamówienia), to obiekt liniowy (w dodatku realizowany w mieście, gdzie występuje znaczne zagęszczenie zbrojenia terenu w pasie drogowym), dla którego same rozwiązania techniczne są marginalne w stosunku do uzgodnień. Chcąc to lepiej zobrazować, Odwołujący wyjaśnił, że aby złożyć wniosek o decyzję lokalizacyjną, należy w pierwszej kolejności uzyskać mapę zasadniczą, następnie przeanalizować trasę, określić teren objęty inwestycją i teren oddziaływania, opisać charakterystykę obiektu, jego parametry, wpływ na środowisko. Takie czynności stanowią prace projektowe i stanowią element projektu budowlanego. Podobnie w przypadku uzgodnień z Konserwatorem Zabytków, do wniosku należy dołączyć projekt budowlany (jego część, program robót

budowlanych) zawierający między innymi wskazanie przewidzianych rozwiązań budowlanych (w formie opisowej i rysunkowej), wskazanie przewidzianych do zastosowania metod, rozwiązań i technik i są to kolejne elementy projektu budowlanego. W przypadku uzgodnień z Miejskim Zarządem Dróg należy przedstawić między innymi aktualną mapę zasadniczą z naniesioną lokalizacją uzgadnianego obiektu budowlanego, co również stanowi element projektu budowlanego. Elementami projektu budowlanego są również uzgodnienia obiektu budowlanego. W przypadku uzgodnień przejść przez teren PKP na właściwej mapie z zasobów kolejowych należy nanieść trasę, przedstawić techniczne rozwiązanie przekroczenia, profil przejścia pod torami, co również stanowić będzie element projektu budowlanego. Dokładnie tak samo wygląda sytuacja, w której dochodzi do skrzyżowań z elementami infrastruktury obcej. Szeregu dodatkowych czynności wymaga także zgoda na odstępstwo od przepisów techniczno- budowlanych. Powyższych elementów Pani Z. S. nie wykonała. Odwołujący wskazał, że w ramach postępowania Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował doświadczeniem w wykonaniu usługi, w ramach której wykonano projekt budowlany lub projekt budowlano- wykonawczy, na podstawie którego uzyskano prawomocną decyzję o pozwoleniu na budowę dla tej inwestycji. Powyższe oznacza, że dla możliwości legitymowania się wymaganym doświadczeniem, Pani Z. S. musiałaby wykonać kompletny projekt budowlany i uzyskać wszelkie wymagane dokumenty tak, aby na ich podstawie uzyskać pozwolenie na budowę, czego nie zrobiła;

6) Zgodnie z informacją zawartą w treści zobowiązania do oddania zasobów Z. S. miała zdobyć deklarowane doświadczenie w okresie od 1 września 2014 r. do grudnia 2014 r., czyli w okresie zaledwie 3,5 miesiąca. W tak krótkim okresie czasu nie jest możliwe zrealizowanie tak złożonej usługi jak ta, realizowana w Toruniu. Odwołujący zauważył również, że omawiane zadanie, zgodnie z informacją zawartą we wzorze umowy, miało być wykonane i przekazane Zamawiającemu wraz z wymaganymi opiniami i uzgodnieniami oraz decyzjami do 30 maja 2014 r., w tym operat wodno- prawny — 3 miesiące od podpisania umowy, a projekt budowlany i wykonawczy oczyszczalni ścieków — 7 miesięcy od dnia podpisania umowy. Skoro według deklaracji zawartej w zobowiązaniu do oddania zasobów, Pani Z. S. rozpoczęła rzekomo realizację prac we wrześniu 2014 r., czyli po pierwotnym terminie realizacji, to co najwyżej (choć zgromadzone przez Odwołującego dokumenty na to nie wskazują) mogła ona realizować pewną część prac np. w związku z opóźnieniem wykonawcy. Potwierdzeniem tego, że Pani Z. S. mogła wykonać co najwyżej pewien wycinek zakresu całego zadania jest fakt, że inwestor tego zadania — Miejski Zarząd Dróg w Toruniu wymagał, aby opracowania projektowe i elementy opracowań projektowych, które Wykonawca miał wykonać w ramach tego zadania, były wykonane zgodnie z treścią tabeli

opracowań projektowych, stanowiącej załącznik nr 2 do umowy. Już z samego porównania treści tabeli rozwiązań projektowych z zakresem protokołu odbioru prac (złożonym przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp) wynika, że prace rzekomo wykonane przez Panią Z. S. na pewno nie obejmowały następujących elementów projektu budowlanego: projektu budowlanego i projektu wykonawczego pozostałych kolizji (wykonała jedynie projekty kolizji z wodociągiem), dokumentacji geotechnicznej, przygotowania materiałów oraz uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, przygotowania materiałów do decyzji pozwolenie na budowę oraz jej uzyskanie, mapy do celów projektowania, inwentaryzacji dendrologicznej z projektem wycinki i nasadzeń.

Z uwagi na wskazane okoliczności w ocenie Odwołującego uznać należy, że Przystępujący przekazał Zamawiającemu nieprawdziwe informacje, bowiem:

- 1) Pani Z. S. przypisuje sobie doświadczenie, którego w rzeczywistości nie zdobyła i nie mogła zdobyć — autorem projektu w zakresie branży sanitarnej był Pan B. S. i to on mógł nabyć doświadczenie, ale jedynie ograniczone do zakresu, w jakim wykonał określone opracowania. Wszelkie okoliczności faktyczne wskazują na to, że Pani Z. S. nie wykonywała żadnych prac w związku z realizacją przedmiotowego zadania;
- 2) Pani Z. S. z całą pewnością nie opracowała projektu budowlanego lub projektu budowlano- wykonawczego, co nie może być uznane za sporządzenie projektu budowlanego (wykonawczego) w świetle postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2017 r., sygn. akt: KIO 576/17 i wskazał, że przedstawiając Zamawiającemu informacje dotyczące doświadczenia Pani Z. S. Wykonawca co najmniej przyjął na siebie ryzyko, że informacje te mogą nie polegać na prawdzie. W ocenie Odwołującego za zasadny zatem należy uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy pzp.

Jedynie z ostrożności, na wypadek niemożności stwierdzenia, że w stosunku do Przystępującego zostały spełnione przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy pzp, Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do wezwania Przystępującego do udzielenia wyjaśnień lub do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, celem wykazania, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Przystępujący w dniu 6 kwietnia 2021 r. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W złożonym piśmie oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało w dniu 28 października 2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.).

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 (ustawa z dnia 11 września 2019 r., t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.), Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami (tabela opracowań projektowych i wzór umowy dla zadania „Opracowanie dokumentacji projektowo — kosztorysowej budowy kolektora deszczowego K-

1 w ciągu ul. Chrobrego w Toruniu”, obwieszczenie z dnia 25 lutego 2014 r. — zawiadomienie o wydaniu postanowienia uzgadniającego projekt decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego, Opis Przedmiotu Zamówienia pod nazwą: „Opracowanie dokumentacji projektowo — kosztorysowej budowy kolektora deszczowego K-1 w ciągu ul. Chrobrego w Toruniu”, zrzut ekranu ze strony internetowej Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa i znajdującej się tam wyszukiwarki członków PIIB), pismo procesowe Przystępującego wraz z załącznikami (referencje nr 28/Ref/2021 z dnia 17 marca 2021 r. wystawione przez Wodociągi Miasta Krakowa S.A., oświadczenie Z. S. z dnia 15 marca 2021 r. oraz B. S. z dnia 15 marca 2021 r.), a także dowody przedłożone na rozprawie przez Odwołującego (pismo ARKAS PROJEKT z dnia 18 marca 2021 r., rysunek: Plan sytuacyjny, Opracowanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej budowy kolektora deszczowego K-1 w ciągu ul. Chrobrego w Toruniu, wyciąg (1 strona) z projektu budowlanego inwentaryzacja dendrologiczna z projektem wycinki i nasadzeń dla zamierzenia budowlanego: Budowa kolektora deszczowego K-1 w ciągu ul. Chrobrego w Toruniu, wyciąg (1 strona) z projektu budowlanego branży elektroenergetycznej dla zamierzenia budowlanego: Opracowanie dokumentacji projektowej budowy kolektora deszczowego K-1 w ciągu ulic Chrobrego w Toruniu, umowa konsorcjum zawarta dnia 9 lutego 2007 r. pomiędzy firmami: HYDROBUDOWA 9 Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane S.A. oraz Przedsiębiorstwo Robót Górniczych „Metro” sp. z o.o., dotycząca zadania: „Kolektor dolnej terasy Wisły (DTW) – Etap I i II”, wyciąg z umowy szczegółowej nr 10/02/00007/87/07 z dnia 30 listopada 2007 r. zawartej pomiędzy firmami: HYDROBUDOWA 9 Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane S.A. (Lider Konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Robót Górniczych „Metro” sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) dotyczącej zadania: „Kolektor dolnej terasy Wisły (DTW) – Etap I i II”, kserokopia aktu umowy dotyczącego zamówienia „Kolektor dolnej terasy Wisły – Etap I i II”) i Przystępującego (wiadomości e-mail, wyciąg (1 strona) z projektu budowlanego kanalizacji deszczowej dla zamierzenia budowlanego: Budowa kolektora deszczowego K-1 w ciągu ul. Chrobrego w Toruniu, Koncepcja zamienna projektu wykonawczego dla inwestycji Budowa kolektora deszczowego K-1 w ciągu ul. Chrobrego w Toruniu).

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Zarzut 1 i 2 odwołania - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 względnie naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, w zakresie dotyczącym doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia, tj. w zakresie doświadczenia Pana J. G., dedykowanego do pełnienia funkcji kierownika budowy.

W zakresie postawionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 5.1.1.3 lit. d) SIWZ: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej (OSOBY) tj.: Wykonawcy, którzy skierują osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, tj. pełnić następujące funkcje: d) Ekspert 4 - Kierownik budowy (1 osoba) – niniejsza osoba ma posiadać następujące uprawnienia i doświadczenie: - uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, wydane na podstawie obecnie obowiązujących przepisów prawa (lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia); - łącznie co najmniej 36 miesięcy doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót, w tym przy realizacji co najmniej 1 inwestycji, obejmującej budowę metodą mikrotunelingu rurociągu o średnicy co najmniej DN1000 i długości co najmniej 1000 m, zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta, o wartości robót obejmujących budowę wskazanego rurociągu równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 30 000 000,00 zł (słownie: trzydzieści milionów złotych 00/100) bez podatku VAT. Doświadczenie w pełnieniu ww. funkcji przy realizacji wskazanej powyżej inwestycji musi obejmować okres co najmniej 12-miesięczny.”

Zgodnie z pkt 13.1.3. SIWZ: „3. Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia Ekspert nr 4: W kryterium przyznane zostaną punkty za doświadczenie – Kierownika budowy większe niż wymagane minimalne doświadczenie określone w pkt 5.1.1.3 d) IDW tj.: Wykonawca otrzyma: 4 pkt – jeśli wskazana osoba posiada łącznie łącznie co najmniej łącznie co najmniej 36 miesięcy doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót, w tym przy realizacji co najmniej trzech inwestycji, obejmujących budowę metodą mikrotunelingu rurociągu o średnicy co najmniej DN1000 i długości co najmniej 1000 m, zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta, o wartości robót obejmujących budowę wskazanego w ramach rurociągu, w ramach każdej z tych inwestycji, równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 30 000 000,00 zł (słownie: trzydzieści milionów złotych 00/100) bez podatku VAT. Doświadczenie w pełnieniu ww funkcji przy realizacji każdej ze wskazanych powyżej inwestycji musi obejmować okres

co najmniej 12-miesięczny. 2 pkt – jeśli wskazana osoba posiada łącznie łącznie co najmniej łącznie co najmniej 36 miesięcy doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót, w tym przy realizacji co najmniej dwóch inwestycji, obejmujących budowę metodą mikrotunelingu rurociągu o średnicy co najmniej DN1000 i długości co najmniej 1000 m, zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta, o wartości robót obejmujących budowę wskazanego w ramach rurociągu, w ramach każdej z tych inwestycji, równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 30 000 000,00 zł (słownie: trzydzieści milionów złotych 00/100) bez podatku VAT. Doświadczenie w pełnieniu ww funkcji przy realizacji każdej ze wskazanych powyżej inwestycji musi obejmować okres co najmniej 12-miesięczny. 0 pkt – brak przedstawienia doświadczenia ponad wymagane w IDW minimum. Punkty w niniejszym kryterium zostaną przyznane na podstawie dokumentu, o którym mowa w pkt 10.4 d) IDW. Przykładowo dla uzyskania 4 pkt. Ekspert nr 4 powinien posiadać doświadczenie na poziomie minimalnym określonym w pkt. 5.1.1.3 d) IDW oraz dodatkowo przy realizacji co najmniej 2 (dwóch) inwestycjach o parametrach powyżej opisanych.”

W załączniku nr 5 do SIWZ Przystępujący wskazał w pkt 2 Tabeli:

„Ekspert 4 - Kierownik budowy; J. G.;

Posiada uprawnienia zgodne z pkt 5.1.1.3 d) IDW;

Czy wskazany Ekspert posiada co najmniej 36 miesięczne doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót: TAK/NIE*: Budowa Kolektora Dolnej Terasy Wisły (DTW) etap I i II, okres realizacji: 12/2007r. – 05/2009r.; Budowa kanalizacji deszczowej w Łomży od ulicy Przykoszarowej do ulicy Zawady Przedmieście wraz z przebudową kolizyjnej infrastruktury technicznej”, okres realizacji: 04.2016r. – 04.2017r.; TAK/NIE* kierownik robót*kierownik budowy*, Budowa kolektora Burakowskiego „Bis” w ulicy Marymonckiej na odcinku ul. Żeromskiego – Trasa Mostu Północnego okres realizacji: 11/2013r. – 11/2015r.;

Nazwa inwestycji: Budowa kolektora Burakowskiego „Bis” w ulicy Marymonckiej na odcinku ul. Żeromskiego – Trasa Mostu Północnego; Inwestycja obejmowała budowę rurociągu metodą mikrotunelingu TAK/NIE*, Średnica: DN3000, Długość: 3 200 m Gdzie: Warszawa, granica administracyjna miasta TAK/NIE*, 193 534 177,30 zł netto, 11/2013r. - 11/2015r.;

Nazwa inwestycji: Budowa Kolektora Dolnej Terasy Wisły (DTW) etap I i II, Inwestycja obejmowała budowę rurociągu metodą mikrotunelingu TAK/NIE*, Średnica: DN1100, Długość: 867 m, Średnica: DN1000 Długość: 1 835 m, Gdzie: Kraków, granica administracyjna miasta, TAK/NIE*, ponad 30 000 000,00 zł, 12/2007r. - 05/2009r.

Dysponuję wskazaną osobą na podstawie umowy cywilnoprawnej. Dysponuję wskazaną osobą na podstawie umowy bezpośredniej.”

Z dowodu przedstawionego przez Przystępującego: referencje nr 28/Ref/2021 z dnia 17 marca 2021 r. wystawione przez Wodociągi Miasta Krakowa S.A. wynika, że Pan J. G. pełnił funkcję Kierownika Budowy na zadaniu inwestycyjnym zrealizowanym przez Konsorcjum HYDROBUDOWA 9 S.A. z siedzibą w Poznaniu i P.R.G. METRO sp. z o.o. pn. Kolektor dolnej terasy wisły Etap I i II (w ramach projektu: ISPA/2000/PL/16/P/PE/012. Termin wykonania inwestycji: 3 grudnia 2007 r. do 23 kwietnia 2009 r. Wartość inwestycji netto: 10 084 267,00 euro. Referencje zostały wystawione w odpowiedzi na pytania Przystępującego w wiadomości e-mail, o to czy Pan J. G. pełnił funkcję kierownika budowy na referencyjnym kontrakcie, w jakim okresie czasu, czy w ramach całości, czy części kontraktu oraz jaka była wartość robót wykonanych przez Wykonawcę Konsorcjum firm: HYDROBUDOWA 9 Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane S.A. oraz Przedsiębiorstwo Robót Górniczych „Metro” sp. z o.o. na przedmiotowym kontrakcie.

Z umowy konsorcjum przedłożonej przez Odwołującego na rozprawie, zawartej w dniu 9 lutego 2007 r. pomiędzy firmami: HYDROBUDOWA 9 Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane S.A. oraz Przedsiębiorstwo Robót Górniczych „Metro” sp. z o.o., dotyczącej zadania: „Kolektor dolnej terasy Wisły (DTW) – Etap I i II” wynika: zgodnie z § 5 ust. 1 i 2: „1. Partner Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Górniczych „Metro” Sp. z o.o. wykona roboty mikrotunelowe zgodnie z Warunkami Kontraktu. 2. Lider Konsorcjum HYDROBUDOWA 9 Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane Spółka Akcyjna wykona roboty mikrotunelowe, pozostały zakres robót budowlano – montażowych oraz będzie odpowiedzialne za koordynację robót.”; zgodnie z § 5 ust. 6 umowy: „6. W przypadku podpisania Kontraktu z Zamawiającym szczegółowy podział robót, ustalenie zakresu obowiązków, odpowiedzialności, kar umownych, zasad odbioru robót, oraz sposobu rozliczeń, zostanie zapisany przez Strony w umowie szczegółowej tak, jak zapisane jest to w Warunkach Kontraktu.”

Z wyciągu z umowy szczegółowej nr 10/02/00007/87/07 przedłożonej przez Odwołującego na rozprawie, z dnia 30 listopada 2007 r. zawartej pomiędzy firmami: HYDROBUDOWA 9 Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane S.A. (Lider Konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Robót Górniczych „Metro” sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) dotyczącej zadania: „Kolektor dolnej terasy Wisły (DTW) – Etap I i II” wynika: zgodnie z § 2 ust. 1 umowy: „L.K. zleca, a P.K. przyjmuje do kompleksowej realizacji roboty w zakresie szczegółowo określonym załączniku nr 3 do niniejszej umowy (z wyłączeniem dostaw rur i studni Hobas).”; zgodnie z § 5 ust. 2 lit. b) umowy: „Ponadto P.K. zobowiązany jest do: wyznaczenia kierownika budowy

posiadającego uprawnienia w osobie: J. G. z kompetencjami do podejmowania decyzji dotyczących realizacji przedmiotu niniejszej umowy, pełniących bezpośredni nadzór nad podległymi mu pracownikami w zakresie prac realizowanych przez P.K. na czas prowadzenia robót przez P.K.”; zgodnie z § 6 ust. 1: „Za wykonanie robót będących przedmiotem umowy L.K. zapłaci P.K. wynagrodzenie wstępne w kwocie 2.058.934.44 euro (...)”

Z kserokopii aktu umowy przedłożonego przez Odwołującego na rozprawie dotyczącego zamówienia „Kolektor dolnej terasy Wisły – Etap I i II” wynika, że wartość robót wynosiła: 10.471.964.72 euro.

Zarzut 1 i 2 odwołania - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 względnie naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, w zakresie dotyczącym doświadczenia wykonawcy – wykazu usług.

W odniesieniu do ww. zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 5.1.1.2 lit. c) SIWZ: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej (DOŚWIADCZENIE WYKONAWCY) tj.: Wykonawcy, którzy nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali: c) co najmniej jedną usługę (umowę) w ramach, której sporządzono projekt budowlany lub projekt budowlano- wykonawczy dla inwestycji polegającej na budowie metodą mikrotunelingu rurociągu o średnicy co najmniej DN1000 i długości co najmniej 1000 m, zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta, na podstawie którego uzyskano prawomocną decyzję o pozwoleniu na budowę dla tej inwestycji. UWAGA: Zamawiający uzna za spełnione poszczególne warunki również, jeśli Wykonawca wykaże się wykonaniem usług/robót budowlanych łącznie spełniających różne wymagania, o których mowa w pkt. a) – c) (tj. jeśli poszczególne umowy spełniają łącznie warunki opisane powyżej).”

Przystępujący dołączył do oferty zobowiązanie Z. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „ZOMB-KAN” Projektowanie, Nadzór Z. S. z siedzibą w Olsztynie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia o następującej treści: „oświadczam, że wyżej wymieniony podmiot, stosownie do art. 22a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. 2019, poz. 1843 z późniejszymi zmianami), oddaje Wykonawcy, tj.: Inżynieria Rzeszów Spółka Akcyjna, ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów do dyspozycji niezbędne zasoby zdolności technicznej

lub zawodowej, tj.: 1. Zdolność techniczna lub zawodowa (DOŚWIADCZENIE WYKONAWCY) „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy kolektora deszczowego K-1 w ciągu ul. Chrobrego w Toruniu”: usługa (umowa) w ramach, której sporządzono projekt budowlano-wykonawczy dla inwestycji polegającej na budowie metodą mikrotunelingu rurociągu o średnicy co najmniej DN1000 i długości co najmniej 1000 m, zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta, na podstawie którego uzyskano prawomocną decyzję o pozwoleniu na budowę dla tej inwestycji: okres realizacji: 01.09.2014r. – 15.12.2014r. Oddajemy Wykonawcy niezbędne zasoby na cały okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz na potrzeby realizacji zamówienia pn.: Zadanie IV.2 Budowa kolektora Wiślanego – etap I (numer postępowania: 01823/WS/PW/JRP-DNP/B/2020), którego Zamawiającym jest: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A., Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa. Sposób wykorzystania w/w zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia to: Podwykonawstwo przez cały okres realizacji zadania. Zakres zamówienia, który zamierzamy realizować: prace projektowe. Charakter stosunku, jaki będzie łączył nas z wykonawcą: Umowa podwykonawstwa. Oświadczam, że w odniesieniu do warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej (DOŚWIADCZENIE WYKONAWCY), zrealizuję usługi do realizacji których te zdolności są wymagane.”

W dniu 17 lutego 2021 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 3 lutego 2021 r. w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp, Przystępujący przedstawił m.in. wykaz usług, w którym wskazał: „1. Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy kolektora deszczowego K-1 w ciągu ul. Chrobrego w Toruniu. Czy w ramach usługi, sporządzono projekt budowlany lub projekt budowlano- wykonawczy: TAK / ~~NIE~~* projekt budowlany, TAK / ~~NIE~~* projekt budowlano- wykonawczy, Inwestycja obejmowała budowę rurociągu metodą mikrotunelingu TAK / ~~NIE~~* wskazać dokładnie Budowa kolektora deszczowego K-1 w ciągu ul. Chrobrego w Toruniu. Średnica: DN1400, Długość: 1 997,5 m, Gdzie: Toruń, granica administracyjna miasta TAK/~~NIE~~*, Czy wykonany projekt budowlany lub budowlano-wykonawczy uzyskał prawomocną decyzję o pozwoleniu na budowę TAK/~~NIE~~*, 09/2014 - 12/2014. Podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane (odbiorca) (nazwa, adres, nr telefonu do kontaktu): ARKAS-PROJEKT Sp. z o.o. Sp. k., ul. Piłsudskiego 75 A budynek B, 10-460 Olsztyn, nazwa Wykonawcy: „ZOMB-KAN” Projektowanie, Nadzór Z. S. .”

Przystępujący dołączył również protokół przekazania sporządzony w dniu 15 grudnia 2014 r., w sprawie przekazania przedmiotu umowy 567-UMO/OLS/2014, pomiędzy Zamawiającym ARKAS-PROJEKT sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Olsztynie, a Wykonawcą Z. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „ZOMB-KAN” Projektowanie, Nadzór Z. S. z siedzibą w

Olsztynie, w którym stwierdzono: „Przedmiotem umowy jest następujące opracowanie projektowe: Wykonanie kompletnego projektu budowlanego i wykonawczego kanalizacji deszczowej, przebudowę kolizji wielobranżowych w zakresie posiadanych uprawnień wraz z ewentualnymi przyłączami, wykonanie operatu wodnoprawnego wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu wodnoprawnym (w tym przygotowanie materiałów do ww. operatu), projektu tymczasowej organizacji ruchu oraz uzyskanie niezbędnych opinii, uzgodnień wynikających z właściwych przepisów dla zadania: Opracowanie dokumentacji projektowo - kosztorysowej budowy kolektora deszczowego K-1 w ciągu ul. Chrobrego w Toruniu. Planowany termin przekazania: 15.12.2014 r. Rzeczywisty termin przekazania: 15.12.2014 r. Wykaz przekazanej dokumentacji: 1. Projekt budowlany kanału deszczowego. 2. Projekt budowlany przebudowy kolizji z siecią wodociągową. 3. Projekt budowlany oczyszczalni ścieków deszczowych. 4. Projekt wykonawczy kanału deszczowego. 5. Projekt wykonawczy przebudowy kolizji z siecią wodociągową. 6. Projekt wykonawczy oczyszczalni ścieków deszczowych. 7. Operat wodnoprawny”

Przystępujący złożył również Zamawiającemu protokół odbioru sporządzony dnia 10 marca 2015 r. w sprawie odbioru przedmiotu umowy 567-UMO/OLS/2014, pomiędzy Zamawiającym ARKAS-PROJEKT sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Olsztynie, a Wykonawcą Z. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „ZOMB-KAN” Projektowanie, Nadzór Z. S. z siedzibą w Olsztynie, w którym stwierdzono: „Przedmiotem umowy jest następujące opracowanie projektowe: Wykonanie kompletnego projektu budowlanego i wykonawczego kanalizacji deszczowej, przebudowę kolizji wielobranżowych w zakresie posiadanych uprawnień wraz z ewentualnymi przyłączami, wykonanie operatu wodnoprawnego wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu wodnoprawnym (w tym przygotowanie materiałów do ww. operatu), projektu tymczasowej organizacji ruchu oraz uzyskanie niezbędnych opinii, uzgodnień wynikających z właściwych przepisów dla zadania: Opracowanie dokumentacji projektowo - kosztorysowej budowy kolektora deszczowego K-1 w ciągu ul. Chrobrego w Toruniu. Planowany termin przekazania: 15.12.2014 r. Rzeczywisty termin przekazania: 15.12.2014 r. Wykonawca przekazał przedmiot umowy a Zamawiający przyjął je bez zastrzeżeń stwierdzając, że został wykonany zgodnie z zawartą umową (...) 4. Zatwierdzony protokół odbioru upoważnia Wykonawcę do wystawienia faktury zgodnie z warunkami umowy.”

W piśmie z dnia 15 marca 2021 r., przedłożonym jako dowód przez Przystępującego Z. S. oświadczyła: „wyjaśniam co następuje. Prowadzę działalność gospodarczą pod nazwą ZOMB-KAN; Projektowanie Nadzór Z. S. . Na podstawie umowy znak 567-UMO/OLS/2014 z dnia 01.09.2014 r. zawartej z Arkas Projekt Sp. sp. k., moja firma ZOMB-KAN otrzymała za

zadanie: wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego kanalizacji deszczowej, przebudowy kolizji wielobranżowych w zakresie posiadanych uprawnień wraz ewentualnymi przyłączami oraz wykonanie operatu wodnoprawnego dla zadania: „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy kolektora deszczowego K-1 w ciągu ulicy Chrobrego w Toruniu.” W celu realizacji zakontraktowanych zadań, jako że osobiście nie posiadam uprawnień do projektowania, a jedynie prowadzę działalność gospodarczą, zatrudniam osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje i przynależące do właściwej Izby Inżynierów Budownictwa. W ramach zadania „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy kolektora deszczowego K-1 w ciągu ulicy Chrobrego w Toruniu.” Jak i innych opracowań projektowych konieczne jest powierzenie wykonania projektów branżowych osobom posiadającym odpowiednie uprawnienia. Oczywistym jest zatem, że główny projektant nie jest odpowiedzialny za wszystkie opracowania. W ramach zadania „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy kolektora deszczowego K-1 w ciągu ulicy Chrobrego w Toruniu.” Projektanci branżowi wykonali następujące opracowania:

- dokumentacja geodezyjna (w przypadku projektu w Toruniu nie występowały podziały) w postaci map do celów projektowych, wypisów z rejestru gruntów – została opracowana przez uprawnionego geodetę, podwykonawcę również nie zgłoszonego oficjalnie;
- dokumentacja geotechniczna – opracowana przez uprawnionego geologa, podwykonawcę również nie zgłoszonego oficjalnie;
- inwentaryzacja zieleni – opracowana przez specjalistę architektury krajobrazu, podwykonawcę również nie zgłoszonego oficjalnie.

Pan B. S., działając na zlecenia mojej firmy wykonał:

- Projekt budowlano – wykonawczy budowy kolektora deszczowego, podczyszczalni wód opadowych, przebudowy kolektora kanalizacji sanitarnej, przebudowy kolizji z siecią wodociągową,
- wnioski o wydanie pozwoleń na budowę do złożenia przez Miejski Zarząd Dróg w Toruniu,
- uzupełnienia na wezwanie organów złożonych wniosków o wydanie pozwoleń na budowę,
- przygotowanie kosztorysów inwestorskich, przedmiarów robót, kosztorysów ofertowych, szczegółowych specyfikacji technicznych.

Okoliczność ta znajduje potwierdzenie w zapisach poszczególnych decyzji lub w załączonych do nich materiałach graficznych i opisowych, na których widnieje imię i nazwisko Pana B. S. . Wszystkie zobowiązania mojej Firmy wobec Arkas Projekt Sp. z o.o.

wynikające z umowy z dnia 01.09.2014 r., numer 567-UMO/OLS/2014 zostały zrealizowane w terminach określonych tą umową. Zleceniodawca potwierdził powyższe w Protokole przekazania oraz Protokole odbioru.”

W piśmie z dnia 15 marca 2021 r., przedłożonym jako dowód przez Przystępującego B. S. oświadczył: „Ja, niżej podpisany B. S., projektant posiadający uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, numer W AM/0023/POOS/08 oświadczam, że na zlecenie mojej małżonki, Z. S., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą ZOMB-KAN Projektowanie Nadzór Z. S., wykonałem projekt budowlany i wykonawczy kanalizacji deszczowej, przebudowy kolizji wielobranżowych w zakresie posiadanych uprawnień wraz z ewentualnymi przyłączami oraz operat wodnoprawny dla zadania: „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy kolektora deszczowego K-1 w ciągu ulicy Chrobrego w Toruniu.” Projekty te były podstawą do wydania pozwolenia na budowę.”

Z wyciągu (1 strona) z projektu budowlanego kanalizacji deszczowej dla zamierzenia budowlanego: Budowa kolektora deszczowego K-1 w ciągu ul. Chrobrego w Toruniu przedłożonego jako dowód przez Przystępującego na rozprawie wynika, że projektantem branży sanitarnej był Pan B. S. .

Z dowodu przedłożonego przez Przystępującego na rozprawie: Koncepcja zamienna projektu wykonawczego dla inwestycji Budowa kolektora deszczowego K-1 w ciągu ul. Chrobrego w Toruniu wynika, że została ona przygotowana przez Z. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą ZOMB-KAN Projektowanie Nadzór Z. S., a projektantem branży sanitarnej był Pan B. S. .

Z wyciągu (1 strona) z projektu budowlanego branży elektroenergetycznej dla zamierzenia budowlanego: Opracowanie dokumentacji projektowej budowy kolektora deszczowego K-1 w ciągu ulic Chrobrego w Toruniu przedłożonego przez Odwołującego na rozprawie wynika, że projektantem tej branży był Pan M. A. .

Z wyciągu (1 strona) z projektu budowlanego inwentaryzacja dendrologiczna z projektem wycinki i nasadzeń dla zamierzenia budowlanego: Budowa kolektora deszczowego K-1 w ciągu ul. Chrobrego w Toruniu przedłożonego przez Odwołującego na rozprawie wynika, że projektantem tej branży zieleni była Pani K. J. .

Z rysunku: Plan sytuacyjny, Opracowanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej budowy kolektora deszczowego K-1 w ciągu ul. Chrobrego w Toruniu przedłożonego przez Odwołującego na rozprawie wynika, że projektantem branży sanitarnej był Pan B. S. .

W piśmie ARKAS PROJEKT z dnia 18 marca 2021 r. złożonym przez Odwołującego na rozprawie wskazano: „W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 17.03.2021r. dotyczące realizacji dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy kolektora deszczowego K-1 w ciągu ul. Chrobrego w Toruniu informujemy, że niniejszą dokumentację realizowaliśmy w oparciu o umowę nr 168/1/13 z dnia 9 sierpnia 2013r. zawartą z Gminą Miasto Toruń - Miejskim Zarządem Dróg w Toruniu. W zakresie opracowania było wykonanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy kolektora deszczowego K-1 w ciągu ul. Chrobrego w Toruniu wraz z uzyskaniem niezbędnych decyzji w tym pozwolenia na budowę oraz wodnoprawnego. Zadanie było realizowane od dnia podpisania umowy tj. 9 sierpnia 2013r. i odebrane ostatecznie przez Zamawiającego protokolarnie w dniu 31.07.2015r, Zadanie było realizowane przez firmę Arkas-Projekt Sp. z o.o. Sp. k. w następujących branżach - sanitarna, elektryczna, geodezyjna, geotechniczna, zieleń. Branża elektryczna została zlecona firmie Ramar s.c., branża geotechniczna firmie Geotech, geodezyjna była realizowana przez dział geodezyjny firmy Arkas-Projekt Sp. z o. o. Sp. k., mapa geodezyjna na terenach PKP przez firmę Azymut, branża zieleń przez Arkas-Projekt Sp. z o. o. Sp. k. Do dnia 31.08.2014r. branża sanitarna w tym uzyskanie decyzji celu publicznego, pozwolenia wodnoprawnego, warunków, uzgodnień była realizowana przez dział sanitarny firmy Arkas-Projekt Sp. z o. o. Sp. k., a od dnia 01.09.2014r. prace branży sanitarnej były kontynuowane przez firmę ZOMB-KAN Projektowanie Nadzór Z. S. . Koordynację wielobranżową wnioski, uzgodnienia, opinie i pozwolenia były uzyskiwane przez firmę Arkas-Projekt Sp. z o.o. Sp. k. zgodnie z udzielonym pełnomocnictwem przez Zamawiającego tj. Gminą Miasto Toruń Miejskim Zarządem Dróg w Toruniu.”

Zgodnie ze zrzutem ekranu ze strony internetowej Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa i znajdującej się tam wyszukiwarki członków PIIB Pani Z. S. nie jest członkiem Izby.

Z obwieszczenia z dnia 25 lutego 2014 r. — zawiadomienia o wydaniu postanowienia uzgadniającego projekt decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego dla inwestycji „Budowa kolektora deszczowego K-1 w ciągu ul. Chrobrego w Toruniu” wynika, że z wnioskiem o jego wydanie wystąpiła firma ARKAS PROJEKT sp. z o.o. sp. k.

Z Opisu Przedmiotu Zamówienia pod nazwą: „Opracowanie dokumentacji projektowo — kosztorysowej budowy kolektora deszczowego 14-1 w ciągu ul. Chrobrego w Toruniu” wynika, że: pkt 1.1.: „Przedmiotem niniejszego opisu zadania projektowego są wymagania dotyczące wykonania i odbioru dokumentacji projektowej na budowę kolektora deszczowego w ulicy Chrobrego w Toruniu, długości około 2,3 km wraz z oczyszczalnią ścieków deszczowych. W skład zamawianej dokumentacji projektowej wchodzi następujące opracowania, które są przedmiotem niniejszego opisu przedmiotu zamówienia: 1.

Dokumentacje geodezyjne i kartograficzne związane z nabywaniem nieruchomości (projekty podziałów nieruchomości) i z czasowym korzystaniem z nieruchomości oraz mapa do celów projektowych (wraz z aktualizacją i pomiarami wysokościowymi), 2. Materiały do decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia wraz z raportem o oddziaływaniu planowanego przedsięwzięcia na środowisko, (ew. wspólne) oraz wszelkie dodatkowe opracowania, których potrzeba przygotowania zajdzie w procesie uzyskiwania ww. decyzji, 3. Badania geotechniczne, 4. Materiały do wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę wraz z wymaganymi opiniami i dokumentacją podziałową, wyniesieniem kamieni granicznych oraz opracowaniem wniosku do Wydziału Ksiąg Wieczystych w celu ujawnienia nowego właściciela (Gminy Miasta Toruń) w księgach wieczystych wraz z uzyskaniem ww. decyzji, 5. Projekty budowlane z projektem zagospodarowania terenu, 6. Projekty wykonawcze wielobranżowe, 7. Projekty organizacji ruchu (na okres wykonywania robót) wraz z projektami sygnalizacji świetlnej, 8. Specyfikacje Techniczne wykonania i odbioru robót (dotyczy wszystkich branż), 10. Przedmiary robót (dotyczy wszystkich branż), 11. Kosztorysy ofertowe – ślepe (dotyczy wszystkich branż), 12. Kosztorysy inwestorskie (dotyczy wszystkich branż); pkt 4.2.4.: Projekty budowlane. Szczegółowy zakres i forma projektu budowlanego powinna przede wszystkim spełniać wymagania określone w ustawie prawo budowlane [1] w tym w art.34 ust.1, 2 i 3 oraz w rozporządzeniu [1.1] i w warunkach technicznych. W punkcie 4.2.4. wskazano szczegółowo jakie elementy powinien zawierać projekt budowlany.

Z § 1 ust. 5 wzoru umowy dla zadania „Opracowanie dokumentacji projektowo — kosztorysowej budowy kolektora deszczowego K-1 w ciągu ul. Chrobrego w Toruniu” wynika: „5. Po stronie WYKONAWCY leży również: 1) uzyskanie mapy do celów projektowych (sytuacyjno – wysokościowej i mapy stanu prawnego), 2) dokonanie wizji lokalnej w terenie objętym dokumentacją w celu oceny dokumentów i informacji przekazywanych w ramach niniejszego postępowania, 3) uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, decyzji o pozwoleniu na budowę oraz wszelkich innych decyzji, uzgodnień i opinii wymaganych przepisami.”

Z Tabeli opracowań projektowych wynika wyszczególnienie opracowań projektowych dla zadania „Opracowanie dokumentacji projektowo - kosztorysowej budowy kolektora deszczowego K-1 w ciągu ulicy Chrobrego w Toruniu”, w tym: „Projekty budowlane, PB - kanał deszczowy z planem zagospodarowania terenu, PB - rozwiązanie kolizji z istniejącą infrastrukturą techniczną (dla każdej branży odrębnie), PB – oczyszczalni ścieków deszczowych, Projekty wykonawcze, PW - kanał deszczowy, PW - rozwiązanie kolizji z istniejącą infrastrukturą techniczną (dla każdej branży odrębnie), PW - oczyszczalnia

ścieków deszczowych, Dokumentacja geotechniczna, Przygotowanie materiałów oraz uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, Przygotowanie materiałów do decyzji Pozwolenie na budowę oraz jej uzyskanie, Mapa do celów projektowania, Projekt organizacji ruchu na czas robót, Inwentaryzacja dendrologiczna z projektem wycinki i nasadzeń, Operat wodno prawny.”

Zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. i) Dyrektywy 2014/24/UE: *„4. Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: (...) i) jeżeli wykonawca podjął kroki, aby nienależycie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia.”*

Artykuł 7 ust. 1 ustawy pzp stanowi: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.”*

W myśl art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy pzp: *„Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: 12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia; 16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów; 17) 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.”*

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy pzp: *„3. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia,*

uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.”

W pierwszej kolejności wskazać należy, że podanie nieprawdziwych informacji stanowi samodzielną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Artykuł 24 ust. 1 pkt 16 dotyczy celowego wprowadzenia w błąd następującego przez działanie wykonawcy związane z przedstawieniem informacji o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub spełnianiu kryteriów selekcji. Drugi przepis, tj. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp obejmuje nieumyślne wprowadzenie w błąd, które może nastąpić przy przedstawianiu informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Zauważenia wymaga, że przesłanka wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp jest bardziej pojemna i obejmuje przyczyny wykluczenia przewidziane w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp. Elementem różnicującym przywołane przepisy jest przede wszystkim stopień winy wykonawcy. Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, na to się godzi. Ta przesłanka wykluczenia aktualizuje się również wówczas, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo, kwalifikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem. W przypadku art. 24 ust. 1 pkt 17 działanie wykonawcy cechuje wina nieumyślna, czyli niedbalstwo lub lekkomyślność. Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie. Co istotne, celowe wprowadzenie w błąd dotyczy okoliczności związanych z podstawami wykluczenia, spełnieniem warunków udziału w postępowaniu lub kryteriami selekcji. Z uwagi na to, że są efektem zamierzonego działania (lub rażącego niedbalstwa), zawsze stanowią podstawę do wykluczenia, niezależnie od ich wpływu na podejmowane przez zamawiającego decyzje. Natomiast nieumyślne, niecelowe wprowadzenie w błąd w zakresie przedstawiania albo zatajania informacji odnoszących się

do warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub podstaw wykluczenia, nie może stanowić podstawy do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16, a z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp.

Zaznaczenia wymaga, że stwierdzenie w art. 24 ust. 1 pkt 17: „istotny wpływ na decyzje zamawiającego” wskazuje na wszystkie decyzje zamawiającego. Co więcej, pkt 17 wprost wskazuje, że złożenie informacji powinno mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, a więc chodzi tu o wszelkie decyzje, a nie jedynie wybór oferty najkorzystniejszej. Analizując w tym zakresie przepis art. 57 Dyrektywy nie sposób nie zauważyć, iż stanowi on o wpływie na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia (wyboru najkorzystniejszej oferty), a nie na wszystkie decyzje zamawiającego.

Nie ulega wątpliwości, iż przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 mają za zadanie wyeliminować z postępowania wykonawców nieuczciwych, którzy chcą niekorzystnie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez zamawiającego. Aby uchylić się od sankcji wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 wykonawca musi wykazać, że nieprawdziwa informacja (wprowadzająca zamawiającego w błąd) została złożona w postępowaniu w sposób całkowicie niezawiniony lub, że nieprawdziwa informacja pozostała bez wpływu na decyzje zamawiającego.

Zarzut 1 i 2 odwołania - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 względnie naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, w zakresie dotyczącym doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia, tj. w zakresie doświadczenia Pana J. G., dedykowanego do pełnienia funkcji kierownika budowy.

Zarzut nie potwierdził się.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp, zaznaczenia wymaga, że przepis ten sankcjonuje przedstawienie nieprawdziwych informacji odnośnie podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu czy kryteriów selekcji. Jak ustalono, Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców wraz z ofertą załącznika nr 5, w którym wykonawcy byli zobowiązani wykazać zarówno posiadanie minimalnego doświadczenia personelu, w tym Eksperta nr 4 celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu (pełnienie funkcji kierownika budowy na jednej, określonej inwestycji) oraz nadmiarowego, dodatkowo punktowanego doświadczenia, jako kryterium oceny ofert. Zauważyć należy, że Przystępujący dla Eksperta nr 4 wykazał dwie inwestycje, na których wskazany J. G. pełnił funkcję kierownika budowy, natomiast Odwołujący kwestionował jedną z nich. Nie ulega zatem wątpliwości, że Przystępujący spełnił warunek

udziału w postępowaniu dotyczący Eksperta nr 4. Kwestionowane nadmierowe doświadczenie należy odnieść więc do kryteriów oceny ofert. Jako że art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp nie przewiduje przesłanki wykluczenia za przedstawienie nieprawdziwych informacji dotyczących kryteriów oceny ofert, uznać należało, że Zamawiający nie naruszył dyspozycji tego przepisu.

Przechodząc do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp wskazania wymaga, że aby mogła ziścić się przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania, w pierwszej kolejności należy ustalić, czy informacje przedstawione przez wykonawcę są faktycznie nieprawdziwe. Jak wskazano w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO/KD 33/18 nieprawdziwe informacje to *„informacje w sposób obiektywny niezgodne z rzeczywistością, takie, które nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym, lecz przeciwnie – ustalony prawidłowo stan faktyczny im przeczy, wskazując na odmienną sytuację, bądź prowadząc do odmiennych ustaleń”*. Izba stwierdziła, mając na względzie zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, że odnośnie doświadczenia Eksperta nr 4 w zakresie referencyjnej inwestycji podważanej przez Odwołującego: Budowa Kolektora Dolnej Terasy Wisły (DTW) etap I i II, Przystępujący nie przedstawił informacji nieprawdziwych. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, ani nawet nie uprawdopodobnił twierdzeń przedstawionych w odwołaniu. Co więcej, dowody przedłożone przez Odwołującego potwierdzają stan faktyczny wynikający z oferty Przystępującego. Są one spójne i komplementarne z dowodami przedstawionymi w postępowaniu odwoławczym przez Przystępującego.

Odwołujący kwestionował doświadczenie Pana J. G. w zakresie pełnienia funkcji przez określony czas – 12 miesięcy oraz co do wartości robót przez niego nadzorowanych na referencyjnej inwestycji, a podanej w wykazie osób – ponad 30 000 000 zł netto, rozumianej przez Odwołującego jako przerób danej osoby na określonej inwestycji. Analizując treść opisu kryterium oceny ofert – doświadczenie Eksperta nr 4 Izba stwierdziła, że Odwołujący dokonał błędnej wykładni tego opisu. Punktowane przez Zamawiającego było doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót, przy realizacji dwóch inwestycji. Każda z tych inwestycji miała obejmować budowę metodą mikrotunelingu rurociągu o średnicy co najmniej DN1000 i długości co najmniej 1000 m, zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta, co oznacza, że dana inwestycja mogła zawierać jeszcze inne roboty poza wymienionymi w warunku. I dalej, o wartości robót, które m.in. obejmowały budowę rurociągu w ramach każdej z tych inwestycji równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 30 000 000,00 zł. W ocenie Izby wartość wskazana w opisie kryterium odnosi się do inwestycji w ramach której nadzorowana była budowa rurociągu. Nawet jeśli można by było uznać ten opis za nieprecyzyjny i dopuszczający różną jego

wykładnię, to na etapie oceny ofert, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, niejednoznaczność opisu kryterium nie może rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawcy.

Abstrahując jednak od powyższego, przedstawione w sprawie dowody nie wykazały, aby informacje podane przez Przystępującego w wykazie osób, a dotyczące okresu pełnienia funkcji przez J. G. oraz wartości ponad 30 mln. zł netto były niezgodne z prawdą.

Odwołujący argumentował, że referencyjna inwestycja była wykonywana w ramach Konsorcjum firm, które podzieliły między siebie prace, o których mowa w opisie kryterium, a J. G. nadzorował roboty realizowane wyłącznie przez Partnera Konsorcjum w ograniczonym zakresie. Twierdzenia te nie znajdują jednak potwierdzenia w materiale dowodowym. Z przedłożonej Izbie umowy konsorcjum wynika, że ustalony w niej podział prac ma wstępny charakter, bowiem zgodnie z § 5 ust. 6 kwestia m.in. podziału prac miała zostać dostosowana do wymagań Kontraktu w umowie szczegółowej. Umowa szczegółowa przedstawiona przez Odwołującego, po pierwsze nie jest kompletna, nie zawiera załącznika nr 3 określającego szczegółowo roboty zlecone przez Lidera Partnerowi Konsorcjum. Nie można zatem stwierdzić, czy faktycznie prace dotyczące budowy rurociągu nie zostały wykonane wyłącznie przez Partnera. Ponadto, stwierdzono w niej, że Partner Konsorcjum jest zobowiązany do wyznaczenia kierownika budowy posiadającego uprawnienia w osobie: J. G. z kompetencjami do podejmowania decyzji dotyczących realizacji przedmiotu niniejszej umowy, pełniących bezpośredni nadzór nad podległymi mu pracownikami w zakresie prac realizowanych przez Partnera na czas prowadzenia robót przez Partnera. Nie wyklucza to jednak, że prace wykonywane przez Lidera również nie były nadzorowane przez J. G., szczególnie że powszechną praktyką jest ustanawianie jednego kierownika budowy dla całej inwestycji. Znamienne w sprawie jest, że Odwołujący poza kwestionowaniem czasu i wartości nadzorowanych przez J. G. robót, nie był w stanie w żaden sposób skutecznie podważyć informacji zawartych w wykazie, nie wskazał również jaka inna osoba miałaby nadzorować część referencyjnej inwestycji. Z referencji przedłożonej przez Przystępującego wynika, że J. G. pełnił funkcję kierownika budowy na referencyjnej inwestycji i potwierdzono w niej wartość robót wskazaną w wykazie. Wartość ta wynika także z aktu umowy złożonego na rozprawie przez Odwołującego.

Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2381/19: *„zasadność wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy pzp wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, że wykonawca złożył informacje nieprawdziwe”*, czemu Odwołujący w niniejszym postępowaniu odwoławczym nie podolał. W świetle powyższego uznać należało, że Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, gdyż nie doszło do przekazania informacji niezgodnych

z rzeczywistym stanem faktycznym.

Zarzut 1 i 2 odwołania - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 względnie naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, w zakresie dotyczącym doświadczenia wykonawcy – wykazu usług.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W związku z tym, że zarzuty w zakresie doświadczenia wykonawcy również dotyczyły przedstawienia nieprawdziwych informacji, ustalenia wymagało czy podważane oświadczenia złożone w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci oraz wyrażone w wykazie usług przez Przystępującego pozostają w sprzeczności z rzeczywistym stanem faktycznym. W ocenie Izby, zgromadzony w postępowaniu odwoławczym materiał dowodowy potwierdził, że oświadczenia te pozostają w zgodności z prawdą.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na konstrukcję i literalne brzmienie ustanowionego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający żądał wykazania co najmniej jednej usługi (umowy). W ramach tej usługi miał zostać sporządzony projekt budowlany lub projekt budowlano- wykonawczy dla inwestycji polegającej na budowie metodą mikrotunelingu rurociągu o średnicy co najmniej DN1000 i długości co najmniej 1000 m, zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta, na podstawie którego uzyskano prawomocną decyzję o pozwoleniu na budowę dla tej inwestycji. Kwestia rozumienia treści warunku jest o tyle istotna, że argumentacja Odwołującego oraz przedstawione dowody opierały się na twierdzeniu, że Zamawiający żądał wykonania kompleksowego, wielobranżowego projektu dla całej inwestycji. W ocenie Izby, Odwołujący w zakresie podniesionego zarzutu dokonał błędnej interpretacji postawionych wymagań. W treści warunku nie znalazły się stwierdzenia, aby wykonany projekt miał być projektem wielobranżowym obejmującym całą inwestycję. Wręcz przeciwnie, określono, że projekt miał dotyczyć inwestycji polegającej na budowie metodą mikrotunelingu rurociągu o średnicy co najmniej DN1000 i długości co najmniej 1000 m, zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta. Zamawiający wymagał także, żeby na podstawie projektu uzyskano prawomocną decyzję o pozwoleniu na budowę dla tej inwestycji. Nie oznacza to jednak, że wyłącznie na podstawie tego projektu decyzja o pozwoleniu na budowę miała zostać uzyskana. Brak w treści warunku stwierdzenia „kompleksowa dokumentacja projektowa”. W tym kontekście złożone przez Odwołującego dowody, wskazujące że dokumentacja projektowa i zakres opisu przedmiotu zamówienia (w tym obowiązek sporządzenia projektu budowlanego zgodnego z art. 34 ust. 1 – 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2020 r., poz. 1333 z późn. zm.) referencyjnej umowy (usługi) był szerszy niż wykonanie projektu budowlano – wykonawczego branży

sanitarnej, w tym że obejmował także branżę elektroenergetyczną oraz inwentaryzację dendrologiczną z projektem wycinki i nasadzeń, których projekty nie zostały wykonane przez Z. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „ZOMB-KAN” Projektowanie, Nadzór Z. S.”, należało uznać za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia. Niezasadna była również argumentacja Odwołującego dotycząca uzyskania opinii, uzgodnień i decyzji dla wykonania kompleksowej dokumentacji projektowej.

Podkreślenia wymaga również, że postawiony warunek – projekt dotyczący budowy rurociągu – to nic innego jak właśnie branża sanitarna. W odwołaniu podniesiono, że Z. S. nie wykonała tego projektu, gdyż nie posiada wymaganych prawem uprawnień, a zgodnie z wiedzą Odwołującego projekt branży sanitarnej wykonał B. S. . Zauważyć należy, że kwestionowane informacje dotyczą doświadczenia wykonawcy a nie personelu. Podmiotem udostępniającym zasoby, zgodnie z oświadczeniem zawartym w zobowiązaniu była Z. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „ZOMB-KAN” Projektowanie, Nadzór Z. S.”, co oznacza, że nie musiała wykonać osobiście referencyjnej usługi. Okoliczność taką potwierdzają przedłożone Izbie dowody, m.in. oświadczenia złożone przez Z. S. oraz B. S., czy wyciągi z projektów budowlanych, na których widnieje B. S. jako projektant branży sanitarnej. Z. S. w ramach prowadzonej przez siebie działalności zleciła wykonanie usług projektowych innym podmiotom.

W świetle powyższego uznać należało, że oświadczenia złożone przez Przystępującego w wykazie usług oraz przez podmiot udostępniający zasoby w zobowiązaniu nie stanowiły informacji nieprawdziwych. Wbrew twierdzeniom Odwołującego w zobowiązaniu wskazano, że w ramach usługi: „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy kolektora deszczowego K-1 w ciągu ul. Chrobrego w Toruniu” wykonano projekt budowlano – wykonawczy, a nie że wykonano kompleksową dokumentację projektową. Szczegółowy zakres wykonanej usługi projektowej przez podmiot trzeci dla ARKAS PROJEKT przedstawia złożony przez Przystępującego w postępowaniu protokół przekazania i protokół odbioru dokumentacji. O wykonaniu przez „ZOMB-KAN” Projektowanie, Nadzór Z. S.” projektu branży sanitarnej mowa także w piśmie złożonym przez Odwołującego z dnia 18 marca 2021 r. Oświadczenia zawarte w tych dokumentach są ze sobą spójne i przedstawiają stan faktyczny potwierdzający spełnienie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, aby w zakresie doświadczenia wykonawcy zostały złożone nieprawdziwe informacje.

Dlatego też Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ustawy pzp.

Zarzut 3 odwołania - naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp w zw. z art. 22a ust. 1 pkt 2 i ust. 1b pkt 3 z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy lub wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba podtrzymuje wcześniejsze ustalenia faktyczne poczynione w niniejszym uzasadnieniu. Podniesiony zarzut dotyczący niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, w świetle zebranego materiału dowodowego należało uznać za niezasadny. Odwołujący opierał zarzut na tych samych okolicznościach jak dotyczące zarzutu nieprawdziwych informacji. Jak zostało wyjaśnione, Odwołujący dokonał błędnej interpretacji warunku, co w istocie spowodowało, jak słusznie podniósł Zamawiający na rozprawie, że Odwołujący właściwie prowadził polemikę ze stanem faktycznym. Jako że Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, Izba nie znalazła podstaw do nakazania wezwania Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentów.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp 2019, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczególnych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....