

Sygn. akt: KIO 1177/20

WYROK
z dnia 24 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 czerwca 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 maja 2020 r.** przez wykonawcę **Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Nauki Kopernik z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy **Unibep S.A., z siedzibą w Bielsku Podlaskim** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Hochtief Polska 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 **Hochtief Polska S.A., z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Hochtief Polska S.A., z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Centrum Nauki Kopernika, z siedzibą w Warszawie** kwotę **3**

600 zł 00 gr (słownie: trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 29 maja 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy HOCHTIEF Polska S.A., z siedzibą w Warszawie (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu: Centrum Nauki Kopernik (dalej „**Centrum Nauki Kopernik**”) naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezrefleksyjne przyjęcie, że UNIBEP S.A. spełnia warunki udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy z Wykazu osób nie sposób wywnioskować, że poszczególne osoby tam wskazane posiadają doświadczenie w konkretnym zakresie przedmiotowym, wymaganym przez Zamawiającego, skutkiem czego Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy UNIBEP S.A., który przedstawił niepełne informacje i celowo przemilczał braki w doświadczeniu osób wskazanych w Wykazie osób;
- 2) art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania UNIBEP S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, skutkiem czego Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem niezbędnych oświadczeń i dokumentów i bez wiedzy o faktycznym doświadczeniu osób które mimo to uznał za wystarczające dla stwierdzenia, że jest to doświadczenie odpowiadające wymaganiom SIWZ;
- 3) art. 91 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, która z uwzględnieniem kryteriów oceny ofert wskazanych w pkt 12.1.4. oraz 12.1.5. SIWZ, nie mogła być za taką uznana, gdyż zarówno z przedłożonego Wykazu osób, jak i Formularza oferty UNIBEP S.A. nie sposób wywnioskować o spełnianiu przez UNIBEP S.A. kryteriów wskazanych w pkt 12.1.4. oraz 12.1.5, za które tej ofercie przyznano punkty. Ani złożony Wykaz osób ani Formularz ofertowy nie zawierają informacji o zakresie doświadczenia osób, który pozwalałby taką punktację przyznać w szczególności nie określają liczby inwestycji, w których wskazane osoby pełniły wymagane funkcje i rzeczowego zakresu tych inwestycji a więc nie sposób ustalić, czy posiadają punktowane doświadczenie;
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania UNIBEP S.A., pomimo tego, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, polegającego na przemilczeniu faktycznego zakresu doświadczenia, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, tj. podstawie wykluczenia z Postępowania,

przewidzianej przez Zamawiającego w SIWZ w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu (w tym doświadczenia osób kierowanych do wykonania zamówienia);

- 5) art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania UNIBEP S.A., pomimo tego, że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, polegającego na przemilczeniu faktycznego doświadczenia osób kierowanych do wykonania zamówienia wprowadził w błąd Zamawiającego, co do faktycznego doświadczenia osób ocenianych w ramach kryteriów ceny ofert zgodnie z pkt. 12.1.4. i 12.1.5 SIWZ, które to kryteria Zamawiający zastosował w ramach oceny ofert;
- 6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez zaniechanie obligatoryjnych działań przez Zamawiającego, który to zarzut jest konsekwencją powyższych.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 19 maja 2020r.; (ii) wykluczenia UNIBEP S.A.; (iii) powtórzenie czynności badania i oceny ofert; (iv) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, ewentualnie: (v) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 19 maja 2020 r.; (vi) wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów złożonych przez UNIBEP S.A.; (viii) ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Budowa Budyńku Pracowni Przewrotu Kopernikańskiego w ramach rozbudowy Centrum Nauki Kopernik (2)“.

Wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia obowiązani byli do wykazania, że: 4.1.3.2. dysponują co najmniej jedną osobą wyznaczoną do sprawowania funkcji Kierownika Budowy, posiadającą:

- uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń,
- minimum 5 lat doświadczenia zawodowego polegającego na pełnieniu funkcji Kierownika Budowy zdobytego przy inwestycji budowlanej kubaturowej polegającej na

budowie (z wyłączeniem nadbudowy) lub przebudowie budynku o powierzchni użytkowej objętej robotami nie mniejszej niż 4 000,00 m² (słownie: cztery tysiące metrów kwadratowych).

4.1.3.3. dysponują co najmniej jedną osobą wyznaczoną do sprawowania funkcji Kierownika Projektu w ramach realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia, posiadającą minimum 5 lat doświadczenia zawodowego polegającego na pełnieniu funkcji Kierownika Projektu, Koordynatora Projektu lub Dyrektora Projektu zdobytego przy realizacji inwestycji budowlanej kubaturowej polegającej na budowie (z wyłączeniem nadbudowy) lub przebudowie budynku o powierzchni użytkowej objętej robotami nie mniejszej niż 4 000,00 m² (słownie: cztery tysiące metrów kwadratowych).

Zamawiający przez pełnienie funkcji Kierownika Projektu, Koordynatora Projektu lub Dyrektora Projektu rozumie osobę wyznaczoną przez Wykonawcę, zarządzającą projektem i procesami bezpośrednio na budowie oraz działającą w imieniu Wykonawcy we wszelkich sprawach związanych z wykonaniem Umowy.

4.1.3.4. dysponują co najmniej jedną osobą wyznaczoną do sprawowania funkcji Manager BIM posiadającą wykształcenie techniczne oraz odpowiednie kwalifikacje zawodowe, tj. co najmniej 12 miesięczne doświadczenie polegające na stosowaniu technologii BIM (w szczególności: tworzenie lub koordynacja międzybranżowa modeli BIM, weryfikacja poprawności modelu z założeniami, posługiwanie się dokumentami BIM, tj. Wymagania BIM lub Plan Realizacji BIM), umiejętność pracy z plikami w otwartych formatach (ifc, bcf), związane z budową lub sprawowaniem nadzoru nad realizacją inwestycji kubaturowej lub projektowaniem budynku kubaturowego, o powierzchni użytkowej minimum 4 000,00 m² (słownie: cztery tysiące metrów kwadratowych).

4.1.3.5. dysponują co najmniej jedną osobą wyznaczoną do sprawowania funkcji kierownika robót, która posiada:

- uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń,
- minimum 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót lub Kierownika Budowy, z zakresu prac odpowiadającym uprawnieniom konstrukcyjno-budowlanym.

4.1.3.6. dysponują co najmniej jedną osobą wyznaczoną do sprawowania funkcji kierownika robót, która posiada:

- uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń,
- minimum 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót obejmujących zakres prac odpowiadający uprawnieniom instalacyjnym w zakresie sieci, instalacji urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych.

4.1.3.7 dysponują co najmniej jedną osobą wyznaczoną do sprawowania funkcji kierownika robót, która posiada:

- uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych oraz elektroenergetycznych bez ograniczeń,
- minimum 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót obejmujących zakres prac odpowiadający uprawnieniom instalacyjnym w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych oraz elektroenergetycznych.

W celu potwierdzenia spełnienia powyżej przytoczonych warunków udziału, wykonawcy zobowiązani zostali do złożenia: w pkt. 5.4.3. SIWZ: wykazu osób w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej i zawodowej określonego w pkt. 4.1.3.2. - 4.1.3.7., wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia (w zakresie ilości) i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywania przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Odwołujący ponadto wskazał, że SIWZ zawiera zastrzeżenie znajdujące się poniżej wskazanych w pkt 4.1.3.1 - 4.1.3.7 warunków udziału w postępowaniu, iż „Zamawiający w pkt 4.1.3.1 - 4.1.3.7 uzna doświadczenie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia przy realizacji inwestycji budowlanych kubaturowych w kategorii obiektów budowlanych załącznik do ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (Dz. U. 2018.1202 t.j.) w kategorii od IX do XVII. Zamawiający przy realizacji inwestycji budowlanej rozumie wykonywanie robót budowlanych (zgodnie z art. 3 ust 7 ustawy Prawo budowlane) polegających na: budowie (z wyłączeniem nadbudowy) lub przebudowie”.

W treści postanowień SIWZ, zawartych w pkt 12 wskazano, że Zamawiający przyznając punkty w kryteriach takich jak „Doświadczenie Kierownika Budowy” lub „Doświadczenie Kierownika Projektu” będzie dokonywał oceny „na podstawie wskazanego przez Wykonawcę

w Formularzu oferty doświadczenia osoby kierowanej przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia".

Odwołujący wskazał, że Zamawiający skierował do UNIBEP S.A., na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwanie do złożenia Wykazu osób według udostępnionego przez Zamawiającego wzoru formularza.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 oraz art. 91 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 2 ust 4 pkt 10 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126 (zm. Dz.U. z 2018r. poz. 1993) zgodnie z którym wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu składa wykaz osób, (...), wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności (...). Oznacza to, że w wykazie muszą być zawarte informacje o kwalifikacjach zawodowych, takie, aby z ich lektury można było uzyskać odpowiedź o posiadaniu przez osobę, której informacje dotyczą kwalifikacji niezbędnych do spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego istotnym słowem w cytowanym wyżej fragmencie Rozporządzenia jest także słowo „potwierdził”. Celem przedłożenia stosownych informacji przez Wykonawcę Zamawiającemu nie jest bowiem jedynie udzielenie odpowiedzi, że warunek spełnia, ale umożliwienie Zamawiającemu dokonania samodzielnej weryfikacji tego, czy warunki te rzeczywiście są spełnione. Oznacza to, że informacje takie muszą zawierać wszystkie dane odnośnie kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia wskazanych osób, jakich posiadanie jest wymagane dla wykonania przedmiotu zamówienia. Dane te muszą być wprost zawarte w informacji dostarczonej przez wykonawcę. W ocenie Odwołującego nie jest uprawnione zastąpienie ich domniemaniem, że skoro wykonawca wskazuje daną osobę, jako posiadającą wymagane kwalifikacje, to musi je ona posiadać. Jeżeli na podstawie dostarczonych informacji nie można ustalić, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, to należy uznać, że wykonawca nie wykazał spełnienia tych warunków, co stanowi podstawę do jego wykluczenia.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił w SIWZ szczegółowo wymogi dotyczące kwalifikacji i doświadczenia osób kierowanych do wykonania zamówienia, zatem informacje przedstawione przez wykonawców powinny były potwierdzić ich spełnienie. Byłoby to możliwe

jedynie wtedy, gdyby treść informacji złożonych w postępowaniu zawierała wszystkie dane dotyczące spełnienia poszczególnych wymogów stawianych przed takimi osobami. Brak któregośkolwiek elementu uniemożliwia bowiem prawidłową weryfikację przez Zamawiającego spełnienia tych warunków. W szczególności brak możliwości posiłkowania się danymi w oświadczeniu JEDZ, gdyż ten nie zawierał szczegółowych informacji w tym zakresie.

Odwołujący wskazał, że w analizowanym przetargu wykonawca UNIBEP S.A. przedstawił wykaz osób kierowanych do wykonania zamówienia na formularzach sporządzonych według wzoru udostępnionego przez Zamawiającego. We wzorze tym znalazło się miejsce na informacje dotyczące podanego w latach doświadczenia poszczególnych osób. Wskazano, że miejsce na podanie informacji o kwalifikacjach tj. doświadczeniu i jego zakresie rzeczowym by zweryfikować czy zakres ten odpowiada rodzajowo wymogom określonym w treści SIWZ, w szczególności doświadczenia „przy realizacji inwestycji budowlanych kubaturowych w kategorii obiektów budowlanych załącznik do ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane w kategorii od IX do XVII. Zamawiający przy realizacji inwestycji budowlanej rozumie wykonywanie robót budowlanych (zgodnie z art. 3 ust 7 ustawy Prawo budowlane) polegających na: budowie (z wyłączeniem nadbudowy) lub przebudowie"

Odwołujący wskazał, że Kolumna 3 wykazu nakazuje by obok informacji o uprawnieniach, którą zamieścił w niej wykonawca UNIBEP SA osób znalazły się w niej informacje o kwalifikacjach (tj. w tym przypadku także doświadczeniu) posiadanym przez osobę, której dane dotyczą, gdyż tego wymagają przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów. Brak podania przez wykonawcę UNIBEP S.A informacji o tych kwalifikacjach i poprzestanie na wykazaniu uprawnień jest oddaniem informacji niewystarczających do oceny czy warunek udziału w postępowaniu został spełniony.

W ocenie Odwołującego informacje zawarte w przedstawionym przez UNIBEP S.A. wykazie zawierały jedynie informacje odnośnie okresu uzyskania doświadczenia, bez szczegółowych danych, że doświadczenie to było uzyskiwane w zakresie określonym wymogami SIWZ.

W ocenie Odwołującego zakresu podanych przez UNIBEP S.A. informacji o doświadczeniu osób, nie można uznać za potwierdzające rzeczywiste spełnienie warunków dotyczących doświadczenia tych osób. Takiego jednoznacznego potwierdzenia nie można bowiem zastąpić domniemaniem, że skoro w wykazie osób wskazuje się okres doświadczenia np. kierownika budowy, to cały ten okres lub przynajmniej odpowiednio długa jego część była uzyskana w warunkach określonych w SIWZ.

W ocenie Odwołującego doszło do sytuacji, w której Zamawiający, otrzymując od wykonawcy UNIBEP S.A. informację o kwalifikacjach osób kierowanych do realizacji zamówienia bez uzupełnienia ich treści o dodatkowe dane, odnoszące się do wymogów SIWZ, nie mógł stwierdzić, czy wszystkie wymogi zostają spełnione. Tym samym, nie doszło do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że wykonawcę UNIBEP S.A. obciążał ciężar dowodu o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu. Wskutek braku informacji, jaki był faktyczny okres doświadczenia każdej osoby wymienionej w wykazie osób, uzyskany w warunkach określonych w SIWZ, Zamawiający nie mógł zweryfikować prawidłowości przeprowadzonej oceny ofert wedle kryteriów podanych w punkcie 12 SIWZ. Kryteria te opierają się bowiem na kompletnym spełnieniu wymagań SIWZ zawartych w pkt. 4.1.3.1 - 4.1.3.7 SIWZ, a nie na ogólnej, oderwanej od tych wymogów ocenie kariery zawodowej osób, którymi wykonawca zamierza się posłużyć. W konsekwencji, Zamawiający nie mógł ustalić zgodnej z dokumentacją postępowania ostatecznej oceny ofert gdyż złożone wykazy nie potwierdzają możliwości utrzymania oceny w kryterium doświadczenia osób dokonanej na podstawie danych z formularza ofertowego, a wręcz nakazują uznać, że jest ona wadliwa, gdyż wykonawca UNIBEP SA nie wykazał, że oceniane osoby doświadczenie wymagane posiadają

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, należy uznać, że w zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający był co najmniej zobligowany do wezwania, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawcę UNIBEP S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku dysponowania osobami posiadającymi wymagane zgodnie z SIWZ doświadczenie niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia. Informacje podane w treści przedstawionych formularzy nie zawierały wszystkich elementów, na podstawie których Zamawiający mógłby zweryfikować, czy wskazane osoby dysponują doświadczeniem wymaganym postanowieniami SIWZ. Taka rozbieżność pomiędzy treścią wzoru wykazu osób, a SIWZ stanowiła wystarczającą przesłankę do skorzystania z uprawnienia do przeprowadzenia czynności zbadania rzeczywistego zakresu doświadczenia osób kierowanych przez wykonawców do realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w przypadku, gdyby po wezwaniu przez Zamawiającego, wykonawca UNIBEP S.A. nie uzupełnił dokumentów o brakujące dane lub po dokonaniu takiego uzupełnienia, nie wykazałby spełnienia wszystkich wymogów SIWZ dla każdej z wymienionych w wykazach osób, wykonawca UNIBEP S.A. podlegałby wykluczeniu.

Odwołujący zwrócił przy tym uwagę, że dla oceny w ramach kryteriów oceny ofert bezskuteczne są uzupełnienia informacji dokonane w trybie art. 26 ust 3 i 4. Stąd przy braku informacji o wymaganym doświadczeniu osób ujętych w wykazie - ocena oferty w tym kryterium powinna wynosić zero punktów.

Co do zarzutu naruszenia art. 91 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że zarzut ten dotyczy dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem kryteriów oceny ofert wskazanych w pkt 12.1.4. oraz 12.1.5. SIWZ, w sytuacji, gdy zarówno z przedłożonego Wykazu osób, jak i Formularza oferty UNIBEP S.A. nie sposób wywnioskować o spełnianiu przez UNIBEP S. A. wymogów z kryteriów tam wskazanych, z uwagi na fakt, że ani złożony Wykaz osób ani Formularz oferty nie zawiera przedmiotowego zakresu doświadczenia, w szczególności nie określa liczby inwestycji, w których wskazane osoby pełniły wymagane funkcje. Przyznanie punktów w ramach przedmiotowych kryteriów osób zostało dokonane jedynie w oparciu o oświadczenie Wykonawcy UNIBEP S.A., z pominięciem wykazania przedmiotowego zakresu doświadczenia, co świadczy o rażącym naruszeniu dyspozycji art. 91 Pzp. Odwołujący powołał się na uchwałę KIO z dnia 18 lipca 2014 r. (KIO/KD 60/14)

Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp

W ocenie Odwołującego wykonawca UNIBEP S.A. w przedmiotowym postępowaniu zobowiązany był do złożenia Wykazu osób w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej i zawodowej określonego w pkt. 4.1.3.2. - 4.1.3.7. wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia (w zakresie ilości) i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywania przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Wykonawca UNIBEP S.A., składając Wykaz osób wskazał Zamawiającemu, że spełnia warunek dotyczący posiadania zdolności technicznej i zawodowej. Przedstawiony Wykaz osób nie zawiera jednak zakresu przedmiotowego doświadczenia określonych osób.

Ustawodawca w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp w sposób jednoznaczny przesądził, iż wykonawca może przekazać informacje wprowadzające w błąd w sposób zamierzony - celowo wprowadzić zamawiającego w błąd lub dopuszczając się rażącego niedbalstwa - czyli przez własne niedopatrzenie. Rażące niedbalstwo jako jeden z przypadków winy nieumyślnej oznacza zachowanie się w sposób istotnie odbiegający od oczekiwań stawianych wobec

podmiotów działających na rynku profesjonalnie. Odwołujący powołał się na wyrok SO w Krakowie w wyr. z 8.3.2017 r. (II Ga 1019/16, niepubl.). Zdaniem Odwołującego sytuacja, w której Wykonawca podaje niepełne informacje lub celowo przemilcza fakt, że formularz Wykazu osób nie zawiera zakresu przedmiotowego doświadczenia wskazywanych osób jest działaniem co najmniej rażąco niedbałym. Można równocześnie przyjąć, że zaniedbanie wykazania przedmiotowego doświadczenia osób było działaniem celowym, z uwagi na fakt, że osoby te nie posiadają wymaganego przedmiotowego doświadczenia.

W ocenie Odwołującego wypełnione zostały wszystkie przesłanki wynikające z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp, tj. (1) przedstawienie przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu wskazany w rozdziale 4 SIWZ; (2) wprowadzenie Zamawiającego w błąd i (3) zamierzone działanie Wykonawcy. W konsekwencji takiego oświadczenia Zamawiający doszedł do przekonania, że Wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a jego oferta została wybrana, a zatem przedstawienie nieprawdziwych informacji wprowadziło Zamawiającego w błąd. W kwestii stopnia zawinienia podkreślić jeszcze raz należy, że działanie Wykonawcy wypełnia znamiona co najmniej rażącego niedbalstwa, jeśli nie zamierzonego, celowego działania. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania prowadziłyby do uchybiającego zasadom logicznego rozumowania wniosku, że Wykonawca ten nie miał pełnej wiedzy o wymogach SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, powyższe stanowisko jest zasadne również w zakresie zarzutu naruszenia określonego w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Wykonawca, poprzez przemilczenie faktu, że Wykaz osób nie zawiera rubryki przedmiotowego zakresu doświadczenia, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, tj. informacje w zakresie spełniania kryteriów ceny ofert w Postępowaniu, zgodnie z pkt. 12.1.4. SIWZ, które to kryteria Zamawiający zastosował w ramach oceny ofert. Wykonawcy, zgodnie z pkt 12.1.4 i 12.1.5. SIWZ, zostały zatem przyznane punkty w ramach kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” oraz „Doświadczenie kierownika projektu” w sytuacji braku wykazania przedmiotowego zakresu doświadczenia wskazanych osób.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołujący, doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty, która

winna zostać odrzucona lub została złożona przez wykonawcę, który winien być wykluczony lub odrzucony, jak też wobec zaniechanie obowiązków przez Zamawiającego.

Izba ustaliła co następuje:

Izba rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r. poz. 1092).

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Budowa Budynku Pracowni Przewrotu Kopernikańskiego w ramach rozbudowy Centrum Nauki Kopernik (2)“.

W Rozdziale 4 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia”, Zamawiający wskazał, że Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia obowiązani byli do wykazania, że:

4.1.3.2. dysponują co najmniej jedną osobą wyznaczoną do sprawowania funkcji Kierownika Budowy, posiadającą:

- uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń,
- minimum 5 lat doświadczenia zawodowego polegającego na pełnieniu funkcji Kierownika Budowy zdobytego przy inwestycji budowlanej kubaturowej polegającej na budowie (z wyłączeniem nadbudowy) lub przebudowie budynku o powierzchni użytkowej objętej robotami nie mniejszej niż 4 000,00 m² (słownie: cztery tysiące metrów kwadratowych).

4.1.3.3. dysponują co najmniej jedną osobą wyznaczoną do sprawowania funkcji Kierownika Projektu w ramach realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia, posiadającą minimum 5 lat doświadczenia zawodowego polegającego na pełnieniu funkcji Kierownika Projektu, Koordynatora Projektu lub Dyrektora Projektu zdobytego przy realizacji inwestycji budowlanej kubaturowej polegającej na budowie (z wyłączeniem nadbudowy) lub przebudowie budynku o powierzchni użytkowej objętej robotami nie mniejszej niż 4 000,00 m² (słownie: cztery tysiące metrów kwadratowych).

Zamawiający przez pełnienie funkcji Kierownika Projektu, Koordynatora Projektu lub Dyrektora Projektu rozumie osobę wyznaczoną przez Wykonawcę, zarządzającą projektem i procesami bezpośrednio na budowie oraz działającą w imieniu Wykonawcy we wszelkich sprawach związanych z wykonaniem Umowy.

4.1.3.4. dysponują co najmniej jedną osobą wyznaczoną do sprawowania funkcji Manager BIM posiadającą wykształcenie techniczne oraz odpowiednie kwalifikacje zawodowe, tj. co najmniej 12 miesięczne doświadczenie polegające na stosowaniu technologii BIM (w szczególności: tworzenie lub koordynacja międzybranżowa modeli BIM, weryfikacja poprawności modelu z założeniami, posługiwanie się dokumentami BIM, tj. Wymagania BIM lub Plan Realizacji BIM), umiejętność pracy z plikami w otwartych formatach (ifc, bcf), związane z budową lub sprawowaniem nadzoru nad realizacją inwestycji kubaturowej lub projektowaniem budynku kubaturowego, o powierzchni użytkowej minimum 4 000,00 m² (słownie: cztery tysiące metrów kwadratowych).

4.1.3.5. dysponują co najmniej jedną osobą wyznaczoną do sprawowania funkcji kierownika robót, która posiada:

- uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń,
- minimum 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót lub Kierownika Budowy, z zakresu prac odpowiadającym uprawnieniom konstrukcyjno-budowlanym.

4.1.3.6. dysponują co najmniej jedną osobą wyznaczoną do sprawowania funkcji kierownika robót, która posiada:

- uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń,
- minimum 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót obejmujących zakres prac odpowiadający uprawnieniom instalacyjnym w zakresie sieci, instalacji urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych.

4.1.3.7 dysponują co najmniej jedną osobą wyznaczoną do sprawowania funkcji kierownika robót, która posiada:

- uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych oraz elektroenergetycznych bez ograniczeń,
- minimum 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót obejmujących zakres prac odpowiadający uprawnieniom instalacyjnym w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych oraz elektroenergetycznych.

W celu potwierdzenia spełnienia powyżej przytoczonych warunków udziału, wykonawcy zobowiązani zostali do złożenia: w pkt. 5.4.3. SIWZ: wykazu osób w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej i zawodowej określonego w pkt. 4.1.3.2. - 4.1.3.7., wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia (w zakresie ilości) i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywania przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Zamawiający w pkt 12 SIWZ określił „Opis kryteriów i sposobu oceny ofert”. Obok kryterium ceny, gwarancji izolacji, gwarancji konstrukcji stalowych, Zamawiający w pkt 12.1.4. SIWZ (str. 11) ustanowił kryterium — „Doświadczenie Kierownika Budowy” o wadze 15%. Dodatkowo w pkt 12.1.5 SIWZ (str. 12) Zamawiający przewidział kryterium „Doświadczenie kierownika projektu” nadając mu wagę 5%.

Zamawiający określił następujący sposób oceny punktowej:

- 0 pkt pełnił lub pełni funkcję Kierownika Budowy przy realizacji do 3 inwestycji budowlanych;
- 5 pkt pełnił lub pełni funkcję Kierownika Budowy przy realizacji od 4 do 6 inwestycji budowlanych;
- 10 pkt pełnił lub pełni funkcję Kierownika Budowy przy realizacji powyżej 6 inwestycji budowlanych.

Zamawiający przyzna ofercie Wykonawcy dodatkowe 5 pkt jeżeli wskazana przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia osoba pełniła lub pełni funkcję Kierownika budowy przy realizacji jednej inwestycji, o której mowa wyżej z wykorzystaniem technologii BIM przez okres min 6 miesięcy

W odniesieniu natomiast do kryterium „Doświadczenie Kierownika Projektu”, Zamawiający określił w pkt 12.1.5. SIWZ, iż dokonując oceny oferty wykonawcy, przyzna 5 pkt za wskazanie osoby, która pełniła lub pełni funkcję Kierownika Projektu, Koordynatora Projektu lub Dyrektora

Projekt przy realizacji inwestycji o wskazanych parametrach z wykorzystaniem technologii BIM.

Zamawiający wskazał także w pkt 12.1.4. oraz 12.1.5 SIWZ sposób weryfikacji spełnienia wymogów właściwych dla ww. kryteriów podając, iż „Doświadczenie Kierownika Budowy” oraz „Doświadczenie Kierownika projektu” będzie rozpatrywane na podstawie wskazanego przez Wykonawcę w doświadczenia osoby kierowanej przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w pkt 12.1.4. i 12.1.5 SIWZ zażądał jednocześnie, aby w Formularzu oferty wykonawcy:

- wskazali osoby skierowane do realizacji zamówienia na stanowiska Kierownika Budowy oraz Kierownika Projektu;
- wskazali osoby skierowanej do realizacji zamówienia na stanowisko Kierownika Budowy „wskazując posiadane doświadczenie na ilości zrealizowanych lub realizowanych inwestycji budowlanych kubaturowych” o podanych cechach;
- poświadczili doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Kierownika Projektu.

Zamawiający w Formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ wymagał w pkt 1.4 i 1.5. podania informacji o (1) skierowanych do realizacji zamówienia na stanowisko kierownika budowy oraz kierownika projektu (2) informacji - poprzez postawienie we właściwej kratce „X” - o doświadczeniu w zakresie liczby inwestycji w których wskazana w ofercie osoba pełniła lub pełni funkcje kierownika budowy (3) informacji o doświadczeniu w zakresie pełnienia funkcji Kierownika Budowy przy realizacji inwestycji z wykorzystaniem technologii BIM (4) poświadczenie doświadczenia osoby skierowanej do pełnienia funkcji Kierownika Projektu.

Izba ustaliła, że stosownie do pkt 9.5.1. SIWZ złożona oferta powinna zawierać wypełniony Formularz oferty. Poza Formularzem oferty, SIWZ Zamawiający nie określił innych dokumentów na potwierdzenie spełnienia wymogów wynikających z kryteriów oceny ofert dotyczących „Doświadczenia Kierownika Budowy” oraz „Doświadczenia Kierownika Projektu”.

Izba ustaliła, że Zamawiający załączył jako Załącznik nr 2 do SIWZ wzór Oświadczenia wykonawcy – wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia. Zamawiający wymagał podania następujących informacji:

- 1) Imię i nazwisko

- 2) Kwalifikacje/uprawnienia zawodowe wraz z podaniem specjalności wynikającej z uprawnienia budowlanego (w tym nr uprawnienia) lub innego dokumentu określonego zakres posiadanych kwalifikacji/uprawnień zawodowych
- 3) Zakres czynności, które będą wykonywane przez wskazaną osobę
- 4) Doświadczenie w latach
- 5) Podanie podstawy do dysponowania wskazana osobą
- 6) Informacje dotyczące wpisu do Izby Samorządu Zawodowego – nr ewidencji członka; termin ważności członkostwa w Izbie i posiadania wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

Izba ustaliła, że Przystępujący w dniu 28 lutego 2020 r. złożył ofertę w postępowaniu. W pkt 1.4 oraz 1.5 Formularza ofert wskazał osoby na funkcję Kierownika Budowy oraz Kierownika, Koordynatora, Dyrektora Projektu i w wybranych rubrykach formularza postawił znak „X”.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 11 marca 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Wraz z wezwaniem Zamawiający przesłał wzór załącznika nr 2 – Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 26 marca 2020 r., Przystępujący złożył wymagane dokumenty, w tym wypełniony Załącznik nr 2 – Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Zgodnie z informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19 maja 2020 r., Zamawiający uznała ofertę Przystępującego za najkorzystniejsza w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert.

Izba zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący - jako wykonawca, którego oferta w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania może zostać wybrana jako najkorzystniejsza - spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem tzw. „procedury odwróconej”. Zauważyć należy, że oferta Odwołującego jest trzecią w rankingu ofert, jednakże przy zasadach procedury odwróconej najpierw dokonywana jest merytoryczna ocena ofert, następnie zamawiający

wzywa do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tylko wykonawcę którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Nie można zatem wykluczyć, iż zarówno pierwszy jak i drugi w kolejności wykonawca, których oferty nie zostały ostatecznie zweryfikowane na podstawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu potwierdzą ostatecznie spełnianie warunków, a wtedy Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia. W tej procedurze wykonawca będzie miał potencjalnie możliwość uzyskania zamówienia, jeżeli jego oferta będzie ważna i sam nie będzie podlegał wykluczeniu z postępowania, poprzez dokonanie czynności ponownej oceny ofert. Z uwagi na powyższe rozważania Izba uznała, że wniosek Przystępującego o oddalenie odwołania, z uwagi na brak spełniania przesłanek interesu nie zasługiwał na uwzględnienie.

W ocenie Izby nie potwierdziły się zarzuty podniesione w odwołaniu, co skutkowało jego oddaleniem.

Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Szczegółowy katalog dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykazanie braku przesłanek do wykluczenia zawarty został w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z 26.7.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, dalej „Rozporządzenie w sprawie dokumentów”.

Zauważyć należy, że w Rozporządzeniu w sprawie dokumentów, ustawodawca wskazał w §1 iż określa ono rodzaj dokumentów jakie zamawiający może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane. Tym samym podkreślić należy, że ustawodawca pozostawił zamawiającym szeroki margines swobody co do sposobu określenia i weryfikacji rzetelności wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Posłużenie się przez ustawodawcę w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zwrotem „może” oznacza, że zamawiający mogą odstąpić od wymogu składania jakichkolwiek dokumentów na potwierdzenie swoich kwalifikacji czy potencjału osobowego/technicznego.

Zgodnie z § 2 pkt 4, ppkt 10, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Mając na uwadze powyższe, Izba wskazuje, że na zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia, aby określone przez niego warunki pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Przy czym zamawiający, formułując swoje wymagania, winien to uczynić w sposób jasny i precyzyjny, tak, aby wykonawcy weryfikujący czy są w stanie spełnić warunki i złożyć ofertę w postępowaniu, nie mieli trudności z odczytaniem wymogów zamawiającego, a także, aby na etapie badania i oceny ofert ograniczyć pole ewentualnych niejasności i nieporozumień.

Nie ulega wątpliwości, że zamawiający będąc dysponentem środków publicznych na realizację określonego celu jest odpowiedzialny za przygotowanie postępowanie przetargowego i wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia. Weryfikacji rzetelności i doświadczenia poszczególnych wykonawców służą co do zasady sprecyzowane przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zdolności technicznych czy zasobów osobowych niezbędnych do realizacji zamówienia. Następstwem ustalenia przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, jest konieczność wskazania jakie środki dowodowe, w postaci oświadczeń i dokumentów, należy złożyć w celu wykazania spełniania określonego warunku. W tym zakresie ponownie zamawiający, mając na uwadze przepisy Rozporządzenia w sprawie dokumentów, zobowiązany jest do określenia i sprecyzowania sposobu w jaki wykonawcy winny wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Innymi słowy, zamawiający winien wskazać katalog środków dowodowych służących weryfikacji poszczególnych wykonawców pod kątem ich doświadczenia i zdolności do realizacji zamówienia. Przy czym zaznaczenia wymaga, że określony w SIWZ sposób weryfikacji warunków udziału w postępowaniu jest wiążący zarówno dla zamawiającego jak i wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Przyjęty przez zamawiającego katalog środków dowodowych podlega weryfikacji przez wykonawców na etapie publikacji SIWZ. Wykonawcy mają możliwość zaskarżenia przyjętych procedur przez zamawiającego poprzez skorzystanie ze środków ochrony prawnej bądź też akceptacji reguł określonych przez

zamawiającego. Finalne ustalone postanowienia SIWZ, w tym zasady weryfikacji spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, winny być stosowane przez zamawiającego na etapie badania i oceny wykonawców i ich ofert, stosując owe zasady w sposób niedyskryminacyjny i obiektywny.

W analizowanym stanie faktycznym, na potwierdzenie wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej i zawodowej określonego w pkt. 4.1.3.2. — 4.1.3.7. SIWZ, wykonawcy, zgodnie z pkt 5.4 w zw. z pkt 5.4.2 rodz. 5 SIWZ, byli zobowiązani do złożenia wykazu osób wraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia (w zakresie ilości) i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywania przez nie czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wzór wykazu został udostępniony przez Zamawiającego wraz z ogłoszeniem o zamówieniu i SIWZ.

Tym samym Zamawiający określając katalog środków dowodowych służących potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wskazał, iż środkiem takim jest Wykaz osób. Przy czym Zamawiający samodzielnie ukształtował treść owego wykazu, precyzując zakres wymaganych informacji, jakie wykonawcy winny zamieścić w jego treści. Ukształtowana przez Zamawiającego treść środka dowodowego w postaci Wykazu osób, składanego na potwierdzenie posiadania wymaganej zdolności podmiotowej bezpośrednio koreluje z postawionymi w pkt 4.1.3.2—4.1.3.7 wymaganiami oraz kryteriami oceny ofert wynikającym z pkt 12.1.4. oraz 12.1.5 SIWZ. W Wykazie, w kolumnie 5 podano obowiązek wskazania „Doświadczenie w latach”. Analiza treści Wykazu jak i zapisów SIWZ jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający nie wymagał podania przez wykonawców innych informacji, aniżeli liczby lat doświadczenia. W szczególności treść Wykazu nie wskazuje na obowiązek podania konkretnych inwestycji, na których dedykowany personel pełnił określone w wykazie czynności, wraz z podaniem okresu, w którym czynności i funkcje były pełnione na tych konkretnych inwestycjach, lub podania szczegółowych danych w zakresie ich charakterystyki (kubatura, itp.).

Jak Izba zaznaczyła w uwagach wstępnych, Zamawiający, rozpoczynając procedurę wyłonienia wykonawcy mającego zrealizować określone zadanie publiczne, przygotowuje niezbędną dokumentację przetargową, określając jej treść, w tym warunki udziału w postępowaniu oraz sposób ich weryfikacji. Skoro w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający zdecydował, iż wystarczające dla niego jest podanie konkretnych danych w zakresie doświadczenia w latach, a Odwołujący nie wnosił środka ochrony prawnej na treść SIWZ, za niedopuszczalne byłoby na obecnym etapie postępowania kwestionowanie

informacji żądanych przez samego Zamawiającego (i w jego ocenie wystarczających). To zmierzałoby bowiem *de facto* to zmiany zapisów SIWZ na etapie weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co jest niedopuszczalne. Słusznie zaznaczył Przystępujący, iż wypełnienie formularza czy jakichkolwiek dokumentów korelujących z treścią oferty w sposób odmienny od przyjętego w SIWZ mogłoby prowadzić do niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ.

Jeżeli Odwołujący miał zastrzeżenia, co do treści Wykazu, stanowiącego element dokumentacji udostępnionej przez Zamawiającego, mógł i powinien zaskarżyć treść tych dokumentów w terminie 10 dni od ich udostępnienia (publikacji), jednak tego nie uczynił. Usiłowanie nałożenia na Przystępującego obowiązku przedłożenia innych informacji, aniżeli żądane treścią udostępnionych dokumentów, np. spisu inwestycji nie wynika z treści SIWZ, a tym samym nie może stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowaniu czy też nakazania Zamawiającemu wezwania Przystępującego do złożenia dodatkowych dokumentów.

Zasadnie wskazał również Przystępujący, iż w poprzednim postępowaniu ogłoszonym przez Zamawiającego, a dotyczącym tożsamego przedmiotu zamówienia i unieważnionym, z uwagi na brak ofert mieszczących się w budżecie Zamawiającego, treść formularza w postaci wykazu doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia była inna. Zgodnie z wykazem wymagane było podanie: podmiotu, dla którego były świadczone usługi, terminu ich świadczenia, nazwy inwestycji i powierzchni inwestycji. Wykaz w obecnym postępowaniu był odmienny w swojej treści i nie wymagał podania przez wykonawców tego rodzaju informacji. Uznać więc należy, że Zamawiający świadomie ukształtował odmiennie treść dokumentacji postępowania. Jak wskazał Przystępujący, Odwołujący brał udział w poprzednim postępowaniu i wiedział o różnicach w treści formularza (Wykazu), i pomimo tej wiedzy nie zgłosił zastrzeżeń do jego treści w aktualnym postępowaniu przetargowym.

W ocenie Izby nie ma również żadnych przesłanek, aby nakazać Zamawiającemu wdrożenie procedury naprawczej z art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp. Potrzeba wezwania do wyjaśnienia albo do uzupełnienia Wykazu, zachodzi wyłącznie wtedy, gdy w świetle wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ co do zakresu środków dowodowych służących weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający samodzielnie czy też w wyniku informacji przekazanych przez innych wykonawców ma obiektywne wątpliwość co do spełnienia wymogów określonych w warunku czy kryteriów oceny ofert. Jak już zostało wskazane, to od zamawiającego, o czym przesądza treść dokumentacji postępowania, zależy jakie warunki udziału w postępowaniu i kryteria oceny ofert i za pomocą jakich środków

dowodowych (w tym dokumentów i oświadczeń składanych w postępowaniu), winien wykazać wykonawca. Na kanwie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp środkiem dowodowym, potwierdzającym spełnienie spornego warunku udziału w postępowaniu jest oświadczenie uregulowane w § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia w sprawie dokumentów wskazane w pkt 5.4 w zw. z pkt 5.4.2 rodz. 5 SIWZ.

Analiza zapisów SIWZ oraz zakresu informacji żądnych przez Zamawiającego w Wykazie wskazuje na obowiązek podania „doświadczenie w latach” (doświadczenie w zakresie ilości/liczby), kolumna nr 5, rubryka nr 1. Zwrot „doświadczenie w latach” jest precyzyjny i nie jest możliwa jego rozszerzająca interpretacja, nakładająca na wykonawców obowiązek podania innych informacji, aniżeli liczby lat posiadanego doświadczenia. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, iż obowiązek wskazania przez wykonawców szczegółowego doświadczenia należy wywieść z kolumny nr 3, rubryki nr 1, zat. „Kwalifikacje/uprawnienia zawodowe wraz z podaniem specjalność wynikającej z uprawnia budowlanego (w tym nr uprawnienia) lub innego dokumentu określonego zakres posiadanych kwalifikacji/uprawnień zawodowych”. W ocenie Izby słowo „kwalifikacje” i słowo „uprawnienia” zawodowe zostały użyte zamiennie, o czym świadczy nie tylko znak „/”, ale również znacznie słowa „kwalifikacje”, funkcjonujące w słowniku języka polskiego. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN, przez kwalifikacje należy rozumieć: „wyształcenie i uzdolnienia potrzebne do pełnienia jakiejś funkcji lub wykonywania jakiegoś zawodu”. O tym, że Zamawiający w wykazie użył słów kwalifikacje/uprawnienia zawodowe zamiennie świadczy także fragment: „wraz z podaniem specjalność wynikającej z uprawnia budowlanego (w tym nr uprawnienia) lub innego dokumentu określonego zakres posiadanych kwalifikacji/uprawnień zawodowych”. Z treści wyżej wskazanej kolumny nr 3 absolutnie nie można wywieść wniosku, jakoby kwalifikacje oznaczały obowiązek podania doświadczenia i jego zakresu rzeczowego, w tym w odniesieniu do liczby inwestycji, jak chciałby Odwołujący. W szczególności, iż wymogu podania doświadczenia, w latach, dotyczy jedynie kolumna nr 5 Wykazu.

Nie ulega wątpliwości, że Przystępujący uzupełnił Wykaz zgodnie z jego treścią i wymaganiami SIWZ, wskazując konkretne, wymagane tymi dokumentami, dane personelu. Przystępujący złożył oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym w zakresie personelu i uprawniony jest do uzyskania wskazanej liczby punktów w kontekście kryteriów oceny ofert opisanych pod pkt 12, 1,4 i 12.1.5. Na podstawie prawidłowego wypełnionego Wykazu, który został złożony przez Przystępującego, Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił, iż wykazano spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej zdolności zawodowej, w postaci potencjału kadrowego. W szczególności wymagane lata doświadczenia są weryfikowane przez Zamawiającego w postaci „Doświadczenie w latach” (kolumna 5), gdzie

należało podać liczbę lat doświadczenia zawodowego. Z treści warunku udziału w postępowaniu wynika, że Zamawiający nie żądał wskazania innych danych w zakresie posiadanego przez personel wykonawcy doświadczenia, w szczególności inwestycji na których dana osoba zdobyła doświadczenie, nie sprecyzowano również charakteru doświadczenia. Zamawiający wymagał jedynie posiadania określonej, minimalnej liczby lat doświadczenia, co spełnił Przystępujący.

Podkreślić należy, że Odwołujący postawił Zamawiającemu zarzut ogólny, nie wykazał skutecznie, na podstawie jakich zapisów SIWZ Zamawiający miałby prawo wystąpienia do Przystępującego o przedłożenie dodatkowych informacji w celu oceny czy wykonawca spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący nie sformułował również żadnego konkretnego zarzutu w zakresie osób podanych przez Przystępującego w Wykazie, ich doświadczenia, pełnionych funkcji, itp. W istocie, co słusznie podkreślił Przystępujący, nie jest wiadome, dlaczego Odwołujący uznał, iż oświadczenie złożone przez Przystępującego o spełnieniu warunku dotyczącego określonej liczby lat doświadczenia jest niewystarczające i należy żądać od wykonawcy przedstawienia innych (nie wiadomo jakich) informacji lub dokumentów. Odwołujący nie wykazał tym samym, aby istniały uzasadnione podstawy do zastosowania trybu naprawczego, wskazanego w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie wskazano również na jakiegokolwiek obiektywne wątpliwości, które mogłyby mieścić się w hipotezie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż przez czynność prawną Zamawiający zmodyfikował regulację Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Podkreślić bowiem należy, że zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp jak i wydanym na podstawie delegacji zawartej w art. 25 ust. 2 ustawy Pzp Rozporządzeniu w sprawie dokumentów, Zamawiający może żądać określonych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jest to prawo, nie zaś obowiązek Zamawiającego. Jeśli Zamawiający skorzysta z tego prawa, to wówczas, ustawodawca określił w Rozporządzeniu w sprawie dokumentów katalog dokumentów jakie Zamawiający może żądać od wykonawców. Przy czym, to Zamawiający jako organizator postępowania przetargowego określa szczegółowo treść wymaganych przez siebie dokumentów, w sposób jaki Zamawiający uznaje za właściwe zweryfikowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający, drogą czynności prawnej wyrażającej się w określeniu w SIWZ warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu ich weryfikacji, ukształtował w sposób wiążący dla wszystkich wykonawców zakres wymaganych dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Czynność ta podlegała weryfikacji ze strony wykonawców na etapie publikacji SIWZ. Jak Izba wskazał powyżej, Odwołujący nie

zakwestionował zapisów ustalonych przez Zamawiającego, sposobu w jaki Zamawiający określił i sprecyzował dowody na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zastosowany przez Zamawiającego katalog środków dowodowych nie narusza, w ocenie Izby, przepisów Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Zamawiający bowiem, zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie dokumentów, żądał Wykazu osób. Szczegółowa treść wykazu tj. informacje, które, w ocenie Zamawiającego, są niezbędne do weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jest każdorazowa określona przez Zamawiającego, na potrzeby danego, konkretnego postępowania. To prawo jak i odpowiedzialność Zamawiającego. Nie można w tym zakresie mówić o sprzeczności czynności Zamawiającego z przepisami Rozporządzenia w sprawie dokumentów skoro przepis rozporządzenia pozostawia Zamawiającemu decyzję o zakresie wymaganych informacji, zaś możliwość weryfikacji takich decyzji i wynikających z nich zapisów SIWZ jest na obecnym etapie postępowania, spóźniona.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że nie doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 91 ustawy Pzp. Podkreślić należy, po pierwsze, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, formularz cenowy stanowił jedyny dokument, w oparciu, o który Zamawiający dokonywał oceny ofert w kryteriach oceny ofert wskazanych w pkt 12.1.4 i 12.1.5 SIWZ. Takim dokumentem nie był Wykaz osób, który wykonawca składał na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Po drugie, wbrew twierdzeniom Odwołującego, z treści oferty złożonej przez Przystępującego wynika liczba inwestycji przy których osoba wskazana do realizacji zamówienia pełniła funkcję kierownika budowy, a zatem istniały podstawy do dokonania oceny oferty w tym kryterium na podstawie złożonej oferty, co Zamawiający uczynił w sposób prawidłowy. Po trzecie, podkreślić należy, że Zamawiający nie przewidział w SIWZ wymogu podania w ofercie informacji o zakresie rzeczowym inwestycji, którymi kierowały osoby wskazane w ofercie Przystępującego. Tym samym, żądanie jak chciałby Odwołujący, dodatkowych informacji po upływie terminu składania ofert od Przystępującego nie ma oparcia w zapisach SIWZ, a tym samym uznać należy za bezpodstawne. Słusznie wskazał również Zamawiający, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, w tym Odwołujący, nie zawarli w swoich ofertach informacji co do zakresu rzeczowego inwestycji, którymi kierowały/kierują osoby dedykowane na funkcje kierownika budowy i kierownika projektu, co pośrednio potwierdza, iż takich informacji Zamawiający po prostu nie wymagał.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp

W ocenie Izby nie żadnych przesłanek do uznania, iż Zamawiający swoim działaniem czy zaniechaniem naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołaną regulacją Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę: (i) 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 (pkt 16) oraz (ii) 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.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał przesłanek koniecznych do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 czy 17 ustawy Pzp. Nie można zgodzić się z Odwołującym, iż Przystępujący w wyniku lekkomyślności, niedbalstwa, zamierzonego działania czy rażącego niedbalstwa przemilczał faktyczny zakres doświadczenia jakie należało wskazać w Wykazie osób. Odwołujący oparł swój zarzut na błędnym przyjęciu, iż wykonawca miał obowiązek zamieszczenia w Wykazie informacji dotyczących inwestycji. Jak Izba wskazała powyższej, Przystępujący w sposób prawidłowy wypełnił Wykaz przygotowany przez Zamawiającego, zawarł w nim informacje wymagane przez Zamawiającego i nie ma żadnych podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 czy 17 ustawy Pzp na podstawie hipotetycznych założeń Odwołującego co do zakresu informacji jakie wykonawca winien zawrzeć w Wykazie, który to zakres nie wynikał z dokumentacji przetargowej.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

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

Przewodniczący: