

Sygn. akt KIO 1319/21

WYROK
z dnia 9 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Magdalena Grabarczyk**
Anna Chudzik
Danuta Dziubińska

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Roverpol Sp. z o.o. w Warszawie, Rover Infraestructuras S.A. w Walencji (Hiszpania) w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. w Warszawie, Aldesa Construcciones S.A. w Madrycie (Hiszpania), COALVI S.A. w Saragossie (Hiszpania), China Civil Engineering Constructions Corporation w Bejing (Chiny) oraz wykonawcy Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Roverpol Sp. z o.o. w Warszawie, Rover Infraestructuras S.A. w Walencji (Hiszpania) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Roverpol Sp. z o.o. w Warszawie, Rover Infraestructuras S.A. w Walencji (Hiszpania) tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Roverpol Sp. z o.o. w Warszawie, Rover Infraestructuras S.A. w Walencji (Hiszpania) na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego

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 (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie – prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację robót budowlanych dla Etapu I projektu „Prace na linii kolejowej nr 38 na odcinku Elk - Korsze wraz z elektryfikacją. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 czerwca 2020 r. pod numerem 2020/S 106-257823. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne wskazane w art. 3 ust. 1 Pzp.

4 maja 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Roverpol Sp. z o.o. w Warszawie, Rover Infraestructuras S.A. w Walencji (Hiszpania) wnieśli odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez jego niezasadne zastosowanie, podczas gdy nie doszło do wypełnienia przesłanek objętych dyspozycją tego przepisu - odwołujący nie przedstawił bowiem informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, gdyż wszystkie informacje podane przez odwołującego są zgodne ze stanem faktycznym i wymaganiami zamawiającego określonymi w Instrukcji dla Wykonawców, dalej jako „IDW”;
- 2) art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania, tj. wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do osoby predestynowanej do pełnienia funkcji Dyrektora kontraktu - na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko zamawiającego, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) art. 24 ust. 8 i 9 Pzp przez zaniechanie umożliwienia przeprowadzenia przez odwołującego procedury samooczyszczenia, gdy tymczasem wykluczenie odwołującego z postępowania jest nieuzasadnione nawet w przypadku uznania, że przekazane informacje mają charakter nieprawdziwy (odwołujący przedstawił bowiem wyczerpujące i szczegółowe wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy) i nieproporcjonalne do rzekomych uchybień - na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko zamawiającego o wprowadzeniu zamawiającego

w błąd;

- 4) art. 24 ust. 4 Pzp przez jego zastosowanie i uznanie oferty odwołującego za odrzuconą;
- 5) art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 2) uznania, że doświadczenie Pana B. W.-R., zdobyte w ramach realizacji inwestycji pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego „Rewitalizacja linii kolejowej nr 207 odcinek granica województwa - Malbork” w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Pomorskiego na lata 2014- 2020” spełnia wymagania, o których mowa w pkt. 8.6.2. pkt 1 tabeli (warunki udziału - kwalifikacje i doświadczenie Dyrektora kontraktu IDW);
- 3) wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.6.2 pkt 1 IDW w zakresie Dyrektora kontraktu - w przypadku, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko zamawiającego, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 4) uznania, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia wyczerpują wymogi w zakresie procedury samooczyszczenia lub nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do wykazania, że przeprowadzona została procedura samooczyszczenia, w przypadku, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko zamawiającego o wprowadzeniu zamawiającego w błąd;
- 5) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym oraz o zasądzenie od zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że Pan B. W.-R. wskazany jako osoba reprezentująca wykonawcę - NDI S.A. w Sopocie - na podstawie pełnomocnictwa z 17 maja 2017 r., przestał pełnić funkcję kierownika budowy w lutym 2018 r., jednak dalszym ciągu reprezentował wykonawcę jako Dyrektor projektu do września 2018 r. Nazwa pełnionej

funkcji wynikała z faktu, że wykonawca na tej inwestycji nie przewidział funkcji Dyrektora kontraktu. O pełnieniu przez Pana W.-R. funkcji Dyrektora projektu świadczą: podpisane przez niego poświadczenie należytego wykonania umowy z 10 lipca 2018 r. oraz dokument zamówienia z 10 maja 2018 r.

Z treści warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.6.2. pkt 1 IDW odwołujący wywiódł, że nazwa zajmowanego stanowiska nie ma znaczenia dla zamawiającego, którego interesowało, by dana osoba nabyła faktycznego i realnego doświadczenia w sprawowaniu czynności zarządczych w związku z pełnioną funkcją.

Podniósł, że orzecznictwo Izby dopuszcza nabycie doświadczenia przez pełnienie czynności zastępczych, w związku z czym zamawiający powinien uznać doświadczenie Pana W.-R. uzyskane w związku z pełnieniem funkcji wspólnie z Panem J.. Wyjaśnił, że doświadczenie Pana W.-R. było doświadczeniem kierownika budowy, a następnie kierownika projektu i zastępcy przedstawiciela wykonawcy, które łącznie spełniały wymagania zamawiającego dotyczące długości okresu doświadczenia. Odwołujący podkreślił, że po zastąpieniu na stanowisku kierownika budowy i przedstawiciela wykonawcy przez Pana M. J. Pan B. W.-R. pełnił nadal funkcje zarządcze: reprezentował wykonawcę i zastępował Pana J. na stanowisku przedstawiciela wykonawcy. Wyjaśnił, że wypowiedzenie pełnomocnictwa Pana W.-R. nastąpiło w sierpniu 2018 r. i do tego czasu reprezentował on wykonawcę w kontaktach z zamawiającym, na co zezwalała Subklauzula 4.3.kontraktu, zgodnie z którą funkcje reprezentacyjne mogła pełnić więcej niż jedna osoba.

Odwołujący wywodził, że w warunkach postępowania funkcję Pana W.-R. należało odczytywać dwutorowo. Z jednej strony po przekazaniu w lutym 2018 r. części obowiązków Panu J. pełnił on w dalszym ciągu funkcję reprezentacyjną, a przy tym był *de facto* przełożonym Pana J., który nie posiadał wówczas długiego stażu pracy. Pan W.-R. i udzielał mu w tym czasie koniecznego wsparcia, samodzielnie jednak wykonując obowiązki zastępcy przedstawiciela wykonawcy, dzięki czemu sam zdobywał doświadczenie. Pan W.-R. po lutym 2018 r. brał udział w spotkaniach i naradach. Dowodem jest chociażby protokół z narady koordynacyjnej, która odbyła się po lutym 2018 r.

Odwołujący wskazał, że Pana W.-R. był również wyznaczony jako zastępca w czasie nieobecności Pana J. Były to często zgłoszenia ustne, jednak zastępowanie Pana J. potwierdza pismo z 8 maja 2018 r.

Odwołujący podniósł, że nie wprowadził zamawiającego w błąd. Podał mu bowiem wszystkie informacje zgodnie z rzeczywistością, a wskazanie Pana W.-R. nastąpiło po weryfikacji jego doświadczenia, a zatem zgodnie z należyłą starannością. Zarzucił. Że zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania oparł się na przyjętej przez siebie wykładni SIWZ, co zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie Izby nie może stanowić podstawy czynności wykluczenia z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Uzasadniona jest bowiem również odmienna wykładnia SIWZ, którą prezentuje odwołujący. W tej sytuacji zamawiający nie powinien dokonywać wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, gdyż odwołujący spełnił wymagania zamawiającego. Przeciwnie stanowisko zamawiającego powinno skutkować wezwaniem odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp albo umożliwienie wykazania dokonania przez odwołującego *selfcleaningu*.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. w Warszawie, Aldesa Construcciones S.A. w Madrycie (Hiszpania), COALVI S.A. w Saragossie (Hiszpania), China Civil Engineering Constructions Corporation w Bejing (Chiny) oraz wykonawca Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zachowując termin ustawy i obowiązek przekazania stronom kopii przystąpienia. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska. Przystępujący prawidłowo powiadomieni o terminie wyznaczonym przez Prezesa Izby nie stawili się na posiedzenie i rozprawę.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt 8.6.2 pkt 1 IDW zamawiający ustalił wymagania dotyczące m.in. dyrektora kontraktu. Zamawiający żądał, aby osoba wskazana na to stanowisko przez wykonawcę posiadała:

- wykształcenie wyższe;
- co najmniej 3 (trzy) lata doświadczenia zawodowego na stanowisku dyrektora kontraktu lub zastępcy dyrektora kontraktu lub na stanowisku przedstawiciela wykonawcy, który był zgłoszony do zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania wykonawcy lub na stanowisku kierownika budowy oraz w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert zdobył doświadczenie w zakresie zarządzania projektami na stanowiskach, o których mowa powyżej, na minimum 2 (dwóch) inwestycjach Infrastruktury kolejowej lub drogowej (przez okres co najmniej 12 (dwunastu) miesięcy na każdej inwestycji), których wartość realizacyjna (kontraktowa) wynosiła minimum 180.000.000,00 (sto osiemdziesiąt milionów) PLN netto dla każdej inwestycji, przy czym co najmniej jedna z tych inwestycji realizowana była w oparciu o uznany standard realizacji robót budowlanych (np. FIDIC VOB/B, ICC/NEC, CCAG lub inne równoważne). Zamawiający zastrzegł, że przez stanowisko dyrektora kontraktu (analogicznie zastępcy dyrektora kontraktu) rozumie przedstawiciela wykonawcy robót budowlanych w zakresie zarządzania projektami

inwestycyjnymi przy ich realizacji, który był zgłoszony do zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania wykonawcy (dowód: SIWZ IDW - kopia w aktach sprawy).

Dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu odwołujący wraz z ofertą złożył JEDZ. Zamawiający ocenił ofertę odwołującego i pismem z 2 marca 2021 r. działając na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp wezwał go m.in. do złożenia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia. W odpowiedzi odwołujący wskazał m.in. Pana B. W.-R. i powołał jego doświadczenie uzyskane w ramach zadania realizowanego na rzecz zamawiającego, pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego „Rewitalizacja Unii kolejowej nr 207 odcinek granica województwa - Malbork” w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Pomorskiego na lata 2014 - 2020” w okresie od maja 2017 r. do września 2018 r. (dowody: JEDZ odwołującego, pismo zamawiającego z 2 marca 2021 r. oraz wykaz osób złożony przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp – kopie w aktach sprawy).

Zamawiający powziął wątpliwości co do spełnienia opisanych przez siebie wymagań i pismem z 31 marca 2021 r. wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Zamawiający wskazał, że w związku z posiadanymi przez siebie wewnętrznymi informacjami Pan W.-R. pełnił funkcję Dyrektora Kontraktu w okresie od maja 2017 r. do lutego 2018 r. tj. przez 10 miesięcy, a nie jak wskazał odwołujący od maja 2017 r. do września 2018 r. tj. przez 17 miesięcy (dowód: wezwanie z 31 marca 2021 r. kopia w aktach sprawy).

Odwołujący odpowiedział zamawiającemu pismem z 8 kwietnia 2021 r. Wyjaśnił, że Pan W.-R. został zgłoszony w maju 2017 r. jako Przedstawiciel wykonawcy i w trakcie realizacji kontraktu posługiwał się pełnomocnictwem z 17 maja 2017 roku. Pełnił przy tym funkcję kierownika budowy i został wpisany do dziennika budowy. Odwołujący podniósł, że Pan W.-R. przestał pełnić funkcję kierownika budowy w lutym 2018 r., ale jednocześnie reprezentował wykonawcę jako Dyrektor kontraktu do września 2018 roku. Podał, że Pan W.-R. posługiwał się nazwą stanowiska „Dyrektor projektu” ponieważ, na tym kontrakcie nie było ustanowionej osoby na stanowisko „Dyrektor kontraktu”. Odwołujący załączył dokumenty:

1. Pismo NDI S.A. z 15 maja 2017 r. wyznaczające Pana W.-R. jako Przedstawiciela wykonawcy;
2. Pełnomocnictwo do reprezentacji NDI S.A. z 17 maja 2017 r.;
3. Poświadczenie należytego wykonania umowy wystawione 10 lipca 2018 r. na rzecz PHU Bentley Green w Gdańsku podpisane przez P. B. W.-R. jako Dyrektora Projektu;

4. Dokument zamówienia na badanie zanieczyszczeń podkładów drewnianych nr 8425/18/02 z dnia 20 maja 2018 r. na podpisany przez Pana B. W.-R. jako Dyrektora Projektu

(dowody: wyjaśnienia odwołującego z 8 kwietnia 2021 r. oraz załączone do nich wymienione pisma – kopie w aktach sprawy)

Pismem z 22 kwietnia 2021 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. W uzasadnieniu zamawiający przywołał opisany przebieg postępowania oraz wskazał, że z dokumentów będących w jego posiadaniu jednoznacznie wynika, że pismem z 26 stycznia 2018 r. na stanowisko Przedstawiciela wykonawcy wyznaczono Pana M. J. oraz wskazano, że z przyczyn organizacyjnych Pan W.-R. nie może dalej pełnić funkcji kierownika budowy oraz przedstawiciela wykonawcy, co zostało zaakceptowane przez Inżyniera Projektu 5 lutego 2018 r. Ponadto pismem z 7 lutego 2018 r. podpisanym przez Pana W.-R. zamawiający otrzymał pełnomocnictwo do reprezentacji w kontaktach z zamawiającym dla Pana M. J. wraz z informacją, że przejmuje on obowiązki Przedstawiciela Wykonawcy i Kierownika Budowy. Zamawiający podkreślił, że jakkolwiek nazwa stanowiska nie ma dla niego przesądzającego znaczenia, to jednak w IDW opisał, jakie doświadczenie uwzględni dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Obejmuje ono opisane czynności zarządcze wykonywane przez osobę zgłoszoną do zamawiającego oraz działającą na podstawie posiadanego pełnomocnictwa. Zamawiający wywiódł, że Pan B. W.-R. nie nabył wystarczającego doświadczenia, a w rezultacie jego doświadczenie nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu i odwołujący nie dysponuje osobą zdolną do wykonania zamówienia na stanowisku Dyrektora kontraktu zgodnie z zapisami pkt 8.6.2. IDW (dowód: Informacja o wykluczeniu z odwołującego z postępowania z 22 kwietnia 2021 r. – kopia w aktach postępowania).

Po zapoznaniu się z tą informacją odwołujący wniósł odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Natomiast stosownie do art. 92 ust. 2 powołanej ustawy do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.). W

związku z tym Izba rozpoznała odwołanie stosując w zakresie procedury odwoławczej przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) dalej jako: „nPzp”, natomiast do oceny zarzutów odwołania przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 nPzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Przesłanki wymagane ustawą zostały więc spełnione.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia 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. Przesłanki konieczne czynności wykluczenia na podstawie powołanego przepisu to: przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego oraz istotny wpływ tych informacji na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto przedstawienie informacji wprowadzających zamawiającego w błąd powinno być zawinione przez wykonawcę, czyli wynikać z jego lekkomyślności lub niedbalstwa, a pomiędzy wskazanymi przesłankami powinien istnieć adekwatny związek przyczynowo-skutkowy. Przesłanki wymienione w przywołanym przepisie muszą być spełnione łącznie. Brak ziszczenia choćby jednej z nich oznacza, że czynność wykluczenia nie powinna być wykonana.

Zdaniem Izby w stanie faktycznym sprawy ziściły się wszystkie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego.

Wykaz osób jest oświadczeniem wykonawcy składanym w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Informacje podane przez odwołującego w tym wykazie dotyczące Pana Bogdana W.-R. okazały się niezgodne z rzeczywistością i mogły wprowadzić zamawiającego w błąd, polegający na uznaniu, że osoba ta spełnia wymagania opisane przez zamawiającego w IDW, podczas gdy faktycznie tak nie było.

Izba zważyła, że pkt 8.6.2 IDW zamawiający wymagał m.in. doświadczenia w zakresie zarządzania projektami na stanowisku dyrektora kontraktu lub zastępcy dyrektora kontraktu lub przedstawiciela wykonawcy, na minimum 2 (dwóch) inwestycjach Infrastruktury kolejowej lub drogowej (przez okres co najmniej 12 (dwunastu) miesięcy na każdej inwestycji.

Zamawiający zastrzegł przy tym, że przez stanowisko dyrektora kontraktu zamawiający rozumie przedstawiciela wykonawcy robót budowlanych w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi przy ich realizacji, który był zgłoszony do zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania wykonawcy. Z treści powołanego postanowienia IDW wynika również *expressis verbis*, że analogiczne wymagania: reprezentowania wykonawcy robót budowlanych w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi przy ich realizacji, zgłoszenia do zamawiającego oraz posiadania odpowiedniego pełnomocnictwa do działania w imieniu wykonawcy. Dla wykazania doświadczenia oczekiwanego przez zamawiającego nie wystarczało zatem wykonywanie zarządczych przez osobę posiadającą pełnomocnictwo upoważniające do reprezentacji wykonawcy, lecz istotne było, aby ta osoba była zgłoszona zamawiającemu jako dyrektor kontraktu, zastępca dyrektora kontraktu lub przedstawiciel wykonawcy. Dopiero łączne spełnienie tych trzech wymagań oznacza spełnienie wymagań zamawiającego, który oczekiwał wskazania osoby, która doświadczenia w zarządzaniu nabyła w czasie pełnienia wskazanej funkcji i w okresie, w którym była zgłoszona zamawiającemu. Jasne brzmienie wymagania zamawiającego nie daje miejsca na dowolność interpretacyjną. Zamawiający nie sformułował w pkt 8.6.2. IDW odrębnych wymagań w odniesieniu do kierownika budowy, którego funkcja jest opisana w przepisach ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz.U. z 2020 r. poz. 2127), a osoba pełniąca tę funkcję podlega wpisowi do dziennika budowy oraz zgłoszeniu do Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego. Wymagania takie zostały natomiast określone w odniesieniu do dyrektora kontraktu, zastępcy dyrektora kontraktu oraz przedstawiciela wykonawcy. Wymagania te zostały jasno sformułowane przez zamawiającego, nie jest możliwa ich rozbieżna interpretacja, zatem podnoszone przez odwołującego brak definicji legalnej i przypisania aktem normatywnym zakresu obowiązków osób pełniących wymienione funkcje pozbawione są doniosłości przy rozpoznaniu zarzutów odwołania.

Pismem z 26 stycznia 2018 r. Pan W.-R. został zastąpiony przez Pana J. na stanowisku Kierownika Budowy i Przedstawiciela Wykonawcy, co potwierdza pełnomocnictwo do reprezentacji NDI S.A. udzielone Panu M. J. 7 lutego 2018 r. Dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przesądzające znaczenie ma ustalenie statusu Pana W.-R. po zgłoszeniu, że nie będzie on już pełnił funkcji kierownika budowy oraz przedstawiciela wykonawcy, gdyż wymagany przez zamawiającego okres 12 miesięcy kończy się w maju 2018 r. Istota sporu nie polega zatem na ustaleniu, czy czynności wykonywane przez Pana W.-R. można uznać za zarządzanie kontraktem, lecz na ocenie, czy w okresie po 26 stycznia 2018 r. Pan W.-R. może być uznany za osobę zastępującą Pana J. w rozumieniu zastępstwa ustalonego przez zamawiającego w pkt 8.6.2 IDW.

Na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej.

Z analizy zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że po 26 stycznia 2018 r. Pan W.-R. wykonywał czynności w imieniu NDI S.A.: uczestniczył z ramienia wykonawcy w Radach Budowy, wystawił poświadczenie należytego wykonania umowy przez podwykonawcę oraz zawarł umowę podwykonawczą. W dwóch ostatnich przypadkach reprezentował wykonawcę wyłącznie w stosunkach z podwykonawcami, a nie wobec zamawiającego. W każdym przypadku nie wykonywał czynności jako przedstawiciel wykonawcy zgłoszony zamawiającemu. NDI S.A. w oświadczeniu z 26 stycznia 2018 r. zgłaszającym Pana J. na stanowisko kierownika budowy i przedstawiciela wykonawcy jasno wskazał, że Pan W.-J. nie może pełnić już tej funkcji.

Odwołujący wywodził, że relacje służbowe między Panem J. a Panem W.-R., zostały ukształtowane w ten sposób, że w strukturach NDI S.A. istniała podległość służbowa Pana M. J. wobec Pana B. W.-R., natomiast wobec zamawiającego (lub inaczej mówiąc w strukturach wykonawcy utworzonych w związku z wykonywaniem umowy) było odwrotnie i Pan Pana W.-R., jako zastępca był podległy Panu J. Z tym twierdzeniem można zgodzić się wyłącznie w pierwszej części. Z powołanych przez odwołującego: poświadczenia wykonania umowy, umowy z podwykonawcą oraz protokołu z Rady Budowy, wynika, że Pan W.-R. podpisywał oświadczenia NDI S.A. wobec osób trzecich jako dyrektor projektu. Uprawniony jest zatem pogląd, że tak zostało nazwane stanowisko zajmowane przez Pana W.-R. w ramach struktury organizacyjnej NDI S.A. Ta konstatacja nie ma jednak żadnego znaczenia dla oceny zarzutów odwołania, gdyż po 26 stycznia 2018 r. Pan W.-R. nie był ani osobą zgłoszoną zamawiającemu jako przedstawiciel wykonawcy, ani też osobą zgłoszoną jako zastępca przedstawiciela wykonawcy. Z pisma z 7 lutego 2018 r. podpisanego przez Pana W.-R. działającego w charakterze przedstawiciela wykonawcy wynika wprost, że Pan J. przejmuje obowiązki kierownika budowy i przedstawiciela wykonawcy.

Stanowisko odwołującego prezentowane na rozprawie akcentowało wymaganie dotyczące doświadczenia w zarządzaniu i zmierzało do marginalizacji obowiązku zgłoszenia zamawiającemu danej osoby jako dyrektora kontraktu, zastępcy dyrektora kontraktu lub przedstawiciela wykonawcy w kontekście wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, z czym nie sposób się zgodzić.

Po pierwsze, wymaganie dotyczące zgłoszenia nie miało jedynie formalnego charakteru. W przeciwnym razie tryb zgłaszania osoby zastępującej dyrektora kontraktu i przedstawiciela wykonawcy nie zostałby szczegółowo uregulowany w warunkach kontraktu. Tryb zgłaszania zamawiającemu zastępstwa opisany w Subklauzuli 1.3. i 4.3. (okoliczność niesporna) wynika m.in. z faktu, że z pełnieniem funkcji kierownika kontraktu lub jego zastępcy związane są uprawnienia i obowiązki wynikające z treści tego kontraktu. Ma to służyć nie tylko sprawnemu przebiegowi inwestycji, ale również unikaniu sytuacji, w której decyzje związane z wykonywaniem umowy podejmuje osoba, której

tożsamość i zakresu uprawnień nie są znane zamawiającemu.

Po drugie, ewentualne uznanie obowiązku zgłoszenia zastępcy dyrektora kontraktu za wymaganie o formalnym charakterze, z czym Izba się nie zgadza, nie powoduje, że zamawiający dokonując badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu może od niego odstąpić. Związanie zamawiającego postanowieniami SIWZ (art. 70¹ § 4 k.c. w zw. z art. 14 Pzp) realizuje podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia: przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Związanie to polega z jednej strony na tym, że zamawiający nie może nic dodać do opisanych przez siebie wymagań i oceniać oferty lub sytuacji podmiotowej wykonawców na podstawie warunków, które nie zostały zapisane w SIWZ. Z drugiej strony zamawiający nie może odstąpić od badania wymagań wyrażonych w SIWZ i traktować ich tak, jakby nie zostały w niej zapisane. Badając doświadczenie Pana W.-R. zamawiający nie dopuścił się zatem naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Przepis ten zostałby naruszony, gdyby zamawiający odstąpił od wymagań opisanych przez siebie w SIWZ.

Zamawiający prawidłowo ocenił spełnianie przez odwołującego wymagań opisanych w pkt 8.6.2. IDW oraz trafnie stwierdził, że odwołujący wprowadził go w błąd. Pan W.-R. pełnił funkcję Dyrektora Kontraktu w okresie od maja 2017 r. do lutego 2018 r. tj. przez 10 miesięcy, nie zaś jak wskazał odwołujący od maja 2017 r. do września 2018 r. tj. przez 17 miesięcy. Zgłoszenie kilkudniowego zastępstwa w okresie 10-14 maja 2018 r. inżynierowi kontraktu – Kolmen Sp. z o.o. w Kwidzynie było sporne między stronami, nie ma jednak przesądzającego znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, gdyż nie skutkuje spełnieniem wymagania dotyczącego okresu 12 miesięcy. Zastępstwo w tym przypadku wynosiło jedynie 4 dni. Izba nie uwzględniła twierdzenia odwołującego o ustnym zgłoszeniu zastępowania Pana J. przez Pana W.-R., z powodu braku dowodu potwierdzającego te twierdzenie (art. 534 ust. 1 nPzp). Ponadto w świetle wymagań Subklauzuli 1.3. i 4.3. takie nie mogłyby być skuteczne. Wreszcie teza o ciągłości nabywaniu doświadczenia przez Pana W.-R. jako zastępcy Pana J nie może być trafna w świetle oświadczenia z 26 stycznia 2018 r. Jeśli, jak stwierdzono w tym piśmie Pan W.-R. nie może pełnić dłużej na budowie funkcji kierownika budowy i przedstawiciela wykonawcy z przyczyn organizacyjnych, to twierdzenie, że cały czas działał na budowie i pod jego okiem Pan J. nabywał doświadczenia, wydaje się być wewnętrznie sprzeczne i niegodne wiary. Potwierdza to również podpisane przez Pana W.-R. przywołane oświadczenie NDI S.A. z 7 lutego 2018 r., w którym mowa jest o przejęciu obowiązków kierownika budowy i przedstawiciela wykonawcy przez Pana J. Nie ma w nim mowy o zastępstwie.

Kolejno Izba uznała, że wprowadzenie w błąd zamawiającego nastąpiło w wyniku co najmniej niedbałego lub lekkomyślnego zachowania odwołującego. Odwołujący jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych winien dochować należytej staranności (art. 355 § 2 k.c.) przy przekazywaniu zamawiającemu oświadczeń istotnych dla oceny

sytuacji odwołującego. Zawodowy charakter działalności odwołującego uzasadnia oczekiwanie, że przed złożeniem oferty powinien on ustalić wymagania zamawiającego w zakresie doświadczenia osób wskazane w pkt 8.6.2. IDW (*vide*: uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r. IV CK 151/03), zwłaszcza że wymagania zamawiającego zostały opisane w sposób nie pozwalający na dowolność interpretacyjną. Model należytej staranności zakłada również znajomość przepisów prawa i wynikających z nich następstw. Odwołujący składając zatem zamawiającemu oświadczenie niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, powinien i mógł przewidzieć konsekwencje swojego braku rzetelności, w tym przypadku w postaci wykluczenia z postępowania. Jeśli odwołujący przypuszczał, że uniknie skutku wprowadzenia zamawiającego w błąd, to oczekiwanie to było całkowicie bezpodstawne.

Nie zasługuje na uznanie teza zawarta w uzasadnieniu odwołania, że skoro inwestycja pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego „Rewitalizacja Unii kolejowej nr 207 odcinek granica województwa - Malbork” była wykonywana na rzecz zamawiającego, odwołujący nie mógł go wprowadzić w błąd. Zamawiający zostałby wprowadzony w błąd, gdyby uznał oświadczenie odwołującego za godne wiary i nie dokonał jego weryfikacji.

Przedstawienie przez odwołującego informacji wprowadzających w błąd zamawiającego mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Informacje dotyczące długości okresu doświadczenia Pana W.-J. na inwestycji miały znaczenie dla oceny doświadczenia odwołującego, a tym samym na możliwość uzyskania przez niego zamówienia. Między niezgodnym z rzeczywistym stanem rzeczy przedstawionym w oświadczeniu przez odwołującego, a czynnościami zamawiającego w postępowaniu istnieje zatem związek przyczynowo-skutkowy. Wszystkie przesłanki wymagane w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp zostały więc spełnione.

Odnosząc się do zarzutów ewentualnych podniesionych przez odwołującego Izba zważyła, że zamawiający nie naruszył art. 26 ust. 3 Pzp. Przepis ten stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczeń lub dokumentów, 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, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Powołany przepis znajduje zastosowanie w odniesieniu do uchybień wykonawcy związanych z wykazywaniem warunków udziału w postępowaniu, nie zaś w doniesieniu do wykonawcy, który złożył informacje wprowadzające zamawiającego w błąd. Zamawiający może zastosować art. 26 ust. 3 Pzp, jeśli wykonawca błędnie zrozumiał warunek udziału w postępowaniu, a przyjęta przez

nego wykładnia, inna niż zamawiającego, miała uzasadnienie w treści dokumentów postępowania albo gdy wykonawca spełniający wymagania zamawiającego nieprawidłowo wykazał związane z tym okoliczności. Sytuacja ta jest całkowicie odmienna niż ta, w której wymagania zamawiającego są jednoznaczne, a wykonawca próbując je spełnić składa oświadczenie niezgodne z rzeczywistością. Po 26 stycznia 2018 r. Pan W.-R. nie był ani osobą zgłoszoną zamawiającemu jako przedstawiciel wykonawcy, ani też osobą zgłoszoną jako zastępca przedstawiciela wykonawcy, nie uzyskał zatem 12 miesięcznego doświadczenia na inwestycji. Natomiast odwołujący złożył niezgodne z prawdą oświadczenie, że długość okresu tego doświadczenia to 17 miesięcy. Sytuacji tej nie można uzdrowić przez zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp.

Izba nie dopatrzyła się również podstaw do uznania, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego stanowią o samooczyszczeniu wykonawcy lub, że odwołujący powinien być wezwany do złożenia dowodów samooczyszczenia. Po pierwsze, co do zasady samooczyszczenie powinno być dokonane przed złożeniem oferty, gdyż wykonawca nie powinien podlegać wykluczeniu w momencie jej złożenia. Tymczasem odwołujący konsekwentnie utrzymywał, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Brak jest zatem podstaw ku temu, by uznać, że odwołujący podjął jakiegokolwiek działania naprawcze. Gdyby działania takie były przez odwołującego już podjęte, odwołujący mógł i powinien był wyjaśnić to na rozprawie, a tego nie uczynił. Po drugie, Izba zgadza się z poglądem wyrażanym w orzecznictwie, że możliwość samooczyszczenia w stosunku do wykonawcy, który wprowadził w błąd zamawiającego powinna być stosowana wstrzemięźliwie, w szczególnie uzasadnionych przypadkach (*vide* przykładowo wyrok w sprawie KIO 1747/18). Izba uznała, że okoliczności sporu nie uzasadniają możliwości samooczyszczenia odwołującego. Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 8 i 9 Pzp.

Brak jest również podstaw ku temu, by czynność wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp uznać za działanie nieproporcjonalne. Nieproporcjonalność wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie powołanego przepisu może mieć miejsce w sytuacji, gdy wykonawca wskazuje zamawiającemu osobę, która spełnia opisane przez niego wymagania, jednak opisuje jej doświadczenie w sposób niezgodny z rzeczywistością. W takiej sytuacji zamawiający ma wiedzę, że nie doszło do wprowadzenia go w błąd, a jedynie do nieprawidłowego proceduralnie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (por. stan faktyczny sprawy zakończonej wyrokiem SO w Katowicach w sprawie XIX 953/19). Tak nie jest w okolicznościach sprawy, gdzie zamawiający w dacie dokonania czynności wykluczenia nie miał uzasadnionych podstaw do stwierdzenia, że Pan W.-J. posiada wymagane doświadczenie. Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 Pzp.

Skoro odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp złożona przez niego oferta jest odrzucona *ex lege* na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 Pzp uwzględniając wynikającą z art. 575 Pzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie stroną odpowiedzialną w całości za wynik postępowania był odwołujący.

Przewodnicząca:

.....

.....