

WYROK

z dnia 3 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2019 r. przez

Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Intop Skarbimierzycze sp. z o.o. z siedzibą w Skarbimierzycach, Intop Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Województwo Zachodniopomorskie - Zespół Parków Krajobrazowych Województwa Zachodniopomorskiego, przy udziale Przystępującego po stronie Zamawiającego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - J.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PBW INŻYNIERIA J.G. we Wrocławiu, P.Ch., I.Ch. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą DROMOSTTOR s.c. P.Ch., I.Ch. we Lwówku Śląskim,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i nakazuje Zamawiającemu:
  - 1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej;
  - 1.2. wykluczenie Przystępującego po stronie Zamawiającego z uwagi na przedstawienie Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd w odniesieniu do doświadczenia zaoferowanego kierownika budowy;
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 13.600,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego w postaci wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

(Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1826/19

#### Uzasadnienie

Województwo Zachodniopomorskie - Zespół Parków Krajobrazowych Województwa Zachodniopomorskiego (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Przebudowa Transgranicznego Mostu Kolejowego Siekierki - Neurudnitz na most pieszo-rowerowy”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 14 maja 2019 r., pod nr 542093-N-2019.

13 września br. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - J.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PBW INŻYNIERIA J.G. we Wrocławiu, P.Ch., I.Ch. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą DROMOSTTOR s.c. P.Ch., I.Ch. we Lwówku Śląskim (dalej „Konsorcjum”) oraz o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Intop Skarbimierzycze sp. z o.o. z siedzibą w Skarbimierzycach, Intop Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”).

18 września br. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) odwołanie od:

1. odrzucenia oferty Odwołującego;
2. badania i oceny ofert;
3. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum;
4. względnie - zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji polegający na wprowadzeniu Zamawiającego w błąd;
5. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;  
zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
  1. art. 89 ust. 7a Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że nie ziszcili się przesłanki zastosowania tego przepisu, a w szczególności Odwołujący nie złożył oświadczenia, że nie wyraża zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp;
  2. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum, które złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik Postępowania, w szczególności przez składanie fałszywych informacji o doświadczeniu kierownika budowy M.K. na dzień składania ofert;
  3. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez podejmowanie działań sprzecznych z prawem i dobrymi obyczajami, tj. posługiwanie się nieprawdziwym oświadczeniem co do doświadczenia zaoferowanego kierownika budowy;
  4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp, tj. podmiotowi, który przedstawił informację wprowadzającą w błąd Zamawiającego i mającą wpływ na decyzje podejmowane przez

Zamawiającego w Postępowaniu oraz wobec podejmowania przez Konsorcjum czynów nieuczciwej konkurencji, a także wobec naruszeń przepisów art. 26 ust. 3 i/lub 4 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. powtórzenia czynności oceny ofert;
3. wykluczenia Konsorcjum z Postępowania, ewentualnie - odrzucenia jego oferty;
4. wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wniósł ponadto o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów prywatnych i wydruków na okoliczność wynikającą z treści tychże dokumentów oraz okoliczności uzasadniające podniesione zarzuty;

2. zobowiązanie Transport Infrastructure Ireland, zwanej dalej „TIi” (adres do doręczeń: Transport Infrastructure Ireland Parkgate Business Centre, Parkgate Street, Dublin 8. D08 DK10, Ireland) do wskazania czy M.K. pełnił funkcję kierownika budowy:

2.1. w latach 01.02.2007 r. - 31.08.2008 r. na inwestycji pn. M50 Upgrade Contract 1 Motorway;

2.2. w latach 01.04.2008 r. - 31.10.2009 r. na inwestycji pn. M3 Clonee - Kells PPP Motorway

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu odwołania.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że pismem z 18.07.2019 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłużenie okresu ważności wadium.

Odwołujący w dniu 26.07.2019 r. złożył w sekretariacie Zamawiającego aneks do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Pismem z dnia 12.06.2019 r. złożonym w dniu 12.08.2019 r. Odwołujący wskazując, że „wydłużył termin związania ofertą” zwrócił się o udostępnienie protokołu Postępowania oraz oferty Konsorcjum, co Zamawiający wykonał 14.08.2019 r.

Następnie, pismem z dnia 13.09.2019 r., Zamawiający poinformował o wyborze oferty Konsorcjum oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie może przyjąć postaci zgody dorozumianej, tj. wynikającej z okoliczności przedłużenia wadium. W obszernym uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający przywołał orzecznictwo sądów powszechnych i KIO z lat 2010-2012. Według Zamawiającego wniesienie samego wadium, bez przedłużenia terminu związania ofertą, nie tworzy dla Zamawiającego żadnego zabezpieczenia, przed możliwością wycofania się wykonawcy z zawarcia umowy.

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp Odwołujący wyjaśnił, że na podstawie tego przepisu Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą. W okolicznościach tej sprawy, wbrew stanowisku Zamawiającego, Odwołujący w sposób wyraźny wydłużył termin związania ofertą.

Po pierwsze, Odwołujący - składając aneks przedłużający okres gwarancji wadium - wprost dał wyraz, że czuje się związany ofertą w wydłużonym terminie. To właśnie złożenie gwarancji wadium ma służyć temu, że Zamawiający będzie zabezpieczony, że wykonawca bezzasadnie nie odmówi zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

Po drugie, Odwołujący m.in. w piśmie złożonym w dniu 12.08.2019 r. wprost oświadczył, że „wydłużył termin związania ofertą”. Konsekwencją powyższego Zamawiający

nie miał wątpliwości, że Odwołujący wydłużył termin związania ofertą.

Finalnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał rozszerzającej wykładni treści art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, w sposób całkowicie sprzeczny z faktami i aktualną i niekwestionowaną linią orzecniczą KIO.

Odwołujący podkreślił, że wyłącznie wtedy gdy wykonawca odmówi wyrażenia zgody na przedłużenie związania ofertą aktualizuje się obowiązek odrzucenia jego oferty. Obowiązek odrzucenia oferty nie występuje, gdy wykonawca nie przedłuży samodzielnie terminu związania ofertą. Przepisów sankcyjnych, do jakich należy art. 89 Pzp odnoszący się do odrzucenia ofert, nie można interpretować rozszerzająco. Tymczasem, w okolicznościach sprawy, Odwołujący nie tylko nie odmówił wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, ale wprost oświadczył, że jest nią związany. Nadto, na podstawie okoliczności sprawy (zachowania Odwołującego) jednoznacznie należy przyjąć, że Odwołujący ubiega się o udzielenie zamówienia, skoro wydłużył termin gwarancji wadialnej oraz brał aktywny udział w Postępowaniu (zadawał pytania do SMWZ, czy zwracał się o udostępnienie dokumentów w toku Postępowania).

Odwołujący dodał, że fakt nieprzedłużenia terminu związania ofertą nie powoduje niemożliwości wyboru oferty wykonawcy i zawarcia z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego, zatem zamawiający nie ma możliwości odstąpienia od oceny i badania oferty, gdyż przepisy Pzp, stanowiące *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego, nie wiążą negatywnych skutków z brakiem związania ofertą i nie zwalniają zamawiającego z właściwego wykonania swoich ustawowych obowiązków. Wyjątkiem jest art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. art. 85 ust. 2 Pzp, kiedy zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy - jedynie w przypadku, gdy wykonawca nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą, mimo że zamawiający uprzednio zwrócił się do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody.

W tym stanie rzeczy brak było podstaw aby odrzucić ofertę, skoro Odwołujący nie złożył oświadczenia, że nie wyraża zgody na wydłużenie terminu związania ofertą. Konsekwencją powyższego Zamawiający winien ofertę Odwołującego zbadać i dokonać jej oceny, a z uwagi na wskazane poniżej zarzuty ofertę Odwołującego winien wybrać jako najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutów dotyczących Konsorcjum Odwołujący stwierdził, że Zamawiający miał bezwzględny obowiązek wykluczenia tego wykonawcy zgodnie z dyspozycją przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Dla jego zastosowania konieczne jest wystąpienie dwóch elementów, tj. przedstawiane informacje mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu oraz przedstawiane przez wykonawcę informacje wprowadzają w błąd zamawiającego. W pierwszej z ww. kwestii wystarczającym dla zastosowania sankcji jest, aby zaistniała możliwość takiego wpływu, o czym świadczy użycie sformułowania „mogące mieć wpływ”, który taką możliwość, a nie skutek wyraża. Tym samym w sytuacji, gdy w wyniku weryfikacji zamawiającego, nawet jeśli ta weryfikacja nie wymaga podejmowania dodatkowych czynności, np. w postaci zwracania się do innych podmiotów o potwierdzenie czy przedstawione dane są zgodne z rzeczywistością, okaże się, że wykonawca podał dane nieprawdziwe - zamawiający stosuje ten przepis. Ponadto przepis nie ogranicza zakresu podawanych przez wykonawcę informacji, ponieważ nie precyzuje (odmiennie niż w przypadku przesłanki wynikającej z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp) o jakie informacje chodzi. Wystarczającym jest, aby miały one wpływ na decyzje zamawiającego. Z pewnością jednak obejmuje on swoją hipotezą także informacje wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, a zatem informacje, że wykonawca: nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, spełnia obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria selekcji.

W ocenie Odwołującego wspomniane przesłanki zostały spełnione, ponieważ nie może ulegać wątpliwości, że przedstawione przez Konsorcjum informacje dotyczące zakresu posiadanego przez M.K. doświadczenia były obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, mającym znacznie dla Postępowania. Co więcej, na skutek podania przedmiotowych informacji Zamawiający został wprowadzony w błąd, czyli nabrał mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym, o czym świadczą poniższe okoliczności.

Jednym z kryteriów oceny ofert było doświadczenie Kierownika Budowy przy udziale którego wykonawca będzie realizował zamówienie. Wskazany przez oferenta kierownik budowy miał posiadać doświadczenie zawodowe nabyte po uzyskaniu wymaganych uprawnień przez pełnienie funkcji kierownika budowy na inwestycji - przez co najmniej 6 miesięcy, a w przypadku, gdy inwestycja trwała krócej przez cały okres jej trwania (przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez Inwestora) - polegającej na budowie lub przebudowie lub remoncie obiektu mostowego o konstrukcji stalowej, o wartości tej inwestycji minimum 1.000.000,00 zł brutto. Zamawiający zatem wprost odwołał się do funkcji kierownika

budowy, Zamawiający nie odwołał się do funkcji kierownika robót.

Składając ofertę Konsorcjum oświadczyło (pkt 8 oferty) pod rygorem wykluczenia z Postępowania, że wszystkie informacje zamieszczone w ofercie i załącznika do oferty są prawdziwe. W tabeli zawartej na str. 2 i 3 oferty Konsorcjum podało, że M.K. pełnił funkcję kierownika budowy:

1. w latach 01.02.2007 r. - 31.08.2008 r. na inwestycji pn. M50 Upgrade Contract 1  
Motorway;
2. w latach 01.04.2008 r. - 31.10.2009 r. na inwestycji pn. M3 Clonee - Kells PPP  
Motorawy

Wskazane powyżej Inwestycje dotyczyły inwestycji infrastrukturalnych i ich przedmiotem była przebudowa całych dróg, a nie jedynie obiektów mostowych. Przedstawione wyżej okoliczności budzą istotne wątpliwości. Przede wszystkim podkreślić należy, że M.K. uzyskał uprawnienia budowlane w 2006 r., nielogicznym zatem jest oraz niezgodnym z zasadami doświadczenia życiowego, aby już w 2007 r. jak i w 2008 wymieniony pełnił funkcję kierownika budowy inwestycji dotyczących rozbudowy autostrad irlandzkich, zwłaszcza zważywszy na okoliczność, że w świetle uzyskanych przez Odwołującego informacji M.K. nie posiada uprawnień kierownika budowy na terenie Irlandii, o czym m.in. świadczy wydruk Irlandzkiej Izby Inżynierów. W konsekwencji M.K. nie mógł w latach 2007-2008 pełnić funkcji kierownika budowy, a co najwyżej kierownika robót mostowych. Tożsamą funkcję M.K. pełnił m.in. w firmie SKANSKA w 2015 r.

Ponadto Odwołujący zwrócił się do Irlandzkiego odpowiednika Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad - TII o udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy M.K. pełnił funkcję kierownika budowy na ww. inwestycjach oraz kto był kierownikiem budowy. Wprawdzie na dzień składania odwołania TII nie udzieliła pisemnej odpowiedzi, niemniej jednak na podstawie telefonicznego kontaktu z jej przedstawicielami ustalono, że ww. instytucji nie jest znany fakt, jakoby M.K. pełnił funkcję kierownika budowy na ww. inwestycjach.

Mając na uwadze powyższe okoliczności stwierdzić należy, że Konsorcjum złożyło nieprawdziwe oświadczenie, którego celem było uzyskanie większej ilości punktów w świetle określonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, a w ostateczności uzyskanie zamówienia. Wskazać przy tym należy, iż dla wyczerpania hipotezy art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nie jest istotne ani to, czy informacje wprowadzające w błąd były możliwe, względnie jak łatwe były do wykrycia, nie jest również relewantne to, czy zamawiający dał się w błąd wprowadzić z uwagi na własne niedbalstwo, lub przyczynił się do zaistnienia błędu po swojej stronie - istotny jest jedynie stopień zawinienia wykonawcy, który polega na nieprawdziwej informacji celem wywołania tego błędu. Ustawodawca w zakresie tej regulacji nie wprowadza bowiem cywilistycznej koncepcji „przyczynienia się” dla różnicowania skutków prawnych wprowadzenia w błąd, a przewiduje dla nich absolutną sankcję w postaci wykluczenia takiego wykonawcy. Nie bez znaczenia jest przy tym fakt, że świadome, celowe i zamierzone posługiwanie się nieprawdziwymi informacjami wyklucza konieczność stosowania przepisu art. 26 ust. 3 Pzp.

W ocenie Odwołującego z takim właśnie działaniem mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Konsorcjum z łatwością mogło dowiedzieć się, że wskazany przez nie kierownik budowy, przy udziale którego zamierza realizować zamówienie, nie posiada stosownego doświadczenia. Powołując się zatem na doświadczenie M.K. Konsorcjum w sposób świadomy przekazało nieprawdziwe informacje mające istotny wpływ na decyzję Zamawiającego w przedmiocie udzielenia zamówienia. Okoliczności te mają zatem nie tylko potencjalny, ale również bezpośredni wpływ na wynik Postępowania.

W rezultacie powyższego Zamawiający dokonując wyboru oferty Konsorcjum niewątpliwie naruszył dyspozycję przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Odwołujący stwierdził również, że posługiwanie się w postępowaniu przetargowym nieprawdziwymi informacjami w celu uzyskania zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Dlatego też postępowanie Konsorcjum, polegające na przekazaniu Zamawiającemu nieprawdziwych informacji, należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „Znk”), co w ocenie Odwołującego stanowi dodatkową przesłankę uzasadniającą odrzucenie oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Wskazany przepis służy eliminacji z postępowania wykonawców, którzy podejmują się skrajnie nieuczciwych praktyk, jak to ma miejsce

w przypadku Konsorcjum. Nie może być bowiem nagradzany uzyskaniem wielomilionowego zamówienia podmiot, który dopuszcza się co najmniej umyślnego posługiwania się nieprawdziwymi informacjami.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. wydruku ze strony internetowej Engineers Ireland zawierającego wyniki wyszukiwania polskich dyplomowanych inżynierów będących członkami tego stowarzyszenia- dowód O1;
2. wydruku korespondencji poczty elektronicznej pełnomocnika Odwołującego do Transport Infrastructure Ireland z 17 września 2019 r. z pytaniami dotyczącymi doświadczenia zawodowego M.K. - dowód O2;
3. listu referencyjnego z 23 listopada 2011 r. wystawionego przez M.K. - dowód O3;

na okoliczność - nie posiadania przez M.K. doświadczenia na stanowisku kierownika budowy.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w powołaniu na niżej wskazaną argumentację.

W zakresie odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że wykonawcy składający ofertę w Postępowaniu pozostawali związani ofertą przez okres 30 dni od dnia upływu terminu składania ofert. Termin ten upływał w dniu 26.07.2019 r. W związku z powyższym Zamawiający w dniu 18.07.2019 r. zwrócił się do wykonawców z wnioskami o przedłużenie terminu związania ofertą na zasadzie przepisu art. 85 ust. 2 Pzp. Mając na uwadze fakt, że Zamawiający żądał od wykonawców wniesienia wadium, to przedłużenie terminu związania ofertą było dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą (vide art. 85 ust. 5 Pzp).

Okolicznością bezsporną, co przynajmniej sam Odwołujący, jest fakt że w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego z dnia 18 lipca 2019 r. dotyczący przedłużenia terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium, albo jeżeli nie byłoby to możliwe, wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, przedstawiciel Odwołującego złożył u Zamawiającego jedynie aneks do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Wykonawca nie przekazał Zamawiającemu oświadczenia co do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o czas wnioskowany przez Zamawiającego, złożonego przez osoby uprawnione do reprezentowania wykonawcy. Wykonawca nie wyraził przedmiotowej zgody również w jakiegokolwiek innej formie, np. za pośrednictwem poczty elektronicznej, czy faksu. Jedynie z faktu złożenia aneksu do gwarancji wadium Zamawiający mógłby domniemywać, że intencją wykonawcy jest przedłużenie terminu związania ofertą, biorąc pod uwagę okres obowiązywania gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium zmieniony dostarczoną do siedziby Zamawiającego aneksem.

Jak wskazano i szeroko uzasadniono w treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej okoliczność ta spowodowała konieczność odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na to, że w ocenie Zamawiającego przez takie zachowanie Odwołujący nie wyraził zgody (czyt. nie zachował się w tym zakresie aktywnie) na przedłużenie terminu związania ofertą na wniosek Zamawiającego w sposób wymagany przepisami Pzp w tym zakresie. Okoliczność taka stanowi bezwzględną przyczynę odrzucenia oferty stypizowaną w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp.

Wniosek w sprawie przedłużenia terminu związania ofertą wystosowany przez Zamawiającego był konkretny i czytelny o czym najlepiej świadczy fakt, że drugi z wykonawców nie napotkał problemów w jego należyтым wykonaniu. Z treści wniosku jednoznacznie wynikało, że wykonawca do którego zwrócono się z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą był obowiązany do dokonania trzech czynności, w tym przede wszystkim: „wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą zgodnie z wnioskiem Zamawiającego”, tj. złożenia oświadczenia woli odnoszącego się do wskazań zawartych we wniosku Zamawiającego - czasu na jaki wykonawca zgadza się, aby swą ofertą pozostać związany ze wszystkimi tego stanu rzeczy konsekwencjami. Tymczasem Odwołujący zdaje się dokonywać własnej interpretacji przepisów łącząc wystąpienie przedmiotowej przestanki odrzucenia oferty z sytuacją w której złożyłby oświadczenie „o braku zgody” (czyt. aktywnie wypowiedziałby się, że się nie zgadza).

Nieuzasadnione jest również powoływanie się przez Odwołującego na okoliczność, że we wniosku o udostępnienie załączników do protokołu wykonawca stwierdził, że „wydłużył termin związania ofertą”. Podkreślenie w treści wniosku o fakcie rzekomego „wydłużenia” terminu związania ofertą nie zastępuje w żaden sposób wyraźnego oświadczenia woli złożonego przez wykonawcę w terminie i w sposób jaki był ku temu wymagany. Twierdzenie że czegoś dokonał po upływie przeszło 2 tygodni na dokonanie jakiejś czynności nie powoduje, iż ta nie mająca miejsca czynność zostanie niejako „konwalidowana” i wywrze skutki z wsteczną mocą obowiązującą. Nie jest także żadnym argumentem fakt zadawania przez Odwołującego pytań do SIWZ, ponieważ te mogą być zadawane tylko przed terminem otwarcia ofert a więc jeszcze przed rozpoczęciem biegu terminu związania ofertą. Koniecznym było wyrażenie jednoznacznego stanowiska przez Odwołującego jeszcze przed upływem pierwotnie wyznaczonego terminu związania ofertą. Tylko w takim przypadku można mówić o przedłużeniu terminu, a więc utrzymaniu stanu związania wykonawcy ofertą, który to stan, w chwili składania oświadczenia przez Wykonawcę musi jeszcze istnieć, aby mógł zostać przedłużony.

Zamawiający zasygnalizował, że w sytuacji podzielenia przez Izbę Zapytrań co do prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego, powinna to skutkować dojściem do wniosku, że brak jest podstaw do merytorycznej oceny dalszych zarzutów odwołania gdyż ich rozpatrywanie nie będzie przekładać się na sytuację Odwołującego, co jest warunkiem koniecznym dla istnienia rozstrzygnięcia odwołania na jego korzyść. Tym samym odpadnie po stronie Odwołującego interes w rozpoznaniu odwołania, którym może być tylko i wyłącznie jego interes w toczącym się postępowaniu odwoławczym, a nie szeroko pojęty interes publiczny.

W kwestii zarzutów dotyczących Konsorcjum Zamawiający wyjaśnił, że jednym z kryteriów oceny ofert w Postępowaniu ustanowiono doświadczenie zaoferowanego Kierownika budowy. Punkty w tymże kryterium były przyznawane w sytuacji w której zaoferowany Kierownik budowy będzie posiadał doświadczenie nabyte po uzyskaniu wymaganych uprawnień poprzez pełnienie funkcji kierownika budowy na inwestycji - przez co najmniej 6 miesięcy, a w przypadku, gdy inwestycja trwała krócej to przez cały okres jej trwania (przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez Inwestora) - polegającej na budowie lub przebudowie lub remoncie obiektu mostowego o konstrukcji stalowej, o wartości tej inwestycji minimum 1.000.000,00 zł brutto, zgodnie z poniższym zestawieniem.

Brak ww. doświadczenia - wykonawca otrzyma 0 punktów;

Doświadczenie nabyte na 1 inwestycji - wykonawca otrzyma 10 punktów;

Doświadczenie nabyte na 2 inwestycjach - wykonawca otrzyma 15 punktów;

Doświadczenia nabyte na 3 i więcej inwestycjach - wykonawca otrzyma 20 punktów.

Doświadczenie Kierownika budowy ustalane było na podstawie wskazań (oświadczeń) wykonawców zawartych w części C Formularza ofertowego a dotyczących Opisu inwestycji (jej rodzaju i wartości), wykonawcy i inwestora, czy też Okresu pełnienia funkcji kierownika budowy na wskazanej Inwestycji. Powyższe stanowiło część oferty (jej treść) i jako takie było jawne od momentu otwarcia ofert. Warunkiem uznania oferty za zgodną z SIWZ, było posiadanie przez zaoferowaną na tę funkcję osobę wymaganych uprawnień budowlanych w określonej specjalności.

Przy tak skonstruowanym kryterium oceny ofert wykonawcy dokonali w swoich ofertach określonych wskazań. Żadne z tych wskazań nie wzbudziło podejrzeń ani zastrzeżeń Zamawiającego. Żaden z wykonawców do momentu wniesienia odwołania nie wskazywał na jakiegokolwiek uwagi w stosunku do wskazań zawartych w ofertach konkurencyjnych

Konsorcjum wskazało w ofercie, że zaoferowany przez niego Kierownik budowy nabył wymagane doświadczenie zawodowe na terenie Irlandii. W ocenie Zamawiającego, okoliczność ta, w szczególności w kontekście masowych wyjazdów polskich obywateli do pracy zarobkowej do tego kraju, nie stanowiła jakichkolwiek podstaw do podjęcia przez Zamawiającego wątpliwości, co do prawdziwości wskazań zawartych w ofercie Przystępującego. Konsorcjum wskazało, że M.K. posiada doświadczenie nabyte na dwóch inwestycjach. Zważywszy na to, że Formularz ofertowy zawierał wszelkie wymagane informacje, Zamawiający przyznał wykonawcy odpowiednią ilość punktów (2 Inwestycje - 15,00 pkt). M.K. posiada wymagane uprawnienia w określonej specjalności.

Do momentu złożenia odwołania Zamawiający nie miał powodów do podjęcia jakiegokolwiek wątpliwości, co do treści oferty Konsorcjum w kwestionowanym odwołaniem

zakresie i konieczności wdrożenia ewentualnej procedury wyjaśniającej w oparciu o przepis art. 87 ust. 1 Pzp. Gdyby na etapie Postępowania Odwołujący poinformował Zamawiającego o istniejących wątpliwościach w zakresie wskazań dotyczących doświadczenia M.K. Zamawiający byłby zmuszony niejako wdrożyć postępowanie wyjaśniające i rozwiązać tę kwestię. Tymczasem z niewiadomych względów Odwołujący czekał z przekazaniem tej informacji aż do momentu wniesienia środka ochrony prawnej. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający do czasu wniesienia odwołania nie miał najmniejszych powodów ku temu aby rozważać, czy w Postępowaniu zaktualizowały się przesłanki wykluczenia Konsorcjum.

W ocenie Zamawiającego, przedstawionym przez Odwołującego tezą i składanym na ich poparcie dowodom bardzo trudno przypisać przymiot pewności. Na chwilę składania przedmiotowego pisma Odwołujący powołuje się na:

1. Nawiązanie telefonicznego kontaktu z niesprecyzowanymi osobami, dzięki czemu udaje się ustalić, że cyt. „ww. instytucji nie jest znany fakt jakoby M.K. pełnił funkcję kierownika budowy na inwestycjach”;
2. wydruk z internetu (teraźniejszy) w postaci bazy danych Irlandzkiej Izby Inżynierów wskazujący na to, że M.K. do niej nie należy, co w ocenie Odwołującego miałoby znaczyć, że w latach 2008-2009 nie mógł pełnić wymaganych funkcji;
3. wydruk referencji z Internetu (czwarty wynik wyszukiwania w przeglądarce Google po wpisaniu „M.K.”) — referencje, których skan jest powszechnie dostępny, zostały podpisane przez M.K. pracującego w okresie ich wydania w firmie SKANSKA S.A. na stanowisku kierownika robót mostowych, co miałoby znaczyć, że w latach 2008-2009 nie mógł pełnić wymaganych funkcji.

Z powyżej przedstawionych informacji, nie sposób wyciągać tak daleko idących wniosków jak czyni to Odwołujący, i tak:

1. powoływanie się na „rozmowy telefoniczne”, z których wynika, że bliżej niezidentyfikowany rozmówca nie potwierdza osoby pełniącej funkcję kierownika budowy przeszło 12 lat temu w żaden sposób nie dowodzi tego, jakoby M.K. nie brał udziału w przedmiotowych Inwestycjach;
2. brak istnienia w wykazie Irlandzkiej Izby Inżynierów (obecnie), w żaden sposób nie dowodzi tego, jakoby M.K. nie brał udziału w przedmiotowych Inwestycjach, zważywszy na fakt zupełnej innej organizacji kwestii samorządu zawodowego i uprawnień budowlanych na terenie Republiki Irlandii;
3. okoliczność, że w 2011 r. M.K. pracował w firmie SKANSKA S.A. na stanowisku kierownika robót w żaden sposób nie dowodzi tego, że M.K. nie brał udziału w przedmiotowych Inwestycjach.

Przekazywane informacje w żaden sposób nie pozwalają na ustalenie zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez Przystępującego a rzeczywistością. Stan taki zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Powyższe jest warunkiem koniecznym dla jakichkolwiek rozważań, co do zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, czy też przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż tylko po uprzednim ustaleniu, że informacje przekazywane przez Konsorcjum nie oparte są na prawdzie można by przejść do badania motywacji, stopnia zawinienia i wreszcie skutków takiego działania. Na chwilę obecną wywód odwołania w tym zakresie stanowi zbiór bardzo luźnych pomówień.

W przedmiotowej sprawie niezgodność nie tyle nie jest jednoznaczna, co w ogóle nie została wykazana.

W tym kontekście należy również zwrócić uwagę na treść przepisu art. 24 ust. 9 Pzp, zgodnie z którym wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp. Przed jego dokonaniem, w sytuacji w której „nieścisłości” mogą wynikać z wielu przyczyn, Zamawiający niewątpliwie byłby obowiązany umożliwić wykonawcy przeprowadzenie procedury tzw. self-cleaning. Z tych względów wykluczenie wykonawcy (czy też odrzucenie jego oferty z przyczyn wskazywanych przez Odwołującego) w formie w jakiej wyobraża to sobie Odwołujący byłoby co najmniej przedwcześnie.

Niezależnie od powyższego Zamawiający dodał, że nawet w sytuacji w której w kryterium „Doświadczenie zaoferowanego Kierownika Budowy” Konsorcjum uzyskałoby 0 pkt, to nadal jego oferta pozostawałaby ofertą najkorzystniejszą. Nadmienił również, że Odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania także z tego względu, że cena oferty Odwołujące przekracza i tak już zwiększone dwukrotnie środki finansowe przeznaczone na realizację zamówienia. Sytuacja taka skutkować musiałaby unieważnieniem Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosiło Konsorcjum, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełnienia przez zgłoszone przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu zgłaszającego przystąpienie (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym.

W piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego Konsorcjum przedstawiło następującą argumentację.

W zakresie odrzucenia oferty Odwołującego Przystępujący wskazał, że już literalne brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp wskazuje, że wykonawca ma wyrazić zgodę, zaś zamawiający zobligowany jest do stwierdzenia czy wykonawca zgodę tę wyraził. Wykonawca musi wyrazić zgodę, co oznacza, że nie może ona być dorozumiana. Zamawiający nie może domyślać się, jakie były intencje wykonawcy. Podkreślił ponadto, że skoro oferta musi być złożona w formie pisemnej pod rygorem nieważności, to również w takiej formie powinny być składane oświadczenia składające się na essentialia negotii tej oferty. Mając to na względzie, należy uznać, że oświadczenie o przedłużeniu związania ofertą musi być zatem na tyle wyraźne i jednoznaczne, aby nie budziło wątpliwości. Jest to konsekwencja tego, że oświadczenie to nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a tym samym samo oświadczenie musi zawierać podstawy do jego weryfikacji oraz ustalenia zakresu oświadczenia.

Jest tak tym bardziej, że zgoda powinna określać przedłużony termin związania ofertą. Terminu tego nie wyznacza termin gwarancji wadialnej. Termin związania ofertą i gwarancji wadialnej mogą być bowiem różne, przy czym w interesie oferenta jest, aby termin gwarancji wadialnej nie był krótszy od terminu związania ofertą. Gdyby zaś - pomimo powyższego - dopuścić możliwość ustalania treści oświadczenia wykonawcy na podstawie jego zachowania, to interpretacja tego zachowania mogłaby być różna. Na tego rodzaju dowolność nie pozwala systemowa wykładnia przepisów Pzp. Dowolność ta, związana z możliwością interpretowania zachowania wykonawcy, jest niedopuszczalna także z tego względu, że zgoda z art. 85 ust. 2 Pzp stanowi oświadczenie woli. Mając to na względzie, zamawiający musi ustalić czy przedmiotowe oświadczenie to zostało złożone zgodnie z zasadami reprezentacji. Jest to znacznie utrudnione na gruncie oświadczeń dorozumianych.

Przekładając powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, uznać należy, że złożenie przez Odwołującego aneksu przedłużającego okres gwarancji wadialnej jest niewystarczające do ustalenia wyrażenia przez Odwołującego zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Milczące potwierdzenie pośrednio potwierdzone przedłożeniem dokumentów dotyczących wadium, jest na tyle niedookreślone, że nie można precyzyjnie ustalić ani jego treści (zakres i termin związania) ani osób składających to oświadczenie. Jest tak tym bardziej, że należy odróżnić dwie czynności materialne — czynność dotyczącą związania ofertą oraz czynność dotyczącą przedłużenia okresu wadium (gwarancji wadialnej). Potwierdza to treść wezwania Zamawiającego z dnia 18 lipca 2019 r., w którym Zamawiający wskazał, że przedłużenie terminu związania ofertą dopuszczalne było tylko wraz z przedłużeniem okresu obowiązywania wadium/wniesieniem nowego wadium. Co więcej, w tym wezwaniu Zamawiający wprost wypunktował czynności, które zobowiązany był podjąć każdy z wykonawców, aby przedłużyć termin związania ofertą. Wykonawca zobowiązany był przedłożyć te dokumenty, w tym zgodę, w ściśle określonym terminie. Dlatego też wszelkie okoliczności mające miejsce po tej nie mają znaczenia dla oceny skuteczności czynności odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego. Skoro zaś Odwołujący nie wyraził tej zgody w sposób jednoznaczny, dookreślony, pewny i weryfikowalny w szczególności pod kątem zasad reprezentacji Odwołującego, to jego oferta powinna zostać odrzucona (tak jak zrobił to Zamawiający). Zamawiający szczegółowo uzasadnił swoją decyzję o odrzuceniu w piśmie z dnia 13 września 2019 r., które to uzasadnienie Przystępujący w pełni popiera wskazując wprost, że podstawą odrzucenia oferty nie był brak związania ofertą, a sam brak wyrażenia przed oferenta zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

W kwestii zarzutów dotyczących prawdziwości informacji zawartych w swojej ofercie Przystępujący podał, że przedstawione informacje dotyczące M.K. przekazane zostały Zamawiającemu w dobrej wierze, zgodnie z zapewnieniami uzyskanymi od tej osoby oraz na podstawie dokumentów, które przedstawiła. Zgodnie z najlepszą wiedzą Przystępującego,

czynności, które wykonywał M.K. na terenie Irlandii obejmowały czynności właściwe dla kierowników budowy. Funkcja sprawowana przez M.K. na terenie Irlandii odpowiadała funkcji kierownika budowy w polskim systemie prawnym. Przystępujący uzyskał takie informacje od M.K. i działał w zaufaniu do tych informacji, skoro pracował on na terenie Irlandii, to z pewnością zdaje sobie sprawę z tego, jaką funkcję sprawował.

Na dowód rodzaju sprawowanych funkcji w Irlandii M.K. przedstawił Przystępującemu zaświadczenia. W związku z wątpliwościami Odwołującego, na obecnym etapie Konsorcjum uzyskało tłumaczenia przysięgłe tych dokumentów. Wynika z nich jednoznacznie, że M.K. posiada doświadczenie jako kierownik budowy w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Na tych dokumentach (w języku angielskim) oparł się Przystępujący przygotowując ofertę. Trudno przeciwstawić tym dokumentom argumenty Odwołującego dotyczące telefonicznych ustaleń z pracownikiem TII, jak i brak informacji o M.K. w Irlandzkiej Izbie Inżynierów (Engineers Ireland), ponieważ członkostwo w niej jest dobrowolne i nie poświadcza możliwości sprawowania funkcji kierownika budowy na terenie Irlandii z uwagi na fakt, że w Irlandii Kierownik budowy nie musi posiadać odpowiednich uprawnień budowlanych nadawanych przez państwo lub samorząd zawodowy.

Z powyższego wynika, że Przystępujący miał uzasadnione podstawy do twierdzenia, że M.K. posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego. Przekazanie tych informacji Zamawiającemu nastąpiło w dobrej wierze, z uwzględnieniem należytej staranności oraz dobrych obyczajów. Niezależnie zatem od prawidłowości zarzutów Odwołującego, nie można przypisać Przystępującemu działania celowego, świadomego, niepoprzedzonego wykazaniem należytej staranności czy nawet lekkomyślnego działania.

Innymi słowy, nie było możliwe wykluczenie Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp ze względu na nie wystąpienie przesłanek wynikających z tego przepisu. Gdyby na wcześniejszym etapie powstały jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące doświadczenia proponowanego kierownika budowy, to Przystępujący zweryfikowałby je. Następnie, Przystępujący mógłby albo potwierdzić wskazane dane albo zaproponować inną osobę na przedmiotowe stanowisko.

Niezależnie od powyższego Konsorcjum wskazało, że nawet jeżeli podane dane dotyczące doświadczenia M.K. byłyby nieprawidłowe, to nie oznacza to automatycznie, że czyn taki stanowi naruszenie uczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 Znk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący nie wykazał zaistnienia tych przesłanek. W istocie jednak nie jest to możliwe, bowiem trudno przypisać Przystępującemu celowość działania, czy brak należytej staranności w kontekście jego działania w dobrej wierze i na podstawie rzetelnych informacji.

Przystępujący zauważył ponadto, że nawet w przypadku zakwestionowania doświadczenia proponowanego kierownika budowy, powinien on uzyskać 0 pkt za doświadczenie kierownika budowy (tak: Rozdział XIV pkt 2 ppkt 3 SIWZ). Nie ulega bowiem wątpliwości, że Przystępujący wskazał osobę do pełnienia funkcji kierownika budowy. Punkty przyznawane były zaś za jego doświadczenie.

Liczba punktów przyznanych Przystępującemu, nawet bez doświadczenia kierownika budowy, i tak przekracza liczbą punktów przyznanych Odwołującemu, ponieważ Przystępujący uzyskałby 80 pkt (a nie 95 pkt), a Odwołujący uzyskałby 79,80 pkt (przy założeniu uzyskania 20 pkt w kryterium „doświadczenie zaoferowanego kierownika budowy”).

Podsumowując powyższe, nie można mówić o naruszeniu ustawy, które miałyby wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Konsorcjum wniosło o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. zaświadczenia z dnia 19 października 2009 r. wystawionego przez SIAC Construction Ltd. („SIAC”) wraz z tłumaczeniem z dnia 20 września 2019 r. przygotowanym przez tłumacza przysięgłego na zlecenie Przystępującego - dowód P1;
2. zaświadczenia z dnia 27 listopada 2009 r. wystawione przez M3 MOTORWAY wraz z tłumaczeniem z dnia 20 września 2019 r. przygotowanym przez tłumacza przysięgłego na zlecenie Przystępującego - dowód P2;

na okoliczność doświadczenia zawodowego M.K.

3. zeznań świadka M.K. - na okoliczność posiadanego doświadczenia zawodowego, rodzaju sprawowanej funkcji na terenie Irlandii, informacji przekazanych Przystępującemu w zakresie posiadanego doświadczenia na etapie formułowania przez Przystępującego oferty;

4. zeznań świadka A.B. - na okoliczność informacji przekazanych Przystępującemu przez M.K. na etapie formułowania przez Przystępującego oferty w zakresie posiadanego przez M.K. doświadczenia.

Na rozprawie Strony i Przystępujący podtrzymali przedstawione powyżej stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. wydruku korespondencji elektronicznej z 25 września 2019 r. od przedstawiciela TII do pełnomocnika Odwołującego, będącego odpowiedzią na pytania zawarte w treści dowodu O2 - dowód O4;
2. wydruku korespondencji elektronicznej z 27 września 2019 r. od pełnomocnika Odwołującego do SIAC z pytaniami o doświadczenie zawodowe M.K. wraz z odpowiedzią przedstawiciela SIAC z 30 września br. i załącznikami w postaci opisów stanowisk pracy „Structures Agent” (kierownik robót), „Site Engineer” (Inżynier budowy), „Sub Agent” (Podagent) - dowody O5;
3. zaświadczeń z 19 października i 27 listopada 2009 r. (dowody O6 i O7 tożsame z dowodami P1 i P2) wraz z tłumaczeniem przysięgłym tych dokumentów wykonanym na zlecenie Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę

oświadczenia i stanowiska Stron postępowania odwoławczego i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i zgłoszonym przystąpieniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła,

co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania. Tym samym Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego o braku interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania z uwagi na fakt, że - po pierwsze - Odwołujący, przy założeniu, że nie potwierdził się zarzut nieuprawnionego odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, zmierza do unieważnienia Postępowania, a po drugie - że cena oferty Odwołującego przekracza budżet Zamawiającego, wobec czego zajdzie konieczność unieważnienia Postępowania na zasadzie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. W przekonaniu składu orzekającego interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp należy interpretować szeroko, ergo nie odnosi się on wyłącznie do tej konkretnej procedury udzielenia zamówienia, w związku z którą wniesione zostało odwołanie. Co zaś dotyczy drugiego z argumentów, to okoliczności braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Konsorcjum, wniosku Zamawiającego z 18 lipca br. o wyrażenie przez Przystępującego zgody na przedłużenie terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, odpowiedzi Konsorcjum z 22 lipca br., wniosku Przystępującego z 13 sierpnia br. o udostępnienie protokołu Postępowania z załącznikami, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 13 września br. oraz dokumentów załączonych do odwołania, przystąpienia i przedstawionych na rozprawie. Na ich podstawie skład orzekający stwierdził, że nie ma potrzeby ponownego przytaczania okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, jako że przedstawione zostały one w pisemnych stanowiskach Stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą.

Z art. 85 ust. 2 Pzp wynika uprawnienie zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o oznaczony okres, nie dłuższy niż 60 dni. Z kolei z ust. 4 przywołanego przepisu wynika, że przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium. Oznacza to, że o prawidłowości postępowania wykonawcy decyduje jednoczesne podjęcie przez niego dwóch czynności - po pierwsze - złożenie oświadczenia o przedłużeniu wspomnianego terminu, po drugie - zabezpieczenie oferty wadium na przedłużony przez wykonawcę termin.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający skierował do Odwołującego wniosek o podjęcie wspomnianych powyżej czynności, przy czym - co istotne - treść wniosku nie pozostawiała wątpliwości w zakresie oczekiwań Zamawiającego dotyczących sposobu zachowania się adresata (Odwołującego). Niewątpliwie Odwołujący, składając w siedzibie Zamawiającego aneks do gwarancji ubezpieczeniowej, wykonał wyłącznie jedną z wnioskowanych przez Zamawiającego czynności. W konsekwencji, w ocenie składu orzekającego, Odwołujący wyczerpał swoim zachowaniem dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. Zdaniem Izby użyty w treści przywołanego przepisu zwrot „wykonawca nie wyraził zgody” odnosi się zarówno do sytuacji, w której wykonawca składa oświadczenie o takiej właśnie treści, jak i do sytuacji, w której wykonawca przejawia bierną postawę wobec wniosku zamawiającego, co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym.

Izba nie podzieliła zapatrywań Odwołującego, jakoby zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą mogła być dorozumiana i wynikać z całokształtu jego zachowania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie sposób nie zauważyć, że stanowisko takie przeczy zasadzie pisemności postępowania wynikającej z art. 9 ust. 1 Pzp.

Co zaś dotyczy przywołanego przez Odwołującego orzecznictwa KIO i sądów okręgowych, to odnosi się ono do sytuacji, w których wykonawca nie był wzywany przez Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. W konsekwencji wnioski z niego płynące nie zostały wzięte przez skład orzekający pod uwagę przy rozstrzygnięciu o przedmiotowym zarzucie odwołania.

Z uwagi na powyższe orzeczono, jak w pkt 2 sentencji wyroku.

Potwierdził się natomiast zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, tj. w warunkach przedstawienia przez Przystępującego informacji mogących wprowadzić Zamawiającego w błąd, mających wpływ na istotne decyzje podejmowane przez niego w Postępowaniu.

Zgodnie z Rozdziałem XIV ust. 2 pkt 3 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykonywał zamówienie przy udziale kierownika budowy posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej mostowej bez ograniczeń.

Zamawiający przyznawał ofercie wykonawcy punkty w kryterium „Doświadczenia zaofiarowanego kierownika budowy” w sytuacji, w której zadeklaruje wykonanie zamówienia przy udziale kierownika budowy posiadającego doświadczenie zawodowe nabyte po uzyskaniu wymaganych uprawnień w postaci pełnienia funkcji kierownika budowy na inwestycji (przy czym inwestycja winna być odebrana przez Inwestora) przez co najmniej 6 miesięcy, a w przypadku, gdy inwestycja trwała krócej - przez cały okres jej trwania - polegającej na budowie lub przebudowie lub remoncie obiektu mostowego o konstrukcji stalowej, o wartości minimum 1 mln zł brutto.

Ponadto Zamawiający pouczył wykonawców o treści art. 104 Prawa budowlanego dotyczącego zachowania uprawnień budowlanych w dotychczasowym zakresie przez osoby, które uzyskały je przed wejściem w życie tej ustawy oraz wyjaśnił w jaki sposób należy odczytywać zakres posiadanych uprawnień, tj. zgodnie z treścią decyzji i w oparciu o przepisy stanowiące podstawę ich nadania.

Konsorcjum w złożonej ofercie powołało się na doświadczenie M.K. nabyte przy realizacji dwóch inwestycji na terenie Irlandii, a to: (1) budowy obiektu mostowego stalowego, łukowego wykonanego metodą nasuwania podłużnego (obiekt mostowy nad autostradą M50 w Dublinie na węźle N7 RedCow - Ballymount) oraz (2) budowy obiektu mostowego trzyprzęsłowego, stalowego, zespolonego w ramach inwestycji polegającej na budowie autostrady M3 Clonee - Kells, na których ww. pełnił funkcję kierownika budowy. Wykonawcą tych inwestycji byli SIAC oraz Ferrovial S.A. z siedzibą w Madrycie. W związku z tą okolicznością ofercie Przystępującego przyznane zostało 15 pkt.

W ocenie Izby zgromadzony w sprawie materiał dowodowy przedstawiony przez Odwołującego potwierdza, że M.K. nie posiada zadeklarowanego przez Konsorcjum doświadczenia na stanowisku kierownika budowy na ww. inwestycjach. Po pierwsze, jak wynika z treści dowodu O5 kierownikami budowy na inwestycjach polegających na budowie (modernizacji) autostrad M3 i M50 były inne niż M.K. osoby (odpowiednio, M.H. oraz G.D.). Powyższe koresponduje z treścią przedstawionego przez Odwołującego i Przystępującego zaświadczenia z 19 października 2009 r. (dowody P1 i O6). W każdym ze złożonych tłumaczeń tego dokumentu M.K. określony jest mianem inżyniera. Ponadto na jego podstawie nie można zidentyfikować jakichkolwiek obowiązków kierownika budowy, które w związku z realizacją wspomnianych w ich treści inwestycji miałyby wykonywać M.K.

Z kolei w kwestii drugiej z powołanych przez Przystępującego inwestycji, w odniesieniu do której Konsorcjum i Odwołujący przedstawili odmienne tłumaczenia tego samego dokumentu (zaświadczenia z 27 listopada 2009 r. - dowody P2 i O7), w zakresie odnoszącym się do nazwy funkcji sprawowanej przez M.K., Izba dała wiarę stanowisku Odwołującego. Było to podyktowane porównaniem treści wspomnianych w tym dokumencie obowiązków wykonywanych przez M.K. [wnoszenie konstrukcji (zarządzanie produkcją konstrukcji, kontrolowanie kosztów (nadzorowanie kosztów) i zapewnienie najwyższych standardów bezpieczeństwa pracy (zapewnienie bezpieczeństwa na najwyższym poziomie)] z uzyskanym przez Odwołującego od SIAC opisem stanowiska pracy kierownika robót (zob. dowody O5), z którego wynika, że pomaga on kierownikowi budowy w realizacji kontraktu. Opis stanowiska uzyskany został od SIAC, tj. podmiotu który zatrudniał M.K. Z dokumentów tych wynika rozróżnienie funkcji kierownika robót (structures agent - sformułowanie użyte w treści zaświadczenia z 27 listopada 2009 r.) od funkcji kierownika budowy (project manager).

Mając powyższe na uwadze skład orzekający doszedł do przekonania, że Konsorcjum działało niedbale przedstawiając Zamawiającemu nieprawdziwe informacje (tj. informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy) odnośnie doświadczenia zawodowego M.K., co ad casum miało wpływ na podjęcie przez Zamawiającego istotnej decyzji w Postępowaniu, polegającej na przyznaniu Przystępującemu dodatkowych punktów w kryterium „Doświadczenia zaoferowanego kierownika budowy”. Podkreślenia wymaga, że podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności zamawiającego i wykonawcy oceniać należy przez pryzmat przepisu art. 355 ustawy z 23 kwietnia 1964 r - Kodeks cywilny Dz.U. z 2019 r., poz. 1145 j.t.), zwanej dalej „Kc”, a to z uwagi na odesłanie zawarte w art. 14 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 355 § 1 Kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Z kolei w odniesieniu do profesjonalistów, za których uznać należy wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, miernik staranności ulega podwyższeniu, ponieważ art. 355 § 2 Kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Okoliczności sprawy wskazują, że Przystępujący wymogowi temu nie sprostął, skoro - jak sam stwierdził - oparł się jedynie na zapewnieniach M.K. W przekonaniu składu orzekającego od Konsorcjum należało oczekiwać zweryfikowania tych zapewnień na podstawie dokumentów potwierdzających, po pierwsze, posiadanie przez ww. osobę wymaganych uprawnień (zgodnie z XIV ust. 2 pkt 3 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykonywał zamówienie przy udziale kierownika budowy posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej mostowej bez ograniczeń, stąd argumentacja Konsorcjum, że w Irlandii nie jest wymagane posiadanie uprawnień budowlanych nie mogła się ostać), po drugie - wykonywanie przez M.K. obowiązków kierownika budowy, ponieważ wyłącznie takiego doświadczenia Zamawiający oczekiwał. Przystępujący weryfikacji takiej zaniechał, wobec czego - zważywszy na nieprawdziwość omówionych informacji i ich istotny wpływ na podjęcie przez Zamawiającego na ich podstawie czynności w Postępowaniu, jaką było przyznanie ofercie Konsorcjum punktów w kryterium pozacenowym (choć skutek taki, na gruncie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, nie jest wymagany) - podlega wykluczeniu na podstawie wzmiankowanego przepisu.

W przedstawionych powyżej okolicznościach wyłączona jest, w ocenie składu orzekającego, możliwość skorzystania przez Przystępującego z procedury tzw. self-cleaningu, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 8 Pzp. Rozważając tę kwestię należy zauważać, że warunkiem sine qua non możliwości skorzystania z samooczyszczenia jest przyznanie się przez wykonawcę, że w stosunku do niego istnieje jedna z podstaw do wykluczenia z postępowania, wskazana w art. 24 ust. 8 Pzp. Tylko w takiej sytuacji można rozważyć skuteczność podjętych przez wykonawcę środków potwierdzających jego rzetelność. W przedmiotowej sprawie Przystępujący konsekwentnie kwestionował okoliczność przedstawienia Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd.

Pozostałe przedstawione przez Odwołującego dowody (O1-O4) zostały przez skład orzekający pominięte przy rozstrzygnięciu o konieczności wykluczenia Konsorcjum z Postępowania, jako że nic do sprawy nie wniosły, tj. nie stanowiły potwierdzenia prawdziwości/nieprawdziwości informacji zawartych w ofercie Przystępującego.

Izba oddaliła wnioski Konsorcjum o przesłuchanie świadków - M.K. i A.B. na okoliczności wskazane w zgłoszonym przystąpieniu stwierdzając, że zostały powołane jedynie dla zwłoki. Nie ma bowiem znaczenia jakie informacje zostały Przystępującemu przekazane przez M.K. na etapie przygotowywania oferty, skoro ostatecznie Konsorcjum - wbrew wnioskowi płynącemu z omówionego powyżej materiału dowodowego - podało niezweryfikowane i, jak się okazało, nieprawdziwe informacje.

Mając na względzie wskazane powyżej zapatrywania orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

Skład orzekający nie zgodził się natomiast z dalej idącą argumentacją Odwołującego, jakoby w opisanych powyżej okolicznościach uzasadniających wykluczenie Konsorcjum z Postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona, jako że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 Znk. Jakkolwiek przywołana regulacja przewiduje uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji, to jednak jego stwierdzenie wymaga precyzyjnego wskazania jakie to przepisy lub dobre obyczaje zostały w określonym stanie faktycznym naruszone. Z lakonicznego uzasadnienia tego zarzutu odwołania okoliczności takie nie wynikają, co więcej - Odwołujący powołał się na umyślność działania Przystępującego, której to Izba nie stwierdziła, wobec czego zarzut nie mógł zostać uwzględniony, czemu Izba dała wyraz w pkt 2 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 3 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 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 (Dz.U. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przewodniczący: .....