Sygn. akt: KIO 1149/17

WYROK
z dnia 22 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 czerwca 2017 r. w W.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **5 czerwca 2017 r.** przez wykonawcę **M.G. Sp. z o.o., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **1) P.P.L.K., (...), w imieniu, której działa P.P.L.K. S.A. C.R.I. (...); 2) Województwo Mazowieckie - Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w W., ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa; 3) Miasto Sulejówek, ul. Dworcowa 55,05-070 Sulejówek - Zamawiającym upoważnionym do przeprowadzenia niniejszego postępowania w imieniu i na rzecz pozostałych Zamawiających jest P.P.L.K. S.A; jednostką prowadzącą postępowanie jest: P.P.L.K. S.A, C.R.I. R.C., (...)**

przy udziale wykonawcy **M.P. Sp. z o.o., (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) M.K. Sp. z o.o. z siedziba w M.K. (Lider); 2) J.P. Sp. z o.o. z siedziba w W. (Partner); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: (...)** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **M.G. Sp. z o.o., (...)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **M.G. Sp. z o.o., (...)** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od wykonawcy **M.G. Sp. z o.o., (...)** na rzecz **1) P.P.L.K., (...), w imieniu, której działa P.P.L.K. S.A. C.R.I. (...); 2) Województwo Mazowieckie - Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w W., ul. Mazowiecka 14,00-048 Warszawa; 3) Miasto Sulejówek, ul. Dworcowa 55,05-070 Sulejówek - Zamawiającym upoważnionym do przeprowadzenia niniejszego postępowania w imieniu i na rzecz pozostałych Zamawiających jest P.P.L.K. S.A; jednostką prowadzącą postępowanie jest: P.P.L.K. S.A, C.R.I. R.C., (...)** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawa.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 1149/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu

nieograniczonego na: *„Dokumentacja projektowa na potrzeby realizacji zadania polegającego na budowie tunelu drogowego w ciągu drogi wojewódzkiej nr 638 z jednoczesną likwidacją przejazdu kolejowego w poziomie szyn w km 19.376 linii kolejowej nr (…) oraz przebudowie układu drogowego dowiązującego do planowanego tunelu drogowego., w zakresie inwestycji P.P.L.K. S,A. realizowanego w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych w drogami Etap II cześć wiaduktowa" (POIIŚ 5.1-21), IREZA1h-216-70/16/17,* zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2017/S 024-042502 z 02.03.2017 r., przez 1) P.P.L.K., (...), w imieniu, której działa P.P.L.K. S.A. C.R.I. (...); 2) Województwo Mazowieckie - Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w W., ul. Mazowiecka 14,00-048 Warszawa; 3) Miasto Sulejówek, ul. Dworcowa 55,05-070 Sulejówek - Zamawiającym upoważnionym do przeprowadzenia niniejszego postępowania w imieniu i na rzecz pozostałych Zamawiających jest P.P.L.K. S.A.; jednostką prowadzącą postępowanie jest: P.P.L.K. S.A., C.R.I. R.C., (...) zwany dalej: *„Zamawiającym”.*

W dniu 25.05.2017 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponownym wyborze. Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła oferta - M.G. Sp. z o.o., (...) zwana dalej: *„M.G. Sp. z o.o.”* albo *„Odwołującym”.*

W dniu 05.06.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) M.G. Sp. z o.o. wniosło odwołanie na w/w czynność z 25.05.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 05.06.2017 r. (faxem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie
1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez nie przyznanie Odwołującemu dodatkowych 3 punktów;
2. art. 65 k.c. w związku z art. 5 k.c i w zw. z art. 14 Pzp, bowiem ewentualna czynność zamawiającego uniemożliwiała Odwołującemu zapoznanie się z treścią oświadczenia Zamawiającego;
3. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, z uwagi na podanie przez Konsorcjum informacji wprowadzających w błąd i mających wpływ na wynik postępowania;
4. art. 7 ust. 1 i 2 Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp, bowiem postępowanie nie jest prowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe

traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, w konsekwencji trudno mówić o zachowaniu zasady bezstronności i obiektywizmu przez osoby po stronie Zamawiającego, przez co doszło do naruszenia art. 7 ust. 3, który wyraźnie stanowi że zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej z 25.05.2017 r.,
2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert, wykluczenia Wykonawcy wybranemu z postępowania oraz przyznania Odwołującemu dodatkowych 3 punktów.

Zamawiający ponownie dokonał oceny złożonych w przedmiotowym postępowaniu i przekazał w dniu 25.05.2017 r. stosowne zawiadomienie w tym zakresie. W wyniku ponownej oceny oferta Odwołującego uzyskała łącznie 93,49 pkt, w tym: - w ramach kryterium "Całkowita cena brutto" - 29,49 pkt; -w ramach kryterium "Czas realizacji umowy" - 20 pkt; - w ramach kryterium "Organizacja, kwalifikacje, Kryterium "Czas realizacji umowy" doświadczenie" - 44,00 pkt. Odwołujący poinformował Zamawiającego o błędnym wyliczeniu punktów i chociaż Zamawiający w większości zgodził się z argumentacją przedstawioną przez Odwołującego , to jednak w dodatkowym piśmie z dnia 30 maja b.r. wskazał, że doświadczenie projektanta z branży srk uznaje za nie spełniające wymagań, co skutkowało brakiem możliwości przyznania 3 dodatkowych punktów w ramach podkryterium „Dodatkowe doświadczenie projektantów'". Zamawiający podkreślił, że dla Pana Karola Pytel wskazanego przez Odwołującego na stanowisko projektanta branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, wykazano wykonanie 4 dokumentacji w okresie wcześniejszym niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający odwołał się też do pisma z dnia 16.03.2017r. nr lREZAlh-216-70-6/16/17 dotyczącego wyjaśnienia treści SIWZ, i w nawiązaniu do odpowiedzi na pytanie nr 10 wskazał, że punkty mogą być przyznane jedynie za dokumentacje wykazane ponad spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający stanął na stanowisku, że jeżeli wykazując wykonanie

dokumentacji na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu dla projektanta, to Wykonawca miał świadomość co do ograniczenia czasowego w postaci 5 lat przed upływem terminu składania ofert, i powinien to samo kryterium czasowe przenieść na grunt wykazu wykonanych dokumentacji na potrzeby oceny ofert.

Następnie Odwołujący przedstawił w odwołaniu argumentacje odnośnie pierwszego oraz drugiego zarzutu. Izba z uwagi na wycofanie tego zarzutu na rozprawie przez Odwołującego nie widzi konieczności jej przytaczania.

W dalszej kolejności Odwołujący przedstawił w odwołaniu argumentacje dotyczącą zarzutu trzeciego dotyczącego tak osoby p. M.B., jak i p. R.K.. W zakresie tej ostatniej osoby zarzut został na rozprawie wycofany przez Odwołującego. Izba przy czym

przytoczy w tym zakresie treść zarzutu w całości z powodu odnoszenia się w swoim uzasadnieniu do treści tego zarzutu zawartego w odwołaniu.

Odwołujący określił ten zarzut – jako: *„Wykluczenie Konsorcjum z postępowania, gdyż od wykonawców uczestniczących w przetargach wymaga się dochowania należytej staranności, przyjmując domniemanie,* że *podmiot trudniący się zawodowo daną działalnością potrafi działać z należytą ostrożnością przy uwzględnieniu czego trzeba barć pod uwagę różne postacie niedbalstwa.”.* A następnie stwierdził.

Konsorcjum w ofercie wskazało: /tutaj w odwołaniu Odwołujący powołał się na skan wykazu osób – złożony w postępowaniu przetargowym na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 f Pzp – fragment dotyczący p. M.B., jako Koordynator Projektu w wykazywanym projekcie/.Tymczasem umowa nr 90/114/0010/13/Z/I/ z dnia 26.07.2013 r. dla wykazanego projektu /pierwsza strona dokumentacji dotyczącej tej umowy - wskazywała zgodnie z powołaniem z odwołania - p. A.B. jako Koordynatora Projektu/.

Następnie w odwołaniu stwierdza się:

„Jako koordynatora projektu dla zadnia „Modernizacja linii kolejowej Nr 7 W. -D. na odcinku O. - L. - Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)" - odcinek P. - D. w km 55,600 - 107,283 wykazała się Panem M.B., natomiast na stronie tytułowej dokumentacji dotyczącej umowy nr 90/114/0010/13/Z/I z dnia 26.07.2013 r. widnieje Pan A.B. jako Koordynator Projektu (Generalny Projektant).”

Następnie Odwołujący przechodzi do p. R.K. powołuje się /tutaj w odwołaniu na skan wykazu osób – złożony w postępowaniu przetargowym na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 f Pzp – fragment dotyczący p. R.K./.

Dalej stwierdza co następuje: „wyroku *z 11.02.2015 r., sygn. akt KIO 177/15, które zostało również podzielone w uzasadnieniach wyroków wydanych: 27.03.2015 r., sygn. akt KIO 491/15, 13.01.2016 r., sygn. akt: KIO 2809/15, 26.01.2016 r., sygn. akt KIO 1/16, 17.05.2016 r., sygn. akt: KIO 673/15, czy 24.06.2016 r., sygn. akt: KIO 1010/16, tyczące się składania w postępowaniu o zamówienie publiczne nierzetelnych informacji.*

Zdaniem Odwołującego, M.K. wykonały projekt budowlany wielobranżowy i dostały pozwolenie na budowę. Następnie został ogłoszony przetarg, gdzie zamawiający udostępnił ten projekt budowlany ale bez projektu wykonawczego urządzeń SRK, gdyż:
1) Dokumentacja projektowa przedłożona przez Zamawiającego obejmowała w zakresie projektów budowlanych i projektów wykonawczych niżej wymienionych branż;
Projekty budowlane - urządzenia sterowania ruchem klejowym
Projekty budowlane - sieci i urządzenia telekomunikacyjne

Projekty budowlane i wykonawcze - sieć trakcyjna
Projekty budowlane i wykonawcze - elektroenergetyka
Projekty budowlane i wykonawcze - branża torowa
Projekty budowlane i wykonawcze - perony i mała architektura. W celu zweryfikowania prawidłowości argumentacji Odwołującego, odnieść powyższe należy do informacji znajdujących się pod linkiem do przetargu na roboty budowlane: https://zamowienia.plk-sa.pl/servlet/HomeServlet?MP_module=main&MP_action=noticeDetails&demandIdentity=150887¬iceIdentity=6825&expired=1
2) Dopiero, w ramach tego przetargu Zamawiający nałożył obowiązek abv: Wykonawca

opracuje lub zapewni opracowanie następujących projektów:
1. Projekty wykonawcze:
Projekty wykonawcze - urządzenia sterowania ruchem kolejowym
Projekty wykonawcze -sieci i urządzenia telekomunikacyjne
Projekty wykonawcze - urządzenia ERTMS/ETCS
3) Konsorcjum więc prawidłowo wskazało projekty budowlane w wykazie osób przy projektancie M. Błach (cz. VI str. 3): (…)"
/tutaj w odwołaniu – ten sam fragment wykazu osób co poprzednio dla tej osoby/
„4) *Natomiast przy projektancie SRK p. R.K. nieprawidłowo wskazało doświadczenia w opracowaniu zarówno w projektu budowlanego jak i projektu wykonawczego (cz. VI str. 5-6) - zdanie nieprawdziwe „i projekt wykonawczy branży srk (…)"*
/tutaj w odwołaniu – ten sam fragment wykazu osób co poprzednio dla tej osoby/
„*Z powodów przedstawionych powyżej, Zamawiający miał obowiązek zastosować art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, zgodnie z którym 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. Reasumując, w stanie prawnym obowiązującym w przed nowelizacją z lipca 2016r. dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp konieczne było stwierdzenie,* że: *po pierwsze - wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, po drugie - stanowiło to poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, po trzecie - wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa. Zdaniem Odwołującego powyższy pogląd nie stracił na aktualności.*

Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp statuuje odrębne i niezależne od siebie podstawy wykluczenia z postępowania, a zatem wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie zawsze musi się wiązać z wykluczeniem za niewykazanie spełniania tych warunków, co również wskazuje na to, że *wyłącznie w tym drugim przypadku konieczne jest uprzednie wezwanie do uzupełnienia dokumentów, jeżeli z treści pierwotnie złożonych nie wynika takie potwierdzenie. Za wyrokiem Izby sygn. akt: KIO 2384/16, wpływ na wynik postępowania (poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego) jest nie do zaakceptowania z punktu widzenia naczelnych zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Prowadziłaby to również do odmiennego traktowania wykonawców, którzy są winni poważnego wprowadzenia w błąd Zamawiającego, w zależności od tego, czy dotyczyło to treści oferty, czy też warunków udziału w postępowaniu, względnie potwierdzenia zgodności dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego. Wyłącznie w tym drugim przypadku mogłoby dojść do zastąpienia nieprawdziwej informacji zupełnie inną ale prawdziwą informacją, gdyż co do zasady zmiana treści oferty nie jest dopuszczalna w ogóle.*
Konsorcjum więc można przypisać co najmniej niedbalstwo, czyli niedołożenie należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. A przecież na podstawie art. 14 Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju {należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (uzasadnienie wyroku SN z 10.03.2004 r., sygn. akt IV CK 151/03}. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle *ogólnego doświadczenia* życiowego *oraz konkretnych okoliczności {uzasadnienie wyroku SN z 23.10.2003 r., sygn. akt V CK 311/02}. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art, 355 § 2 kc precyzuje,* że *należytą staranność dłużnika*

w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa

ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.
Zgodnie z ugruntowanym od co najmniej dekady orzecznictwem Izby Odnośnie stosowania art. 26 ust. 3 Pzp w kontekście podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, które znajduje zastosowanie do art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, należy w pełni podzielić stanowisko, wyrażane właśnie uprzednio, że nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania nie można w trybie art. 26 ust. 3 Pzp zastępować inną informacją, choćby była prawdziwa i również wskazywała na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Jeżeli wykonawca przedstawia nieprawdziwe informacje, które są podstawą pozytywnej weryfikacji, nie można jednocześnie twierdzić, że wymagają one uzupełnienia. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna czy błędna. Tymczasem przesłanką zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp jest sytuacja, w której oświadczenia lub dokumenty zawierają tego rodzaju błędy, że z ich treści nie wynika potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.".

Zarzut czwarty nie został poparty argumentacją w odwołaniu, ale stanowi niejako konsekwencje wcześniejszych, wobec podtrzymania na rozprawie ostatecznie tylko zarzutu wobec p. M.B., jest on jego konsekwencją.

Zamawiający w dniu 06.06.2017 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 09.06.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) M.P. Sp. z o.o., (...) zwana dalej: *„M.P. Sp. z o.o."* albo *„Przystępującym"* zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 08.06.2017 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Konsorcjum Firm: 1) M.K. Sp. z o.o. z siedziba w M.K.; 20 J.P. Sp. z o.o. z siedziba w W. zwane dalej: *„Konsorcjum M."* albo *„Przystępującym"* zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 20.06.2017 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której

oddala w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym na posiedzeniu. Z uwagi na wycofanie większości zarzutów Izba przytoczy jedynie argumentacje Zamawiającego odnośnie zarzutu trzeciego. Względem doświadczenia p. M.B.. Podniósł Przystępujący wskazał jako osobę mającą pełnić funkcję Głównego projektanta - Koordynatora Projektu p. M.B. wskazując w opinie doświadczenia:
• Zajmowane stanowisko: *„Koordynator Projektu",*
• Opis doświadczenia: *„Doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który opracował wielobranżową dokumentację projektową (PB) w zakresie m.in. branży kolejowej, drogowej i mostowej dla inwestycji pn. „Modernizacja linii kolejowej nr (…) W. - D. na odcinku O. - L. - Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)" - Odcinek P. - D..".* Odwołujący w odwołaniu wskazał, iż ww. osoba nie pełniła ww. funkcji przy realizacji ww. zamówienia powołując jako dowód pierwszą stronę dokumentacji dotyczącej umowy nr 90/114/001/13/Z/I z dnia 26.07.2013 r. (umowa dot. realizacji ww. zamówienia), gdzie jako Koordynator Projektu widnieje p. A.B.. W świetle powyższego Odwołujący wywiódł, iż Konsorcjum wskazało w ofercie nieprawdziwe informacje, wprowadzające w błąd

Zamawiającego.

Zamawiający pomija fakt, iż wykluczenie wykonawcy na podstawie *ww.* przepisów zgodnie z orzecznictwem KIO powinno być poprzedzone procedurą wezwania wykonawcy do wyjaśnień, a Odwołujący nie poczynił zarzutu w tym zakresie, w związku z tym uwzględnienie odwołania powodowałoby konieczność podjęcia przez Zamawiającego czynności niezgodnych ze stanowiskiem orzecznictwa oraz obowiązujących przepisów. Zamawiający wskazuje, iż dysponuje dokumentami potwierdzającymi posiadanie doświadczenia przez p. B. w zakresie wskazywanym w Wykazie osób - w załączeniu przekazuje dowód studium: Projekt budowlany dla przedmiotowej inwestycji: Tom 2.2 -In.3 stacja D. odcinek 12 od kmlOl+520 do 107+283, wiadukt 106+546 - gdzie jako Główny Projektant koordynator projektu został wskazany p. Błach. W świetle posiadanych przez Zamawiającego dokumentów dalsza polemika w tym zakresie wydaje się być zbędna. W powyższego jednoznacznie wynika, iż ww. osoba spełnia warunek udziału w postępowaniu, a przedstawione przez Konsorcjum informacje posiadają odzwierciedlenie w rzeczywistości.

Względem doświadczenia Doświadczenie p. R.K.. Przystępujący wskazał na stanowisko Projektanta w branży srk osobę p. R.K., dla którego wskazało doświadczenie w zakresie:

• *„Opracował dokumentację projektową (projekt budowlany i wykonawczy) branży srk dla linii kolejowych wyposażonych w komputerowe systemy srk dla inwestycji pn. Szlak P. - G. w ramach inwestycji pn. „Modernizacja linii kolejowej nr (…) W. - D. na odcinku O. - L. - Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)" - Odcinek P. - D. w km 55,600 - 107, 283".* Odwołujący stanął na stanowisku, iż Konsorcjum powinno zostać

wykluczone z postępowania, gdyż *„M.K. wykonały projekt budowlany wielobranżowy (...) ale bez projektu wykonawczego".* Wskazane zostało, iż w ramach ww. inwestycji wykonano wyłącznie projekt budowlany. W związku z powyższym Odwołujący wywiódł, iż Konsorcjum wskazało nieprawdzie informacje co do zakresu posiadanego doświadczenia ww. projektanta. W celu potwierdzenia swojego stanowiska Odwołujący przywołał zapisy specyfikacji dotyczącej wykonania przedmiotowej inwestycji, które miały potwierdzić faktyczny zakres wykonywanych przez Konsorcjum prac. Zamawiający wskazał, iż przepisy art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 Pzp wymagają wykazania, że wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje *„mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego".* W niniejszym stanie faktycznym wskazanie w Wykazie, że *ww.* osoba wykonywała również projekt wykonawczy pozostaje bez wpływu na decyzję Zamawiającego, gdyż sama okoliczność realizacji jedynie projektu budowlanego pozwoliła Zamawiającemu stwierdzić, iż *ww.* osoba spełnia warunek z IDW. Zamawiający w tym miejscu pragnie wskazać, iż zgodnie z treścią IDW osoba mająca pełnić funkcję Projektanta w branży srk miała wykazać się doświadczeniem w następującym zakresie: *„W okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert opracował w charakterze projektanta w danej branży, co najmniej 2 dokumentacje projektowe (obejmujące projekt budowlany lub projekt wykonawczy) dla remontu lub rewitalizacji linii, budowy lub przebudowy zelektryfikowanych linii kolejowych, wyposażoną w komputerowe systemu urządzeń srk (sterowania ruchem kolejowym)" - vide:* pkt 8,6 IDW. Zauważenia wymaga, iż Zamawiający celowo posłużył się w treści ww. warunku wyrazem „lub". Oznacza to, że wykonawca celem wykazania się spełnianiem warunku mógł albo wykazać doświadczenie w opracowaniu projektu budowlanego albo doświadczenie w opracowaniu projektu wykonawczego albo oba projekty. Przywołał wyrok KIO o sygn. akt: KIO/UZP 459/09. Dlatego też sama okoliczność, iż p. K. posiada doświadczenie w opracowaniu projektu budowlanego wystarczyło do przyjęcia, iż nie ma podstaw do kierowania do Konsorcjum wezwania do wyjaśnień czy też uzupełnień w zakresie Wykazu osób. Nawet jeśli zatem informacja, iż dokumentacja dotyczyła również projektu wykonawczego jest zgodna ze stanem rzeczywistym, to informacja ta nie ma znaczenia dla wyniku postępowania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz obu Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Odwołujący, którego oferta była drugą ofertą, która została złożona i nie została ani odrzucona, ani też Wykonawca nie został wykluczony z udziału w postępowaniu, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności treści ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ (część I IDW), wykazu osób – załącznik nr 6 SIWZ (część I IDW), Opisu przedmiotu zamówienia (Cz. III IDW), oferty Przystępującego po stronie Zamawiającego, wezwania w trybie art. 26 ust. 2 f Pzp z 12.04.2017 r., złożonego w odpowiedzi z 19.04.2017 r. wypełnionego wykazu osób, którymi dysponuje Wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia oraz zawiadomienia z 25.05.2017 r. W poczet materiału dowodowego zaliczono również wszystkie załączniki do odpowiedzi na odwołanie złożone na posiedzeniu przez Zamawiającego /pierwsze strony dokumentacji projektowych/ oraz złożone dodatkowo 2 pierwsze strony dokumentacji projektowych złożone na rozprawie przez Zamawiającego, jak i 11 kopii decyzji administracyjnych wraz z załącznikami /pierwszymi stronami dokumentacji projektowych/ złożonymi przez Przystępującego po stronie Zamawiającego na rozprawie, a nadto zestawienie osób z 20.06.2017 r. również złożone na rozprawie przez Przystępującego po stronie Zamawiającego. W poczet zaliczono również pierwsze strony dokumentacji projektowych złożone na rozprawie przez Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, odpowiedź na odwołanie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:
1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez nie przyznanie Odwołującemu dodatkowych 3 punktów;

2. art. 65 k.c. w związku z art. 5 k.c i w zw. z art. 14 Pzp, bowiem ewentualna czynność zamawiającego uniemożliwiała Odwołującemu zapoznanie się z treścią oświadczenia Zamawiającego;
3. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, z uwagi na podanie przez Przystępującego po stronie Zamawiającego informacji wprowadzających w błąd i mających wpływ na wynik postępowania /dotyczy p. M.B. i p. R.K./;
4. art. 7 ust. 1 i 2 Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp, bowiem postępowanie nie jest prowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, w konsekwencji trudno mówić o zachowaniu zasady bezstronności i obiektywizmu przez osoby po stronie Zamawiającego, przez co doszło do naruszenia art. 7 ust. 3, który wyraźnie stanowi że zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie zwłaszcza w kontekście stanowiska Izba podanego w uzasadnieniu poniżej. Izba odniesie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywanego zarzutu.

Nadto, Izba ponownie wskazuje na wycofanie w połowie rozprawy większości zarzutów odwołania.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Izba nie będzie rozpatrywać zarzutów które zostały wycofane przez Odwołującego, czyli zarzutu pierwszego, drugiego oraz trzeciego w odniesieniu do p. p. R.K..

W wyniku wycofania większości zarzutów, Izba odniesie się jedynie do zarzutu trzeciego dotyczącego – p. M.B.. Przy czym, wymaga podkreślenia, że w jej ocenie, Odwołujący podczas rozprawy de facto przebudował pierwotny zarzut zawarty w odwołaniu formułując zupełnie nowy zarzut. Należy zauważyć, że nie wystarczy sfomułować podstawę prawną zarzutu, a następnie dostosować istniejącą podstawę faktyczną w toku rozprawy, w odpowiedzi na pisemne stanowisko Zamawiającego i jego argumentacje, jak i argumentacje Przystępującego po stronie Zamawiającego na rozprawie.

W ocenie Izby, Odwołujący w odwołaniu, jedynie kwestionował wskazanie w wykazie osób – załącznik nr 6 do SIWZ – przedłożonym w trybie art. 26 ust. 2 f Pzp, osobę p. M. B.

jako Koordynatora Projektu, a w ocenie Odwołującego winna być wskazana jako Koordynator Projektu osoba p. A.B. dla wykazywanego projektu.

Odwołujący nie podnosił w odwołaniu, tego, że osoba p. M.B. nie miała doświadczenia w kierowaniu zespołem projektowym, który opracował wielobranżową dokumentacje projektową w trzech wymaganych branżach, a jedynie w branży mostowej.

W konsekwencji brak było sformułowania zarzutu przedstawienia informacji wprowadzającej w błąd i mającej wpływ na wynik, w tym zakresie.

Izba nie zamierza rozstrzygać takiego zarzutu i rozsadzić, czy osoba p. M.B. miała takie doświadczenia, czy też nie oraz w tym kontekście czy miało miejsce złożenie informacji wprowadzającej w błąd, gdyż nie było takiego zarzutu (art. 192 ust. 7 Pzp). Jeżeli nawet tak należało rozumieć odwołanie w tym zakresie, to w żaden sposób nie wynika to z odwołania. Odwołujący co prawda kwestionował doświadczenie w opracowaniu dokumentacji wykonawczej, ale odnośnie p. R.K., ale zarzut ten został wycofany. Nie było takiej analogii przy pierwszej ze wskazanych osób.

Odnośnie wskazania jako Koordynatora Projektu p. M.B. przy wykazywanym projekcie, to po pierwsze ze złożonych w sprawie na co prawda inną okoliczność, tj. potwierdzenie zarzutu, który nie był w odwołaniu, dowodów wynika, że rzeczywiście takim Koordynatorem Projektu była osoba p. A.B.. Przy czym, kwestia użycia nazwy Koordynator Projektu jest bez znaczenia z punktu widzenia pkt 8.6.2 SIWZ i wymogu tam zawartego, gdyż chodziło o wykazanie się doświadczeniem w kierowaniu zespołem projektowym w trzech branżach, a nie było wymogu wykazania się doświadczeniem na stanowisku Koordynatora Projektu. Można było kierować zespołem projektowym w wymaganych branżach na dowolnym stanowisku, także jako Główny Projektant. W konsekwencji, jeśli nawet uznać w tym zakresie wprowadzenie w błąd Zamawiającego nie miało to wpływu na wynik, co nie może w konsekwencji skutkować uznaniem zarzutu.

Dodatkowo należy zauważyć, że doświadczenie oczekiwane przez Zamawiającego było skonkretyzowane w kontekście oczekiwanego personelu kluczowego, tj. Główny Projektant – Koordynator Projektu. Zamawiający dopuszczał łączenie obu funkcji (pkt 7.2.4, czy tez 7.2.2. OPZ – część III IDW). Nazwy użyte przez Przystępującego po stronie Zamawiającego w wykazie mogły zostać użyte przez pryzmat wymogu co do personelu kluczowego i być rozumiane zamiennie. Przy czym, Izba także podnosi, że gdyby zarzut taki jak na rozprawie był w odwołaniu, należałoby wyczerpać tryb wezwania z art. 26 ust. 4 Pzp.

Tak czy inaczej, Zamawiający w zakresie tego wykazu osób nie narzucał określonej formuły. Kwestia zajmowanego stanowiska w wykazywanym projekcie miała służyć jedynie

celem weryfikacyjnym danej osoby, jako uczestniczącej w danym projekcie i spełniającej generalnie wymóg – kierowania wymaganym zespołem.

Izba ponownie podkreśla, że kwestia faktycznego kierowania zespołem projektowym w trzech branżach przez p. M. B. na takim, czy innym stanowisku i złożenia w tym kontekście informacji wprowadzającej w błąd – nie była sformułowana jako zarzut w

odwołaniu pojawiła się dopiero na rozprawie. Z uwagi na art. 192 ust. 7 Pzp nie może odnosić się do tej kwestii, jak i wielu innych kwestii dodatkowych z rozprawy np.: czy taka osoba p. M. B. miała wykazać się doświadczaniem w kierowaniu zespołem opracowującym dokumentacje projektową w trzech branżach, czy też może w opracowywaniu dokumentacji projektowej w trzech branżach. Podobnie, co do tego czy niniejsza osoba musiała mieć stosowne uprawnienia w trzech branżach – kolejowej, drogowej i mostowej. Takich zarzutów także nie można odnaleźć w odwołaniu, a pojawiły się na rozprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut czwarty w konsekwencji nie potwierdzenia się zarzutu trzeciego w podtrzymanym zakresie także winien skutkować oddaleniem

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 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. Nr 41, poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

……