Sygn. akt KIO 2422/20

WYROK
z dnia 26 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Odrzywolska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 września 2020 r. przez wykonawcę **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BBF Sp. z o.o.; IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o.; IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U z siedzibą lidera w Poznaniu**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym przyznanie odwołującemu punktów w ramach kryterium pierwszego - cena, w sposób zgodny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i opisany w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia a także wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BBF Sp. z o.o.; IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o.; IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U. z siedzibą lidera w Poznaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z tego powodu, że przedstawili oni w wykazie osób nieprawdziwe informacje dotyczące osoby wskazanej na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym;
2. umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BBF Sp. z o.o.; IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o.; IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U. z siedzibą lidera w Poznaniu do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, w związku z jego wycofaniem przez odwołującego;
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża przystępującego, i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;
   3.2. zasądza od przystępującego na rzecz odwołującego kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 2422/20

UZASADNIENIE

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie(dalej „zamawiający") prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad opracowaniem projektów wykonawczych i wykonaniem robót budowlanych w ramach projektu pn.: „Rewitalizacja i odbudowa częściowo nieczynnej linii kolejowej nr 182 Tarnowskie Góry - Zawiercie" realizowanego w ramach POIiŚ 2014-2020; numer postępowania nadany przez zamawiającego: 9090/1REZA4DZ/23194/06587/19/P (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 listopada 2020 r., pod numerem: 2019/S 228-560816.

W dniu 24 września 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dalej „odwołujący").

Odwołujący, działając na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp wniósł odwołanie od:

1. niezgodnej z przepisami czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BBF Sp. z o.o., IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o., IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U. (dalej „Konsorcjum BBF") pomimo, iż wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona;
2. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. przyznania ofercie odwołującego prawidłowej liczby punktów w ramach kryterium 1 - cena, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ");
3. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp tj. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum BBF, pomimo iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, tj. nie dokonując samooczyszczenia oraz pomimo niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu;
4. prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów ustawy Pzp).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1.dokonanie niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty Konsorcjum BBF jako oferty najkorzystniejszej;

2.naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie ofercie odwołującego nieprawidłowej liczby punktów w ramach kryterium 1 - cena, zgodnie z postanowieniami SIWZ;

3.naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum BBF pomimo, iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego oraz wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, tj. nie dokonując samooczyszczenia;

4.naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum BBF z postępowania pomimo niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu;

5.a także, na wypadek oddalenia zarzutu 3 i 4 powyżej - naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania Konsorcjum BBF do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz wykazu osób (zarzut ewentualny);

6.naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania Konsorcjum BBF do uzupełnienia dokumentów podmiotowych dotyczących członka konsorcjum IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U.;

7.naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów ustawy Pzp).

W związku z wymienionymi czynnościami i formułowanymi wyżej zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności oceny ofert;

2.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

3.ponowną ocenę ofert;

4.przyznanie ofercie odwołującego prawidłowej liczby punktów w ramach kryterium 1 - cena, zgodnie z postanowieniami SIWZ;

5.wykluczenie z postępowania wykonawcy Konsorcjum BBF;

6.wezwanie Konsorcjum BBF do uzupełnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący w pierwszej kolejności podnosił, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej bez uwzględnienia prawidłowej punktacji, tj. punktacji po odrzuceniu oferty wykonawcy ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „ECM"). Przywoływał zapisy punktu 19.7.1 SIWZ, w którym zamawiający określił wzory, według których przyznawane będą punkty w ramach kryterium 1 - cena. Przedmiotowe kryterium przewidywało dwa przypadki, w których zamawiający będzie stosował odmienne wzory. Pierwszy przypadek opisany w punkcie 19.7.1. lit. a występuje, gdy liczba ofert, o których mowa w pkt. 19.8 wyniesie od 1 do 3. W takim przypadku stosuje się wzór arytmetyczny porównujący ofertę najtańszą do oferty ocenianej. Co istotne, w ramach przedmiotowego wzoru należy odnieść się do zapisów pkt. 19.8 IDW który mówi „Za najkorzystniejszą uznana zostanie oferta niepodlegająca odrzuceniu z najwyższą liczbą punktów." Drugi przypadek został opisany w pkt. 19.7.1. lit. b i stanowi, że gdy liczba ofert, o których mowa w pkt. 19.8 wyniesie 4 lub więcej - wartość punktową liczy się przy pomocy dwóch odrębnych wzorów z zastosowaniem średniej miarodajnej wartości ofert. Pierwszy z wzorów stosowany jest dla ofert z całkowitą ceną brutto równą lub niższą od wartości średniej miarodajnej i stanowi on wzór A, zaś drugi wzór odnosi się do ofert z całkowitą ceną brutto powyżej wartości średniej miarodajnej i stanowi wzór B.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęło sześć ofert. W dniu 3 lipca 2020 r. zamawiający wykluczył z postępowania wykonawcę ECM oraz uznał jego ofertę za odrzuconą. Wobec czego według stanu faktycznego z sześciu złożonych ofert zostało pięć niepodlegających odrzuceniu. Wobec powyższego zamawiający zobligowany był do wyznaczenia średniej miarodajnej według zasad określonych w SIWZ. Wzór na średnią miarodajną jest następujący:

Śo = suma wartości całkowitych cen brutto ofert, o których mowa w pkt 19.8 z wyłączeniem wartości całkowitych cen brutto ofert skrajnych tj. najtańszej i najdroższej / liczba ofert, o których mowa w pkt 9.8. z wyłączeniem ofert skrajnych tj. najtańszej i najdroższej

Obie części wzoru (licznik i mianownik) odnoszą się do zapisów punktu 19.8 IDW, a więc do ofert niepodlegających odrzuceniu. Tym samym zamawiający, wyznaczając średnią po odrzuceniu oferty ECM zobligowany był do pominięcia ofert skrajnych, tj. najtańszej i najdroższej - w w/w stanie faktycznym należało pominąć oferty złożone przez wykonawców: TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „TPF") oraz przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Koltech Infra Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej „Konsorcjum Multiconsult"). A zatem średnią miarodajną stanowi średnia z ofert: (1) Konsorcjum BBF - 12 790 088,94 zł.; (2) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Drogowa Trasa Średnicowa S.A. z siedzibą w Katowicach, INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie, Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej „Konsorcjum Drogowa Trasa Średnicowa") - 12 917 767,50 zł. (3) SAFAGE S.A.S z siedzibą we Francji - 13 241 959,83 zł. Średnia miarodajna wynosi zatem 12 983 272,09 zł. brutto.

Dalej, uwzględniając wzór A i B, wskazane w SIWZ do ustalania punktacji, mamy 3 oferty poniżej średniej miarodajnej, dla których punktacja będzie ustalana według wzoru A oraz dwie oferty powyżej średniej miarodajnej, dla których punktacja będzie przyznawana według wzoru B. Obliczając punktację w kryterium 1 w zakresie oferty odwołującego, zamawiający powinien dokonać następujących obliczeń:

12 983 272,09 – 11 845 249,44
x 10 + 90) x waga kryterium (70%) = 70 pkt

12 983 272,09 – 11 845 249,44

A zatem oferta odwołującego powinna otrzymać 70 pkt. Tymczasem zamawiający w informacji z wyboru oferty najkorzystniejszej wskazał, że przyznał odwołującemu 66,42 pkt na 70 pkt możliwych w ramach kryterium nr 1 - cena, pomimo iż oferta odwołującego była ofertą najniższą cenowo spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Należy stwierdzić zatem, że sposób kalkulacji zamawiającego oparty został z pominięciem zapisów IDW pkt 19.8.

Dalej odwołujący zwrócił uwagę, że w przypadku uwzględnienia przy przyznawaniu punktów w ramach kryterium nr 1 – cena, oferty odrzuconej ECM dochodzi do absurdalnej sytuacji, w której to właśnie oferta odrzucona zostaje najwyżej oceniona w ramach danego kryterium. A przecież oferta odrzucona w ogóle nie powinna podlegać ocenie - jest to kwestia oczywista. Uwzględniając taką argumentację zmianie ulega średnia miarodajna - jako ofertę z ceną najniższą zamawiający zapewne uznał ofertę odrzuconą ECM, a zatem do obliczenia średniej miarodajnej należałoby uwzględnić ofertę TPF z ceną 11 845 249,44 zł. W takim przypadku, średnia miarodajna wynosi 12 698 766,43 zł. brutto. Uwzględniając odrzuconą ofertę zmienia się całkowicie zastosowanie worów podanych przez zamawiającego. W takim przypadku tylko jedna oferta - oferta odwołującego obliczana jest wg wzoru A, natomiast pozostałe przekraczające obniżoną średnią miarodajną obliczane są wg wzoru B. Następnie - przy uwzględnieniu odrzuconej oferty - otrzymujemy

następującą punktację dla oferty odwołującego:

12 698 766,43 – 11 845 249,44

x 10 + 90) x waga kryterium (70%) = 66,42 pkt

12 698 766,43 – 10 948 495,68

Odwołujący podkreślił, iż przyjęte przez zamawiającego rozumienie jest sprzeczne ze zdrowym rozsądkiem i zasadami doświadczenia życiowego - przyjęte jest bowiem, że zawsze oferta niepodlegająca odrzuceniu z najniższą cena otrzymuje maksymalną liczbę punktów w ramach kryterium ceny. Uwzględnienie w rankingu ofert oferty odrzuconej stanowi naruszenie zapisów IDW pkt. 19.8 oraz 19.7.1 i powoduje przyznanie odwołującemu nieprawidłowej liczby punktów w ramach kryterium nr 1 - cena oraz wybór wykonawcy, którego oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nieodrzuconych.

Uzasadniając zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum BBF, odwołujący przytaczał zapisy punktu 8.5.2 SIWZ, w którym zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu dotyczące dysponowania osobami wchodzącymi w skład Stałego Zespołu Inżyniera. Jednocześnie w rozdziale 19 SIWZ punkt 19.7.2 Kryterium 2 - Doświadczenie personelu wykonawcyw ramach Podkryterium 4 (PK4) - Doświadczenie Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym zamawiający wskazał, że przydzieli wykonawcy 5 pkt. w ramach oceny ofert za wykazanie się następującym doświadczeniem w/w Inspektora: W ciągu ostatnich 10 lat liczonych do terminu składania ofert w postępowaniu zdobył minimum 3 letnie doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru w zakresie minimum 2 inwestycji infrastrukturalnych, realizowanych w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe.

Konsorcjum BBF wraz z ofertą złożyło Załącznik nr 8 do IDW - Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert wskazując na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym pana M. B. . Następnie, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Konsorcjum BBF złożyło wykaz osób na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (Załącznik 6a do IDW) opisując doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, również wymieniając w wykazie pana M. B. .

Zamawiający zweryfikował złożone przez Konsorcjum BBF wykazy, a następnie w związku ze stwierdzonymi nieprawidłowościami pismem z 25 sierpnia 2020 r. wezwał przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów. Zamawiający wskazał na następujące nieprawidłowości w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym:

(1) W zakresie pozycji 1 (Załącznik 6a i 8), usługi pn.: Nadzór w ramach Projektu „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa Poznań pozostałe roboty, odcinek Sochaczew Swarzędz" FIDIC - zamawiający wskazał, że Pan M. B. pełnił funkcję Inspektora nadzoru - branża SRK w okresie od listopada 2018 r., a nie - jak to wskazało Konsorcjum BBF - w okresie od czerwca 2017 r.; w zakresie pozycji 2 (Załącznik 6a i 8), usługi pn.: „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na przejazdach kolejowych -POIiŚ 7.1-59 -ETAP I; zadanie nr 1 i 6; POIiŚ 7.1-80 - ETAP II; zadanie nr 1 i 6" Inwestycja infrastrukturalna realizowana w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC - zamawiający wskazał, że Pan M. B. pełnił funkcję Dyrektora ds. technicznych, a nie - jak to wskazało Konsorcjum BBF - funkcję Kierownika Robót SRK.

W tym miejscu odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający w ogóle nie był uprawniony do zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż przepis ten nie podlega zastosowaniu dla dokumentów składanych w zakresie oceny ofert, a ma zastosowanie tylko do dokumentów składanych na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Co więcej - przepis ten nie służy do zastępowania informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi. Pogląd taki wielokrotnie prezentowała już Krajowa Izba Odwoławcza, przykładowo w wyrokach: z 3 lipca 2020 roku, sygn. akt KIO 905/20; z dnia 29 maja 2020 roku, sygn. akt KIO 708/20;z dnia 25 czerwca 2019 roku, sygn. akt KIO 1036/19. Tymczasem Konsorcjum BBF wprowadziło zamawiającego w błąd poprzez podanie informacji dotyczących osoby wskazanej na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym - a to poprzez podanie informacji, które nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistości. Podanie informacji nie mających potwierdzenia w rzeczywistości, a które mogą wpływać na decyzje zamawiającego lub zostały podane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zawsze skutkuje obowiązkiem wykluczenia takiego wykonawcy. Zamawiający miał świadomość, że informacje wskazane przez Konsorcjum BBF w zakresie osoby wskazanej na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej

w zakresie sterowania ruchem kolejowym nie mają potwierdzenia w rzeczywistości - wynika to wprost z treści wezwania z dnia 25 sierpnia 2020 r. Konsorcjum BBF podało informacje niezgodne z rzeczywistością i to zarówno w Wykazie składanym wraz z ofertą (kryterium pozacenowe), jak i w wykazie składanym na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp (spełnianie warunków udziału w postępowaniu). Tym samy ziściła się przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i zamawiający w ogóle nie powinien zastosować przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej nie jest bowiem konieczne zaistnienie skutku w postaci wprowadzenia w błąd zamawiającego, wystarczające jest samo potencjalne wprowadzenie w błąd poprzez podanie informacji nieprawdziwych - tak w sporze pomiędzy odwołującym a zamawiającym PKP Polskie Linie Kolejowe SA orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 1938/20. Takie samo stanowiska Izba zaprezentowała we wcześniejszych wyrokach: KIO 2351/19; KIO 104/20 oraz KIO 271/19; KIO 830/19; KIO 1124/19. Także Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 20 lipca 2018 roku, sygn. akt XXIII Ga 849/18 wskazuje na irrelewantność skutku w postaci wprowadzenia w błąd zamawiającego - wystarczające jest samo podanie informacji sprzecznych z rzeczywistością.

Co więcej - także treść odpowiedzi Konsorcjum BBF potwierdza podanie w Wykazie osób informacji nie mających żadnego umocowania w rzeczywistości, pozostających w sprzeczności ze stanem faktycznym. Przystępujący bowiem w piśmie z 27 sierpnia 2020 r. udzielił następujących wyjaśnień: (1) w zakresie pozycji 1 dotyczącej doświadczenia wskazanego przy inwestycji Nadzór w ramach Projektu „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa - Poznań - pozostałe roboty, odcinek Sochaczew - Swarzędz” - FIDIC realizacja usługi przez pana B. przebiegała zgodnie z ustaleniami zamawiającego. Wskazanie innej daty wynika z błędu we wprowadzaniu danych do bazy danych wykonawcy, co przy skali działalności obejmującej aktualnie w zakresie samych tylko nadzorów kolejowych 7 dużych kontraktów i kilkaset zaangażowanych w nie osób niestety się zdarza. Kierownictwo wykonawcy zleciło ponowną analizę bazy danych realizowanych i zrealizowanych kontraktów w celu zmniejszenia prawdopodobieństwa wystąpienia podobnych błędów w przyszłości; (2) w zakresie pozycji 2 tj. pozostałego doświadczenia pana B. zdobytego w innymi niż BBF sp. z o.o. podmiocie udzielił odpowiedzi, że nie jest w stanie ustosunkować się do wezwania zamawiającego ze względu na brak kontaktu ze strony pana B. . Jednocześnie Konsorcjum BBF dokonało uzupełnienia wykazu osób (Załącznik 6a) wskazując na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym nową osobę Pana J. N. .

Odwołujący zauważył, że powyższe wyjaśnienia Konsorcjum BBF stanowią po prostu przyznanie się do podania informacji niezgodnych z rzeczywistością, a to w wyniku niedołożenia należytej staranności podczas przygotowywania oferty. Konsorcjum BBF skupiło się w swoich wyjaśnienia jedynie na udowodnieniu, że zaistniała sytuacja nie była działaniem zamierzonym i celowym, co w myśl art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest bez znaczenia, gdyż do wypełnienia się przesłanek tej podstawy wykluczenia „wystarczy” zaistnienie lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy. A z kolei do takich właśnie zaniedbań i poziomu winy Konsorcjum BBF przyznało się w treści swoich wyjaśnień z 27 sierpnia 2020 r.

Tak więc, nawet jeżeli zamawiający na podstawie przedmiotowych wyjaśnień uznał, że podanie nieprawdziwych informacji nie jest wynikiem zamierzonego działania (w zakresie czego odwołujący ma wątpliwości), to i tak takie działanie jest co najmniej lekkomyślnością lub niedbalstwem, a nawet rażącym niedbalstwem. Konsorcjum BBF, jako podmiot w pełni profesjonalny, niewątpliwie przed złożeniem oferty powinien dokonać dokładnej weryfikacji składanych przez siebie informacji w szczególności kluczowych z punktu weryfikacji oferty przez zamawiającego jak: informacje składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy też kryteriów selekcji. Kwestia wykluczania wykonawców na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, w przypadku wskazania dla specjalistów informacji nie mających potwierdzenia w rzeczywistości była w ostatnim okresie badana przez Krajową Izbę Odwoławczą - Izba uznawała za słuszne wykluczenie w takich sytuacjach, co znalazło swoje potwierdzenie w następujących wyrokach: wyrok z 13 lutego 2018 roku, sygn. akt: KIO 185/18; wyrok z 15 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 380/18; wyrok z 9 kwietnia 2018 r., sygn. akt: KIO 531/18.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Konsorcjum BBF na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ewentualnie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu osób (załącznik 6a) oraz zaniechania wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp odwołujący przywoływał zapisy punktu 8.5.2 SIWZ, w którym sformułowano warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do dysponowania osobami wchodzącymi w skład Stałego Zespołu Inżyniera, w tym na stanowisku inżyniera rezydenta. Z kolei w rozdziale 19 SIWZ punkt 19.7.2 Kryterium 2 - Doświadczenie personelu Wykonawcy w ramach Podkryterium 2 (PK2) - Doświadczenie Inżyniera Rezydenta zamawiający wskazał, że przydzieli wykonawcy 5 pkt w ramach oceny ofert za wykazanie się następującym doświadczeniem w/w osoby: Przez minimum 12 miesięcy pełnił funkcję Inżyniera Projektu/Inżyniera Rezydenta/Dyrektora Kontraktu lub równorzędnym w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi na zadaniu obejmującym nadzór nad liniową inwestycją kolejową o wartości co najmniej 30 000 000,00 PLN netto.

Konsorcjum BBF wraz z ofertą złożyło Załącznik nr 8 do IDW - Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert, zawierający doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Inżyniera Rezydenta w osobie pana J. C. M. . Z kolei odpowiadając na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy Pzp Konsorcjum BBF złożyło wykaz osób na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (Załącznik 6a do IDW), zawierający doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Inżyniera Rezydenta - pana J. C. M. . W ocenie odwołującego doświadczenie Pana J. C. M. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie Inżyniera Rezydenta oraz, co jest następstwem powyższego, zamawiający niesłusznie przyznał 5 pkt. za wskazane w załączniku nr 8 do oferty doświadczenie w ramach podkryterium 2 (PK2) - Doświadczenie Inżyniera Rezydenta.

W tym zakresie odwołujący podnosił, iż w pkt 8.5.2 zamawiający wymagał w stosunku do kandydata na stanowisko Inżyniera Rezydenta wykazania się uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi zgodnie z ustawą Prawo Budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Tymczasem w załączniku nr 6a Konsorcjum BBF wskazało następujący zakres uprawnień w/w osoby: projektant, specjalność kolejowa i instalacyjna w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i energetycznych, uprawnienia - decyzja nr 8816 z dnia 15.03.1994 r. Colegi Oficial D’Enginyers Industrials de Catalunya (Oficjalna Katalońska Izba Inżynierów Przemysłowych). Uprawnienia

odpowiadające zakresem wydawanym w Polsce uprawnieniom bez ograniczeń w specjalności sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Powyższe jasno wskazuje, że w/w osoba posiada uprawnienia do projektowania, a nie do kierowania robotami budowlanymi - czego wymagał zamawiający. Powyższy fakt jest wystarczający do nieuznania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Konsorcjum BBF oraz do odjęcia punków w ramach kryterium 2 (PK2) - Doświadczenie Inżyniera Rezydenta.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał kolejne braki w zakresie w/w doświadczenia. W załączniku nr 8, złożonym wraz z ofertą, Konsorcjum BBF wskazało następujące doświadczenie w ramach kryterium 2 (PK2) - doświadczenie to zostało powielone w załączniku 6a, pozycja 1 odnośnie Doświadczenia Inżyniera Rezydenta: przez ponad 12 miesięcy pełnił funkcję równorzędną Dyrektora Kontraktu w zakresie zarządzania projektem inwestycyjnym na zadaniu obejmującym nadzór nad liniową inwestycją kolejową
o wartości ok. 320 000 000 PLN w ramach projektu pn. Realizacja usług kierownictwa robót w ramach projektu wydłużenia linii kolejowej FGC do miejscowości Sabadell. Zasilanie sieci trakcyjnej, systemy łączności i wyposażenie tunelu nienależące do branży kolejowej. Odcinek: Plaça Major – Cocheras. Kod: TF-02676.6.2, jednocześnie wskazując, że pan J. C. M. pełnił funkcję: Director de Obra - równorzędny Dyrektorowi Kontraktu
z ramienia spółki IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. Avda. Zarandoa 23, 48015 Bilbao, Hiszpania.

Na potrzeby postępowania na roboty budowlane w ramach przedmiotowego zadania zamawiający ustalił następującą definicję: przez stanowisko dyrektora kontraktu (analogicznie zastępcy 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 powyższego jasno wynika, że zamawiający stanowisko Dyrektora Kontraktu definiuje jako stanowisko przypisane do wykonawcy robót budowlanych, a nie nadzoru inwestorskiego. Tak więc niezależnie czy pan J. C. M. pełnił funkcję Dyrektora Kontraktu, czy też równorzędną po stronie nadzoru inwestorskiego (w tym przypadku spółki IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. Avda. Zarandoa 23, 48015 Bilbao, Hiszpania), należy uznać, że doświadczenie to nie spełnia warunku udziału w postępowaniu wskazanym przez zamawiającego w SIWZ.Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku drugiej usługi wskazanej dla osoby proponowanej na stanowisko Inżyniera Rezydenta (załącznik 6a), w której to Konsorcjum BBF wskazało, iż Pan J. C. M. zajmował stanowisko Dyrektora Kontraktu z ramienia nadzoru inwestorskiego.

Ponadto odwołujący podnosił, iż zamawiający w punkcie 8.5.2. wskazał, iż osoba proponowana na stanowisko Inżyniera Rezydenta powinna wykazać: w ciągu ostatnich
10 lat liczonych do terminu składania ofert w postępowaniu zdobył minimum 3 letnie doświadczenie przy realizacji projektów kolejowych realizowanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe, polegające na pełnieniu funkcji Dyrektora Kontraktu, Kierownika Kontraktu, Inżyniera Projektu lub Inżyniera Rezydenta lub 7 lat na stanowisku Inspektora Nadzoru. Z powyższego jasno wynika,
że zamawiający uzna spełnienie warunku udziału w postępowaniu poprzez wykazanie się doświadczenie kandydata na stanowisko Inżyniera Rezydenta w pełnieniu jednej z 5 funkcji: Dyrektora Kontraktu, Kierownika Kontraktu, Inżyniera Projektu, Inżyniera Rezydenta, Inspektora Nadzoru, przy czym zamawiający nie dopuszczał funkcji równorzędnych
w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi, jak to miało miejsce w przypadku kryteriów pozacenowych - podkryterium 2. Jak wskazano powyżej Konsorcjum BBF
w załączniku 6a pozycja 1 doświadczenia Inżyniera Rezydenta wskazało, że pan J. C. M. pełnił funkcję równorzędną Dyrektora Kontraktu w zakresie zarządzania projektem inwestycyjnym. Wykazanie takiej funkcji w oczywisty sposób świadczy o braku spełnienia wymagań określonych przez zamawiającego w SIWZ. Podobne stanowisko przedstawiła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 września 2020 r., sygn. akt KIO 1996/20.

Na zakończenie odwołujący wskazał, że podanie powyższych informacji także powinno zostać zakwalifikowane jako podanie przez Konsorcjum BBF informacji sprzecznych z rzeczywistością, mających wpływ na decyzje zamawiającego w toku postępowania. A zatem - powinno skutkować wykluczeniem Konsorcjum BBF
z postępowania.

W dalszej części odwołujący podnosił zarzut dotyczący zaniechania wezwania wykonawcy Konsorcjum BBF do uzupełnień lub wyjaśnień w zakresie dokumentów podmiotowych i wykazu usług członka konsorcjum spółki IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U., podczas gdy przedstawiono dokumenty podmiotu IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A. Jak zauważył odwołujący Konsorcjum BBF składa się
z trzech podmiotów: (1) BBF Sp. z o.o. , ul. Dąbrowskiego 461,60 – 451 Poznań, kraj Polska; (2) IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o., ul. Ślężna 104, lok. 1, 53111 Wrocław, kraj Polska; (3) IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U.,
ul. Avda. Zarandoa 23, kod 48015 Bilbao kraj Hiszpania. Do oferty dołączono hiszpańskidokument rejestrowy Registro mercantil, wraz z tłumaczeniem na język polski. Przedmiotowy dokument stanowi odpowiednik polskiego dokumentu KRS. Z tłumaczenia dokumentu wynika iż w dniu założenia spółka nosiła nazwę „IDOM BILBAO SOCIEDAD ANONIM [spółka akcyjna], a aktualna nazwa rzeczonej spółki brzmi „IDOM CONSULTING, ENGINEERING ARCHITECTUI SOCIEDAD ANONIMA".
Do reprezentowania spółki uprawniony jest Organem uprawnionym do reprezentacji spółki jest JEDYNY ZARZĄDCA, tj spółka „IDOM S.A.U." reprezentowana przez osobę fizyczną pana L. C. R. L. . Z analizy przedmiotowego dokumentu w żaden sposób nie można wywieść, jakie są związki pomiędzy oferentem składającym ofertę
w przedmiotowym postępowaniu, czyli członka konsorcjum IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. a podmiotem wymienionym w rejestrze, a więc IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A. Tożsama sytuacja tyczy się wykazu usług, gdzie
na zaświadczeniu dotyczącym należytego wykonania usługi wykazanej w pozycji 2 widnieje podmiot IDOM INGENIERA Y CONULTORIA S.A., więc zgodnie z dokumentem rejestrowym obecna spółka IDOM Consulting, Engineering Architecture, S.A. - podczas gdy ofertę złożyła inna spółka.

Z zawartych w ofercie dokumentów wynika, że istnieją dwa niezależnie podmioty: IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U. oraz IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A. Przy czym złożono dokumenty dla IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A., podczas gdy jako członek konsorcjum wskazane jest - IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. Co więcej - z dokumentów zawartych w ofercie nie wynika, czy L. C. R. L. uprawniony był do udzielenia pełnomocnictwa
w imieniu spółki IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. - spółki, która jest członkiem Konsorcjum BBF. Wobec powyższego wezwanie co najmniej do wyjaśnień jest konieczne, a możliwe też - że konieczne jest uzupełnienie dokumentów podmiotowych dla członka konsorcjum IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U.

Dalej odwołujący podnosił, że zamawiający naruszył także przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum BBF do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz zaniechał wykluczenia
na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Argumentował, że zamawiający w warunkach udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zgodnie z IDW pkt 8.5.1 wymagał wykazaniem się „co najmniej 2 (dwóch) usług polegających na zarządzaniu inwestycją i sprawowaniu nadzoru nad projektowaniem i robotami budowlanymi w zakresie budowy lub przebudowy linii kolejowych, obejmujących budowę lub przebudowę co najmniej jednego szlaku na zelektryfikowanej lub elektryfikowanej linii kolejowej i jednej stacji kolejowej na zelektryfikowanej lub elektryfikowanej linii kolejowej wyposażonej w co najmniej 2 tory główne zasadnicze oraz 1 tor główny dodatkowy, wyposażoną w trzy krawędzie peronowe, których wartość zakończonych lub odebranych świadectw przejęcia (protokołem odbioru końcowego) robót wynosi co najmniej 200 000 000,00 PLN brutto na każdą z tych zadań inwestycyjnych." W odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Konsorcjum BBF pismem z 16 lipca 2020 r. złożyło na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykaz usług, wraz z dowodami należytego wykonania wymienionych w nim usług. Zamawiający w kolumnie 3 tabeli wymagał, aby wykonawcy opisali dokładnie przedmiot wykonywanych zamówień „z opisem usług pozwalającym
na weryfikację spełnienia warunków udziału w postępowaniu". Tymczasem w przypadku obu wskazanych w wykazie usług Konsorcjum BBF ograniczyło się tylko i wyłącznie
do przepisania punktu 8.5.1 IDW, uniemożliwiając w ten sposób weryfikację. Odwołujący podniósł, że wykazane przez Konsorcjum BBF usługi nie wypełniają warunków udziału
w postępowaniu i nie odpowiadają przepisanemu w tabeli pkt. 8.5.1 IDW.

Usługa wskazana w poz. 1 wykazu, tj. „Nadzór oraz pełnienie funkcji Inżyniera
w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 143 na odcinku Kalety - Kluczbork" - projekt współfinansowany ze środków unijnych w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura
i Środowisko na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Umowa nr 90/112/0002/13/Z/I" wbrew twierdzeniem Konsorcjum BBF nie dotyczyło, jak wpisano w tabeli: nadzoru nad projektowaniem i robotami budowlanymi w zakresie budowy lub przebudowy linii kolejowych. Wynika to wprost z poświadczenia załączonego jako dowód na wykazanie należytego wykonania usługi wystawionego przez PKP PLK S.A.Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski dnia 13 czerwca 2016r., w którym wskazano, jaki był zakres usług: „Zamówienie dla umowy na roboty z projektowaniem obejmowało w szczególności: (..) 2. Wykonanie
na podstawie sporządzonej dokumentacji robót budowlanych: Remont przejazdów
z wymianą istniejącej nawierzchni drogowej, Remont peronów, Remont obiektów inżynierskich, Remont budynku nastawni, Remont sieci trakcyjnej polegający na wymianie wyeksploatowanych elementów istniejącej sieci trakcyjnej (…)". Zgodnie z takim zakresem robót budowlanych, bezspornym jest, że usługa dotyczyła remontu linii kolejowej, a nie jej przebudowy. Remont dotyczył również peronów, które były przez zamawiającego wymagane w uszczegółowieniu warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący zwracał uwagę, że zgodnie z prawem budowalnym istnieje znacząca równica pomiędzy remontem a budową lub przebudową. Zgodnie z art. 3 pkt 8 Prawa budowlanego przez remont należy rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego,
a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym. Ponadto remont obiektów budowlanych nie wymaga uzyskania pozwolenia na budowę (art. 29 ust. 2 pkt 1 Prawa budowlanego), które to dokumenty są konieczne w przypadku przebudowy i budowy. W myśl tej definicji celem remontu jest przywrócenie elementom budowlanym sprawności technicznej poprzez ich naprawę lub wymianę elementów nienadających się do naprawy i odtworzenie ich stanu pierwotnego. Zupełnie inna definicja określa przebudowę. W świetle art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego przez przebudowę należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych,
w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji. Definicja budowy jest jeszcze szersza - zgodnie z art. 3 pkt. 6 Prawa Budowlanego - budowa
to wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowa, rozbudowa, nadbudowa obiektu budowlanego. Zamawiający wymagał budowy
lub przebudowy linii kolejowej wraz z peronami, a więc zmiany ich parametrów. Zgodnie
z poświadczeniem Konsorcjum BBF wykazało tylko i wyłącznie remont linii kolejowej oraz remont peronów doprowadzając do przywrócenia elementom sprawności technicznej.

Ponadto odwołujący podkreślił, że jak zauważył sam zamawiający w ramach wskazanej usługi w pkt. 1 wykazu, wykonawca w ramach konsorcjum firm ECM Group Polska S.A. oraz Internacional IDOM Ingenieria S.A. zapewniał tylko osobę Kierownika Przeglądu dokumentacji (pismo Zamawiającego z dnia 2 września 2020). W odpowiedzi
na wezwanie zamawiającego Konsorcjum BBF oświadczyło „Podkreślić trzeba, że oprócz zadań realizowanych bezpośrednio, IDOM w czasie realizacji projektu wspomagał swoim doświadczeniem zdobytym w realizacji wcześniejszych projektów o podobnym zakresie, personel udostępniony przez ECM, w szczególności w zakresie przygotowania i zarządzania projektem. Personel ECM nie posiadał wcześniej doświadczenia w realizacji podobnych inwestycji. Skutkowało to tym, że IDOM de facto brał udział w realizacji projektu poprzez udzielanie bieżących wskazówek odnoszących się do świadczonego nadzoru
oraz wprowadzanie uwag do przygotowanej dokumentacji. IDOM był więc odpowiedzialny
za realizację całości projektu oraz odpowiadał za prawidłowość realizowanych prac przez całość personelu kluczowego oraz personelu niekluczowego."

Odwołujący zaznaczył, że gołosłowne są twierdzenia, iż personel ECM nie miał doświadczenia w realizacji podobnych inwestycji. W każdym kontrakcie realizowanym przez PKP PLK S.A., jak również w przedmiotowym postępowaniu, aby zatwierdzić i zgłosić personel do realizacji usługi trzeba wykazać wymagane na dane stanowisko doświadczenie określone przez zamawiającego. Gdyby ten personel nie posiadał doświadczenia nie został by zatwierdzony i dopuszczony przez zamawiającego do realizacji. W przedmiotowym postępowaniu takie wymogi opisane są m.in. w IDW w pkt. 8.5.2,gdzie przy każdym stanowisku określone są wymagane minimalne kwalifikacje i doświadczenie. Ponadto Konsorcjum BBF opiera swój udział w zamówieniu na udzielaniu „wskazówek odnoszących się do świadczonego nadzoru oraz wprowadzanie uwag do przygotowanej dokumentacji". Zamawiający w warunku udziału wymagał doświadczenia przy nadzorze nad projektowaniem i budową lub przebudową, a nie doświadczenia we

wprowadzaniu uwag
do dokumentacji projektowej i udzielaniu wskazówek, a więc marginalnej części usługi, której nie może potwierdzić nawet sam zamawiający, u którego przedmiotowa usługa była realizowana. Dodać należy, że zgodnie z orzecznictwem KIO, nie są wystarczające konsultacje mające polegać na przekazywaniu wiedzy pracownikom wykonawcy, gdyż doświadczenie w odniesieniu do robót budowlanych odnosi się nie tylko do praktycznej znajomości zagadnienia, ale także do umiejętności reakcji w warunkach zmieniających się okoliczności, której nie da się uzyskać w sposób inny, niż uprzednio osobiście wykonując roboty (np. wyrok z 20 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2846/13).

Na zakończenie odwołujący wskazał, że podanie powyższych informacji także powinno zostać zakwalifikowane jako podanie przez Konsorcjum BBF informacji sprzecznych z rzeczywistością, mających wpływ na decyzje zamawiającego w toku postępowania. A zatem - powinno skutkować wykluczeniem Konsorcjum BBF
z postępowania.

Zamawiający, 25 września 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do złożenia przystąpienia.
Swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili,
w dniu 28 września 2020 r., wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: **BBF Sp.
z o.o.; IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o.; IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U
z siedzibą lidera w Poznaniu** (dalej także „przystępujący").

Zamawiający 20 października 2020 r., działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, złożył odpowiedź na odwołanie oświadczając, że uwzględnia zarzuty odwołania opisane w ust. 1.1. pkt 1-3 (ust. II, pkt 1-3 odwołania), a w konsekwencji zobowiązał się do: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia z postępowania wykonawcy - Konsorcjum BBF, dokonania ponownej oceny ofert z wyłączeniem wykonawcy - Konsorcjum BBF, jako oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu. Mając na uwadze powyższe stwierdził, że rozpatrywanie pozostałych zarzutów odwołania, jako zarzutów alternatywnych, stało się bezprzedmiotowe. Na posiedzeniu w dniu 21 października 2020 r. zamawiający wyjaśnił, że oświadczenie o uwzględnieniu odwołania dotyczy zarzutów opisanych w pkt II od ppkt 1 do 4 odwołania.

Przystępujący 21 października 2020 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe
i oświadczył, że składa sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Przedstawił swoje stanowisko merytoryczne w sprawie, podtrzymując jednocześnie wniosek o oddalenie odwołania w całości. Wobec sprecyzowania przez zamawiającego swojego stanowiska na posiedzeniu i złożenia oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów opisanych w pkt II od ppkt 1 do 4 - przystępujący złożył sprzeciw wobec uwzględniania przedmiotowych zarzutów.

Odwołujący, na posiedzeniu w dniu 21 października 2020 r. oświadczył, iż cofa zarzut opisany jako zarzut nr 5, polegający na naruszeniu przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum BBF do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe Izba umorzyła postępowanie w tym zakresie, orzekając w pkt 2 sentencji.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu
się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym
w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią oferty złożonej przez przystępującego w postępowaniu, treścią korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a Konsorcjum BBF, po zapoznaniu się
z odwołaniem, odpowiedzią na nie, stanowiskiem procesowym przystępującego, który złożył sprzeciw wobec uwzględniania przez zamawiającego zarzutów odwołania,
a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła,
co następuje**

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania
ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu
w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku czynności zamawiającego opisanych w treści odwołania, został on pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania, w szczególności w zakresie zarzutów dotyczących błędnej oceny ofert oraz zaniechania przez zamawiającego wykluczenia przystępującego z postępowania - oferta odwołującego uznana zostałaby za najkorzystniejszą, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania
o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym
w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty złożonej przez przystępującego w postępowaniu, treści korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a Konsorcjum BBF.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez przystępującego
na okoliczności wskazane w treści złożonego pisma procesowego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem niniejszego zamówienia, zgodnie z opisem zamieszczonym w punkcie 2 - Krótki opis przedmiotu zamówienia Tomu I SIWZ (Instrukcja dla wykonawców) jest: Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad opracowaniem projektów wykonawczych i wykonaniem robót budowlanych w ramach projektu pn.: „Rewitalizacja
i odbudowa częściowo nieczynnej linii kolejowej nr 182 Tarnowskie Góry - Zawiercie" realizowanego w ramach POIiŚ 2014-2020.

Dalej Izba ustaliła, że w punkcie 8 SIWZ - IDW opisane zostały warunki, jakie muszą spełniać wykonawcy ubiegający się o zamówienie, w tym dotyczące dysponowania osobami wchodzącymi w skład Stałego Zespołu Inżyniera. W podkryterium 2 wpisano „Inżynier Rezydent", opisując jako wymagane minimalne kwalifikacje i doświadczenie: wykształcenie wyższe techniczne, uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi zgodnie z ustawą Prawo Budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i

elektroenergetycznych; w ciągu ostatnich 10 lat liczonych do terminu składania ofert w postępowaniu zdobył minimum 3 letnie doświadczenie przy realizacji projektów kolejowych realizowanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe, polegające na pełnieniu funkcji Dyrektora Kontraktu, Kierownika Kontraktu, Inżyniera Projektu lub Inżyniera Rezydenta lub 7 lat
na stanowisku Inspektora Nadzoru. Z kolei w podkryterium 4 zamawiający wymagał,
aby wykonawca dysponował osobą wskazaną na stanowisko: Inspektor nadzoru
w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, precyzując jej minimalne kwalifikacje i doświadczenie w następujący sposób: uprawnienia budowlane
do kierowania robotami budowlanymi lub do projektowania i kierowania robotami budowlanymi odpowiadające nadzorowanemu zakresowi robót; w ciągu ostatnich 10 lat liczonych do terminu składania ofert w postępowaniu zdobył minimum 2 letnie doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru w zakresie minimum 1 inwestycji infrastrukturalnej, realizowanej w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe.

W punkcie 9 SIWZ - IDW zamawiający opisał jakie dokumenty muszą złożyć wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, wymieniając między innymi w pkt 9.7.4. wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - sporządzony według wzoru stanowiącego Załącznik nr 6a do IDW. Jednocześnie z pkt 15 lit. d SIWZ IDW wynika, że wykonawcy, wraz z ofertą zobowiązani byli złożyć wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert - Załącznik Nr 8 do IDW.

Dalej skład orzekający ustalił, że w punkcie 19 SIWZ - IDW zamawiający opisał tryb
i sposób oceny ofert. Zgodnie z punktem 19.1 zamawiający skorzysta z uprawnienia wynikającego z art. 24 aa ust. 1 ustawy. Zamawiający najpierw dokona oceny ofert,
a następnie zbada czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. 19.2 W toku dokonywania oceny złożonych ofert zamawiający może żądać udzielenia przez wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert. 19.3 Zamawiający poprawi
w tekście oferty oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz inne omyłki polegające
na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Informacja o dokonaniu poprawy omyłek zostanie przekazana zgodnie z pkt 23 IDW. 19.4 Ocena zgodności ofert z wymaganiami zamawiającego, określonymi w SIWZ, przeprowadzona zostanie wyłącznie na podstawie analizy dokumentów i materiałów, jakie wykonawca zawarł w swej ofercie. 19.5 Ocenie podlegać będzie zarówno formalna jak i merytoryczna zgodność oferty z wymaganiami niniejszej SIWZ.
19.6 Zamawiający oceni i porówna jedynie te oferty, które: (a) zostaną złożone w terminie, (b) nie zostaną odrzucone przez zamawiającego. 19.7 Zamawiający oceni oferty zgodnie
z poniższymi kryteriami: cena - waga 70%, doświadczenie personelu wykonawcy - 30%. 19.7.1 Punkty przyznawane za podane wyżej kryteria będą liczone według następujących wzorów: Kryterium 1 - Cena. W kryterium tym będzie oceniania Cena, przez którą należy rozumieć całkowite Wynagrodzenie brutto Wykonawcy z tytułu realizacji umowy:
(a) w przypadku, gdy liczba ofert, o których mowa w pkt. 19.8 wyniesie od 1 do 3, wg poniższego wzoru:

$$X1 = \frac{C_n}{C_b} \times 100 \times W_{kr}$$

gdzie:
W_{kr} – waga Kryterium 1 (%),

X1 – liczba punktów (z uwzględnieniem wagi kryterium) w Kryterium 1,
C_n – najniższa oferowana całkowita cena brutto spośród ofert nieodrzuconych,

C_b – całkowita cena brutto badanej oferty.

(b)w przypadku, gdy liczba ofert, o których mowa w pkt. 19.8 wyniesie 4 lub więcej, wg poniższego schematu, (z zastosowaniem średniej miarodajnej wartości ofert - $Ś_o$):

dla ofert z całkowitą ceną brutto równą lub niższą od wartości $Ś_o$ dla obliczenia ilości punktów w tym kryterium zastosowany zostanie poniższy wzór A:

$$X1 = \left(\frac{(Ś_o - C_b)}{(Ś_o - C_n)} \times 10 + 90 \right) \times W_{kr}$$

dla ofert z całkowitą ceną brutto powyżej wartości $Ś_o$ dla obliczenia ilości punktów w tym kryterium zastosowany zostanie poniższy wzór B:

$$X1 = \left(\frac{(C_d - C_b)}{(C_d - Ś_o)} \times 60 + 30 \right) \times W_{kr}$$

gdzie:
W_{kr} – waga kryterium (%)

X1 – liczba punktów (z uwzględnieniem wagi kryterium) w Kryterium 1,
C_b – całkowita cena brutto badanej oferty,

C_n – najniższa oferowana całkowita cena brutto,

C_d – najdroższa oferowana całkowita cena brutto,

$Ś_o$ - średnia miarodajna wartość ofert, która obliczona będzie na podstawie poniższego wzoru:

$$\acute{S}_o = \frac{Ca1 + Ca2 + ... + Can}{I_n}$$

gdzie:
$C_{a1}+C_{a2}+...+C_{an}$ – suma wartości całkowitych cen brutto ofert, o których mowa w pkt 19.8
z wyłączeniem wartości całkowitych cen brutto ofert skrajnych tj. najtańszej i najdroższej.
I_n – liczba ofert, o których mowa w pkt 19.8 z wyłączeniem ofert skrajnych tj. najtańszej i najdroższej.

Z kolei w zakresie Kryterium 2 - Doświadczenie personelu wykonawcy, zamawiający zaznaczył, że w kryterium tym będzie podlegać ocenie doświadczenie kluczowych członków personelu, wskazanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w załączonym do oferty załączniku - wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert (Załącznik nr 8
do IDW). Punktowane doświadczenie przewidywało przyznanie punktów za doświadczenie osób wymienionych w wykazie, w tym w zakresie dotyczącym osoby Inżyniera Rezydenta
- podkryterium 2 (PK2) - maksymalnie 5 pkt oraz w podkryterium 4 - Inspektora nadzoru
w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym
- maksymalnie 5 pkt. Dalej, zgodnie z opisem zamieszczonym w SIWZ w zakresie podkryterium 2 (PK2) - Doświadczenie Inżyniera Rezydenta (5 pkt) zamawiający zamierzał przyznać punkty, jeżeli wskazana osoba przez minimum 12 miesięcy pełniła funkcję Inżyniera Projektu/Inżyniera Rezydenta/Dyrektora Kontraktu lub równorzędnym w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi na zadaniu obejmującym nadzór nad liniową inwestycją kolejową o wartości co najmniej 30 000 000,00 PLN netto. Z kolei w podkryterium 4 (PK4) - Doświadczenie Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej
w zakresie sterowania ruchem kolejowym 5 pkt miał otrzymać wykonawca, jeżeli wskaże osobę, która w ciągu ostatnich 10 lat liczonych do terminu składania ofert w postępowaniu zdobyła minimum 3 letnie doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru w zakresie minimum 2 inwestycji infrastrukturalnych, realizowanych w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe.

Poniżej zamawiający zaznaczył również, że na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert należy wskazać bezwzględnie tę samą osobę co na spełnienie warunków udziału
w postępowaniu o których mowa w pkt 8.5.2. W przypadku zmiany osoby wskazanej
na spełnienie warunku udziału w postepowaniu zamawiający w ramach kryterium Doświadczenie personelu przyzna wykonawcy 0 pkt. Obliczenie punktów w kryterium: Doświadczenie personelu wykonawcy zostanie dokonane na podstawie złożonego przez wykonawcę wraz z ofertą Załącznika nr 8 do IDW - Wykaz Personelu na potrzeby kryterium oceny ofert - wzór. W przypadku, jeżeli wykonawca nie załączy do oferty wyżej wymienionego Załącznika nr 8 do IDW, w kryterium doświadczenie personelu wykonawcy otrzyma 0 pkt.

Dalej Izba ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęło 6 ofert. W dniu
3 lipca 2020 r. zamawiający pismem IREZA4/1f-216-04/2019 zawiadomił o wykluczeniu wykonawcy ECM oraz o odrzuceniu jego oferty. W wyniku tej czynności zostało pięć niepodlegających odrzuceniu ofert, złożonych przez następujących wykonawców: TPF Sp.
z o.o. Konsorcjum BBF Sp. z o.o.; IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o.; IDOM Consulting, Engineering Architecture S.A.U. Konsorcjum: Drogowa Trasa Średnicowa S.A.; INKO Consulting Sp. z o.o.; Ayesa Polska Sp. z o.o SAFAGE S.A.S oraz Konsorcjum: Multiconsult Polska Sp. z o.o.; Koltech Infra Sp. z o.o.

W dniu 14 września 2020 r., zamawiający dokonał wyboru oferty w postępowaniu, wybierając jako najkorzystniejszą, ofertę Konsorcjum BBF. Oferta ta otrzymała w kryterium cena - 62,31 pkt, w kryterium doświadczenie personelu wykonawcy - 25,00 pkt. Z treści Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wynikało ponadto, że żaden z wykonawców nie otrzymał w kryterium „cena" maksymalnej ilości punktów, którą można było w tym przypadku uzyskać tj. 70,00 pkt.

Powyższa punktacja została przyznana przystępującemu na podstawie załącznika
nr 8 do IDW - Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert, zawierającego między innymi następujące doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym: (imię i nazwisko) M. B. . (1) BBF Sp. z o.o., od czerwca 2017 r. do nadal, Inspektor nadzoru - branża SRK, Nadzór w ramach Projektu „Prace na linii kolejowej E20
na odcinku Warszawa Poznań pozostałe roboty, odcinek Sochaczew Swarzędz" FIDIC, inwestycja infrastrukturalna, Inwestor: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.; (2) Scheidt
& Bachmann Polska Sp. z o.o. Wąska 15, 62-030 Luboń, od grudnia 2013 r. do stycznia 2016 r., Kierownik Robót SRK, „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na przejazdach kolejowych - POIiŚ 7.1-59 - ETAP I; zadanie nr 1i 6; POIiŚ 7.1- 80 - ETAP II; zadanie nr 1 i 6" Inwestycja infrastrukturalna realizowana w oparciu
o warunki kontraktowe FIDIC, Inwestor PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.; (3) Scheidt
& Bachmann Polska Sp. z o.o. Wąska 15, 62-030 Luboń, od stycznia 2013 r. do listopada 2013 r., Kierownik Robót SRK, Linia nr 403 budowa komputerowych urządzeń automatyki typu ZSB 2000na odcinku Kalisz Pomorski-Ulikowo, LCS Kalisz Pom, (stacje Prostynia, Recz, Tarnowo Pomorskie wraz z systemową blokadą liniową). Inwestycja infrastrukturalna realizowana w oparciu o standardowe warunki kontraktowe, Inwestor: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.; (4) Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o.o. Wąska 15, 62-030 Luboń,
od stycznia 2012 r. do grudnia 2012 r., Kierownik Robót SRK, Linia 357 w ramach rewitalizacji linii na odcinku Luboń - Wolsztyn zabudowa 12 systemów dla przejazdów kat. A, B, C. Inwestycja infrastrukturalna realizowana w oparciu o standardowe warunki kontraktowe, Inwestor: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

Z kolei w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Konsorcjum BBF złożyło wykaz osób na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (Załącznik 6a do IDW), wymieniając w wykazie na to stanowisko tą samą osobę, wskazując dwa zamówienia, które wcześniej opisane zostały w załączniku nr 8 do IDW w pozycjach
1 i 2.

Ponadto Izba ustaliła, że zamawiający 25 sierpnia 2020 r. skierował
do przystępującego pismo, wzywając go na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w zakresie dotyczącym nieprawidłowości stwierdzonych w odniesieniu do doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym:
(1) pozycja 1 (Załącznik 6a i 8), usługi pn.: Nadzór w ramach Projektu „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa

Poznań pozostałe roboty, odcinek Sochaczew Swarzędz" FIDIC.- zamawiający wskazał, że pan M. B. pełnił funkcję Inspektora nadzoru - branża SRK w okresie od listopada 2018 r., a nie - jak to wskazało Konsorcjum BBF - w okresie od czerwca 2017 r. Ponadto (2) pozycja 2 (Załącznik 6a i 8), usługi pn.: „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na przejazdach kolejowych -POliŚ 7.1-59 –ETAP I; zadanie nr 1 i 6; POliŚ 7.1-80 –ETAP II; zadanie nr 1 i 6" Inwestycja infrastrukturalna realizowana w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC zamawiający podniósł, że Pan M. B. pełnił funkcję Dyrektora ds. technicznych, a nie - jak to wskazało Konsorcjum BBF - funkcję Kierownika Robót SRK.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z 27 sierpnia 2020 r. przystępujący udzielił następujących wyjaśnień: w zakresie pozycji 1: w zakresie doświadczenia wskazanego przy inwestycji Nadzór w ramach Projektu „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa
- Poznań - pozostałe roboty, odcinek Sochaczew - Swarzędz" - FIDIC realizacja usługi przez pana B. przebiegała zgodnie z ustaleniami zamawiającego. Wskazanie innej daty wynika z błędu we wprowadzaniu danych do bazy danych wykonawcy, co przy skali działalności obejmującej aktualnie w zakresie samych tylko nadzorów kolejowych siedem dużych kontraktów i kilkaset zaangażowanych w nie osób niestety się zdarza. Kierownictwo wykonawcy zleciło ponowną analizę bazy danych realizowanych i zrealizowanych kontraktów w celu zmniejszenia prawdopodobieństwa wystąpienia podobnych błędów w przyszłości. Odnosząc się do pozycji 2: W zakresie pozostałego doświadczenia pana B. zdobytego w innymi niż BBF sp. z o.o. podmiocie nie jesteśmy w stanie ustosunkować się
do wezwania zamawiającego ze względu na brak kontaktu ze strony pana B. . Jednocześnie Konsorcjum BBF dokonało uzupełnienia wykazu osób (Załącznik 6a) wskazując na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej
w zakresie sterowania ruchem kolejowym nową osobę pana J. N. .

Jednocześnie w wykazie osób na potwierdzenie spełnienia warunków udziału
w postępowaniu (Załącznik 6a do IDW), złożonym na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wskazano na stanowisko „Inżynier Rezydent" (podkryterium 2) pana J. C. M., wymieniając następujące zrealizowane przez niego projekty: (1) IDOM Consulting Engineering, Architect ure, S.A.U. AvdaZarandoa 23 48015 Bilbao, Hiszpania, wrzesień 2015 r. - listopad 2017 r. Director de Obra - równorzędny Dyrektorowi Kontraku, przez ponad 12 miesięcy pełnił funkcję równorzędną Dyrektora Kontraktu w zakresie zarządzania projektem inwestycyjnym na zadaniu obejmującym nadzór nad liniową inwestycją kolejową
o wartości ok. 320 000 000 PLN w ramach projektu pn. Realizacja usług kierownictwa robót w ramach projektu wydłużenia linii kolejowej FGC do miejscowości Sabadell. Zasilanie sieci trakcyjnej, systemy łączności i wyposażenie tunelu nienależące do branży kolejowej. Odcinek: Plaça Major - Cocheras. Kod: TF-02676.6.2" Zamawiający: INFRAESTRUCTURES DE LA GENERALITAT CATALUNYA S.A.U Carrer dels Vergós, 36, 42, 08017 Barcelo Hiszpania Wykonawca realizujący czynności nadzoru inwestorskiego: IDOM Consulting, Engineering, Architecture , S.A.U.

Odwołujący zakwestionował wybór oferty najkorzystniejszej, składając 24 września 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej i wskazując na szereg nieprawidłowości, jakie jego zdaniem mają miejsce w ofercie Konsorcjum BBF.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła
do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania
o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący, w ramach pierwszego zarzutu opisanego w treści odwołania podnosił,
że zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał obliczenia punktacji ofert, uwzględniając
w ramach obliczeń ofertę odrzuconą, złożoną przez wykonawcę ECM.

Jak ustalił skład orzekający, na podstawie dokumentacji postępowania, zamawiający w Tomie I SIWZ - IDW w pkt 19 opisał tryb i sposób oceny złożonych ofert. W punkcie 19.6 SIWZ – IDW zamawiający przesądził, że oceni i porówna jedynie te oferty, które: (a) zostaną złożone w terminie, (b) nie zostaną odrzucone przez zamawiającego. W kolejnym punkcie opisane zostały kryteria, które zostaną wzięte pod uwagę przy ocenie złożonych ofert, w tym cena. Wagę tego kryterium zamawiający przewidział na 70%. Z kolei w punkcie 19.7.1 SIWZ w ramach kryterium cena określono wzory, według których przyznawane będą punkty
w postępowaniu. Zgodnie z SIWZ obliczenia ceny zamawiający planował dokonywać
w dwóch wariantach, w zależności od liczby złożonych w postępowaniu ofert.

W niniejszym postępowaniu złożonych zostało pięć ofert, które nie podlegały odrzuceniu. Tym samym do obliczenia wartości uzyskanej w ramach kryterium ceny, zgodnie z pkt 19.7.1. lit b) SIWZ zamawiający miał obowiązek zastosować następującą metodę, którą opisał: w przypadku, gdy liczba ofert, o których mowa w pkt 19.8 wyniesie 4 lub więcej,
wg poniższego schematu (z zastosowaniem średniej miarodajnej wartości ofert - Śo):
dla ofert z całkowitą ceną brutto równą lub niższą od wartości Śo dla obliczenia ilości pkt
w tym kryterium zastosowany zostanie znaleźć miał wzór A; dla ofert z całkowitą ceną brutto powyżej wartości Śo dla obliczenia ilości pkt w tym kryterium zastosowany miał zostać wzór B.

Aby obliczyć ilość punktów, którą dany wykonawca miał uzyskać w ramach kryterium „cena", należało więc najpierw obliczyć średnią miarodajną. Dla jej obliczenia zamawiający także przewidział wzór, w którym w liczniku należało policzyć sumę wartości całkowitych cen brutto ofert, o których mowa w pkt 19.8., z wyłączeniem wartości całkowitych cen brutto ofert skrajnych tj. najtańszej i najdroższej. W mianowniku natomiast winna się znaleźć liczba ofert, o których mowa w pkt 19.8 z wyłączeniem ofert skrajnych tj. najtańszej i najdroższej. Z kolei z treści pkt 19.8 SIWZ, do której referował niniejszy wzór wynikało, że za najkorzystniejszą uznana zostanie oferta niepodlegająca odrzuceniu z najwyższą liczbą punktów.

Istota sporu między stronami sprowadzała się do tego, czy przy obliczeniu średniej miarodajnej, zamawiający winien wziąć pod uwagę ceny wszystkich ofert, w tym ofert, które podlegały odrzuceniu, czy tylko ceny zaproponowanie w ofertach, które nie zostały odrzucone. W tym zakresie Izba uznała, że należy wziąć pod uwagę zapis wynikający z pkt 19. 6 SIWZ lit b) w którym zamawiający przesądził, że oceni i porówna jedynie te oferty, które nie zostaną odrzucone przez zamawiającego. Nie można bowiem pomijać tego zapisu, dokonując analizy sformułowań zawartych w kolejnych punktach SIWZ, również odnoszących się do oceny ofert, ale będących niejako „rozwinięciem" ogólnej dyspozycji,

zgodnie z którą dokonując porównania złożonych ofert, brane będą pod uwagę wyłącznie ceny z tych ofert, które nie podlegają odrzuceniu.

Odnosząc się do kwestii podniesionej przez przystępującego, że w opisie zamieszczonym we wzorach parametr „Cn" jest różnie definiowany, w zależności od tego ile ofert wpłynęło w postępowaniu to jest że w przypadku, gdy liczba ofert, o których mowa
w pkt 19.8 wyniesie od 1 do 3 opisując parametr „Cn" zamawiający zdefiniował jako: najniższa oferowana całkowita cena brutto spośród ofert nieodrzuconych, zaś w przypadku, gdy liczba ofert, o których mowa w pkt 19.8 wyniesie 4 lub więcej (i ten wzór
ma zastosowanie w przypadku niniejszego postępowania) opisując parametr „Cn" zamawiający pominął wyrażenie „spośród ofert nieodrzuconych" - Izba uznała, że nie można na tej podstawie przyjąć, że brak tego zapisu w jednym z opisów przesądza o tym, że w zależności od ilości ofert do oceny zastosowano inną metodę. Ponownie należy odwołać się do zapisu, który znalazł się w pkt 19.6 SIWZ lit. b), który jest zapisem ogólnym, a zatem jego treść należy odnosić do oceny ofert, niezależnie od tego ile ofert zostało złożonych
w postępowaniu. Należy uznać zatem, że sformułowanie „spośród ofert nieodrzuconych" jest w tym przypadku nadmiarowe, niż wywodzić z faktu jego braku zamiar zamawiającego,
że stosował będzie inny sposób oceny, zależny od ilości złożonych ofert.

Za prawidłowe zatem uznała Izba stanowisko stron, w którym wskazują, że przy wyliczaniu parametru „So - średnia miarodajna" zamawiający nie powinien brać pod uwagę ofert, które zostały odrzucone tj. oferty złożonej przez ECM, a także ofert z cenami skrajnymi tj. najtańszej (TPF) i najdroższej (Konsorcjum Multiconsult). Do obliczeń zamawiający winien wziąć pod uwagę ceny trzech pozostałych ofert.

Następnie zamawiający winien obliczyć, biorąc pod uwagę wyliczoną w powyższy sposób średnią miarodajną, punkty w kryterium „cena", zgodnie z opisanymi w SIWZ wzorami, w zależności od tego czy całkowita cena brutto jest równa lub niższa od wartości średniej miarodajnej - zastosowanie znajdzie wzór A, natomiast w przypadku,
gdy zaproponowana w ofercie całkowita cena brutto będzie powyżej średniej miarodajnej
– obliczenia dokonane być powinny zgodnie z wzorem B. W konsekwencji, co wynika
z obliczeń odwołującego, potwierdzonych stanowiskiem zamawiającego ofercie odwołującego w zakresie kryterium ceny, należy przypisać nie jak pierwotnie przyznano
- 66,42 pkt, ale 70 pkt.

Powyższe działanie będzie zgodne nie tylko z treścią SIWZ, ale także z powszechnie przyjętymi zasadami oceny ofert w postępowaniu. Wprawdzie możliwe jest zastosowanie dowolnego wzoru służącego obliczeniom w kryteriach oceny ofert, w tym ceny. Dozwolone jest przyjmowanie różnych mierników i zasad, byle te były opisane w SIWZ i przestrzegane na etapie dokonywania oceny ofert. Zauważyć jednak należy, że za sprzeczny z ogólnie przyjętymi na rynku regułami należy uznać taki sposób oceny ofert w kryterium „cena", gdzie oferta wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę otrzymuje niższą liczbę punktów niż maksymalna. W tym przypadku tak się stało. Zamawiający dokonując oceny ofert przyznał ofercie odwołującego, która zawierała cenę najniższą, spośród ofert nieodrzuconych
i branych przez zamawiającego pod uwagę - zamiast maksymalnej ilości punktów, mniejszą ich ilość. Taką maksymalną liczbę punktów otrzymałaby oferta ECM, która podlegała odrzuceniu. Wprawdzie Izba dostrzegła, że zamawiający nie brał również pod uwagę przy ocenie ofert - ofert z cenami skrajnymi tj. najtańszej i najdroższej, ale ta okoliczność została wprost wskazana w SIWZ i nie było sporne, że oferty te nie będą brane pod uwagę.

Biorąc pod uwagę powyższe, zarzut dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej bez uwzględnienia prawidłowej punktacji tj. punktacji po odrzuceniu oferty wykonawcy ECM, Izba uznała za zasadny.

Odnosząc się z kolei do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum BBF,
w zakresie opisanym w pkt 2 odwołania - Izba uznała przedmiotowy zarzut za zasadny.

Zamawiający w punkcie 8.2.3 Tomu I SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy spełniający warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej dotyczące dysponowania personelem. W ramach warunku opisanego w punkcie 8.2.3. IDW wymagane było wykazanie przez wykonawcę dysponowanie osobami wchodzącymi w skład Stałego Zespołu Inżyniera, w tym między innymi wskazanym w pkt. 4 tabeli: Inspektorem nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym. W opisie minimalnych wymagań, których spełnienie było niezbędne,
aby zamawiający uznał warunek za spełniony znalazło się także: uprawnienia budowlane
do kierowania robotami budowlanymi lub do projektowania i kierowania robotami budowlanymi odpowiadające nadzorowanemu zakresowi robót; w ciągu ostatnich 10 lat liczonych do terminu składania ofert w postępowaniu zdobył minimum 2 letnie doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru w zakresie minimum 1 inwestycji infrastrukturalnej, realizowanej w oparciu o warunki kontraktu FIDiC lub inne standardowe warunki kontraktowe.

Doświadczenie osób, wskazanych w ramach spełniania warunków udziału
w postępowaniu stanowiło również kryterium oceny ofert, zgodnie z opisem zawartym
w rozdziale 19 SIWZ - IDW punkt 19.7.2. - Kryterium 2. Wramach podkryterium 4 (PK4) zamawiający wskazał, że będzie oceniał doświadczenie Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym - i w ramach tego podkryterium przyzna maksymalnie 5 pkt. Aby otrzymać maksymalną liczbę punktów wykonawcy musieli wykazać, że Inspektor nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej
w zakresie sterowania ruchem kolejowym, w ciągu ostatnich 10 lat liczonych do terminu składania ofert w postępowaniu zdobył minimum 3 letnie doświadczenie polegające
na pełnieniu funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru w zakresie minimum dwóch inwestycji infrastrukturalnych, realizowanych w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe.

Konsorcjum BBF złożyło, wraz z ofertą, Załącznik nr 8 IDW - Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert, w którym wskazało na potrzeby spełniania tego warunku, że osoba, którą dysponuje w zakresie PK4 to M. B. . Dla wymienionej
w wykazie osoby wykonawca wskazał doświadczenie, którym legitymowała się wymieniona osoba - cztery zamówienia realizowane na rzecz Inwestora - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

Z kolei wezwany do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przystępujący złożył wykaz osób na potwierdzenie spełniania warunków udziału
w postępowaniu (Załącznik nr 6a do IDW), w którym oświadczył, że kieruje na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym - również M. B. . W opisie doświadczenie

wymienił dwie te same prace, które wskazane zostały w wykazie, składanym na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert.

Po weryfikacji treści złożonego dokumentu zamawiający powziął następujące wątpliwości co do jego prawidłowości: osoba wskazana w wykazie na kontrakcie realizowanym dla zamawiającego: Nadzór w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa-Poznań pozostałe roboty, odcinek Sochaczew - Swarzędz" pełniła funkcję Kierownika Robót SRK w okresie od listopada 2018 r. do nadal, a nie jak twierdził przystępujący od czerwca 2017 r. Ponadto w zakresie drugiego zamówienia: Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na przejazdach kolejowych - POIiŚ 7.1.59 - etap I; zadanie nr 1 i 6; POIiŚ 7.1-80 - etap II; zadanie nr 1 i 6 wskazana osoba nie była Kierownikiem Robót SRK, lecz występowała u wykonawcy Scheidt& Bachman Polska sp. z o.o. jako Dyrektor ds. technicznych.

Zamawiający uznał, że wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, albowiem nie wykazał, że pan M. B. posiada 2 letnie doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru w zakresie minimum 1 inwestycji infrastrukturalnej, realizowanej w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe i 25 sierpnia 2020 r. wezwał Konsorcjum BBF na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów.

W tym miejscu wskazać należy, że zamawiający formułując wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odnosił się do treści załącznika nr 6a do IDW - Potencjał kadrowy, formułując wyłącznie wątpliwości co do treści tego dokumentu. Dokument przedłożony przez Konsorcjum BBF stanowił wykaz osób na potwierdzenie spełniania warunków, nie zaś dokument służący ocenie ofert w ramach kryteriów. Z kolei załącznik nr 8 IDW - Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert, jako nie podlegający uzupełnieniom ani zmianom - nie był przedmiotem wyjaśnień i uzupełnień. Tym samym należy uznać, że zastrzeżenia odwołującego co do tego, że zamawiający nie był uprawniony do skierowania wezwania powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - jest nietrafiony.

Za zasadne należy uznać natomiast zarzuty, odnoszące się do tego, że przepis ten nie mógł zostać zastosowany w okolicznościach niniejszej sprawy, gdyż art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie może prowadzić w konsekwencji do zastępowania informacji nieprawdziwych - informacją zgodną z rzeczywistością. Izba w pełni podziela stanowisko, prezentowane w licznych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, że niedopuszczalna jest sytuacja w której w przypadku stwierdzenia, że wykonawca przedstawił w ofercie informacje niezgodne z rzeczywistością, następnie jest wzywany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W takim przypadku wyłączona jest możliwość uzupełnienia dokumentów w tym trybie, zaś ocenie zamawiającego podlegają wyłącznie dokumenty pierwotnie złożone przez wykonawcę wraz z ofertą (tak m.in. wyrok KIO z 8 czerwca 2020 r., sygn. akt 600/20; wyrok KIO z 11 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 177/5).

Nie ulega wątpliwości, że w okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający ustalił, że wykonawca podał w wykazie informacje dotyczące osoby wskazanej na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej i kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, które były niezgodne z rzeczywistością, albowiem wprost wynika to z treści pisma kierowanego do przystępującego z 25 sierpnia 2020 r. W tym stanie rzeczy stwierdzić należy, że zaistniała przesłanka opisana w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, uprawniająca zamawiającego do wykluczenia Konsorcjum BBF z postępowania. Zamawiający, wzywając przystępującego do uzupełnienia dokumentu - w konsekwencji umożliwił wykonawcy zastąpienie informacji, które były nieprawdziwe - innymi, które miały potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co jak wskazano wcześniej w świetle przepisów ustawy Pzp - jest niedopuszczalne.

Odnosząc się do argumentacji przystępującego, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie można mówić o wprowadzeniu w błąd zamawiającego w sytuacji, gdy posiadał on pełną wiedzę co do projektów, które wymienił w swoim wykazie z tego powodu, że zamówienia te były realizowane na rzecz zamawiającego - skład orzekający w niniejszej sprawie zauważa, że okoliczność, że dana inwestycja była realizowana na rzecz tego samego zamawiającego pozostaje bez wpływu na możliwość wprowadzenia w błąd co do szczegółów dotyczących danego zamówienia. Dla oceny zaistnienia przesłanki wykluczenia odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 nie ma znaczenia sama potencjalna możliwość wykrycia danych niezgodnych z rzeczywistością, bowiem sam fakt, że zamówienie było realizowane na rzecz tego samego zamawiającego - wykluczałoby możliwość wprowadzenia w błąd poprzez podanie nieprawdziwych informacji, a w konsekwencji czyniłoby instytucję wykluczenia w oparciu o przesłankę z art. 24 ust. 1 pkt 17 - martwą. Zauważyć należy, że niektóre instytucje zamawiające mają rozbudowaną strukturę, udzielają zamówień poprzez oddziały, które nie zawsze dysponują pełną wiedzą na temat działalności i umów zawieranych przez inne ośrodki. Nawet jeśli, jak w tym przypadku zamawiający miał możliwość weryfikacji informacji, gdyż udzielał zamówień przystępującemu - aby ustalić prawdziwy zakres danych zawartych w wykazie musiał wykonać dodatkowe czynności, celem weryfikacji prawdziwości przedstawionych w wykazie danych.

To obowiązkiem wykonawcy, który ubiega się o zamówienie, a nie zamawiającego, który dokonuje oceny tych informacji, jest weryfikacja podawanych danych, szczególnie w sytuacji gdy te mają lub mogą mieć wpływ na ocenę złożonej oferty. Stwierdzić zatem należy, że sama możliwość dokonania przez zamawiającego sprawdzenia podanej przez wykonawcę informacji, nie może legitymizować oczywistej niedbałości w podejmowanych przez wykonawcę działaniach i braku rzetelnej weryfikacji okoliczności faktycznych objętych treścią składanych oświadczeń. To wykonawca obowiązany jest do dochowania należytej, przynależnej profesjonaliście staranności przy składaniu oświadczeń w danym postępowaniu,

Dalej, zauważyć należy, że Konsorcjum BBF, udzielając odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, w piśmie z 27 sierpnia 2020 r. przyznało, że informacje podane w wykazie nie mają umocowania w rzeczywistości. Wykonawca oświadczył, że wskazanie błędnej daty wynika z błędu, natomiast w odniesieniu do drugiego z wymienionych zamówień udzielił odpowiedzi, że nie jest w stanie ustosunkować się do wezwania z uwagi na brak kontaktu ze strony osoby wskazanej w wykazie. Bezspornym jest zatem, że w odniesieniu do co najmniej jednej z podanych informacji przystępujący przyznał wprost, że informacja ta była niezgodna z prawdą.

Zarówno w piśmie kierowanym do zmawiającego, jak też w piśmie procesowym złożonym w toku postępowania odwoławczego, Konsorcjum BBF skupiało się

na uzasadnieniu okoliczności, które spowodowały podanie przez wykonawcę informacji niezgodnych z prawdą podnosząc, że posiadał ograniczone możliwości weryfikacji informacji dotyczących szczegółowego doświadczenia pana M. B. . Argumentacja przystępującego nie mogła znaleźć aprobaty z następujących powodów. Przypomnieć należy, że oceny postępowania wykonawcy biorącego udział w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, dokonuje się przez pryzmat zawodowego charakteru jego działalności. Zgodnie z art. 355 §2 kodeksu cywilnego, należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się
o udzielenie zamówienia publicznego, W tym wypadku wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, bowiem
te składane w toku przetargu zmierzają do udzielenia zamówienia publicznego temu właśnie wykonawcy i mają wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, Jeżeli wykonawca przedstawia w złożonym przez siebie oświadczeniu informacje odnośnie osób, którymi dysponuje, pozostające w sprzeczności z faktami, zaś zamawiający z łatwością może dotrzeć do właściwych informacji, to uznać należy, że wykonawca wykazał się co najmniej niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Jak wskazuje się w orzecznictwie, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu
i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r., IV CK 151/03).

Przystępujący nie wykazał, że użył wszystkich dostępnych środków, które były możliwe, aby zweryfikować doświadczenie osoby wymienionej w wykazie. Twierdził wprawdzie, że wykonał szereg czynności, które miały służyć temu, że przekazane przez niego informacje zawarte w wykazie będą rzetelne tj. kontaktował się z wymienioną
w wykazie osobą, zweryfikował uprawnienia posiadane przez pana B., sprawdził na podstawie powszechnie dostępnych źródeł, że taka inwestycja była rzeczywiście realizowana i w końcu, co w jego ocenie było działaniem ponadstandardowym
- skontaktował się telefonicznie z byłym pracodawcą pana B., aby potwierdzić zakres realizowanych przez niego czynności. Na okoliczności powyższe złożył dowody
w postaci decyzji o nadaniu uprawnień budowalnych panu B., jak też informację od podmiotu Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o.o., który potwierdził zakres obowiązków, które osoba ta pełniła na realizowanych kontraktach. Uznać jednak należy, że w konsekwencji wszystkie podejmowane działania nie były wystarczające do tego, aby podać w wykazie takie informacje, które odpowiadałyby prawdzie. Przystępujący nie wykazał również, że takie czynności faktycznie podejmował w chwili, gdy dane te w wykazie wpisywał. Ponadto dowody przedstawiane na okoliczności mające potwierdzać, że przystępujący wymaganej staranności dochował - należy uznać za spóźnione. Przypomnieć należy, że oceny czy zaistniała przesłanka do wykluczenia z postępowania, dokonuje zamawiający, opierając się na oświadczeniach i dokumentach składanych w toku postępowania.

Wykonawca, w sytuacji gdy został wezwany przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp miał możliwość złożenia wyjaśnień w tym zakresie, w tym przedłożenia stosownych dowodów potwierdzających, że dochował staranności, która była możliwa
w zaistniałych okolicznościach, tj. w związku z ogłoszonym w kraju stanem epidemii, celem potwierdzenia danych zawartych w wykazie osób. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie takiej próby nawet nie podjął. Wprawdzie Izba dostrzegła, że zamawiający w treści wezwania umożliwił wykonawcy również złożenie nowego wykazu, jednak przystępujący, jako podmiot profesjonalny winien zdawać sobie sprawę z konsekwencji, które mogą mieć miejsce
w sytuacji, gdy zamawiający stwierdził, że w wykazie potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu - podane były informacje nieprawdziwe.

Nie może mieć wpływu na ocenę zachowania Konsorcjum BBF także okoliczność,
że w czasie, gdy zamawiający skierował wezwanie do przystępującego u pracownika odpowiedzialnego za przygotowanie pisma do zamawiającego stwierdzono pozytywny wynik badania na występowanie wirusa SARS-CoV-2, w związku z czym został skierowany
na obowiązkową izolację domową, zaś pozostali pracownicy przystępującego poddani zostali kwarantannie. Izba podziela w tym zakresie argumentację odwołującego, że przystępujący mógł zwrócić się do zamawiającego z prośbą o wyznaczenie terminu na złożenie wyjaśnień takiego, który umożliwi mu odniesienie się do wszystkich wątpliwości formułowanych
w piśmie. Przystępujący zaś poprosił o przesunięcie tego terminu, sam wskazując
datę 2 września 2020 r. jako wystarczającą na złożenie pisma. Nie może zatem twierdzić,
że podjął wszelkie działania, które były w danych okolicznościach możliwe.

Mając na uwadze powyższe należy uznać, że nawet jeśli zamawiający
na wcześniejszym etapie postepowania nie podjął decyzji o wykluczeniu przystępującego
z postępowania, to oceniając wyjaśnienia Konsorcjum BBF, zobligowany był stwierdzić,
że zaistniała co najmniej przesłanka wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp
i taką decyzję podjąć. Nawet bowiem jeśli działanie przystępującego nie było wynikiem zamierzonego działania, to przypisać mu można co najmniej lekkomyślność lub niedbalstwo, o którym mówi przepis. Co do rozumienia tych pojęć wypowiedział się Sąd Okręgowy
w Warszawie w wyroku z dnia 20 lipca 2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 849/18 stwierdzając: „Działając na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 zamawiający wyklucza wykonawcę, który
w wyniku lekkomyślności (tzn. jest świadomy, że może podać informacje nieprawdziwe,
ale bezpodstawnie sądzi, że do tego nie dojdzie) lub niedbalstwa (tzn. podaje nieprawdziwe Informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia".

Tym samym uznać należało, że informacje przedstawione przez Konsorcjum BBF, pozostają w sprzeczności z rzeczywistością, a ich podanie skutkowało mylnym przekonaniem, że wskazane doświadczenie pana B. spełnia wymogi opisane w SIWZ, a co więcej doświadczenie to posłużyło zamawiającemu celem przyznania punktów w kryterium oceny ofert. W konsekwencji, gdyby zamawiający doświadczenia tego nie zweryfikował, oferta wykonawcy okazałaby się najkorzystniejszą w postępowaniu. Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż zaistniała wynikająca z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, przesłanka istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis odnosi się do wprowadzających w błąd informacji, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, co oznacza, że dla wypełnienia przesłanki, wystarczy możliwość wywarcia wpływu na takie decyzje. Zaznaczenia przy tym wymaga, że służy to ochronie uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz przeciwdziała udzieleniu zamówienia wykonawcy, który działa w postępowaniu w sposób nieprofesjonalny i nierzetelny.

Izba nie podzieliła natomiast zarzutu opisanego jako zarzut nr 3, polegającego na zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum BBF na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ewentualnie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu osób (załącznik 6a), a także zaniechania wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z powodu okoliczności wskazywanych w tym punkcie.

Odwołujący zarzucał, że osoba wskazana przez Konsorcjum BBF na stanowisko Inżyniera Rezydenta w Załączniku nr 8 do IDW - Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert, w osobie pana J. C. M., nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie Inżyniera Rezydenta oraz, co jest następstwem powyższego, zamawiający niesłusznie przyznał 5 pkt. za wskazane w załączniku 8 do oferty doświadczenie w ramach podkryterium 2 (PK2) - Doświadczenie Inżyniera Rezydenta.

W ocenie odwołującego pan J. C. M. nie posiada uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, ale wyłącznie uprawnienia do projektowania w tej specjalności. Odwołujący wywodził to z treści wykazu, złożonego przez przystępującego w postępowaniu, w którym wykonawca w kolumnie uprawnienia (kwalifikacje zawodowe) wpisał: projektant.

Izba w tym zakresie przyjęła wyjaśnienia i dowody złożone przez przystępującego, potwierdzające, że w myśl prawa hiszpańskiego posiadanie tytułu zawodowego inżyniera oznacza, że dana osoba posiada zarówno uprawnienia budowlane do projektowania, jak też do kierowania robotami budowlanymi. Jak wskazał przystępujący, powyższe uprawnienia wynikają z obowiązującego prawa hiszpańskiego, regulującego zakres uprawnień osób posiadających tytuł zawodowy inżyniera (dekret z 18 września 1935 r., który w świetle orzecznictwa nadal obowiązuje mimo odległej daty jego przyjęcia). Powyższy dekret nie rozróżnia uprawnień w danej branży na projektowanie i kierowanie robotami budowlanymi, jak to ma miejsce w ramach przepisów obowiązujących w Polsce. Zatem osoba posiadająca stosowne, wymagane wykształcenie oraz doświadczenie wraz z wpisem do Izby samorządu zawodowego, posiada uprawnienia zarówno do projektowania, jak i kierowania robotami w danej specjalności. Fakt ten potwierdził przystępujący, składając zaświadczenie o uprawnieniach zawodowych lub kwalifikacjach dla Pana J. C. M., wydane przez izbę samorządu zawodowego Enginyers Industrials de Catalunya Col-legi z 26 stycznia 2018 r. Z treści przedmiotowego zaświadczenia wynika, że „osoba legitymująca się tytułem inżyniera posiada kwalifikacje do projektowania, realizacji i kierownictwa robót w zakresie wszelkich obiektów i zakładów należących do branż technicznych przemysłu chemicznego, mechanicznego, elektrycznego".

Niezasadne są również zastrzeżenia odwołującego, że skoro wskazana osoba pełniła funkcję równorzędną dyrektorowi kontraktu, podczas gdy zamawiający wymagał, aby skierowana na to stanowisko osoba legitymowała się doświadczeniem na określonych stanowiskach - nie można uznać, że spełniony został warunek udziału w postępowaniu. Skład orzekający podzielił w tym zakresie stanowisko Konsorcjum BBF, że kluczowe w tym przypadku jest nie nazewnictwo, ale to jaki zakres obowiązków miała osoba pełniąca daną funkcję. Jeśli zatem zakres kompetencji wynikający z pełnienia funkcji Director de Obra (zgodnie z oświadczeniem przystępującego) jest równorzędny do obowiązków, które ma na budowie dyrektor kontraktu - zastrzeżenia w tym zakresie należy uznać za nieuzasadnione. Przystępujący wyjaśnił w piśmie procesowym i na rozprawie, że wprawdzie tłumacząc na język polski funkcja ta nazywana jest Dyrektorem Budowy, lecz zakres kompetencji jest identyczny jak w przypadku Dyrektora Kontraktu (różnica wynika tylko z nazewnictwa i jego tłumaczenia wynikająca ze specyfiki obydwu krajów).

Nie można także uznać, że Konsorcjum BBF zamierzało wprowadzić w błąd zamawiającego przekazując dane dotyczące osoby skierowanej na stanowisko Inżyniera Rezydenta. Z treści wykazu wynika bowiem, że przystępujący wpisał rzeczywistą nazwę funkcji pełnionej przez pana J. C. M. wpisując funkcję: Director de Obra, dalej informując, że jest to funkcja równorzędna Dyrektorowi Kontraktu, wpisał zatem rzeczywistą nazwę pełnionej funkcji, deklarując że zakres wykonywanych czynności jest tożsamy.

W konsekwencji skład orzekający uznał za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Mając na uwadze, że przystępujący złożył wyjaśnienia i przedłożył dowody na potwierdzenie swojego stanowiska, zaś odwołujący nie sprostał ciążącemu na nim obowiązkowi wykazania zasadności podnoszonego zarzutu, stąd należało go uznać za niezasadny. Nie miało to jednak wpływu na sytuację Konsorcjum BBF, gdyż jak uzasadniono powyżej zamawiający miał obowiązek wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z tego powodu, że przedstawił w wykazie osób nieprawdziwe informacje dotyczące osoby wskazanej na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym.

Odwołujący sformułował także zarzut (opisany w odwołaniu jako zarzut nr 4) naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum BBF do uzupełnień lub wyjaśnień w zakresie dokumentów podmiotowych i wykazu usług członka konsorcjum spółki IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U. Zwrócił uwagę, że z dokumentów przedłożonych przez przystępującego wynika, że dokumenty te dotyczą podmiotu IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.

Konsorcjum BBF w tym zakresie złożyło wyjaśnienia, z których wynikało, że spółkaIDOM S.A.U. jest jedynym członkiem zarządu hiszpańskiej spółki prawa handlowego IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. (wcześniej nazwana IDOM Ingenieria y Consultoria S.A.). Spółka IDOM S.A.U. reprezentuje spółkę IDOM Consulting, Engineerin Architecture, S.A.U., co powoduje, że w niektórych dokumentach firmowych mogą pojawiać się obie te nazwy. Ponadto zauważył, że z tłumaczenia wypisu z rejestru spółek wynika, że spółka działa pod nazwą: „IDOM Consulting, Engineering, Architecture, Socieda Anonima Unipersonal", przy czym zwrot „socieda anonima unipersonal" należy tłumaczyć jako spółka akcyjna jednoosobowa, czyli taka spółka akcyjna,

która ma jednego akcjonariusza (a jest nim właśnie spółka IDOM S.A.U.).

Dodatkowo wskazał, że mogące się pojawiać rozbieżności w określeniu formy prawnej S.A.U i S.A., wynikają ze szczególnych uwarunkowań hiszpańskiego prawa handlowego. Skróty te określają tą samą formę prawną (Spółkę Akcyjną). I tak skrót: S.A. oznacza hiszp. „Sociedad Anonima" - Spółka Akcyjna; z kolei S.A.U. hiszp. „Sociedad Anonima Unipersonal" - Spółka Akcyjna posiadająca Jednego Akcjonariusza/Udziałowca.

Z tego powodu, że Partnerem Konsorcjum jest spółka będącą spółką akcyjną, która posiada Jednego Akcjonariusza (spółkę IDOM S.A.U) i skróty powyższe („S.A." i „S.A.U") używane są zamiennie w oficjalnych dokumentach w Hiszpanii oraz praktyce obrotu, bowiem są to określenia spółki akcyjnej. Litera „U" dodana po „S.A." wskazuje tylko dodatkowo na liczbę akcjonariuszy w danej spółce akcyjnej - w tych okolicznościach na jednego akcjonariusza/udziałowca. Cały czas mamy jednak do czynienia z jednym i tym samym podmiotem, co potwierdzają również dodatkowo inne dane właściwe spółce (np. numery podatkowe, siedziba itd.).

Izba wzięła pod uwagę powyższe wyjaśnienia. Zauważyć jednak należy, że w dokumentach złożonych przez przystępującego stwierdzić można pewne nieścisłości, gdyż z załączonego do oferty hiszpańskiego dokumentu rejestrowego Registro mercantil, który jest odpowiednikiem polskiego dokumentu KRS wynika, że w dniu założenia spółka nosiła nazwę „IDOM BILBAO SOCIEDAD ANONIMA" (spółka akcyjna), a aktual nazwa rzeczonej spółki brzmi „IDOM CONSULTING, ENGINEERING ARCHITECTURE, SOCIEDAD ANÓNIMA więcej do reprezentowania spółki uprawniony jest „JEDYNY ZARZĄDCA, tj. spółka „IDOM S.A.U." reprezentowana prze osobę fizyczną pana L. C. R. L. Z samej zatem treści tłumaczenia tego dokumentu na język polski nie można wywieść jakie są zależności pomiędzy wykonawcą składającym ofertę w przedmiotowym postępowaniu, czyli członka konsorcjum IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. a podmiotem wymienionym w rejestrze, a więc IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A. Podobnie nazwy tych podmiotów wymienione są w wykazie usług, gdzie na zaświadczeniu dotyczącym należytego wykonania usługi wykazanej w pozycji drugiej wpisano podmiot IDOM INGENIERA Y CONULTORIA S.A., więc zgodnie z dokumentem rejestrowym obecnie spół IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A. - podczas gdy członkiem Konsorcjum BBF jest inna spółka.

Z powyższych powodów skład orzekający podziela twierdzenia odwołującego, że przedmiotowe kwestie należało wyjaśnić. Z powyższych powodów zarzut należy uznać w części za zasadny. Kierowanie takiego wezwania jest jednak bezprzedmiotowe w związku z tym, że jak stwierdzono powyżej zamawiający miał obowiązek wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z tego powodu, że przedstawił on w wykazie osób nieprawdziwe informacje dotyczące osoby wskazanej na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1).

Przewodniczący: ……