Sygn. akt: KIO 980/20

Sygn. akt: KIO 985/20

WYROK

z dnia 15 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2020 r., odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiednio w dniach: 7 i 8 maja 2020 r. przez wykonawców: 1) SMCE Europe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (sygn. akt KIO 980/20) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BBC Best Building Consultans Sp. z o.o. Sp. K. oraz Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultans Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie (sygn. akt KIO 985/20) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala oba odwołania;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców: 1) SMCE Europe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (sygn. akt KIO 980/20) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BBC Best Building Consultans Sp. z o.o. Sp. K. oraz Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultans Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie (sygn. akt KIO 985/20) i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołujących się tytułem wpisów od odwołań, w tym:

A) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SMCE Europe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania (odwołanie o sygn. akt KIO 980/20);

B) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BBC Best Building Consultans Sp. z o.o. Sp. K. oraz Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultans Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie tytułem wpisu od odwołania (odwołanie o sygn. akt KIO 985/20);

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 980/20, KIO 985/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „ustawą Pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „Zarządzanie kontraktem pn. Budowa zajezdni Annopol".

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołania o sygn. akt: KIO 980/20

Wykonawca SMCE Europe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (zwany dalej również: „Odwołującym SMCE") w dniu 7 maja 2020 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący SMCE zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący SMCE w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W konsekwencji Odwołujący SMCE wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienia czynności wykluczenia ww. Odwołującego z postępowania. Odwołujący SMCE w uzasadnieniu odwołania wskazał, że w zakresie doświadczenia pana S. P. (na stanowisku Inspektora Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych) jako „ informacje

(...) mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia" w zakresie doświadczenia eksperta uznać należy liczbę inwestycji w realizacji których uczestniczył ekspert — pkt 15.1.3 oraz 15.2.3 SIWZ. Miejsce realizacji inwestycji, jej nazwa czy też inne informacje jej dotyczące są bez znaczenia dla decyzji o punktacji doświadczenia eksperta. Tym samym uznać należy, że w tym zakresie mogłoby dojść do sytuacji przewidzianej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wtedy, gdyby Odwołujący podał nieprawdziwe informacje co do liczby inwestycji podczas realizacji których ekspert zdobywał doświadczenie - gdyż nieprawdziwa informacja w tym zakresie prowadziłaby do przyznania innej ilości punktów, a zatem mogłaby mieć wpływ na wynik postępowania. Tym samym omyłka Odwołującego SMCE nie należy do kategorii informacji (...) mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia - gdyż Odwołujący podał prawdziwą i prawidłową liczbę inwestycji podczas realizacji których ekspert zdobywał doświadczenie. W ocenie Odwołującego SMCE w niniejszym przypadku nie zaistniały co najmniej 2 przesłanki, tj. Odwołujący dołożył należytej staranności przy przedstawianiu informacji, a informacje które okazały się błędne nie były informacjami mającymi wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Dodatkowo, Odwołujący wskazał, że w toku postępowania wyjaśnił, że omyłka nie została przez niego zawiniona - bazował na informacji od podmiotu trzeciego podczas współpracy z którym ekspert zdobywał doświadczenie. Omyłka najprawdopodobniej miała charakter pisarski (pomylenie/przesunięcie kolumn tabeli) - w zakresie pozostającym bez wpływu na informacje mające znaczenie dla przebiegu postępowania. Zamawiający w toku postępowania zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienia w tym zakresie - co potwierdza - w jego ocenie - pogląd, że omyłka ta należy do kategorii możliwych do wyjaśnienia. Gdyby bowiem Zamawiający uznał, że dokonywanie w tym zakresie wyjaśnień jest niemożliwe, nie kierowałby do Odwołującego w tym zakresie żadnych wezwań.

W zakresie doświadczenia pana J. K. (Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej drogowej), Odwołujący wskazał, że w tym zakresie nie doszło do podania nieprawdziwej informacji. Pan J. K. pełnił funkcję Kierownika budowy na inwestycji „ Budowa linii

tramwajowej na Tarchomin (Etap III) wraz z rozbudową układu drogowego ul. Światowida w Warszawie" w okresie od października 2019 r. do lutego 2020 r. a częścią tej inwestycji jest realizacja roboty budowlanej w ramach której wykonano 2 200 mtp torowiska w konstrukcji bezpodsypkowej. Okoliczności tej Zamawiający nie sfalsyfikował, zatem brak jest podstaw do przyjęcia, że Odwołujący podał nieprawdziwe informacje. Uzasadniając wykluczenie Odwołującego, Zamawiający wyraźnie wskazał na interpretację zapisów SIWZ opartych na intencjach - zatem z przekroczeniem granic ścisłej, literalnej wykładni. Tym samym pogląd o podaniu nieprawdziwej informacji nie znajduje - w ocenie Odwołującego - podstaw. Końcowo Odwołujący SMCE wskazał, że jak sam Zamawiający podał w pkt 11.13 Zawiadomienia o wykluczeniu Wykonawców oraz odrzuceniu oferty": „Wskazana wyżej inwestycja realizowana jest przez dwóch zamawiających Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawskie (wskazany w Wykazie) oraz Tramwaje Warszawskie sp. Z o.o. Tym samym Zamawiający dysponuje wiedzą na temat wykazanej inwestycji. "Co powoduje niemożliwość powołania się przez Zamawiającego w zakresie tej inwestycji na art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Odwołania o sygn. akt: KIO 985/20

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BBC Best Building Consultans Sp. z o.o. Sp. K. oraz Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultans Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie (zwani dalej również: „Odwołującym BBC") w dniu 8 maja 2020 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie na czynność wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący BBC zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że w toku przedmiotowego postępowania naruszono następujące przepisy ustawy: art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie Odwołującego BBC z postępowania mimo, iż nie zostały spełnione wszystkie przesłanki do zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, bowiem Odwołujący w odniesieniu do doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Inżyniera Kontraktu - Pana A. D. nie przedstawił Zamawiającemu w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia; ewentualnie: art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp w zw. art. 22 ust. 1b pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego BBC do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej - pkt 5.1.2.2 ppkt 1 Rozdziału I SIWZ i bezzasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania przed zastosowaniem procedury opisanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania; dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; ewentualnie - wezwania Konsorcjum BBC do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty wykonawców: 1) SMCE Europe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BBC Best Building Consultans Sp. z o.o. Sp. K. oraz Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultans Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba rozpoznała łącznie oba odwołania w związku z treścią zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wydanego w tym przedmiocie. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z rozpoznawanych odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne ich rozpoznanie

wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła także, iż Odwołujący spełniają przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 8 maja 2020 r. (w sprawie o sygn. akt KIO 980/20) wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym oraz przekazał im kopię wniesionego odwołania. Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 13 maja 2020 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BBC Best Building Consultans Sp. z o.o. Sp. K. oraz Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultans Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie. Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w niniejszym postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BBC Best Building Consultans Sp. z o.o. Sp. K. oraz Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultans Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie. Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło wprawdzie zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego pochodzące od ww. wykonawców, jednakże wniesione po terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Jak wynikało z dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego, zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przesłał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: BBC Best Building Consultans Sp. z o.o. Sp. K. oraz Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultans Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie w dniu 8 maja 2020 r. Tym samym z ww. chwilą rozpoczął bieg termin na zgłoszenie przystąpień do postępowań odwoławczych. Trzydniowy termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął wykonawcy w dniu 11 maja 2020 r. Tymczasem zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego zostało doręczone Prezesowi Izby w dniu 13 maja 2020 roku (prezentata Krajowej Izby Odwoławczej na zgłoszeniu przystąpienia z adnotacją o wpływie pisma).

Wskazać w tym miejscu należy, że dla zachowania terminu zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego znaczenie ma data doręczenia zgłoszenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w jednej z form wskazanych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Wprawdzie pismo ze zgłoszeniem przystąpienia zostało nadane w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w dniu 11 maja 2020 r. (por. stempel na kopercie), jednakże ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych wyraźnie nie łączy żadnych skutków z nadaniem zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej operatora wyznaczonego, inaczej niż w przypadku innych pism (por. przykładowo przepis art. 198b ust. 2 ustawy Pzp, który ze złożeniem skargi na orzeczenie Izby w takiej placówce łączy skutki wniesienia skargi do sądu). A zatem z nadaniem zgłoszenia przystąpienia w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w dniu 11 maja 2020 r. nie można było łączyć skutków wniesienia pisma do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Powyższe stanowisko jest ugruntowane i prezentowane jednolicie w orzecznictwie Izby. Prawidłowość tego stanowiska, na tle analogicznych przepisów ustawy Pzp dotyczących wniesienia odwołania, potwierdza również uchwała Sądu Najwyższego z 7 lutego 2014 r., sygn. akt II CZP 90/13, w której Sąd stwierdził, że nie ma znaczenia dla zachowania terminu do wniesienia odwołania okoliczność, kiedy pismo z odwołaniem zostanie złożone w placówce operatora wyznaczonego. Zatem Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BBC Best Building Consultans Sp. z o.o. Sp. K. oraz Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultans Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie do postępowania odwoławczego wniesiono z uchybieniem ustawowego 3 - dniowego terminu do jego wniesienia co skutkowało niedopuszczeniem zgłaszających przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym. W konsekwencji wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie są uczestnikiem postępowania odwoławczego. Niezachowanie terminu dla zgłoszenia przystąpienia

skutkowało wygaśnięciem prawa do wniesienia tego środka ochrony prawnej, gdyż termin określony w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter terminu zawitego i nie podlega przywróceniu.

Następnie Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 985/20 po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia - w terminie przewidzianym w ustawie - żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający - Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „ustawą Pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „Zarządzanie kontraktem pn. Budowa zajezdni Annopol". W niniejszym postępowaniu oferty złożyli wykonawcy: 1) SMCE Europe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BBC Best Building Consultans Sp. z o.o. Sp. K. oraz Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultans Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie. W dniu 28 kwietnia 2020 r. Zamawiający wykluczył wykonawców na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Od niniejszej czynności wykonawcy

Od niniejszej czynności wykonawcy 1) SMCE Europe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz 2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BBC Best Building Consultans Sp. z o.o. Sp. K. oraz Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultans Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie wnieśli odwołania odpowiednio w dniach: 7 oraz 8 maja 2020 r.

Zamawiający w dniu 8 czerwca 2020 r. odpowiedział na odwołania, wnosząc o ich oddalenie.

Odwołanie o sygn. akt KIO 980/20

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W ocenie Izby Zamawiający zasadnie wykluczył Odwołującego SMCE z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem z postępowania

wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak ustalono Zamawiający w dniu 28 kwietnia 2020 r. wykluczył wykonawcę SMCE

Europe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Izba podzieliła stanowisko wyrażone przez Zamawiającego w piśmie z dnia 28 kwietnia 2020 r. Zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania występował do innych podmiotów celem weryfikacji wskazanego przez wykonawcę doświadczenia, w następstwie wezwał wykonawcę o wyjaśnienia w dniu 25 marca 2020 r.

W zakresie doświadczenia Inspektora Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (E) Odwołujący SMCE w złożonym wraz z ofertą Wykazie Ekspertów Kluczowych (dalej: Wykaz) podał stanowisko Inspektora Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (E) Pana S. P. (wskazując jako podstawę

dysponowania zasób własny) i jednocześnie oświadczył, że Pan S. P. pełnił funkcję Inspektora Nadzoru przy realizacji inwestycji „Budowa Centrum Hal Targowych Marywilska 44 w Warszawie", w okresie od sierpnia 2009 r. do sierpnia 2010 r., w zakresie której to inwestycji wykonano instalację PV. Zamawiający w ramach weryfikacji informacji przedstawionych w Wykazie, uzyskał od zamawiającego, na rzecz którego realizowana była ww. inwestycja, informacje że w zakresie zamówienia nie ma instalacji fotowoltaicznej. Jednocześnie podano, że nie jest wiadome, aby tego rodzaju insta[l]acja była kiedykolwiek wykonana w obiektach znajdujących się na terenie naszego centrum. W konsekwencji zamawiający prowadzący to postępowanie nie potwierdził, aby wskazana osoba mogła nadzorować, na w/w inwestycji, realizację instalacji w zakresie, której wykonano instalację fotowoltaiczną o mocy powyżej 100kW. W związku z powyższym w dniu 25 marca 2020 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności pomiędzy informacjami zawartymi w wykazie a informacjami przekazanymi przez spółkę Marywilska 44, w zakresie pełnienia przez Pana S. P. funkcji Inspektora Nadzoru obejmującej nadzorowanie wykonania instalacji fotowoltaicznej o mocy minimum 100 kW. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w dniu 27 marca 2020 r. Wykonawca wyjaśnił, że w ramach przedmiotowej inwestycji nie była wykonywana instalacja fotowoltaiczna, a inwestycje podane w poz. 2 oraz w poz. 3, na str. 18-19 wykazu, stanowiące doświadczenie Pana S. P. tj. „Budowa budynku Laboratorium Pomiaru Wielkości E[l]ektromagnetycznych PITRADWAR SA. w Kobyłce "oraz „Budowa Ha/ Targowych Marywilska 44" nie zawierają w swoim zakresie wykonywania insta[l]acji fotowoltaicznych i zostały podane omyłkowo z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę. Ponadto Wykonawca oświadczył, że przedstawiając informacje dotyczące Pana S. P. bazował na informacjach przedłożonych przez firmę „BUD-INVENT" Sp. z o.o., która wyjaśniła, że popełniła błąd, przypisując Panu S. P. niewłaściwe realizacje. Wykonawca zaś, bazując na nowych danych otrzymanych z „BUD-INVENT" przesłał nową tabelę, w której przedstawił nowe inwestycje i wywiódł, że tym samym informacja o doświadczeniu Pana S. P. w zakresie relewantnym dla jego oceny jako kryterium jest prawdziwa, gdyż Pan S. P. posiada doświadczenie w realizacji co najmniej dwóch inwestycji, które zawierają w swoim zakresie wykonanie instalacji PV. W konsekwencji w ocenie Izby zgodzić należało się z Zamawiającym, że wykonawca przyznał się że zostały złożone informacje nieprawdziwe. Nie może również stanowić wytłumaczenie, ze firma „BUD-INVENT" podała błędne informacje. Nie ulega wątpliwość, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek dochowania należytej staranności i zweryfikowania doświadczenia, na którym wykonawca się opiera. Wykonawca zobowiązany jest - jeśli podaje informacje niestanowiące jego zasobu - do ich zweryfikowania. Zauważenia wymaga że przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp odnosi się do lekkomyślności lub niedbalstwa czyli nieumyślnego zachowania wykonawcy - polegającego - jak to ma miejsce w niniejszej

sprawie na niezweryfikowaniu przekazywanych oraz podawanych informacji do wykazu. Izba

nie zgodziła się również z Odwołującym SMCE, że bez znaczenia pozostają informacje w wykazie, gdyż wykonawca posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego. Zatem nie ulega wątpliwości, że Odwołujący SMCE przedstawił Zamawiającemu w złożonym wraz z ofertą wykazie informacje, które pozostają w sprzeczności ze stanem faktycznym, a tym samym przedstawił informacje nieprawdziwe. Ponadto zgodzić należało się z Zamawiającym, że wyjaśnienia Odwołującego SMCE są niezgodne z wykazem w zakresie podstawy dysponowania Panem S. P. — w wykazie wykonawca oświadczył, że jest to zasób własny, natomiast ze złożonych wyjaśnień wynika, że Pan S. P. został udostępniony przez podmiot trzeci - firmę BUD-INVENT Sp. z o.o. Nie ulega wątpliwości, że została spełniona przesłanka braku staranności po stronie wykonawcy, która jest wymagana od uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie można również zgodzić się z Odwołującym SMCE że powyższe rozbieżności nie mają wpływu na wynik postępowania. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że doświadczenie w zakresie instalacji fotowoltaicznej ma dla Zamawiającego na tyle istotne znaczenie, że stanowi kryterium oceny ofert. Wykonawca działający z należytą starannością powinien zweryfikować, czy wskazany w wykazie personel posiada deklarowane doświadczenie — zwłaszcza w zakresie deklaracji wykraczającej poza minimalny poziom, za który wykonawca oczekuje przyznania dodatkowych punktów w ramach oceny ofert. Nie ulega wątpliwości, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wskazuje na „informacje mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania", a w tym postępowaniu informacje wskazywane miały dla Zamawiającego istotne znaczenie, gdyż były punktowane. Ponadto Odwołujący SMCE złożył Zamawiającemu nowy wykaz prezentujący doświadczenie Pana S. P. - w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia rozbieżności w odniesieniu do Pana S. P. w miejsce dotychczas wskazanych dwóch inwestycji na których wykonano instalacje fotowoltaiczne Odwołujący SMCE wskazał dwie nowe (Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznej i solarnej w Szpitalu Wojewódzkim w Łomży oraz Budowę sali gimnastycznej wraz z widownią w technologii budownictwa wysoko energooszczędnego przy ul. Młodzieżowej 1 w Nowym Dworze Mazowieckim). Zgodzić należało się z Zamawiającym - co potwierdza również orzecznictwo KIO) - że informacji nieprawdziwych nie można zastąpić informacjami prawdziwymi, gdyż - wobec zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - przepis

art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nigdy nie miałby zastosowania.

Odnosząc się do doświadczenia Pana K. wskazać należy że Odwołujący w złożonym wykazie wskazał na stanowisku Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej drogowej Pana J. K. (wskazując jako podstawę dysponowania zasób własny) i jednocześnie oświadczył, że Pan J. K. pełnił funkcję Kierownika budowy na inwestycji „Budowa linii tramwajowej na Tarchomin (Etap III) wraz z rozbudową układu drogowego ul. Światowida w Warszawie" w okresie od października 2019 r. do lutego 2020 r. realizowanej na rzecz Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie. W kolumnie 6 (Przedmiotem robót budowlanych (opisanych w kolumnie 7) była budowa /lub przebudowa torowiska tramwajowego, o długości co najmniej 1 000 mtp — w tym 500 mtp w konstrukcji bezpodsypkowej, z co najmniej jednym rozjazdem tramwajowym) Wykonawca oświadczył, że wykonano: 2 200 mtp, w tym 2 200 mtp w konstrukcji bezpodsypkowej i 6 rozjazdów tramwajowych. Z powyższego zamawiający mógł wnioskować, że Pan J. K. nadzorował jako Kierownik budowy robotę budowlaną w ramach której wykonano 2 200 mtp torowiska w konstrukcji bezpodsypkowej i wbudowano 6 rozjazdów tramwajowych w ramach inwestycji Budowa linii tramwajowej na Tarchomin (Etap III) wraz z rozbudową układu drogowego ul. Światowida w Warszawie. Jak ustalił Zamawiający wskazana inwestycja realizowana jest przez dwóch zamawiających Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawskie oraz Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. Zamawiający dysponuje wiedzą na temat wykazanej inwestycji. Jak wynikało z ustaleń owszem Pan J. K., zgodnie z zawartą w dniu 28 października 2019 r. umową na zadanie „Budowa linii tramwajowej na Tarchomin (Etap III) wraz z rozbudową układu drogowego ul. Światowida w Warszawie" pełni funkcję Kierownika budowy, jednakże jak wskazują na dzień złożenia oferty wpisy w Dzienniku Budowy roboty budowlane obejmujące zarówno budowę torowiska o długości 2200 mtp w konstrukcji bezpodsypkowej jak i wbudowanie rozjazdów (6 sztuk) nie zostały jeszcze wykonane. Jednocześnie zgodzić należało się z Zamawiającym co do rozumienia postawionych wymagań, że wobec treści rozdziału I SIWZ ust. 15 pkt 15.2.3 w kryterium „Doświadczenie Ekspertów Kluczowych" Tabela Podkryterium 4 „Doświadczenie Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej drogowej pełniącego równocześnie funkcję Koordynatora w rozumieniu art. 27 Prawa Budowlanego" oceniane miało być co najmniej 24-miesięczne doświadczenie zdobyte w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, na stanowisku Inspektora Nadzoru, Kierownika Budowy lub Kierownika Robót, w tym przy realizacji co najmniej 2 robót budowlanych, których przedmiotem była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego, o długości co najmniej 1 000 mtp - w tym 500 mtp w konstrukcji bezpodsypkowej, z co najmniej 1 rozjazdem tramwajowym. Za każdą dodatkową inwestycję spełniającą ww. parametry Wykonawca mógł uzyskać 1 punkt (przy czym w tym podkryterium można było uzyskać maksymalnie 2 punkty). Zgodzić należało się z Zamawiającym, że przedmiotem badania Zamawiającego nie może być zamówienie jeszcze niewykonane. Owszem wykonawca może powołać się na takie doświadczenie (część całego projektu) pod warunkiem że część którą wykazuje wykonawca zostanie wykonana. Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, że wymaganie postawione przez niego było jasne i czytelne, niemniej jednak nawet gdyby przyjąć że to postanowienie w jakiś sposób było nieczytelne dla wykonawcy to i tak wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z uwagi na ziszczenie się przesłanek wynikających z tego przepisu - wobec informacji odnoszących się do Pana P. .

W konsekwencji ziściły się wszystkie przesłanki wynikające a przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, a Zamawiający zasadnie dokonał czynności wykluczenia Odwołującego SMCE z postępowania.

Odwołanie o sygn. akt KIO 985/20

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W ocenie Izby Zamawiający zasadnie wykluczył Odwołującego BBC z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący BBC w złożonym wraz z ofertą Wykazie Ekspertów Kluczowych wskazał na stanowisku Inżyniera Kontraktu Pana A. D. (wskazując jako podstawę dysponowania umowę cywilno-prawną) i jednocześnie oświadczył, że Pan A. D. pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu na inwestycji „Budowa mostu w Kamieniu na rzece Wiśle" w okresie od 2012 r. do 2016 r. Zamawiający w ramach weryfikacji informacji przedstawionych w wykazie, uzyskał od zamawiającego, na rzecz którego realizowana była ww. inwestycja, tj. Zarządu Dróg Wojewódzkich w Lublinie informacje, że p. A. D., zgodnie z zawałą umową na pełnienie Nadzoru Inwestorskiego na zrealizowanym zadaniu „Budowa mostu na Wiś/e w m Kamień wraz z budową dróg dojazdowych " nie pełnił funkcji Inżyniera Kontraktu, tj. nie pełnił funkcji Przedstawiciela Inżyniera oraz nie wchodził w skład zespołu pełniącego nadzór inwestorski na wskazanym zadaniu. ". W związku z powyższym w dniu 16 marca 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego BBC do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności pomiędzy informacjami zawartymi w Wykazie a informacjami przekazanymi przez ZDW w zakresie funkcji pełnionej przez Pana A. D. . W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący BBC w dniu 18 marca 2020 r. wyjaśnił, że omyłkowo podał jako funkcję pełnioną przez p. A. D. na wskazanej w poz. 2 wykazu str. 2 inwestycji p.n. Budowa mostu w Kamieniu na rzece Wiśle stanowisko Inżyniera Kontraktu — prawidłowa funkcja, jaka pełniona była przez ww. osobę to Dyrektor Kontraktu i taka nazwa stanowiska powinna zostać przyjęta przez Zamawiającego do badania oferty. Dodatkowo na dowód powyższych wyjaśnień, Odwołujący BBC załączył do pisma oświadczenie własne Pana A. D. z dnia 16 marca 2020 r., z którego wynikało że podczas realizacji Projektu pn. „Budowa mostu na rzece Wiśle w miejscowości Kamień wraz z drogami dojazdowymi w okresie od 18 lipca 2012 roku do 22 czerwca 2015 roku Pan D. pełnił funkcję Dyrektora koordynatora z ramienia Inżyniera kontraktu - SUEZ - SAFEGE. Ponadto po zakończeniu budowy mostu wraz z drogami dojazdowymi i przekazaniu do użytkowania uczestniczył w kwartalnych przeglądach do listopada 2016 roku. (...) Brał również udział we wszystkich naradach uczestników procesu budowlanego. W związku ze złożeniem powyższych wyjaśnień Zamawiający ponownie zwrócił się z prośbą do ZDW o odniesienie się do wyjaśnień Wykonawcy i uzyskał stanowisko, z którego wynikało że „Zgodnie z zawartą umową na pełnienie funkcji Inżyniera oraz nadzór i rozliczenie robót przy realizacji projektu pn.: „Budowa mostu na Wiśle w m.

Kamień wraz z budową dróg dojazdowych funkcja Dyrektora Kontraktu nie występowała oraz osoba Pana A. D. nie występowała. Umowa na pełnienie funkcji „Inżyniera "została zawarta pomiędzy ZDW w Lublinie a firmą SAFEGE będącą wykonawcą usługi, zwaną dalej „Inżynierem". Ponadto Zgodnie z zawartą umową zespół Inżyniera składał się z: Przedstawiciela Inżyniera — osoba reprezentująca Wykonawcę usługi, zwanym „Inżynierem , który koordynował również pracę całego zespołu, Zespołu Inżyniera - w skład zespołu wchodzili poszczególni inspektorzy nadzoru inwestorskiego poszczególnych branż. Ponadto Pan D. oraz funkcja Dyrektora Kontraktu nie występowała w zapisach umowy. Zamawiający na etapie przygotowywania oferty w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia określił szczegółowe wymagania wyłącznie dla osób wskazanych w pkt. 1 i pkt.2. Wobec tych osób kierowane były konkretne wymagania co do uprawnień j doświadczenia w realizacji robót budowlanych. Dodatkowo również odniesiono się do oświadczenia Pana D. . Zgodzić należało się z Zamawiającym, ze z przedstawionego stanu faktycznego wynikało że Odwołujący BBC oświadczył że: (i) w Wykazie, że Pan A. D. pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu następnie (ii) w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, że była to funkcja Dyrektora Kontraktu i jednocześnie (iii) złożył oświadczenie, w którym Pan A. D. oświadczył, że pełnił funkcję Dyrektora koordynatora z ramienia Inżyniera kontraktu. Zatem w ocenie Izby Odwołujący BBC, poprzez złożone oświadczenie Pana D. przyznał, że złożył nieprawdziwe informacje. Izba nie dała wiary stanowisku prezentowanemu przez Odwołującego BBC odnoszącego się do spełnienia drugiej części postawionego wymagania zawartego w pkt 5.1.2.2 ppkt 1 SIWZ, t.j. wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w celu wykazania zdolności technicznej i zawodowej mieli wykazać, że dysponują do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu „co najmniej 1 osobą posiadającą wykształcenie wyższe

techniczne, która w okresie ostatnich 10 lat przed pływem terminu składnia ofert, zdobyła

doświadczenie zawodowe na stanowisku Inżyniera Kontraktu, Inżyniera Rezydenta, Dyrektora Kontraktu łub równorzędnym w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi. na co najmniej 2 inwestycjach dotyczących infrastruktury transportowej przez okres co najmniej 12 miesięcy na każdej o wartości robót co najmniej 50 min PLN netto każda, realizowanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe. W ocenie Izby gdyby Odwołujący BBC inaczej rozumiał spełnienie przez Pana D. postawionego warunku to w złożonym wykazie nie wskazałby funkcji pełnionej przez niego - jako Inżyniera Kontraktu. Wobec tego Izba nie dała wiary wyjaśnieniom Odwołującego SIWZ, że w tym zakresie warunek postawiony w pkt 5.1.2.2. ppkt 1 SIWZ był dla Odwołującego BBC nieczytelny. Nie ulega wątpliwości, że Pan D. nie pełnił funkcji Inżyniera Kontraktu na wskazanym przez siebie zadaniu, do czego się przyznał w złożonym oświadczeniu.

Analogicznie jak w sprawie o sygn. akt KIO 980/20 należy zauważyć, że informacji

nieprawdziwych nie można zastąpić informacjami prawdziwymi, gdyż - wobec zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nigdy nie miałby zastosowania.

W konsekwencji Odwołujący BBC w zakresie funkcji pełnionej przez Pana A. D. na wskazanej inwestycji, dwukrotnie przedstawił Zamawiającemu informacje, które pozostają w sprzeczności ze stanem faktycznym, a tym samym przedstawił informacje nieprawdziwe. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że wykonawca złożył niespójne wyjaśnienia — oświadczył, że Pan A. D. pełnił funkcję Dyrektora Kontaktu i jednocześnie załączył oświadczenie, z którego wynikało, że Pan A. D. pełnił funkcję Dyrektora koordynatora z ramienia Inżyniera kontraktu. Ponadto jak słusznie zauważył Zamawiający Odwołujący BBC w złożonych wyjaśnieniach nie przestawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że Pan A. D. pełnił funkcję wskazaną przez wykonawcę.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, ze powyższe wyczerpuje przesłankę braku staranności po stronie wykonawcy, która jest wymagana od uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto stanowisko Inżyniera Kontraktu, na które wykonawca wskazał Pana A. D., miało dla Zamawiającego na tyle istotne znaczenie, gdyż stanowiło również kryterium oceny ofert. Wykonawca działający z należytą starannością powinien zweryfikować, czy wskazany w wykazie personel posiada deklarowane doświadczenie — zwłaszcza w zakresie deklaracji wykraczającej poza minimalny poziom, za który wykonawca oczekuje przyznania dodatkowych punktów w ramach oceny ofert. W konsekwencji w ocenie Izby również w tej sprawie zarzuty Odwołującego nie potwierdziły się a Zamawiający zasadnie dokonał czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszych odwołań. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołania podlegają oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: