Sygn. akt: KIO 35/21

.....

WYROK
z dnia 2 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Agata Mikołajczyk

Aneta Mlącka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2021 r. przez Odwołującego – **TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok

przy udziale

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **IDM Inwestycje Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,** z siedzibą we Włocławku , **IDM Inwestycje Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa** z siedzibą we Włocławku, **J. M.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą JM Projekt J. M. w Augustowie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

Wykonawcy **MGGP Spółka Akcyjna** z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1Oddala odwołanie.

2Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego – TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego – GDDKiA Oddział w Białymstoku kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……
Członkowie: ……
……

Sygn. akt:KIO 35/21

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

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – GDDKiA Oddział w Białymstoku na pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: *Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Obwodnica Augustowa- granica państwa, odcinek: koniec obw. Suwałk – Budzisko z obw. Szypliszek* (nr referencyjny: O.BI.D-3.2410.4.2019), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25.10.2019 r., 2019/S 207-505171, wobec czynności polegającej na badaniu, ocenie i wyborze oferty najkorzystniejszej (MGGP S.A.), wykonawca TPF Sp. z o.o. wniósł w dniu 4 stycznia 2021 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 35/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy MGGP pomimo, iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego – w zakresie doświadczenia Technologa;
2. art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy oraz w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonej przez MGGP części pisma z 4.12.2020r. oraz załącznika nr 2 pomimo, że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz pomimo, że MGGP nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
3. jako zarzut alternatywny - art. 93 ust. 1 pkt 6 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo, iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, iż zarówno prowadzenie postępowania jak i wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć na etapie wszczęcia postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty MGGP jako najkorzystniejszej dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, wykluczenia MGGP z postępowania o odrzucenia jego oferty, odtajnienia i udostępnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu, dokonania wyboru oferty

najkorzystniejszej, alternatywnie – unieważnienie postępowania.

Zamawiający przekazał informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 23.12.2020r.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wykluczenia MGGP z postępowania, Odwołujący odniósł się do warunku udziału w postępowaniu (pkt 7.3.3. IDW), dotyczącego osoby proponowanej do pełnienia funkcji Głównego Technologa lub Technologa lub Inspektora nadzoru ds. materiałowych lub Głównego specjalisty ds. technologii i materiałów lub Kierownika laboratorium lub Naczelnika Wydziału Technologii.

Wskazana w wykazie osób na stanowisko „Technologa" osoba została samodzielnie w dniu 4.12.2020r. na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy zmieniona na inną osobę wraz z wyjaśnieniami, w których wskazano, iż w wyniku oczywistej omyłki pisarskiej w dokumentach złożonych 24.11.2020r. w opisie doświadczenia wskazano na informacje o pełnieniu przez Panią A. Ś. funkcji Głównego specjalisty ds. technologii i materiałów w ramach zadania pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy – Bydgoszcz – granica województwa kujawsko-pomorskiego wielkopolskiego z podziałem na części (…), w którym to zadaniu osoba pełniła funkcję Specjalisty ds. technologii i materiałów". Powyższa rozbieżność nie miała wpływu na spełnianie wymogów zakreślonych dla funkcji Technologa, gdyż w ramach doświadczenia zawodowego pozyskanego podczas pracy jako specjalista ds. technologii, wskazana osoba spełnia warunki.

Odwołujący wskazał, iż doświadczenie specjalisty ds. technologii materiałów nie jest doświadczeniem, jakiego wymagał Zamawiający – tj. zdobytym na stanowisku Głównego specjalisty ds. technologii i materiałów. Zamawiający zdefiniował doświadczenie przez nazwę zajmowanego stanowiska, a nie zakres faktycznie wykonywanych czynności.

Omyłką, którą można poprawić zgodnie z ustawą Pzp można byłoby uznać sytuację, w której Pani A. Ś. rzeczywiście mogłaby wykazać się doświadczeniem na stanowisku Głównego specjalisty ds. technologii i materiałów. W przypadku wskazania osoby nie spełniającej wymagań stawianych w siwz, nie można mówić o oczywistej omyłce pisarskiej, która nie prowadzi do zmiany treści oferty. Zamiana na inną osobę stanowi istotną zmianę oferty. Podana nowa osoba posiada to samo doświadczenie zdobyte na projekcie „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła Aleksandrowo (z węzłem) do węzła Tryszczyn (z węzłem) o długości ok. 14,7 km" na stanowisku Głównego specjalisty ds. technologii i materiałów. Ma to wskazywać na wiedzę MGGP co do braku spełniania warunku przez wskazaną uprzednio osobę. Zachowanie wykonawcy należy oceniać przez wzorzec staranności wymagany od profesjonalisty, na którym spoczywa odpowiedzialność za oświadczenia składane w imieniu własnym i rzetelność przekazanych informacji. Zmiana dokonana przez MGGP stanowiła o wymianie informacji nieprawdziwych na prawdziwe, co w orzecznictwie Izby oceniane jest jako działanie niedopuszczalne.

Wykonawca korzystając a dyspozycji art. 24 ust. 8 dokonał samooczyszczenia, które jednocześnie częściowo utajnił – część pisma z 4.12.2020r. oraz załącznik nr 2 do pisma. Po zapoznaniu się z uzasadnieniem utajnienia Odwołujący doszedł do przekonania, iż informacje znajdujące się w dokumentach nie mogły być skutecznie zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż nie ziściły się wszystkie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej informacji, nie wykazał podjęcia działań niezbędnych do zachowania informacji w poufności, jak również nie wykazał, aby w jego organizacji obowiązywały zasady dotyczące zachowania poufności. Poczynione zastrzeżenie miało wyłącznie na celu ograniczenie dostępu do dokumentów podmiotom konkurencyjnym, a nie ochronę wykonawcy.

W zakresie zarzutu alternatywnego Odwołujący wskazał na ziszczenie się podstawy do unieważnienia postępowania określonej w art. 93 ust. 1 pkt 6 Ustawy Pzp, tj. wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Unieważnienie przedmiotowego postępowania powinno stanowić wyraz ochrony interesu publicznego wyrażającej się w gospodarnym i efektywnym wydatkowaniem środków publicznych (art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych). W interesie publicznym nie leży wydatkowanie środków publicznych na zadania, które nie mogą zostać zrealizowane w pełni. Realizacja przedmiotu zamówienia, którego zakres zdezaktualizował się już w momencie wyboru oferty, będzie poczytywana jako niecelowa forma redystrybucji środków publicznych.

W dniu 14.06.2019r. Zamawiający odstąpił od umowy zawartej na wykonanie robót budowlanych oraz wypowiedział Odwołującemu umowę na usługi Inżyniera w zakresie pełnienia nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzaniem kontaktem (…) z końcem 31 stycznia 2020r. Obecnie, na skutek kolejnych aneksów umowa zawarta z Odwołującym realizowana ma być do 31.03.2021r. W dniu 8.01.2020r. Zamawiający zawarł umowę z nowym wykonawcą robót budowlanych na dokończenie inwestycji. Wobec powyższego realizacja umowy z MGGP miałaby rozpocząć się najwcześniej niż w kwietniu 2021r. Wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił po 14 miesiącach od wszczęcia przedmiotowego postępowania oraz 12 miesięcy od dnia złożenia ofert.

Zgodnie z ustalonymi zasadami wynagrodzenie (§ 4 pkt 4 ppkt H), jakie otrzyma wykonawca będzie równe wynagrodzeniu ryczałtowemu niezależnie od tego, przez jaki okres będzie te usługi świadczył. Wykonawcy wyceniali w ofercie okres 38 miesięcy nadzoru nad realizacją robót, które mają zakończyć się 8.09.2022 r. Oznacza to, że okres świadczenia usługi przez MGGP wyniesie 16 miesięcy i 8 dni (marzec 2021r. – 8.09.2022 r.). MGGP otrzyma zatem wynagrodzenie nienależne aż za 22 miesiące, wycenione w ofercie. Gdyby MGGP twierdziło, iż nie wycenił w ofercie pełnego okresu 38 miesięcy, to wówczas oferta powinna być odrzucona, jako zawierająca rażąco niską cenę.

Łącznie ukończono 100% usług dotyczących realizacji dokumentacji projektowej oraz 31% etapu realizacji robót, który miał nadzorować MGGP. To aż 1/3 całej inwestycji, która została wykonana przez Odwołującego, a za którą wynagrodzenie dostanie MGGP. Cały ten zakres jest zdublowany w ramach dwóch postępowań, co wynikało z okresu, jaki upłynął od ogłoszenia zamówienia do wyboru oferty. W tym stanie Zamawiający winien unieważnić przedmiotowe postępowanie, zaktualizować dokumentację siwz o zakres i czas, który upłynął i dopiero wtedy ogłosić nowe postępowanie.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym złożył w dniu 1.02.2021r. odpowiedź na odwołanie (pismo z 29.01.2021r.), w której wniósł o jego oddalenie w całości.

W odniesieniu do pierwszego zarzutu Zamawiający odniósł się do przesłanek wykluczenia z postępowania, których kumulatywne wystąpienie uzasadniałoby zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy wobec MGGP SA. Zamawiający

przedstawił chronologię czynności związanych z wezwaniem do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów. W dniu 24.11.2020 r. MGGP przekazał „wykaz osób" skierowanych do realizacji zamówienia, a następnie w piśmie z 04.12.2020 r. poinformował o wystąpieniu omyłki pisarskiej i dokonał korekty polegającej na zastąpieniu osoby, dla której omyłkowo wskazano funkcję Głównego Specjalisty ds. Technologii i Materiałów, nową osobę, która posiada wymagane doświadczenie. Zamawiający ocenił działanie wykonawcy w kategorii samokontroli, które nie doprowadziło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Ponieważ Zamawiający przed korektą wykonawcy nie podjął żadnej decyzji, informacje te nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający wskazał w umowie, iż można dokonać zmiany personelu na każdym etapie realizacji usługi. Ponieważ Zamawiający dysponował prawidłowymi informacjami dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej nie został wprowadzony w błąd, co czyni zarzut niezasadnym.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odtajnienia (ujawnienia) zastrzeżonej części pisma z 4.12.2020r. oraz załącznika nr 2 do pisma, Zamawiający uznał za skuteczne wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zarzut ewentualny zaniechania unieważnienia postępowania Zamawiający kwestionował jako zasadny wskazując na brak wystąpienia istotnej zmiany okoliczności skutkującej tym, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, której nie można było wcześniej przewidzieć (art. 93 ust. 1 pkt 6 Ustawy). Zaistniała zmiana okoliczności powinna być nieprzewidywalna, stąd wydarzenia, które można przewidzieć działając z należytą starannością nie mogą stanowić uzasadnienia dla unieważnienia postępowania. Zamawiający ogłaszając postępowanie przetargowe przewidywał, że wykonawcy będą składać odwołania do KIO i może zaistnieć sytuacja, że Zamawiający może nie zdążyć rozstrzygnąć postępowania na NADZÓR, do dnia, w którym podpisywana będzie umowa z wykonawcą Robót. Zamawiający w sposób szczegółowy przedstawił wszystkie zdarzenia, jakie miały miejsce po odstąpieniu od umowy z wykonawcą robót budowlanych oraz od umowy zawartej z Odwołującym, w tym dotyczące stanu zaawansowania prac. Zamawiający wskazał, że unieważnienie postępowania wiązałoby się z poniesieniem kosztów związanych z roszczeniami oferentów o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu. Zamawiający nie może mieć pewności, iż w nowym postępowaniu uda się w krótkim czasie wyłonić wykonawcę, jak również że uda się uzyskać ofertę spełniającą wymagania i mieszczącą się w środkach finansowych, jakimi dysponuje Zamawiający. Wniosek o unieważnienie postępowania jest wymiernie korzystny dla Odwołującego, który obecnie realizuje usługi nadzoru nad realizacją przedmiotowej inwestycji, której dotyczy postępowanie za cenę wyższą, niż cena w ofercie wybranej przez Zamawiającego. Działania Odwołującego ocenił jako zmierzające do przedłużenia świadczenia przez siebie usług na podstawie stanu, których w swych założeniach miał mieć charakter tymczasowy.

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Odwołującego Konsorcjum: IDM Inwestycje Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, IDM Inwestycje Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą we Włocławku, J. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą JM Projekt J. M. w Augustowie, a po stronie Zamawiającego wykonawca MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą", a w zakresie dotyczącym postępowania odwoławczego przepisy ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.).

Izba uznała, iż Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu ma interes w złożeniu odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Sytuacja Odwołującego wymaga podjęcia kroków prawnych w celu uchylenia skutków niekorzystnych dla tego wykonawcy decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej uniemożliwiającej udzielenie mu zamówienia. Tym samym spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy do merytorycznego rozpoznania zarzutów.
W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w zakresie związanym z podstawą faktyczną zarzutów, tj. oceną i wyborem oferty MGGP S.A., Izba ustaliła stan faktyczny sprawy w zakresie objętym zarzutami.

Zamawiający wszczął postępowanie 25.10.2019 r. po tym jak odstąpił od umowy z wykonawcą robót oraz pełniącym nadzór nad projektowaniem i realizacją robót, tj. Odwołującym. W związku z koniecznością przeprowadzenia procedury w celu wyłonienia nowego wykonawcy, który pełnić będzie nadzór nad projektowaniem i realizacją robót, Zamawiający w drodze kolejnych aneksów zlecił Odwołujący do dnia 31.03.2021 r. pełnienie nadzór nad realizowanymi pracami na kontrakcie pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Obwodnica Augustowa – granica państwa, odcinek: koniec obw. Suwałk – Budzisko z obw. Szypliszek".

Zamawiający w związku z decyzją o wykluczeniu z postępowania Konsorcjum IDM, wezwał MGGP S.A. do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy. Wykonawca złożył oświadczenia i dokumenty, w tym wykaz osób z dnia 17.02.2020r., w którym do pełnienia funkcji Technologa wskazał pana P. W. opisując jego doświadczenie na wymaganym stanowisku głównego specjalisty ds. technologii i materiałów przy kontrakcie dotyczącym drogi ekspresowej S-5, odcinek 4 (węzeł Truszczyn – bez węzła, do węzła Białe Błota – bez węzła, o długości ok 13,5 km).

Na skutek odwołania Konsorcjum IDM w dniu 28.02.2020 r. Izba wyrokiem o sygn. akt KIO 325/20 nakazała Zamawiającemu unieważnić czynności wykluczenia z postępowania odwołujące konsorcjum i nakazała ponowne badanie i ocenę ofert. W wyniku ponowionych czynności Zamawiający w dniu 15.09.2020 r. dokonał wyboru oferty Konsorcjum IDM. Ponieważ Konsorcjum IDM nie wniosło zabezpieczenia należytego wykonania umowy Zamawiający w dniu 18.11.2020 r. ponownie wezwał wykonawcę MGGP S.A do złożenia na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, tj. mi.in. wykazu osób.

24.11.2020r. wykonawca przekazał aktualne oświadczenia i dokumenty, w tym wykaz osób, w którym do pełnienia funkcji *Technologa* wskazał panią A. Ś., opisując jej doświadczenie funkcją pełnioną przy kontrakcie dotyczącym drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy-Bydgoszcz-granica województwa kujawsko-pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na części (…), jako główny specjalista ds. technologii i materiałów.

4.12.2020 r. wykonawca MGGP S.A. samodzielnie, działając na podstawie art. 24 ust. 8 Ustawy poinformował Zamawiającego o omyłce pisarskiej w dokumencie – wykazie osób, polegającej na wpisaniu funkcji pełnionej przez panią

A. Ś. na kontrakcie, na którym faktycznie pełniła zadania specjalisty ds. technologii i materiałów. Swoją omyłkę tłumaczył zmiennością używanego nazewnictwa przedmiotowego stanowiska, przy tożsamym zakresie obowiązków. Z uwagi na różnice w opisie stanowisk, wykonawca chcąc rozwiać ewentualne wątpliwości Zamawiającego co do spełniania przez wskazaną osobę warunku udziału w postępowaniu, przekazał nowy wykaz, w którym wskazana została nowa osoba *Technologa* – pan D. Z., którego doświadczenie opisane została dla kontraktu dotyczącego drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy-Bydgoszcz-granica województwa kujawsko-pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na części (…), jako główny specjalista ds. technologii i materiałów.

Zamawiający w dniu 23.12.2020r. poinformował o wyborze oferty MGGP S.A. na co wniesione zostało przedmiotowe odwołanie.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba oddaliła odwołanie w całości.

Ad. 1)

Zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy MGGP na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Odwołujący opierał na ocenie zachowania wykonawcy, który już po tym jak złożył wykaz osób na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy zauważył swój błąd w opisie doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji *Technologa* na kontrakcie, postanowił niezwłocznie sprostować informacje i przedstawił nową osobę spełniającą warunek dotyczący doświadczenia.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał ziszczenia się przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy, w szczególności aby doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd co do spełniania warunku udziału w postępowaniu. Izba uwzględniła okoliczność przemilczaną przez Odwołującego, a dotyczącą kwestii niespornej, iż zarówno w momencie składania oferty, jak i zakończenia jej oceny Zamawiający posiadał dokumenty przekazane przez wykonawcę, które wskazywały na spełnienie warunku udziału w postępowaniu (JEDZ oraz wykaz osób). Wykonawca już w pierwszym wykazie z 17.02.2020 r., którego Odwołujący nie kwestionował, potwierdził stan zgodności z wymaganiami Zamawiającego, a kolejny wykaz był składany jako dokument potwierdzający aktualność sytuacji podmiotowej wykonawcy. Nie można tracić z pola oceny, iż wykonawca dysponował kadrą, która odpowiada wymaganiom, a nowa osoba, która zastąpiła wskazaną w wykazie z dnia 24.11.2020 r. osobę zdobyła doświadczenie przy tym samym kontrakcie, co wskazuje na możliwość omyłkowego podania osoby, która realizowała obowiązki zbieżne, ale na innym stanowisku, niż wymagał tego Zamawiający. Wprawdzie doszło do podania informacji, która nie była precyzyjna, to jednak nie można w sposób jednoznaczny przesądzić, że doświadczenie wskazanej osoby było niewystarczające. Zamawiający nie wystąpił o wyjaśnienie tych okoliczności, chociaż w piśmie z 4.12.2020 r. wykonawca sygnalizował, iż wskazana osoba spełniała wymaganie, które opisane było kilkoma funkcjami na kontrakcie. Nie tylko stanowisko opisane jako główny specjalista ds. technologii i materiałów pozwalało uznać zdobyte doświadczenie, jako wystarczające w świetle pkt 7.3.3 IDW dla pełnienia funkcji technologa na kontrakcie. Wskazał na to sam Odwołujący przywołując w odwołaniu zapis IDW, w którym podane zostały również stanowiska: główny technolog, technolog, inspektor nadzoru ds. materiałów, główny specjalista ds. technologii i materiałów, kierownik laboratorium lub naczelnik wydziału, bez szczegółowego opisu zakresu obowiązków związanych z danym stanowiskiem. Ponieważ okoliczności dotyczące faktycznego udziału wskazane w wykazie osoby nie były dalej wyjaśnione z wykonawcą, który zdecydował się wskazać nową osobę, która na tym samym kontrakcie pełniła obowiązki głównego specjalisty ds. technologii i materiałów, Zamawiający przyjął do oceny zmieniony w trybie art. 24 ust. 8 Ustawy wykaz osób. W tej sytuacji Izba odniosła się do kwestii zasadniczej, jaką było ustalenie, czy zmiana dokonana na podstawie art. 24 ust. 8 Ustawy w opisanych powyżej okolicznościach pozwalała pozytywnie zweryfikować rzetelność wykonawcy.

Nie można analizować tej sytuacji z pominięciem możliwości, jakie stwarza instytucja samooczyszczenia. Niezależnie od trybu wykonawca powinien mieć możliwość wykazania spełnienia warunku, czy to w trybie uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 3), czy też samooczyszczenia (art. 24 ust. 8), co ma znaczenie wtórne, a istotnym pozostaje ustalenie, czy korzystając z instytucji przewidzianych w Ustawie zdoła wykazać spełnienie warunków. W niniejszej sprawie Izba nie znalazła przekonujących argumentów, które prowadziłyby do stwierdzenia, iż Zamawiający mógł być wprowadzony w błąd w sytuacji, gdy wykonawca posiada odpowiednie zasoby, których jedynie nie przedstawił w sposób precyzyjny. Wprowadzenie w błąd występuje tam, gdzie wykonawca oświadcza w sposób niezgodny ze stanem faktycznym, iż spełnia warunek, chociaż w rzeczywistości tak nie jest. W celu przekonania zamawiającego prezentuje dane, które pozwalają pozytywnie zweryfikować jego zdolności, chociaż ich faktycznie nie posiada. Należy również zauważyć, iż przedłużająca się procedura, w tym zmiany wpływające na procedurę weryfikacji podmiotowej wykonawcy, mogły utrudniać wykonawcom utrzymanie stanu gotowości do złożenia niezwłocznie pełnych informacji. Wykonawca powinien być wysłuchany, co w niniejszej sprawie przyjęło postać samooczyszczenia, czy też samodzielnego skorygowania informacji przed podjęciem jakichkolwiek czynności przez Zamawiającego. Chociaż wykonawca popełnił błąd przy przedstawianiu informacji o doświadczeniu osoby, to zdołał go skutecznie (korzystając z instytucji samooczyszczenia) naprawić. Wykonawca samodzielnie przyznała się do nieprawidłowego działania w postaci podania niewłaściwej osoby i niezwłocznie podjął działania zmierzające do wykazania jego rzetelności. W ocenie Izby pozwala to przyjąć, iż procedura samooczyszczenia została skutecznie zastosowana. Należy również zauważyć, iż w odwołaniu nie ma zarzutu naruszenia art. 24 ust. 8 Ustawy, który dotyczy instrumentu pozwalającego wykonawcy na wykazanie swojej rzetelności pomimo wystąpienia sytuacji opisanych m.in. w art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy. Zgodnie natomiast z orzecznictwem unijnym, instytucja self-cleaningu stanowi wyraz zasady prawa do obrony, tj. bycia wysłuchanym w celu wykazania właściwej postawy, która pozwala ocenić, czy wykonawca pomimo zaistnienia podstaw do wykluczenia może być oceniony, jako podmiot rzetelny. W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający miał podstawy do pozytywnej oceny przygotowania zawodowego wykonawcy i jego rzetelności.

Ad. 2)

Zarzut zaniechania odtajnienia części pisma z 4.12.2020 r. wraz z załącznikiem Izba oddaliła, gdyż informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie posiadały wartość gospodarczą opisując procedury wewnętrznej organizacji przedsiębiorstwa. Ponieważ nie miały bezpośredniego znaczenia dla treści oferty, w tym ocenianych dokumentów, tj. wykazu osób, ewentualne wątpliwości nie powinny prowadzić do stwierdzenia naruszenia, które miałoby mieć wpływ na wynik oceny. Odwołujący miał dostęp do treści dokumentu, który Zamawiający oceniał (wykaz osób), a ewentualne dalsze dane o przedsiębiorstwie nie mogły zmieniać samej oceny podmiotowej, która jak wskazano powyżej mogła być zakończona w oparciu o wykaz osób złożony w dniu 24.11.2020 r.

Ad. 3)

Zarzut alternatywny Izba oddaliła, gdyż Odwołujący nie wykazał, aby wystąpiła podstawa do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Ustawy. Izba uznała, iż stanowiący następstwo przedłużającej się procedury przetargowej skutek, w postaci skrócenia okresu świadczenia usługi, której dotyczy postępowanie, nie stanowi istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Odwołujący nie wykazał, aby realizacja zamówienia nie leżała w interesie publicznym. Okoliczności faktyczne wskazują na stan zgoła odmienny.

Odwołujący faktycznie realizować będzie przedmiotową usługę do czasu wyłonienia nowego wykonawcy i nie ma podstaw do przyjęcia, że Zamawiający odstąpi od sprawowania nadzoru nad robotami budowlanymi, czy też zarządzania kontraktem, który nie został zakończony. Faktycznie jedyną okolicznością, która miałaby uzasadniać brak interesu publicznego w wykonaniu zamówienia, jest przedłużająca się procedura, która powoduje, iż z każdym kolejnym miesiącem trwania procedury przetargowej skróceniu ulega okres nadzoru nad inwestycją, a co za tym idzie ograniczeniu ulega zakres usługi, jaka będzie faktycznie świadczona przez wykonawcę wybranego w postępowaniu. Odwołujący wskazywał na konieczność unieważnienia postępowania, gdyż zachodzi podstawa do uznania, iż Zamawiający zobowiązany będzie zapłacić całość wynagrodzenia określonego kwotą ryczałtową dla okresu 38 miesięcy, chociaż faktyczny okres świadczenia usługi uległ już skróceniu i obecnie wynosi 14 miesięcy.

Izba uznała, iż wzór umowy (IPU) nie rozstrzyga w sposób jednoznaczny o tym, iż wynagrodzenie jakie zobowiązany będzie zapłacić Zamawiający będzie niezależne od rzeczywistego zakresu usługi. Odwołujący wywodził wnioski w oparciu o pojedynczy zapis z § 4 ust. 4 lit. h, w którym Zamawiający przewidział, iż Konsultant otrzyma wyrównanie wynagrodzenia do pełnej wysokości wynikającej z oferty. Jednocześnie Odwołujący pominął inne zapisy IPU, które wskazują na odmienne wnioski. W szczególności § 4 ust. 3 wskazuje, iż *Wysokość łącznego wynagrodzenia* ***zależy od rzeczywistego zakresu i czasu świadczonej Usługi****, przy czym maksymalna wartość zobowiązania za wykonywanie czynności będących Przedmiotem Umowy, z uwzględnieniem waloryzacji, wraz z naliczonym podatkiem VAT, nie może przekroczyć …. (słownie: ……..), obliczonej jako 110% szacowanej łącznej wysokości wynagrodzenia brutto.* Ponadto, Zamawiający ustalił zasady ustalania wynagrodzenia z tytułu poszczególnych usług, w tym dla *Usługi nadzoru w okresie realizacji Robót*, rozliczanych w równych miesięcznych ratach do wysokości określonej w załączniku do Oferty – Formularzu Cenowym.

W świetle powyższego, nie jest oczywistym, jaki skutek finansowy spowoduje udzielenie zamówienia wykonawcy, w szczególności to, czy Zamawiający będzie zobowiązany uiścić wynagrodzenie niezależnie od rzeczywistego zakresu i czasu świadczenia Usługi.

Powyższe prowadziło do uznania, iż Odwołujący nie wykazał wystąpienia okoliczności czyniącej dalsze prowadzenie postępowania lub udzielenie zamówienia za nieleżące w interesie publicznym.

Należy zauważyć, iż Izba nie jest uprawniona do oceny w jaki sposób umowa będzie realizowana, co stanowi element wykraczający poza czynności podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ewentualne spory co do braku wykonania zobowiązania lub jego nienależytego wykonania, stanowić mogą przedmiot sporu przed sądem powszechnym.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 oraz § 8 ust. 2 pkt 1). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty Zamawiającego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika ustalone na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..