

WYROK

z dnia 9 maja 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący

Justyna Tomkowska

Członkowie: Maksym Smorczewski
Bartosz Stankiewicz

Protokolant:

Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2022 roku przez wykonawcę Sweco Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Miasto Poznań, w imieniu którego działają Poznańskie Inwestycje Miejskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: (1) EKOCENTRUM - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz (2) B-ACT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy (Przystępujący), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Sweco Polska Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu i:

a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Sweco Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

b. zasądza od Odwołującego - Sweco Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu na rzecz Przystępującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie:

(1) EKOCENTRUM - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz (2) B-ACT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy - kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione

tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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 1047/22

UZASADNIENIE

Zamawiający: Miasto Poznań, w imieniu którego działają Poznańskie Inwestycje Miejskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: PEŁNIENIE OBOWIĄZKÓW INŻYNIERA KONTRAKTU WRAZ ZE ŚWIADCZENIEM USŁUG NADZORU INWESTORSKIEGO PRZY PRZYGOTOWANIU I REALIZACJI ZADANIA INWESTYCYJNEGO POD NAZWĄ: PRZEBUDOWA TRASY TRAMWAJOWEJ: KÓRNICKA - OS. LECHA (ODCINEK I)", skrócona nazwa postępowania: „IK - PRZEBUDOWA TRASY TRAMWAJOWEJ: KÓRNICKA - OS. LECHA (ODCINEK I)". Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 08.12.2021 r., numer ogłoszenia TED: 2021/S 238-627601.

W dniu 19 kwietnia 2022 roku w przedmiotowym postępowaniu, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1, w związku z art. 513 pkt 1) i pkt 2) oraz art. 515 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) - dalej jako: „Pzp” odwołanie złożył Wykonawca Sweco Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Odwołujący”).

Odwołanie złożono na niezgodne z ustawą Pzp czynności i zaniechania Zamawiającego:

1/ czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, to jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę: Konsorcjum firm w składzie: (1) EKOCENTRUM - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz (2) B-ACT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy (dalej jako: „Konsorcjum”),

2/ zaniechanie wykluczenia Konsorcjum pomimo tego, że wykonawca ten w celu wykazania, iż spełnia warunki udziału, przedstawił dwukrotnie informacje nieprawdziwe, wprowadzające Zamawiającego w błąd, poprzez najpierw podanie nieprawdziwych informacji dotyczących opisu doświadczenia Pani M. K., a następnie po wystąpieniu przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień (lub odpowiednio uzupełnień) poprzez podanie nieprawdziwych informacji dotyczących opisu doświadczenia Pana P. P., co miało istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w toku postępowania,

a w konsekwencji:

3/ zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum pomimo tego, że wobec tego wykonawcy zachodzi przesłanka wykluczenia,

4/ zaniechanie wyboru oferty Sweco jako oferty najkorzystniejszej, a w przypadku gdyby skład orzekający KIO nie uznał zarzutów od nr 1/ do nr 3/ powyżej,

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

5/ zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum z powodu tego, że wykonawca nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w zakresie dysponowania osobą spełniającą wymagania brzegowe dla inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI, a nie przysługuje już Konsorcjum prawo do uzupełnienia dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnianie warunków udziału dla osoby na to stanowisko,

oraz odpowiednio:

6/ zaniechanie przeprowadzenia dodatkowego badania oferty Konsorcjum pod kątem przesłanek wystąpienia rażąco niskiej ceny i zbadania:

- czy w sytuacji dokonania przez Konsorcjum zamiany osoby pierwotnie przewidzianej na

stanowisko inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI, wywodzącej się z tzw. „rynku miejscowego”, której pisemne oświadczenie dotyczące wysokości uzgodnionego (przed złożeniem oferty) wynagrodzenia za pełnienie funkcji i wykazywany jednocześnie przez Konsorcjum brak innych kosztów zatrudnienia tej osoby (noclegów, delegacji i dojazdów), było istotnym dowodem wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedłożonym przez Konsorcjum,

- na inną osobę, której zatrudnienie, z uwagi na jej miejsce zamieszkania (oddalone znacznie od miasta, w którym prowadzone będą prace podlegające nadzorowi) generować będzie dodatkowe koszty: dojazdów, delegacji i noclegów,

- pierwotnie złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia wraz z dowodami są nadal przekonujące i uzasadniają zaoferowaną przez Konsorcjum cenę,

7/ zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum z powodu tego, że złożone wyjaśnienia dotyczące wystąpienia przesłanek rażąco niskiej ceny wraz z przedłożonymi dowodami, nie uzasadniają podanej w ofercie ceny,

8/ zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum z powodu tego, że oferta zawiera cenę rażąco niską lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Czynnościami i zaniechaniami Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie następujących przepisów Pzp:

1/ art. 109 ust. 1 pkt 8) i/lub 10) Pzp, poprzez brak ich zastosowania wobec Konsorcjum,

tj. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, pomimo tego, że przy przedstawianiu Zamawiającemu (jako najwyżej oceniony wykonawca), pierwszego wykazu osób mającego potwierdzać spełnianie warunków udziału, wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału, co mogło mieć istotny wpływ (i miało) na dalsze decyzje Zamawiającego w postępowaniu lub co najmniej, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ (i miało) na dalsze decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, poprzez podanie nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia zawodowego Pani M. K., tj. poprzez wskazanie, że pełniła Ona funkcję inspektora nadzoru robót torowych na każdej z 4-ch wykazywanych inwestycji, podczas gdy w rzeczywistości na każdym z 4-ch zadań kandydatka pełniła funkcję inspektora nadzoru robót drogowych, a fakt ten potwierdzony został przez samego Zamawiającego w treści skierowanego do Konsorcjum wezwania do złożenia odpowiednich wyjaśnień;

2/ art. 109 ust. 1 pkt 8) i/lub 10) Pzp, poprzez brak ich zastosowania wobec Konsorcjum,

tj. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, pomimo tego, że przy przedstawianiu Zamawiającemu (po wezwaniu do złożenia wyjaśnień dotyczących opisu doświadczenia zawodowego Pani M. K.) uzupełnionego wykazu osób mającego potwierdzać spełnianie warunków udziału, poprzez zaproponowanie innej osoby do pełnienia stanowiska inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI, wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa po raz kolejny wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału, co mogło mieć istotny wpływ (i miało) na dalsze decyzje Zamawiającego w postępowaniu lub co najmniej, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił po raz kolejny informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ (i miało) na dalsze decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, poprzez podanie nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia zawodowego Pana P. P., tj. poprzez wskazanie, że pełnił On na każdej z 2-ch inwestycji funkcję inspektora nadzoru robót torowych, gdzie w rzeczywistości dla projektu numer 2 na liście pn.: < „Modernizacja torowiska tramwajowego wraz z siecią

trakcyjną na trasie linii nr 1 i 5 od pl. Daszyńskiego do ul. Śląskiego", obejmującej budowę i przebudowę torowiska tramwajowego wraz z trakcją w Toruniu > funkcję inspektora nadzoru robót torowych pełnił Pan J. Ł.;

3/ art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp poprzez zaniechanie zastosowania wobec Konsorcjum i tym samym zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo tego, że wobec tego wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia opisane w pkt 1/ oraz 2/ powyżej;

4/ art. 128 ust. 1 pkt 1) oraz ust. 4 Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie w sprawie i skierowanie wezwania do złożenia wyjaśnień pomimo tego, że Zamawiający miał wiedzę o tym, iż w wykazie osób tzw. „pierwotnym” informacje podane przez Konsorcjum dotyczące opisu doświadczenia Pani M. K. były nieprawdziwe i mogły wprowadzać w błąd (co już samo w sobie powinno było skutkować wykluczeniem Konsorcjum i odrzuceniem jego oferty), a następnie, po otrzymaniu od Konsorcjum wyjaśnień wraz z zamiennym wykazem osób, poprzez ich bezkrytyczne przyjęcie, pomimo tego, że zasady Pzp określają, że wykonawca, który podał w postępowaniu nieprawdziwe informacje mogące wprowadzić zamawiającego w błąd, nie może potem, w toku tegoż postępowania, zastąpić informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi,

5/ art. 128 ust. 4 Pzp poprzez niewłaściwe jego zastosowanie i przyjęcie wyjaśnień Konsorcjum o rzekomej omyłce zaistniałej podczas sporządzania pierwotnego wykazu osób polegającej na innej interpretacji wymagań dla osoby przewidzianej na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI w sytuacji, gdy zapisy SWZ w tej materii były jednoznaczne i nie dawały żadnych wariantowych możliwości interpretacyjnych, a Konsorcjum jedynie lakonicznie bez żadnych szczegółowych wyjaśnień dokonało de facto podmiiany osoby w miejsce informacji nieprawdziwych;

a w sytuacji, gdyby Izba nie uznała zarzutów od pkt 1/ do pkt 5/ Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

6/ art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b), w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4) oraz art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, który nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej, tj. że dysponuje i skieruje do wykonania zamówienia osobę spełniającą wymagania brzegowe dla inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI, a wskutek wcześniejszego skonsumowania przez Konsorcjum prawa do jednokrotnego uzupełniania dokumentów podmiotowych dla wykazania spełnienia warunku udziału, wykonawca ten utracił już możliwość kolejnego uzupełniania wykazu osób o osobę przewidzianą na przedmiotowe stanowisko,

7/ art. 224 ust. 1, w związku z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia dodatkowego badania ceny oferty zaoferowanej Konsorcjum jako potencjalnie rażąco niskiej, a co najmniej budzącej wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę i przyjęcie bezkrytyczne wyjaśnień i dowodów przedłożonych przez Konsorcjum (po wezwaniu do przedłożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny jako prawidłowych) w sytuacji, gdy po przedłożeniu tychże wyjaśnień wraz z dowodami, wykonawca ten dokonał zmiany osoby na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI, co spowodowało, że istotna część złożonych wyjaśnień i jeden dowód w sprawie, stały się już nieaktualne i nie uzasadniają już obecnie podanej w ofercie ceny, co już samo w sobie powinno skutkować odrzuceniem tej oferty jako oferty z ceną rażąco niską,

8/ art. 16 pkt 1-3) Pzp polegające na przeprowadzeniu postępowania bez zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz bez zachowania zasady przejrzystości i proporcjonalności postępowania;

9/ art. 17 ust. 2 Pzp poprzez naruszenie obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący wnosił o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości,
2. Nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum,
 - b) dokonania ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu,
 - c) nakazanie wykluczenia Konsorcjum i odrzucenia jego oferty w postępowaniu,
 - d) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwolujący otrzymał pismo Zamawiającego zawiadamiające o rozstrzygnięciu postępowania oraz o wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej w dniu 6 kwietnia 2022 r. Tego samego dnia Zamawiający zamieścił informację o wyborze oferty najkorzystniejszej na stronie internetowej prowadzonego przez siebie postępowania. W związku z powyższym, termin na wniesienie odwołania, został przez Odwołującego dochowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwolujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 505 ust. 1 Pzp, bowiem złożył w tym postępowaniu ważną i nie podlegającą odrzuceniu ofertę. W postępowaniu złożone zostały tylko 2 oferty: oferta Konsorcjum oraz oferta Sweco. Oferta Sweco sklasyfikowana została na drugiej pozycji w końcowym rankingu ofert. Sweco liczy zatem na uzyskanie zamówienia publicznego, a dokonana z naruszeniem wymienionych przepisów Pzp przez Zamawiającego czynność badania i oceny ofert, a w konsekwencji jej dokonania, wybór oferty złożonej przez Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej, pozbawia go tej możliwości. W przypadku, gdyby Zamawiający prawidłowo wykonał czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji wykonania tych prawidłowych czynności: odrzucił ofertę złożoną przez Konsorcjum, to oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą.

W ramach uzasadnienia zarzutów Odwołujący podniósł, że bezspornym jest, że w tym postępowaniu Zamawiający przewidział zastosowanie m.in. fakultatywnych przesłanek wykluczenia opisanych w art. 109 ust. 1, pkt 8) oraz pkt 10) Pzp.

Modyfikacją (dokonaną w dniu 20.12.2021 r.) SWZ Zamawiający określił jako jeden z warunków udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dysponowanie i skierowanie do realizacji zamówienia zespołu, w skład którego wchodzić ma m.in.: inspektor nadzoru w specjalności torowej - DROGI, w odniesieniu do którego postawiono następujące wymagania:

(2.2.) Inspektorem nadzoru w specjalności torowej - DROGI ** - wymagania:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń - zgodne z ustawą Prawo budowlane,
- co najmniej 60-miesięczne doświadczenie w nadzorowaniu / kierowaniu robotami budowlanymi,
- doświadczenie zawodowe na stanowisku inspektora nadzoru robót torowych przy realizacji co najmniej 2 zakończonych inwestycji obejmujących budowę, rozbudowę lub przebudowę torowiska tramwajowego wraz z trakcją.
- realizacja na podstawie pozwoleń uzyskanych na podstawie przepisów ustawy

o transporcie kolejowym;

** realizacja na podstawie ZRID”.

Termin składania ofert ustalono na dzień 18 stycznia 2022 r. Swoje oferty w postępowaniu złożyło 2-ch wykonawców: Odwołujący oraz Konsorcjum.

W dniu 18 lutego 2022 r. Zamawiający skierował do Konsorcjum dwuczłonowe wezwanie, które obejmowało swoim zakresem:

Pkt I: Wezwanie z art. 224 ust. 1 Pzp - badanie ceny oferty Konsorcjum pod kątem domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej,

Pkt II: Wezwanie z art. 126 ust. 1 Pzp - wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych jako najwyżej oceniony wykonawca.

W odpowiedzi na to wezwanie, Konsorcjum przedłożyło Zamawiającemu:
a/ w dniu 28 lutego 2022 r. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z dowodami,
b/ w dniu 28 lutego 2022 r.: podmiotowe środki dowodowe.

W dniu 23 marca 2022 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum, w trybie art. 128 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień, a alternatywnie w zakresie art. 128 ust. 1 Pzp do poprawienia/uzupełnienia dokumentów. Powodem skierowania przez Zamawiającego do Konsorcjum wezwania był opis doświadczenia zawodowego Pani M. K. - kandydatki na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI, przekazany przez Konsorcjum, w którym to opisie powołano się na doświadczenie na stanowisku inspektora nadzoru robót torowych na 4-ch różnych inwestycjach zrealizowanych w mieście Poznaniu.

W przedmiotowym wezwaniu Zamawiający powołał się na swoją własną wiedzę o tym, iż na wykazywanych inwestycjach funkcje inspektorów nadzoru robót torowych pełniły inne osoby, a kandydatka piastowała stanowisko inspektora nadzoru robót drogowych.

Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień, a alternatywnie:

„W przypadku gdy składane wyjaśnienia wskazywać będą na możliwość wystąpienia błędu

podczas sporządzania Wykazu Osób (...)” wezwanie należało traktować jako wezwanie do poprawienia / uzupełnienia Wykazu osób o „prawidłowe dane dot. inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI.”

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Konsorcjum przedłożyło Zamawiającemu w dniu 29 marca 2022 r. swoje wyjaśnienia, w którym poinformowało, że:

„ - w zakresie wykazu osób w części dotyczącej doświadczenia wskazanego dla osoby dedykowanej do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru w specjalności torowej _DROGI - tj. Pani M. K., wyjaśniamy, iż wystąpiła omyłka podczas sporządzania wykazu osób. Spowodowana ona została tym, iż Wykonawca odmiennie od Zamawiającego zinterpretował wymagania dotyczące osoby przewidzianej na to stanowisko.

Jednocześnie w załączeniu przekazujemy poprawiony wykaz osób na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI wykazujemy Pana P. P. spełniającego warunki opisane w SWZ.”

W dniu 6 kwietnia 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim.

[zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8) i/lub 10) Pzp - zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z powodu okoliczności dotyczących opisu doświadczenia zawodowego Pani M. K. zawartego w pierwszym wykazie osób]

Dla wykazania, iż kandydat/kandydatka na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI spełnia warunek należało wykazać, iż uzyskał On/Ona wymagane doświadczenie na stanowisku inspektora nadzoru robót torowych na 2-ch zakończonych inwestycjach. Bezsprzeczne jest, że Konsorcjum podało Zamawiającemu informacje o tym, iż kandydatka zdobyła doświadczenie na stanowisku inspektora nadzoru na 4-ch inwestycjach, za wykazem osób przedłożonym przez Konsorcjum:

-posiadane uprawnienia (data nadania, numer i zakres-specjalność): Uprawnienia budowlane nr 12/W/97 do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej z dnia 05.03.1997r.-

Ponad 60-miesięczne doświadczenie w nadzorowaniu/kierowaniu robotami budowlanymi, -doświadczenie zawodowe na stanowisku inspektora nadzoru robót torowych przy realizacji co najmniej 2 zakończonych inwestycji obejmujących budowę, rozbudowę lub przebudowę torowiska tramwajowego wraz z trakcją:

1)„Przebudowa ul. Unii Lubelskiej na odcinku od Ronda Żegrze do nowoprojektowanej pętli tramwajowo-autobusowej (odcinek IIIA) oraz na odcinku istniejącego układu drogowego w obrębie ul. Falistej i ul. Obodrzyckiej (odcinek IIIC)” Inwestycja zakończona, obejmowała przebudowę torowiska tramwajowego wraz z trakcją. 07/2019 -09/2020

2)„Przebudowa trasy tramwajowej na odcinku od os. Lecha do Ronda Żegrze w Poznaniu (odcinek II)” Inwestycja zakończona, obejmowała przebudowę torowiska tramwajowego wraz z trakcją. 07/2018-10/2019

3) Przebudowa ul. Grunwaldzkiej do układu dwujezdniowego na odcinku od ul. Smoluchowskiego do ul. Małwowej w Poznaniu Inwestycja zakończona ,obejmowała przebudowę torowiska tramwajowego wraz z trakcją. 06/2012 -01/2014

4)Budowa trasy tramwajowej na Franowo w Poznaniu Inwestycja zakończona, obejmowała budowę torowiska tramwajowego wraz z trakcją. 07/2011 -08/2012.

Jednocześnie zaś, w toku dokonywania przez Zamawiającego badania doświadczenia, Zamawiający sam stwierdził (czego dowodzi treść wezwania), iż Konsorcjum podało mu informacje nieprawdziwe, bowiem wg Zamawiającego wiedzy, kandydatka zajmowała stanowisko inspektora nadzoru robót drogowych, a nie inspektora nadzoru robót torowych.

Już zatem wtedy Zamawiający był w posiadaniu prawdziwych informacji o rzeczywistym stanowisku zajmowanym przez kandydatkę. Powyższe powinno być skutkować, na ówczesnie etapie badania dokumentów podmiotowych Konsorcjum, podjęciem decyzji Zamawiającego o konieczności wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania i odrzuceniu jego oferty z powodu podawania nieprawdziwych informacji dotyczących spełniania warunków udziału, które mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd. Bez znaczenia jest zdaniem Odwołującego okoliczność, że informacje nieprawdziwe dotyczące doświadczenia zawodowego kandydatki przedkładane były Zamawiającemu: Miastu Poznań, którego reprezentuje i w imieniu którego postępowanie prowadzi Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o., która reprezentowała Inwestora (Miasto Poznań) na każdej z 4-ch inwestycji, a więc podmiotowi mającemu rzeczywiste i prawdziwe informacje co do poszczególnych osób i stanowisk, jakie zajmowały one na inwestycjach. W konsekwencji ewentualne twierdzenia i argumentowanie, że informacje nieprawdziwe podane przez Konsorcjum nie mogły nawet potencjalnie wprowadzić Zamawiającego w błąd, bo Zamawiający miał informacje prawdziwe i zawsze mógł je zweryfikować, nie mogą mieć zastosowania.

Przesłanka wykluczenia opisana w art. 109 ust. 1 pkt 8) i/lub 10) Pzp musi być zawsze rozpatrywana „obiektywnie”, czyli przy założeniu, że informacje te otrzymałby zupełnie inny zamawiający. Zdaniem Odwołującego, w przypadku przedłożenia przez Konsorcjum takich informacji o doświadczeniu kandydatki u każdego innego zamawiającego niż aktualny Zamawiający, inny zamawiający nie miałby podstaw do wszczynania jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego i uznałby, że kandydatka spełnia wymagania postawione dla przewidywanego dla niej stanowiska. Dlatego już samo stwierdzenie przez

Zamawiającego, że informacje opisujące doświadczenie kandydatki są niezgodne ze stanem faktycznym winno było skutkować wykluczeniem Konsorcjum i odrzuceniem jego oferty.

Niezależnie jednak od powyższego Odwołujący wskazał i przedłożył własne informacje i dowody potwierdzające, że Konsorcjum podało nieprawdziwe informacje o zajmowanym przez Panią M. K. stanowisku na każdej z 4-ech wykazywanych inwestycjach.

W odniesieniu do pozycji nr 1 i poz. nr 2 opisu doświadczenia Odwołujący powołał się na swoją własną wiedzę z realizacji każdej z tych 2-ch inwestycji, ponieważ pełnił na nich funkcje Inżyniera Kontraktu, gdzie cały zespół inspektorów nadzoru wszystkich poszczególnych branż był to personel właśnie Inżyniera Kontraktu. Pani M. K. wchodziła zatem w skład personelu zatrudnionego przez Sweco do wykonania usług Inżyniera Kontraktu dla obu tych inwestycji i w każdym przypadku stanowiskiem, które pełniła było stanowisko Inspektora nadzoru robót drogowych.

Na potwierdzenie powyższych twierdzeń Odwołujący złożył przykładowe dokumenty z realizacji inwestycji nr 1 i 2, z których wynika odpowiednio, która osoba pełniła funkcje inspektora nadzoru robót torowych, a która inspektora nadzoru robót drogowych (Protokół Odbioru Robót Znikających lub Ulegających Zakryciu z dnia 25 maja 2020 r. - dla zakresu „Skrzynki przyszynowe - osłonowe, na kable przyłączeniowe”, z którego wynika, że Inspektorem Nadzoru branży torowej jest Pan Marek Paluszkiewicz; Protokół Odbioru Robót Znikających lub Ulegających Zakryciu z dnia 20 marca 2020 r. - dla zakresu „Nawierzchnia stalowa toru (...)", z którego wynika, że Inspektorem Nadzoru branży torowej jest Pan M. P.; Protokół Odbioru Etapu / Podetapu z dnia 16 maja 2019 r., z którego wynika, że Pani M. K. zajmowała stanowisko Inspektora Nadzoru Robót Drogowych, a stanowisko Inspektora Nadzoru Robót Torowych zajmował Pan Marek Paluszkiewicz).

W odniesieniu do inwestycji nr 3 i 4 w opisie doświadczenia kandydatki, Odwołujący wskazał, iż skierował w dniu 8 kwietnia 2022 r. do Poznańskich Inwestycji Miejskich sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz do Zarządu Transportu Miejskiego sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wnioski, w trybie dostępu do informacji publicznej, o udzielenie informacji jaka osoba pełniła funkcję inspektora nadzoru robót torowych przy realizacji każdej z inwestycji. W odpowiedzi Sweco otrzymało w dniach 12 i 13 kwietnia 2022 r. e-maile, z których wynika, że na każdej z tych inwestycji funkcję inspektora nadzoru robót torowych pełniła inna osoba (nie była to Pani M.K.), odpowiednio:

a/ dla pozycji 3-ciej była to Pani M. P.

b/ dla pozycji 4-tej był to Pan J.K..

W ocenie Odwołującego przedstawione fakty i dowody potwierdzają, że Konsorcjum na etapie przedkładania pierwszego wykazu osób (jako najwyżej oceniony wykonawca) przedstawiło informacje nieprawdziwe, mające przekonać Zamawiającego o tym, że zaproponowana przez Konsorcjum kandydatka spełnia warunek udziału postawiony dla osoby desygnowanej na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności torowej DROGI.

Przyjmując zasadę Pzp: domniemania prawdziwości składanych w postępowaniu oświadczeń oraz to, że badanie doświadczenia osób odbywa się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie oświadczeń własnych wykonawców (wykazów osób przedkładanych przez tychże wykonawców) należy uznać, że nieprawdziwe informacje podane przez Konsorcjum mogły skutecznie wprowadzić Zamawiającego w błąd. Powyższe, zdaniem Sweco świadczy to o tym, że Zamawiający nieprawidłowo zaniechał wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) i/lub 10) Pzp z powodu okoliczności dotyczących pierwszego wykazu osób przedłożonego w dniu 28 lutego 2022 r.

[zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8) i/lub 10) Pzp, tj. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z powodu okoliczności dotyczących opisu doświadczenia zawodowego Pana P.P. zawartego w tzw. „uzupełnionym wykazie osób”]

Niezależnie od okoliczności zarzutu numer 1 Sweco podnosiło, iż Zamawiający powinien wykluczyć Konsorcjum na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) i lub 10) Pzp również z powodu przedstawienia przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji, wprowadzających w błąd, a odnoszących się do opisu doświadczenia zawodowego Pana P.P., tj. osoby tzw. „zamiennej” na stanowisko inspektora nadzoru robót w specjalności torowej - DROGI, zamiast pierwotnej kandydatki Pani M. K..

Bezspornym jest, że na skutek wezwania Zamawiającego Konsorcjum w dniu 29 marca 2022 r. dokonało zmiany osoby desygnowanej na to stanowisko wykazując w opisie doświadczenia Pana P.P. następujące 2 inwestycje:

- doświadczenie zawodowe na stanowisku inspektora nadzoru robót torowych przy realizacji co najmniej 2 zakończonych inwestycji obejmujących budowę, rozbudowę lub przebudowę torowiska tramwajowego wraz z trakcją:

- 1) „Przebudowa układu torowo-drogowego w ul. Wały gen. Sikorskiego i al. św. Jana Pawła II wraz z budową pasa tramwajowo-autobusowego” obejmująca budowę i przebudowę torowiska tramwajowego wraz z trakcją w Toruniu
- 2) „Modernizacja torowiska tramwajowego wraz z siecią trakcyjną na trasie linii nr 1 i 5 od pl. Daszyńskiego do ul. Śląskiego” obejmująca budowę i przebudowę torowiska tramwajowego wraz z trakcją w Toruniu

Odwołujący podnosił, że przedłożony opis doświadczenia Pana P. P. zawiera w pozycji numer 2 informacje nieprawdziwe, które wprowadziły Zamawiającego w błąd poprzez uznanie, że ten kandydat spełnia warunku udziału tj. że kandydat posiada doświadczenie wymagane warunkiem udziału, czego dowodem jest dokonany w dniu 6 kwietnia wybór oferty Konsorcjum w postępowaniu.

Tymczasem Sweco jest w posiadaniu dowodu pozyskanego od ówczesnego zamawiającego: Miejskiego Zakładu Komunikacji w Toruniu sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (dalej jako: MZK), dla którego realizowana była inwestycja, w której potwierdzono, że w ramach przedmiotowego zadania funkcję Inspektora Nadzoru specjalności torowej Pełnił Pan J. Ł..

W ofercie Konsorcjum znajduje się Załącznik Nr 11B pn. „Wykaz osób przeznaczonych do realizacji zamówienia w ramach kryteriów oceny ofert - doświadczenie inspektora nadzoru specjalności torowej”. W załączniku tym na potrzeby kryteriów oceny ofert Konsorcjum przedstawiło opis doświadczenia Pana J. Ł., osoby desygnowanej na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności torowej - KOLEJ. W pozycji 1 opisu doświadczenia Pana J. Ł. podano następujące informacje, cyt. za ofertą Konsorcjum: Modernizacja torowiska tramwajowego wraz z siecią trakcyjną na trasie linii nr 1 i 5 od pl. Daszyńskiego do ul. Śląskiego w Toruniu Inwestycja zakończona, wystawiono Świadectwo Przejęcia Inwestycja obejmowała przebudowę torowiska tramwajowego wraz z trakcją o długości ok. 1500m i wartości robót ok. 32 mln zł brutto

Lokalizacja: Toruń; Zamawiający: MZK Toruń Sp. z o.o.

Dodatkowo, w wykazie osób tzw. „pierwotnym” na spełnianie warunków udziału przez personel zaproponowany do wykonania tego zamówienia, zawarto ponownie oświadczenie o tym, że na tej samej inwestycji tzw. „toruńskiej” (która później znalazła się w opisie doświadczenia Pana P. P. mając przekonać Zamawiającego, że to był On inspektorem nadzoru w specjalności torowej na tej inwestycji) inspektorem nadzoru w specjalności torowej był Pan J. Ł..

W ocenie Odwołującego przedstawione fakty i dowody w tym przypadku potwierdzają, że Konsorcjum również w tzw. „zamiennym wykazie osób” przedstawiło

informacje nieprawdziwe, mające przekonać Zamawiającego o tym, że zaproponowany przez Konsorcjum tzw. „kandydat zamienny” spełnia warunek udziału postawiony dla osoby desygnowanej na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI. Przyjmując zasadę Pzp: domniemania prawdziwości składanych oświadczeń oraz to, że badanie doświadczenia osób odbywa się na podstawie oświadczeń własnych wykonawców (wykazów osób przedkładanych przez tychże wykonawców) uzasadniona jest zdaniem Odwołującego teza, że nieprawdziwe informacje podane przez Konsorcjum skutecznie wprowadziły Zamawiającego w błąd co do spełniania przez osobę tzw. „zamienną” warunków udziału. Zdaniem Sweco świadczy to o tym, że Zamawiający nieprawidłowo zaniechał wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) i/lub 10) Pzp) z powodu okoliczności dotyczących wykazu osób przedłożonego w dniu 29 marca

2022 r.

[zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

Konsorcjum pomimo tego, że wobec tego wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia

opisane zgodnie z zarzutami numer 1/ oraz numer 2/]

Na skutek opisanych okoliczności zdaniem Odwołującego zaistniały przesłanki wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) i/lub 10) Pzp. Zarzut naruszenia

art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp jest naturalnym następstwem zarzutów dotyczących

wykluczenia.

[zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 pkt 1) oraz ust. 4 Pzp poprzez ich niewłaściwe

zastosowanie i skierowanie do Konsorcjum wezwania do złożenia wyjaśnień, a następnie poprzez niewłaściwą ocenę przedłożonych wyjaśnień]

Zamawiający miał wiedzę o tym, iż w wykazie osób tzw. „pierwotnym” przedłożonym przez Konsorcjum w dniu 28 lutego 2022 r. informacje dotyczące opisu doświadczenia Pani M. K. były nieprawdziwe, a jako, że mogły wprowadzać w błąd (w sytuacji gdyby przedkładane były innemu zamawiającemu niż Zamawiający, który miał wiedzę o wszystkich opisywanych 4-ech realizacjach rekomendacyjnych) powinno było to skutkować wykluczeniem Konsorcjum i odrzuceniem jego oferty. Tymczasem Zamawiający mając wiedzę o powyższym nie tylko, że skierował w dniu 23 marca 2022 r. do Konsorcjum wezwanie do złożenia wyjaśnień co do „podstaw faktycznych przypisania p. K.doświadczenia na stanowisku inspektora robót torowych”, ale również wskazał na możliwość sprostania wezwaniu poprzez przedłożenie poprawionego /uzupełnionego wykazu osób w sytuacji „gdy składane wyjaśnienia wskazywać będą na możliwość wystąpienia błędu podczas sporządzania Wykazu Osób”. Następnie zaś, po otrzymaniu wyjaśnień wraz z uzupełnionym wykazem osób, w którym Konsorcjum przedstawiło na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI zupełnie inną osobę, nie tylko, że przyjął ten uzupełniony wykaz osób jako prawidłowy, ale przede wszystkim zaakceptował lakoniczne i niewiarygodne (zdaniem Sweco) wyjaśnienie Konsorcjum o omyłce spowodowanej błędną interpretacją warunku udziału.

Niezależnie od stanowiska Odwołującego, że w jego ocenie wymaganie SWZ dotyczące doświadczenia zawodowego kandydata na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI były określone jednoznacznie, to w ocenie Sweco Zamawiający nie powinien był przyjąć bezkrytycznie takiego lakonicznego, jednozdaniowego „wyjaśnienia” udzielonego przez Konsorcjum bez dodatkowego zbadania, jakaż to inna interpretacja wymogów dla tego stanowiska legła u podstaw wystąpienia omyłki przy sporządzaniu pierwotnego wykazu osób.

Odwołujący przywołał opinie komentatorów Pzp oraz utrwalone przez ostatnie lata orzecznictwo KIO, że w sytuacji stwierdzenia, że jakiś wykonawca podał nieprawdziwe informacje, które mogły, nawet potencjalnie, wprowadzić zamawiającego w błąd, „nie przynależy się już” temu wykonawcy prawo do zastąpienia informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi.

Tym samym zarzut odwołania naruszenia art. 128 ust. 1 pkt 1) oraz ust. 4 Pzp w rozpatrywanych okolicznościach sprawy w ocenie Odwołującego jest uzasadniony.

[zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp poprzez niewłaściwe jego zastosowanie i przyjęcie wyjaśnień Konsorcjum o rzekomej omyłce zaistniałej podczas sporządzania pierwotnego

wykazu osób]

Wymagania brzegowe SWZ dotyczące kandydata na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI określone zostały w SWZ w sposób jednoznaczny. Zdaniem Odwołującego trudno się doszukiwać w tak skonstruowanym wymaganiu SWZ jakich możliwości interpretacyjnych, wariantowości bądź innego rozumienia brzmienia tego warunku.

Również Konsorcjum w udzielonych wyjaśnieniach nie rozwinęło swojej myśli o tym, jak konkretnie „zinterpretowało” ono tenże warunek, która to interpretacja doprowadziła do tego, że Konsorcjum, przedłożyło, co wydaje się bezsporne, nieprawdziwe informacje dotyczące opisywanego doświadczenia Pani M. K. w zakresie stanowisk, jakie zajmowała Ona na wszystkich opisywanych inwestycjach rekomendacyjnych. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie tylko, że nie powinien był przyjąć udzielonych wyjaśnień jako wystarczających (bez nawet próby dodatkowego zbadania „interpretacji Konsorcjum” i porównania tejże interpretacji z warunkiem brzegowym opisanym w SWZ), ale powinien był wyjaśnienia te odrzucić jako całkowicie niewiarygodne.

Zarzut odwołania naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp Odwołujący uważa za uzasadniony.

[zarzut ewentualny naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b), w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4) oraz art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, które nie wykazało, iż spełnia warunek udziału w zakresie dysponowania osobą spełniającą wymagania SWZ dla stanowiska inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI]

Jakkolwiek Odwołujący uważa, że wszystkie zarzuty skutkować powinny wykluczeniem Konsorcjum z przyczyn opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 8) i/lub 10) Pzp, a w konsekwencji odrzuceniem jego oferty, to jednak Odwołujący stawia jako zarzut ewentualny (na wypadek, gdyby Izba uznała, że jakkolwiek pojawiły się w obydwu wykazach osób przedkładanych przez Konsorcjum informacje nieprawdziwe, to jednak w okolicznościach zaistniałych nie mogą one skutkować wykluczeniem, ponieważ nie wprowadziły i nie mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd): niewykazanie przez Konsorcjum, iż spełnia on warunek zdolności technicznej lub zawodowej tj. że dysponuje i skieruje do realizacji przedmiotowego zamówienia osobą spełniającą wymagania brzegowe dla inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI, a wskutek wcześniejszego skonsumowania przez Konsorcjum prawa do jednokrotnego uzupełniania dokumentów podmiotowych dla wykazania spełniania warunku udziału w tym zakresie, wykonawca ten utracił już możliwość kolejnego uzupełniania wykazu osób o osobę przewidzianą na przedmiotowe stanowisko (albo odpowiednio o uzupełnienie opisu posiadanego doświadczenia przez kandydata „zamiennego” o inne inwestycje).

Bezspornym w ocenie Odwołującego, że zarówno Pani M.K., jak i Pan P. P.(odpowiednio: kandydatka pierwotna oraz kandydat „zamienny” na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI) nie posiadają wymaganego zapisami SWZ doświadczenia na stanowisku inspektora nadzoru robót torowych.

Zamawiający skierował już do Konsorcjum wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia Wykazu Osób o prawidłowe dane dotyczące inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI, a Konsorcjum z tej możliwości skorzystało i zmieniło osobę proponowaną na przedmiotowe stanowisko.

Jednakże w uzupełnianym w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, opisie doświadczenia kandydata „zamiennego”, Konsorcjum nie wykazało, iż spełnia warunek udziału postawiony dla osoby desygnowanej na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI. Wykonawcy wezwanemu w trybie art. 128 ust. 1 Pzp) „przynależy się” prawo tylko do jednokrotnego uzupełniania dokumentów podmiotowych dla zakresu określonego jak w takim wezwaniu. Powyższe zatem oznacza, że Konsorcjum nie może już prawidłowo uzupełniać dokumentów podmiotowych dotyczących opisu doświadczenia osoby desygnowanej na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI (ani poprzez dopisywanie doświadczenia dotychczasowym kandydatom, ani poprzez kolejną wymianę osoby przewidywanej na to stanowisko).

Tym samym zarzut ewentualny odwołania naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b), w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4) oraz art. 128 ust. 1 Pzp w rozpatrywanych tych konkretnych okolicznościach sprawy, jest zdaniem Odwołującego uzasadniony.

[zarzut ewentualny art. 224 ust. 1, w związku z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp

poprzez zaniechanie przeprowadzenia dodatkowego badania ceny oferty zaoferowanej

Konsorcjum jako potencjalnie rażąco niskiej, w sytuacji, gdy po przedłożeniu wyjaśnień wraz z dowodami, wykonawca ten dokonał zmiany osoby na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI, co spowodowało, że istotna część złożonych wyjaśnień i jeden dowód w sprawie, stały się już nieaktualne i nie uzasadniają już obecnie podanej w ofercie ceny, co powinno skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum jako oferty z ceną rażąco niską]

Niezależnie od wszystkich innych zarzutów odwołania, które w opinii Odwołującego skutkować powinny wykluczeniem Konsorcjum i odrzuceniem jego oferty, Sweco podnosiło zarzut zaniechania przeprowadzenia przez Zamawiającego badania dodatkowego ceny oferty zaproponowanej przez Konsorcjum po wymianie osoby na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI. Badanie to powinno doprowadzić do odrzucenia oferty Konsorcjum jako oferty z ceną rażąco niską na skutek tego, że przedłożone wyjaśnienia oraz dowody nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Zamawiający działając w trybie art. 224 ust. 1 Pzp wezwał Konsorcjum do przedłożenia odpowiednich wyjaśnień, które powinny były uzasadniać, że podana cena oferty jest prawidłowa. Konsorcjum w dniu 28 lutego 2022 r. takich wyjaśnień udzieliło (dalej jako: „Wyjaśnienia RNC”), przedkładając pismo jawne wraz z 36-ma załącznikami, z których załączniki od numeru 1 do numeru 20 zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Prawa Konsorcjum do zastrzegania takich informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołujący nie neguje.

Wyjaśnienia RNC wraz z dowodami zostały przedłożone przez Konsorcjum w czasie, kiedy osobą „figurującą” w ofercie Konsorcjum na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI była Pani M.K. oraz, że jednym z istotnych dowodów przedłożonych wraz z wyjaśnieniami był: dowód potwierdzający wysokość wynagrodzenia Inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI (załącznik nr 5). Z powyższego należy domniemywać, a w zasadzie mieć pewność, że tym dowodem jest dokument określający zaakceptowaną przez Panią M. K. wysokość wynagrodzenia jako przysługującego inspektora nadzoru.

Pani M. K. znana jest Odwołującemu. Sweco współpracowało z Nią, jako inspektorem robót drogowych na wcześniejszych inwestycjach realizowanych na terenie miasta Poznania. Odwołujący może zatem powołać się na własną wiedzę o tym, że osoba ta:

a/ nie jest pracownikiem żadnej z firm tworzących Konsorcjum,

b/ mieszka na terenie miasta Poznania, czyli w mieście, w którym prowadzone będą roboty będące przedmiotem nadzoru.

Powyższe oznacza, że decydując się na zatrudnienie Pani M. K. dla nadzorowania robót obecnie Konsorcjum nie musiało uwzględniać takich dodatkowych kosztów związanych z zatrudnieniem osoby, jak: delegacje, noclegi, cykliczne przejazdy wielokilometrowe na trasie od miejsca zamieszkania do miejsca prowadzenia robót i z powrotem. Powyższe założenia znajdują swoje potwierdzenie w samych Wyjaśnieniach RNC przedłożonych przez Konsorcjum. Z dostępnych Odwołującemu fragmentów wyjaśnień wynika, że Konsorcjum upatrywało i przekonywało Zamawiającego w lutym 2022r., że uzasadnieniem dla możliwości zaoferowania takiej ceny jak cena oferty jest zatrudnienie specjalistów miejscowych, którzy „zapewniają”, że obniżone są koszty ich dojazdów, ale w szczególności, że dzięki temu koszty zakwaterowania takiego personelu są dla Konsorcjum „zerowe”. Takim właśnie „personalem miejscowym, nie generującym dodatkowych kosztów” była Pani M.K..

Na skutek wezwania skierowanego przez Zamawiającego Konsorcjum zdecydowało się jednak zamienić osobę Pani M. K. na osobę Pana P. P.. Jest to osoba, wg najlepszej wiedzy Odwołującego, zamieszkała w innym województwie niż województwo wielkopolskie. Wg danych zaczerpniętych ze strony internetowej Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa Pan P. P. jest członkiem Kujawsko-Pomorskiej Izby Inżynierów Budownictwa, pochodzi zatem z obszaru tego województwa. Powyższe oznacza, że nie można tego kandydata w sposób automatyczny traktować jako „personel miejscowy, nie generujący dodatkowych kosztów” (tak jak Panią M. K.). Zatem w tym zakresie słusznym powinno być ponowne zbadanie przez Zamawiającego Wyjaśnień RNC przedłożonych przez Konsorcjum, pod kątem tego czy w cenie oferty uwzględniono odpowiednią kwotę na ewentualne dojazdy, zakwaterowanie oraz nadgodziny inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI. Jednocześnie z chwilą dokonania przez Konsorcjum wymiany osoby Pani M.K. na Pana P. P. uległ samoistnie dezaktualizacji dowód - Załącznik nr 5 do Wyjaśnień RNC, który określał uzgodnione wynagrodzenie dla pierwotnej kandydatki na stanowisko inspektora nadzoru

w specjalności torowej - DROGI. O tych kwestiach dotyczących ceny oferty Konsorcjum i konsekwencjach wynikających z wymiany osoby miejscowej na jedno ze stanowisk kluczowych przy wykonywaniu usługi będącej przedmiotem zamówienia, a przede wszystkim potencjalnego wpływu kosztowego dla wykonawcy przy dokonaniu takiej zmiany zdaje się „zapomniał” Zamawiający i zaniechał dokonania badania kolejnego ceny oferty Konsorcjum pod kątem tego, czy i w jaki sposób wprowadzone zmiany uzasadniają nadal możliwość zaoferowania przez Konsorcjum ceny jak podana w ofercie.

Odwołujący zwrócił uwagę na wymagania Zamawiającego dotyczące organizacji i sposobu pracy personelu przyszłego wykonawcy zamówienia (w tym wszystkich inspektorów nadzoru), zapisane w projekcie umowy stanowiącym integralną część dokumentów zamówienia postępowania, które, oznaczają, że w przypadku kiedy personel jakiegoś wykonawcy wywodzi się spoza tzw. „rynku miejscowego”, taki wykonawcę będzie musiał ponosić koszty zakwaterowania osób na terenie miasta Poznania (lub najbliższych okolic), bo tylko w taki sposób jest możliwe zapewnienie np. „dostępności personelu” w fazie realizacji robót, jakiej wymaga Zamawiający (par. 3 ust. 1 pkt 2) projektu umowy - czas reakcji Inspektora wynosi 2h).

W ocenie Odwołującego w świetle deklaracji i oświadczeń złożonych przez Konsorcjum w Wyjaśnieniach RNC o zerowych kosztach zakwaterowania jego personelu, taka wymiana jednej z osób kluczowych personelu z „osoby miejscowej” na „osobę zamiejscową”, której zatrudnienie oznacza jednak konieczność ponoszenia takich kosztów oznacza, że Wyjaśnienia RNC nie uzasadniają już podanej w ofercie ceny. Powyższe zatem skutkować winno odrzuceniem oferty Konsorcjum jako oferty z ceną rażąco niską.

[Zarzuty naruszenia art. 16 pkt), pkt 1- 3) Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp]

Zdaniem Odwołującego analiza całości działań Zamawiającego, które wykazane zostały w treści uzasadnienia wskazują, iż w to postępowanie zostało przeprowadzone przez Zamawiającego bez dochowania zasady przejrzystości, proporcjonalności, jawności oraz bez dochowania zasady równego traktowania wykonawców, a preferowanym przez Zamawiającego wykonawcą wydaje się być wykonawca wybrany, czyli Konsorcjum. Tym właśnie, zdaniem Odwołującego, należy tłumaczyć brak wnikliwości Zamawiającego w ocenie wszystkich oświadczeń i dokumentów złożonych przez Konsorcjum oraz tym należy tłumaczyć podejmowane przez Zamawiającego próby „ratowania” samego Konsorcjum przed wykluczeniem oraz przed odrzuceniem oferty tegoż wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności i fakty wniesienie odwołania było uzasadnione. W związku z powyższym Odwołujący wnosił o jego uwzględnienie w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem biorącym udział w postępowaniu, złożył ofertę i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór oferty innego wykonawcy, która potencjalnie podlega odrzuceniu a sam Wykonawca podlega wykluczeniu, godzi w interes Odwołującego w uzyskaniu zysku przy realizacji przedmiotu zamówienia. Czynności i zaniechania Zamawiającego prowadzą do powstania szkody po stronie podmiotu wnoszącego odwołanie w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie:

1) EKOCENTRUM - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz (2) B-ACT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy (dalej jako: „Konsorcjum” lub „Przystępujący”). Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

W dniu 28 kwietnia 2022 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił je w całości.

Przystępujący został wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu. W dniu 29 maja 2022 roku do Izby wpłynęło pisemne oświadczenie, że Konsorcjum korzystało będzie z przysługujących mu uprawnień i składa sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości. Przystępujący złożył również pisemne stanowisko procesowe wraz z dodatkowymi dowodami, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że pierwotnie zgodnie z Rozdziałem VIII SWZ (KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCÓW) o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, to znaczy skierowali do realizacji zamówienia zespół składający się co najmniej z: Inspektora nadzoru w specjalności torowej - wymagania:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń - zgodne z ustawą Prawo budowlane,
- co najmniej 60-miesięczne doświadczenie w nadzorowaniu/kierowaniu robotami budowlanymi,
- doświadczenie zawodowe na stanowisku inspektora nadzoru robót torowych przy realizacji co najmniej 2 zakończonych inwestycji obejmujących budowę, rozbudowę lub przebudowę torowiska tramwajowego długości co najmniej 500m wraz z trakcją o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 złotych brutto każda, w których zakresie była budowa, rozbudowa lub przebudowa torowiska tramwajowego wraz z trakcją.

Zamawiający przewidział w SWZ, że podstawą wykluczenia Wykonawców będzie również art. 109 ust. 1 pkt 8, 10 ustawy Pzp.

Następnie Zamawiający dokonał zmiany warunków udziału co do składu zespołu wymagając w pkt w Rozdziale VIII pkt 2 ppkt 1 lit. d) tiret (2) SWZ następującego doświadczenia:

„(2.1.) Inspektorem nadzoru w specjalności torowej - KOLEJ * - wymagania:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej kolejowej bez ograniczeń - zgodne z ustawą Prawo budowlane,
- co najmniej 60-miesięczne doświadczenie w nadzorowaniu / kierowaniu robotami budowlanymi,
- doświadczenie zawodowe na stanowisku inspektora nadzoru robót torowych przy realizacji co najmniej 2 zakończonych inwestycji obejmujących budowę, rozbudowę lub przebudowę torowiska tramwajowego długości co najmniej 500m wraz z trakcją o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 złotych brutto każda, w których zakresie była budowa, rozbudowa lub przebudowa torowiska tramwajowego wraz z trakcją.

(2.2.) Inspektorem nadzoru w specjalności torowej - DROGI ** - wymagania:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń - zgodne z ustawą Prawo budowlane,
- co najmniej 60-miesięczne doświadczenie w nadzorowaniu/kierowaniu robotami budowlanymi,
- doświadczenie zawodowe na stanowisku inspektora nadzoru robót torowych przy realizacji co najmniej 2 zakończonych inwestycji obejmujących budowę, rozbudowę lub przebudowę torowiska tramwajowego wraz z trakcją.

• realizacja na podstawie pozwoleń uzyskanych na podstawie przepisów ustawy o transporcie kolejowym;

** realizacja na podstawie ZRID.

Następnie w dniu 5 stycznia 2022 roku Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi na zadanie pytania:

20. Dotyczy rozdziału VIII pkt 2 ppkt 1 lit.d) tiret (2). Proszę o wyjaśnienie ,czy Zamawiający wymaga jedną osobę na stanowisko inspektora torowego, który będzie spełniał posiadanie doświadczenie dla:

Pkt 2.1 Inspektorem nadzoru w specjalności torowej - KOLEJ *

Lub

Pkt 2.2 Inspektorem nadzoru w specjalności torowej - DROGI *

Czy wymagane są dwie osoby dla każdego warunku oddzielnie.

Wyjaśnienie:

Wykonawca może ustanowić inspektorów odrębnie dla każdego ze wskazanych zakresów, jak i delegować jedną osobę, która będzie pełnić obie funkcje - zasady łączenia funkcji wskazano w SWZ na stronie 8. Niezależnie od powyższego konieczne jest spełnianie wymagań wskazanych w SWZ (w zakresie uprawnień i doświadczenia osób wskazanych do pełnienia funkcji).

23. SWZ, Rozdz. VIII, ust. 1, lit. d), tiret drugie, pkt (2.2). Jako że torowisko tramwajowe w obszarze pasa drogowego jest elementem ulicy w rozumieniu Ustawy o drogach publicznych, roboty budowlane związane z torowiskiem należy traktować formalnie jako roboty drogowe, dlatego wnosimy, aby wykreślić z wymogu doświadczenia „pełnienie funkcji inspektora robót torowych” i sformułować ten wymóg następująco: „doświadczenie zawodowe na stanowisku inspektora nadzoru robót drogowych przy realizacji co najmniej 2 zakończonych inwestycji obejmujących budowę, rozbudowę lub przebudowę torowiska tramwajowego wraz z trakcją”.

Wyjaśnienie:

Kwestia używanego nazewnictwa (przyjętego dla potrzeb prowadzonego postępowania) pozostaje wtórna dla wykazywania spełnienia warunków udziału przez Wykonawcę. Zamawiający określił wymagania wobec Personelu wykonawcy w sposób jednoznaczny wskazując wymagane uprawnienia budowlane, jak i doświadczenie, którym winna legitymować się dana osoba.

Zamawiający zwraca uwagę, iż w trakcie postępowania doszło do zmiany SWZ w zakresie wymagań dot. inspektora robót torowych, poprzez rozdzielenie funkcji dla zakresów realizowanych w oparciu o odrębnie uzyskiwane pozwolenia tj. wynikające z przepisów o transporcie kolejowym (linia tramwajowa nie stanowiąca elementu pasa drogowego), jak i zezwolenie na realizację inwestycji drogowej.

43. Prosimy o sprostowanie postanowienia Rozdziału VIII SWZ pkt 2 lit. d tiret drugie, ppkt 2.2 poprzez nadanie mu brzmienia:

(2.2.) Inspektorem nadzoru w specjalności drogowej w zakresie torowiska ** - wymagania:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń - zgodne z ustawą Prawo budowlane,
- co najmniej 60-miesięczne doświadczenie w nadzorowaniu/kierowaniu robotami

budowlanymi,

- doświadczenie zawodowe na stanowisku inspektora nadzoru robót drogowych przy realizacji co najmniej 2 zakończonych inwestycji obejmujących budowę, rozbudowę lub przebudowę torowiska tramwajowego wraz z trakcją znajdującego się w obszarze pasa drogowego.

Potrzeba sprostowania wynika z faktu, że inspektor nadzoru inwestorskiego może nadzorować roboty wyłącznie w zakresie posiadanych uprawnień. Zgodnie z przepisami, a także stanowiskiem Krajowej Komisji Kwalifikacyjnej Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 18 lutego 2021 r. w sprawie torowisk tramwajowych, osoby legitymujące się uprawnieniami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej mogą wykonywać samodzielne funkcje techniczne przy budowie, rozbudowie czy przebudowie torowiska tramwajowego znajdującego się w obszarze pasa drogowego dlatego, że torowisko tramwajowe jest w tym przypadku elementem ulicy, czyli podlegają regulacjom Ustawy

z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych. Pojęcie „roboty torowe” odnosi się zaś do linii kolejowych oraz linii tramwajowych poza obszarem pasa drogowego, do których nadzorowania wymagane są uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych. Art. 15a ust. 9 Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane przyznaje osobie posiadającej uprawnienia w specjalności drogowej uprawnienie do kierowania i nadzorowania robót związanych z następującymi obiektami budowlanymi:

- 1) droga w rozumieniu przepisów o drogach publicznych, z wyłączeniem drogowych obiektów inżynierskich oprócz przepustów;
- 2) droga dla ruchu i postoju statków powietrznych oraz przepust.

Roboty budowlane związane z torowiskiem tramwajowym znajdującym się w obszarze pasa drogowego muszą zatem zostać zakwalifikowane jako roboty drogowe, aby mogła je nadzorować osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej drogowej, czyli takimi, jakich wymaga Zamawiający dla osoby pełniącej to stanowisko.

W związku z powyższym, prosimy o korektę stosowanych pojęć, aby wymagania postawione przez Zamawiającego wobec personelu Inżyniera Kontraktu były jasne i spójne, a przy tym, aby interes Zamawiającego został zabezpieczony poprzez zapewnienie pełnienia nadzoru przez osobę legitymującą się odpowiednimi uprawnieniami, a także doświadczeniem w nadzorowaniu inwestycji obejmujących torowisko tramwajowe zlokalizowane w obszarze pasa drogowego.

Wyjaśnienie:

Kwestia używanego w SWZ nazewnictwa (przyjętego dla poszczególnych inspektorów w ramach opisu wymagań stawianych przez Zamawiającego) pozostaje wtórna dla wykazywania spełnienia warunków udziału przez Wykonawcę. Zamawiający określił wymagania wobec Personelu wykonawcy w sposób jednoznaczny wskazując wymagane uprawnienia budowlane, jak i doświadczenie, którym winna legitymować się dana osoba. Inspektor nadzoru, którego dotyczy pytanie ma wykazać doświadczenie w nadzorowaniu robót związanych z budową torowiska tramwajowego, a biorąc pod uwagę, iż winien legitymować się uprawnieniami w specjalności inżynierskiej drogowej będzie to torowisko zlokalizowane w obszarze pasa drogowego. Dokonanie wnioskowanego sprostowanie nie jest konieczne.

W terminie składania ofert złożono Zamawiającemu dwie oferty, Odwołującego

1 Przystępującego.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający w dniu 18 lutego 2022 roku, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego, ze względu na fakt, że zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia (jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia (1 107 714,28 zł) powiększonej o należny podatek od towarów i usług - tj. kwoty 1 362 488,56 zł brutto - Zamawiający przyjął do ustalenia wartości szacunkowej

2 % wartości kosztorysów inwestorskich), wzywa do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych. Wyjaśnienia, powinny obejmować wszystkie elementy wskazane w korespondencji oraz dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem świadczonych usług;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych lub wyjątkowo korzystnych warunków usług;
- 3) oryginalności usług oferowanych przez Wykonawców występujących wspólnie;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tekst jednolity Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących

pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcach. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną, podlega oferta Wykonawców, który nie udzielili wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Ponadto, w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia w terminie 10 dni od dnia otrzymania wezwania, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 124 ust. 1 ustawy Pzp, w tym między innymi wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - wg wzoru Załącznika nr 13 do SWZ.

Przystępujący w Wykazie osób dla stanowiska Inspektor nadzoru w specjalności torowej - DROGI, wskazał Panią M. K.. W ramach tabeli w rubryce Kwalifikacje zawodowe, doświadczenie, wykształcenie (uprawnienia budowlane - nr i zakres) podał:

-posiadane uprawnienia (data nadania, numer i zakres-specjalność): Uprawnienia budowlane nr 12/W/97 do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej z dnia 05.03.1997r.

- ponad 60-miesięczne doświadczenie w nadzorowaniu/kierowaniu robotami budowlanymi,
- doświadczenie zawodowe na stanowisku inspektora nadzoru robót torowych przy realizacji co najmniej 2 zakończonych inwestycji obejmujących budowę, rozbudowę lub przebudowę torowiska tramwajowego wraz z trakcją:

1) „Przebudowa ul. Unii Lubelskiej na odcinku od Ronda Żegrze do nowo projektowanej pętli tramwajowo-autobusowej (odcinek IIIA) oraz na odcinku istniejącego układu drogowego w obrębie ul. Falistej i ul. Obodrzyckiej (odcinek IIIC)”. Inwestycja zakończona, obejmowała przebudowę torowiska tramwajowego wraz z trakcją. 07/2019 -09/2020;

2) „Przebudowa trasy tramwajowej na odcinku od os. Lecha do Ronda Żegrze w Poznaniu (odcinek II)”. Inwestycja zakończona, obejmowała przebudowę torowiska tramwajowego wraz z trakcją. 07/2018-10/2019;

3) Przebudowa ul. Grunwaldzkiej do układu dwujezdniowego na odcinku od ul. Smoluchowskiego do ul. Małwowej w Poznaniu. Inwestycja zakończona, obejmowała przebudowę torowiska tramwajowego wraz z trakcją. 06/2012 -01/2014;

4) Budowa trasy tramwajowej na Franowo w Poznaniu. Inwestycja zakończona, obejmowała budowę torowiska tramwajowego wraz z trakcją. 07/2011 -08/2012.

W ramach wyjaśnień odnoszących się co kalkulacji cenowej, zastrzegając główną ich część jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W dniu 23 marca 2022 roku Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dot. przekazanego Wykazu Osób w części dotyczącej doświadczenia wskazanego dla osoby dedykowanej do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI - tj. p. M. K.. Zamawiający przywołał brzmienie warunku udziału oraz informacje wynikające ze złożonego Wykazu. Następnie Zamawiający zauważył, że z informacji znajdujących się w posiadaniu Zamawiającego wynika, iż funkcje inspektorów nadzoru robót torowych w ramach wskazanych realizacji pełniły inne osoby, a wskazana przez Państwa p. M. K., która pełniła funkcję inspektora nadzoru w zakresie drogowym.

W związku z powyższym konieczne jest złożenie wyjaśnień co do podstaw faktycznych przypisania p. K. doświadczenia na stanowisku inspektora robót torowych

w ramach realizacji wpisanych w Wykazie. W przypadku, gdy składane wyjaśnienia wskazywać będą na możliwość wystąpienia błędu podczas sporządzania Wykazu Osób, wezwanie należy traktować jako wezwanie, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy PZP, tj. wezwanie do poprawienia/uzupełnienia Wykazu Osób o prawidłowe dane dot. Inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI.

Przystępujący odpowiadając na wezwanie podniósł, że w zakresie Wykazu osób w części dotyczącej doświadczenia wskazanego dla osoby dedykowanej do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI - tj. p. M. K., wystąpiła omyłka podczas sporządzania Wykazu osób. Spowodowana ona została tym, iż Wykonawca odmiennie od Zamawiającego zinterpretował wymagania dotyczące osoby przewidzianej na to stanowisko.

Jednocześnie w załączeniu przekazano poprawiony Wykaz osób, w którym na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności torowej - DROGI wykazano Pana P. P..

Dla tej osoby podano, że posiada uprawnienia budowlane z 23.10.1997r. do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń uprawniające do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń oraz 293-miesięczne doświadczenie w nadzorowaniu/ kierowaniu robotami budowlanymi.

W ramach doświadczenia zawodowego Przystępujący wskazał następujące projekty:

- 1) „Przebudowa układu torowo-drogowego w ul. Wały gen. Sikorskiego i al. św. Jana Pawła II wraz z budową pasa tramwajowo-autobusowego” obejmująca budowę i przebudowę torowiska tramwajowego wraz z trakcją w Toruniu;
- 2) „Modernizacja torowiska tramwajowego wraz z siecią trakcyjną na trasie linii nr 1 i 5 od pl. Daszyńskiego do ul. Śląskiego” obejmująca budowę i przebudowę torowiska tramwajowego wraz z trakcją w Toruniu.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego za cenę 906 510,00 zł.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

Zarzuty 1-6

W przypadku zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp znajduje zastosowanie do wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: zdolności technicznej lub zawodowej.

Według art. 128 ust. 1 pkt 1) oraz ust. 4 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia

lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Przepis art. 224 ust. 1, w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, a także odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) i b) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę:

- a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
- b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz
- 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę treść art. 16 pkt 1- 3 i 17 ustawy 2 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. W związku z powyższym zamówienia udziela się wykonawcy

wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Izba rozpoznając wskazane zarzuty, biorąc pod uwagę treść poczynionych ustaleń oraz regulacje prawne, doszła do przekonania, że Przystępujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji zawartych w Wykazie osób

pierwotnym oraz uzupełnionym i nie działał w sposób lekkomyślny, a tym bardziej w sposób zamierzony.

W przedmiotowej sprawie dostrzeżenia wymaga, iż warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do doświadczenia dysponowania inspektorem nadzoru w specjalności torowej podlegał w toku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zmianom i był kilkakrotnie przez Zamawiającego wyjaśniany w odpowiedziach na pytania wykonawców. Zdaniem Izby nie można uznać, że ustalony warunek był klarowny i jednoznaczny, a także że możliwa była tylko jedna ścieżka wykładni jego treści.

Celnie w piśmie procesowym Przystępujący zaznaczył, że treść warunku mogła być interpretowana w sposób odmienny przez samego Zamawiającego i odmiennie mogli rozumieć jego treść różni wykonawcy. Izba w składzie rozpoznającym niniejsze odwołanie powyższą argumentację podziela. Na uwagę zasługuje również fakt, że nie istnieje w ramach znanych przepisów prawa, na podstawie których uzyskuje się uprawnienia budowlane taka specjalność jak torowa. Jest to pojęcie pozbawione definicji legalnej, używane potocznie w ramach postępowań, których przedmiotem jest wykonanie linii tramwajowych, co więcej różne podmioty prowadzące postępowania o udzielenie zamówień publicznych stosują różną nomenklaturę pojęciową. Dodatkowo Zamawiający w „specjalności” torowej” rozdzielił wymagane doświadczenie na specjalność torową - kolej i specjalność torową - drogi, podczas gdy wymagany poziom dysponowania stosownymi uprawnieniami był zbliżony, wymagano bowiem uprawnień odpowiednio w specjalności inżynierskiej kolejowej i inżynierskiej drogowej bez ograniczeń. Natomiast sam poziom doświadczenia zawodowego był tożsamy, jeżeli nie taki sam i odnosił się rodzajowo do takich samych projektów, w ramach których realizowana była „inwestycja obejmująca

budowę, rozbudowę lub przebudowę torowiska tramwajowego wraz z trakcją". Zatem, istotą warunku nie były same roboty „torowe”, ale roboty prowadzone według przepisów o transporcie kolejowym oraz roboty prowadzone na podstawie zezwolenia na realizację inwestycji drogowej. W ocenie Izby Odwołujący zdawał sobie sprawę z powyższego rozróżnienia w SWZ.

Kolejno zauważyć należy, iż w toku udzielania odpowiedzi na pytania Zamawiający wielokrotnie przywoływał takie sformułowania jak „Zamawiający zwraca uwagę, iż w trakcie postępowania doszło do zmiany SWZ w zakresie wymagań dot. inspektora robót torowych, poprzez rozdzielenie funkcji dla zakresów realizowanych w oparciu o odrębnie uzyskiwane pozwolenia tj. wynikające z przepisów o transporcie kolejowym (linia tramwajowa nie stanowiąca elementu pasa drogowego), jak i zezwolenie na realizację inwestycji drogowej” (dopowiedź na pytanie 23). Znacząca jest również odpowiedź udzielona na pytanie 43:

„Inspektor nadzoru, którego dotyczy pytanie ma wykazać doświadczenie w nadzorowaniu robót związanych z budową torowiska tramwajowego, a biorąc pod uwagę, iż winien legitymować się uprawnieniami w specjalności inżynierskiej drogowej będzie to torowisko zlokalizowane w obszarze pasa drogowego”. Przy czym Zamawiający co najmniej kilkakrotnie podkreślał, że nazewnictwo poszczególnych funkcji ma znaczenie drugorzędne. Zatem w ocenie Izby uprawniona jest argumentacja, że możliwa była inna niż tylko literalna wykładnia warunku udziału w postępowaniu, a Przystępujący działając w zaufaniu do Zamawiającego (i udzielonych wyjaśnień treści SWZ) mógł uważać, że Pani M.K. dedykowana na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności torowej - drogi posiadanymi uprawnieniami i doświadczeniem zawodowym spełnia warunki udziału bowiem nadzorowała ona na zadaniu referencyjnym prace drogowe w ramach wykonywania torowiska zlokalizowanego w obszarze pasa drogowego. Dopiero zaś otrzymanie wezwania do wyjaśnień/uzupełnienia Wykazu osób sprecyzowało sposób, w jaki interpretuje warunek sam Zamawiający. W wezwaniu Zamawiający podał, że warunek nie odnosi się do osób, które nadzorowały roboty stricte drogowe ale roboty torowe, gdzie torowisko zlokalizowane i budowane/przebudowywane było w pasie drogowym. Zatem to wezwanie skierowane do Przystępującego wyjaśniało jakie doświadczenie zawodowe dla osoby wskazanej na stanowisko inspektora Zamawiający uzna za odpowiednie.

Tym samym Przystępujący informacjami zawartymi w pierwszym Wykazie osób nie mógł wprowadzić Zamawiającego w błąd. Takie działanie tym bardziej nie mogło mieć miejsca, bowiem zadania referencyjne były realizowane na rzecz Zamawiającego prowadzącego przedmiotowe postępowanie. Ponadto, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie przedstawiono informacji nie odpowiadających rzeczywistości, Przystępujący bowiem nie ukrywał, że pani M.K. nadzorowała roboty drogowe. Okoliczność, że nie były to roboty torowe - drogi wynikała z rozumienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu a nie z chęci wprowadzenia Zamawiającego w błąd, czy to w sposób celowy lub nawet niezamierzony.

Izba w składzie wyznaczonym do rozpoznania niniejszego odwołania podziela argumentację Przystępującego przedstawioną w piśmie procesowym, iż niejasne, niejednoznaczne zapisy SWZ nie mogą obciążać Wykonawców bazujących na tych zapisach podczas składania oferty, czy przedstawiania podmiotowych środków dowodowych. Jeżeli możliwa była co najmniej dwutorowa interpretacja warunku udziału w postępowaniu, to w ocenie Izby wszelkie niejasności SWZ należy odczytywać na korzyść wykonawców.

Odwołujący nie wykazał, że działania Przystępującego wypełniły przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Przedstawione przez Przystępującego dokumenty nie mogły wywołać i nie wywołały u Zamawiającego mylnego wyobrażenia o potwierdzeniu spełnienia warunków, nawet jeżeli weźmie się pod uwagę podwyższony miernik staranności wymagany w stosunkach danego rodzaju od wykonawcy zawodowo prowadzącego działalność gospodarczą i stale biorącego udział w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.

Tym bardziej w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że działania lub zaniechania Przystępującego miały zawiniony czy też celowy charakter, czego do wykluczenia wymaga art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W tym zakresie Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek materiału dowodowego.

Oznacza to, że Przystępujący uprawniony był do poprawienia Wykazu osób i wskazania nowej osoby na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności torowej - drogi, w osobie Pana P.P. Zamawiający może i powinien najpierw korzystać z procedur sanacyjnych, umożliwiających korektę oświadczeń wykonawcy w warunkach dopuszczonych przepisami prawa, a nie z góry zakładać naganne zachowanie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Przyjmując takie założenie za prawidłowe, przepisy umożliwiające

uzupełnienie, czy też dozwoloną zmianę oświadczeń/oferty pozostałyby martwe. Uprawnione jest korzystanie z instytucji uzupełnienia czy wyjaśnienia dokumentów, przed zastosowaniem przepisów ostatecznie eliminujących wykonawców z postępowania. W ocenie Izby brak jest wystarczających podstaw do przyjęcia, że Przystępujący działał z zamiarem złożenia nieprawdziwych informacji, w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do posiadania wymaganego doświadczenia.

Dalej należało zatem udzielić odpowiedzi na pytanie, czy potwierdził się zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez wskazanie jakiego rodzaju prace nadzorował Pan P.P., wskazany w Wykazie uzupełnionym. W wykazie Przystępujący wskazał, że Pan P.P. nadzorował roboty torowe - drogi, natomiast Odwołujący upatruje możliwości wprowadzenia Zamawiającego w błąd w wyniku informacji uzyskanych od zamawiającego, który realizował zadanie referencyjne - MZK w Toruniu.

Odwołujący kierując wniosek do MZK w Toruniu prosił o udzielenie informacji, jaka osoba pełniła funkcję inspektora nadzoru specjalności torowej przy realizacji inwestycji wymienionej w pozycji nr 2 Wykazu. Na tak postawione pytanie Odwołujący uzyskał odpowiedź, że stanowisko to zajmował Pan J.L. Podkreślenia jednak wymaga, iż Odwołujący doskonale zdawał sobie sprawę z rozróżnienia stanowisk opisanych w warunku na specjalność torowa - kolej i specjalność torowa - drogi. Istotą warunku nie były same roboty torowe, ale roboty odpowiednio związane z samym torowiskiem i roboty związane

z budową torowiska w pasie drogi. Zatem skierowane do MZK w Toruniu pytanie nie odpowiadało treści ustalonej przez Zamawiającego warunku.

W ocenie Izby Odwołujący doskonale zdawał sobie również sprawę z faktu, że takie rozróżnienie specjalności na kolej i drogi oraz same prace torowe jest stosowane przez wielu innych zamawiających, odpowiednio do opisu przedmiotu zamówienia i potrzeb zamawiających. Tym samym to Odwołujący, zadając w określony sposób pytanie próbował wywołać stan, w którym informacje przedstawione przez Przystępującego wydają się być niezgodne z rzeczywistością. Jak wynika z pisma procesowego Przystępującego i przedstawionych dowodów do tego pisma, Pan P.P. na zadaniu referencyjnym pełnił funkcję inspektora nadzoru dla robót torowo-drogowych. Oznacza to zdaniem składu orzekającego Izby, zwłaszcza biorąc pod uwagę zapewnienia Zamawiającego, że samo nazewnictwo stanowisk ma znaczenie wtórne, że Przystępujący posiłkując się uprawnieniami i doświadczeniem Pana P.P. potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Co więcej, nie można w tej mierze podzielić zapatrywań Odwołującego, że Wykonawca próbował wprowadzić Zamawiającego w błąd, czy to w sposób zamierzony, czy działając lekkomyślnie.

W konsekwencji za niepotwierdzone należało uznać także zarzuty odnoszące się do niemożliwości uznania, że Przystępujący nieprawidłowo uzupełnił Wykaz osób i nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu. W tej mierze aktualne pozostają tezy przedstawione przez Izbę we wcześniejszych fragmentach niniejszego orzeczenia. Zamawiający uprawniony był do zastosowania regulacji ustawy Pzp umożliwiających wykonawcom złożenie wyjaśnień odnośnie do przedstawionych dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunków udziału. Możliwe było również uzupełnienie tych dokumentów, w sytuacji gdy pierwotnie przedstawione Zamawiającemu nie potwierdzały ustalonych warunków.

Zarzut nr 7

Zarzut został zbudowany na podstawie przekonania Odwołującego, że skoro doszło do zmiany osób w Wykazie i nowo wskazana osoba pochodzi spoza terenu realizacji

inwestycji, konieczna staje się ponowna analiza złożonych wyjaśnień, ewentualnie wezwanie

Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Dostrzeżenia wymaga, iż złożone przez Przystępującego wyjaśnienia wraz

z dowodami uznane zostały za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenia tego Odwołujący nie kwestionował. Powoduje to jednak stan, w którym całokształt argumentacji Przystępującego nie jest Odwołującemu znany. Odwołujący bazuje jedynie na jawnym wycinku wyjaśnień bez dostępu do konkretnych informacji znajdujących się w części

niejawnej. Odwołujący stawia pewne tezy, nie próbuje niestety ich wykazać, czy choćby uprawdopodobnić. Odwołującemu nie są znane szczegółowe założenia kalkulacyjne Przystępującego, w tym założenia związane z wysokością wynagrodzenia dla poszczególnych członków zespołu specjalistów. Odwołujący nie odniósł się do twierdzeń wynikających z pisma procesowego Przystępującego, że przed zmianą członka zespołu Przystępujący uzyskał zapewnienie, że nowa osoba wykona obowiązki inspektora nadzoru w specjalności torowej - drogi na takich samych warunkach i za taką samą kwotę wynagrodzenia jak pierwotnie wskazana w ofercie Pani M.K. Izbie nie przedstawiono argumentów dlaczego takie oświadczenie nie może być podstawą uznania zarzutu za niewykazany. Odwołującemu nie są znane zasady, na jakich strony zobowiązały się do świadczeń wzajemnych. Izbie w zakresie sformułowanego zarzutu nie przedstawiono żadnego materiału dowodowego, a Odwołujący ograniczył się jedynie do twierdzeń zamieszczonych w odwołaniu. To zaś oznaczało konieczność uznania zarzutu za niewykazany.

Reasumując, zdaniem składu orzekającego Izby nie podlegały również uwzględnieniu zarzuty ujęte w punktach 8 i 9 petitum odwołania. Izba nie dopatrzyła się w działaniach Zamawiającego naruszenia zasad prowadzenia postępowania, w tym zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości prowadzenia postępowania. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z regulacją przepisów ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie: