

WYROK

z dnia 27 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2022 r. przez wykonawcę Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Wągrowiec w Wągrowcu,

przy udziale wykonawcy Geotermia Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu odnoszącego się do doświadczenia osoby wskazanej na stanowisku kierownika projektu oraz w zakresie zarzutu odnoszącego się do doświadczenia osoby pełniącej nadzór geologiczny - Biały Dunajec PGP-2.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
 - 3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
 - 3.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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:

Zamawiający - Gmina Miejska Wągrowiec w Wągrowcu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy PZP pn. Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu podczas wykonania otworu

poszukiwawczo - rozpoznawczego wód termalnych Wągrowiec GT-1 w miejscowości Wągrowiec. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych - ogłoszenie nr 2022/BZP 00249120/01 z 11 lipca 2022 r.

W dniu 7 września 2022 r. wykonawca Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od czynności podjętej w dniu 2 września 2022 r. przez Gminę Miejską

Wągrowiec polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 266 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Geotermia Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie („Geotermia Polska”), podczas gdy wykonawca ten, przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje odnoszące się do doświadczenia (i) osoby wskazanej na stanowisko Kierownika projektu (Pan W. W.) oraz (ii) osoby pełniącej nadzór geologiczny (Pan M. K.), a informacje te podlegały punktacji w ramach ustalonych w Postępowaniu kryteriów oceny ofert, co w konsekwencji miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, a zatem wykonawca ten powinien podlegać wykluczeniu z Postępowania.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wniósł o:

- a) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
- b) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania oraz tych opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania, a także dowodów, które zostaną przedstawione na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą,
- c) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, ponownienia badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Geotermia Polska z

Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 266 PZP, jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt

10 PZP.

Odwołujący wskazał, że:

1. OPIS ZAISTNIAŁEGO W SPRAWIE STANU FAKTYCZNEGO

1.1. Zamawiający wszczął Postępowanie 11 lipca 2022 r.

DOWÓD: Ogłoszenie o zamówieniu z 11 lipca 2022 r. (w aktach

Postępowania).

1.2. Przedmiotem zamówienia jest usługa dotycząca pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w zakresie doradztwa i nadzoru nad wykonywaniem otworu poszukiwawczo-rozpoznawczego wód termalnych Wągrowiec GT-1 w miejscowości Wągrowiec podczas wykonywania prac i

robót określonych w „Projekcie robót geologicznych na wykonanie otworu poszukiwawczo - rozpoznawczego Wągrowiec GT-1 w celu ujęcia wód termalnych na terenie miasta Wągrowiec” wraz z wykonaniem badań laboratoryjnych i opracowaniem właściwych dokumentacji w ramach przedsięwzięcia pn. "Wykonanie otworu poszukiwawczo-rozpoznawczego Wągrowiec GT-1 w miejscowości Wągrowiec".

1.3. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji, o którym mowa w art. 275 pkt 2 PZP. Zamówienie, dla którego prowadzone jest Postępowanie, dotyczy usług o wartości nieprzekraczającej wartości progów unijnych. DOWÓD: SWZ (w aktach Postępowania).

1.4. Jako warunki udziału w Postępowaniu w rozdziale 12 pkt 2 ppkt 4 tiret pierwsze i drugie SWZ wskazano wymaganie, aby wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował osobami skierowanymi do realizacji zamówienia m.in.:

- jedną osobą pełniącą funkcję kierownika projektu, która brała udział (jako członek

zespołu nadzorczego) przy sporządzaniu zatwierdzonej dokumentacji hydrogeologicznej ustalającej zasoby eksploatacyjne wód termalnych dla minimum 1 otworu geotermalnego o głębokości minimum 1500 m p.p.t.,

- jedną osobą sprawującą nadzór geologiczny nad realizacją projektu (nadzór geologiczny), która posiada kwalifikacje geologiczne kategorii IV zgodnie z wymogami wynikającymi z przepisów prawa geologicznego i górniczego, potwierdzone świadectwem stwierdzającym kwalifikacje do wykonywania, dozorowania i kierowania pracami geologicznymi oraz posiada doświadczenie w sprawowaniu nadzoru geologicznego podczas wiercenia minimum 1 otworu geotermalnego o głębokości minimum 1500 m p.p.t. oraz jest autorem zatwierdzonej dla tego otworu dokumentacji hydrogeologicznej ustalającej zasoby eksploatacyjne wód termalnych.

1.5. Zgodnie z rozdziałem 24 pkt 2 SWZ, każde dodatkowe doświadczenie (tj. w zakresie wykonywania konkretnych czynności podczas wiercenia więcej niż 1 otworu wymaganego zgodnie z ww. warunkiem udziału) osoby skierowanej do realizacji zamówienia m.in. na funkcję kierownika projektu oraz osoby sprawującej nadzór geologiczny, miało skutkować przyznaniem punktów w ramach kryterium oceny ofert - Doświadczenie zespołu zaangażowanego w realizację przedmiotu zamówienia (D) - o wadze 40 pkt.

1.6. Przy czym za doświadczenie osoby wskazanej na funkcję kierownika projektu możliwe do uzyskania było maksymalnie 10 pkt (za wskazanie 5 i więcej wykonanych usług), zaś za doświadczenie osoby wskazanej na funkcję osoby sprawującej nadzór geologiczny możliwe do uzyskania było maksymalnie 20 pkt (za wskazanie 5 i więcej wykonanych usług).

1.7. W ramach omawianego kryterium ocena ofert miała być dokonywana w oparciu o złożony przez Wykonawcę Formularz Oferty.

1.8. W przypadku zmiany zadeklarowanej osoby w trybie art. 128 PZP (tj. w odpowiedzi na wezwanie wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu) - Zamawiający miał nie przyznawać punktów w tym kryterium w zakresie osoby, która podlegała zmianie.

1.9. Termin składania ofert w Postępowaniu upływał w dniu 22 lipca 2022 r. We wskazanym terminie swoje oferty złożyło 3 wykonawców:

Nr oferty	Wykonawca	Oferowana cena brutto
1	Geotermia Polska	427.056,00 zł
2	Odwolujący	485.850,00 zł
3	PROINSOL Sp. z o.o.	637.140,00 zł

DOWÓD: Informacja z otwarcia ofert z 22 lipca 2022 r. (w aktach Postępowania).

1.10. Geotermia Polska w złożonym Formularzu Oferty wskazała jako osobę skierowaną do realizacji zamówienia na funkcję kierownika projektu Pana W. W., wskazując następujące

doświadczenie:

Liczba wykonanych przez osobę usług, które były świadczone podczas wierceń otworów geotermalnych o głębokości minimum 1500 m p.p.t. Podczas każdej usługi osoba brała udział (jako członek zespołu nadzorczego) przy sporządzaniu zatwierdzonej dokumentacji hydrogeologicznej ustalającej zasoby eksploatacyjne wód termalnych. Należy podać liczbę usług zrealizowanych przez wykazaną osobę. (Liczba wykonany usług = liczbie wykonanych otworów geotermalnych).	
Liczba usług	Posiadane doświadczenie zawodowe. Należy podać nazwę otworu geotermalnego, jego głębokość, rok wykonania i dla kogo został wykonany - w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz ilości przyznanych punktów w kryterium „Doświadczenie ...”
1	Biały Dunajec PGP 5, 3564,00 m, 2020 r., PEC Geotermia Podhalańska S.A.
2	Biały Dunajec PGP 2, 2800 m, 2021 r., PEC Geotermia Podhalańska S.A. - rekonstrukcja otworu
3	Bańska PGP 3, 3519 m, 2013 r., PEC Geotermia Podhalańska S.A.
4	Bańska PGP 3, 3519 m, 2019 r., PEC Geotermia Podhalańska S.A. - zabieg intensyfikacji - kwasowanie
5	Biały Dunajec PGP 2, 2450 m, 1997 r., PEC Geotermia Podhalańska S.A.
6	Bańska PGP -1,3242 m, 1997 r., PEC Geotermia Polska S.A.

DOWÓD: Formularz Oferty Geotermia Polska złożony w Postępowaniu (w aktach Postępowania).

1.11. Geotermia Polska w złożonym Formularzu Oferty wskazała jako osobę skierowaną do realizacji zamówienia na funkcję osoby sprawującej nadzór geologiczny Pana M. K., wskazując następujące doświadczenie:

Liczba wykonanych przez osobę usług, które były świadczone podczas wierceń otworów geotermalnych o głębokości minimum 1500 m p.p.t. Podczas każdej usługi osoba pełniła nadzór geologiczny oraz była autorem zatwierdzonej dla tego otworu dokumentacji hydrogeologicznej ustalającej zasoby eksploatacyjne wód termalnych. Należy podać liczbę usług zrealizowanych przez wykazaną osobę. (Liczba wykonany usług = liczbie wykonanych otworów geotermalnych).	
Liczba usług	Posiadane doświadczenie zawodowe. Należy podać nazwę otworu geotermalnego, jego głębokość, rok wykonania i dla kogo został wykonany - w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz ilości przyznanych punktów w kryterium „Doświadczenie ...”
1	Biały Dunajec PGP 5, 3564,00 m, 2020 r., PEC Geotermia Podhalańska S.A.
2	Biały Dunajec PGP 2, 2800 m, 2021 r., PEC Geotermia Podhalańska S.A. - rekonstrukcja otworu
3	Bańska PGP 3, 3519 m, 2019 r., PEC Geotermia Podhalańska S.A. - zabieg intensyfikacji - kwasowanie
4	Sieradz GT-1, 1505m, 2017, Gmina Miasto Sieradz
5	Koło GT-1, 3905m, 2018, Gmina Miasto Koło

1.12. Jako że oferta Geotermia Polska została najwyżej oceniona, 1 sierpnia 2022 r. Zamawiający wezwał tego wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, którego wzór stanowił załącznik nr 6 do SWZ.

DOWÓD: Wezwanie z 1 sierpnia 2022 r. (w aktach Postępowania).

1.13. Jedynie dla całego obrazu przedkładanej dokumentacji Odwołujący wskazuje, że wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego (którego wzór stanowił załącznik nr 6 do SWZ) co do zasady powielał się z wykazem osób wskazywanych w Formularzu Oferty (tj. w zakresie osób skierowanych na funkcję kierownika projektu, osoby sprawującej nadzór geologiczny oraz kierownika dozoru geologicznego). Wykaz ten zawierał jednak dodatkowo także cztery osoby skierowane do realizacji zamówienia jako osoby sprawujące dozór geologiczny. Osób tych nie trzeba było wskazywać w Formularzu Ofertowym, gdyż za doświadczenie tych osób nie można było otrzymać dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert (dysponowanie tymi osobami było istotne jedynie z punktu widzenia warunku udziału wskazanego w Rozdziale 12 pkt 2 ppkt 4 tiret czwarte SWZ).

DOWÓD: Załącznik nr 6 do SWZ (w aktach Postępowania).

1.14. Złożony w odpowiedzi na wezwanie z 1 sierpnia 2022 r. przez Geotermia Polska wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego na wzorze stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ został w całości utajniony przez Geotermia Polska.

Odwołujący nie może odnieść się do przesłanek decydujących o utajnieniu tego wykazu, bowiem Zamawiający udostępniając Odwołującemu korespondencję, którą przeprowadził z Geotermia Polska, nie udostępnił uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowiącego załącznik nr 4 do pisma przewodniego Geotermia Polska z 3 sierpnia 2022 r. Zamawiający nie przekazał Odwołującemu także zastrzeżonego przez Geotermia Polska wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego złożonego na wzorze stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ. Jedynie na marginesie Odwołujący wskazuje, że umyślnie nie kwestionuje zasadności zastrzeżenia przez Geotermię Polska wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, ponieważ zarzuty niniejszego odwołania mają charakter dalej idący (i zacierają bezpośrednio do odrzucenia oferty Geotermii Polska).

DOWÓD: Pismo Geotermia Polska z 3 sierpnia 2022 r. (w aktach Postępowania).

1.15. Co istotne, wcześniej Zamawiający uznał zastrzeżenie przez Geotermię Polska pkt 1-3 Formularza Oferty (tj. części zawierającej wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia na funkcję kierownika projektu, osoby sprawującej nadzór geologiczny oraz kierownika dozoru geologicznego) jako tajemnicy przedsiębiorstwa za nieskuteczne i udostępnił cały Formularz Oferty Odwołującemu.

DOWÓD: Formularz Oferty Geotermia Polska wraz z załącznikiem nr 9 - Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa (w aktach Postępowania).

1.16. Z uwagi na powzięte przez Odwołującego wątpliwości, co do posiadania zadeklarowanego w Formularzu Oferty doświadczenia przez osoby wskazane przez

Geotermia Polska skierowane do realizacji zamówienia na funkcję kierownika projektu (tj. Pana W. W.) oraz jako osoba sprawująca nadzór geologiczny (tj. Pana M. K.), Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo z 2 sierpnia 2022 r.

DOWÓD: Pismo Odwołującego z 2 sierpnia 2022 r. (w aktach Postępowania).

1.17. W dniu 18 sierpnia 2022 r. Zamawiający wezwał Geotermia Polska do wyjaśnień złożonych podmiotowych środków dowodowych (w tym wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia). Wezwanie do wyjaśnień zostało częściowo utajnione tj. w zakresie nazwisk oraz doświadczenia osób wskazanych przez Geotermia Polska w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia na wzorze stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ.

DOWÓD: Wezwanie do wyjaśnień z 18 sierpnia 2022 r. (w aktach Postępowania).

1.18. Z zestawienia tego wezwania ze złożonym przez Geotermia Polska Formularzem Oferty jednoznacznie wynika, że Zamawiający prosił o wyjaśnienie:

- Jakie czynności wykonywał Pan W. W. podczas realizacji wszystkich wymienionych w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia na wzorze stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ (a więc i wszystkich wymienionych w pkt 1 Formularza Oferty) otworów

geotermalnych i wskazanie, które to czynności potwierdzają udział Pana W. W. jako członka zespołu nadzorczego przy sporządzaniu zatwierdzonej dokumentacji hydrogeologicznej dla tych otworów (pytanie nr 1),

- W jaki sposób rekonstrukcja otworu geotermalnego Biały Dunajec PGP 2, nad którym nadzór sprawował Pan M. K. spełnia warunek udziału dotyczący sprawowania nadzoru geologicznego podczas wiercenia otworu geotermalnego tj. czy m.in. podczas rekonstrukcji otworu geotermalnego było wykonane wiercenie (pytanie nr 3),

- W jaki sposób zbieg intensyfikacji - kwasowanie otworu geotermalnego Bańska PGP 3, nad którym nadzór sprawował Pan M. K. spełnia warunek udziału dotyczący sprawowania nadzoru geologicznego podczas wiercenia otworu geotermalnego tj. czy m.in. podczas zabiegu intensyfikacji - kwasowania otworu geotermalnego było wykonane wiercenie (pytanie nr 4).

1.19. Wyjaśnienia Geotermia Polska miały zostać złożone do 23 sierpnia 2022 r. Odwołujący nie uzyskał tych wyjaśnień z uwagi na ich całkowite zastrzeżenie jako tajemnicy

przedsiębiorstwa.

1.20. W dniu 2 września 2022 r. nastąpił wybór najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu.

DOWÓD: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu z 2 września 2022 r. (w aktach Postępowania).

1.21. Jako najkorzystniejsza w Postępowaniu została wybrana oferta Geotermia Polska. Ofercie tej przyznano maksymalną ilość punktów w kryterium Cena (C) tj. 60 pkt oraz w kryterium Doświadczenie zespołu zaangażowanego w realizację przedmiotu zamówienia (D) tj. 40 pkt.

1.22. Z powyższej informacji wynika także, że w ramach kryterium Doświadczenie zespołu zaangażowanego w realizację przedmiotu zamówienia (D) Zamawiający uznał 6 usług wykonanych przez osobę wskazaną na funkcję Kierownika projektu oraz 5 usług wykonanych przez osobę wskazaną na osobę sprawującą nadzór geologiczny, co oznacza, że wszystkie doświadczenia dla omawianych osób przywołane w punktach 1.10 i 1.11 treści uzasadnienia niniejszego odwołania zostały pozytywnie ocenione przez Zamawiającego.

2. UZASADNIENIE ZARZUTU ODWOŁANIA

Okoliczności dotyczące zaistniałego w sprawie stanu faktycznego odnoszącego się do osoby kierownika projektu

2.1. Jak szczegółowo opisano we wcześniejszej części uzasadnienia niniejszego odwołania, jednym z warunków udziału w Postępowaniu było dysponowanie osobami skierowanymi do realizacji zamówienia m.in.:

- jedną osobą pełniącą funkcję kierownika projektu, która brała udział (jako członek zespołu nadzorczego) przy sporządzaniu zatwierdzonej dokumentacji hydrogeologicznej ustalającej zasoby eksploatacyjne wód termalnych dla minimum 1 otworu geotermalnego o głębokości minimum 1500 m p.p.t.

2.2. Każde dodatkowe doświadczenie (tj. wykonanie ww. czynności dla więcej niż 1 otworu geotermalnego) wskazanej osoby w tym zakresie wiązało się z uzyskaniem dodatkowych punktów przez wykonawcę w ramach kryterium oceny ofert tj. Doświadczenie zespołu zaangażowanego w realizację przedmiotu zamówienia (D).

2.3. Z uwagi na fakt, że w ramach oceny oferty Geotermia Polska, Zamawiający uznał 6 usług wykonanych przez osobę wskazaną na funkcję Kierownika projektu oraz z uwagi na fakt, że w rozdziale 24 pkt 2 SWZ Zamawiający wprost wskazał, że nie przyzna punktów w kryterium dot. doświadczenia w zakresie osoby, która podlegała zamianie w wyniku zastosowania przez niego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 128 PZP, uznać należy że

Zamawiający przyznał punkty za wszystkie wskazane przez Geotermia Polska w Formularzu Oferty pkt 1

usługi, w ramach których Pan W. W. rzekomo brał udział (jako członek zespołu nadzorczego) przy sporządzaniu zatwierdzonej dokumentacji hydrogeologicznej (zob. pkt 1.10 treści uzasadnienia niniejszego odwołania).

2.4. Z powyższego wynika także, że Zamawiający uzyskał satysfakcjonującą go odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień w zakresie pytania nr 1 dotyczącego tego, jakie czynności wykonywał Pan W. W. podczas realizacji wszystkich wskazanych w pkt 1 Formularza Oferty otworów geotermalnych i które to czynności potwierdzają udział Pana W. W. jako członka zespołu nadzorczego przy sporządzaniu zatwierdzonej dokumentacji hydrogeologicznej dla tych otworów (zob. pkt 1.18 treści uzasadnienia niniejszego odwołania).

2.5. Ma to istotne znaczenie, ponieważ z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że Pan W. W. nie wykonywał żadnych czynności przy sporządzaniu zatwierdzonej dokumentacji hydrogeologicznej, w szczególności w ramach zespołu nadzorczego, dla otworów wskazanych w pkt 1 Formularza Oferty Geotermia Polska. Pan

W. W. nie może zatem posiadać doświadczenia, o którym mowa w rozdziale 12 pkt 2 ppkt 4 tiret pierwsze SWZ. Dokumenty potwierdzające powyższą okoliczność zostaną zaprezentowane w toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą.

2.6. W tym miejscu Odwołujący jedynie wskazuje, że Pan W. W. pracuje w zakładzie górniczym i prowadzi nadzór górniczy nad eksploatacją wody termalnej z otworów geotermalnych (stąd widoczne mogą być jego podpisy na takich dokumentach jak Plan Ruchu Zakładu Górniczego). Nadzór ten nie jest jednak nadzorem geologicznym, który jest sprawowany podczas wiercenia otworów geotermalnych.

2.7. W świetle powyższego, Geotermia Polska podała Zamawiającemu nieprawdziwe informacje zarówno w pkt 1 Formularza Oferty, jak i w tabeli 1 wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia na wzorze stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ.

Nieprawdziwa musiała być także odpowiedź na pytanie 1 w skierowanym do Geotermia Polska wezwaniu do

wyjaśnień, skoro w oparciu o tę odpowiedź Zamawiający uznał całe wskazane doświadczenie Pana W. W. za spełniające wymagania, o których mowa w rozdziale 12 pkt 2 ppkt 4 tiret pierwsze SWZ. Odwołujący tej odpowiedzi jednak nie przytoczył z uwagi na jej całkowite zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Okoliczności dotyczące zaistniałego w sprawie stanu faktycznego odnoszącego się do osoby sprawującej nadzór

2.8. Jak szczegółowo opisano we wcześniejszej części uzasadnienia niniejszego odwołania, jednym z warunków udziału w Postępowaniu było dysponowanie osobami skierowanymi do realizacji zamówienia m.in.:

- jedną osobą sprawującą nadzór geologiczny nad realizacją projektu (nadzór geologiczny), która posiada kwalifikacje geologiczne kategorii IV zgodnie z wymogami wynikającymi z przepisów prawa geologicznego i górniczego, potwierdzone świadectwem stwierdzającym kwalifikacje do wykonywania, dozorowania i kierowania pracami geologicznymi oraz posiada

doświadczenie w sprawowaniu nadzoru geologicznego podczas wiercenia minimum 1 otworu geotermalnego o głębokości minimum 1500 m p.p.t. oraz jest autorem zatwierdzonej dla tego otworu dokumentacji hydrogeologicznej ustalającej zasoby eksploatacyjne wód

termalnych.

2.9. Każde dodatkowe doświadczenie (tj. wykonanie ww. czynności dla więcej niż 1 otworu geotermalnego) wskazanej osoby w tym zakresie wiązało się z uzyskaniem dodatkowych punktów przez wykonawcę w ramach kryterium oceny ofert tj. Doświadczenie zespołu zaangażowanego w realizację przedmiotu zamówienia (D).

2.10. Z uwagi na fakt, że w ramach oceny oferty Geotermia Polska, Zamawiający uznał 5 usług wykonanych przez osobę wskazaną jako osobę sprawującą nadzór geologiczny oraz z uwagi na fakt, że w rozdziale 24 pkt 2 SWZ Zamawiający wprost wskazał, że nie przyzna punktów w kryterium dot. doświadczenia w zakresie osoby, która podlegała zamianie w wyniku zastosowania przez niego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 128 PZP, uznać należy że Zamawiający przyznał punkty za wszystkie wskazane przez Geotermia Polska w pkt 2 Formularza Oferty usługi rzekomo świadczone podczas wierceń otworów, w ramach

których Pan M. K. pełnił nadzór geologiczny oraz był autorem zatwierdzonej dla wskazanych tam otworów dokumentacji hydrogeologicznej (pkt 1.11 treści uzasadnienia niniejszego odwołania).

2.11. Z powyższego wynika także, że Zamawiający uzyskał satysfakcjonującą go odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień w zakresie pytania nr 3 i 4 dotyczących tego, czy podczas rekonstrukcji otworu geotermalnego Biały Dunajec PGP 2 było wykonane wiercenie oraz czy podczas zabiegu intensyfikacji - kwasowania otworu geotermalnego Bańska PGP 3 było wykonane wiercenie (pkt 1.18 treści uzasadnienia niniejszego odwołania).

2.12. Ma to istotne znaczenie, ponieważ z informacji posiadanych przez Wykonawcę wynika, że podczas rekonstrukcji otworu geotermalnego Biały Dunajec PGP 2 oraz podczas zabiegu intensyfikacji - kwasowania otworu geotermalnego Bańska PGP 3 nie były wykonywane jakiegokolwiek wiercenia. Pan M. K. nie może zatem posiadać doświadczenia, o którym mowa w rozdziale 12 pkt 2 ppkt 4 tiret drugie SWZ uzyskanego

w ramach rekonstrukcji otworu geotermalnego Biały Dunajec PGP 2 oraz zabiegu intensyfikacji - kwasowania otworu geotermalnego Bańska PGP

3. Dokumenty potwierdzające powyższą okoliczność zostaną zaprezentowane w toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą.

2.13. Geotermia Polska podała zatem nieprawdziwe informacje zarówno w pkt 2 Formularza Oferty, jak i w tabeli 2 wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia na wzorze stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ.

Nieprawdziwa musiała być także odpowiedź na pytanie 3 i 4 w skierowanym do Geotermia Polska wezwaniu do wyjaśnień, skoro w oparciu o tę odpowiedź Zamawiający uznał całe wskazane doświadczenie Pana M. K. za spełniające wymagania, o których mowa w rozdziale 12 pkt 2 ppkt 4 tiret drugie SWZ. Odwołujący tej odpowiedzi jednak nie przytoczył z uwagi na jej całkowite zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Uzasadnienie o charakterze prawnym

2.14. W świetle opisanych powyżej okoliczności faktycznych należy uznać, że w niniejszej sprawie spełnione zostały przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP, które obligowały Zamawiającego do wykluczenia z Postępowania Geotermia Polska i odrzucenia na tej podstawie złożonej przez tego wykonawcę oferty. Przesłanka ta obowiązywała w

Postępowaniu z uwagi na jej wskazanie przez Zamawiającego w dokumentacji Postępowania w rozdziale 13 pkt 3 ppkt 5 SWZ.

2.15. Przywołany przepis prawa stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, 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.

2.16. Kluczowym elementem dla oceny zaistnienia omawianej przesłanki wykluczenia

pozostaje przekazanie zamawiającemu niezgodnej z rzeczywistością informacji.

2.17. W zaistniałym stanie faktycznym tą informacją (prezentowaną przez Geotermia Polska konsekwentnie od 22 lipca 2022 r. tj. od dnia złożenia Formularza Oferty) były stwierdzenia, że:

- Pan W. W. brał jakikolwiek udział (jako członek zespołu nadzorczego) przy sporządzaniu zatwierdzonej dokumentacji hydrogeologicznej ustalającej zasoby eksploatacyjne wód termalnych podczas wierceń otworów geotermalnych wskazanych w pkt 1 Formularza Oferty Geotermia Polska, oraz

- Pan M. K. pełnił nadzór geologiczny oraz był autorem zatwierdzonej dokumentacji hydrogeologicznej ustalającej zasoby eksploatacyjne wód termalnych podczas rekonstrukcji otworu Biały Dunajec PGP 2, w ramach której miało miejsce wiercenie, oraz

- Pan M. K. pełnił nadzór geologiczny oraz był autorem zatwierdzonej dokumentacji hydrogeologicznej ustalającej zasoby eksploatacyjne wód termalnych podczas zabiegu intensyfikacji - kwasowania otworu Bańska PGP 3, w ramach której miało miejsce wiercenie.

2.18. Warto zaznaczyć, że działanie Geotermia Polska wypełnia znamiona omawianej przesłanki wykluczenia także w zakresie strony podmiotowej popełnionego czynu. Nie budzi bowiem żadnych wątpliwości, że wykonawca prezentujący doświadczenia swojego

personelu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien powziąć wszelkie

możliwe środki, aby uzyskać pewność co do prawdziwości przekazywanych zamawiającemu informacji np. zweryfikować precyzyjnie informacje dot. osób wskazywanych w Formularzu Oferty i innych dokumentach.

2.19. Co więcej, w dalszym toku Postępowania Geotermia Polska jednoznacznie podtrzymywała swoje stanowisko, co wskazuje wręcz na umyślność w działaniu. Powyższe potwierdza jednoznacznie, że udzielając szczegółowych w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień z 18 sierpnia 2022 r. Geotermia Polska przekonała Zamawiającego, że wskazany przez nią personel posiada doświadczenie, którego z całą pewnością (w zakresie zakwestionowanym niniejszym odwołaniem) nie posiada.

2.20. Z kolei to, że przekazana informacja dotycząca Pana W. W. i Pana M. K. mogła mieć istotny wpływ na wynik Postępowania już w ogóle nie powinno budzić wątpliwości. Dotyczyła ona bowiem kryterium oceny ofert, a zatem brak zidentyfikowania omawianych nieprawidłowości prowadził do niezasadnego przyznania Geotermii Polska dodatkowych punktów w ramach ustalonych w Postępowaniu kryteriów oceny ofert. Okoliczność ta jest o tyle istotna, że przecież różnica cenowa pomiędzy ofertą Geotermii Polska, a ofertą Odwołującego była niewielka, a zatem to właśnie kryteria pozacenowe miały

istotny wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

2.21. Mówiąc bardziej obrazowo, nawet gdyby uznać, że informacje dotyczące Pana W. W. były prawdziwe (z czym Odwołujący oczywiście się nie zgadza), to już tylko nieprawdziwe informacje dotyczące Pana M. K. wskazane w ramach kryterium oceny ofert doprowadziły do (niezasadnego) wyboru oferty Geotermia Polska. Gdyby bowiem Zamawiający nie przyznał punktów ofercie Geotermia Polska za doświadczenie uzyskane przez Pana M. K. w ramach rekonstrukcji otworu Biały Dunajec PGP 2 oraz zabiegu intensyfikacji - kwasowanie otworu Bańska PGP 3, oferta Geotermia Polska uzyskałaby zaledwie 90 pkt (podczas, gdy oferta Odwołującego została oceniona na 92,74 pkt). Tym samym oferta innego wykonawcy (Odwołującego) zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu.

2.22. Na potwierdzenie powyższego warto przywołać fragment jednego z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 czerwca 2020 r., sygn. KIO 636/20), w którym stwierdza się, że: do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty.

2.23. W świetle powyższego, w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym w sposób niebudzący wątpliwości doszło do zaistnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP.

2.24. Powyższe jest tym bardziej uzasadnione faktem, że obecnie nie istnieją podstawy do wezwania Geotermia Polska do wyjaśnień mających na celu poprawienie informacji przekazanych dotychczas przez tego wykonawcę w zakresie omawianych doświadczeń osób zdolnych do wykonania zamówienia.

2.25. Po pierwsze, w takiej sytuacji mogłoby bowiem dojść do zastąpienia informacji nieprawdziwej nową, prawdziwą informacją uzupełnioną przez Geotermia Polska. Powyższe zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej nie jest możliwe. Jedyne dla przykładu warto w tym miejscu przywołać fragment z uzasadnienia wyroku Izby z

4 marca 2019 r., sygn. KIO 272/19: ugruntowany jest w orzecznictwie pogląd, że brak jest możliwości zastąpienia informacji nieprawdziwej mającej wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...) informacją prawdziwą.

2.26. Po drugie, Geotermia Polska była już raz wzywana w powyższym zakresie do wyjaśnień (wezwaniami z 18 sierpnia 2022 r.). Jeżeli zatem intencją Geotermia Polska było wdrożenie jakichkolwiek środków naprawczych w zakresie informacji o charakterze nieprawdziwym przekazanych Zamawiającemu (procedury samooczyszczenia z art. 110 ust. 2 PZP), to należało je przeprowadzić najpóźniej wówczas tj. z chwilą kiedy Zamawiający zwrócił wykonawcy na to uwagę. Z uwagi na powyższe należy przyjąć, że w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym

Geotermia Polska bezpowrotnie utraciła już możliwość skorzystania z dobrodziejstwa art. 110

ust. 2 PZP w Postępowaniu. Wniosek taki wynika z tego, że wykonawca nie przeprowadził procedury samooczyszczenia przy pierwszej możliwej ku temu okazji, co obecnie czyni możliwość przeprowadzenia procedury samooczyszczenia niemożliwym.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 września 2022 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający podniósł, że:

I.

Zamawiający wskazuje, że jego czynności w ramach postępowania zostały przeprowadzone w sposób prawidłowy - w szczególności dotyczy to także badania i oceny ofert, w tym także czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający dokonał szczegółowej analizy przedłożonych przez wykonawców dokumentów i oświadczeń pod kątem sformułowanych w postępowaniu warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert.

Przedłożone przez Przystępującego materiały wraz z wyjaśnieniami wskazują w ocenie Zamawiającego na spełnienie warunków i kryteriów określonych w specyfikacji warunków zamówienia. Zamawiający nie znalazł także żadnych przesłanek do uznania, że zachodzi okoliczność określona w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W tym stanie rzeczy, wniesione odwołanie jest bezzasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

II.

Odnośnie zarzutów dotyczących wskazanego przez Przystępującego kierownika projektu, p. W. W. - należy wskazać co następuje.

Na potrzeby pełnienia funkcji kierownika projektu Zamawiający określił warunek udziału, że osoba ta powinna brać udział (jako członek zespołu nadzorczego) przy sporządzaniu zatwierdzonej dokumentacji hydrogeologicznej ustalającej zasoby eksploatacyjne wód termalnych dla minimum 1 otworu geotermalnego o głębokości minimum 1500 m p.p.t.

Jednocześnie nie określono kwalifikacji ani uprawnień dla tej osoby, gdyż pełnienie tej funkcji tego nie wymaga (osoba pełniąca nadzór geologiczny musi posiadać uprawnienia geologiczne kategorii IV ale to jest inna osoba). Jak sama nazwa wskazuje rolą osoby pełniącej funkcję kierownika projektu będzie koordynowanie, kierowanie zespołem osób ze strony wykonawcy, czy koordynowanie świadczenia umowy przez Wykonawcę. Osoba pełniąca tę funkcję nie musi posiadać uprawnień geologicznych czy innych. W związku z powyższym określono, że wskazana osoba musi posiadać jedynie doświadczenie przy sporządzaniu zatwierdzonej dokumentacji hydrogeologicznej ustalającej zasoby eksploatacyjne wód termalnych, tak aby była to osoba posiadająca doświadczenie przy odwiertach geotermalnych.

Zgodnie z rozdziałem 24 pkt 2 SWZ, każde dodatkowe doświadczenie (tj. w zakresie wykonywania konkretnych czynności podczas wiercenia więcej niż 1 otworu wymaganego zgodnie z ww. warunkiem udziału) osoby skierowanej do realizacji zamówienia m.in. na funkcję kierownika projektu, miało skutkować przyznaniem punktów w ramach kryterium oceny ofert - Doświadczenie zespołu zaangażowanego w realizację przedmiotu zamówienia (D) - o wadze 40 pkt. Oczywiście posiadanie uprawnień geologicznych, górniczych czy innych nie wyklucza osoby do pełnienia tej funkcji, dlatego w załączniku nr 6 do SWZ - Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia Zamawiający dał możliwość

podania informacji nt. kwalifikacji zawodowych (rodzaj posiadanych uprawnień) osoby skierowanej do pełnienia funkcji kierownika projektu.

Powyższy warunek odnosi się do tego, że wskazana osoba powinna brać udział jako członek zespołu nadzorczego przy sporządzaniu zatwierdzonej dokumentacji hydrogeologicznej, a nie, że ta osoba powinna być autorem, czy współautorem dokumentacji hydrogeologicznej ustalającej zasoby eksploatacyjne wód termalnych.

Przedłożone przez Przystępującego informacje dotyczące p. W. W. wskazują na spełnienie przez tę osobę wymogów sformułowanych w SWZ.

III.

Odnosnie zarzutów dotyczących wskazanej przez Przystępującego osoby pełniącej nadzór geologiczny, p. M. K. - należy wskazać co następuje.

Na potrzeby sprawowania nadzoru geologicznego nad realizacją projektu (nadzór geologiczny) Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu polegający na tym, że osoba wskazana na tę funkcję powinna posiadać kwalifikacje geologiczne kategorii IV zgodnie z wymogami wynikającymi z przepisów prawa geologicznego i górniczego, potwierdzone świadectwem stwierdzającym kwalifikacje do wykonywania, dozoru i kierowania pracami geologicznymi oraz posiadać doświadczenie w sprawowaniu nadzoru geologicznego podczas wiercenia minimum 1 otworu geotermalnego o głębokości minimum 1500 m p.p.t. oraz być autorem zatwierdzonej dla tego otworu dokumentacji hydrogeologicznej ustalającej zasoby eksploatacyjne wód termalnych.

Każde dodatkowe doświadczenie (tj. wykonanie ww. czynności dla więcej niż 1 otworu geotermalnego) wskazanej osoby w tym zakresie wiązało się z uzyskaniem dodatkowych punktów przez wykonawcę w ramach kryterium oceny ofert tj. Doświadczenie zespołu zaangażowanego w realizację przedmiotu zamówienia (D).

Przedłożone przez Przystępującego informacje dotyczące p. M. K. wskazują na spełnienie przez tę osobę wymogów sformułowanych w SWZ.

IV.

Odwołanie nie zawiera żadnych konkretnych danych, które wskazywałyby na jego zasadność, poprzestając na sformułowaniu typu: „z informacji posiadanych przez Wykonawcę”. W szczególności - Odwołujący nie dołączył do odwołania żadnych dokumentów na poparcie swoich twierdzeń, chociaż poinformował jednocześnie, że zostaną one złożone na rozprawie.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych - ogłoszenie nr 2022/BZP 00249120/01 z 11 lipca 2022 r.

W dniu 7 września 2022 r. wykonawca Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od czynności podjętej w dniu 2 września 2022 r. przez Gminę Miejską

Wągrowiec polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 266 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Geotermia Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie („Geotermia Polska”), podczas gdy wykonawca ten, przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje odnoszące się do doświadczenia (i) osoby wskazanej na stanowisko Kierownika projektu (Pan W. W.) oraz (ii) osoby pełniącej nadzór geologiczny (Pan M. K.), a informacje te podlegały punktacji w ramach ustalonych w Postępowaniu kryteriów oceny ofert, co w konsekwencji miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, a zatem wykonawca ten powinien podlegać wykluczeniu z Postępowania.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa, Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Geotermia Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Krucza 5/11D lok. 115, 00-548 Warszawa.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2022 r. (pismo z dnia 19 września 2022 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, 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. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zgodnie z art. 266 ustawy PZP, do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88-90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132-188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej

sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku

rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba - uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu - stwierdziła, że rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, tym samym **zarzut Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 266 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP, jest niezasadny.**

Izba wskazuje, że spór między stronami dotyczył, czy Pan M. K. jako osoba pełniący nadzór geologiczny posiada doświadczenie wskazane przez Przystępującego w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, w zakresie liczby usług - pkt 3, tj. Bańska PGP 3, 3519 m, 2019 r., PEC Geotermia Podhalańska S.A. - zabieg intensyfikacji - kwasowanie, tj. czy zabieg ten obejmuje pojęcie „wiercenie”.

Izba zwraca uwagę, że Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy PZP, wezwał Przystępującego do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych z dnia 18 sierpnia 2022 r. między innymi o:

„Proszę o wyjaśnienie w jaki sposób zabieg intensyfikacji - kwasowania otworu geotermalnego Bańska PGP 3 z 2019 r., nad którym nadzór sprawował Pan M. K. spełnia warunek udziału dotyczący sprawowania nadzoru geologicznego podczas wiercenia otworu geotermalnego tj. czy m.in. podczas zabiegu intensyfikacji - kwasowania otworu

geotermalnego było wykonane wiercenie”.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie złożył wyjaśnienia z dnia 22 sierpnia 2022 r., przy czym wskazał, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa złożone wraz z ofertą pozostaje aktualne w stosunku do wyjaśnień w zakresie doświadczenia zespołu zaangażowanego w realizację przedmiotu zamówienia.

Izba zważa, że Przystępujący w odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 września 2022 r. w zakresie otworu Bańska PGP-3 wskazał, że: „Robota geologiczna, którą było wykonanie zabiegu intensyfikacji w otworze PGP 3 podlegała nadzorowi geologicznemu zgodnie z przepisami prawa geologicznego i górniczego. W związku z tym, iż w PRG w punkcie 6.8.3 Badania i

pomiary specjalne jest mowa o zabiegu kwasowania Wykonawca wskazuje, że oprócz bogatego doświadczenia w zakresie wiercenia otworów geotermalnych posiada również doświadczenie w skutecznym wykonywaniu zabiegów intensyfikacji (kwasowanie). Wykonany w otworze PGP 3 zabieg istotnie poprawił parametry eksploatacyjne otworu. Po przeprowadzonych zabiegach w otworze prowadzono testy i badania hydrogeologiczne oraz sporządzoną dokumentacją hydrogeologiczną i zatwierdzono nowe zasoby eksploatacyjne ujęcia wód termalnych. W trakcie eksploatacji złóż geotermalnych systemem otworów pracujących w „duplecie geotermalnym” występują często problemy związane z zatłaczaniem wody po odzysku energii lub wykorzystaniu jej do innych celów (rekreacja, balneoterapia). Jednym z takich problemów jest spadek chłonności na skutek procesów chemicznych oraz kolmatacji filtra i strefy okołofiltrowej. Filtr i część warstwy chłonnej w pobliżu filtra należą do najbardziej newralgicznych obszarów, w których zachodzą zjawiska mające decydujący wpływ na charakter pracy otworu chłonnego. W celu poprawy chłonności otworów ujmujących wodę geotermalną, przede wszystkim ze złóż w skałach węglanowych oraz piaskowcach o spoiwie węglanowym, stosuje się zazwyczaj zabieg kwasowania. Konwencjonalne kwasowanie wymaga użycia urządzenia wiertniczego. Urządzenie wiertnicze wykorzystane było również podczas zabiegu kwasowania na otworze geotermalnym PGP 3. Tym samym, należy przyjąć, iż nadzór, który sprawował Pan M. K. podczas zabiegu intensyfikacji - kwasowania na otworze geotermalnym PGP 3 spełnia warunek udziału dotyczący sprawowania nadzoru geologicznego podczas wiercenia bowiem podczas zabiegu było wykorzystane urządzenie wiertnicze”.

Nadto Odwołujący na rozprawie opisał, na czym polega czynność kwasowania, tj: „Wyrównaniu i utwardzeniu terenu wokół otworu. Ze względu na ochronę środowiska, plac musi być wyłożony folią szczelną, ponieważ chemikalia użyte do kwasowania mogłyby zanieczyścić środowisko. Folia jest przykrywana płytami betonowymi. Następnie mówimy o 3,5 tys. m głębokości. Musi być urządzenie, które utrzyma 3,5 tys. m długości rur. Do otworu wprowadzane są rury. Długość każdej rury to od 6 do 9 m. Rury muszą być skręcane i opuszczane sukcesywnie do otworu. Potrzebne jest urządzenie, które jednocześnie zapewni trzymanie rur i skręcanie oraz opuszczanie. Od początku kwasowań w Polsce, czyli 1997 r., idealnie do tego celu nadaje się urządzenie, które nazywamy powszechnie urządzeniem wiertniczym. Rury są spuszczone na spód otworu, czyli do 3,5 tys. m bez wykonywania obrotu. Następnie przez te rury zatłacza się kwas solny. Kwas solny reaguje z węglanami wapnia na dnie otworu - w warstwie wodonośnej. Po zajściu reakcji ciecz poreakcyjną z tego otworu należy usunąć. Robi się to za pomocą wcześniej spuszczonej rury. Po odebraniu cieczy poreakcyjnej rury są podciągane rozkręcane i składowane. Następnie demontowane jest urządzenie wiertnicze, czyszczony plac i przywrócenie do stanu pierwotnego”.

Izba zważyła, że z dokumentacji postępowania nie wynika, jak należy rozumieć pojęcie „wiercenie”, a nadto sam Zamawiający na rozprawie oświadczył, że „nie definiował pojęcia wiercenie, nie wskazywał czy w wyniku tej czynności ma nastąpić pogłębienie lub poszerzenie o jakąś wielkość”. Tym samym rację ma Zamawiający, że: „wszelkie ewentualne wątpliwości interpretuje się na korzyść wykonawcy”.

Z tego też względu Przystępujący przyjął taką, a nie inną interpretację pojęcia „wiercenie”, oświadczając na rozprawie: „Przyjmujący przyjmował interpretację pojęcia w kontekście branżowym, czyli tak jak się to rozumie w geotermii i pod tym pojęciem rozumie się: wszelkie prace lub usługi wiertnicze dot. źródeł geotermalnych wraz z usługami towarzyszącymi wierceniom i innymi serwisami”, a także „Ten dowód EXALO potwierdza branżowe rozumienie wiercenia i w ramach tego pojęcia wchodzi zabieg intensyfikacji. Gdyby przyjąć taki zakres pojęcia wiercenie to chodziłoby tylko o wiercenie bez orurowania”.

Mając powyższe na uwadze, Izba doszła do przekonania, że można by mówić o wierceniu w sensie stricto (tak jak to rozumiał Odwołujący, wskazując dowód nr 1 na rozprawie), ale również w sensie largo (tak jak to rozumiał Przystępujący, wskazując dowód EXALO - wiercenia geotermalne na rozprawie).

Izba zważyła, że Zamawiający w rozdziale 12 - warunki udziału w postępowaniu i wizja lokalna - wskazał w pkt 4 SWZ, że Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, między innymi: - jedną osobą sprawującą nadzór geologiczny nad realizacją projektu (nadzór geologiczny), która posiada kwalifikacje geologiczne kategorii IV zgodnie z wymogami wynikającymi z przepisów prawa geologicznego i górniczego, potwierdzone świadectwem stwierdzającym kwalifikacje do wykonywania, dozoru i kierowania pracami

geologicznymi oraz posiada doświadczenie w sprawowaniu nadzoru geologicznego podczas wiercenia minimum 1 otworu geotermalnego o głębokości minimum 1500 m p.p.t. oraz jest autorem zatwierdzonej dla tego otworu dokumentacji hydrogeologicznej ustalającej zasoby eksploatacyjne wód termalnych, co oznacza zdaniem Izby, że warunek udziału w postępowaniu nie obejmował konkretnego okresu posiadanego doświadczenia.

Warunek ten został powiązany z kryterium wyboru oferty i zgodnie z rozdziałem 24 pkt 2 SWZ, Zamawiający opisał, że kryterium doświadczenie zespołu zaangażowanego w realizację przedmiotu zamówienia (D) - obejmowało wagę 40 pkt, a sam nadzór geologiczny w pkt b, był punktowany następująco:

- 1 usługa = 0 pkt
- 2 usługi = 5 pkt
- 3 usługi = 10 pkt
- 4 usługi = 15pkt
- 5 i więcej usług - 20 pkt

Na marginesie Izba wskazuje, że pozostałe cztery usługi wskazane w formularzu ofertowym przez Przystępującego o numerze 1, 2, 4, 5, nie były kwestionowane przez Odwołującego.

Izba dodatkowo zwraca uwagę, że z dowodu nr 3 wniesionego przez Odwołującego wynika, że ostatnią dokumentacją hydrogeologiczną dla otworu PGP-3 był dodatek nr 1 do dokumentacji hydrogeologicznej z 2018 roku. Stanowi o tym także dowód nr 4, z którego wynika, że „po 2018 roku baza CBDG nie wyszukuje żadnych dokumentów dla otworu PGP-3, mamy tylko dodatek 1 z 2018 roku i dokumentację z roku 2014”, jak i dowód wniesiony na rozprawie przez Przystępującego, z którego wynika, że mamy do czynienia z dodatkiem nr 1 do dokumentacji hydrogeologicznej - Bańska PGP-3 z 2018 roku.

Jednakże zdaniem Izby wskazanie w formularzu oferty daty 2019 zamiast 2018 nie ma wpływu na ilość przyznanych punktów w ramach kryteriów wyboru oferty w zakresie doświadczenia Pana M. K., ze względu na brak określenia konkretnego okresu wymaganego doświadczenia w SWZ.

Tym samym, Zamawiający zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 2 września 2022 r. przyznał Przystępującemu 100 pkt (60 punktów w kryterium „Cena 60 pkt”, 40 punktów w kryterium „Kryterium Doświadczenie zespołu zaangażowanego w realizację przedmiotu zamówienia” 40 pkt), natomiast Odwołującemu 92,74 pkt.

Ponadto Zamawiający wskazał w rozdziale 13 ust. 3 pkt 5 SWZ, że: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 1, 4, 6, 8, 10 Ustawy Pzp”.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 109 ust.1 pkt 10 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, 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.

Oznacza to, że na podstawie tego przepisu muszą zostać spełnione trzy przesłanki:

1. musi dojść do przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd,

2. przedstawienie wprowadzających w błąd informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa,
3. przedstawione informacje muszą charakteryzować się tym, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie bowiem z komentarzem pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Prawo zamówień publicznych, Urząd Zamówień publicznych Warszawa 2021, str. 411: „Decyzjami podejmowanymi przez zamawiającego są - oprócz decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty - tylko te czynności zamawiającego, które mają charakter oświadczeń woli i jako takie bezpośrednio kształtują stosunek prawny łączący zamawiającego i wykonawców, czyli prowadzą do jego nawiązania, zmiany lub rozwiązania. Pojęcie to obejmuje decyzję o odrzuceniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, decyzję o ograniczeniu liczby wykonawców, których zamawiający zaprosi do złożenia ofert, do negocjacji lub dialogu, decyzję o ograniczeniu liczby ofert podlegających negocjacom na kolejnym etapie negocjacji, decyzję o ograniczeniu liczby rozwiązań na kolejnym etapie dialogu, decyzję o odrzuceniu oferty, decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz decyzję o unieważnieniu postępowania. (...) Z kolei podanie wprowadzających w błąd informacji odnośnie do elementów podlegających ocenie w ramach kryteriów selekcji lub kryteriów oceny ofert może wywrzeć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, gdyby w przypadku przedstawienia poprawnych informacji wykonawca uzyskał odpowiednio niższą ocenę spełnienia kryteriów selekcji lub niższą ocenę oferty albo (w przypadku dialogu) rozwiązania”.

Biorąc powyższe pod uwagę, w realiach niniejszej sprawy, Przystępujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd czy to w wyniku lekkomyślności czy niedbalstwa poprzez, jak już Izba wcześniej stwierdziła, że względu na różne rozumienie pojęcia „wiercenie” i tym samym nie mogło mieć to istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. w ramach decyzji Zamawiającego odnośnie kryterium oceny ofert, a potem wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że nawet uznając, że Przystępujący wprowadził w błąd Zamawiającego, to zdaniem Izby informację tę złożył w dobrej wierze, czyli błędnym, ale usprawiedliwionym przekonaniu, że jest ona prawdziwa.

Konkludując nie zostały spełnione łącznie trzy przesłanki, aby można byłoby mówić o naruszeniu przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP.

Pozostałe dowody wniesione przez Odwołującego, Izba uznała, że nie mają one znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, ponieważ są to m.in. opinie prywatne nie pochodzące od wykonawcy danych prac, a poza tym nawet, gdyby uznać, że z dowodów przedstawionych przez Odwołującego nie były wykonywane na otworze Bańska PGP-3 żadne wiercenia, to zdaniem Izby nie może to obciążać wykonawcę ze względu na różne rozumienie pojęcia „wiercenie” w przedmiotowym postępowaniu.

Ponadto Izba zwraca uwagę, że z dowodu nr 5 wynika, że prace wykonywane można by zakwalifikować jako prace właśnie związane z wierceniem, ponieważ w ramach tych prac było wykorzystywane urządzenie wiertnicze, o czym świadczy pkt 2 „Przygotowanie placu pod urządzenie wiertnicze” czy pkt 21 „demontaż i demobilizacja urządzenia wiertniczego, likwidację placu wiertni”.

Mając powyższe na uwadze, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający nie naruszył art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 266 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP.

Izba dodatkowo wskazuje, że umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu odnoszącego się do doświadczenia osoby wskazanej na stanowisku kierownika projektu, tj. Pana W. W. oraz w zakresie zarzutu odnoszącego się do doświadczenia osoby pełniącej nadzór geologiczny - Biały Dunajec PGP-2, tj. Pana M. K., ze względu na cofnięcie zarzutów przez Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b oraz § 9 ust. 3 pkt 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: