Sygn. akt KIO 2875/22
Sygn. akt KIO 2891/22

WYROK

z dnia 21 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Irmina Pawlik
Katarzyna Poprawa

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2022 r. przez Odwołujących:

A. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: BICO GROUP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i DONGSUNG Engineering Co. Ltd z siedzibą w Korei Południowej w sprawie KIO 2875/22

B. BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie w sprawie KIO 2891/22

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych

i Autostrad Oddział w Lublinie,

przy udziale Wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

A. SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre w sprawach KIO 2875/22 i KIO 2891/22

B. ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu w sprawie KIO 2891/22

C. Konsorcjum: BICO GROUP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i DONGSUNG Engineering Co. Ltd z siedzibą w Korei Południowej w sprawie KIO 2891/22

orzeka:

1. Oddala odwołanie w sprawie KIO 2875/22.

2. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2875/22 obciąża Odwołującego

- Konsorcjum: BICO GROUP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i DONGSUNG Engineering Co. Ltd z siedzibą w Korei Południowej i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Konsorcjum: BICO GROUP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i DONGSUNG Engineering Co. Ltd z siedzibą w Korei Południowej

tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od Odwołującego - Konsorcjum: BICO GROUP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i DONGSUNG Engineering Co. Ltd z siedzibą w Korei Południowej na rzecz Zamawiającego - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

3. Oddala odwołanie w sprawie KIO 2891/22.

4. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2891/22 obciąża Odwołującego

- BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie i:

4.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

4.2. Zasądza od Odwołującego - BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie:

Sygn. akt KIO 2875/22
Sygn. akt KIO 2891/22

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pod nazwą: Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski - Hrebenne z podziałem na dwie części".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2022 r. pod nr 2022/S 087-236598.

W zakresie sprawy KIO 2875/22

W dniu 31 października 2022 r. (pismem z tej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: BICO GROUP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i DONGSUNG Engineering Co. Ltd z siedzibą w Korei Południowej, zwani dalej jako „Konsorcjum", wnieśli odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu.

Konsorcjum zarzuciło Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP poprzez odrzucenie jego oferty jako oferty, co do której wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, podczas gdy Konsorcjum złożyło razem z ofertą prawidłowe wadium,

2) art. 239 ustawy PZP poprzez podjęcie czynności dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (dalej jako „wykonawca SAFEGE") pomimo, iż oferta złożona przez tego wykonawcę nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W konsekwencji podniesionych zarzutów Konsorcjum wniosło o uwzględnienie jego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy SAFEGE jako oferty najkorzystniejszej,

2) dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty Konsorcjum,

3) uznania oferty Konsorcjum za najkorzystniejszą i tym samym udzielenie temu wykonawcy przedmiotowego zamówienia publicznego.

Ponadto Konsorcjum złożyło wniosek o zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym także zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

W uzasadnieniu swojego odwołania Konsorcjum podało, że złożyło ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Do oferty zostało dołączone wymagane wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej przez firmę BIRDIE YAS Insurance Ltd z siedzibą w Londynie. W dniu 19 października 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, za którą uznał ofertę wykonawcy SAFEGE. Natomiast oferta złożona przez Konsorcjum została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP, albowiem Zamawiający uznał, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. W ocenie Konsorcjum czynność odrzucenia jego oferty została dokonana z naruszeniem przepisów prawa wskazanych w jego odwołaniu. Odnosząc się do uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Konsorcjum wskazało, że u podstaw naruszającej przepisy ustawy PZP czynności Zamawiającego leży jego wadliwe przeświadczenie, iż posiada on daleko idącą swobodę w określaniu i kreowaniu zasad i wymogów dotyczących wnoszenia wadium w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w tym do zawierania w zapisach dokumentów przetargowych - zapisów prorogacyjnych, które zmieniają ogólną właściwość miejscową rozpoznawania spraw ze stosunku ubezpieczeń, o której stanowi art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz. U. z 2022 r., poz. 2283, ze zm.). Jednakże zdaniem Konsorcjum ustawa PZP nie przyznaje Zamawiającemu swobody lub uprawnienia w kreowaniu zasad wnoszenia wadium. Konsorcjum podkreśliło, że Zamawiający ma prawo stawiać względem wadium jedynie takie wymogi i w takim zakresie, jakie określone są w ustawie PZP, co oznacza, iż Zamawiający nie ma prawa przyznawać sobie w tym zakresie uprawnień, które wprost nie wynikają z tej ustawy. Konsorcjum powołało się przy tym na tezy wynikające z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22 kwietnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 13/22, a także wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 350/17 i z dnia 22 sierpnia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1332/18. Zdaniem Konsorcjum z orzecznictwa wynika, że

wymaganie przez Zamawiającego zawarcia w treści gwarancji (wadium) klauzuli prorogacyjnej jest sprzeczne z ustawą PZP ze względu na brak swobody Zamawiającego w kreowaniu wymogów odnośnie wadium ponad wymogi przewidziane w ustawie PZP. Poza tym określenie właściwości miejscowej sądu w gwarancji wadialnej odmiennie od wymogów SWZ nie wpływa na prawidłowość gwarancji wadialnej, natomiast poddanie sporów z gwarancji wadialnej pod rozstrzygnięcie sądowi państwa obcego nie przesądza o wadliwości gwarancji. Podsumowując Konsorcjum stwierdziło, że wniesione przez niego w przedmiotowym postępowaniu wadium należy uznać za prawidłowe i ważne, a tym samym niedające Zamawiającemu podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum.

Niezależnie od powyższego Konsorcjum wskazało, że wymogi odnośnie wadium i jego skuteczności zostały jasno i precyzyjnie wskazane w ustawie PZP. Wadium musi zabezpieczać ofertę, czyli zostać skutecznie wniesione. Jego zdaniem analiza przepisów ustawy PZP w zakresie dotyczącym wadium prowadzi do wniosku, że wadium jest skutecznie wniesione do zamawiającego, gdy:

1) zostało wniesione przed upływem terminu składania ofert (art. 97 ust. 5 ustawy PZP),

2) zostało złożone w wymaganej przez zamawiającego wysokości (art. 97 ust. 2 ustawy PZP),

3) zostało wniesione w formach określonych (dopuszczonych) w ustawie (art. 97 ust. 7 ustawy PZP),

4) pokrywa i zabezpiecza interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania lub zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie (art. 98 ustawy PZP).

Konsorcjum podało, iż spełniło wszystkie wymagania wynikające z przepisów prawa:

1) zgodnie z pkt 19.1. Instrukcji dla Wykonawców (zwaną dalej jako „IDW") jego oferta wraz z załączonym wadium została złożona w dniu 8 czerwca 2022 r. o godz. 09:13, czyli w terminie wymaganym przez Zamawiającego,

2) wadium zostało wniesione w wysokości 130 tysięcy złotych, czyli zgodnie z postanowieniem pkt 18.1. tiret drugi IDW,

3) wadium zostało wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej, czyli w formie dopuszczonej na mocy art. 97 ust. 7 pkt 3 ustawy PZP,

4) zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej sprawie o sygn. akt KIO 350/17 poddanie sporów wynikających z gwarancji wadialnej pod rozstrzygnięcie państwa obcego nie jest przesłanką do stwierdzenia wadliwości wadium, ani też nie sprzeciwia się celowi wadium, w rozumieniu przepisów ustawy PZP, ani też nie wskazuje na utrudnioną możliwość zaspokajania się Zamawiającego z wadium w sytuacjach ustawowo przewidzianych.

Konsorcjum nie podzieliło też obaw Zamawiającego wskazujących na to, że przedłożone przez nie wadium mogłoby w jakikolwiek sposób nie spełniać swoich ustawowych celów, w tym w jakikolwiek sposób utrudniać Zamawiającemu możliwość zaspokojenia się z przedłożonej gwarancji wadialnej, jeżeli zaistniałyby ku temu ustawowe przesłanki. Przedłożone przez nie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zostało wydane przez firmę BIRDIE YAS Insurance Ltd z siedzibą w Londynie, która prowadzi działalność ubezpieczeniową zgodnie z prawem brytyjskim, a także podlega nadzorowi przez tamtejszy odpowiednik Komisji Nadzoru Finansowego (KNF), czyli przez Financial Conduct Authority (FCA), a także jest zarejestrowana w rejestrze prowadzonym przez FCA pod nr FC032876. Konsorcjum uznało, że przedłożone przez nie wadium w pełni zabezpiecza interesy Zamawiającego, w tym wypełnia wszelkie wymogi formalne, jak i cele stawiane i określone w tym zakresie w ustawie PZP.

<u>W zakresie sprawy KIO 2891/22</u>

W dniu 31 października 2022 r. (pismem z tej daty) wykonawca BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, zwany dalej jako „wykonawca BBC", wniósł odwołanie od następujących czynności podjętych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu:

1) czynności badania i oceny ofert,

2) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

3) czynności wykluczenia wykonawcy BBC,

4) czynności ewentualnego zaniechania poprawienia oferty wykonawcy BBC.

Wykonawca BBC zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP poprzez błędne uznanie, że wykonawca BBC podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu z powodu podania informacji wprowadzających w błąd, podczas gdy nie podał on takich informacji, a tym samym brak było podstaw do jego wykluczenia i odrzucenia jego oferty.

Na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę powyższego zarzutu wykonawca BBC sformułował dwa zarzuty ewentualne dotyczące naruszenia:

1) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy

SAFEGE, co wynikało z bezpodstawnego wykluczenia wykonawcy BBC i braku przyznania mu punktów zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert,

2) art. 223 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w wykazie dotyczącym podkryterium 2.2. w zakresie wskazania prawidłowego czasookresu doświadczenia J. M. na stanowisku kierownika robót mostowych.

W związku z podniesionymi zarzutami wykonawca BBC wniósł o uwzględnienie jego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy BBC i odrzucenia jego oferty,

3) przystąpienie do ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy BBC.

Ponadto wykonawca BBC złożył wniosek o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu swojego odwołania wykonawca BBC podał, że wbrew twierdzeniom zawartym w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego o jego wykluczeniu i odrzuceniu jego oferty, nie podał on w wykazie dla podkryterium 2.2. informacji, które mogły wprowadzać w błąd Zamawiającego. Wykonawca BBC zauważył, że zarzuty Zamawiającego w odniesieniu do doświadczenia Pana J. M. sprowadzają się do:

a) wskazania w wykazie, że Pan J. M. zajmował stanowisko Kierownika Robót Mostowych na wykazanych zadaniach, podczas gdy pełnił on funkcję Kierownika Robót Stalowych Konstrukcji Mostowych,

b) przedstawieniu w wykazie zadań, na których Pan J. M. zakończył pełnienie funkcji w okresie wcześniejszym niż 12 miesięcy od uzyskania pozwolenia na użytkowanie,

c) wskazaniu w wyjaśnieniach, że Pan J. M. po dniu 3 września 2001 r. nadzorował roboty związane z zabezpieczeniem antykorozyjnym oraz powłok malarskich, podczas gdy z informacji Zamawiającego wynika, że roboty te nadzorowała inna osoba.

Wykonawca BBC podniósł, że Zamawiający nie sprecyzował żadnych wymagań w odniesieniu do zakresu robót na obiekcie mostowym, których wykonanie było konieczne w ramach wcześniejszej inwestycji, aby Zamawiający przyznał punkty w ramach podkryterium 2.2. Zauważył też, że skoro Zamawiający w opisie kryterium dopuścił nie tylko budowę, ale również przebudowę obiektu mostowego, to logicznie rzecz ujmując w przypadku przebudowy wyłącznie konstrukcji stalowej i wyznaczenia kierownika do takich robót Zamawiający powinien uznać jego doświadczenie w ramach kryterium. Ponadto uprawnienia wskazanego przez odwołującego Pana J. M. pozwalają mu na kierowanie robotami mostowymi, co dodatkowo potwierdza, że funkcje, które sprawował na wyszczególnionych w wykazie zadaniach, należy uznać za spełniające wymagania Zamawiającego. Wykonawca BBC podniósł również, że Zamawiający wskazując w IDW, że osoba miała nabyć doświadczenie na określonych stanowiskach, w tym m. in. na stanowisku Kierownika Robót Mostowych, jednocześnie nie podał nigdzie, co należy rozumieć przez to wyrażenie, a w szczególności brak jest podstaw do uznania, że chodziło mu o pełnienie samodzielnie funkcji technicznej w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane. Zdaniem wykonawcy BBC nie można utożsamiać okresu pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w rozumieniu ustawy Prawo budowlane z faktycznym kierowaniem robotami, ponieważ nic takiego nie wynika z opisu kryterium oceny ofert. Poza tym odwołujący uważa, że skoro Zamawiający w ramach przedmiotowego kryterium dopuścił osoby na stanowisku Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta (czyli stanowiska nieznane ustawie Prawo budowlane, niewymagające posiadania żadnych uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie), to jednocześnie oznacza, że w świetle postawionego warunku należy uznać, że intencją Zamawiającego było, aby osoba wskazana na stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej posiadała doświadczenie w nadzorowaniu lub kierowaniu robotami na określonym obiekcie niezależnie czy osoba taka posiada stosowne uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Poza tym w IDW brak jest jakichkolwiek innych wymagań dotyczących Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej, w szczególności wykonawca nie był zobowiązany do wykazania, że dysponuje takim potencjałem osobowym na potrzeby realizacji zamówienia, a w efekcie brak jest jakiejkolwiek możliwości powiązania podkryterium z koniecznością posiadania uprawnień do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie. Według wykonawcy BBC Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił w uzasadnieniu decyzji dlaczego uznaje, że osoba pełniąca funkcję Kierownika Robót Stalowych Konstrukcji Mostowych nie wpisuje się w pojęcie „stanowiska Kierownika Robót Mostowych". W związku z tym odwołujący uważa, że skoro Zamawiający w żaden sposób nie opisał w kryterium, co rozumie pod pojęciem Kierownika Robót Mostowych, to miał on pełne prawo zakładać, że osoba, która pełni samodzielną funkcję techniczną w budownictwie i kierowała robotami dotyczącymi mostów o wskazanych parametrach, chociażby w zakresie konstrukcji stalowych, wpisuje się w opis kryterium, tym bardziej że Zamawiający nie wskazał w opisie kryterium żadnego szczegółowego zakresu, jakie roboty musiały być wykonywane w ramach obiektu, aby uznać, że osoba spełnia kryterium.

W odniesieniu do czasookresu pełnienia funkcji przez osobę wskazaną w formularzu przez wykonawcę BBC to podał on, że Zamawiający nie zakwestionował w uzasadnieniu decyzji, że wskazany w opisie doświadczenia czasookres pełnienia funkcji jest nieprawidłowy. Wykonawca BBC podkreślił, że wskazał jedynie na daty rozpoczęcia i zakończenia pełnienia funkcji, a nie na konkretny czasookres liczony wstecz od daty uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Jednocześnie wskazał, że w swoich wyjaśnieniach zgodnie ze stanem faktycznym podał, że nie wie, kiedy zostało wydane pozwolenie na użytkowanie Mostu Siekierkowskiego w Warszawie, wobec tego nie ma podstaw do wywodzenia, że podał on informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd.

W odniesieniu do zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie kierowania robotami dotyczącymi zabezpieczenia antykorozyjnego i powłok malarskich na inwestycji obejmującej Most Siekierkowski w Warszawie przez Pana J. M. także po dniu 3 września 2001 r., to wykonawca BBC potwierdził, że Pan J. M. kierował tymi robotami, na dowód czego zobowiązał się przedłożyć stosowne dowody na rozprawie.

Jeśli chodzi o zarzut Zamawiającego dotyczący załącznika do JEDZ i brak ujęcia w wyjaśnieniach odwołującego informacji o wykluczeniu z postępowania prowadzonego przez Tramwaje Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Tramwaje Warszawskie"), to zdaniem odwołującego także w tym zakresie ocena Zamawiającego jest całkowicie błędna. Wykonawca BBC zauważył, że wykluczenia

wykonawców na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy PZP z 2004 r. nie wpisują się w dyspozycję art. 111 pkt 5 lub 6 obecnej ustawy PZP, albowiem tego rodzaju sankcje nie były przewidziane w ustawie PZP z 2004 r. Wobec tego wykonawca BBC uważa, że w obecnym stanie prawnym wiedza o takich wykluczeniach jest całkowicie zbędna Zamawiającemu, co znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu jego decyzji, ponieważ Zamawiający nie wiąże rzekomego zatajenia informacji z żadną decyzją, a jedynie wskazuje, że uniemożliwiono mu całościową i rzetelną ocenę, przy czym nie wyjaśnia na jakie konkretne decyzje miałaby wpływ taka informacja. Poza tym wykonawca BBC zwrócił uwagę na to, że jego wykluczenie z postępowania prowadzonego przez Tramwaje Warszawskie nastąpiło w dniu 14 maja 2021 r.

na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP z 2004 r. Zatem jego zdaniem wskazanie w załączniku do JEDZ, że innych wykluczeń z powodu podania nieprawdziwych informacji w okresie dwóch lat przed upływem terminu składania ofert nie było, jest prawdziwe, ponieważ informacja ta dotyczyła wyłącznie wykluczeń z powodu podania nieprawdziwych informacji, które wpisywałyby się ewentualnie w dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy PZP z 2004 r.

Uwzględniając akta spraw odwoławczych, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestników postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z negatywnych przesłanek uregulowana w art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie obydwu odwołań. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego złożonego w trybie art. 528 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP o odrzucenie odwołania Konsorcjum złożonego w sprawie KIO 2875/22, albowiem wbrew twierdzeniom Zamawiającego odwołujący się wykonawcy BICO GROUP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i DONGSUNG Engineering Co. Ltd z siedzibą w Korei Południowej nie zaskarżyli niezgodności z prawem zapisów SWZ w zakresie dotyczącym wadium, co do których termin na wniesienie odwołania już upłynął. Z treści odwołania Konsorcjum ewidentnie wynika, iż w odwołaniu zarzucono niezgodność z prawem czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty z powodu uznania, że wadium zabezpieczające ofertę Konsorcjum zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Izba stwierdziła też, że wypełnione zostały wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu obydwu odwołujących się wykonawców w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia wykonawcy SAFEGE do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2875/22 po stronie Zamawiającego, albowiem zostało ono złożone w terminie i w przewidzianej przez przepisy prawa formie. Natomiast Izba stwierdziła nieskuteczność przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu (dalej jako „wykonawca ZDI") do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2875/22 po stronie Zamawiającego, albowiem zgodnie z oświadczeniem wykonawcy BBC złożonym na posiedzeniu Izby w dniu 15 listopada 2022 r. wykonawca ZDI nie doręczył odpisu zgłoszenia odwołującemu w sprawie KIO 2875/22, jak również w aktach postępowania brak było dowodu na to, że odpis zgłoszenia przystąpienia został przesłany temu odwołującemu.

W sprawie KIO 2891/22 wszystkie trzy zgłoszenia przystąpienia wykonawców do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego okazały się skuteczne. Wobec tego wykonawcy SAFEGE, ZDI i Konsorcjum stali się uczestnikami postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony i Uczestników postępowania odwoławczego oraz uwzględniła stanowiska prezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedziach na odwołanie z dnia 14 listopada 2022 r. złożonych w sprawach KIO 2875/22 i KIO 2891/22 oraz stanowiska wykonawcy SAFEGE wyrażone w jego pismach z dnia 14 listopada 2022 r. złożonych w sprawach KIO 2875/22 i KIO 2891/22 oraz stanowisko wykonawcy ZDI wyrażone w jego piśmie z dnia 14 listopada 2022 r. w sprawie KIO 2891/22.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z akt sprawy odwoławczej oraz dokumentów stanowiących załączniki do pism i złożonych przez Strony na posiedzeniu:

- Wyciągu z rejestru Financial Conduct Authority z dnia 31 października 2022 r. dotyczącego firmy BIRDIE YAS Insurance Ltd. z siedzibą w Londynie wraz z tłumaczeniem,
- Informacji o Financial Conduct Authority z oficjalnej strony organizacji,
- Pisma Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie z dnia 12 kwietnia 2022 r.,
- Pisma Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie z dnia 1 czerwca 2022 r.,
- Wyciągu ze skanów Dzienników Budowy Mostu Siekierkowskiego,
- Wyciągu z Dziennika Budowy złożonego przez wykonawcę BBC,
- Oświadczeń Panów J. B., P. J. i J. M.,
- Dwóch zawiadomień o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniach prowadzonych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku,
- Wzoru gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania umowy złożonej w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jednocześnie Izba uznała wiarygodność i moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej, z wyjątkiem dowodów w postaci oświadczeń złożonych przez Panów J. B., P. J. i J. M., które w ocenie Izby nie znajdują potwierdzenia w innych dowodach znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

<u>W zakresie obu spraw Izba ustaliła następujący stan faktyczny:</u>

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją

Robót oraz zarządzanie Kontraktem pod nazwą: Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej

S17 Piaski - Hrebenne z podziałem na dwie części". Numer referencyjny tego zamówienia to: O/LU.D-3.2410.1.2022.ap.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2022 r. pod nr 2022/S 087-236598.

Zgodnie z rozdziałem II.2.14) ust. 1 ogłoszenia o zamówienia i punktem 18.1. tiret drugi IDW wykonawca jest zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości 130 tysięcy złotych w przypadku złożenia oferty na część drugą zamówienia.

Zgodnie z postanowieniami zawartymi w punkcie 18.3. IDW jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej. Wadium w takiej formie musi obejmować cały okres związania ofertą. Treść gwarancji lub poręczenia nie może zawierać postanowień uzależniających jego dalsze obowiązywanie od zwrotu oryginału dokumentu gwarancyjnego do gwaranta. Jako beneficjenta wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia należy wskazać - „Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą przy ul. Wroniej 53, 00-874 Warszawa". W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez wykonawcę, określone w art. 98 ust. 6 ustawy PZP. Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego. Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu - dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione. Dlatego w treści gwarancji powinna znaleźć się klauzula stanowiąca, iż wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba że wynika to z przepisów prawa.

W dniu 8 czerwca 2022 r. ofertę na drugą część zamówienia złożyło Konsorcjum. Do oferty Konsorcjum została dołączona gwarancja przetargowa zapłaty wadium nr 20220602/001 wystawiona przez gwaranta - firmę BIRDIE YAS Insurance Ltd z siedzibą w Londynie. W treści gwarancji jako wykonawca zostało wskazane Konsorcjum (składające się z dwóch wykonawców: BICO GROUP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i DONGSUNG Engineering Co. Ltd z siedzibą w Korei Południowej), natomiast jako beneficjenta wskazano Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad. Ponadto w punkcie 1 gwarancji zostało zawarte postanowienie, zgodnie z którym gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia na pierwsze, pisemne żądanie beneficjenta, złożone zgodnie z zasadami określonymi w gwarancji, kwoty do wysokości nieprzekraczającej sumy gwarancyjnej 130 tysięcy złotych stanowiącej kwotę wadium, w związku ze złożoną ofertą w przetargu. Natomiast w punkcie 10 gwarancji określono, że wszelkie spory mogące wyniknąć z gwarancji będą rozstrzygane przez sąd właściwy miejscowo dla siedziby gwaranta z zastosowaniem prawa polskiego.

W rozdziale 9 pkt 9.2. ppkt 10) IDW Zamawiający przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia 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 natomiast z ust. 9.5. tego rozdziału IDW wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy PZP lub na podstawie okoliczności wymienionych w pkt 9.2. ppkt 2) - 5) i 7) - 10) IDW, jeżeli udowodni Zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

1) naprawił lub zobowiązał się do naprawiania szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne,

2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania lub Zamawiającym,

3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:

a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,

b) zreorganizował personel,

c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,

d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,

e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Według pkt 9.6. IDW Zamawiający ocenia, czy podjęte przez Wykonawcę czynności, o których mowa w pkt 9.5. IDW, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Zamawiający wyklucza wykonawcę jeśli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w pkt 9.5. IDW, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

W rozdziale 21 IDW Zamawiający określił kryteria oceny ofert. Zamawiający postanowił, że przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty będzie stosować następujące kryteria oceny ofert:

Cena - 60% = 60 pkt

Jakość - 26% = 26 pkt

Doświadczenie personelu wykonawcy - 14% = 14 pkt.

Badaniu w kryteriach oceny ofert podlegać będą oferty niepodlegające odrzuceniu.

W ramach kryterium „Doświadczenie personelu konsultanta" punkty zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 14 punktów, na podstawie oferty wykonawcy - formularza „Kryteria pozacenowe" (Formularz 2.2.). W ramach części drugiej zamówienia w podkryterium 2.2. o nazwie „Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej" można było uzyskać maksymalnie 5 punktów. Wymagana liczba osób do wskazania przez wykonawcę to 1 osoba. Zamawiający wymagał doświadczenia przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę, lub nadzór nad budową lub przebudową, obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu w okresie minimum 12 miesięcy prowadzenia robót (liczonym wstecz od daty wydania pozwolenia na użytkowanie - obejmującym datę wydania pozwolenia na użytkowanie obiektu) na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Mostowych lub Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta.

Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania wykonawca otrzyma 2 punkty.

Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania wykonawca otrzyma 4 punkty.

Za 1 zadanie potwierdzające wszystkie powyższe wymagania w okresie minimum 18 miesięcy, wykonawca otrzyma 5 punktów.

Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania wykonawca otrzyma 0 punktów.

Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań wykonawca otrzyma 0 punktów.

Wykonawca BBC załączył do swojej oferty na część drugą zamówienia Formularz 2.2. „Kryteria pozacenowe", w którym oświadczył, że w odniesieniu do podkryterium 2.2. „Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej" na potwierdzenie posiadania przez Pana J. M. doświadczenia zgodnie z opisem zawartym w tym podkryterium przedstawia informacje i zarazem oświadcza, że wskazana osoba posiada doświadczenie przy realizacji wskazanych obiektów mostowych:

Zadanie 1:

- nazwa zadania: Budowa Mostu Siekierkowskiego i Trasy Siekierkowskiej w Warszawie
- okres od 23 lutego 2000 r. do 3 września 2001 r. liczony wstecz od daty wydania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie
- klasa obiektu: Klasa A
- długość całkowita obiektu mierzona pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu:

- Most podwieszony M-1 o łącznej długości 500 m, rozpiętości przęseł 48,00 + 77,00 + 250,00 + 77,00 + 48,00 m i szerokości płyty mostu 40,50 m,

- Most M-2 o konstrukcji zespolonej o łącznej dł. 251,00, rozpiętości przęseł 43,75 + 3 x 54,50 + 43,75 m i szerokości płyty mostu 31,60 m

- Most M-3 o konstrukcji zespolonej o łącznej dł. 75,50 m, rozpiętości przęseł 38,10 + 37,40 m

stanowisko/stanowiska (Kierownik Budowy / Kierownik Robót Mostowych / Inspektor Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej / Inżynier Rezydent / Inżynier Kontraktu): Kierownik Robót Mostowych.

W dniu 8 lipca 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę BBC m. in. do wyjaśnienia treści oferty w zakresie informacji wskazanych w Formularzu 2.2. „Kryteria pozacenowe" dla części drugiej zamówienia, w dziale Kryterium „Doświadczenie personelu konsultanta" - Podkryterium 2.2. „Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej" (Zadanie 1). Zamawiający zażądał przedstawienia mu informacji dotyczących zadania Budowa Mostu Siekierkowskiego i Trasy Siekierkowskiej, na które powołał się wykonawca BBC, tj. daty wydania decyzji o pozwoleniu na budowę, daty wpisu do Dziennika Budowy informującego o rozpoczęciu robót budowlanych oraz daty wydania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie (obejmującym datę wydania pozwolenia na użytkowanie obiektu) w odniesieniu do wykazanych obiektów inżynierskich. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że Formularz 2.2. „Kryteria pozacenowe" w zakresie podkryterium „Doświadczenie personelu konsultanta" nie stanowi dokumentu składanego w celu potwierdzenia spełniania warunków, o których mowa w art. 124 ustawy PZP. Ponadto Zamawiający dodał, że przepis art. 223 ust. 1 ustawy PZP może mieć zastosowanie jedynie w zakresie wyjaśnienia treści złożonych ofert. W następstwie czynności złożenia wyjaśnień wykonawca nie może uzupełniać Formularza 2.2. „Kryteria pozacenowe" w zakresie podkryterium „Doświadczenie personelu konsultanta" o dodatkowe zadania nieujęte w Formularzu lub dokonywać ich zmiany.

W odpowiedzi z dnia 15 lipca 2022 r. wykonawca BBC wyjaśnił, że osoba podana na stanowisku Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej w Formularzu 2.2. „Kryteria pozacenowe" pełniła funkcję Kierownika Robót Mostowych od dnia 25 lutego 2000 r. do dnia 3 września 2001 r. Ponadto wykonawca BBC poinformował, że datą wpisu do Dziennika Budowy informującą o rozpoczęciu robót budowlanych jest dzień 25 luty 2000 r. Natomiast jeśli chodzi o datę wydania decyzji o pozwoleniu na budowę, jak również w odniesieniu do daty wydania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu, to wykonawca ten nie był w stanie ich podać z uwagi na fakt, iż Pan J. M. nie posiadał dokumentów, które o tym mówią.

Pismem z dnia 20 września 2022 r. - z uwagi na powzięcie informacji o tym, że przedstawiony kandydat na stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej - Pan J. M., legitymujący się doświadczeniem na zadaniu Budowa Mostu

Siekierkowskiego i Trasy Siekierkowskiej w Warszawie, nie spełnia wymagań określonych w SWZ w zakresie ww. stanowiska - Zamawiający wezwał wykonawcę BBC do udzielenia dalszych wyjaśnień treści oferty w zakresie informacji wskazanych w Formularzu 2.2. „Kryteria pozacenowe" dla części drugiej zamówienia, w dziale Kryterium „Doświadczenie personelu konsultanta" - Podkryterium 2.2. „Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowe". W wezwaniu Zamawiający wskazał, że otrzymał pismo od Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie\, z którego wynika, iż nie znalazły potwierdzenia informacje podane przez wykonawcę BBC w Formularzu 2.2. „Kryteria pozacenowe" dotyczące Pana J. M.. W piśmie Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie stwierdzono bowiem, że:

- Pan J. M. pełnił funkcję Kierownika Robót Stalowych Konstrukcji Mostowych, co wskazuje na to, iż Kierownikiem Robót Mostowych była inna osoba,

- Pan J. M. wpisem do Dziennika Budowy z dnia 3 września 2001 r. oświadczył o zakończeniu ww. funkcji,

- z informacji uzyskanych z Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie wynika, iż pozwolenie na użytkowanie Mostu Siekierkowskiego zostało wydane w dniu 17 września 2002 r., natomiast

wpisów w Dzienniku Budowy przez Pana J. M. dokonywano jedynie w okresie styczeń-grudzień

2001 r.

Mając to na uwadze nie znalazły potwierdzenia informacje podane przez wykonawcę BBC w Formularzu 2.2. „Kryteria pozacenowe”, a zatem nie został spełniony wymóg postawiony w pkt 21.1.3. SWZ - Kryterium „Doświadczenie personelu konsultanta” w zakresie podkryterium 2.2. dotyczący pełnionej funkcji, jak i doświadczenia w „okresie minimum 12 miesięcy prowadzenia robót (liczonym wstecz od daty wydania pozwolenia na użytkowanie - obejmującym datę wydania pozwolenia na użytkowanie obiektu)”.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca BBC w dniu 29 września 2022 r. wyjaśnił, że Zamawiający nie sprecyzował żadnych wymagań w odniesieniu do zakresu robót na obiekcie mostowym, które podlegałyby nadzorowi (w przypadku Inspektora Nadzoru), czy kierownictwu (w przypadku Kierownika Robót Mostowych), których wykonanie było konieczne w ramach wcześniejszej inwestycji, aby Zamawiający przyznał punkty w ramach podkryterium 2.2. Wykonawca BBC dodał, że Zamawiający w opisie kryterium dopuścił nie tylko budowę, ale również przebudowę obiektu mostowego, co oznacza, że w ramach punktowanej realizacji mogło dojść do przebudowy obejmującej wyłącznie konstrukcje stalowe, a co również Zamawiający musiałby uznać za wypełnienie opisu w kryterium oceny ofert. Wykonawca BBC podkreślił również, że Zamawiający w IDW wskazał, że osoba miała nabyć doświadczenie na stanowisku Kierownika Robót Mostowych. Zamawiający nie wskazał jednak w żadnym punkcie IDW, co należy rozumieć przez to wyrażenie, w szczególności brak jest podstaw do uznania, że chodziło mu o pełnienie samodzielnie funkcji technicznej w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane. Powyższa konkluzja wynika z faktu, że przywołana ustawa konsekwentnie posługuje się pojęciem „pełnienia funkcji”, a nie słowem „stanowisko”. Tym samym, w świetle opisu kryterium wykonawca BBC uznał, że każda osoba, która kierowała robotami mostowymi, nie pełniąc przy tym samodzielnej funkcji technicznej tj. kierownika robót w rozumieniu właściwych przepisów, spełnia wymagania określone w IDW. Co więcej, nie należy utożsamiać okresu pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w rozumieniu ustawy Prawo budowlane z faktycznym kierowaniem robotami, gdyż nic takiego nie wynika z opisu kryterium oceny ofert. Odnosząc się do kwestii czasookresu pełnionej funkcji wykonawca BBC wskazał, że skoro nie należy utożsamiać pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie ze stanowiskiem kierownika robót, to tym samym data objęcia stanowiska kierownika robót niekoniecznie musi pokrywać się z datą pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie i wpisami w Dzienniku Budowy. Wykonawca BBC podniósł, że osoba wskazana w wykazie rozpoczęła kierowanie robotami mostowymi w dacie wskazanej w wykazie, czyli w dniu 23 lutego 2000 r. Ponadto wskazał, że z uwagi na technologię mostu prace nad mostem rozpoczynają się wcześniej niż jest to uwidocznione w Dzienniku Budowy. W przypadku mostów o konstrukcji stalowej prace rozpoczynają się bowiem nie na placu budowy, ale w wytwórni konstrukcji stalowych, gdzie osoba wskazana w wykazie nadzorowała etap produkcji konstrukcji, która w postaci prefabrykatów jest dopiero przywożona na teren budowy i tam montowana. Dodatkowo wykonawca BBC podniósł, że wpis kończący w Dzienniku Budowy w dacie 3 września 2001 r. odnosi się wyłącznie do zakończenia pełnienia funkcji w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, natomiast nie ma żadnego odniesienia do zakończenia kierowania pracami dotyczącymi wskazanych w wykazie obiektów mostowych. Wykonawca BBC wskazał, że w okresie po dniu 3 września 2001 r. wskazana osoba zajmowała się m. in.:

1. Nadzorem nad zabezpieczeniem antykorozyjnym na budowie konstrukcji stalowej wykonywanym na ostatnim etapie w okresie sezonu malarskiego, tj. od wiosny 2002 r. do zakończenia budowy.

2. Nadzorem nad usuwanie usterek i niedoróbek powłoki malarskiej z wytwórni, np. niedobory grubości warstwy gruntowej i międzywarstw z farb epoksydowych, które uzupełniane były przez wytwórnie, lecz na budowie.

3. Nadzorem usuwania uszkodzeń powłoki powstałe w trakcie betonowania płyty pomostu.

4. Obmiarami i rozliczeniami ilościowymi dotyczącymi zakresu konstrukcji stalowych z wytwórniami i montażystami konstrukcji stalowej do końca budowy.

5. Przygotowaniem dokumentacji powykonawczej w zakresie rysunków wykonawczych warsztatowych.

6. Kierowaniem ostateczną zabudową łożysk stałych na filarach Mostu MR i przyczółkach oraz

filarze Mostu M2.

Czynności te były wykonywane w ramach zajmowania stanowiska Kierownika Robót Stalowych Konstrukcji Mostowych. Powyższe oznacza, że osoba wskazana w wykazie, w ramach wskazanych inwestycji była na stanowisku Kierownika Robót przez okres dłuższy niż nawet wskazano to w wykazie. Wskazana osoba zajmowała stanowisko Kierownika Robót aż do uzyskania pozwolenia na użytkowanie. W wykazie wykonawca BBC omyłkowo wpisał datę zakończenia pełnienia funkcji w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego, co jak wykazano

nie pokrywa się w żaden sposób z wykonywaniem przez tą osobę czynności na stanowisku kierownika robót w odniesieniu do obiektu mostowego. Na koniec swoich wyjaśnień wykonawca BBC wskazał, że mając na uwadze dyspozycję art. 223 ustawy PZP Zamawiający powinien dokonać poprawienia tej omyłki niezależnie, czy stwierdziłby, iż jest to oczywista omyłka pisarska czy też inna omyłka.

W dniu 19 października 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach części drugiej zamówienia. Za najkorzystniejszą została wybrana oferta wykonawcy SAFEGE S.A.S., która uzyskała 100 punktów.

Oferta Konsorcjum została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP, albowiem wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podał, że wykonawca wraz z ofertą złożył dokument potwierdzający wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Zgodnie z pkt 10 tego dokumentu wszelkie spory mogące wyniknąć z niniejszej gwarancji będą rozstrzygane przez sąd właściwy miejscowo dla siedziby gwaranta z zastosowaniem prawa polskiego. Z treści gwarancji wynika, że siedzibą gwaranta jest miasto Londyn (Wielka Brytania). W Tomie I SWZ-IDW pkt 18.3. ostatni akapit Zamawiający wymagał, aby wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) miało taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu - dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione. Dlatego w treści gwarancji powinna znaleźć się klauzula stanowiąca, iż wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba że wynika to z przepisów prawa. Wykonawca nie zastosował się do powyższego wymogu wnosząc wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, z której wprost wynika, że wszelkie spory mogące wyniknąć z niniejszej gwarancji będą rozstrzygane przez sąd właściwy miejscowo dla siedziby gwaranta z zastosowaniem prawa polskiego. W związku z tym, że gwarant ma siedzibę w Londynie, sądem właściwym będzie tamtejszy sąd. W związku z tym dochodzenie jakichkolwiek roszczeń z tytułu przedmiotowej gwarancji będzie zdecydowanie utrudnione a dokument ten nie ma takiej samej płynności jak wadium wniesione w formie pieniężnej. Mając powyższe na uwadze, Zamawiający uznał, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy i odrzucił ofertę.

Jednocześnie Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy BBC na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy PZP z uwagi na to, że oferta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, gdyż wykonawca 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. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podał, że złożone przez wykonawcę BBC oświadczenia w zakresie doświadczenia osoby dedykowanej do pełnienia funkcji Głównego Inspektora Nadzoru specjalności

inżynieryjnej mostowej, były niezgodne z faktami, co wprowadziło Zamawiającego w błąd, a dotyczyło informacji wpływających na wynik postępowania. Zamawiający wskazał, że w Formularzu 2.2. „Kryteria pozacenowe" dla podkryterium 2.2. „Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej" wykonawca BBC wskazał doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia wyżej wymienionej funkcji - Pana J. M., gdzie na potwierdzenie doświadczenia m. in. wskazano zadanie pn. „Budowa Mostu Siekierkowskiego i Trasy Siekierkowskiej w Warszawie", na którym zgodnie z oświadczeniem tego wykonawcy w okresie od dnia 23 lutego 2000 r. do dnia 3 września 2001 r. pełnił on funkcję kierownika robót mostowych. Następnie Zamawiający powołał się na korespondencję prowadzoną z wykonawcą BBC w przedmiocie wyjaśnienia treści oferty złożonej przez tego wykonawcę we wskazanym powyżej zakresie. W dalszej części uzasadnienia swojej decyzji Zamawiający podkreślił, że uzyskał w Zarządzie Dróg Miejskich w Warszawie skany Dzienników Budowy powstałe w trakcie budowy Mostu Siekierkowskiego obejmujące wpisy od rozpoczęcia robót budowlanych aż do ich zakończenia. Z analizy ich treści wynika, że Pan J. M. po dniu 3 września 2001 r. nie pełnił funkcji Kierownika Robót Stalowych Konstrukcji Mostowej w ramach przedmiotowej inwestycji i został przeniesiony na inny odcinek robót Trasy Siekierkowskiej. Ponadto

w Dzienniku Budowy widnieją wpisy dotyczące wykonywania zabezpieczenia antykorozyjnego i powłok malarskich konstrukcji stalowych mostu przez innego Kierownika Robót

Wykończeniowych (wpisy datowane na dni 22 kwietnia 2002 r., 23 kwietnia 2002 r., 27 maja 2002 r., 4 czerwca 2002 r., 5 czerwca 2002 r. i 25 lipca 2002 r.). W ocenie Zamawiającego wszystkie informacje korespondują ze sobą, tworzą logiczny, jasny i precyzyjny obraz, umożliwiający na stwierdzenie, że informacje dotyczące doświadczenia Pana J. M. podane przez wykonawcę BBC są nieprawdziwe i nie stanowią potwierdzenia, że osoba ta spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Uzasadniając swoją decyzję

o wykluczeniu wykonawcy BBC z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przesłanki uregulowanej w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP Zamawiający powołał się na liczne poglądy doktryny prawa cywilnego oraz orzecznictwo Sądu Najwyższego, Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych oraz Krajowej Izby Odwoławczej. W ocenie Zamawiającego w przedmiotowej sprawie istota rzeczy tkwiła nie w tym, że opisane w ofercie doświadczenie Pana J. M. i nie spełniało wymagań określonych w podkryterium 2.2., ale w tym, że w ramach tego doświadczenia wykonawca BBC podał informacje nieprawdziwe pomimo tego, że podobnie jak Zamawiający, wykonawca ten dochowując należytej staranności mógł pozyskać samodzielnie te informacje i tym samym uniknąć wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do zadeklarowanego stanowiska, które Pan J.

M. faktycznie pełnił. Dlatego samo przydzielenie 0 pkt w kryterium oceny ofert nie mogło mieć zastosowania w tej sprawie. Biorąc pod uwagę powyższe w stanie faktycznym tej sprawy wykonawcy BBC można było przypisać niedbalstwo polegające na braku staranności w zakresie deklaracji w złożonym dokumencie. A nawet jeśli by stanąć na stanowisku, że takiemu zachowaniu wykonawcy BBC nie można przypisać niedbalstwa to niewątpliwie cechuje je daleko posunięta lekkomyślność, która podobnie jak niedbalstwo wypełnia dyspozycję przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP. Wobec tego zakładając, że informacje podane przez wykonawcę BBC w Formularzu 2.2. „Kryteria pozacenowe" - podkryterium 2.2 na temat doświadczenia Pana J. M. są nieprawdziwe, wykonawca ten podlega wykluczeniu, a jego ofertę należało odrzucić.

Jednocześnie Zamawiający zauważył, że wykonawca BBC zataił w dokumentach

załączonych do JEDZ informacje dotyczące wykluczenia z postępowania pod nazwą: „Budowa i przebudowa trasy tramwajowej w ciągu ul. Kasprzaka i ul. Wolskiej" prowadzonego przez Tramwaje Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP z 2004 r.), co wynika zarówno z korespondencji Oddziału Bydgoszcz (pismo z dnia 18 marca 2022 r., znak: O/BY.D-3.2410.5.15.2021.15.pw) przekazanej przez wykonawcę BBC wraz z wyjaśnieniami zawierającymi elementy „self-cleaningu", jak również z braku odniesienia się do tej kwestii w wyjaśnieniach do JEDZ, bądź „samooczyszczeniu", gdzie wykonawca BBC wskazał jedynie dwie inwestycje: Palmiarnię w Poznaniu i Fabrykę Pełną Życia w Dąbrowie Górniczej, a także oświadczył, iż „innych wykluczeń z powodu podania nieprawdziwych informacji w okresie dwóch lat przed upływem terminu składania ofert nie było", podczas gdy informacja o wykluczeniu z postępowania została przekazana wykonawcy BBC przez Zamawiającego (Tramwaje Warszawskie) pismem z dnia 14 maja 2022 r. Zatajając tą informację wykonawca BBC uniemożliwił Zamawiającemu dokonanie całościowej i rzetelnej oceny swoich uchybień w ww. postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Izba analizując materiał zgromadzony w aktach obydwu spraw odwoławczych

stwierdziła, że zarówno odwołanie Konsorcjum w sprawie KIO 2875/22, jak i odwołanie wykonawcy BBC w sprawie KIO 2891/22 nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z regulacją art. 559 ust. 2 ustawy PZP uzasadnienie orzeczenia Izby zawiera

wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

W zakresie sprawy KIO 2875/22:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP.

Art. 239 ustawy PZP stanowi natomiast, że Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia (ust. 1).

Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem (ust. 2).

W przedmiotowym przetargu Zamawiający przewidział w pkt II.2.14 ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 16.4. i 18.1. IDW, że wykonawcy powinni zabezpieczyć swoją ofertę poprzez wniesienie wadium. W odniesieniu do drugiej części zamówienia wadium powinno zostać wniesione w wysokości 130 tysięcy złotych, w jednej z form określonych w art. 97 ust. 7 ustawy PZP oraz powinno obejmować cały okres związania ofertą, przy czym jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej. Przy tak sformułowanych zapisach warunków zamówienia spełniony został podstawowy warunek uprawniający Zamawiającego do skorzystania z przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP. W literaturze prawa zamówień publicznych nie budzi wątpliwości, że wystąpienie co najmniej jednej z przesłanek określonych w art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP powoduje, iż złożona oferta podlega odrzuceniu.

Jeśli chodzi o przesłankę, która nakazuje odrzucenie oferty z powodu wniesienia wadium przez wykonawcę w sposób nieprawidłowy, to w praktyce najczęściej przesłanka ta odnosi się do innych aniżeli pieniężne formy wnoszenia wadium. Do najczęściej spotykanych nieprawidłowości należą te dotyczące terminu, na jaki wadium zostało wniesione, a także treści i formy gwarancji. W niniejszej sprawie mamy do czynienia z przypadkiem wadliwości treści wniesionego wadium, albowiem wadialna gwarancja ubezpieczeniowa nr 20220602/001 złożona przez Konsorcjum - wbrew temu co wymagał Zamawiający w pkt 18.3. IDW - nie zawiera klauzuli stanowiącej, że wszystkie spory odnośnie gwarancji będą poddane jurysdykcji sądów polskich. Gwarancja ta w pkt 10 przewiduje, że wszelkie spory mogą wyniknąć na tle gwarancji będą rozstrzygane przez sąd miejscowo właściwy dla siedziby gwaranta, tj. firmy BIRDIE YAS Insurance Ltd. z siedzibą w Londynie, czyli przez sąd brytyjski. W ocenie Izby powyższe przesądza o nieprawidłowości wniesionego wadium, co powinno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy, który dostarczył Zamawiającemu dokument wadialny zawierający treść sprzeczną z wymaganiami Zamawiającego.

Argumentacja Konsorcjum sprowadzająca się do próby wykazania, że przepisy ustawy PZP nie dają uprawnienia Zamawiającym do jednostronnego kreowania zasad wnoszenia wadium, w tym narzucania klauzuli prorogacyjnej, jest nie do zaakceptowania. Zamawiający ma swobodę w tworzeniu i doprecyzowaniu warunków zamówienia zgodnie ze swoimi potrzebami. Nie może jedynie tworzyć takich wymagań, które byłyby sprzeczne z ustawą PZP lub innymi powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Konsorcjum w żadnym miejscu swojego odwołania nie wskazało na przepisy prawa, których zastosowanie powodowałyby, że wymóg Zamawiającego w zakresie poddania wszelkich sporów wynikających z gwarancji jurysdykcji sądów polskich, nie jest dla wykonawców wiążący, tj. że w taki sposób sformułowany zapis SWZ należy uznać za nieważny. Podkreślenia wymaga fakt, że na gruncie prawa cywilnego (art. 385^3 pkt 23 w zw. z art. 385^1 § 1 Kodeksu cywilnego) klauzula prorogacyjna może być uznana za niedozwolone postanowienie umowne i jako taka nieważna w obrocie konsumenckim i to o ile nie była ona indywidualnie uzgodniona pomiędzy przedsiębiorcą i konsumentem, tj. jeśli zgodnie z art. 385^1 § 3 Kodeksu cywilnego konsument nie miał rzeczywistego wpływu na jego treść. W niniejszej sprawie mamy natomiast do czynienia z obrotem profesjonalnym. Wykonawca nie dość, że nie wskazał w treści odwołania, z którymi konkretnie przepisami prawa powszechnie obowiązującego skarżony zapis pkt 18.3. IDW miałby być sprzeczny, to na wcześniejszym etapie postępowania przetargowego nawet nie skorzystał z możliwości zaskarżenia niekorzystnych jego zdaniem zapisów dokumentacji zamówienia, tylko teraz, niejako wtórnie, kwestionuje je przy okazji zaskarżenia czynności odrzucenia jego oferty. W ocenie Izby zapis pkt 18.3. IDW, który wymaga dostarczenia Zamawiającemu przez wykonawców wadium zawierającego w swojej treści klauzulę poddającą wszelkie spory wynikające z gwarancji jurysdykcji sądów polskich, nie jest niezgodny z przepisami prawa. Zamawiający miał prawo wymagać od wykonawców wniesienia wadium w takiej formie, aby dochodzenie ewentualnych roszczeń z gwarancji nie było utrudnione. Mając powyższe na uwadze Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP.

Również zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP, jako pochodny względem zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP, Izba uznała za niezasadny. Zgodnie z rozdziałem 21 IDW kryteriami oceny ofert w tym postępowaniu były cena (60%), jakość (26%) i doświadczenie personelu konsultanta (14%). Należy podkreślić, że sam wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, z pominięciem oceny ofert, które zdaniem odwołującego zostały niesłusznie odrzucone, nie oznacza równocześnie, że Zamawiający w toku postępowania dokonał oceny ofert niezgodnie z ustalonymi przez siebie kryteriami oceny albo aby niewłaściwie zastosował wybrane przez siebie kryteria oceny ofert. Mając powyższe na względzie zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP podlegał oddaleniu.

W zakresie sprawy KIO 2891/22:

Art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP stanowi, że 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.

Według zaś art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Art. 239 ustawy PZP stanowi, że Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia (ust. 1). Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem (ust. 2).

Zgodnie z art. 223 ust. 2 ustawy PZP Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie lub 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Na gruncie regulacji art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP wykonawcę można wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli zostały spełnione trzy przesłanki. Po pierwsze wykonawca musi przedstawić Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd. Nie chodzi przy tym o skuteczne wprowadzenie Zamawiającego w błąd, wystarczająca jest sama hipotetyczna możliwość, że przedstawione informacje mogą wprowadzić Zamawiającego w błąd. Wprowadzenie Zamawiającego w błąd może nastąpić zarówno poprzez przedstawienie mu obiektywnie fałszywych informacji, jak również informacji obiektywne prawdziwych, które jednak w konkretnych okolicznościach i w konkretnym kontekście sytuacyjnym mogą wywoływać mylne wyobrażenie u Zamawiającego odnośnie istniejącego stanu rzeczy. Po drugie przedstawienie wprowadzających w błąd informacji powinno być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy. W literaturze prawa zamówień publicznych podnosi się, że lekkomyślność

będzie polegać na tym, że wykonawca przedstawia informacje, przewidując możliwości wprowadzenia Zamawiającego w błąd, ale bezpodstawnie sądzi, że skutku tego uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności. Natomiast niedbalstwo zachodzi, jeżeli wykonawca nie ma w ogóle wyobrażenia co do możliwości wprowadzenia Zamawiającego w błąd, choć przy dołożeniu należytej staranności powinien był skutek ten sobie wyobrazić [tak: H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, komentarz do art. 109 ustawy, teza 9.3.2.]. Po trzecie wreszcie informacje przedstawione przez wykonawcę powinny cechować się tym, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co najczęściej należy odnieść do decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu bądź zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy. Innymi słowy o istotnym wpływie na decyzje Zamawiającego można mówić w przypadku, gdy wprowadzające w błąd informacje są kluczowe dla rankingu ofert, bytu konkretnego wykonawcy i jego oferty w danym postępowaniu, wyboru oferty konkretnego wykonawcy jako najkorzystniejszej czy nawet unieważnienia całego postępowania o udzielenie zamówienia.

W niniejszej sprawie Zamawiający wskazując w dokumentacji postępowania zgodnie z art. 109 ust. 2 ustawy PZP fakultatywne podstawy wykluczenia, w tym przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, mógł w przedmiotowym postępowaniu wykluczyć wykonawcę z powodu przedstawienia w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w tym postępowaniu, a następnie odrzucić ofertę takiego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP. W ocenie Izby w odniesieniu do wykonawcy BBC dowody załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie potwierdziły, że:

1) wskazany przez tego wykonawcę w Formularzu 2.2. Pan J. M. nie pełnił na zadaniu obejmującym budowę Mostu Siekierkowskiego w Warszawie funkcji Kierownika Robót Mostowych - w rzeczywistości pełnił on funkcję Kierownika Robót Stalowych Konstrukcji Mostowych, co bezsprzecznie wynika z pism Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie z dnia 12 kwietnia 2022 r. i 1 czerwca 2022 r. oraz wpisów w Dzienniku Budowy nr 1/2001 załączonym do odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 2891/22,

2) Pan J. M. nie pełnił swojej funkcji na zadaniu obejmującym budowę Mostu Siekierkowskiego w Warszawie w okresie minimum 12 miesięcy liczonym wstecz od daty wydania pozwolenia na użytkowanie obiektu - w rzeczywistości zakończył on pełnienie swojej funkcji na tym zadaniu w okresie wcześniejszym niż 12 miesięcy liczone wstecz od dnia uzyskania pozwolenia na użytkowanie, gdzie z pisma Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie z dnia 1 czerwca 2022 r. jednoznacznie wynika, że Pan J. M. zakończył pełnienie swojej funkcji w dniu 3 września 2001 r., natomiast Wojewoda Mazowiecki pozwolenie na użytkowanie Mostu Siekierkowskiego w Warszawie wydał w dniu 17 września 2002 r.,

3) wbrew wyjaśnieniom wykonawcy BBC zawartym w jego piśmie z dnia 29 września 2022 r. Pan J. M. po dniu 3 września 2001 r. nie nadzorował już żadnych robót na zadaniu obejmującym budowę Mostu Siekierkowskiego w Warszawie, a zwłaszcza robót związanych z zabezpieczeniem antykorozyjnym oraz usuwaniem usterek i niedoróbek powłoki malarskiej z wytwórni - w rzeczywistości nadzór nad tą kategorią robót sprawował Pan Daniel Skóra, co wynika wprost z wpisów umiejscowionych na str. 5, 10, 13, 14, 17, 19, 20, 27, 28, 29, 31 i 32 Dziennika Budowy nr 1/2001.

Nie znalazły uznania w oczach Izby twierdzenia wykonawcy BBC dotyczącego tego, że Zamawiający opisując kryteria oceny ofert nie sprecyzował w dokumentacji postępowania, co konkretnie rozumie pod pojęciem Kierownika Robót Mostowych oraz jaki zakres robót dotyczący mostów na inwestycji uznaje za spełniający tak opisane kryterium. Akurat nie w tym leży istota problemu. Zamawiający w podkryterium 2.2. wyraźnie określił, że będzie dodatkowo punktował wskazanie osób posiadających wymagane doświadczenie na stanowisku Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej. Inne nazwy tego stanowiska zostały wymienione w opisie tego podkryterium zamiennie. Niemniej nie ulega wątpliwości, że cały czas chodzi o osobę zajmującą kierownicze stanowisko na inwestycji obejmującej budowę lub przebudowę mostu, a nie taką osobę, która kieruje lub nadzoruje jedynie pewien wycinek inwestycji. Nie trzeba dokonywać pogłębionych analiz aby móc stwierdzić, że pojęcie „Kierownik Robót Stalowych Konstrukcji Mostowych" jest zdecydowanie węższe aniżeli pojęcie „Kierownik Robót Mostowych". Jednocześnie choć wykonawca BBC w złożonym Formularzu 2.2. nie napisał nic na temat tego, kiedy zostało wydane pozwolenie na użytkowanie Mostu Siekierkowskiego w Warszawie (gdyż jak twierdził nie miał takiej informacji od Pana J. M.), to za pomocą znanych i łatwo dostępnych dla każdego przedsiębiorcy uczestniczącego w publicznych przetargach instrumentów prawnych niewątpliwie miał faktyczną możliwość, aby zweryfikować tą datę. Skoro jednak nie zdecydował się na wykazanie większej inicjatywy w tym kierunku, to należy przyjąć, że wykonawca ten godził się na to, że podana w jego Formularzu informacja może być niezgodna z rzeczywistością i że może wprowadzać Zamawiającego w błąd. Co się zaś tyczy tego, czy Pan J. M. nadzorował w rzeczywistości roboty dotyczące zabezpieczenia antykorozyjnego i powłok malarskich, to wpisów z lat 2001-2002 w Dzienniku Budowy nr 1/2001 prowadzonym dla inwestycji obejmującej budowę Mostu Siekierkowskiego w Warszawie nie mogą podważać pisemne oświadczenia trzech osób wygenerowane wiele lat po zakończeniu przedmiotowej inwestycji.

Jedynie w odniesieniu do zarzutu braku zatajenia w załączniku do JEDZ informacji dotyczącej wykluczenia wykonawcy BBC z postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Tramwaje Warszawskie w trybie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP z 2004 r. należało przyznać rację odwołującemu, niemniej uznanie w tym zakresie zarzutu odwołania pozostaje bez wpływu na końcowy wynik sprawy. Wykonawca BBC nie miał obowiązku wykazywania w składanych dokumentach wykluczeń z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego dokonywanych pod rządami ustawy PZP z 2004 r. Podkreślić należy, że art. 24 ust. 7 ustawy PZP z 2004 r. nie przewidywał żadnego okresu wykluczenia wykonawców z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku zaistnienia przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP z 2004 r., wobec czego taka informacja była irrelewantna z punktu widzenia Zamawiającego w niniejszej sprawie i nie mogła mieć żadnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Mając powyższe na względzie zarzut odwołania dotyczący naruszenia 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP Izba uznała za niezasadny.

Izba nie stwierdziła również podstaw do uwzględnienia dwóch zarzutów ewentualnych sformułowanych przez wykonawcę BBC.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy PZP to należy stwierdzić, że ustawa PZP nie definiuje pojęcia „oczywistej omyłki pisarskiej". W literaturze

prawniczej i orzecznictwie przyjmuje się jednak, że chodzi łatwo zauważalne błędy, tj. takie do których stwierdzenia nie są konieczne jakieś szczególne badania czy też czynienie dodatkowych ustaleń. Zwykle przez oczywistą omyłkę rozumie się zwykły błąd wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, nie zaś spowodowany uchybieniem o charakterze merytorycznym. Co istotne, oczywista omyłka w tekście oferty nie może doprowadzić do zmiany jej treści, albowiem pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki nie można doprowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia. W takim razie nie może być mowy o oczywistej omyłce pisarskiej lub innego rodzaju omyłce polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia w sytuacji, gdy z samych twierdzeń odwołującego wyraźnie wynika, że nie znał on faktycznej daty wydania pozwolenia na użytkowanie Mostu Siekierkowskiego w Warszawie i nie podał jej w Formularzu 2.2. Natomiast znajomość i wskazanie tej daty w ofercie miała kluczowy wpływ na ocenę spełnienia podkryterium 2.2. w ramach kryterium doświadczenia personelu konsultanta, wobec czego czynienie jakichkolwiek ingerencji przez Zamawiającego prowadziłoby do niedozwolonej na gruncie przepisów ustawy PZP zmiany treści oferty wykonawcy BBC.
Z tych względów zarzut ewentualny dotyczący naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy PZP nie zasługiwał na uwzględnienie.

Jeśli chodzi o zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP to jest on wtórny względem zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP i w ocenie Izby okazał się on nieuzasadniony. Decyzja Zamawiającego o nieprzyznaniu wykonawcy BBC dodatkowych punktów za doświadczenie Pana J. M. była słuszna, albowiem - jak już zostało wykazane powyżej - nie zostały spełnione przesłanki opisane w podkryterium 2.2., które uzasadniałyby przyznanie temu wykonawcy kilku dodatkowych punktów. Mając to na względzie zarzut ewentualny dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP jako bezzasadny podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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. z 2020 r., poz. 2437). Z uwagi na oddalenie obydwu odwołań w obydwu sprawach Izba zasądziła od Odwołujących na rzecz Zamawiającego zwrot kosztów postępowania odwoławczego związanych z wydatkiem Zamawiającego poniesionym na wynagrodzenia pełnomocnika, tj. każdorazowo po 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący

Członkowie: