sygn. akt: KIO 379/23

WYROK

z dnia 22 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2023 r. przez wykonawcę Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Inwestycyjne WUDIMEKS spółka z o.o., ul. Armii Krajowej 60/62; 42-200 Częstochowa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Sinfonia Varsovia, ul. Grochowska 272; 03-849 Warszawa,

przy udziale wykonawcy SMCE Europe sp. z o.o., ul. Jana Heweliusza 11/819; 80-890 Gdańsk, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SMCE Europe sp. z o.o., ul. Jana Heweliusza 11/819; 80-890 Gdańsk i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Inwestycyjne WUDIMEKS spółka z o.o., ul. Armii Krajowej 60/62; 42-200 Częstochowa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy SMCE Europe sp. z o.o., ul. Jana Heweliusza 11/819; 80-890 Gdańsk na rzecz odwołującego Wielobranżowe Przedsiębiorstwo

Inwestycyjne WUDIMEKS spółka z o.o., ul. Armii Krajowej 60/62; 42-200 Częstochowa, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 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: ……

Uzasadnienie

Zamawiający – Sinfonia Varsovia z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „Usługi Inżyniera Kontraktu dla zdania pn.: „Modernizacja zabytkowych obiektów oraz budowa Sali koncertowej przy ulicy Grochowskiej na potrzeby Sinfonia Varsovia Cześć A".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w D.U.U.E. z dnia 18 listopada 2022 r., pod nr 2022/S 223-637836.

Dnia 1 lutego 2023 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 13 lutego 2023 roku, wykonawca Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Inwestycyjne WUDIMEKS spółka z o.o. z siedzibą w Częstochowie (dalej „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami Pzp czynności zamawiającego polegających na:

1) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy SMCE Europe Spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku ul. Jana Heweliusza 11/819 (dalej SMCE lub przystępujący), pomimo że oferta ta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

2) dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez SMCE, pomimo iż oferta ta podlegała odrzuceniu i winna zostać uznana za odrzuconą,

3) zaniechaniu dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez SMCE, pomimo że oferta ta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

3. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez SMCE, mimo iż oferta ta winna zostać odrzucona i uznana za odrzuconą,

4. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty

odwołującego jako najkorzystniejszej,

5. art. 16 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania przetargowego przez zamawiającego w sposób naruszający zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty SMCE jako najkorzystniejszej,

2. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności składających się na proces wyboru oferty najkorzystniejszej,

3. nakazanie zamawiającemu uznania oferty SMCE za odrzuconą na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp,

4. nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownego wyboru i oceny ofert z pominięciem oferty SMCE,

5. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku uwzględnienia odwołania istnieje możliwość uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą w prowadzonym postępowaniu i zawarcia z odwołującym umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazuje, że odrzucenie oferty złożonej przez SMCE spowoduje, że oferta odwołującego stanie się najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu. Aktualnie, w wyniku czynności i zaniechań zamawiającego niezgodnych z ustawą p.z.p., odwołujący pozbawiony został możliwości uzyskania zamówienia.

W związku z powyższym, odwołujący posiada legitymację do złożenia niniejszego środka ochrony prawnej, ponieważ ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie odwołującego się, poprzez bezprawne działanie zamawiającego jego interes został naruszony, co skutkowało brakiem możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Odwołujący po zapoznaniu się z materiałem udostępnionym przez zamawiającego doszedł do przekonania, że jako oferta najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez podmiot, który nie spełnia warunków udziału w niniejszym postępowaniu, a w szczególności:

A) ustalonych przez zamawiającego w rozdziale III p. 2 SWZ,

B) ustalonych przez zamawiającego w rozdziale III p. 3 SWZ w stosunku do:

a) kierownika projektu p. 3 ust. 1 lit. b SWZ

b) inspektora nadzoru robót branży elektrycznej p. 3 ust. 3 lit. a SWZ

c) inspektora nadzoru robót branży sanitarnej p. 3 ust. 5 lit. a SWZ

d) inspektora do spraw akustyki p. 3 ust. 8 lit. a i b SWZ

e) inspektora nadzoru do spraw elektro-akustyki

Ad. A)

Z załącznika nr 8 „wykaz usług zrealizowanych przez Wykonawcę" jednoznacznie wynika, że SMCE nie wykonała ani jednego zadania potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu – potwierdzających zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy. W zestawieniu zrealizowanych usług podano 3 zadania inwestycyjne (spełniające warunki zakreślone przez zamawiającego w SWZ) jednak wszystkie te zadania były wykonywane przez inny podmiot, a nie przez firmę składającą ofertę – firma SMCE Europe Spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku nie wykonała ani jednego zadania, które by potwierdzało, że spełnia warunki udziału w niniejszym postępowaniu. Czynności w zakresie inżyniera kontraktu czy też inwestora zastępczego na zadaniach inwestycyjnych wskazanych przez SMCE wykonywała firma „BUD-INVENT" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie lub firma „Design Construction Studio" Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu. Wprawdzie składająca ofertę firmą SMCE przedłożyła zobowiązanie w/w podmiotów do oddania dyspozycji SMCE Europe Spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku, niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

W ocenie odwołującego złożone zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia swoich zasobów są nieprecyzyjne (podmioty te zapewniają udział w realizacji części prac związanych z pełnieniem funkcji inżyniera kontraktu nad realizacją inwestycji objętej przedmiotem zamówienia) – trudno przyjąć, iż zobowiązania te spełniają warunki określone w art. 118 ust. 4 ustawy p.z.p.

Zamawiający, w ocenie odwołującego, bezkrytycznie przyjął, podczas czynności oceny materiałów złożonych przez SMCE, że podmiot ten spełnia warunki udziału w postępowaniu. Szczególnie w sytuacji, gdy firma ta w 100% opiera się na zasobach podmiotów trzecich, a samodzielnie nie posiada żadnego doświadczenia.

Ad. B.a) - Kierownik projektu.

W ofercie złożonej przez SMCE na potwierdzenie, że wskazana osoba spełnia ten warunek wskazano, iż osoba ta pełniła funkcję kierownika projektu na zadaniu „Przebudowa, remont konserwatorski i zmiana sposobu użytkowania budynków położonych na terenie kompleksu Pałacowego Steinertów wraz z zagospodarowaniem terenu przy ul. Piotrkowskiej 272 A i B oraz Piotrkowskiej 274 w Łodzi". Odwołujący oświadcza, że osoba wskazana przez SMCE nie pełniła funkcji kierownika projektu na tym zadaniu (składający ofertę w tym punkcie podał nieprawdę). Podmiotem wykonującym obowiązki inżyniera kontraktu na ww. zadaniu była firma WPI WUDIMEKS Spółka z o.o. w Częstochowie (odwołujący), a kierownikiem kontraktu przez cały okres realizacji zadania inwestycyjnego był Pan M. W. (dowód: wyciąg z umowy nr 333.94/DZ/2017 z dnia 31.10.2017 r., kopia protokołu odbioru końcowego inwestycji).

Zamawiający analizując i oceniając złożone w postępowaniu oferty nie zauważył, że w ofercie SMCE osobie wskazanej na funkcję kierownika projektu przypisano zadanie inwestycyjne (kompleks Pałacowy Steinertrów w Łodzi) w sytuacji, gdy obowiązki kierownika projektu na tym zadaniu inwestycyjnym wykonywała inna osoba – osoba ta (M. W.) została wskazana w ofercie odwołującego. Zamawiający nie dostrzegając tego istotnego faktu nie przeprowadził w tym zakresie żadnego postępowania wyjaśniającego i bezkrytycznie przyjął, że osoba wskazana przez SMCE na funkcję kierownika projektu spełnia warunek zakreślony w specyfikacji (2 zadania inwestycyjne). Osobie wskazanej przez SMCE można przypisać tylko jedno zadanie inwestycyjne. W tej sytuacji zamawiający winien stwierdzić, że osoba wskazana na kierownika projektu nie spełnia warunków wymaganych przez zamawiającego.

Ad. B.b) - Inspektor nadzoru robót branży elektrycznej.

Wskazano osobę z uprawnieniami do pełnienia funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjnej inżynieryjnej w zakresie instalacji elektrycznych do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót. Zakres uprawnień jest niezgodny z zapisami SWZ, w której wymagano: winien posiadać uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych oraz elektroenergetycznych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń.

Wskazane uprawnienia nie upoważniają do nadzoru w zakresie sieci elektrycznych – wskazana osoba nie spełnia warunków zakreślonych w specyfikacji (pkt 3 ust. 3 lit. a).

Ad B.c) - Inspektor nadzoru robót branży sanitarnej.

Wskazano osobę z uprawnieniami do kierowania robotami instalacyjnymi w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń.

Zakres uprawnień jest niezgodny z zapisami SWZ, w której wymagano: uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń.

Wskazane uprawnienia nie upoważniają do nadzoru w zakresie sieci, instalacji i urządzeń gazowych – wskazana osoba nie spełnia warunków zakreślonych w specyfikacji (pkt 3 ust. 5 lit a).

Ad B.d) - Inspektor nadzoru ds. akustyki.

Nie wykazano spełnienia warunku posiadania minimum 10 letniego doświadczenia zawodowego oraz nie podano daty ukończenia studiów natomiast zgodnie z SWZ: Okres doświadczenia zawodowego liczony jest od momentu uzyskania dyplomu magisterskiego wyższej uczelni technicznej na specjalności Akustyka do dnia składania ofert.

Również nie wykazano spełnienia warunku doświadczenia dla dwóch inwestycji w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, ponieważ zdanie nr 1 dotyczy lat 2006/2007.

Wskazana osoba nie spełnia warunków zakreślonych w specyfikacji (pkt 3 ust. 8 lit b).

Ad B.e) - Inspektor nadzoru ds. elektroakustyki.

Nie wykazano spełnienia warunku posiadania minimum 10 letniego doświadczenia zawodowego oraz nie podano daty ukończenia studiów natomiast zgodnie z SWZ: Okres doświadczenia zawodowego liczony jest od momentu uzyskania dyplomu magisterskiego wyższej uczelni technicznej na specjalności Akustyka do dnia składania ofert. Wskazana osoba nie spełnia warunków zakreślonych w specyfikacji.

Konsekwencją w/w zaniedbań ze strony zamawiającego było uznanie, że oferta złożona przez SMCE spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wnikliwie oceniając w/w ofertę, zamawiający winien stwierdzić, że firma składająca ofertę nie

spełnia warunków udziału w postępowaniu, a tym samym zamawiający był zobowiązany do jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. Zamawiający nie odrzucając tej oferty, która podlegała odrzuceniu z mocy prawa, wybrał jako najkorzystniejszą ofertę firmy SMCE czym naruszył art. 239 ust. 1 ustawy p.z.p.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia zarzuty odwołania w całości. Zamawiający wskazał, co następuje.

W ramach przygotowania SWZ, zamawiający dokonał analizy wymogów jakie powinny spełniać osoby odpowiedzialne za nadzór nad realizacją robót w poszczególnych zakresach. Osobom tym postawiono wymogi z zakresu doświadczenia, które w ocenie zamawiającego korespondują z wyzwaniami, jakie spodziewane są w ramach realizacji robót budowlanych, stanowiących przedmiot zamówienia. Jednocześnie doświadczenie w tym obszarze, które przekracza minimum oczekiwane przez zamawiającego stanowi okoliczność, która może mieć wpływ na jakość świadczonych usług – w związku z czym, doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia, stanowi również jedno z kryteriów oceny ofert.

Jednym z warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z Rozdziałem III pkt 3 ust. 1 b) jest doświadczenie w sprawowaniu funkcji kierownika projektu (z ramienia nadzoru inwestorskiego, inżyniera kontraktu lub inwestora zastępczego) przy co najmniej dwóch inwestycjach polegających na remoncie lub przebudowie budynku zabytkowego, spełniającego określone parametry.

Wykonawca SMCE do pełnienia funkcji kierownika projektu wskazał na p. K. P., deklarując jednocześnie, że sprawował on funkcję kierownika projektu dla przebudowy budynków położonych w Łodzi, na terenie kompleksu Pałacowego Steinertów, wskazując jakoby p. P. pełnił tę funkcję w okresie grudzień 2017 r. – luty 2020 r.

Jak słusznie wskazał odwołujący, w swojej ofercie również powołał (w tym przypadku – w ramach kryteriów oceny ofert) doświadczenie kierownika projektu z tej samej inwestycji w kompleksie Pałacu Steinertów – w okresie październik 2017 r. – grudzień 2020 r. wskazując, iż kierownikiem projektu był p. M. W. .

Na tym tle należy wskazać na dwie okoliczności:

1) zamawiający wprost wymagał doświadczenia w sprawowaniu funkcji kierownika projektu, przez co najmniej 70% czasu realizacji inwestycji (zgodnie z Rozdziałem III pkt. 3 ust. 1 d) SWZ,

2) zamawiający posłużył się określeniem sprawowania/piastowania funkcji – co wiąże się nie tylko z faktycznym wykonywaniem określonych czynności, ale również z formalnym powierzeniem określonych zadań w ramach realizacji umowy i odpowiedzialności za ich realizację, umocowaniem kontraktowym, w przypadku kierownika projektu mowa jest m. in. o:

a. osobistej odpowiedzialności za koordynację procesu inwestycyjnego po stronie nadzoru,

b. odpowiedzialności za organizację i jakość pracy całego zespołu inżyniera kontraktu, oraz

c. wypełnianiu określonych obowiązków, zgodnie z organizacją budowy wynikającą z umowy na realizację robót budowlanych.

W świetle powyższego jest rzeczą oczywistą, że w ramach realizacji każdej inwestycji, tylko jedna osoba mogła nabyć doświadczenie, które pokrywa się z wymaganiami zamawiającego dla doświadczenia Kierownika Projektu. Tym samym jeden z wykonawców dopuścił się poświadczenia nieprawdy w złożonej ofercie. Z dokumentów dołączonych do odwołania wyraźnie wynika, że p. K. P. w ramach ww. inwestycji był inspektorem nadzoru robót budowlanych – członkiem zespołu koordynowanego przez p. M. W. . Informacje te zamawiający potwierdził u inwestora. Funkcja inspektora nadzoru robót budowlanych jest funkcją o charakterze technicznym, a zakres związanych z nią uprawnień i obowiązków uregulowany jest w prawie budowlanym. Funkcja ta nie obejmuje obowiązków natury kontraktowej, związanej z odpowiedzialnością za sprawne działanie, w ramach procedur określonych w umowie z generalnym wykonawcą, całego zespołu nadzoru inwestorskiego. Doświadczenie tego typu jest istotne dla zamawiającego z uwagi na pozycję Kierownika Projektu, jaka została ukształtowana w ramach planowanych umów na realizację inwestycji oraz sprawowanie funkcji inżyniera kontraktu. W przypadku rzeczonej inwestycji nie ulega wątpliwości, że tego typu obowiązki przypisane były do osoby koordynatora inspektorów nadzoru – a więc doświadczenie takie nabył p. M. W. . Tym samym nie jest prawdą, jakoby w ramach inwestycji dot. Pałacu Steinertów osoba desygnowana przez wykonawcę SMCE posiadła doświadczenie w sprawowaniu funkcji Kierownika Projektu. W

rezultacie nie wykazano, aby wykonawca spełniał warunek udziału w postępowaniu – co czyni odwołanie zasadnym.

Jednocześnie zamawiający wskazuje, że w zaistniałych okolicznościach nie jest celowe przeprowadzanie jakiejkolwiek procedury wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bowiem spełniła się przesłanka wykluczenia z postepowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp – tym samym zgodnie z art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, procedura wzywania wykonawcy nie jest obligatoryjna. Wykonawca SMCE wskazując na doświadczenie zawodowe osoby desygnowanej na stanowisko Kierownika Projektu, wprowadził zamawiającego w błąd co do funkcji jaką kandydat pełnił w ramach projektu w Łodzi. Ocena doświadczenia w tej mierze była kluczowa dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie zamawiającego podstawowym obowiązkiem wykonawcy, który towarzyszy składaniu oferty, jest weryfikacja potencjału oferowanego zamawiającemu. W tym przypadku minimum staranności, jakiej należało oczekiwać od

wykonawcy, było zweryfikowanie czy przedstawieni mu kandydaci legitymują się niezbędnym doświadczeniem. Co więcej – mając na uwadze, że doświadczenie to było również kryterium oceny ofert, można założyć, iż wykonawca dokonywał swoistego przeglądu doświadczenia osób, które mogłyby pełnić stanowisko Kierownika Projektu, celem wybrania osoby z najbogatszym doświadczeniem, które musiało się wpisywać w oczekiwania zamawiającego. Nie można zatem uznać za wiarygodne twierdzeń, aby wykonawca nie weryfikował doświadczenia osób desygnowanych na konkretne stanowiska – a jeżeli nawet tak było, to nosi to znamiona rażącego niedbalstwa. Powyższe stanowisko koresponduje z tezą wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2022 r. (KIO 918/22).

Zamawiający wskazuje również, że w konkretnym przypadku projektu w Łodzi, p. P. nie mógł mieć żadnych wątpliwości co do tego, czy sprawowana przez niego funkcja inspektora nadzoru robót budowlanych odpowiadała oczekiwaniom zamawiającego opisanym w SWZ – skoro w ramach projektu miał nad sobą przełożonego, którego obowiązkiem było koordynowanie pionu nadzoru inwestorskiego, a więc właśnie sprawowanie funkcji Kierownika Projektu w rozumieniu SWZ. Należy również podkreślić, że nie ma mowy o wątpliwościach interpretacyjnych co do tego, czy doświadczenie inspektora nadzoru robót budowlanych jest wystarczające – wykonawca w złożonym wykazie osób nie określił doświadczenia p. P. jako doświadczenia w sprawowaniu funkcji takiego inspektora (uzupełniając to opisem zakresu wykonywanych obowiązków, czy też czekając na ewentualne wezwanie do wyjaśnień), przeciwnie: w pozycji zatytułowanej daty sprawowania funkcji i rodzaj funkcji, to sam wykonawca wpisał funkcję Kierownika Projektu, co nie jest zgodne z prawdą i nie odpowiada funkcji sprawowanej przez kandydata – niezależnie od

tego, jak ocenimy jego faktyczny zakres obowiązków. Tym samym w ocenie zamawiającego zachodzą przesłanki do wykluczenia wykonawcy w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp – wobec czego wystarczające będzie powtórzenie oceny ofert, bez konieczności wzywania przystępującego wykonawcy do składania wyjaśnień

Przystępujący SMCE złożył pismo procesowe, w którym wskazał, co następuje.

Mimo tego, iż w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a także w ramach realizacji zamówienia przystępujący postanowił wesprzeć się zasobami podmiotu trzeciego, to jednak nieprawdziwe jest twierdzenie odwołującego, iż przystępujący nie posiada żadnego doświadczenia. Poniżej przystępujący wskazuje własne doświadczenie w realizacji zamówień tego typu, jakie jest przedmiotem postępowania, którego dotyczy odwołanie:

1) Inżynier Projektu oraz wielobranżowego nadzoru inwestorskiego dla inwestycji „Budowa kompleksu obiektów sportowych przy Centrum Edukacji Zawodowej i Turystyki przy ul. Gdyńskiej 26 w Świnoujściu wraz z rozbudową szkoły" – 17.04.2019 – 21.01.2021 (przekazanie obiektu do użytkowania) dla Gmina Miasto Świnoujście; wartość robót: ok. 50 mln PLN;

2) Pełnienie funkcji Inżyniera dla Inwestycji pn. „Poprawa dostępu do portu w Szczecinie w rejonie Basenu Kaszubskiego"; Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście S.A – od 28.03.2019 do obecnie; wartość robót: ok 223 mln PLN;

3) Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla inwestycji, pn. „Rozbudowa części morskiej Terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu"; Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście S.A – od 20.08.2020 do obecnie; wartość robót: ok. 100 mln PLN.

Zarzut A

Odnośnie zarzutu A stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie, choćby z tego względu, że argumentacja przedstawiona w odwołaniu jest sprzeczna. Z jednej strony odwołujący podnosi, iż przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a z drugiej wskazuje, że w wykazie usług podano trzy zadania inwestycyjne spełniające warunki postawione przez zamawiającego. Kwintesencją zarzutu jest to, iż zadania te nie były wykonane przez przystępującego, lecz przez podmioty trzecie udostępniające mu zasoby. Należy zatem podkreślić, iż zgodnie z art. 118 Pzp wykonawca może posługiwać się doświadczeniem osób trzecich w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Co więcej, zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań w ramach tego zamówienia. Najważniejsze jednak jest to, iż argumentacja przedstawiona przez odwołującego w tym zakresie nie może uzasadniać zarzutu braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem przystępujący

potwierdził ich spełnianie, a wskazane w wykazie doświadczenie podmiotów trzecich jest adekwatne do wymagań zamawiającego.

Przystępujący zwraca uwagę, iż odwołujący nie postawił zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 118, 119, czy 462 Pzp, a zatem ewentualnie takich zarzutów, które formalnie mogłoby stanowić kanwę do dyskusji w przedmiotowym zakresie. Już tylko z tego powodu odwołanie odnośnie tego zarzutu nie podlega uwzględnieniu, albowiem nie postawione zostały przez odwołującego takie zarzuty, na gruncie których można by z podniesioną kwestią polemizować. Zarzut braku spełnienia warunku nie jest adekwatny do przedstawionych okoliczności faktycznych.

Odwołujący stawia także zarzut (faktyczny), iż zobowiązania złożone przez podmioty trzecie są nieprecyzyjne, bowiem podmioty te zapewniają udział w części prac związanych z pełnieniem funkcji inżyniera kontraktu. W tej kwestii ponownie wskazać trzeba, iż jedynym zarzutem, jaki postawiony został w odwołaniu jest zarzut niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, a sam odwołujący przyznaje wprost w treści odwołania, iż przystępujący potwierdził spełnienie tychże warunków. Odnośnie sposobu potwierdzenia spełnienia warunków brak jest jakiegokolwiek zarzutu. Ponadto, kwestia ta nie była przedmiotem ani wyjaśnień, ani wezwania do uzupełnienia, a tym samym zarzut zmierzający do odrzucenia oferty z tego powodu jest przedwczesny. Odwołanie zatem nie powinno być uwzględnione, albowiem nie zawiera zarzutów braku wezwania przystępującego do wyjaśnienia tudzież do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

Niezależnie od uchybienia w zakresie postawienia zarzutów, przystępujący podnosi, iż jak już wyżej wykazano, posiada doświadczenie w realizacji zamówień tego typu, a zatem ma potencjał do wzięcia udziału w realizacji zamówienia, choćby w organizacji aspektów biurowo-administracyjnych, zapewnienia obsługi prawnej czy wsparcia w zakresie rachunkowo-rozliczeniowym.

Zarzut B.a (kierownik projektu)

Przystępujący potwierdza, iż osoba wskazana w wykazie do sprawowania funkcji kierownika projektu nie pełniła tej funkcji na zadaniu „Przebudowa, remont konserwatorski i zmiana sposobu użytkowania budynków położonych na terenie kompleksu pałacowego Steinertów wraz z zagospodarowaniem terenu przy ul. Piotrkowskiej 272 A i B oraz Piotrkowskiej 274 w Łodzi". Jednakże uchybienie to nie jest przejawem dążenia przystępującego do wprowadzenia zamawiającego w błąd, a jedynie zwykłą omyłką skutkującą obowiązkiem wezwania do uzupełnienia. Przystępujący został w tej kwestii wprowadzony w błąd oświadczeniem złożonym przez osobę wskazaną w wykazie, a osoba ta także popełniła w tej kwestii pomyłkę.

Okoliczność powyższa nie może być rozpatrywana z punktu złożenia nieprawdziwych informacji, albowiem w tej kwestii odwołujący nie postawił zamawiającemu zarzutu. Odnosząc tę część argumentacji do zarzutu braku spełnienia warunku udziału w

postępowaniu, w ocenie przystępującego żądanie odrzucenia oferty przystępującego jest przedwczesny, ponieważ w tej sprawie i odnośnie tych okoliczności przystępujący nie był wzywany ani do uzupełnienia, ani do poprawienia wykazu. Jak sam odwołujący zauważa: „Zamawiający nie dostrzegając tego istotnego faktu nie przeprowadził w tym zakresie żadnego postępowania wyjaśniającego […]". Jednakże odwołujący poniechał postawienia zarzutów zarówno w zakresie wyjaśnienia jak i ewentualnego uzupełnienia dokumentów podmiotowych, a zatem odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Przystępujący nie może być karany tak dotkliwie tj. odrzuceniem oferty, jeżeli w istocie osoba wskazana jako kierownik projektu posiada doświadczenie, a zatem warunek jest spełniony, a uchybienie w wykazie jest efektem ludzkiego błędu. Nie ma wątpliwości, iż ta kwestia nie była badana przez zamawiającego w żaden sposób, a zatem żaden z instrumentów przewidzianych w Pzp – służących ochronie prawidłowo złożonej oferty – nie został zastosowany. Celem instytucji uzupełnienia dokumentów jest stworzenie możliwości usunięcia braków lub uchybień w złożonych na wezwanie zamawiającego oświadczeniach i dokumentach, tak aby wykonawca faktycznie zdolny do wykonania zamówienia nie był eliminowany z postępowania jedynie ze względów formalnych, nie zaś merytorycznych.

Przystępujący podnosi, iż przyjęcie odmiennego stanowiska mogłoby prowadzić do istotnych nieprawidłowości postępowania. Dobrym przykładem są okoliczności faktyczne ujawnione przez odwołującego, co do których zarówno zamawiający jak i przystępujący pozostawali do chwili otrzymania odwołania w nieświadomości. Gdyby uznać, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu, w takim przypadku przystępujący w ogóle nie miałby szansy na poprawienie złożonych dokumentów i polegałby wyłącznie na wnikliwości zamawiającego przy ich weryfikacji. Doszłoby zatem do zróżnicowania sytuacji i możliwości wystąpienia dwóch przypadków: pierwszego, gdy zamawiający zdołałby zidentyfikować wszystkie błędy w wykazie i wezwać do ich uzupełnienia i w takim przypadku przystępujący miałby okazję wszystkie te błędy poprawić oraz drugiego, gdy zamawiający niektórych nieprawidłowości nie zdołałby zidentyfikować, a wówczas przystępujący nie uzyskałby okazji do poprawienia dokumentów, a zatem polegałby wyłącznie na wnikliwości zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe zarzut ten nie powinien zostać uwzględniony.

Zarzut B.b (inspektor nadzoru branży elektrycznej)

Zarzut postawiony przez odwołującego nie uwzględnia stanowiska Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa przedstawionego w opinii zamieszczonej pod adresem internetowym:

Skrócone wnioski płynące z tego stanowiska przystępujący przedstawia poniżej:

„Pierwotne brzmienie § 13 ust. 1 pkt 4 lit. d) wskazuje, że w specjalności „elektrycznej" uprawnienia budowlane nadawane były wyłącznie do instalacji. Pod pojęciem tym mieściły się na równi instalacje i dopisane w 1988 roku do rozporządzenia, sieci elektryczne. W tym przypadku szczególnego znaczenia nabiera brzmienie cytowanego na wstępie § 1 rozporządzenia. Jedynie zakres praktyki zawodowej, dokumentowej przez osobę ubiegającą się o nadanie uprawnień budowlanych, decydował o tym, czy uprawnienia obejmują instalacje, sieci, czy łącznie instalacje i sieci elektryczne. Jeżeli w decyzji o stwierdzeniu posiadania przygotowania zawodowego nie zawarto ograniczenia zakresu uprawnień wynikającego z zakresu odbytej praktyki zawodowej, w przypadku osób z wykształceniem wyższym, uprawnienia obejmują pełny zakres specjalności, w brzmieniu określonym po zmianie przepisów w tym zakresie wprowadzonej w 1988 roku".

Powyższe rozważania dotyczą rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r., które są podstawą uprawnień posiadanych przez inspektora nadzoru branży elektrycznej. Stwierdzenie uprawnień nastąpiło na podstawie § 13 ust. 1 pkt 4 lit. d rozporządzenia, a zatem opinia PIIB jest adekwatna do sytuacji tej osoby.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż zarzut nie jest zasadny, ponieważ wskazany przez przystępującego w wykazie inspektor nadzoru branży elektrycznej posiada odpowiednie uprawnienia spełniające warunek postawiony przez zamawiającego.

Z najdalej idącej ostrożności przestępujący podnosi, iż w tej kwestii także nie był wzywany do uzupełnienia dokumentu podmiotowego.

Zarzut B.c (inspektor nadzoru robót branży sanitarnej)

Zarzut oparty jest na omyłce pisarskiej, albowiem uprawnienia do kierowania robotami instalacyjnymi w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych nie istnieją. Nadaje się wyłącznie uprawnienia do kierowania robotami instalacyjnymi w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych. Cała zatem omyłka sprowadza się do pominięcia słowa „gazowych" w opisie uprawnień. Jednakże wskazana osoba posiada stosowne uprawnienia, także w zakresie sieci, instalacji i urządzeń gazowych, a zatem spełnia warunek postawiony w postępowaniu.

Zarzut B.d (inspektor nadzoru ds. akustyki)

Wbrew stanowisku odwołującego, w wykazie na str. 21 podana została dla wskazanej osoby data ukończenia studiów tj. 29.06.1964 r. Wskazana osoba posiada doświadczenie adekwatne do postawionego warunku, ale zgodzić się trzeba z odwołującym, iż nie zostało ono prawidłowo odzwierciedlone w złożonym przez przystępującego wykazie. W tej kwestii przystępujący w całości odwołuje się do argumentacji przytoczonej w punkcie poświęconym zarzutowi B.a. w zakresie wezwania do uzupełnienia/poprawienia wykazu.

Zarzut B.e (inspektor nadzoru ds. elektroakustyki)

Wbrew stanowisku odwołującego, w wykazie na str. 25 podana została dla wskazanej osoby data ukończenia studiów tj. 14.07.2000 r. Wskazana osoba posiada doświadczenie adekwatne do postawionego warunku, ale zgodzić się trzeba z odwołującym, iż nie zostało ono prawidłowo odzwierciedlone w złożonym przez przystępującego wykazie. W tej kwestii Przystępujący w całości odwołuje się do argumentacji przytoczonej w punkcie poświęconym zarzutowi B.a. w zakresie wezwania do uzupełnienia/poprawienia wykazu.

Podsumowując przystępujący wskazał, iż analiza przedstawionego wykazu w świetle zarzutów odwołania, a także w świetle niniejszego stanowiska przystępującego nie może prowadzić do wniosku, iż przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a co najwyżej do wniosku, iż wykaz złożony przez przystępującego zawiera błędy. Odwołujący nie udowodnił, iż przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie miał zresztą takiej możliwości, albowiem warunki te są przez osoby wskazane w wykazie spełnione. Na chwilę obecną wykaz zawiera jednak pewne błędy, które powinny być usunięte w drodze uzupełnienia/poprawienia wykazu. W kwestiach objętych odwołaniem przystępujący nie był wzywany ani do wyjaśnienia, ani do korekty wykazu. Odwołujący na mocy własnej decyzji tak ukształtował zarzuty odwołania, iż nie powinno ono zostać uwzględnione. Gdyby odwołujący zdecydował się na uzupełnienie odwołania o zarzuty w zakresie uzupełnienia bądź wezwania przystępującego do wyjaśnień (choćby postawione ewentualnie), jego odwołanie miałoby – w ocenie przystępującego – szanse powodzenia. Jednakże w braku tychże zarzutów, uchybienia objęte zarzutami odwołania nie mogą prowadzić do odrzucenia oferty przystępującego, albowiem byłoby to przejawem ewidentnego formalizmu w zakresie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Obecnie od takiego podejścia odchodzi się na rzecz takiego rozumienia i wykładni przepisów, które prowadzą do utrzymania oferty w postępowaniu o ile merytorycznie nie ma podstaw do jej odrzucenia. Najlepszym wyrazem zmiany jest odmienne niż na gruncie poprzedniej ustawy ukształtowanie przepisów dających podstawę do „usunięcia" wykonawcy z postępowania. O ile bowiem w ramach poprzedniej ustawy podstawę do wykluczenia oferty z postępowania stanowił brak wykazania spełnienia warunku, o tyle obecnie podstawę odrzucenia oferty stanowi niespełnienie warunków udziału, a zatem ewidentnie akcent został przeniesiony z przesłanki formalnej (wykazanie) na przesłankę merytoryczną (brak spełnienia warunku).

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy

procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stan sprawy ustalony w toku postępowania (przepis art. 552 ust. 1 ustawy Pzp - wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego) daje podstawy do twierdzenia, że co najmniej zachodzą podstawy faktyczne (pismo procesowe przystępującego) i prawne (art. 128 ustawy Pzp) do wyjaśnienia i lub uzupełnienia wadliwych dokumentów i informacji wynikających z treści posiadanych przez zamawiającego dokumentów składających się na dokumentację przetargową.

W przedmiotowej sprawie, zamawiający co prawda oświadczył, iż uwzględnia odwołanie w całości, jednakże wniosek jaki konstruuje zamawiający w oparciu o ustalony przez siebie stan faktyczny, zdaje się wybiegać ponad treść zarzutów postawionych przez odwołującego. Odwołujący stawia bowiem zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, pomimo że oferta złożona została przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Natomiast zamawiający ustalił, iż oferta przystępującego podlegała odrzuceniu, gdyż została złożona przez wykonawcę, który przedstawił informacje nieprawdziwe – art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Tak daleko idące konsekwencje prawne i faktyczne dla wykonawcy, nie mogą być bagatelizowane, tym bardziej, że Izba na mocy przepisu art. 555 ustawy Pzp, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Skoro zatem odwołujący nie postawił zarzutu podania przez przystępującego informacji wprowadzających zamawiającego

w błąd, to Izba nie jest uprawniona do przyjęcia stanowiska zamawiającego za ostatecznie prawidłowe.

Jak wynika z akt postępowania, w tym pisma przystępującego, zachodzą podstawy do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów, w zakresie których zachodzi taka podstawa. Trzeba mieć bowiem na względzie skutek czynności zamawiającego, który ma niebagatelne znaczenie dla wykonawcy. Prawidłowo ustalony stan faktyczny, po uzyskaniu stosownych wyjaśnień i uzupełnieniu dokumentów, stanowić będzie podstawę do podjęcia prawidłowych czynności zamawiającego.

Nie można bowiem bezkrytycznie podchodzić do stanowiska przystępującego, jakie prezentował w piśmie procesowym oraz na rozprawie, iż osoba wskazana w wykazie do sprawowania funkcji kierownika projektu nie pełniła tej funkcji na zadaniu „Przebudowa, remont konserwatorski i zmiana sposobu użytkowania budynków położonych na terenie kompleksu pałacowego Steinertów wraz z zagospodarowaniem terenu przy ul. Piotrkowskiej 272 A i B oraz Piotrkowskiej 274 w Łodzi". Jak wskazał przystępujący, uchybienie to nie jest przejawem dążenia przystępującego do wprowadzenia zamawiającego w błąd, a jedynie zwykłą omyłką skutkującą obowiązkiem wezwania do uzupełnienia. Przystępujący został w tej kwestii wprowadzony w błąd oświadczeniem złożonym przez osobę wskazaną w wykazie, a osoba ta także popełniła w tej kwestii pomyłkę.

Okoliczność powyższa nie może być rozpatrywana z punktu złożenia nieprawdziwych informacji, albowiem w tej kwestii odwołujący nie postawił zamawiającemu zarzutu. Odnosząc tę część argumentacji do zarzutu braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w ocenie przystępującego żądanie odrzucenia oferty przystępującego jest przedwczesny, ponieważ w tej sprawie i odnośnie tych okoliczności przystępujący nie był wzywany ani do uzupełnienia, ani do poprawienia wykazu. Jak sam odwołujący zauważa: „Zamawiający nie dostrzegając tego istotnego faktu nie przeprowadził w tym zakresie żadnego postępowania wyjaśniającego […]". Jednakże odwołujący poniechał postawienia zarzutów zarówno w zakresie wyjaśnienia jak i ewentualnego uzupełnienia dokumentów podmiotowych. Przystępujący nie może być karany tak dotkliwie tj. odrzuceniem oferty, jeżeli w istocie osoba wskazana jako kierownik projektu posiada doświadczenie, a zatem warunek jest spełniony, a uchybienie w wykazie jest efektem ludzkiego błędu. Nie ma wątpliwości, iż ta kwestia nie była badana przez zamawiającego w żaden sposób, a zatem żaden z instrumentów przewidzianych w Pzp – służących ochronie prawidłowo złożonej oferty – nie został zastosowany. Celem instytucji uzupełnienia dokumentów jest stworzenie możliwości usunięcia braków lub uchybień w złożonych na wezwanie zamawiającego oświadczeniach i dokumentach, tak aby wykonawca faktycznie zdolny do wykonania zamówienia nie był eliminowany z postępowania jedynie ze względów formalnych, nie zaś merytorycznych.

Przystępujący wskazał, iż przyjęcie odmiennego stanowiska mogłoby prowadzić do istotnych nieprawidłowości postępowania. Dobrym przykładem są okoliczności faktyczne ujawnione przez odwołującego, co do których zarówno zamawiający jak i przystępujący pozostawali do chwili otrzymania odwołania w nieświadomości. Gdyby uznać, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu, w takim przypadku przystępujący w ogóle nie miałby szansy na poprawienie złożonych dokumentów i polegałby wyłącznie na wnikliwości zamawiającego przy ich weryfikacji. Doszłoby zatem do zróżnicowania sytuacji i możliwości wystąpienia dwóch przypadków: pierwszego, gdy zamawiający zdołałby zidentyfikować wszystkie błędy w wykazie i wezwać do ich uzupełnienia i w takim przypadku przystępujący miałby okazję wszystkie te błędy poprawić oraz drugiego, gdy zamawiający niektórych nieprawidłowości nie zdołałby zidentyfikować, a wówczas przystępujący nie uzyskałby okazji do poprawienia dokumentów, a zatem polegałby wyłącznie na wnikliwości zamawiającego.

Rekapitulując Izba stwierdziła, iż zamawiający będąc w posiadaniu wiedzy pozyskanej w wyniku przeprowadzonego postępowania odwoławczego, jest w stanie prawidłowo przeprowadzić czynność oceny złożonej oferty, w tym będzie mógł zastosować procedurę wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów zawierających błędy lub braki, istotnie wpływające na podmiotową ocenę wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: ……