Sygn. akt: KIO 2719/24

WYROK

Warszawa, dnia 28 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Bartosz Stankiewicz

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 29 lipca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Legnickiej 48A (54-202 Wrocław), IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. z siedzibą w Bilbao przy Avda. Zarandoa 23 48015 Bilbao (Królestwo Hiszpanii), HIQE spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Celulozy 117C (04-986 Warszawa) oraz BBF spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu przy ul. Dąbrowskiego 461 (60-451 Poznań)
w postępowaniu prowadzonym przez „PKP Intercity" spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 142A (02-305 Warszawa)

przy udziale:
A) uczestnika po stronie odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: B-Act spółki akcyjnej z siedzibą w Bydgoszczy przy ul. Paderewskiego 24 (85-075 Bydgoszcz) oraz TRANSPROJEKT GDAŃSI spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Gdańsku przy ul. Zabytkowej 2 (80-253 Gdańsk);
B) uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre przy 15-27 rue du Port, Parc de l'Ile, 92022 Nanterre CEDEX (Republika Francuska);
C) uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ZDI spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu przy ul. Jana Kiepury 6 (22-400 Zamość)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. z siedzibą w Bilbao (Królestwo Hiszpanii), HIQE spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz BBF spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu i:
2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty ww. wykonawcy poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
we Wrocławiu, IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. z siedzibą w Bilbao (Królestwo Hiszpanii), HIQE spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz BBF spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu na rzecz zamawiającego „PKP Intercity" spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga
za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:…….

Sygn. akt: KIO 2719/24

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

„PKP Intercity" S.A. z siedzibą w Warszawie zwana dalej „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp", w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Sprawowanie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych w ramach zadań pn.: „Przemyśl Bakończyce – Budowa myjni całorocznej" oraz „Przebudowa bocznicy kolejowej Przemyśl Bakończyce"* o numerze referencyjnym: 22/WNP-016444/INF, zwane dalej jako: „postępowanie".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 lutego 2023 r. pod numerem 2023/S 042-124383.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 29 lipca 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. z siedzibą w Bilbao (Królestwo Hiszpanii), HIQE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz BBF Sp. o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwani dalej: „odwołującym") wnieśli odwołanie od czynności podjętych przez zamawiającego polegających na:
- zaniechaniu wykluczenia wykonawcy ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu (zwanego dalej jako „ZDI") z postępowania;
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy ZDI z postępowania..

Opisanym powyżej czynnościom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie:
1) art. 109 ust. 1 pkt 8) lub 10) w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZDI z postępowania, podczas gdy wykonawca ZDI przedstawił nieprawdziwe informacje i wprowadził w tym zakresie w błąd zamawiającego w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącym osoby „Inżyniera Projektu";
2) art. 226 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZDI z postępowania, podczas gdy wykonawca ZDI poprzez przedstawienie nieprawdziwych informacji oferta wykonawcy ZDI została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZDI z postępowania, podczas gdy wykonawca ZDI nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie osoby „Inżyniera Projektu", a zamawiający dokonał już czynności wezwania do uzupełnienia w tym zakresie.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:
- merytoryczne rozpatrzenie przez Izbę odwołania i jego uwzględnienie w całości;
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;
- nakazanie zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;
- nakazanie zamawiającemu dokonania czynności powtórzenia badania i oceny ofert;
- nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wykluczenia wykonawcy ZDI;
- nakazanie zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy ZDI;
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę w postępowaniu, jego oferta nie została odrzucona i nie został wykluczony z postępowania. Ponadto stwierdził, że gdyby zamawiający wykonał czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami Pzp, to jego oferta mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, gdyż powinna zostać najwyżej oceniona w ramach kryteriów oceny ofert. Odwołujący podkreślił, że może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. Szkoda pozostaje w tej sytuacji w adekwatnym związku przyczynowo-skutkowym z uchybieniami, których dopuścił się zamawiający

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla wszystkich podniesionych zarzutów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: B-Act S.A. z siedzibą w Bydgoszczy oraz TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz wykonawca SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Republika Francuska), natomiast po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu. Wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego już w piśmie zawierającym zgłoszenia przystąpienia wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp.

W dniu 19 sierpnia 2024 r. odwołujący wniósł pismo procesowe, w którym zawarł argumentację wskazującą na

oddalenie wniosku o odrzucenie odwołania.

W dniu 19 sierpnia 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku o oddalenie w całości przedmiotowego odwołania

W dniu 21 sierpnia 2024 r. przystępujący po stronie zamawiającego złożył pismo procesowe wraz załącznikami, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 26 sierpnia 2024 r. odwołujący złożył pismo procesowe stanowiące *de facto* odpowiedź na argumentację podniesioną przez przystępującego po stronie zamawiającego pismem z dnia 21 sierpnia 2024 r.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych przez:
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: B-Act S.A. z siedzibą w Bydgoszczy oraz TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, do udziału w postępowan odwoławczym po stronie odwołującego;
- wykonawcę SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Republika Francuska), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego;
- wykonawcę ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu (zwanego dalej jako: „ZDI"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.
Tym samym Izba oddaliła wnioski zamawiającego i wykonawcy ZDI o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie określonym w ustawie. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wskazując na dyspozycje wynikającą z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit a Pzp, zwrócił uwagę, że termin na wniesienie odwołania rozpoczyna bieg od dnia, w którym dany wykonawca został poinformowany przez zamawiającego o podjętych przez niego decyzjach w ramach postępowania. Nie zawsze zatem będzie to dzień, w którym wykonawcy zostają poinformowani o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jeżeli na wcześniejszych etapach postępowania wykonawcy otrzymali już informację o danym działaniu/zaniechaniu zamawiającego to – w przypadku kwestionowania jego decyzji – powinni na tym etapie wnieść do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie. Według zamawiającego w przedmiotowej sprawie kluczowe znaczenie miał fakt, że zamawiający przewidział przeprowadzenie jednoetapowej aukcji elektronicznej. Zgodnie bowiem z rozdziałem XVIII ust. 1 SWZ: *Zamawiający przewiduje przeprowadzenie jednoetapowej aukcji elektronicznej, jeżeli zostaną złożone co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. Zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej zostanie wysłane drogą elektroniczną na adres e-mail wskazany przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym.* Zamawiający zaakcentował przy tym, że do aukcji mogą zostać zakwalifikowani wyłącznie ci wykonawcy, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Zamawiający zatem obowiązany jest dokonać oceny ofert przed zaproszeniem wybranych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej. Innymi słowy zaproszenie określonych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej oznacza, że zamawiający ustalił, że oferty przez nich złożone nie podlegają odrzuceniu. Zdaniem zamawiającego wystosowanie takiego zaproszenia jest równoznaczne z zakończeniem badania ofert i tym samym od dnia powzięcia przez wykonawców informacji o podmiotach dopuszczonych do udziału w aukcji należy liczyć bieg rozpoczęcia terminu na wnoszenie środków odwoławczych dotyczących zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty. W dalszej kolejności zamawiający wyjaśnił, że pismami z dnia 24 stycznia 2024 r. poinformował wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone, o terminie aukcji elektronicznej wyznaczonej na dzień 1 lutego 2024 r. Jeżeliby więc zamawiający odrzucił którąkolwiek z ofert złożonych w postępowaniu to informacja taka zostałaby podana przed zaproszeniem do udziału w aukcji. Mając na uwadze, że zamawiający nie odrzucił żadnej oferty przed wysłaniem zaproszeń do udziału w aukcji jednoznacznym było dla niego, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu zostali zakwalifikowani do uczestnictwa w kolejnym jego etapie. Wobec powyższego odwołujący po otrzymaniu zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej posiadał już wiedzę, że zamawiający pozytywnie ocenił spełnienie przez wykonawcę ZDI warunków udziału w postępowaniu, w tym także tego w zakresie wykazania dysponowania osobą mogącą pełnić funkcję „Inżyniera Projektu". W konsekwencji termin na wniesienie odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ZDI, zdaniem

zamawiającego, rozpoczął bieg 24 stycznia 2024 r. W ocenie zamawiającego bez znaczenia pozostawał fakt, że na mocy wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2024 r. zamawiający został zobligowany do dokonania ponownej oceny ofert. Pomimo realizacji ww. orzeczenia nie zaistniały bowiem żadne nowe okoliczności rzutujące na ocenę oferty złożonej przez wykonawcę ZDI. Niemniej jednak nawet przyjmując – w ocenie zamawiającego błędne stanowisko – że termin na wniesienie odwołania w zakresie oferty złożonej przez wykonawcę ZDI ponownie zaczął biec ze względu na konieczność dokonania drugiej oceny ofert, zamawiający wskazał, że odwołujący również nie dochował niniejszego terminu. Analogicznie jak to miało miejsce w przypadku pierwszej aukcji elektronicznej, również najpóźniej na etapie przeprowadzania drugiej z nich odwołujący powziął informację o tym, że wykonawca ZDI został po raz drugi dopuszczony do udziału
w aukcji, a tym samym zamawiający uznał, że podmiot ten spełnia warunki udziału
w postępowaniu i nie zachodzą wobec niego przesłanki uzasadniające odrzucenie oferty. Mając na względzie powyższe, zdaniem zamawiającego, złożone w przedmiotowej sprawie odwołanie zostało wniesione przez odwołującego po terminie zakreślonym na gruncie Pzp,
a w konsekwencji winno zostać odrzucone na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp, w myśl którego Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.
Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem zamawiającego i wykonawcy ZDI i uznała, że odwołanie zostało wniesione w terminie. W celu uporządkowania informacji niezbędnych dla rozpatrzenia wniosku o odrzucenie odwołania skład orzekający zwrócił uwagę, że odwołanie w swojej materii odnosiło się okoliczności związanych z relacją wykonawcy ZDI w stosunku do warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a dokładniej rzecz biorąc do warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, określonego dla Inżyniera Projektu (rozdział VIII ust. 2 pkt 1 ppkt d lit. ii tiret pierwsze SWZ). W rozdziale IX ust. 1 pkt 1 SWZ zamawiający wskazał że do oferty wykonawca powinien dołączyć JEDZ jako dowód potwierdzający, na dzień składnia ofert, brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, który tymczasowo zastępował wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe wskazane w ust. 2. Dodatkowo w lit.
a tiret siódme ww. fragmentu JEDZ zamawiający stwierdził, że odnośnie m. in. ww. warunku udziału w postępowaniu JEDZ należy uzupełnić w zakresie części IV sekcji C pkt 2 tj.
o oświadczenia w postaci wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami w zakresie wymaganym przez zamawiającego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 ppkt d lit. ii SWZ. Jednocześnie zamawiający w rozdziale IX ust. 2 pkt 1 lit. b SWZ wskazał,*że zgodnie z art. 127 ust. 1 Ustawy Pzp Zamawiający odstępuje od żądania złożenia wykazu usług oraz wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia gdyż podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia JEDZ* Podsumowując tą cześć należało wskazać, że zamawiający ustanowił warunek udziału
w postępowaniu dotyczący osoby Inżyniera Projektu, którego ocena spełnienia miała być dokonana przez analizę informacji zawartych wyłącznie w JEDZ.
Wykonawca ZDI złożył JEDZ wraz z ofertą i w części IV sekcji C pkt 2 pozycji pierwszej tego dokumentu przedstawił informacje w zakresie spełnienia ww. warunku tj. podał imię nazwisko osoby skierowanej na to stanowisko, wskazał jej uprawnienia (wykształcenie), opisał doświadczenie (ze wskazaniem realizowanych usług, okresu trwania, zajmowanego stanowiska), wskazał stanowisko na które ta osoba jest proponowana oraz podał podstawę dysponowania. Pismem z dnia 17 stycznia 2024 r. wykonawca ZDI został wezwany do uzupełnienia JEDZ w części IV, sekcja C pkt 2, tj. wykazu osób poprzez wskazanie na stanowisko Inżyniera Projektu osoby spełniającej minimalne warunki udziału w postępowaniu w przedmiotowym zakresie. Wykonawca ZDI odpowiedział na powyżej wskazane wezwanie pismem z dnia 18 stycznia 2024 r., do którego dołączył poprawiony JEDZ. W dniu 24 stycznia 2024 r. wykonawca ZDI (podobnie jak inni wykonawcy) został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej. Wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany przez zamawiającego w dniu 17 kwietnia 2024 r. Z informacji o wynikach postępowania wynikało, że jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o., natomiast oferta wykonawcy ZDI została wtedy sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu. Od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty odwołał się jeden z wykonawców biorących udział w postępowaniu. Wykonawca ten podniósł zarzuty zarówno w stosunku do oferty wybranego wykonawcy jak
i w stosunku do oferty wykonawcy ZDI. Izba po rozpoznaniu przedmiotowego odwołania tj. wyrokiem z dnia 24 maja 2024 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1513/24, uwzględniła jeden zarzut dotyczący oferty wybranego wykonawcy i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie aukcji elektronicznej oraz powtórzenie czynności badania o ceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy INKO Consulting Sp.
z o.o. z siedzibą w Krakowie. Pozostałe zarzuty, w tym zarzuty skierowane wobec oferty wykonawcy ZDI zostały

oddalone. Zamawiający wykonał orzeczenie Izby, co skutkowało tym, że aukcja elektroniczna została ponownie przeprowadzona. Wykonawcy, których oferty nie zostały odrzucone zostali zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej (w tym wykonawca ZDI) pismem z dnia 17 czerwca 2024 r. Pismem z dnia 20 czerwca 2024 r. wykonawca ZDI został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, tj. oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Przedmiotowe wezwanie nie obejmowało warunku, do którego odnosiła się część IV sekcji C pkt 2 JEDZ tj. warunku kwestionowanego
w przedmiotowym odwołaniu. W dniu 18 lipca 2024 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu (po ponownym badaniu i ocenie ofert dokonanym
w związku wyrokiem z dnia 24 maja 2024 r. o sygn. akt KIO 1513/24). W efekcie tego wyboru za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy ZDI. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.
Izba doszła do przekonania, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można było uznać, że odwołanie zostało wniesione po terminie. Zamawiający wskazywał, że zakończył badanie spełnienia przez wykonawcę ZDI kwestionowanego w odwołaniu warunku udziału
w postępowaniu już przed pierwszym zaproszeniem do udziału w aukcji elektronicznej, tym samym w jego przekonaniu to moment zaproszenia od udziału w aukcji elektronicznej, który miał miejsce w dniu 24 stycznia 2024 r. wyznaczał początek terminu do wniesienia odwołania w związku ze spełnieniem przez wykonawcę ZDI warunku udziału w postępowaniu, do którego referowało przedmiotowe odwołanie. Ewentualnie termin ten, w ocenie zamawiającego, najpóźniej zaczął swój bieg w momencie drugiego zaproszenia wykonawców do udziału
w aukcji elektronicznej, które miało miejsce w dniu 17 czerwca 2024 r., tj. po wykonaniu wyroku w sprawie KIO 1513/24.
W ocenie składu orzekającego powyżej zaprezentowane twierdzenia były zbyt daleko idące. Co prawda przepis art. 232 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych
w zaproszeniu, jednakże nie oznacza to, że zamawiający przed zaproszeniem wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej dokonuje kompleksowego badania i oceny ofert pod kątem wszystkich przesłanek odrzucenia określonych w art. 226 ust. 1 Pzp. Jak wskazuje się doktrynie zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej określonego grona wykonawców oznacza, że zamawiający dokonał wstępnej, pełnej oceny ofert, która nie ma jednak charakteru kompleksowego. W ocenie składu orzekającego to wstępne badanie ofert, którego efektem jest zaproszenie do aukcji ma charakter pełnego badania ofert co najwyżej pod względem przedmiotowym. Nie można pominąć również tego, że po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej zamawiający – w świetle przepisów art. 126 Pzp w przypadku postępowań unijnych oraz art. 274 Pzp w odniesieniu do postępowań prowadzonych w procedurach krajowych – wzywa do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, których złożenia wymagał w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Na tej podstawie dopiero wtedy, po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej dokonywana jest kompleksowa ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia w stosunku do wykonawcy, który złożył najwyżej ocenioną ofertę. Tym samym co do zasady termin na wniesienie odwołania w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien wyznaczać moment wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, który jest zwieńczeniem procesu badania i oceny ofert.
Można przy tym uznać za dopuszczalną sytuację, w której część warunków udziału
w postępowaniu jest definitywnie badana już na moment zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, a część warunków już po aukcji w wyniku wezwania wystosowanego na podstawie art. 126 ust. 1 lub art. 274 Pzp. W takiej sytuacji termin na wniesienie odwołania dotyczącego spełnienia warunków udziału w postępowaniu zbadanych przed aukcją zacznie swój bieg od momentu zaproszenia do udziału w aukcji, a w przypadku spełnienia warunków udziału w postępowaniu zbadanych ostatecznie po przeprowadzonej aukcji, termin na wniesienie odwołania rozpocznie się, co do zasady, z dniem wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Do tego również nawiązywała argumentacja zamawiającego i wykonawcy ZDI w kontekście wniosku o odrzucenie odwołania. Obaj twierdzili, że zamawiający definitywnie zakończył badanie spełnienia przez wykonawcę ZDI kwestionowanego
w odwołaniu warunku udziału w postępowaniu już przed zaproszeniem tego wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej, stąd odwołanie na tym etapie należało uznać za spóźnione. Ponadto w swojej argumentacji zwracali uwagę na treść rozdziału IX ust. 2 pkt 1 lit. b oraz rozdziału IV ust. 9 SWZ. Zamawiający w rozdziale IX ust. 2 pkt 1 lit. b SWZ wskazał,*że zgodnie z art. 127 ust. 1 Ustawy Pzp Zamawiający odstępuje od żądania złożenia wykazu usług oraz wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia gdyż podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia JEDZ.*Natomiast w rozdziale IV ust. 9 SWZ została podana definicja podmiotowych środków dowodowych (cyt. *środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia lub spełniania warunków udziału w postępowaniu, z wyjątkiem JEDZ*). Na podstawie przytoczonych powyżej fragmentów SWZ nie można było jednoznacznie stwierdzić, że zamawiający zakończył badanie spełnienia przez wykonawcę ZDI kwestionowanego w odwołaniu warunku udziału

w postępowaniu przed zaproszeniem tego wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej. Izba zwróciła przy tym uwagę na treść rozdziału VIII ust. 4 SWZ, który wskazywał, że*Ocena spełniania przez Wykonawców określonych przez Zamawiającego warunków udziału*
w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia będzie oparta na zasadzie spełnia/nie spełnia na podstawie JEDZ i podmiotowych środków dowodowych określonych w SWZ Powyższe wymaganie można było zrozumieć tak, że ocena spełnienia wszystkich warunków udziału w postępowaniu będzie prowadzona na podstawie JEDZ i podmiotowych środków dowodowych, czyli kompleksowo już po uzyskaniu wszystkich informacji niezbędnych do oceny tych warunków. To mogło nastąpić dopiero po zakończeniu aukcji elektronicznej po otrzymaniu wszystkich dokumentów uzyskanych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 Pzp. Niezmiernie ważny był tu spójnik i, właściwy dla logicznej koniunkcji, który wskazywał, że oba określenia były ze sobą nierozerwalnie związane i jedno nie mogło zajść bez drugiego, co oznaczało, że ocena spełnienia przez wykonawcę ZDI warunku udziału
w postępowaniu kwestionowanego w odwołaniu mogła zostać zakończona już po przeprowadzonej aukcji razem z pozostałymi warunkami, do których odnosiły się podmiotowe środki dowodowe. Odwołujący mógł wyjść z podobnego założenia, zatem mógł pozostać
w uzasadnionym przekonaniu, że dopiero moment wyboru najkorzystniejszej oferty
w postępowaniu stanowił koniec procesu badania i oceny kwestionowanego w odwołaniu warunku udziału w postępowaniu, a z drugiej strony stanowił początek terminu na wniesienie odwołania w tej materii. Ponadto mając na uwadze okoliczności przedmiotowej sprawy zamawiający chcąc skutecznie wnosić o odrzucenie przedmiotowego odwołania powinien na wcześniejszym etapie wyraźnie wskazać wszystkim wykonawcom, że zakończył już badanie ofert w zakresie spełnienia określonych warunków udziału w postępowaniu (w tym warunku udziału wskazanego w odwołaniu). Wtedy można byłoby uznać, że zamawiający zbadał kwestionowany warunek, ponieważ jednoznacznie wynikałoby to akt sprawy. Na obecnym etapie twierdzenia zamawiającego bazowały koniec końców na jego własnych oświadczeniach i miały ograniczone oparcie w dokumentach postępowania.
W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie nie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:
1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na nośniku typu pendrive, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 16 sierpnia 2024 r. oraz uzupełnioną na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2024 r. w tym w szczególności:
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej jako: „SWZ") wraz z załącznikami;
- ofertę złożoną w postępowaniu przez wykonawcę ZDI wraz z JEDZ;
- wezwanie z dnia 17 stycznia 2024 r. skierowane do wykonawcy ZDI na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp;
- pismo z dnia 18 stycznia 2024 r. wraz z załącznikami stanowiące odpowiedź na powyżej wskazane wezwanie;
- zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej z dnia 17 czerwca 2024 r.;
- wezwanie z dnia 20 czerwca 2024 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych;
- informacje o wyniku postępowania z dnia 18 lipca 2024 r.;
2) dokumenty załączone do pisma procesowego wykonawcy ZDI z dnia 21 sierpnia 2024 r.:
- opinię pana A. W. z 7 listopada 2019 r. przedstawioną w ramach Inwestycji Puławy;
- opinię pana A. W. z 18 marca 2020 r. przedstawioną w ramach Inwestycji Puławy;
- pismo pana A. W. z 22 stycznia 2019 r. w ramach Inwestycji Puławy;
- protokół konieczności z 3 listopada 2020 r. w ramach Inwestycji Puławy;
- wniosek o akceptację materiałów nr S067 w ramach Inwestycji Puławy;
- przejściowe Świadectwo Płatności nr MW-26 w ramach Inwestycji Puławy;
- Raport kwartalny nr 2 z 7 stycznia 2019 r. w ramach Inwestycji Puławy;
- Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego p.n.:*Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji Inwestycji Puławy*.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający ustalił w rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 ppkt d lit. ii tiret pierwsze SWZ następujący warunek udziału w postępowaniu:
2. Warunki udziału w postępowaniu
(…)

Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia w/w warunek jeżeli wykaże, że:
(…)
ii) dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem:
- co najmniej 1 (jednym) Inżynierem Projektu posiadającym wykształcenie wyższe, który w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert zdobył doświadczenie na stanowisku Inżyniera Projektu lub Inżyniera Rezydenta lub Dyrektora Kontraktu w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi, na minimum dwóch inwestycjach infrastruktury kolejowej i/lub kubaturowej (przez okres co najmniej 12 miesięcy na każdej) o wartości minimum 50 000 000,00 zł netto każda (wartość inwestycji)

W pkt 3 ppkt 3.1.2 opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ zamawiający wskazał:

3.1.2. Wymagane kwalifikacje i doświadczenie Personelu wymienionego w Zespołach Inżyniera

1	***Nazwa stanowiska***	***<u>Inżynier Projektu</u>***
	Wymagane minimalne kwalifikacje i doświadczenie:	*- wykształcenie wyższe;* *- w ciągu ostatnich 10 lat liczonych do terminu składania Ofert w postępowaniu zdobył doświadczenie w zakresie zarządzania projektami, na stanowiskach Inżyniera Projektu lub Dyrektora Kontraktu lub równorzędnym, o których mowa powyżej, na minimum 2 inwestycjach infrastruktury kolejowej i/lub kubaturowej (przez okres co najmniej 12 miesięcy na każdej);*

W rozdziale IX ust. 1 pkt 1 SWZ zamawiający wskazał, że do oferty wykonawca powinien dołączyć JEDZ jako dowód potwierdzający, na dzień składnia ofert, brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, który tymczasowo zastępuje wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe wskazane w ust. 2. Dodatkowo w lit. a tiret siódme ww. fragmentu JEDZ zamawiający stwierdził, że odnośnie m. in. ww. warunku udziału w postępowaniu JEDZ należy uzupełnić w zakresie części IV sekcji C pkt 2 tj. o oświadczenia w postaci wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami w zakresie wymaganym przez zamawiającego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 ppkt d lit. ii SWZ. Jednocześnie zamawiający w rozdziale IX ust. 2 pkt 1 lit. b SWZ wskazał, *że zgodnie z art. 127 ust. 1 Ustawy Pzp Zamawiający odstępuje od żądania złożenia wykazu usług oraz wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia gdyż podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia JEDZ.*

Wykonawca wraz z ofertą złożył JEDZ, w którym w części IV sekcji C pkt 2 pozycji pierwszej tego dokumentu przedstawił informacje w zakresie spełnienia ww. warunku. Jako Inżyniera Projektu wykonawca ZDI wskazał pana A.W. W ramach opisu doświadczenia potwierdzającego spełnienie warunków (wskazanie realizowanych usług, okresu trwania, zajmowanego stanowiska) ZDI wymienił doświadczenie w zarządzaniu projektami infrastruktury kubaturowej, w tym m.in.:

1.Budowa Centrum Spotkania Kultur w Lublinie.
Wartość inwestycji:
139 010,06 zł netto
Okres pełnienia funkcji Inżyniera Projektu:
12.2011 – 12.2015
2.Budowa hali widowiskowo – sportowej w Puławach.
Wartość inwestycji:
83 028 863,98 zł netto
Okres pełnienia funkcji Koordynatora Kontraktu (funkcja tożsama z funkcją Inżyniera Projektu):
06.2018 – 12.2020

Pismem z dnia 17 stycznia 2024 r. zamawiający wezwał wykonawcę ZDI w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia **JEDZ w części IV, sekcja C pkt 2, tj. Wykazu osób** poprzez wskazanie na stanowisko Inżyniera Projektu osoby spełniającej minimalne warunki udziału
w postępowaniu w przedmiotowym zakresie. W treści wezwania zamawiający wskazał ponadto:

W Wykazie osób stanowiącym część IV Sekcji C pkt. 2 JEDZ załączonego wraz z ofertą na stanowisko Inżyniera Projektu wskazana została osoba p. A.W..
W zakresie zdobytego doświadczenia wskazano:
„1.Budowa Centrum Spotkania Kultur w Lublinie. Wartość inwestycji: 139 010,06 zł netto Okres pełnienia funkcji Inżyniera Projektu: 12.2011 – 12.2015

2.Budowa hali widowiskowo – sportowej w Puławach. Wartość inwestycji: 83 028 863,98 zł netto Okres pełnienia funkcji Koordynatora Kontraktu (funkcja tożsama z funkcją Inżyniera Projektu): 06.2018 – 12.2020"
Zgodnie z brzmieniem warunku udziału w Postępowaniu w zakresie potencjału osobowego (Rozdział VIII ust. 2 pkt 1) lit. d) tiret drugi SWZ), Zamawiający wymagał aby osoba wskazana na stanowisko Inżyniera Projektu posiadała wykształcenie wyższe, który w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert zdobył doświadczenie na stanowisku Inżyniera Projektu lub Inżyniera Rezydenta lub Dyrektora Kontraktu w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi, na minimum dwóch inwestycjach infrastruktury kolejowej i/lub kubaturowej (przez okres co najmniej 12 miesięcy na każdej) o wartości minimum 50 000 000,00 zł netto każda (wartość inwestycji),
Z wyżej wymienionych informacji o zdobytym doświadczeniu wynika, że wartość jednej
z dwóch wykazanych inwestycji (tj. Budowa Centrum Spotkania Kultur w Lublinie) jest niższa niż wymagana przez Zamawiającego wartość 50 000 000,00 zł netto.
Mając na względzie powyższe, Zamawiający wzywa do uzupełnienia JEDZ w zakresie,
o którym mowa na wstępie.

Wykonawca ZDI odpowiedział na powyżej wskazane wezwanie pismem z dnia 18 stycznia 2024 r. W swojej odpowiedzi wykonawca ten wskazał:
ZDI Spółka z .o.o., ul. Jana Kiepury 6, 22-400 Zamość w odpowiedzi na ***Wezwanie do uzupełnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia*** *(pismo z dnia 17.01.2024 r., znak: BIZ2-073-128/2024) w załączeniu przedkłada dokument JEDZ*
z prawidłowo podaną kwotą doświadczenia Pana A(…) W(…) (pkt. 1 – Budowa Centrum Spotkania Kultur w Lublinie).
Na potwierdzenie prawdziwości zawartej w oświadczeniu JEDZ informacji w załączeniu przedkładamy również Poświadczenie wykonania usługi Inwestora Zastępczego nad realizacją niniejszej inwestycji zawierające m.in. kwotę jego jej realizacji.
Do ww. pisma wykonawca ZDI załączył uzupełniony JEDZ, który we fragmencie dotyczącym części IV sekcji C pkt 2 pozycji pierwszej zawierał poprawioną kwotę inwestycji objętej wezwaniem tj. Budowy Centrum Spotkania Kultur w Lublinie. Informacje dotyczące Budowy hali widowiskowo – sportowej w Puławach (zwanej dalej jako: „Inwestycja Puławy") pozostały bez zmian.
W wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej najwyżej oceniona została oferta złożona przez INKO Consulting Sp. z o.o. Na drugim miejscu znalazła się oferta wykonawcy ZDI Sp. z o.o. W konsekwencji zamawiający w dniu 17 kwietnia 2024 r. poinformował
o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez INKO Consulting Sp. z o.o. Z tym rozstrzygnięciem nie zgodzili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: B-Act S.A. (Lider Konsorcjum) oraz Transprojekt Gdański Sp. z o.o., którzy w dniu 29 kwietnia 2024 r. wnieśli odwołanie. Wyrokiem z dnia 24 maja 2024 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1513/24 Izba uwzględniła odwołanie w zakresie jednego z zarzutów, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 111 pkt 5 w zw. z art. 110 ust. 2 w zw. z art. 16 Pzp (poprzez zaniechanie odrzucenia oferty INKO Consulting Sp. z o.o., mimo, że podmiot ten podlega wykluczeniu z postępowania) i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie aukcji elektronicznej oraz powtórzenie czynności badania o ceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy INKO Consulting Sp.
z o.o. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 9 Pzp. W pozostałym zakresie odwołanie zostało oddalone.
Po ponownej ocenie ofert oraz przeprowadzeniu ponownej aukcji elektronicznej zamawiający w dniu 18 lipca 2024 r. przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy ZDI. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:*
(…)
8) 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;
(…)
10) 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.;
- art. 16 pkt 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;*
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu*.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odwołanie co do *meritum* skupiało się wyłącznie na kwestii niespełnienia przez wykonawcę ZDI warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Inżyniera Projektu (opisanego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 ppkt d lit. ii tiret pierwsze SWZ). Z tego stwierdzenia odwołujący wywodził, że oferta ww. wykonawcy powinna zostać odrzucona nie tylko jako złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, ale również jako złożona
w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Stąd też kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy miało ustalenie czy wykonawca ZDI spełniał lub nie spełniał warunku udziału
w postępowaniu wskazanego powyżej. Po przeanalizowaniu zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk stron i wykonawcy ZDI, Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, ani nie udowodnił, że wybrany wykonawca nie spełnił wskazanego w odwołaniu warunku udziału w postępowaniu.
Jak słusznie zauważył wykonawca ZDI biorąc pod uwagę tak literalną, jak i celowościową wykładnię ww. warunku udziału w postępowaniu należało wskazać, że zamawiający nacisk
w nim położył nie tyle na nazwę funkcji, którą wskazywana osoba powinna pełnić, a na zakres czynności w ramach tej funkcji podejmowany tj. czynności w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi. Dodanie w warunku udziału w postępowaniu dotyczącym osoby Inżyniera Projektu zakresu czynności, którymi dana osoba wskazywana na to stanowisko musiała się wykazać było celowe i pokazywało jasną wolę zamawiającego, co do tego aby wymaganiem tym objąć nie tyle osoby sprawujące daną funkcję, ale wykazujące się doświadczeniem
w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi. Powyższe mogło być podyktowane faktem braku jednoznaczności w rozumieniu wskazanych w warunku udziału literalnie funkcji (tj. Inżyniera Projektu/Inżyniera Rezydenta/Dyrektora Kontraktu) oraz w praktyce stosowania różnych pojęć celem ich określania. Sam odwołujący dostrzegł brak powszechnie obowiązujących definicji funkcji Inżyniera Projektu i Inżyniera Rezydenta, czy też Dyrektora Kontraktu (niektóre z nich funkcjonują na gruncie FIDIC, jednak w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nigdzie nie zawęził tej definicji do jej rozumienie na gruncie FIDIC, a samo postępowanie również nie prowadzi do zawarcia umowy w oparciu o ten wzorzec). Nieracjonalnym zatem ze strony zamawiającego byłoby wbrew treści warunku udziału zawężanie możliwości wykazywania go tylko niezdefiniowanymi w powszechnie obowiązujących przepisach stanowiskami, nie zważając na rzeczywisty zakres czynności wykonywany w ramach danego stanowiska.
Ponadto odwołujący w uzasadnieniu odwołania wymienił przewidziane dla Inżyniera Projektu zadania w ramach zamówienia objętego postępowaniem (pkt 2.11, s. 10-11 odwołania).
W odniesieniu do powyższego wykonawca ZDI zasadnie argumentował, że nie wszystkie wymienione powyżej zadania rzeczywiście zostały zastrzeżone konkretnie dla osoby pełniącej funkcję Inżyniera Projektu, jak próbował wykazać to odwołujący. Przykładowo przygotowanie raportów dobowych i tygodniowych nie zostało zastrzeżone konkretnie dla osoby wyznaczonej na stanowisko Inżyniera Projektu. Zgodnie z rozdziałem 5.1.3. lit. a) i b) OPZ Inżynier Projektu miał je podpisać. W dalszej kolejności, co bardzo istotne wykonawca ZDI za pomocą dowodów złożonych przy okazji pisma procesowego z dnia 21 sierpnia 2024 r. potwierdził, że osoba wskazana przez niego jako Inżynier Projektu w postępowaniu w ramach Inwestycji Puławy, sprawując funkcję Koordynatora kontraktu, wykonywała wszelkie czynności tożsame do zastrzeżonych do osobistego wykonywania przez Inżyniera Projektu na gruncie postępowania, z uwzględnieniem oczywiście pewnych odmienności występujących na gruncie Inwestycji Puławy (np. częstości składania raportów przez Inżyniera Kontraktu), jak i wiele innych czynności w zakresie zarządzania Inwestycją Puławy tj. przykładowo:
1) rozpatrywanie roszczeń wykonawcy robót, ich analiza w świetle postanowień kontraktu
i obowiązującego prawa oraz przedstawienie zamawiającemu stanowiska (załączniki nr 1 i 2 do ww. pisma);
2) przygotowanie uzgodnionego z zamawiającym stanowiska dla wykonawcy robót (załącznik nr 3);
3) występowanie w imieniu Inżyniera Kontraktu przy sporządzaniu protokołów konieczności (załącznik nr 4);
4) akceptowanie materiałów (załącznik nr 5);
5) akceptowanie Świadectw Płatności (załącznik nr 6);

6) zatwierdzanie i podpisywanie raportów Inżyniera Kontraktu (załącznik nr 7).

Nie znalazła potwierdzenia również argumentacja odwołującego wskazująca, że *rola „Koordynatora kontaktu" była merytorycznie inna, niż to doświadczenie, które miał wykazać wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie „Inżyniera Projektu". Osoba ta, jako Koordynator miała podejmować działania „koordynujące", a nie „decyzyjne". Funkcję „Koordynatora kontraktu", w tym szczególnym przypadku, można sprowadzać do czysto administracyjnych zakresów takich jak np. pilnowanie realizacji zgodnie z harmonogramem, rozdzielanie korespondencji pomiędzy uczestnikami procesu, pilnowanie udzielania odpowiedzi na skierowaną korespondencje w terminach, pilnowanie obecności wszystkich inspektorów na placu budowy, itp. Jak widać nie są do działania decyzyjne* (pkt 2.22, str. 13-14 uzasadnienia odwołania). Odwołujący w ogóle nie wskazał skąd pozyskał takie informacje i na podstawie jakich danych sformułował takie wnioski, w szczególności w żadnym zakresie nie wynikały one z przytoczonych przez odwołującego fragmentów umowy obowiązującej na Inwestycji Puławy. Ponadto, z kilku przytoczonych przez odwołującego fragmentów umowy obowiązującej na Inwestycji Puławy nie można było wywnioskować zakresu funkcji sprawowanej przez osobę podaną przez wykonawcę ZDI w JEDZ w zakresie Inżyniera Projektu. O tożsamości funkcji sprawowanej przez pana A. W. z funkcją Inżyniera Projektu świadczyło pośrednio jej umiejscowienie w całym zespole sprawującym nadzór inwestorski realizowanych robót budowlanych. Porównując zespół inżyniera kontraktu w ramach Inwestycji Puławy oraz wymagany w ramach zamówienia objętego postępowaniem należało wskazać, że zarówno Koordynator kontraktu, jak i Inżynier Projektu są najwyższymi przedstawicielami w ramach nadzoru inwestorskiego. W konsekwencji można było stwierdzić, że zarówno pan A. W. w ramach funkcji Koordynatora Kontraktu, jak i Inżynier Projektu w ramach zamówienia objętego postępowaniem stanowił najwyższego przedstawiciela na kontrakcie zamawiającego w zakresie sprawowanego nadzoru inwestorskiego.

W tym miejscu skład orzekający zwrócił uwagę na kwestię związaną z zasadą rozkładu ciężaru dowodu. Zgodnie z art. 534 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tym samym w okolicznościach przedmiotowej sprawy ciężar dowodu związany z wykazaniem, że wykonawca ZDI nie spełniał warunku udziału w postępowaniu spoczywał na odwołującym. Skład orzekający doszedł do przekonania, że odwołujący tego ciężaru nie udźwignął. Całość argumentacji odwołującego opierała się na własnej interpretacji treści kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu, która nie została poparta żadnym dowodem odnoszącym się do okoliczności związanych realizacją Inwestycji Puławy i wykonywaniu na niej funkcji Koordynatora Kontraktu. Tymczasem wykonawca ZDI złożył dowody na poparcie swoich twierdzeń, które nie można było zignorować szczególnie, że odwołujący nie był w stanie ich podważyć.

Na marginesie Izba zwróciła uwagę na argument zamawiającego zawarty w odpowiedzi na odwołanie, który odnosił do treści pkt 3 ppkt 3.1.2 opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z wymaganiem tam zawartym Inżynier Projektu musi posiadać m. in. doświadczenie w zakresie zarządzania projektami, na stanowiskach Inżyniera Projektu lub Dyrektora Kontraktu lub równorzędnym, o których mowa powyżej, na minimum 2 inwestycjach infrastruktury kolejowej i/lub kubaturowej (przez okres co najmniej 12 miesięcy na każdej).

W powyżej wskazanym fragmencie opisu przedmiotu zamówienia zamawiający zwrócił uwagę na równoważność stanowiska w zakresie Inżyniera Projektu. Oczywiście treść warunku udziału w postępowaniu była decydująca, ale w okolicznościach przedmiotowej sprawy przytoczony powyżej fragment opisu przedmiotu zamówienia stanowił znaczącą wskazówkę interpretacyjną, która w zasadzie unieważniała większość argumentacji odwołującego przywołanej w piśmie procesowym z dnia 26 sierpnia 2024 r. w celu poparcie twierdzenia o niespełnieniu przez wykonawcę ZDI warunku udziału w postępowaniu (str. 3-10 tego pisma). Nie można było przy tym zapominać, że zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, stąd też powiązanie treści warunku udziału w postępowaniu z postanowieniami opisu przedmiotu zamówienia jest nie tylko naturalnie intuicyjne, ale znajduje swoje potwierdzenie w przepisach ustawy. Stąd też w pewnych sytuacjach, pomocniczo można oprzeć się na postanowieniach opisu przedmiotu zamówienia w celu interpretacji treści warunku udziału w postępowaniu i w tej sprawie taka interpretacja miała swoje zastosowanie.

Tym samym Izba uznała, że wykonawca ZDI spełnił warunek udziału w postępowaniu w dotyczący osoby Inżyniera Projektu, stąd też oddaleniu podlegał zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp podniesiony w pkt 3 *petitum* odwołania.

Konsekwencją oddalenie zarzutu nr 3, a przez to uznania, że wykonawca ZDI spełnił warunek udziału w postępowaniu dotyczący osoby Inżyniera Projektu, było oddalenie pozostałych zarzutów wskazanych w pkt 1 i 2 *petitum* odwołania. Skoro zamawiający słusznie uznał, że ww. wykonawca spełnił kwestionowany w odwołaniu warunek udziału w postępowaniu to wykonawca ten nie mógł przedstawić nieprawdziwych informacji

i wprowadzić zamawiającego w tym zakresie w błąd, a oferta tego wykonawcy nie podlegała odrzuceniu jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy
z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z przedstawieniem nieprawdziwych informacji. Tym samym Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8) lub 10) w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, koszty poniesione przez odwołującego
i zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika – na podstawie rachunku złożonego na rozprawie.

Przewodniczący:…….