

Sygn. akt: KIO 1413/18,

WYROK
z dnia 1 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Bartosz Stankiewicz
Członkowie:	Monika Szymanowska Ryszard Tetzlaff
Protokolant:	Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2018 r. przez wykonawcę **A. C.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ECO POWER 4U mgr inż. A. C. z siedzibą w Krakowie przy ul. Por. Halszki 24/2 (30-611 Kraków) w postępowaniu prowadzonym przez **Związek Gmin Ziemi Gorlickiej** z siedzibą w Gorlicach przy ul. Bieckiej 9B (39-300)

przy udziale wykonawcy **T. P.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BICO GROUP T. P. z siedzibą w Warszawie przy ul. Staniewickiej 1 lok. 2 (03-310 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Związek Gmin Ziemi Gorlickiej** z siedzibą w Gorlicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A. C.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ECO POWER 4U mgr inż. A. C. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Związku Gmin Ziemi Gorlickiej** z siedzibą w Gorlicach na rzecz wykonawcy **A. C.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ECO POWER 4U mgr inż. A. C. z siedzibą w Krakowie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Związek Gmin Ziemi Gorlickiej z siedzibą w Gorlicach (zwany dalej: „zamawiającym”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego (INI) przy realizacji projektu Kompleksowa modernizacja energetyczna budynków użyteczności publicznej na terenie Gmin Ziemi Gorlickiej w ramach Poddziałania 4.3.2. Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014-2010. II Przetarg* (nr sprawy: ZGZG.PN.271.5.2018), zwane dalej: „postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 kwietnia 2018 r. pod nr 543924-N-2018.

W dniu 17 lipca 2018 r. wykonawca A. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ECO POWER 4U mgr inż. A. C. z siedzibą w Krakowie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy Pzp wykluczenie go z postępowania z uwagi na:

1. błędne przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku zdolności technicznych i zawodowych - posiadania wiedzy i doświadczenia;
2. błędne przyjęcie, że odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu;
3. błędne przyjęcie, że odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego;

a w konsekwencji bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, czym zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12), 16), 17) i ust. 2, w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty;
- 2) nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem jego

oferty;

3) zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg. przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący podał, że jako wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu, ma interes w uzyskaniu zamówienia, a niezgodne z przepisami ustawy Pzp wykluczenie go z postępowania i odrzucenie jego oferty spowoduje powstanie szkody po jego stronie.

W ocenie odwołującego istotą sprawy jest bezpodstawne jego zdaniem przyjęcie przez zamawiającego – przy czym dopiero na etapie oceny ofert – że pojęcie „usługa” jest tożsame z pojęciem „zadanie”. Takie wnioskowanie nie znajduje jednak oparcia w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” i w kontekście przedmiotowego postępowania, stanowi samowolną modyfikację treści SIWZ dokonaną już po otwarciu ofert.

Po pierwsze odwołujący wskazał, że zamawiający w pkt. 6.3.2.a) SIWZ posługuje się różnymi sformułowaniami dotyczącymi prowadzonych przez wykonawcę działań. Mowa jest o „usługach”, „zadaniach inwestycyjnych”, „zadaniach”. Przy czym żadnego z tych pojęć zamawiający w SIWZ nie zdefiniował ani nie sprecyzował, nie są one także objęte definicjami legalnymi. W szczególności zamawiający nie określił, jak zdarza się w SIWZ dla niektórych innych postępowań, że „jedna usługa = jedno zadanie” albo „jedna usługa = jedna umowa/zamówienie”. Przeciwnie, pojęcie (jednej) usługi z zakresu wymienionych w SIWZ czynności nadzoru, zamawiający odniósł do (jednej) instalacji OZE w tym paneli fotowoltaicznych i (jednej) usługi termomodernizacji i powiązał je z obiektem użyteczności publicznej, cyt.: „...wykonał na obiekcie użyteczności publicznej (...) co najmniej 3 usługi (...)” i wśród tych usług jedna miała dotyczyć OZE, a jedna termomodernizacji. Z SIWZ literalnie wynika zatem, że jedną usługą jest wykonanie czynności określonych w SIWZ wobec jednej instalacji OZE/ termomodernizacji jednego obiektu. O tym, że dla zamawiającego pojęcie „usługi” nie było tożsame z pojęciem „zadania” dobitnie świadczy ostatni wers punktu 6.2.3.a, tj.: *„Warunek zostanie uznany za spełniony również w sytuacji, gdy obie usługi zostały wykonane w ramach jednego zadania”*. Zatem dla zamawiającego „zadanie” miało inne znaczenie niż usługa i wprost dopuszczał realizację usług w ramach zadania.

Zwrócił przy tym uwagę, że interpretacji pojęcia „usługa” i „zadanie” należy dokonywać w kontekście tego konkretnego zamówienia i brzmienia SIWZ. Nie istnieje odgórna dyrektywa nakazująca uznawanie usługi za jedną umowę/ zamówienie/ zamówienie publiczne/ projekt. Uprawnione na gruncie SIWZ jest przyjęcie, że zadaniem (i zadaniem inwestycyjnym), jest całość działań inwestycyjnych dotyczących jednego obiektu

budowlanego. I w ramach tak rozumianego zadania można było wykonać 2 lub więcej usług, skoro zamawiający wylicza, że wśród usług na zadaniu inwestycyjnym miała się zawierać usługa dotycząca OZE i/lub termomodernizacji. Równocześnie możliwe było wykonanie 2 usług w ramach jednego zadania, czyli np. sprawowanie nadzoru nad instalacją OZE i termomodernizacją w jednym obiekcie. Argumentacją tę wspiera fakt, że zamawiający odwołując się w omawianym punkcie SIWZ do „zadania inwestycyjnego” podał w nawiasie: budowę, przebudowę, remont lub modernizację. Poza modernizacją są to pojęcia zdefiniowane w art. 3 Prawa budowlanego i wszystkie dotyczą obiektu budowlanego (jednego), co także wskazuje na to, że zamawiającemu chodziło o czynności nadzorcze wobec poszczególnych prac/installacji na poszczególnych obiektach. Pomocniczo można odwołać się także do ogólnego opisu projektu podanego w SIWZ, s. 2: „W ramach projektu będą realizowane inwestycje w 39 budynkach użyteczności publicznej...” zatem zamawiający traktował poszczególne obiekty objęte tym projektem jako poszczególne inwestycje, stanowiące odrębne całości funkcjonalne.

Po drugie wyjaśnił, że niego, jak i każdego innego odbiorcy, oczywiście było i jest, że usługa, o której mowa w pkt 6.2.3.a) SIWZ to działania i czynności podjęte w stosunku do poszczególnego obiektu budowlanego - tu: budynku użyteczności publicznej - w zakresie konkretnej instalacji/ termomodernizacji/ prac budowlanych. Odwołujący wykazał, że wykonał co najmniej 3 usługi, dotyczące pełnienia funkcji odpowiedzialnego za przygotowanie realizacji i rozliczenie zadania inwestycyjnego wobec budynków użyteczności publicznej, objęte wykazem usług. Usługi te były wykonywane w związku z udzielonym przez Gminę Gać zamówieniem publicznym na: Wybór Inspektora Nadzoru dla Projektu: „Termomodernizacją budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Gać” w ramach Działania 3.2 Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podkarpackiego na lata 2014-2020, RGO.271.7.2016.MB. Wykonawcą zamówienia publicznego w tym postępowaniu było konsorcjum spółek London Sp. z o.o. i RB Services Sp. z o.o., a odwołujący działał w warunkach podwykonawstwa. Mimo tego że usługi dotyczyły jednego zamówienia publicznego udzielonego przez Gminę Gać i objętego jednym dofinansowaniem, z punktu widzenia obowiązków odwołującego miały odrębny, rozdzielny, niepokrywający się przedmiot. Przedmiotem czynności nadzorczych były odrębne nieruchomości - budynki użyteczności publicznej, niepozostające ze sobą w żadnym związku, położone w Gaci, Białobokach, Dębowie. Co do każdego z tych obiektów odwołujący podejmował takie same (lecz nie te same) odrębne czynności, a każdy z obiektów podlegał osobnym procedurom administracyjno-budowlanym. Każdy z obiektów był zróżnicowany pod względem funkcjonalności użytkowej, technologii wykonania, zakresu termomodernizacji.

Stwierdził, że przeprowadzał czynności z zakresu przygotowania inwestycji w budynkach i ich rozliczenia, w tym m.in. audyty energetyczne ex-ante i ex-post, audyty

elektryczne, kalkulację zakresu inwestycji na podstawie audytów, uzgodnienia z wynikami audytów dokumentacji projektowej na instalacje fotowoltaiczne, oświetlenie, pompy ciepła, termomodernizację, koordynację prac w poszczególnych obiektach, weryfikację prac pod względem zgodności z wytycznymi z audytów, kontrolę budżetu przeznaczanego na obiekt. W szczególności opracowywał planowane usprawnienia i konieczne inwestycje w budynkach wraz z obliczaniem ich kosztów, efektów energetycznych, okresu zwrotu nakładów i oszczędności w kosztach eksploatacji. Uznanie usług podanych w wykazie jako osobnych, czterech usług znajduje uzasadnienie w tym, że każda z nich może zostać wykonywana odrębnie od pozostałych, każda stanowi funkcjonalną całość, nie różni się w istocie od realizowania obowiązków w odrębnych projektach czy zamówieniach publicznych (por. wyrok KIO z 23 marca 2018 r. sygn. akt KIO 434/18).

Na potwierdzenie należytego wykonania usług przedstawił nie tylko referencje od swojego bezpośredniego zleceniodawcy ale i od zamawiającego, tj. Gminy Gać, która potwierdziła, że odwołujący przygotowywał realizację i rozliczał zadania inwestycyjne co najmniej wobec 3 budynków użyteczności publicznej. Ponadto, Gmina Gać kolejny raz, już w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego, potwierdziła w piśmie z 4 lipca 2018 r., że odwołujący pełnił funkcję koordynatora ds. technicznych w zakresie przygotowania i realizacji inwestycji. Nie ma zatem wątpliwości co do tego, że odwołujący działając w warunkach podwykonawstwa wykonał usługi wykazane w wykazie usług i potwierdzone referencjami, zgodne z wymaganiami pkt 6.2.3a SIWZ.

Jedynie na marginesie wskazał, że bez żadnego znaczenia pozostają przytaczane przez zamawiającego w piśmie z 12 lipca 2018 r. okoliczności co do działania czy niedziałania odwołującego przy usługach świadczonych w Gminie Gać w ramach firmy (prawo nie zna takiego podmiotu jak firma, nie zachodzi odrębność między osobą fizyczną a „jej firmą”) czy wymienienia czy niewymienienia odwołującego w umowie zawartej między Gminą Gać a konsorcjum London Sp. z o.o., bowiem odwołujący nie był podmiotem, na którego zasobach polegało konsorcjum. Istotne jest natomiast to, że zarówno konsorcjum London Sp. z o.o. jak i sama Gmina Gać potwierdzają wykonanie przez odwołującego usług objętych wykazem.

Po trzecie zakładając, że warunki udziału w postępowaniu zgodnie z dyrektywą zawartą w art. 22 ust. 1a ustawy Pzp powinny być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, czyli uzasadnione jego wartością, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji, a ich ustanowienie nie powinno pozbawiać lub zawężać dostępu do zamówienia tym z wykonawców, którzy gwarantują jego należyte wykonanie i zakładając, że tymi wytycznymi kierował się zamawiający tworząc SIWZ, to zwrócił uwagę na następujące konsekwencje rozbieżnych interpretacji SIWZ:

- jeśli przyjąć, zgodnie z literalną treścią SIWZ, że warunek doświadczenia spełni

wykonawca, który wykonał 3 usługi (czyli wykonał czynności nadzoru wobec 3 instalacji/termomodernizacji), to udział w postępowaniu może brać zarówno podmiot, który wykonał trzykrotnie jeden nadzór nad pojedynczą instalacją, ale w ramach 3 osobnych umów/zadań/zamówień publicznych/projektów, itp. jak również podmiot, który wykonał wiele nadzorów nad wieloma instalacjami na różnych obiektach w ramach jednej umowy/zadania/zamówienia/projektu;

- jeśli natomiast przyjmować tak, jak obecnie twierdzi zamawiający, że warunek doświadczenia dotyczy (bliżej niesprecyzowanych) zadań a nie usług, to warunek spełni wykonawca, który przeprowadzi tylko 3 nadzory, po jednej instalacji każdy, ale w ramach 3 różnych umów/zadań/projektów/zamówień publicznych, ale nie spełni już np. wykonawca, który w ramach jednego zamówienia publicznego (jednej umowy) przeprowadził kilkadziesiąt czy kilkaset usług nadzoru. Takie zróżnicowanie nie znajduje uzasadnienia, nie odpowiada specyfice czynności nadzoru i przedmiotowi tego zamówienia. Co więcej, bardziej reprezentatywne dla tego zamówienia wydaje się właśnie doświadczenie w świadczeniu wielu usług nadzoru dla potrzeb zamówienia publicznego obejmującego projekt.

Po czwarte odwołujący wskazał, że niezależnie od rzeczywistych intencji zamawiającego restrykcyjna, odbiegająca od literalnej, wykładnia warunków udziału w postępowaniu dokonywana dopiero na etapie oceny ofert narusza zasady równego traktowania wykonawców. Na tą okoliczność przytoczył fragmenty orzeczeń Izby (wyrok z dnia 1 kwietnia 2014 roku sygn. akt. KIO 501/14, wyrok z dnia 14 marca 2014 roku sygn. akt KIO 395/14 oraz wyrok z dnia 4 czerwca 2013 roku sygn. akt KIO 1126/13.

W zakresie zarzutu wprowadzenia zamawiającego w błąd odwołujący wyjaśnił, że nie ma on wobec niego żadnych podstaw. Wskazał, że zamawiający nie wykazuje ani nie uzasadnia, na czym miałyby polegać wprowadzenie zamawiającego w błąd, jakiej niezgodności ze stanem faktycznym dotyczyć. Zamawiający wskazuje jedynie i wiąże ten zarzut z podaniem przez odwołującego w wykazie usług, jakoby wykonał 4 zadania, podczas gdy w ocenie zamawiającego wykonał jedno. Tymczasem odwołujący w żadnym dokumencie nie podał informacji o wykonywaniu 4 zadań, w ogóle nie posługiwał się terminem zadanie, bowiem, zgodnie z SIWZ wykazanie się zdolnościami technicznymi polegało na wskazaniu co najmniej 3 usług, a nie 3 zadań. Treść wykazu usług, opisy poszczególnych rubryk są w tym zakresie jednoznaczne i wskazują na usługi, a nie zadania.

Co więcej, wykaz usług odczytywany łącznie z referencjami wystawionymi przez lidera konsorcjum oraz gminę nie pozostawia wątpliwości, że wszystkie usługi były wykonywane w ramach projektu „Termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Gać”, czego odwołujący nie przeinaczał ani nie zatajał. Zamawiający natomiast, jak wynika z uzasadnienia decyzji o wykluczeniu odwołującego, zdaje się obecnie na potrzeby zarzucenia odwołującemu podania nieprawdziwych informacji, traktować projekt

jako zadanie.

O wprowadzeniu w błąd można mówić wówczas, gdy istnieje rozbieżność między podanymi informacjami a stanem faktycznym. W tym przypadku, wykaz usług oraz wszystkie inne informacje podawane w toku postępowania, są zgodne ze stanem faktycznym.

W dniu 20 lipca 2018 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca T. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BICO GROUP T. P. z siedzibą w Warszawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykonawca T. P. i prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BICO GROUP T. P. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej „przystępującym”) stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania przekazanej w oryginale w dniu posiedzenia i rozprawy, dokumenty stanowiące załączniki do odwołania oraz dokumenty złożone na rozprawie przez odwołującego oraz przystępującego.

Izba ustaliła co następuje.

W pkt 6.2.3.a) SIWZ zamawiający postawił następujący warunek:

a) Zdolność techniczna lub zawodowa - posiadanie wiedzy i doświadczenia:

Warunek będzie uznany za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonał, na obiekcie użyteczności publicznej lub budynkach zbiorowego zamieszkania co najmniej 3 (trzy) usługi pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Projektu lub Inwestora Zastępczego lub odpowiedzialnego za przygotowanie realizacji i rozliczenie zadania inwestycyjnego (budowa, przebudowa, remont lub modernizacja), wśród których znajdowała się:

- co najmniej 1 (jedna) usługa obejmująca (jedną) instalację OZE, w tym paneli fotowoltaicznych i
- co najmniej 1 (jedną) usługę termomodernizacji (instalacji centralnego ogrzewania lub ocieplenia budynku)

Warunek zostanie uznany za spełniony również w sytuacji, gdy obie usługi zostały wykonane w ramach jednego zadania.

W wykazie usług z dnia 8 czerwca 2018 r. odwołujący wskazał cztery usługi wykonane na rzecz spółki London Sp. z o.o. w ramach zamówienia udzielonego przez Gminę Gać. Do tego wykazu zostały dołączone referencje tejże spółki z dnia 21 stycznia 2018 r. oraz referencje wystawione przez Gminę Gać z dnia 4 czerwca 2018 r.

W związku z powzięciem wątpliwości dotyczących okoliczności czy odwołujący wskazał jedną czy cztery usługi zamawiający zwrócił się do Gminy Gać z pytaniami odnośnie tej kwestii. Pismem z dnia 4 lipca 2018 r. zamawiający otrzymał odpowiedź ze strony Gminy Gać.

Następnie zamawiający zawiadomieniem z dnia 12 lipca 2018 r. poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12), 16) i 17) ustawy Pzp oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W uzasadnieniu pisma z dnia 12 lipca 2018 r. stanowiącego zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu jego oferty, zamawiający wskazał, że odwołujący miał wykonać cztery zadania, a wykonał jedno. Dalej z przywołanej w tym piśmie korespondencji zamawiającego z udzielającą referencji Gminą Gać wynika, że dla zamawiającego kluczowe było ustalenie, czy odwołujący wykonywał zadania na podstawie jednego zamówienia, jednej umowy i jednego projektu.

Rozstrzygając przedmiotową sprawę Izba przychyliła się do twierdzenia odwołującego i uznała, że zamawiający w SIWZ w treści warunku nie zawarł wymagań dotyczących zadań (projektów lub umów), lecz usług. Istotą sprawy było zatem ustalenie czy zamawiający słusznie utożsamił rozumienie pojęcia „usługi” z pojęciem „zadania”. Izba ustaliła, że takie wnioskowanie przyjęte przez zamawiającego nie znajduje jednak oparcia w treści SIWZ i w kontekście przedmiotowego postępowania stanowi niedozwoloną modyfikację jego treści.

Zamawiający w pkt. 6.3.2.a) SIWZ posługuje się różnymi sformułowaniami dotyczącymi prowadzonych przez wykonawcę działań. Mowa jest o „usługach”, „zadaniach

inwestycyjnych”, „zadaniach”. Przy czym żadnego z tych pojęć zamawiający w SIWZ nie zdefiniował ani nie sprecyzował, nie są one także objęte definicjami legalnymi. Zamawiający nie przyjął na potrzeby przedmiotowego postępowania definicji pojęcia usługa, a także z brzmienia warunku nie wynika, aby zamawiający wymagał wykazania, że zawarte tam usługi mają być wykonane na podstawie trzech różnych umów, zamówień lub projektów. Jeśli zatem takiego zastrzeżenia nie było, zamawiający nie może na etapie badania i oceny ofert zaostriżyć wymagań, a wszelkie nieprecyzyjne postanowienia SIWZ nie mogą wywoływać negatywnych skutków względem wykonawcy i jego oferty, co wynika także z ugruntowanego orzecznictwa Izby.

Interpretacji pojęcia „usługa” i „zadanie” należy dokonywać w kontekście tego konkretnego zamówienia i brzmienia SIWZ. Nie istnieje ogólna dyrektywa nakazująca uznawanie usługi za jedną umowę, zamówienie lub projekt. Uprawnione na gruncie SIWZ jest przyjęcie, że zadaniem (i zadaniem inwestycyjnym), jest całość działań inwestycyjnych dotyczących jednego obiektu budowlanego i w ramach tak rozumianego zadania można było wykonać kilka usług, skoro zamawiający wylicza, że wśród usług na zadaniu inwestycyjnym miała się zawierać usługa dotycząca OZE i/lub termomodernizacji.

Ponadto, pojęcie usługi wyrażone w ustawie Pzp nie odnosi się do jednej umowy, bowiem art. 2 pkt 10) ustawy Pzp wskazuje na aspekt przedmiotowy. W świetle tego przepisu przez usługi należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy. Na uwagę zasługuje również fakt, że warunek udziału w postępowaniu winien abstrahować od okoliczności, które są następstwem przypadku, a powinien odnosić się do obiektywnych walorów wykonawcy, potwierdzających jego zdolność do realizacji zamówienia. To zamawiający, będąc gospodarzem postępowania, formułuje warunki udziału w postępowaniu, celem wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania umowy.

Dodatkowo w ocenie Izby referencje przedłożone przez odwołującego na okoliczność potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie mogą stanowić podstawy potwierdzenia słuszności czynności zamawiającego o wykluczeniu odwołującego. Z treści pisma z dnia 25 stycznia 2018 r. stanowiącego referencje udzielone przez spółkę London Sp. z o.o. jak i pisma z dnia 4 czerwca 2018 r. stanowiącego referencje udzielone przez Gminę Gać wynika, że usługi w nich wskazane, które znalazły się także w wykazie usług obejmowały również przygotowanie projektu i rozliczenie zadań inwestycyjnych. I nie ma przy tym znaczenia fakt, że w referencjach London Sp. z o.o. wskazana jest „firma” ECO POWER 4U, a w referencjach Gminy Gać „jedynie” wymieniony jest pan A. C. Jak wynika ze zgromadzonych przez Izbę dokumentów pan A. Cz. prowadzi działalność gospodarczą pod firmą ECO POWER 4U mgr inż. A. C. z siedzibą w Krakowie zatem nie ma znaczenia czy zdobył doświadczenie jako zleceniobiorca działając na rzecz wykonawcy czy wykonując

usługi jako podwykonawca działający pod własną firmą gdyż decydujące powinno być ustalenie czy jako wykonawca składający ofertę w postępowaniu posiada opisane w warunku doświadczenie, a nie forma prawna pod jaką je nabył.

W konsekwencji Izba uznała, że zamawiający niesłusznie wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp.

Podobnie w ocenie Izby zamawiający niesłusznie przy wykluczeniu odwołującego zastosował art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp.

Jak wynika z treści zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty zamawiający ustalił, że odwołujący wprowadził go w błąd, a to wprowadzenie w błąd polegało w szczególności na tym, że w wykazie usług odwołujący wskazał, pełnienie nadzoru inwestorskiego, w tym przygotowanie projektu i rozliczenie zadań inwestycyjnych na czterech zadaniach, a w rzeczywistości było to jedno zadanie.

Po pierwsze Izba powyżej ustaliła, że zamawiający niesłusznie i wbrew postanowieniom SIWZ utożsamiał rozumienie pojęcia „usługi” z pojęciem „zadania”. Zamawiający nie wykazuje ani nie uzasadnia, na czym miałyby polegać wprowadzenie zamawiającego w błąd lub jakiej niezgodności ze stanem faktycznym dotyczyć. Zamawiający wskazuje jedynie i wiąże ten zarzut z okolicznością niewykazania przez odwołującego oznaczonej w treści warunku ilości zadań, przy czym z treści warunku wymóg ilościowy dotyczył usług. Tymczasem odwołujący w żadnym dokumencie nie podał informacji o wykonywaniu czterech zadań i w ogóle nie posługiwał się terminem zadanie. Treść wykazu usług, opisy poszczególnych rubryk są w tym zakresie jednoznaczne i wskazują na usługi, a nie zadania.

Izba w swoim orzecznictwie konsekwentnie wskazuje, że aby wypełnić hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, wszystkie przesłanki zawarte w tych przepisach muszą wystąpić łącznie, zaś niewykazanie zaistnienia chociażby jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że zamawiający nie wykluczając wykonawcy z postępowania nie naruszył ustawy Pzp.

Izba uznaje zatem, że dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki:

1. przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd;
2. błąd polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu;
3. przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Natomiast art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp wymaga łącznego zaistnienia przesłanek:

1. przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd;

2. przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa;
3. informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Zawarta w obu przepisach przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim.

W przedmiotowej sprawie wykaz usług oraz inne informacje podawane przez odwołującego w ocenie Izby były zgodne ze stanem faktycznym w związku z tym czynność zamawiającego odnośnie wykluczenia odwołującego nastąpiła z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

Po drugie zamawiający uzasadniając wykluczenie odwołującego użył zwrotu „w szczególności” przy czym nie podał innych powodów wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp niż te wymienione powyżej. Uzasadnienie tak istotnej czynności jak wykluczenie wykonawcy powinno mieć charakter pełny i uwzględniać wszystkie okoliczności jakie wziął pod uwagę zamawiający podczas jej dokonywania co wynika z treści art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. W związku z tym Izba wzięła pod uwagę tylko te argumenty uzasadnienia, które zamawiający zawarł w zawiadomieniu o wykluczeniu wykonawcy i na tej podstawie uznała, że zarzut podniesiony w odwołaniu zasługuje na uwzględnienie.

Jednocześnie Izba podkreśla, że w wypadku zaistnienia nieprecyzyjnych postanowień SIWZ, które nie mogą wywoływać negatywnych skutków względem wykonawcy i jego oferty, na co Izba wskazywała także w kontekście zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp nie mogą zostać uznane za zasadne .

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie ziszczenia się zarzutów postawionych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10

ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....