

WYROK

z dnia 7 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **4 czerwca 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **24 maja 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: „**PKOB WEGNER**” sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w **Poznaniu**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa schroniska dla zwierząt w Poznaniu* (nr postępowania UK.D.340-5/18)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Poznań – Usługi Komunalne**

przy udziale wykonawcy: **Pekbex Beta S.A. z siedzibą w Poznaniu** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego „PKOB WEGNER” sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego „PKOB WEGNER” sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od **odwołującego „PKOB WEGNER” sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu** na rzecz **zamawiającego Miasto Poznań – Usług Komunalnych** kwotę **3567 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie 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 Poznaniu**.

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Poznań – Usługi Komunalne prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Budowa schroniska dla zwierząt w Poznaniu* (nr postępowania UK.D.340-5/18).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 4 września 2018 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S_169 pod poz. 383968.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

10 maja 2019 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu „PKOB WEGNER” sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu {dalej również: „Wegner”} zawiadomienie o wykluczeniu go z powyższego postępowania, a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Pekbex Beta S.A. z siedzibą w Poznaniu {dalej również: „Pekbex”} oraz punktacji przyznanej poszczególnym ofertom.

20 maja 2019 r. Odwołujący wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od wykluczenia go przez Zamawiającego (któremu przekazał kopię tego odwołania).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 89 ust. 1 pkt 5 – przez ich nieuzasadnione i nieuprawnione zastosowanie, po uprzednim przyjęciu, że wyjaśnienia Odwołującego należy uznać za nieprzekonujące w świetle informacji pozyskanych przez Zamawiającego.
2. Art. 7, art. 26 ust. 1, 2f, 3, 4 i 6 – przez zaniechanie ich odpowiedniego zastosowania celem wyjaśnienia wszelkich powstałych wątpliwości i ustalenia okoliczności istotnych dla niniejszej sprawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty.
2. Ponownego przeprowadzenia badania i oceny ofert.
3. Przeprowadzenia czynności wskazanych w art. 24aa oraz art. 26 ust. 1, 2f, 3 oraz 4 ustawy pzp.

4. Uznania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów w uzasadnieniu odwołania w następujący sposób.

Okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu:

W odwołaniu podano, że zgodnie z treścią SIWZ i formularza ofertowego:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

(...)

2. spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

(...)

2.3 zdolności technicznej lub zawodowej – za spełniających ten warunek Zamawiający uzna Wykonawców, którzy wykażą, że:

(...)

c) dysponują zespołem składającym się co najmniej z osób spełniających następujące wymagania:

(...)

c2) co najmniej jednej osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych, posiadającej uprawnienia do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń oraz posiadającej co najmniej 5-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w ww. specjalności, obejmujące wykonanie co najmniej 2 usług polegających na kierowaniu robotami sanitarnymi dotyczącymi budynku użyteczności publicznej, o wartości brutto kierowanych robót w każdej z tych usług co najmniej 1.500.000 (jeden milion pięćset tysięcy) zł;

c3) co najmniej jednej osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych, posiadającej uprawnienia do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń oraz posiadającej co najmniej 5-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w ww. specjalności, obejmujące wykonanie co najmniej 2 usług polegających na kierowaniu robotami elektrycznymi dotyczącymi budynku użyteczności publicznej, o wartości brutto kierowanych robót w każdej z tych usług co najmniej 1.000.000,00 (jeden milion) zł;

c4) co najmniej jednej osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika robót teletechnicznych, posiadającej uprawnienia do kierowania robotami w specjalności telekomunikacyjnej oraz posiadającej co najmniej 5-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w ww. specjalności, obejmujące wykonanie co najmniej 2 usług

polegających na kierowaniu robotami teletechnicznymi dotyczącymi budynku użyteczności publicznej, o wartości brutto kierowanych robót w każdej z tych usług co najmniej 500 000,00 PLN. W przypadku, gdy wskazana osoba będzie posiadała uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, należy wykazać, że posiada ona ważne uprawnienia budowlane w telekomunikacji przewodowej.

Zamawiający dopuszcza wykazanie spełniania warunków, o których mowa w ppkt c1)- c4), poprzez wskazanie osób spełniających jednocześnie więcej niż 1 z tych warunków.

UWAGA:

Zamawiający dopuszcza uprawnienia budowlane wydane na podstawie obecnie obowiązujących przepisów prawa, jak również odpowiadające im ważne uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

Samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, określone w art. 12 ust. 1 ustawy Prawo budowlane, mogą również wykonywać osoby, których odpowiednie kwalifikacje zawodowe zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych tj. m.in. w ustawie z dnia 22 grudnia 2015r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. z 2016 r., poz. 65) oraz w rozumieniu art. 20a ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (tekst jednolity: Dz. U. z 2016 r., poz. 1725).

Osoby wskazane do pełnienia funkcji kierowniczych muszą posiadać biegłą znajomość języka polskiego lub mieć zapewnioną obsługę w zakresie bieżącego tłumaczenia profesjonalnego tłumacza.

Nadto, w toku postępowania sformułowano następujące kryteria oceny ofert:

Podkryterium 2: Doświadczenie kierownika robót sanitarnych – waga 10%

Ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby przewidzianej do realizacji zamówienia – kierownika robót sanitarnych, tj. liczba wykonanych przez wskazaną osobę usług polegających na kierowaniu robotami sanitarnymi dotyczącymi budynku użyteczności publicznej, o wartości brutto kierowanych robót w każdej z tych usług co najmniej 1.500.000, 00 zł.

<i>Liczba wykonanych przez wskazaną osobę</i>	<i>Liczba punktów</i>
<i>Mniej niż 2 usługi spełniające ww. wymagania</i>	<i>Oferta podlega odrzuceniu</i>
<i>2 usługi spełniające ww. wymagania</i>	<i>0 pkt</i>
<i>3 usługi spełniające ww. wymagania</i>	<i>5 pkt</i>
<i>4 i więcej usług spełniających ww. wymagania</i>	<i>10 pkt</i>

Ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby przewidzianej do realizacji zamówienia – kierownika robót elektrycznych, tj. liczba wykonanych przez wskazaną osobę usług

polegających na kierowaniu robotami elektrycznymi dotyczącymi budynku użyteczności publicznej, o wartości brutto kierowanych robót w każdej z tych usług co najmniej 1.000.000,00 zł.

<i>Liczba wykonanych przez wskazaną osobę</i>	<i>Liczba punktów</i>
<i>Mniej niż 2 usługi spełniające ww. wymagania</i>	<i>Oferta podlega odrzuceniu</i>
<i>2 usługi spełniające ww. wymagania</i>	<i>0 pkt</i>
<i>3 usługi spełniające ww. wymagania</i>	<i>5 pkt</i>
<i>4 i więcej usług spełniających ww. wymagania</i>	<i>10 pkt</i>

Podkryterium 4: Doświadczenie kierownika robót teletechnicznych - waga 5%

Ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby przewidzianej do realizacji zamówienia – kierownika robót teletechnicznych, tj. liczba wykonanych przez wskazaną osobę usług polegających na kierowaniu robotami teletechnicznymi dotyczącymi budynku użyteczności publicznej, o wartości brutto kierowanych robót w każdej z tych usług co najmniej 500.000,00 zł.

<i>Liczba wykonanych przez wskazaną osobę</i>	<i>Liczba punktów</i>
<i>Mniej niż 2 usługi spełniające ww. wymagania</i>	<i>Oferta podlega odrzuceniu</i>
<i>2 usługi spełniające ww. wymagania</i>	<i>0 pkt</i>
<i>3 usługi spełniające ww. wymagania</i>	<i>2,5 pkt</i>
<i>4 i więcej usług spełniających ww. wymagania</i>	<i>5 pkt</i>

Ponadto Odwołujący zrelacjonował, że

- przedłożył ofertę, w której treści zawarł wykaz osób, który służył jednocześnie wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz umożliwił przyznanie punktów w przytoczonym kryterium oceny ofert, gdzie wskazał, że dysponuje każdym z kierowników robót w każdej ze specjalności oraz podał ich dane personalne i opisał doświadczenie {na dowód do odwołania załączono formularz oferty};
- 5 listopada 2018 r. Zamawiający zwrócił się do niego na podstawie art. 87 ust. 1 pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie doświadczenia kierowników robót elektrycznych i teletechnicznych {na dowód do odwołania załączono to pismo};
- pismem z 9 listopada 2018 r. odpowiedział na to wezwanie {na dowód do odwołania załączono to pismo};
- 5 kwietnia 2019 r. Zamawiający ponownie zwrócił się, tym razem na podstawie art. 26 ust. 4 pzp, o złożenie wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie doświadczenia kierowników robót elektrycznych i teletechnicznych {na dowód do odwołania załączono to pismo};
- pismem z 12 kwietnia 2019 r. odpowiedział na to wezwanie {na dowód do odwołania załączono to pismo}.

- 10 maja 2019 r. Zamawiający przekazał zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego {na dowód do odwołania załączono to pismo}.

Odwołujący oświadczył, że stanowisko zawarte w piśmie z 12 kwietnia 2019 r. w pełni podtrzymuje i uważa je za aktualne, gdyż jak słusznie wtedy zauważył: *Przedstawione informacje dotyczące wykazania doświadczenia dla przyznania punktów w ramach kryteriów oceny ofert pozostają bez zmian. Wykonawca przedkładał zaś wykaz osób, w którego treści wskazano doświadczenie przedstawionego kierownika robót danej branży, w zakresie pozwalającym na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.*

Okoliczności prawne podniesione w odwołaniu:

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że w toku dotychczasowych czynności zaniechał zastosowania przepisów ustawy pzp, w szczególności wynikających z art. 26, celem ustalenia, jakie doświadczenie zdobyły wykazywane osoby. Wręcz przeciwnie, w wyniku prostego odczytania treści formularza ofertowego, uzupełnionego przez Odwołującego, bez tych dodatkowych czynności, a nadto bez wyjaśnienia powstałych wątpliwości, Zamawiający uznał, że Odwołujący podlega wykluczeniu ze względu na fakt, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Powyższe jest o tyle niezrozumiałe dla Odwołującego, że wskazane przez niego osoby legitymują się wymaganym doświadczeniem na poziomie pozwalającym Odwołującemu na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wywiódł, że instytucjom zamawiającym przysługuje szereg uprawnień, z których mogą one skorzystać w toku badania i oceny ofert dla ustalenia prawdziwych okoliczności i zakresu wykonywania danych zamówień lub – jak w tym przypadku – kierowania danymi robotami, w celu stwierdzenia, czy dany wykonawca faktycznie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego Zamawiający – mając do wyboru ofertę znacznie korzystniejszą finansowo (a także pod względem pozostałych kryteriów oceny ofert) od oferty uznanej za najkorzystniejszą – winien dochować należytej staranności dla przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób rzetelny i zgodny z przepisami ustawy pzp, w tym wyjaśnić dostępnymi mu środkami, w granicach i na podstawie przepisów prawa, wszelkie zaistniałe wątpliwości, zamiast odrzucać ofertę Wegnera, wykazując niezrozumiałe, skrajnie formalne podejście, czego prawodawca aktualnie od niego już nie oczekuje.

Odwołujący zauważył, że m.in. w wyniku nowelizacji z czerwca 2016 r. przepisów pzp zasadniczo mieniły się zasady badania i oceny ofert a proces odformalizowania przepisów o zamówieniach publicznych, trwa od lat. Od podejścia skrajnie formalnego, zgodnie z

którym oferty w zakresie wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia w ogóle nie podlegały procedurze wyjaśniania, o uzupełnianiu dokumentów w tym zakresie nie wspominając (tak w ustawie z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych w jej pierwszych wersjach, ale praktycznie do końca jej obowiązywania), do stanu prawnego obowiązującego aktualnie, w którym prawodawca oczekuje od instytucji zamawiających posługiwanie się w toku badania i oceny ofert różnymi dostępnymi im i znanymi, w tym notoryjnie (co uzasadnia przywołanie odpowiedniego stosowania art. 190 ust. 5 ustawy pzp), źródłami wiedzy o okolicznościach faktycznych i prawnych wykazywanych przez wykonawców faktów i zdarzeń. Prawodawca, w miarę kolejnych nowelizacji przepisów o zamówieniach publicznych, zmniejsza bowiem rygory formalne tej dziedziny prawa, wychodząc z założenia, że zbyt ni formalizm jest szkodliwy dla systemu finansów publicznych w Polsce i wypacza sens i istotę regulacji dotyczącej legalnego kontraktowania wykonawców zamówień publicznych.

Odwołujący stwierdził, że jak słusznie wskazano w „Prawie zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.” pod redakcją Jacka Sadowego – ówczesnego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2008), w rozdziale zatytułowanym „Odformalizowanie procedur otwartych w nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych” (str. 111 i nast.): *Jednym, z celów nowelizacji jest odformalizowanie procedur „otwartych”. Pod pojęciem procedury „otwartej” rozumiem procedurę, która zostaje wszczęta poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu. (...) Dziś zagrożeniem istotnym dla funkcjonowania systemu zamówień publicznych jest nadmierny formalizm procedury otwartej, który zniechęca wykonawców do przystąpienia do postępowania oraz prowadzi do nadużywania przez zamawiających trybów niekonkurencyjnych lub nie stosowania w ogóle ustawy. Nadmierny formalizm procedur otwartych zachęca zamawiających do stosowania mniej sformalizowanych procedur; które ograniczają konkurencję. (...) Odformalizowanie procedur otwartych i ich szersze stosowanie ogranicza patologie. Sformalizowanie procedur otwartych (w celu walki z patologia) de facto wbrew zamierzeniom prawodawcy prowadzi do jej wzrostu. (...) Należy zatem stworzyć mechanizm gwarantujący w jak najszerszym stopniu udział wykonawców w postępowaniu o zamówienie publiczne, im większa konkurencja, tym większe prawdopodobieństwo uzyskania korzystnych warunków na jakich będzie realizowane zamówienie publiczne. Jeżeli ustawa nie daje gwarancji realizacji tego celu (nadmiernie poprzez swój formalizm ogranicza dostęp wykonawców do zamówień publicznych prowadząc do zawarcia umów niekorzystnych pod względem ekonomicznym), podważa to zaufanie zamawiających do prawa. (...) Przyjęte zmiany w ustawie oraz aktach wykonawczych są pierwszym krokiem idącym w kierunku zwiększenia konkurencyjności systemu zamówień publicznych poprzez wprowadzenie mechanizmów promujących*

stosowanie trybów otwartych oraz zwiększenie możliwości ubiegania się wykonawców o zamówienia publiczne.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że oparł decyzję o wykluczeniu Odwołującego wyłącznie na treści złożonych przez niego dokumentów w postaci formularza oferty oraz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia {dalej: „JEDZ”}, tj. oświadczenia stanowiącego wyłącznie wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, bez zbadania, czy znajduje ono potwierdzenie w treści oświadczeń i dokumentów żądanych w trybie art. 26 ust. 1 pzp. Odwołujący wywiódł, że gdyby zgodnie z tym przepisem Zamawiający wezwał go, gdyż to jego oferta powinna zostać najwyżej oceniona, nie mógłby dojść do wniosku, że Odwołujący podlega wykluczeniu. Odwołujący podsumował, że Zamawiający naruszył art. 26 ust. 1 pzp przez zaniechanie zastosowania tego przepisu do wykonawcy, którego oferta nie podlegała odrzuceniu, co w konsekwencji narusza także zasady wyrażone w art. 7 ustawy pzp.

Według Odwołującego Zamawiający naruszył także art. 26 ust. 3 pzp, gdyż zaniechał jego zastosowania celem umożliwienia mu uzupełnienia oferty w wymaganym zakresie, uznając, że oferta nie podlega już żadnej możliwości sanacyjnej, a jej treść przekreśla szanse wykonawcy na uzyskanie zamówienia. Takie rozumienie i stosowanie przepisów o zamówieniach publicznych świadczy o nieuwzględnieniu zmian wynikających z nowelizacji wdrażającej dyrektywy unijne do polskiego porządku prawnego w 2016 r. W ocenie Odwołującego przepis ten winien znaleźć zastosowanie celem uzupełnienia oferty – jak to określił – „w możliwym zakresie”.

Zdaniem Odwołującego, niezależnie od powyższego, Zamawiający miał także możliwość skorzystania z art. 26 ust. 2f pzp w celu jednoznacznego ustalenia treści złożonej oferty i zawartego w niej wykazu osób. Zamawiający nie mogą już ograniczać się do stricte formalnej oceny ofert, a mają za zadanie ustalić, czy faktycznie wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, czy też nie. Mogą to czynić po wielokroć w toku postępowania, bez żadnych ograniczeń. Prawodawca zaś dostarcza im w tym celu kilka podstaw prawnych. Zamawiający w niniejszym postępowaniu jednak tych regulacji nie dostrzega i nie stosuje wskazanych wyżej przepisów.

Odwołujący podsumował, że złożona przez niego oferta wraz z załącznikami nie pozwala na przyjęcie, że zachodzą wskazane przez Zamawiającego przesłanki wykluczenia i odrzucenia oferty, a z treści przedłożonych dokumentów wynika, że Odwołujący spełnia sformułowane warunki, a jego oferta winna zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

Zamawiający poinformował Izbę, że 22 maja 2019 r. drogą elektroniczną przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom.

24 maja 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie elektronicznej zgłoszenie przez Pekabex przystąpienia do tego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania powyższego zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

W szczególności w ocenie Izby na przeszkodzie stwierdzeniu skuteczności powyższego przystąpienia nie stoi na przeszkodzie omyłka w oznaczeniu Odwołującego polegająca na pominięciu, że jest nim spółka komandytowa.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako w całości bezzasadnego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp, nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia i dalszym piśmie złożonym na rozprawie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący jako wykonawca uczestniczący w postępowaniu o przedmiotowe zamówienie, który skarży wykluczenie go z postępowania, co pozbawiło go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozstrzygnięcia:

{odnośnie treści s.i.w.z.}

Ponieważ postanowienia dotyczące warunków udziału dotyczących dysponowania osobami przewidzianymi do pełnienia funkcji kierowników robót sanitarnych, elektrycznych i teletechnicznych [rozdział V lit. A pkt 2.3. lit. c2)-c4)] zostały adekwatnie przytoczone w odwołaniu {co zrelacjonowano powyżej}, nie ma potrzeby ich powtarzania.

Natomiast przytoczone również adekwatnie brzmienie podkryteriów 2-4 premiujących dodatkowe doświadczenie tych osób w pełnieniu takich funkcji z rozdziału XIII pkt 2. wymaga uzupełnienia o również tam zamieszczone postanowienia dotyczące sposobu przeprowadzenia oceny w tych podkryteriach:

Ocena oferty w podkryteriach 1-4 zostanie przeprowadzona na podstawie deklaracji Wykonawcy złożonej w formularzu ofertowym.

W przypadku ubiegania się o ocenę dodatkową dla danej osoby, w formularzu należy wymienić 2 usługi niezbędne do wykazania wymaganego minimum oraz usługi deklarowane ponad to minimum.

Niewypełnienie odpowiedniej kolumny tabeli w formularzu ofertowym w zakresie dotyczącym danego podkryterium będzie skutkowało przyjęciem, że w odniesieniu do danej osoby Wykonawca zadeklarował parametr minimalny (punktowany oceną 0 pkt), tj. w przypadku wezwania Wykonawcy do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu będzie on zobowiązany do wykazania, iż osoba wskazana do pełnienia danej funkcji wykonała co najmniej 2 usługi spełniające ww. wymagania, zgodnie z punktem V.A.2.3 lit. c) ppkt 1-4 siwz.

Powyższe postanowienia zostały również powtórzone w zamieszczonej we wzorze oferty [załącznik nr 2 do s.i.w.z.] tabeli przewidzianej na wpisanie informacji podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny (ceny oferty, terminu gwarancji jakości oraz doświadczenia osób przewidzianych do pełnienia funkcji technicznych). Pod tabelą dodatkowo zamieszczono następującą uwagę:

*Wartości w powyższej tabeli należy zadeklarować zgodnie z opisem kryteriów oceny ofert zawartym w punkcie XIII.203 siwz – niewypełnienie będzie skutkowało przyjęciem, że w odniesieniu do kryteriów dotyczących doświadczenia osób przewidzianych do realizacji zamówienia oraz terminu gwarancji jakości Wykonawca zadeklarował parametr minimalny *punktowany oceną 0 pkt).*

Zamawiający w rozdziale VI pkt 1 wskazał, że wykonawca składając JEDZ ogranicza się do wypełnienia części IV jedynie w sekcji „a” (ogólne oświadczenia dotyczące wszystkich

kryteriów kwalifikacji), co oznacza, iż na tym etapie postępowania wykonawca składa jedynie ogólne oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Natomiast właściwa weryfikacja spełniania określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu dokonana zostanie na zakończenie postępowania, w oparciu o stosowne dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przez wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza.

W treści s.i.w.z. zastrzeżono również, że zgodnie z art. 24aa ust. 1 pzp Zamawiający przewiduje możliwość zastosowania tzw. procedury odwróconej, polegającej na tym, że w pierwszej kolejności dokonana zostanie ocena ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału [patrz ostatni akapit rozdziału III].

Reasumując, z powyżej przytoczonych postanowień wynika, że doświadczenie kierowników poszczególnych rodzajów robót jest zarówno elementem warunku udziału w tym postępowaniu, który wykonawca obligatoryjnie musi spełnić, jak i przedmiotem oceny w ramach kryteriów oceny ofert, w których wykonawca może uzyskać dodatkowe punkty, zwiększając swoją szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, za doświadczenie wykraczające ponad obligatoryjnie wymagane. Jednakże na etapie ustalania na zasadzie art. 24aa ust. 1 pzp oferty najwyżej ocenionej informacje dotyczące doświadczenia osób podane przez wykonawcę w formularzu oferty służą temu celowi, czyli są brane pod uwagę jako podstawa do ustalenia należytej punktacji w ramach kryteriów oceny ofert. Natomiast badanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przeprowadzane jest dopiero na następnym etapie w stosunku do wykonawcy, którego oferta uzyskała najwyższą liczbę punktów.

Koresponduje to z art. Art. 26 ust. 1 pzp, z którego wynika, że zamawiający przed udzieleniem zamówienia (o wartości powyżej tzw. progów unijnych) wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, czyli w szczególności dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

{odnośnie przebiegu badania i oceny oferty Wegnera}

Wegner zgłosił w formularzu oferty osoby do pełnienia poszczególnych funkcji technicznych i podał informacje dotyczące ich doświadczenia w celu uzyskania dodatkowej punktacji w kryterium doświadczenia osób przewidzianych do pełnienia funkcji kierowniczych podczas realizacji zamówienia, w tym odnośnie doświadczenia poszczególnych kierowników robót podał dla: kierownika robót sanitarnych – 4 pozycje, kierownika robót elektrycznych – 3 pozycje, kierownika robót teletechnicznych – 4 pozycje.

Następnie do wyjaśnień z 12 kwietnia 2019 r. z własnej inicjatywy (wezwanie dotyczyło wyłącznie wyjaśnienia adekwatności informacji odnośnie doświadczenia osób zawartych w formularzu ofertowym) załączył zmieniony wykaz, w którym dla: kierownika robót sanitarnych – dopisał dodatkową pozycję, kierownika robót elektrycznych – usunął jedną pozycję kwestionowaną przez Zamawiającego (poz. 4 wykazu formularza oferty) i dopisał 4 dodatkowe pozycje, kierownika robót teletechnicznych – dopisał 4 dodatkowe pozycje.

W zawiadomieniu z 10 maja 2019 r. Zamawiający następująco uzasadnił decyzję o wykluczeniu z postępowania Wegnera i odrzucenia jego oferty:

W opisie doświadczenia osób przewidzianych do pełnienia funkcji kierowniczych podczas realizacji zamówienia, zawartym w formularzu ofertowym i podlegającym ocenie w świetle kryteriów oceny ofert, Wykonawca wskazał m.in. na niżej wymienione usługi. Po dokonaniu przez Zamawiającego ich weryfikacji w szczególności poprzez uzyskanie wyjaśnień inwestorów inwestycji, których dotyczyły te usługi, stwierdzić należy, że usługi te nie spełniają wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), z podanych poniżej względów:

1) *odnośnie zadeklarowanego doświadczenia osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych: Z dostępnych Zamawiającemu informacji, pozyskanych od zamawiającego – Urzędu Miasta i Gminy Kórnik, odnośnie zamówienia pn. „Budowa kompleksu edukacyjnego w północnej części gminy szkoła podstawowa wraz z zagospodarowaniem terenu w miejscowości Kamionki gmina Kórnik” wynika, że osoba przewidziana w formularzu ofertowym Wykonawcy do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych pełniła analogiczną funkcję przy realizacji ww. zamówienia jedynie w początkowym okresie realizacji (3 miesiące od zawarcia umowy). W tym okresie inwestor odebrał protokołem częściowym wykonanie robót sanitarnych na kwotę 41.000,00 zł, tj. na kwotę niższą od kwoty wskazanej w wymogu określonej w punkcie XIII.2 podkryterium 2 siwz.*

2) *odnośnie zadeklarowanego doświadczenia osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych:*

a) *z dostępnych Zamawiającemu informacji, pozyskanych od inwestora, wynika, iż zamówienie pn. „Kanalizacja obszaru Parku Krajobrazowego Puszcza Zielonka i okolic – etap III: Kontrakt CK2 – Gmina Czerwonak, MK2 – Gmina Murowana Goślina” obejmowało wykonanie sieci kanalizacyjnej. W szczególności Zamawiający uzyskał od inwestora ww. zadania informację, iż kierownikiem robót elektrycznych przy ww. zamówieniu była inna osoba niż wskazana przez Wykonawcę w treści formularza ofertowego, oraz że zakres zamówienia nie obejmował wykonania robót elektrycznych o wartości co najmniej*

1.000.000,00 zł brutto, zgodnie z wymogiem określonym w punkcie XIII.2 podkryterium 3 siwz.

b) z dostępnych Zamawiającemu informacji, pozyskanych od zamawiającego Szpitala Miejskiego im. Franciszka Raszei w Poznaniu, wynika, iż zamówienie pn. „Modernizacja Oddziału Diabetologii i Chorób Wewnętrznych”, obejmowało wykonanie robót elektrycznych na kwotę 954.749,57 zł brutto, wbrew wymogowi określonemu w punkcie XIII.2 podkryterium 3 siwz.

3) odnośnie zadeklarowanego doświadczenia osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika robót teletechnicznych: Z dostępnych Zamawiającemu informacji, pozyskanych od zamawiającego – Urzędu Miejskiego w Mosinie, odnośnie zamówienia pn. „Remont szkoły w Czapurach” wynika, że realizacja tego zamówienia na dzień 11 października 2018 r. (dzień składania ofert w niniejszym postępowaniu) nie była jeszcze zakończona, jak również, iż kierownikiem robót teletechnicznych przy ww. zamówieniu jest inna osoba niż wskazana przez Wykonawcę w treści formularza ofertowego.

W ocenie Zamawiającego, przedstawione przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego wyjaśnienia dotyczące rozbieżności pomiędzy ustaleniami Zamawiającego a opisem doświadczenia osób przewidzianych do realizacji zamówienia zawartym w formularzu ofertowym Wykonawcy, we wskazanym powyżej zakresie, należy uznać za nieprzekonujące w świetle informacji pozyskanych przez Zamawiającego od inwestorów ww. zamówień. W konsekwencji Zamawiający zmuszony jest wykluczyć Wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z uwagi na to, że Wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił wprowadzające Zamawiającego w błąd informacje, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Stosownie do art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, natomiast zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę złożoną przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

{odnośnie okoliczności faktycznych zawartych w odwołaniu}

Choć w odwołaniu na wstępie zarzucono naruszenie wszystkich przepisów wskazanych przez Zamawiającego poprzez ich nieuzasadnione i nieuprawnione zastosowanie, podane w uzasadnieniu okoliczności faktyczne w ogóle nie odnoszą się do powyższych ustaleń poczynionych przez Zamawiającego, co oznacza, że nie zostały one zakwestionowane. Uzasadnienie odwołania co do okoliczności faktycznych sprowadza się do przytoczenia brzmienia postanowień s.i.w.z. dotyczących warunku udziału i kryterium oceny ofert oraz podania dat pism Zamawiającego wzywających do wyjaśnień oraz dat pism

Odwołującego przesłanych w odpowiedzi i zacytowania stanowiska fragmentu jego stanowiska, że jego zdaniem pozycje zgłoszone do punktacji nie uległy zmianie.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12}. Jak to powyżej ustalono, odwołanie nie zawiera zakwestionowania ustaleń faktycznych Zamawiającego co do wypełnienia się przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, czyli nie podważa, że w zakresie podanym w uzasadnieniu faktycznym decyzji o wykluczeniu Wegner podał co najmniej lekkomyślnie w formularzu ofertowym nieprawdziwe informacje odnośnie doświadczenia poszczególnych kierowników robót.

W aktualnie obowiązującym art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp określono, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku:

- zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów {pkt 16};
- lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia {pkt 17}.

Powyższe przepisy stanowią implementację do krajowego porządku prawnego określonych w art. 57 ust. 4 lit. h oraz i (*in fine*) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE L 94, 28.3.2014, p. 65–242) podstaw wykluczenia w następujących sytuacjach:

- jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59 {lit. i};
- jeżeli wykonawca podjął kroki, aby wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające

w błąd informację, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia {lit. h *in fine*}

W poprzednim stanie prawnym istniała jedna podstawa wykluczenia wykonawcy z powodu składania nieprawdziwych informacji. Według nieobowiązującego już art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczało się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przepis ten stanowił implementację art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można było wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji. W odróżnieniu od przepisu krajowego z unijnym hipoteza przepisu dyrektywy obejmowała zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym w obu przypadkach ma to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Z kolei przesłankę wpływu nieprawdziwych informacji na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp można było uznać za odpowiednik poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego, o którym mowa w przepisie dyrektywy. W zakresie tych przesłanek, pomimo różnic sformułowań, interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp w zgodzie z przepisem dyrektywy nie budziła większych wątpliwości.

Jednakże art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, w odróżnieniu od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, wprost odwoływał się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. W orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp z uwzględnieniem art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE z czasem skryształizowało się wręcz stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) wskazał, że przepis ten ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z powyższego Sąd wywiódł, że nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd. Takie stanowisko sądów okręgowych nie pozostało bez wpływu na orzecznictwo Izby, które

upřednio nie wymagało dla wypełnienia hipotezy normy określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp umyślnego zawnienia wykonawcy.

Jednakże Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej) orzekł w związku z wykluczeniem na podstawie art. 94 lit. b rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1 ze zm) – który stanowił, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji – że w przypadku gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa, i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny, czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego {por. pkt 75 i 119 wyroku}.

Powyższe orzeczenie Izba wzięła pod uwagę w wyroku z 11 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 177/19, argumentując, że co prawda powyższy wyrok dotyczył stosowania przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak zarówno treść przepisu art. 94 lit. b rozporządzenia finansowego, jak i art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE odwołują się do winy wykonawcy (kandydata) składającego nierzetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy, która powinna być interpretowana w taki sam sposób. Stąd Izba doszła do przekonania, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, wymaga przypisania wykonawcy winy, jednak może to być również niedbalstwo. Izba zwróciła uwagę, że w praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż wymaga dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów

wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Natomiast wykonawca z łatwością może uwolnić się od odpowiedzialności oświadczając, że nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd, a podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem omyłki lub też niesprawdzenia informacji uzyskanej od kogoś innego. Natomiast zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r. sygn. akt IV CK 151/03}. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02}. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

W aktualnym stanie prawnym przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp wprost określa, że przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego może nastąpić w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy. Natomiast przypisanie wykonawcy winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa jest konieczne w sytuacji, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp.

Należy przyjąć, że obecnie obowiązujące przepisy, tak jak poprzednio obowiązujący art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego adekwatny pozostaje {na co Krajowa Izba Odwoławcza wskazała uprzednio w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 372/10} pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99 (opubl. Orzecznictwo Sądu

Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): *Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.*

W przeciwieństwie do hipotezy dawnego art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp obecnie obowiązujące art. 24 ust. 1 pkt 17 i 18 pzp nie obejmują przesłanki rzeczywistego wpływu złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych, czyli wprowadzających w błąd informacji na wynik postępowania prowadzonego przez zamawiającego. W przypadku sytuacji uregulowanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp wystarczające jest stwierdzenie, że wprowadzające w błąd informacje zaliczają się do kategorii takich, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Niewątpliwie informacje podawane na potrzeby ustalenia punktacji w ramach kryteriów oceny ofert należy zaliczyć do tej kategorii.

Izba podziela stanowisko, uprzednio wyrażone wielokrotnie w orzecznictwie Izby jeszcze na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów, że w trybie art. 26 ust. 3 pzp nieprawdziwej informacji nie można zastępować informacją prawdziwą pzp. Jeżeli wykonawca podał choćby lekkomyślnie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy odnośnie tego, co miało zostać wykazane lub ocenione. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku czy przyznanie określonej punktacji, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna. Na gruncie poprzednio obowiązującego art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp wskazywano, że w ramach przesłanki wpływu na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp nie mieści się badanie, czy wykonawca składający nieprawdziwą informację był już wzywany do uzupełnienia dokumentów, gdyż w konsekwencji prowadziłoby to do takiej interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, zgodnie z którą nie podlega wykluczeniu wykonawca, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli uczynił to po raz pierwszy tzn. nie był wzywany do zastąpienia jednej informacji (nieprawdziwej) potwierdzającej dany stan inną (tym razem prawdziwą). Tym

bardziej w aktualnym stanie prawnym, który nie wymaga badania, jaki rzeczywiście wpływ na wynik postępowania miały podane przez wykonawcę nieprawdziwe informacje, nie zachodzi możliwość zastępowania ich w trybie art. 26 ust. 3 pzp informacjami prawdziwymi. Tym samym, nawet gdyby uznać – jak wydaje się chciałby Odwołujący – że podał wprowadzające w błąd informacje dotyczące spełniania warunku udziału w postępowaniu, które następnie uzupełnił z własnej inicjatywy (gdyż pozycje doświadczenia, z które miał mieć przyznaną punktację nie uległy zmianie), nie jest to dopuszczalne. Z punktu widzenia podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 17 pzp nie ma bowiem znaczenia, czy wprowadzenie w błąd dotyczyło spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy kryteriów oceny ofert.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy dodatkowo należy wziąć pod uwagę, że na przeszkodzie zmiany informacji podanych w ofercie na potrzeby oceny w ramach kryteriów oceny ofert stoi ustanowiony w art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp zakaz dokonywania zmian treści oferty po upływie terminu składania ofert, chyba że chodzi o poprawianie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Dopuszczenie zmiany informacji, na których podstawie miał być ustalony ranking ofert, oznaczałoby także naruszenie podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp.

Odwołanie skupia się *de facto* na wywiedzeniu, że nie ma znaczenia, czy w formularzu oferty zostały podane nieprawdziwe informacje odnośnie doświadczenia poszczególnych kierowników robót, gdyż należy uznać, że dotyczą one wstępnego potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, a rzeczywiste potwierdzenie nastąpiłoby, gdyby Zamawiający skorzystał z art. 26 ust. 3 pzp, art. 26 ust. 1 pzp lub art. 26 ust. 2f pzp. Brak możliwości uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp został już powyżej omówiony. Z analogicznych powodów nie sposób dopuścić stosowanie art. 26 ust. 2f pzp – zgodnie z którym jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji – w sytuacji, gdy zostały złożone nieprawdziwe informacje, aby zastąpić je prawdziwymi informacjami.

Z kolei art. 26 ust. 1 pzp, jak już powyżej to zaznaczono, dotyczy wezwania do złożenia dokumentów na potwierdzenie m.in. spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Tymczasem w rozstrzyganej sprawie Odwołujący podał wprowadzające w błąd informacje dotyczące doświadczenia kierowników robót na potrzeby ustalenia punktacji. Nie sposób uznać, że na podstawie tych informacji

ofertę Wegnera można było najwyżej ocenić, gdyż ustalenie punktacji nie może opierać się na informacjach nieprawdziwych.

Z tych względów Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia jego pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.