

Sygn. akt: KIO 302/21

WYROK
z dnia 24 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 19 lutego 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2021 r. przez **wykonawcę M. G. oraz B. G. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowe „GP-TERM” M. G. & B. G. z siedzibą w Bochni** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Muzeum Żup Krakowskich Wieliczka z siedzibą w Wieliczce**

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu odwołania obejmującego poz. 3, 5 i częściowo 6 (zakres prac nie obejmował swym zakresem robót telekomunikacyjnych) załącznika nr 14 do SIWZ - wykazu osób, dla osoby mającej pełnić funkcję kierownika budowy.**
- 2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy M. G. oraz B. G. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowe „GP-TERM” M. G. & B. G. z siedzibą w Bochni, unieważnienie czynności odrzucenia oferty ww. wykonawcy oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Muzeum Żup Krakowskich Wieliczka z siedzibą w Wieliczce i**
 - 3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. G. oraz B. G. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowe „GP-TERM” M. G. & B. G. z siedzibą w Bochni tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. Zasądza od zamawiającego Muzeum Żup Krakowskich Wieliczka z siedzibą

w Wieliczce na rzecz wykonawcy M. G. oraz B. G. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowe „GP-TERM” M. G. & B. G. z siedzibą w Bochni kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Muzeum Żup Krakowskich Wieliczka z siedzibą w Wieliczce - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Modernizacja Kompleksu Muzeum Żup Krakowskich Wieliczka – II postępowanie*”; nr postępowania: DZP-271-01/2020. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 września 2020 r., za numerem 590280-N-2020.

W dniu 27 stycznia 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca M. G. oraz B.n G. prowadzący wspólnie działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowe „GP-TERM” M. G. & B. G. z siedzibą w Bochni. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegającej na wykluczeniu go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji odrzuceniu oferty Odwołującego, pomimo, że wśród wszystkich złożonych ofert, oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza, a Zamawiający pozbawiony był podstaw do jej odrzucenia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp, poprzez uznanie, że Odwołujący dopuścił się lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiając Zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd, a mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a dotyczące:

1) poz. 3 złącznika nr 14 do SIWZ – Przebudowa wraz z termomodernizacją budynku Zespołu Szkół Plastycznych w Krakowie. Zamawiający zarzuca, iż Wykonawca sam wskazał, iż obiekt nie jest obiektem zabytkowym wpisanym do rejestru zabytków.

2) poz. 5 złącznika nr 14 do SIWZ - Budynek PSM I Stopnia w Łańcucie. Zamawiający zarzuca, że swym zakresem prace nie obejmowały robót telekomunikacyjnych, a Wykonawca wskazał, iż roboty takie były wykonane.

3) poz. 6 złącznika nr 14 do SIWZ - Przebudowa budynku biblioteki w Majkowicach, gdzie Zamawiający zarzuca, iż zakres prac nie obejmował swym zakresem robót telekomunikacyjnych oraz budynek ten nie jest obiektem zabytkowym wpisanym do rejestru zabytków.

co doprowadziło do naruszenia:

2. art. 24 ust. 4 ustawy pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego,

a także innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający czynnością z dnia 12 grudnia 2020 r. wykluczył na mocy art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp wykonawcę MORIS POLSKA sp. z o.o. z/s w Warszawie (druga najniższa cena oferty). Od czynności tej wykonawca się nie odwołał. Dalej, Zamawiający pismem z dnia 22 stycznia 2021 r. poinformował wykonawców o wykluczeniu dwóch kolejnych podmiotów, a to: MTM BUDOWNICTWO sp. z o.o. z/s w Tarnowie jako i Odwołującego. Zarówno w jednym jak i w drugim przypadku podstawą wykluczenia był ten sam przepis tj. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp. W uzasadnieniu faktycznym wykluczenia Zamawiający wskazał, iż zgodnie z pkt. 7. SIWZ „w związku z bezpośrednim powiązaniem warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej oraz kryterium nr 3 (doświadczenie wybranych osób skierowanych do realizacji zamówienia – załącznik nr 1 A do SIWZ) na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy pzp Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wraz z ofertą wykazu osób, gdzie w treści złożonego wykazu odwołujący powinien wskazać doświadczenie zawodowe kluczowego personelu m.in. w zakresie osoby, która będzie pełniła funkcję Kierownika Budowy zgodnie z pkt. 5.1.2.2.1 SIWZ. Zamawiający wymagał aby kierownik budowy posiadał następujące doświadczenie zawodowe (pkt 5.1.2.2.1.4 SIWZ): tj. co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe (liczone jako suma przepracowanych miesięcy) w nadzorowaniu lub kierowaniu robotami budowlanymi przy obiektach budowlanych wpisanych do rejestru zabytków z zastrzeżeniem, że doświadczenie to obejmuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 12 miesięczną aktywność zawodową (liczone jako suma przepracowanych miesięcy) w opisanym powyżej zakresie w kierowaniu lub nadzorowaniu robót dotyczących wykonania: robót budowlano-konstrukcyjnych, robót elektrycznych, robót telekomunikacyjnych, robót sanitarnych i centralnego ogrzewania, w czasie ostatnich pięciu (5) lat przynajmniej jedna z robót powinna być zrealizowana w budynku użyteczności publicznej, na kwotę 8 000 000 ,00 zł (słownie: osiem milionów) PLN brutto. Wykonawca w ofercie powołał się na potencjał osobowy w postaci dysponowania p. D. S. pełniącym funkcję kierownika budowy. W tabelarycznym ujęciu wykazał 7 inwestycji w których brała udział powołana osoba, które łącznie obejmują okres 90 przepracowanych miesięcy (dalej: załącznik nr 14 do SIWZ). Zamawiający wskazał, iż ze względu na pojawiające się wątpliwości, co do zakresu realizacji wykonanych lub nadzorowanych robót przez kierownika budowy p. D. S., Zamawiający dokonał ich weryfikacji korzystając z ustawowych narzędzi przewidzianych w § 2 ust. 6 Rozporządzenia

Ministra Rozwoju, z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (...). Zamawiający zarzuca Odwołuującemu, iż z uzyskanych informacji od innych Zamawiających wynika, że Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd w następującym zakresie:

1) poz. 3 złącznika nr 14 do SIWZ – Przebudowa wraz z termomodernizacją budynku Zespołu Szkół Plastycznych w Krakowie. Zamawiający zarzuca, iż Wykonawca sam wskazał, iż obiekt nie jest obiektem zabytkowym wpisanym do rejestru zabytków.

2) poz. 5 złącznika nr 14 do SIWZ - Budynek PSM I Stopnia w Łańcucie. Zamawiający zarzuca, że swym zakresem prace nie obejmowały robót telekomunikacyjnych, a Wykonawca wskazał, iż roboty takie były wykonane.

3) poz. 6 złącznika nr 14 do SIWZ - Przebudowa budynku biblioteki w Majkowicach, gdzie Zamawiający zarzuca, iż zakres prac nie obejmował swym zakresem robót telekomunikacyjnych oraz budynek ten nie jest obiektem zabytkowym wpisanym do rejestru zabytków.

Zamawiający powołując się na wspomniane nieścisłości zarzuca Wykonawcy lekkomyślne lub niedbałe działanie mające na celu wprowadzenie go w błąd.

Odnosząc się do powyższego Odwołuujący wskazał, że właściwą podstawą prawną przy formowanych przez Zamawiającego zarzutach powinien być art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp czyli kwalifikowany przypadek wprowadzenia w błąd Zamawiającego, a zatem Zamawiający powinien wykazać również zamierzone działanie Wykonawcy polegające na wprowadzeniu Zamawiającego w błąd i rażące niedbalstwo co i tak ze względu na stan faktyczny sprawy nie ma praktycznego znaczenia, z uwagi na okoliczność, iż w przypadku zarzutów dotyczących inwestycji w Krakowie i Łańcucie Wykonawca nie wprowadził w błąd Zamawiającego, a w przypadku budynku w Majkowicach informacja ta nie powinna mieć wpływu na działanie Zamawiającego, a nadto nieścisłość w oświadczeniu Wykonawcy nie wynikała ani z lekkomyślności ani z niedbalstwa, a tym bardziej z celowego działania. Co się tyczy zarzutów formułowanych przez Zamawiającego dot. obiektu w Krakowie Wykonawca sam wskazał w złączniku nr 14 do SIWZ, iż obiekt ten nie zalicza się do obiektów zabytkowych, zatem Wykonawca w ogóle nie wprowadził w błąd Zamawiającego, a weryfikacja potencjału Wykonawcy powinna odbyć się z pominięciem wykazanej pod pozycją nr 3 roboty związanej z przebudową wraz z termomodernizacją budynku Zespołu Szkół Plastycznych w Krakowie. Pominięcie wykazanego doświadczenia kierownika budowy pod poz. 3 nie ma praktycznego znaczenia, gdyż Zamawiający wymagał wykazania 60 miesięcy doświadczenia zawodowego, a Wykonawca w wykazie osób zał. nr 14 do SIWZ wykazał łącznie 90 miesięcy, zatem po odliczeniu okresu robót wykazanych pod pozycją nr 3 w

dalszym ciągu pozostaje 76 miesięcy, co stanowi spełnienie warunku postawionego przez Zamawiającego. Nietrafnym jest również zarzut Zamawiającego dotyczący kwalifikacji robót budowlanych wykazanych przez Wykonawcę w wykazie osób zał. nr 14 do SIWZ pod pozycją 5, budynek PZM I Stopnia w Łąncucie. Zamawiający wskazuje, że z pozyskanych dowodów wynika, że przedmiotem prowadzonych prac w budynku nie były roboty telekomunikacyjne. Tymczasem z przedłożonych do odwołania dowodów wynika, że przedmiotem realizacji był również system BMS czyli inteligentnego sterowania budynkiem. Realizacja systemu wymagała poczynienia prac telekomunikacyjnych w postaci umieszczenia w budynku szafy sterowniczej z serwerem, rozmieszczenia w budynku przewodów sieci informatycznej komunikującej sterowniki kotła grzewczego z urządzeniami zamieszczonymi na oknach w każdym pomieszczeniu budynku oraz regulatorami pokojowymi umieszczonymi na grzejnikach. Całość instalacji jest obsługiwana przez Internet. Nadto w ramach prac została odtworzona przez wykonawcę zgodnie z dokumentacją wykonawczą sieć teletechniczna oraz rozmieszczone zostały jej nowe elementy zgodnie ze wskazaniami inwestora. (Dowód: 1) Projekt wykonawczy, zakres: przebudowa instalacji elektrycznej, branża elektryczna autor T. . (str. 3). 2) Schemat ideowy instalacji BMS). Jednakże niezależnie od powyższego nawet gdyby uznać, iż roboty którymi kierował p. D. S., a związane z instalacją BMS i odtworzeniem instalacji teletechnicznej nie spełniają definicji robót telekomunikacyjnych czemu Wykonawca wyraźnie przeczy to i tak roboty te nie miały istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, gdyż nawet po ich pominięciu oraz pominięciu robót wskazanych pod poz. 3 Wykonawca wykazał 70,5 miesiąca doświadczenia zawodowego, co spełnia wymagania SIWZ. W ocenie Odwołującego, nie można również podzielić oceny Zamawiającego wyrażonej w zarzutach w stosunku do inwestycji pod poz. 6 w Wykazie Osób – Przebudowa budynku biblioteki w Majkowicach. Prawdą jest, iż faktycznie obiekt biblioteki w Majkowicach nie jest wpisany do rejestru zabytków, ale obiekt ten podlega ochronie konserwatorskiej, gdyż jest objęty ewidencją zabytków. (Dowód: Opinia Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków w Krakowie, delegatura w Tarnowie z dnia 28 marca 2018 r. „Sposób Dostosowania obiektu do potrzeb osób niepełnosprawnych, autor M. K. (opracowanie projektowe). Okoliczność ta sprawiła, iż prowadzone prace podlegały uprzedniemu ich uzgodnieniu z Wojewódzkim Urzędem Ochrony Zabytków w Krakowie. Konieczność uzyskania opinii konserwatorskiej w stosunku do projektowanych rozwiązań sprawiła, iż Wykonawca składając ofertę sam był w błędnym mniemaniu, że budynek ten wpisany jest do rejestru zabytków. Działanie zatem wykonawcy nie nosiło znamion ani celowości ani niedbalstwa czy lekkomyślności. Podobnie rzecz się ma, co do zakresu realizowanych prac, pomimo, że w tytule całej inwestycji brak jest wzmianki o tym, że obejmuje ona roboty telekomunikacyjne to w rzeczywistości tak było,

a potwierdza to m.in. dokumentacja branży elektrycznej dla inwestycji pkt. 4.7 Komunikacja str. 5. W obiekcie wykonawca wykonał sieć teleinformatyczną łączącą inwerter będący częścią instalacji fotowoltaicznej z punktem dostępowym do sieci Internet. (Dowód: Schemat elektryczny, branża elektryczna „Przebudowa pomieszczeń biblioteki w Majkowicach” projektant K. T. .) Trudno w tych okolicznościach zarzucać Wykonawcy celowość działania, lekkomyślność czy niedbalstwo gdyż, wykazane przez Wykonawcę doświadczenie pod poz. 6 w złączniku nr 14 do SIWZ było doświadczeniem ponadwymiarowym. I z pominięciem tej pozycji Wykonawca spełniał wymagania Zamawiającego. Wykonawca wykazał pod pozycją 2 w wykazie osób, że Pan D. S. w ostatnich 5 latach realizował jedną z robót o wartości 11.131.568,98 zł w budynku użyteczności publicznej wpisanym do rejestru zabytków oraz, że posiada łączny okres doświadczenia zawodowego liczony jako suma przepracowanych miesięcy w nadzorowaniu lub kierowaniu robotami budowlanymi przy obiektach budowlanych wpisanych do rejestru zabytków, gdyż nawet po odliczeniu doświadczenia wykazanego pod pozycjami 3, 5 i 6 łączny czas tak pojmowanego doświadczenia zawodowego to 67 miesięcy, co przekracza wymagany przez Zamawiającego okres 5 lat.

Odwołujący wskazał, że przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp stanowią sankcję dla nieuczciwych bądź niedbałych wykonawców. Celem tej regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowywania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego pod rygorem wykluczenia z postępowania (wyrok KIO z dnia 2 lutego 2018 r., sygn. akt: KIO 113/18). Powołana podstawa prawna wymaga wykazania przez Zamawiającego, że po stronie Wykonawcy doszło do zawinionego działania lub rażącego niedbalstwa albo chociaż lekkomyślności w działaniu, których celem ma być wprowadzenie w błąd Zamawiającego, aby uzyskać dane zamówienie. Bezspornym i ugruntowanym poglądem jest, że aby zastosować normę z art. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp, muszą zajść następujące przesłanki, a mianowicie: 1) wykonawca przedstawił informację niezgodną z rzeczywistością (zatajenie informacji, brak możliwości przedstawienia dokumentów); 2) informacja ta wprowadziła w błąd zamawiającego; 3) błąd ten polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu (spełnia warunki udziału w postępowaniu, spełnia kryteria oceny ofert); 4) przedstawienie informacji musi być wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Natomiast regulację art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp można skutecznie zastosować, gdy wypełnione zostaną kumulatywnie następujące przesłanki: 1) wykonawca przedstawił informację niezgodną z rzeczywistością; 2) informacja ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego; 3) informacja ta wprowadziła w błąd zamawiającego; 4) przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Różnica zatem sprowadza się do zamierzonego działania i rażącego niedbalstwa. Można rzec, iż obowiązek dowodzenia po

stronie Zamawiającej w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 16 jest dalej idący, gdyż Wykonawca musi wykazać i udowodnić celowość działania i rażące niedbalstwo, a nie tylko lekkomyślność lub niedbalstwo. Artykuł 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp wymaga, by działanie wykonawcy (przekazanie wprowadzających w błąd informacji) było zawinione. Jednak może to być wina najłżejszego rodzaju, wynikająca z lekkomyślności lub niedbalstwa. Tym samym nie jest wymagane działanie umyślne, choć takie jako dalej idące, również spełnia warunki przepisu. W przypadku pkt 17 wystarczy lekkomyślność lub niedbalstwo, a w przypadku pkt 16 – wykonawca musi działać umyślnie lub w wyniku rażącego niedbalstwa. Ponadto pkt 16 mówi wyraźnie o wprowadzeniu w błąd zamawiającego, podczas gdy w pkt 17 chodzi jedynie o przekazanie informacji wprowadzających (potencjalnie) w błąd. Z racji tego, że wykluczenie Odwołującego było związane z niewykazaniem w załączniku 14 do oferty, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zobowiązania umownego skutkiem powyższego mogło być wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 stad niewątpliwie znaleźć zastosowanie powinien potencjalnie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp, a Zamawiający powinien dowieść zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo. Artykuł 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp wymaga, by działanie wykonawcy (przekazanie wprowadzających w błąd informacji) było zawinione. Jednak może to być wina najłżejszego rodzaju, wynikająca z lekkomyślności lub niedbalstwa. Tym samym nie jest wymagane działanie umyślne, choć takie, jako dalej idące, również spełnia warunki przepisu. W przypadku pkt 17 wystarczy lekkomyślność lub niedbalstwo, a w przypadku pkt 16 potrzeba więcej – wykonawca musi działać umyślnie lub w wyniku rażącego niedbalstwa. Ponadto pkt 16 mówi wyraźnie o wprowadzeniu w błąd zamawiającego, podczas gdy w pkt 17 chodzi jedynie o przekazanie informacji wprowadzających (potencjalnie) w błąd.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie sprostął obowiązkowi wykazania winy Wykonawcy choćby tej o najłżejszym stopniu. Zamawiający zebrał powierzchowne dowody, które tracą na znaczeniu w zderzeniu z dowodami ujawnionymi w odwołaniu. Co do zarzutu wprowadzenia w błąd Zamawiającego zw. z inwestycją w Krakowie pozycja 3 załącznika nr 14 w części dotyczącej pkt. 5.1.2.2.1.4 SIWZ to wykluczonym jest aby mówić o jakimkolwiek nadużyciu po stronie Wykonawcy. Nie jest uprawnione utożsamianie niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu z zaistnieniem podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp jeżeli wykonawca sam wskazał, iż obiekt nie jest wpisany do rejestru zabytków, to Zamawiający nie powinien brać go pod uwagę tej pozycji przy ocenie ofert. Wykluczenie na podstawie tych przepisów może nastąpić tylko w sytuacji, gdy wykonawca przedstawia informacje prezentujące fałszywy obraz okoliczności istotnych z punktu widzenia przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia i robi to w wyniku zamierzonego działania lub

rażącego niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp) albo w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp). W pozostałych przypadkach przeciw wprowadzeniu w błąd Zamawiającego, świadczą zebrane dowody, a niezgodność w przypadku obiektu w Majkowicach polegająca na ujęciu tego obiektu w ewidencji, a nie w rejestrze zabytków nie może być pojmowana jako działanie świadomie wprowadzające w błąd. Poza okolicznościami wyżej opisanymi przemawiającymi za nieświadomym podaniem przez Wykonawcę informacji sprzecznej z prawdą to decydujące w sprawie jest to, że Wykonawca nie miał potrzeby, motywu takiego działania, skoro wykazał w pozostałych pozycjach wykazu nr 14 dla pozycji 5.1.2.2.1.4, że dysponuje niezbędnym potencjałem. Wskazanie, zatem przez wykonawcę doświadczenia kierownika budowy nadmiarowego ponad doświadczenie minimalne wymagane w zakresie warunku udziału w doświadczeniu przemawia, że okoliczności związane z nie ujęciem obiektu w Majkowicach w rejestrze zabytków tylko w ewidencji nie mogą świadczyć o celowym działaniu Wykonawcy, co ma znaczenie na gruncie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp, a na gruncie 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp rozbieżność ta nie miała istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, gdyż pozostałe wskazane przez Odwołującego doświadczenie było wystarczające dla wykazania minimalnego wymaganego doświadczenia kierownika budowy.

W dniu 19 lutego 2021 r. na rozprawie Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu obejmującego poz. 3, 5 i częściowo 6 (zakres prac nie obejmował swym zakresem robót telekomunikacyjnych) załącznika nr 14 do SIWZ - wykazu osób, dla osoby mającej pełnić funkcję kierownika budowy, złożonego przez Odwołującego. W pozostałym zakresie – poz. 6 wykazu osób (zapisu dotyczącego wpisu do rejestru zabytków) wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało w dniu 30 września 2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że w dniu 28 stycznia 2021 r. Zamawiający przekazał wykonawcom kopię wniesionego odwołania. W dniu 1 lutego 2021 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych C. S. i J. C. Spółka Jawna z siedzibą w Krynicy Zdrój zgłosił do Prezesa Izby przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba ustaliła, że zgłaszający przystąpienie miał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Do przystąpienia nie zostały jednak dołączone dowody przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu. Zgodnie z treścią art. 525 ust. 1 i 2 ustawy pzp: *„1. Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. 2. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.”* W dniu 19 lutego 2021 r. na posiedzeniu Odwołujący podniósł, że kopię zgłoszonego przystąpienia otrzymał na chwilę przed odbyciem posiedzenia w sprawie. Powyższe potwierdził pełnomocnik zgłaszającego przystąpienie wykonawcy. Kopia zgłoszonego przystąpienia została jedynie przesłana Zamawiającemu. Mając na względzie dyspozycję art. 525 ustawy pzp, Izba postanowiła nie dopuścić zgłaszającego przystąpienie wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych C. S. i J. C. Spółka Jawna z siedzibą w Krynicy Zdrój do udziału w postępowaniu odwoławczym. Izba nie mogła uznać skuteczności zgłoszonego przystąpienia wobec nieprzesłania kopii przystąpienia Odwołującemu w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy pzp, tj. w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz

możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba postanowiła dopuścić dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami oraz odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami.

Ponadto, Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części uwzględnionej przez Zamawiającego tj. w zakresie zarzutu obejmującego poz. 3, 5 i częściowo 6 (zakres prac nie obejmował swym zakresem robót telekomunikacyjnych) załącznika nr 14 do SIWZ - wykazu osób, dla osoby mającej pełnić funkcję kierownika budowy, złożonego przez Odwołującego. Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy pzp: *„w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.”* Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił część zarzutu odwołania, natomiast po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego w tym zakresie. Izba wskazuje w tym miejscu, że rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami – w wyniku uwzględnienia części zarzutu odwołania przez Zamawiającego - jest bezcelowe.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W pkt 5.1.2.2. SIWZ Zamawiający wskazał: *„5.1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego udział mogą brać Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w zakresie: 5.1.2.2. dysponował osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia. W tym zakresie Zamawiający wymaga, aby Wykonawca dysponował co najmniej: 5.1.2.2.1. jedną (1) osobą - kierownikiem budowy, spełniającym łącznie następujące minimalne wymagania: 5.1.2.2.1.1.*

posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, 5.1.2.2.1.2. posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w obiektach nieruchomych wpisanych do rejestru, zgodnie z art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003r o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami 5.1.2.2.1.3. przynależy do właściwej izby samorządu zawodowego, zgodnie z ustawą z dnia 15 grudnia 2000r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (legitymuje się aktualnym zaświadczeniem o przynależności do właściwej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa), 5.1.2.2.1.4. posiada co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe (liczone jako suma przepracowanych miesięcy) w nadzorowaniu lub kierowaniu robotami budowlanymi przy obiektach budowlanych wpisanych do rejestru zabytków z zastrzeżeniem, że doświadczenie to obejmuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 12 miesięczną aktywność zawodową (liczone jako suma przepracowanych miesięcy) w opisanym powyżej zakresie w kierowaniu lub nadzorowaniu robót dotyczących wykonania: robót budowlano - konstrukcyjnych, robót elektrycznych, robót telekomunikacyjnych, robót sanitarnych i centralnego ogrzewania, w czasie ostatnich pięciu (5) lat przynajmniej jedna z robót powinna być zrealizowana w budynku użyteczności publicznej, na kwotę 8 000 000 ,00 zł (słownie: osiem milionów) PLN brutto.”

Punkt 5.1.2.2.14. SIWZ stanowił: „Wymagane w punktach 5.1.2.2.1 – 5.1.2.2.7 SIWZ okresy doświadczenia zawodowego, należy liczyć do upływu terminu składania ofert.”

W punkcie 5.1.2.2.13. SIWZ wskazano: „Wymagane doświadczenie zawodowe wszystkich osób, o których mowa w pkt. 5.1.2.2. SIWZ należy liczyć według następujących zasad: 1) wymagany okres np. 3-letniego doświadczenia zawodowego należy rozumieć jako okres łączny (po zsumowaniu) 36 miesięcy pełnienia wymaganej warunkiem udziału funkcji, w danej branży, w trakcie faktycznej realizacji robót budowlanych lub np. prac konserwatorskich, przy czym postanowienia SIWZ nie ograniczają możliwości sumowania doświadczenia danej osoby zdobywanego przy robotach budowlanych lub pracach konserwatorskich realizowanych równocześnie. 2) dane potwierdzające okresy doświadczenia powinny jasno wynikać z treści ujawnianej w wykazie sporządzonym na podstawie wzoru zawartego w załączniku nr 14 do SIWZ, dlatego wymaga się podania dokładnych dat rozpoczęcia i zakończenia pełnienia wymaganej warunkiem udziału funkcji, w danej branży, w trakcie faktycznej realizacji robót budowlanych lub np. prac konserwatorskich; 3) w treści wykazu, sporządzonego na podstawie wzoru zawartego w załączniku nr 14 do SIWZ, Wykonawcy winni przedstawić dane precyzyjnie, a podając daty rozpoczęcia lub zakończenia danego okresu powinni wskazać je z dokładnością roku, miesiąca i dnia; a) w przypadku braku wskazania pełnej daty dziennej początku realizacji, do przeliczenia „doświadczenia” Zamawiający przyjmie – następny miesiąc po wskazanym

miesiącu przy rozpoczęciu prac tj. przykładowo, w przypadku wskazania wyłącznie daty: 04.2019 r. – 30.08.2019 r. – Zamawiający przyjmie do oceny wyłącznie 4 m-ce tj. maj, czerwiec, lipiec, sierpień, nie uwzględniając kwietnia; b) W przypadku braku wskazania pełnej daty dziennej końca wskazanej realizacji, do przeliczenia „doświadczenia” Zamawiający przyjmie – pełny miesiąc poprzedzający miesiąc wskazany przy zakończeniu prac tj. przykładowo, w przypadku wskazania wyłącznie daty: 01.04.2019 r. – 08.2019 r. – Zamawiający przyjmie do oceny wyłącznie 4 m-ce tj. kwiecień, maj, czerwiec, lipiec, nie uwzględniając sierpnia. 4) jeżeli przedstawiane dane będą się zaczynać lub kończyć w niepełnych miesiącach, Zamawiający będzie sumował dni, przyjmując że na 1 miesiąc składa się 30 dni.”

W myśl punktu 7 SIWZ: „W związku z bezpośrednim powiązaniem warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej oraz kryterium nr 3 (Doświadczenie wybranych osób skierowanych do realizacji zamówienia) na podstawie art. 26 ust 2 f Ppz Zamawiający wzywa do złożenia wraz z ofertą wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wzór wykazu osób stanowi załącznik nr 14 do SIWZ.”

Zgodnie z punktem 14.4.3.1. SIWZ: „Zamawiający przyzna punkty, jeżeli Wykonawca wykaże, że osoba wskazana na stanowisko Kierownika budowy, która spełnia warunek udziału postępowaniu, o którym mowa w pkt. 5.1.2.2.1 SIWZ posiada większe niż wymagane doświadczenie zawodowe (dodatkowe doświadczenie). 14.4.3.2. Punkty zostaną przyznane zgodnie z zasadą: 14.4.3.2.1. za wykazanie 1-iej (jednej) realizacji polegającej na nadzorowaniu lub kierowaniu robót budowlanych przy obiektach budowlanych wpisanych do rejestru zabytków, gdzie do wykonania były: roboty budowlano-konstrukcyjne, roboty elektryczne, roboty telekomunikacyjne, roboty sanitarne i centralnego ogrzewania, o kubaturze obiektu podlegającej tym robotom co najmniej 10 000m³ - Wykonawca otrzyma 5,00 pkt, 14.4.3.2.2. – za wykazanie 2 (dwóch) realizacji polegających na nadzorowaniu lub kierowaniu robót budowlanych przy obiektach budowlanych wpisanych do rejestru zabytków, gdzie do wykonania były: roboty budowlano-konstrukcyjne, roboty elektryczne, roboty telekomunikacyjne, roboty sanitarne i centralnego ogrzewania, o kubaturze obiektu podlegającej tym robotom co najmniej 10 000m³ - Wykonawca otrzyma 10,00 pkt, 14.4.3.2.3. za wykazanie 3 (trzech) realizacji polegających na nadzorowaniu lub kierowaniu robót budowlanych przy obiektach budowlanych wpisanych do rejestru zabytków, gdzie do

wykonania były: roboty budowlano-konstrukcyjne, roboty elektryczne, roboty telekomunikacyjne, roboty sanitarne i centralnego ogrzewania, o kubaturze obiektu podlegającej tym robotom co najmniej 10 000m³ - Wykonawca otrzyma 15,00 pkt, 14.4.3.2.4. Zamawiający będzie punktował maksymalnie 3 realizacje i tym samym maksymalną ilością punktów możliwych do uzyskania w tym kryterium jest 15,00 pkt. 14.4.3.2.5. Zamawiający przyzna punkty w przypadku inwestycji zakończonych. 14.4.3.2.5.1. Zamawiający dopuszcza wskazania tej samej roboty budowlanej w celu otrzymania punktów w tym kryterium oceny ofert oraz na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.”

W samodzielnie uzupełnionym przez wykonawcę wykazie osób – załącznik nr 14 do SIWZ złożonym w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień Odwołujący wskazał 7 realizacji na łączny okres doświadczenia: 90 mies., w tym jedną na ponad 8 000 000,00 zł, dla Kierownika budowy – D. S., w tym sporną poz. 6: *Przebudowa budynku biblioteki w Majkowicach; obiekt wpisany do rejestru zabytków: TAK, roboty konstrukcyjno-budowlane: TAK, roboty elektryczne: TAK, roboty telekomunikacyjne: TAK, roboty sanitarne i centralnego ogrzewania: TAK, wartość nadzorowanych lub kierowanych robót: 328 025,35, obiekt użyteczności publicznej: TAK, kierownik budowy, 05.02.2019 – 27.05.2019, 3,5 mies.*

Izba ustaliła, że w złożonym załączniku nr 1A do SIWZ Odwołujący nie wskazał realizacji inwestycji z poz. 6 wykazu osób – załącznika nr 14 do SIWZ dla Kierownika budowy.

W dniu 22 stycznia 2021 r. Zamawiający wykluczył z postępowania Odwołującego wskazując: „*Uzasadnienie prawne wykluczenia: art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp (...) Zgodnie z art. 24 ust 4 ustawy Pzp - Ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Uzasadnienie faktyczne wykluczenia: Zgodnie z pkt 7. SIWZ „w związku z bezpośrednim powiązaniem warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej oraz kryterium nr 3 (Doświadczenie wybranych osób skierowanych do realizacji zamówienia — załącznik nr 1A do SIWZ) na podstawie art. 26 ust 2 f Pzp Zamawiający wezwał Wykonawców do złożenia wraz z ofertą wykazu osób, (...). W treści złożonego wykazu osób, Wykonawcy winni wskazać doświadczenie zawodowe kluczowego min. w zakresie osoby, która będzie pełniła funkcję Kierownika budowy zgodnie z pkt 5.1.2.2.1. SIWZ. Zamawiający w treści pkt. 5.1.2.2.1.4. SIWZ wskazał jednoznacznie jakim doświadczeniem zawodowym ma się wykazać osoba aby spełnić warunek udziału w tym zakresie. I tak, w przy przypadku Kierownika budowy osoba ta ma „posiada co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe (liczone jako suma przepracowanych miesięcy) w nadzorowaniu lub kierowaniu robotami budowlanymi przy obiektach budowlanych wpisanych do rejestru zabytków z zastrzeżeniem, że doświadczenie to obejmuje w okresie ostatnich trzech lat*

przed upływem terminu składania ofert co najmniej 12 miesięczną aktywność zawodową (liczone jako suma przepracowanych miesięcy) w opisanym powyżej zakresie w kierowaniu lub nadzorowaniu robót dotyczących wykonania: robót budowlano-konstrukcyjnych, robót elektrycznych, robót telekomunikacyjnych, robót sanitarnych i centralnego ogrzewania, w czasie ostatnich pięciu (5) lat przynajmniej jedna z robót powinna być zrealizowana w budynku użyteczności publicznej, na kwotę 8 000 000 zł (słownie: osiem milionów) PLN brutto. Wykonawca w treści wykazu osób, dla osoby mającej pełnić funkcję Kierownika budowy (Pana D. S.) i po samodzielnym uzupełnieniu wykazu osób, wskazał m.in. poniższe realizacje: poz. nr 3 — Przebudowa wraz z termomodernizacją budynku Zespołu Szkół Plastycznych w Krakowie, ul. Młaskotów 6; 30-117 Kraków; obiekt zabytkowy: NIE; „Przebudowa wraz z termomodernizacją, w tym: 1. roboty konstrukcyjno-budowlane: TAK; roboty elektryczne; TAK; roboty telekomunikacyjne: TAK; roboty sanitarne i centralnego ogrzewania: TAK”; 8 858 919,88 zł; obiekt użyteczności publicznej: TAK; Kierownik budowy; termin: 08.06.2018 — 23.08.2019r. (łącznie czas: 14,0 m-cy); poz. nr 5 — Termomodernizacja budynku PSM I Stopnia w Łańcucie; obiekt zabytkowy: TAK; „Termomodernizacja budynku PSM I Stopnia w Łańcucie 1. roboty konstrukcyjno-budowlane: TAK; roboty elektryczne; TAK; roboty telekomunikacyjne: TAK; roboty sanitarne i centralnego ogrzewania: TAK”; 1 684 137,43 zł; obiekt użyteczności publicznej: TAK; Kierownik budowy; termin: 26.10.2017 — 26.04.2018r. (łącznie czas: 5,5 m-ca); poz. nr 6 Przebudowa budynku biblioteki w Majkowicach; obiekt zabytkowy: TAK; Przebudowa budynku biblioteki w Majkowicach 1. roboty konstrukcyjno-budowlane: TAK; roboty elektryczne; TAK; roboty telekomunikacyjne: TAK; roboty sanitarne i centralnego ogrzewania: TAK”, 328 025,35 zł; obiekt użyteczności publicznej: TAK; Kierownik budowy; termin: 05.02.2019 - 27.05.2019r. (łącznie czas: 3,5 m-ca). Ze względu na pojawiające się wątpliwości, co do zakresu realizacji wykonanych przez Kierownika budowy wskazanego przez Wykonawcę, Zamawiający dokonał weryfikacji treści oświadczeń Wykonawcy korzystając z narzędzia, o którym mowa w § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z informacji uzyskanych od uprzednich Zamawiających wynika jednoznacznie, iż Wykonawca wprowadził w błąd Zamawiającego w zakresie poniższych realizacji Pana D. S.: 1) w zakresie poz. 3 wykazu osób — Przebudowa wraz z termomodernizacją budynku Zespołu Szkół Plastycznych nie jest obiektem zabytkowym wpisanym do rejestru zabytków (na to sam wskazał wykonawca). 2) w zakresie poz. 5 wykazu osób — Termomodernizacja budynku szkoły nie obejmowała swym zakresem robót telekomunikacyjnych, a nie jak wskazał wykonawca, iż roboty takie były wykonywane. 3) w zakresie poz. 6 wykazu osób — Przebudowa budynku biblioteki nie obejmowała swym zakresem robót telekomunikacyjnych

oraz budynek ten nie jest obiektem zabytkowym wpisanym do rejestru, a nie jak wskazał wykonawca, iż roboty takie były wykonywane i jest to obiekt zabytkowy wpisany do rejestru zabytków. Z uwagi na powyższe Wykonawca wprowadził w błąd Zamawiającego poprzez wskazanie nieprawidłowego zakresu kierowanych robót budowlanych (w poz. 5 i 6) i wskazania budynków nie będących zabytkami (poz. 3 i 6) w ramach realizacji, o których mowa powyżej, a tym samym Wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia co oznacza, że Wykonawca zostaje wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17).”

Z dowodów załączonych do odwołania dotyczących realizacji inwestycji w Majkowicach wynika:

Dla obiektu w Majkowicach została wydana: „Opinia Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków w Krakowie, delegatura w Tarnowie z dnia 28 marca 2018 r.”

W dokumencie „Sposób Dostosowania obiektu do potrzeb osób niepełnosprawnych, autor M. K. (opracowanie projektowe)” str. 2 wskazano: „ (...) Z uwagi, iż budynek znajduje się w ewidencji zabytków – po konsultacji z Wojewódzkim Konserwatorem Zabytków (...)”

Bezsporne pomiędzy Stronami było, że obiekt w Majkowicach nie jest wpisany do rejestru zabytków, a do ewidencji zabytków.

Zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. i) Dyrektywy 2014/24/UE: „4. Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: (...) i) jeżeli wykonawca podjął kroki, aby nienależycie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia.”

W myśl art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy pzp: „16) 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; 17) wykonawcę, który 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.”

Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy pzp: „4. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.”

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była kwestia prawidłowości dokonanego przez Zamawiającego wykluczenia Odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy pzp, w związku z podaniem błędnej informacji w jednej z pozycji wykazu osób składanego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. doświadczenia personelu, a dotyczącej wskazania w poz. 6, iż biblioteka w Majkovicach była wpisana do rejestru zabytków.

W pierwszej kolejności wyjaśnienia wymaga, że przepisy dotyczące wykluczenia wykonawcy za wprowadzenie zamawiającego w błąd zostały przeniesione z Dyrektywy 2014/224/UE. Pierwszy z nich, tj. art. 24 ust. 1 pkt 16) dotyczy celowego wprowadzenia w błąd następującego przez działanie wykonawcy związane z przedstawieniem informacji bądź zatajeniem informacji, bądź niemożnością przedstawienia wymaganych dokumentów o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub spełnianiu kryteriów selekcji. Drugi przepis, tj. art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy pzp obejmuje nieumyślne wprowadzenie w błąd, które może nastąpić przy przedstawianiu informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy pzp jest zatem bardziej pojemna i obejmuje przyczyny wykluczenia wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy pzp. Zauważenia wymaga, że przepisy te różnicuje przede wszystkim stopień winy wykonawcy. Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16) może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawcę chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, na to się godzi. Ta przesłanka wykluczenia aktualizuje się również wówczas, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo, kwalifikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem. W przypadku art. 24 ust. 1 pkt 17) działanie wykonawcy cechuje wina nieumyślna, czyli niedbalstwo lub lekkomyślność. Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast

lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie. Celowe wprowadzenie w błąd dotyczy okoliczności związanych z podstawami wykluczenia, spełnieniem warunków udziału w postępowaniu lub kryteriami selekcji. Z uwagi na to, że są efektem zamierzonego działania (lub rażącego niedbalstwa), zawsze stanowią podstawę do wykluczenia, niezależnie od ich wpływu na podejmowane przez zamawiającego decyzje. Natomiast nieumyślne, niecelowe wprowadzenie w błąd w zakresie przedstawiania albo zatajania informacji odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub podstaw wykluczenia, nie może stanowić podstawy do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16), a z art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy pzp.

Zaznaczenia wymaga, że stwierdzenie w art. 24 ust. 1 pkt 17): „istotny wpływ na decyzje zamawiającego” wskazuje na wszystkie decyzje zamawiającego. Ponadto, wystarczający jest potencjalny wpływ na te decyzje w takim znaczeniu, że błędne informacje nie musiały wyrzucić tego wpływu ale mogły. Co więcej, pkt 17 wprost wskazuje, że złożenie informacji powinno mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, a więc chodzi tu o wszelkie decyzje, a nie jedynie wybór oferty najkorzystniejszej. Analizując w tym zakresie przepis art. 57 Dyrektywy nie sposób nie zauważyć, iż stanowi on o wpływie na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia (wyboru najkorzystniejszej oferty), a nie na wszystkie decyzje zamawiającego. Co również istotne, w art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy pzp nie wskazano, że nieprawdziwa informacja dotyczy tylko przypadków złożenia nieprawdziwych informacji dotyczących oferty wykonawcy, który te informacje składa. W doktrynie zaznacza się, że z literalnego brzmienia przepisu można wywnioskować, że wykluczeniu podlega także ten wykonawca, który składa nieprawdziwe informacje odnośnie oferty konkurenta, chcąc wpływać na decyzje zamawiającego.

Nie ulega wątpliwości, iż przepis art. 24 ust. 1 pkt 17) ma za zadanie wyeliminować z postępowania wykonawców nieuczciwych, którzy chcą niekorzystnie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez zamawiającego. Aby uchylić się od sankcji wykluczenia wykonawca musi wykazać, że nieprawdziwa informacja (wprowadzająca zamawiającego w błąd) została złożona w postępowaniu w sposób całkowicie niezawiniony lub, że nieprawdziwa informacja pozostała bez wpływu na decyzje zamawiającego.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę przedmiotowej sprawy zaznaczenia wymaga, że bezsporna była między Stronami okoliczność, iż obiekt w Majkowicach nie jest wpisany do rejestru zabytków, a jedynie do ewidencji zabytków. Powyższe wynika również z dokumentów dołączonych do odwołania. Ponadto, jak Zamawiający wskazał w odpowiedzi

na odwołanie oraz na rozprawie, z uwagi na informacje pochodzące od konkurentów Odwołującego odnośnie prawdziwości złożonych oświadczeń w ofertach, Zamawiający w oparciu o § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zwrócił się do uprzednich zamawiających i zweryfikował wątpliwości co do treści oferty Odwołującego w zakresie warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji Zamawiający dopatrywał się nieprawdziwych informacji w trzech pozycjach wykazu osób, z czego co do dwóch i częściowo trzeciej uwzględnił odwołanie. Uznać zatem należało, że ostatecznie Odwołujący wykazał się nadmiarowym niż minimalny potencjałem postawionym w warunku. Pozostała zatem kwestia nieprawdziwości oświadczenia zawartego w poz. 6 wykazu osób. W ocenie Izby, wykonawca podając informację, iż obiekt w Majkowicach jest wpisany do rejestru zabytków powinien ją zweryfikować przed złożeniem oferty. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w stosunku do wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga się dochowania należytej staranności przy podawaniu informacji w treści oferty. Zauważenia wymaga, że na potrzeby postępowania odwoławczego Odwołujący był w stanie zweryfikować czy obiekt w Majkowicach jest wpisany do rejestru zabytków. Z dokumentu: „Sposób Dostosowania obiektu do potrzeb osób niepełnosprawnych, autor M. K. (opracowanie projektowe)” wprost wynika, że jest on wpisany do ewidencji zabytków. Niemniej jednak, biorąc pod uwagę, że Wykonawca mógł sam pozostawać w błędnym przekonaniu, że składa oświadczenie zgodne z rzeczywistością, można mu przypisać najłżejszą postać winy, czyli niedbalstwo przy sporządzaniu wykazu osób. W ocenie Izby powyższe, nie powoduje że Zamawiający był uprawniony wykluczyć Odwołującego z postępowania.

Jak wskazuje art. 24 ust. 1 pkt 17) wykonawca może uchylić się od sankcji wykluczenia jeśli wykáže brak wpływu na decyzje zamawiającego w postępowaniu. Wykluczenie wykonawcy z postępowania jest działaniem, które uniemożliwia mu dalsze ubieganie się o udzielenie zamówienia. Rodzi zatem daleko idące negatywne konsekwencje dla wykonawcy. Mając na względzie, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy pzp zawiera wiele elementów ocennych, wykluczenie nie może nastąpić automatycznie, a powinno zostać poddane głębszej analizie. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy pzp jest bardzo „pojemny” i zawiera szereg sytuacji, które mogą prowadzić do wykluczenia wykonawcy, dlatego nie może być interpretowany rozszerzająco. Sankcjonuje nawet najłżejszą postać winy – niedbalstwo. Dlatego też, nie można tracić z pola widzenia, że ustawodawca wprowadził istotną granicę, kiedy wykluczenie jest możliwe – kiedy ma wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu. Zdaniem Izby, Odwołujący podołał obowiązkowi wykazania, że w tym postępowaniu, podana

nieprawdziwa informacja w wykazie osób, takiego wpływu nie wywarła, ale też nie mogła wyrzucić. Nawet jeśli Zamawiający nie zauważyłby błędu, Wykonawca w dalszym ciągu spełniałby warunki udziału w postępowaniu, co w ocenie Izby nie jest bez znaczenia. Zaznaczyć należy, że Zamawiający poza stwierdzeniem, że nieprawdziwa informacja mogła mieć wpływ na jego decyzje i że zauważył błąd w następstwie samodzielnej weryfikacji, nie wyartykułował tego „istotnego wpływu”. W odpowiedzi na odwołanie powoływał się na powiązanie w specyfikacji warunków udziału w postępowaniu z przyznawaniem punktów w kryterium oceny ofert, wskazując że te same realizacje, które były wykazywane na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu, mogły być również punktowane. Z treści SIWZ oraz oferty Odwołującego wynika natomiast, że wykaz osób na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz na potrzeby kryterium oceny ofert stanowiły dwa osobne załączniki – nr 14 i 1A. Zamawiający na rozprawie przyznał, że podważana realizacja w wykazie osób Odwołującego nie została podana w załączniku nr 1A i tym samym nie podlegała punktacji. A zatem również powiązanie pomiędzy warunkami udziału w postępowaniu a kryteriami oceny ofert nie miało w tym przypadku znaczenia. Wskazać należy, że wpływ na decyzje zamawiającego, nie oznacza, że może to być jakikolwiek wpływ, nawet taki którego Zamawiający nie jest w stanie zdefiniować. Taka interpretacja prowadziłaby do wniosku, że w istocie przesłanka wpływu na decyzje zamawiającego realizowałaby się w każdym postępowaniu, gdzie wskutek niedbalstwa wykonawca podaje nieprawdziwe informacje. Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, że wykonawca, który nadmiarowo wykazuje warunki udziału w postępowaniu, zapewne nie robi tego bez przyczyny, a właśnie dlatego, że w niektórych podaje nieprawdziwe informacje, wskazać należy, że nie można z góry zakładać złej woli wykonawcy. W tym postępowaniu Wykonawca nie wykazał się należyłą starannością ale jego celem nie było przedstawienie informacji wprowadzających w błąd, bynajmniej takiej celowości Zamawiający nie przypisał Odwołującemu wykluczając go z postępowania z art. 24 ust. 1 pkt 17) a nie 16).

Z uwagi na powyższe Izba uznała, że działanie Wykonawcy nie wypełniło przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy pzp, dlatego też nakazała Zamawiającemu unieważnić czynność wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie

art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp 2019, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 1 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 10.000,00 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: