

WYROK
z dnia 31 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2020 r. przez wykonawcę **Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o., ul. 11 Listopada 36, 41-705 Ruda Śląska** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Katowicką Infrastrukturę Wodociągowo-Kanalizacyjną Sp. z o.o., ul. Wandy 5, 40-322 Katowice**

przy udziale wykonawcy **M. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą JUSTMAR T. M., ul. Wołodyjowskiego 31, 41-403 Chełm Śląski**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wykluczenie M. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą JUSTMAR T. M., ul. Wołodyjowskiego 31, 41-403 Chełm Śląski oraz wykonawcy ETP S.A., ul. Siemianowicka 5a, 40-301 Katowice na podstawie i z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Katowicką Infrastrukturę Wodociągowo-Kanalizacyjną Sp. z o.o., ul. Wandy 5, 40-322 Katowice** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o., ul. 11 Listopada 36, 41-705 Ruda Śląska** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego **Katowickiej Infrastruktury Wodociągowo-Kanalizacyjnej Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (40-322)** na rzecz wykonawcy **Zakładu Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (41-705)** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Katowicką Infrastrukturę Wodociągowo-Kanalizacyjną Sp. z o.o., ul. Wandy 6, 40-322 Katowice (dalej „zamawiający”) na „*Uporządkowanie systemu odprowadzania wód opadowych w zlewni osiedla Widok, ul. Dunikowskiego i ul. Stęślickiego w Katowicach*”, ogłoszonym w dniu 29 stycznia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 020-045143 wykonawca Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynierskich SANEL sp. z o.o., ul. 11 Listopada 36, 41-705 Ruda Śląska (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy M. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „JUSTMAR” T. M. (dalej: „przystępujący”) pomimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że osoba wskazana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy – P.S. posiada doświadczenie oceniane przez zamawiającego w ramach oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz w kryterium oceny ofert „ *doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania*” [dalej „kryterium”] lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert pod kątem spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz w ramach kryterium,
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy ETP S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej: „ETP”) pomimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że osoba wskazana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy – A.Z. posiada doświadczenie oceniane przez zamawiającego w ramach kryterium lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert w ramach kryterium.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu,
3. wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,
4. wykluczenia wykonawcy ETP z udziału w postępowaniu,
5. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że zgodnie z rozdziałem VII pkt 1 ppkt 2 lit. b) SIWZ o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania Kierownikiem Budowy posiadającym doświadczenie zawodowe: *doświadczenie w pracy na stanowisku kierownika budowy lub robót przy realizacji co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowej o pojemności co najmniej 500 m³*

Podał także, że w rozdziale XVIII pkt IV SIWZ zamawiający wskazał, że w ramach kryterium (waga 10%) przyzna 2,5 pkt za każdy wybudowany podziemny zbiornik retencyjny kanalizacji deszczowej o pojemności co najmniej 500 m³, przy budowie którego osoba, o której mowa w pkt VII.1.2.b) SIWZ (Kierownik Budowy), pełniła, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, funkcję kierownika budowy lub robót. Uzupełnił, że maksymalna ilość punktów, jaką mogli uzyskać wykonawcy wynosiła 10 – w przypadku wskazania czterech lub więcej wybudowanych podziemnych zbiorników.

Odwołujący uzupełnił jeszcze, że w dalszej części opisu kryterium stwierdzono, że zamawiający przyzna punkty w przypadku, gdy w ramach wskazanych przez wykonawcę zadań/inwestycji wskazana osoba nadzorowała jako kierownik budowy lub robót budowę podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowej o pojemności co najmniej 500 m³, nie wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

W odniesieniu do zaniechania wykluczenia przystępującego odwołujący podał, że wykonawca ten w pkt. 4c Formularza oferty (dalej „formularz”] na stanowisko Kierownika Budowy wskazał P.S. oraz podał informacje dotyczące doświadczenia tej osoby mające potwierdzać zrealizowanie przez nią inwestycji punktowanych przez zamawiającego w ramach kryterium, w wierszu drugim tabeli zawartej w pkt. 4c formularza, przystępujący wskazał, że P.S. pełnił w okresie od listopada 2017 r. do maja 2018 r. funkcję kierownika robót w ramach inwestycji „Budowa centrum logistycznego w Gliwicach” w ramach, którego wybudowano podziemny zbiornik retencyjny kanalizacji deszczowej o pojemności 600 m³ (kolumna 5 tabeli – ilość oraz pojemność wybudowanych podziemnych zbiorników retencyjnych kanalizacji deszczowej w ramach całego zadania/inwestycji). Wskazał także, że analogiczna informacja została zamieszczona w kolumnie 6 tabeli, w której należało podać ilość oraz pojemność

wybudowanych podziemnych zbiorników retencyjnych kanalizacji deszczowej (w okresie pełnienia funkcji, jednak nie wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert).

Odwołujący stwierdził, że ww. doświadczenie P.S. zostało przez przystępującego wskazane również w wykazie osób (uzupełnionym w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp) na potwierdzenie posiadania przez tę osobę wymaganej wiedzy i doświadczenia (poz. 4 wykazu osób).

Odwołujący podniósł, że informacje podane przez przystępującego dotyczące doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy zdobytego w ramach zadania wymienionego w wierszu drugim tabeli zawartej w pkt. 4c formularza oferty oraz w wierszu drugim wykazu osób są niezgodne z rzeczywistością, gdyż z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że zbiornik retencyjny kanalizacji deszczowej, który został wybudowany w ramach inwestycji „*Budowa centrum logistycznego w Gliwicach*” jest zbiornikiem otwartym, a nie zbiornikiem podziemnym.

W ocenie odwołującego profesjonalny charakter działalności przystępującego wskazuje na rażące niedbalstwo, o ile nie celowe działanie wykonawcy, zmierzające do wprowadzenia zamawiającego w błąd co do posiadania przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji Kierownika Budowy doświadczenia ocenianego przez zamawiającego w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz punktowanego przez zamawiającego w ramach kryterium (art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 ustawy Pzp).

Podkreślił, że bez znaczenia pozostaje w tym przypadku fakt, że w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do osoby P.S. przystępujący w wykazie osób podał więcej niż jedną robotę budowlaną przy realizacji, której osoba ta pełniła funkcję kierownika robót.

Podniósł, że informacje podawane w postępowaniu o zamówienie są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, zatem ich podanie winno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego, zawodowego charakteru powołanej przez wykonawców działalności.

Stwierdził, że podanie w zakresie warunku udziału w postępowaniu i kryterium oceny ofert informacji niezgodnych ze stanem faktycznym (wywołujących mylne wrażenie co do doświadczenia posiadanego przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji Kierownika Budowy) powinno skutkować wykluczeniem przystępującego z postępowania.

Staął na stanowisku, że nawet jeśli uznać, że wykonawca opierał się na informacjach o posiadanym doświadczeniu przekazanych mu przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, to okoliczność ta nie zwalnia przystępującego z obowiązku weryfikacji rzetelności przekazanych mu informacji.

Uznał, że działanie przystępującego wypełnia znamiona co najmniej lekkomyślności i niedbalstwa w przedstawianiu informacji zamawiającemu, które miały istotny wpływ na decyzje przez niego podejmowane w postępowaniu. Uzupełnił, że obowiązkiem wykonawcy jest upewnienie się, czy informacje przekazane zamawiającemu odpowiadają rzeczywistości, gdyż informacje składane w toku postępowania przetargowego zmierzają do udzielenia zamówienia właśnie temu wykonawcy, który je składa i w związku z tym mają wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje.

Podsumował, że powyższe okoliczności wypełniają dyspozycję zarówno art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, powodując konieczność wykluczenia przystępującego z postępowania:

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy ETP odwołujący stwierdził, że także ten wykonawca przedstawił niezgodne ze stanem faktycznym informacje dotyczące doświadczenia Kierownika Budowy wskazanego przez tego wykonawcę w pkt. 4c formularza oferty.

Podał, że wykonawca ETP na stanowisko Kierownika Budowy wskazał A.Z., dla którego w ramach doświadczenia w pozycji 1 tabeli wymienił inwestycję „*Budowa Autostrady A1 na odcinku Pyrzowice – Woźniki*” [dalej „inwestycja”] – w kolumnie 5 tabeli zawartej w formularzu wykonawca ETP podał, że inwestycja obejmowała: „*Budowa 3 podziemnych zbiorników retencyjnych kanalizacji deszczowej o pojemnościach 508,80 m³, 1244 m³, 1145 m³”.*

Uzupełnił, że analogiczna informacja została podana w kolumnie 6 tabeli, w której wykonawcy zobowiązani byli wskazać ilość oraz pojemność wybudowanych podziemnych zbiorników retencyjnych kanalizacji deszczowej (w okresie pełnienia funkcji jednak nie wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert).

Oświadczył, że zwrócił się do Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, tj. zamawiającego na rzecz, którego była realizowana inwestycja z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej w zakresie inwestycji wskazanej w formularzu i uzyskał informację, że na tej inwestycji funkcję Kierownika Robót pełnili:

„- w zakresie wykopów, odwodnienia i zabezpieczenia wykopów oraz zasypek
(Konsorcjum: INTER S.AJPR1 MTERO Sp. z o.o./MDKPROEJKTSp. z aa).

Ł. S. - od 01.04.2016 do 02.11.2017 A. Z. - od 02.11.2017 do 22.12.2018

- w zakresie montażu zbiorników i prób szczelności (firma Ecol-Unicol Sp. z o.o.):

W. T.- od 12.12.2016 do 23.06.2017 Z. S. - od 23.06.2017 do 22.05.2019 "

Na powyższej podstawie stwierdził, że A.Z. pełnił funkcję Kierownika Robót jedynie w odniesieniu do części prac związanych z budową podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowej, tj. w zakresie wykopów, odwodnienia i zabezpieczenia wykopów oraz

zasypek, pozostałe prace były wykonywane przez inny podmiot i przez innych Kierowników Robót.

Zdaniem odwołującego, biorąc pod uwagę, że doświadczenie zdobyte przez A.Z. obejmuje jedynie część robót składających się na budowę podziemnego zbiornika retencyjnego należy stwierdzić, że nie może zostać uznane za doświadczenie tożsame z wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem zdobytym przy realizacji roboty budowlanej, polegającej na budowie podziemnego zbiornika retencyjnego.

Podkreślił, że jest to o tyle istotne, że w ramach inwestycji zostały zrealizowane 3 zbiorniki, w związku z tym powołując się na nią wykonawca ETP mógł liczyć na uzyskanie aż 7,5 pkt, co istotnie wpłynęłoby na jego pozycję w rankingu ofert – gdyby wykonawca ETP nie zadeklarował inwestycji w ramach doświadczenia A.Z. i pozostało jedynie przy inwestycji wskazanej w poz. 2 tabeli z pkt 4c formularza oferty to w ramach tego kryterium oceny ofert uzyskałoby tylko 2,5 pkt, a w efekcie oferta tego wykonawcy uplasowałaby się na trzeciej, a nie na drugiej pozycji w rankingu ofert.

Wskazał, że aktualna w tym zakresie pozostaje argumentacja przedstawiona już w odniesieniu do informacji podanych przez przystępującego dotyczących doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy.

Podsumował, że informacje przedstawione przez wykonawcę ETP są niezgodne ze stanem faktycznym, co na gruncie sprawy oznacza, że wystąpiła obligatoryjna przesłanka wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 10 czerwca 2020 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, pisma przystępującego z dnia 24 lipca 2020 r., odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 29 lipca 2020 r., pisma odwołującego z dnia 27 lipca 2020 r., pisma wykonawcy ETP S.A. w zakresie, w jakim odwoływali się do niego uczestnicy postępowania odwoławczego na rozprawie, a także oświadczeń i stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu

przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, czego zamawiający nie kwestionował.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia przystępującego pomimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że osoba wskazana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy – P.S. posiada doświadczenie oceniane przez zamawiającego w ramach oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz w kryterium lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert pod kątem spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz w ramach kryterium potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest *”Uporządkowanie systemu odprowadzania wód opadowych w zlewni osiedla Widok, ul. Dunikowskiego i ul. Stęślickiego w Katowicach”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE 29 stycznia 2020 r. nr 2020/S 020-045143.

W ramach warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający oczekiwał, że wykonawca wykaże, że dysponuje kierownikiem budowy legitymującym się doświadczeniem w pracy *„na stanowisku kierownika budowy lub robót przy realizacji co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowej o pojemności co najmniej 500 m³”* [rozdział VII pkt 1 ppkt 2 lit. b) SIWZ].

Na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca, którego oferta zostanie oceniona najwyżej, miał złożyć – zgodnie z rozdziałem VIII pkt 7 ppkt 4) SIWZ – *„Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego (...) 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 informacje o podstawie dysponowania tymi osobami”* (dalej „Wykaz osób”).

W opracowanym przez zamawiającego wzorze Wykazu osób, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ wykonawca miał podać – w odniesieniu do wskazanych przez siebie osób –

m.in. „Okres realizacji zadania opisanego w kolumnie 5” (kolumna 2) oraz „Wykonane zadania, potwierdzające spełnianie warunków wymienionych w pkt. VII.1.2)b SIWZ” (kolumna 5).

Jednym z pozacenowych kryteriów oceny ofert o znaczeniu 10% było „Doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania” (dalej „kryterium doświadczenia”) – rozdział XVIII pkt 2 SIWZ.

W części IV rozdziału XVIII SIWZ zamawiający wskazał, że przyzna 2,5 pkt za każdy wybudowany podziemny zbiornik retencyjny kanalizacji deszczowej o pojemności co najmniej 500 m³, przy budowie którego osoba, o której mowa w rozdziale VII pkt 1 ppkt 2 lit. b) SIWZ, tj. kierownik budowy pełnił, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, funkcję kierownika budowy lub robót, zastrzegając, że maksymalna ilość punktów, jaką może uzyskać wykonawca wynosi 10 – w przypadku wskazania czterech lub więcej wybudowanych podziemnych zbiorników.

Zamawiający wyjaśnił, że przyzna punkty w przypadku, gdy w ramach wskazanego albo wskazanych przez wykonawcę zadań – inwestycji wskazana osoba nadzorowała jako kierownik budowy lub robót budowę podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowej o pojemności co najmniej 500 m³, nie wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

W opracowanym przez zamawiającego wzorze „Oferta”, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ wykonawcy mieli podać imię i nazwisko kierownika budowy oraz opisać – w tabeli – jego doświadczenie, poprzez podanie: pełnionej funkcji (kolumna 2), okresu pełnienia funkcji (kolumna 3), nazwy oraz przedmiotu zadania/inwestycji (kolumna 4), ilości oraz pojemności wybudowanych podziemnych zbiorników retencyjnych kanalizacji deszczowej w ramach całego zadania/inwestycji (kolumna 5), ilości oraz pojemności wybudowanych podziemnych zbiorników retencyjnych kanalizacji deszczowej w okresie pełnienia funkcji, jednak nie wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert (kolumna 6).

W ww. tabeli Oferty przystępujący wskazał, wśród personelu wyznaczonego do realizacji zadania P.S i 4 pozycje „składające się na doświadczenie” tej osoby, w tym w następujący sposób opisując pozycję nr 4:

- kierownik robót (kolumna 2),
- 11.2017 – 05.2018 (kolumna 3),
- Budowa centrum logistycznego w Gliwicach (kolumna 4),
- 1 szt. pojemności 600 m³ (kolumna 5 i 6).

Pismem z dnia 29 kwietnia 2020 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia, wobec tego, że jego oferta zostało oceniona najwyżej, m.in. dokumentów potwierdzających

spełnianie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej.

Przystępujący złożył ostatecznie (po wezwaniu do uzupełnień) Wykaz osób, opisując w nim doświadczenie P.S., w tym w pozycji nr 4 Budowę centrum logistycznego w Gliwicach – wykonanie podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowej o pojemności 600 m³ w okresie 11.2017 r. – 05.2018 r.

Pismem z dnia 28 maja 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty przystępującego, podając także, że przystępujący otrzymał w kryterium doświadczenia 10 pkt.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zamawiający poprawnie – opierając się na informacjach dotyczących doświadczenia P.S., zawartych w Wykazie osób – ocenił, że przystępujący spełnia warunek w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych, a także poprawnie – opierając się na informacjach dotyczących doświadczenia P.S., zawartych w formularzu Oferta i ustalonym w SIWZ sposobie oceny w kryterium doświadczenia – ocenił ofertę przystępującego, przyznając jej 10 pkt.

Jednak informacje, które przystępujący przedstawił zamawiającemu – co zgłosił odwołujący, składając odwołanie, a co zamawiający całkowicie zignorował, nie podejmując żadnych czynności wyjaśniających lub sprawdzających, a dotyczące doświadczenia P.S. okazały się być informacjami wprowadzającymi zamawiającego w błąd.

Skład orzekający Izby wskazuje, że wywiązanie się przez zamawiającego z obowiązku wykluczenia jakiegokolwiek wykonawcy z przyczyn wskazanych w ustawie Pzp oraz z obowiązku udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp oznacza, że do momentu udzielenia zamówienia wybranemu wykonawcy (zawarcia umowy) zamawiający musi „czuwać”, czy nie występują przesłanki wykluczenia tego wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty. W konsekwencji obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie czynności wyjaśniających w każdym przypadku, gdy do zamawiającego dotrze informacja, że w odniesieniu do wykonawcy (w szczególności, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą) zachodzi podstawa do jego wykluczenia. Zamawiający ma w pierwszej kolejności do dyspozycji przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zdaje się brak przepisu nakazującego podjęcie postępowania wyjaśniającego (np. na wzór postępowania wyjaśniającego z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie rażąco niskiej ceny) utożsamiać z zakazem podjęcia czynności wyjaśniających po wyborze oferty najkorzystniejszej – w toku rozprawy zamawiający stanął na stanowisku, że *„obowiązujące przepisy nie dają podstaw ku temu, aby po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zwracać się do wykonawcy w szczególności oferty*

najkorzystniejszej o jakiegokolwiek wyjaśnienia” (str. 10 Protokołu posiedzenia i rozprawy).

Z przyczyn wskazanych powyżej stanowisko zamawiającego jest nie do zaakceptowania.

Odwołujący oparł odwołanie na twierdzeniu, że P.S. nie mógł uzyskać oczekiwanego przez zamawiającego doświadczenia przy robocie budowlanej polegającej na budowie podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowej o wskazanej pojemności, ponieważ na odnośnej inwestycji, gdzie funkcję kierownika robót pełnił P.S. w ogóle nie powstał podziemny zbiornik retencyjny, a jedynie zbiornik otwarty.

Ze złożonego przez przystępującego pisemnego stanowiska z dnia 24 lipca 2020 r. oraz przebiegu rozprawy wynika, że przystępujący przyjął (za oceną projektanta J.Ch.), że doświadczenie na stanowisku kierownika robót przy realizacji roboty budowlanej polegającej na budowie podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowej o pojemności co najmniej 500 m³ odpowiada doświadczeniu zdobytemu przy realizacji roboty budowlanej polegającej na budowie ok. 2100 m kanalizacji sanitarnej, pełniącej m.in. funkcję podziemnego rurowego zbiornika retencyjnego o pojemności ok. 600 m³.

Powyższe przesądza o prawdziwości twierdzenia odwołującego, że na odnośnej inwestycji (gdzie i gdy funkcję kierownika robót pełnił P.S.) nie powstał podziemny zbiornik retencyjny kanalizacji deszczowej, a w konsekwencji, że P.S. nie zdobył wówczas oczekiwanego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doświadczenia.

Zasadność oceny przystępującego (za projektantem) nie została w żaden sposób przez przystępującego po stronie zamawiającego (ani zamawiającego) udowodniona i nie znajduje oparcia w brzmieniu ustanowionego przez zamawiającego warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Dostrzegając oczywistą odmienność warunków podmiotowych od opisu przedmiotu zamówienia, skład orzekający Izby wskazuje, że w warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający nie przyjął rozwiązania „podobnego” do ofert równoważnych.

Innymi słowy, zamawiający nie wskazał w SIWZ żadnej równoważności doświadczenia zdobytego przy realizacji różnych robót budowlanych wobec czego przystępującemu składającemu oświadczenie co do doświadczenia P.S. nie wolno było, wbrew SIWZ, „dopowiedzieć sobie” treści, których SIWZ nie ujmuje, a zamawiającemu nie wolno było takiego oświadczenia przyjąć za potwierdzające spełnianie warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – ocena taka jest niedopuszczalna i narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, a także zasadę przejrzystości.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że brzmienie warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej podane w SIWZ wyklucza takie jego rozumienie, że osoba posiadająca doświadczenie zdobyte przy realizacji roboty budowlanej polegającej na budowie ok. 2100 m kanalizacji sanitarnej, pełniącej m.in. funkcję podziemnego rurowego zbiornika retencyjnego o pojemności ok. 600 m³ legitymuje doświadczeniem „równoważnym” doświadczeniu na stanowisku kierownika robót przy realizacji roboty budowlanej polegającej na budowie podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowej o pojemności co najmniej 500m³ skoro w warunku mowa o doświadczeniu przy budowie zbiornika, a nie przy budowie kanalizacji sanitarnej, pełniącej m.in. funkcję podziemnego rurowego zbiornika retencyjnego.

Z powyższych względów nie znajduje także oparcia w opisanym sposobie przyznania punktów w kryterium doświadczenia takie jego rozumienie, że osoba posiadająca doświadczenie zdobyte przy realizacji roboty budowlanej polegającej na budowie ok. 2100 m kanalizacji sanitarnej, pełniącej m.in. funkcję podziemnego rurowego zbiornika retencyjnego o pojemności ok. 600 m³ legitymuje się doświadczeniem „równoważnym” doświadczeniu na stanowisku kierownika robót przy realizacji roboty budowlanej polegającej na budowie podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowej o pojemności co najmniej 500 m³ skoro w rozdziale XVIII mowa o doświadczeniu przy budowie zbiornika, a nie przy budowie kanalizacji sanitarnej, pełniącej m.in. funkcję podziemnego rurowego zbiornika retencyjnego.

Uzupełniająco podnieść należy, że zamawiający wprost żądał podania ilości zbiorników, a nie ilości metrów wybudowanej kanalizacji.

Przystępujący w składanych zamawiającemu oświadczeniach nie podał nawet, że chodzi o doświadczenie zdobyte przy budowie kanalizacji sanitarnej i nie podał jej długości.

Uwzględniając powyższy ustalony w toku postępowania odwoławczego stan rzeczy skład orzekający Izby uznał, że P.S. nie ma doświadczenia wymaganego przez zamawiającego i nie ma doświadczenia pozwalającego przyznać ofercie przystępującego punkty w kryterium doświadczenia, a przedstawione przez przystępującego zamawiającemu informacje nie odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy, a zatem są informacjami wprowadzającymi zamawiającego w błąd.

Załączone przez odwołującego do Pisma procesowego z dnia 27 lipca 2020 r. dowody były wobec tego zbędne.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp brzmi: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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”.

Pojęcie lekkomyślności nie jest znane prawu cywilnemu. Doktryna prawa karnego definiuje lekkomyślność jako postać winy nieumyślnej – stan, w którym sprawca przewiduje możliwość popełnienia czynu zabronionego, ale bezpodstawnie przypuszcza, że popełnienia tego czynu uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności.

Natomiast niedbalstwo i to tak na gruncie prawa karnego, jak i prawa cywilnego jest nieumyślną postacią winy; niedbalstwo, polega na niedołożeniu należytej staranności.

Przenosząc powyższe na grunt przepisów ustawy Pzp, należy uznać że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp może mieć miejsce, gdy wykonawca, nie wykazując profesjonalizmu wymaganego od uczestnika rynku zamówień publicznych przedstawia informacje niezgodne z rzeczywistością, w oparciu o które zamawiający dokonuje czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Izba przewiduje kilka elementów, których spełnienie jest wymagane do stwierdzenia jego naruszenia. Są to:

- wprowadzenie zamawiającego w błąd winno być wynikiem, co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy,
- skutkiem winno być pozostawanie zamawiającego w błędnym przekonaniu co do rzeczywistego stanu rzeczy,
- błędne przekonanie, choćby potencjalnie, powinno mieć przełożenie (wpływ) na przebieg postępowania (na decyzje podejmowane przez zamawiającego).

Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sadu 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).

Podkreślić należy, że w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k.c. 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 wykonawcy, ze względu na wzrost znaczenia oświadczeń własnych wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (skutek implementacji do krajowego porządku prawnego Dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE), jest tym bardziej nieodzowna.

Należyta staranność ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu wymaga, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. (por. wyrok KIO 382/17 wyrok z dnia 20 marca 2017 r.)

Jeżeli bowiem wykonawca przedstawił w złożonym przez siebie oświadczeniu informacje pozostające w sprzeczności z faktami, uznać należy, że co najmniej wykazał się niedbalstwem wprowadzającym zamawiającego w błąd co do doświadczenia wskazanej osoby.

W przedmiotowej sprawie weryfikacja doświadczenia była możliwa choćby poprzez informacje pochodzące od odbiorcy zadania, na którym P.S. pełnił funkcję kierownika robót.

O istotności podanych przez przystępującego informacji świadczy fakt, iż na podstawie tych informacji oferta przystępującego została uznana za najkorzystniejszą.

W odwołaniu odwołujący zaprezentował „wspólną” argumentację dotyczącą wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby na jej podstawie nie można zamawiającemu przypisać naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził, a zamawiającemu należy przypisać naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu wykluczenie przystępującego (po uprzednim unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w ramach nakazanej ponowionej czynności badania i oceny ofert).

Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy ETP pomimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że osoba wskazana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy – A.Z. posiada doświadczenie oceniane przez zamawiającego w ramach kryterium lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert w ramach kryterium potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Ustalenia składu orzekającego poczynione w odniesieniu zarzutu poprzedniego w zakresie treści SIWZ pozostają aktualne.

Dodatkowo skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W tabeli Oferty wykonawca ETP wskazał, wśród personelu wyznaczonego do realizacji zadania, A.Z. i 2 pozycje „składające się na doświadczenie” tej osoby, w tym w następujący sposób opisując pozycję nr 1:

- kierownik robót (kolumna 2).
- 10.2017 – 02.2019 (kolumna 3),
- Budowa Autostrady A1 na odcinku Pyrzowice – Woźniki (kolumna 4) – dalej „budowa autostrady”),
- Budowa 3 podziemnych zbiorników retencyjnych kanalizacji deszczowej o pojemnościach 508,80, 1244 i 1145 m³ (kolumna 5 i 6).

Pismem z dnia 28 maja 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców, że oferta wykonawcy ETM otrzymała łącznie 96,54 pkt, w tym 10 pkt. w kryterium doświadczenia.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zamawiający poprawnie – w świetle ustalonego przez siebie w SIWZ sposobu oceny ofert w kryterium doświadczenia – ocenił ofertę wykonawcy ETP, przyznając jej 10 pkt.

Jednak informacje, które wykonawca ETP przedstawił zamawiającemu – co zgłosił odwołujący, składając odwołanie, a co zamawiający całkowicie zignorował, nie podejmując żadnych czynności wyjaśniających lub sprawdzających – dotyczące doświadczenia A.Z. okazały się być informacjami wprowadzającymi zamawiającego w błąd.

Skład orzekający Izby za aktualne uznaje stanowisko odnośnie do konieczności podjęcia przez zamawiającego czynności wyjaśniających w przypadku uzyskania informacji, że istnieją podstawy do wykluczenia wykonawcy oferty najkorzystniejszej, przedstawione

w odniesieniu do zarzutu pierwszego.

Tak jak nie znajduje oparcia w brzmieniu warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej takie jego rozumienie, że wystarczającym dla uznania, że osoba posiada doświadczenie na stanowisku kierownika robót przy realizacji roboty budowlanej polegającej na budowie podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowej jest doświadczenie zdobyte przy realizacji części robót budowlanych składających się na budowę podziemnego zbiornika retencyjnego, ponieważ jest to – choć niezbędna – to jednak jedynie część robót składających się na budowę podziemnego zbiornika retencyjnego, tak też nie znajduje oparcia w opisanym sposobie przyznania punktów w kryterium doświadczenia takie jego rozumienie, że wystarczającym jest doświadczenie zdobyte przy wykonywaniu niektórych robót budowlanych składających się na budowę zbiornika skoro w rozdziale XVIII mowa o doświadczeniu przy budowie zbiornika, na którą składa się szereg robót.

Skoro na budowę zbiornika składa się szereg robót (o różnym stopniu skomplikowania), to doświadczenie zdobyte „w roli” kierownika robót przy realizacji jedynie części z nich nie odpowiada doświadczeniu zdobytemu „w roli” kierownika robót przy realizacji całości robót, które składają się – jako całość – na efekt w postaci budowy podziemnego zbiornika retencyjnego. Deficyt doświadczenia dotyczyć będzie w takim przypadku jakiejś części robót – niezbędnej części robót, wobec czego takie doświadczenie nie może zostać uznane za wystarczające.

W toku rozprawy odwołujący udowodnił, że A.Z. nie pełnił funkcji kierownika robót w odniesieniu do zadania z pozycji 1 tabeli Oferty (budowa autostrady) przy realizacji całości robót, polegających na budowie 3 zbiorników, jakie zostały wybudowane na zadaniu budowa autostrady, a jedynie przy realizacji części tych robót.

Taki jedynie wniosek płynie z załączonej do Pisma procesowego odwołującego z dnia 27 lipca 2020 r. (załącznik nr 8) informacji odbiorcy zadania, tj. Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad zawartej w piśmie z dnia 26 marca 2020 r., w której A.Z. przypisano pełnienie funkcji kierownika robót jedynie w odniesieniu do wykopów, odwodnienia i zabezpieczenia wykopów oraz zasypek, podczas gdy inną część robót składającą się na budowę zbiornika, tj. montaż zbiorników i prób szczelności przypisano (dla okresu wskazanego w tabeli Oferty) innemu kierownikowi robót – Z.S.

Powyższa, wiarygodna informacja odbiorcy zadania, znajduje dodatkowo potwierdzenie w:

- załączonym do ww. Pisma procesowego odwołującego Dzienniku Budowy (załącznik 9 – wyciąg z Dziennika Budowy 1/ 2015 tom B7 i B7.1 – zbiorniki podziemne), w którym A.Z. dokonywał wpisów o robotach – wylanie chudego betonu pod zbiornik, wykonanie badania

podłoża, wykonanie odwodnienia pompami, a inna osoba (Z.S.) wpisów o robotach – zbiorniki retencyjne, rozpoczęcie montażu zbiornika, zakończenie montażu zbiornika, zakończenie próby zbiornika,

- Protokole technicznego odbioru z dnia 28 czerwca 2019 r. dotyczącym branży sanitarnej – kanalizacja – odwodnienie drogi – zbiorniki retencyjne, w którym jako członka komisji technicznego odbioru wskazano kierownika robót Z.S. (brak w składzie komisji A.Z.)

W toku rozprawy zamawiający powołał się na oświadczenie A.Z. z 25 czerwca 2020 r., w którym A.Z. oświadczył: „Czynności związane z budową powyższych zbiorników oraz ich podłączeniem do budowanej sieci były przeze mnie bezpośrednio nadzorowane”.

Oświadczenie to nie znajduje potwierdzenia ani w ww. informacji Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, ani w ww. Dzienniku Budowy, ani w ww. Protokole.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, skład orzekający Izby uznał, że wykonawca ETP w odniesieniu do doświadczenia A.Z. przedstawił zamawiającemu informacje nie odpowiadające rzeczywistemu stanowi rzeczy, a zatem wprowadzające zamawiającego w błąd.

Nie powielając wykładni przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, zaprezentowanej w odniesieniu do zarzutu poprzedniego (pozostaje ona aktualna także w odniesieniu do tego zarzutu) skład orzekający Izby na podstawie powyższego stwierdza, że w przedmiotowej sprawie zasadnym jest przypisanie wykonawcy ETP niedbalstwa, ponieważ zaniechał oczekiwanej od profesjonalnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznej starannej weryfikacji doświadczenia A.Z.

Jeżeli bowiem wykonawca przedstawił w złożonym przez siebie oświadczeniu informacje pozostające w sprzeczności z faktami, uznać należy, że co najmniej wykazał się niedbalstwem wprowadzającym zamawiającego w błąd co do doświadczenia wskazanej osoby.

W przedmiotowej sprawie weryfikacja ta była możliwa poprzez informacje pochodzące od odbiorcy zadania, na którym A.Z. pełnił funkcję kierownika robót.

O istotności podanych przez wykonawcę ETP informacji i ich potencjalnym wpływie na decyzje podejmowane przez zamawiającego świadczy fakt, iż na podstawie tych informacji oferta wykonawcy ETP uplasowała się wyżej niż oferta odwołującego – bezpośrednio przed ofertą odwołującego w sytuacji, gdy odwołujący postawił także zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy, którego oferta została sklasyfikowana najwyżej i uznana za najkorzystniejszą, co może prowadzić do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W odwołaniu odwołujący zaprezentował „wspólną” argumentację dotyczącą wykluczenia wykonawcy ETP na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby na jej podstawie nie można zamawiającemu przypisać naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził, a zamawiającemu należy przypisać naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu wykluczenie wykonawcy ETP (po uprzednim unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w ramach nakazanej ponowionej czynności badania i oceny ofert).

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 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).

Przewodniczący: