

Sygn. akt: KIO 2681/17

WYROK

z dnia 8 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Odrzywolska**

Protokolant **Łukasz Listkiewicz**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2017 r. przez wykonawcę: **M&J BUD INVEST Sp. z o.o. EU Sp. k. 25-365 Kielce, ul. Słowackiego 12**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **GEOPARK Kielce 25-202 Kielce, ul. Daleszycka 21**

przy udziale wykonawcy **Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych AMC A.C. 32-084 Morawica, Mników 389** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp;
2. uwzględni odwołanie w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu **GEOPARK Kielce 25-202 Kielce, ul. Daleszycka 21** dokonanie:
 - 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- 2) wykluczenia wykonawcy **Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych AMC A.C. 32-084 Morawica, Mników 389** na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp;
- 3) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **GEOPARK Kielce 25-202 Kielce, ul. Daleszycka 21, i**
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł. 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **M&J BUD INVEST Sp. z o.o. EU Sp. k. 25-365 Kielce, ul. Słowackiego 12** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od zamawiającego **GEOPARK Kielce 25-202 Kielce, ul. Daleszycka 21** na rzecz odwołującego: **M&J BUD INVEST Sp. z o.o. EU Sp. k. 25-365 Kielce, ul. Słowackiego 12** kwotę 13.600 zł. 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: **GEOPARK Kielce 25-202 Kielce, ul. Daleszycka 21** prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wykonanie kompleksowej infrastruktury turystycznej i edukacyjnej w Parku Kadzielnia w Kielcach” – oznaczenie sprawy GEO.II.262.6.2017 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1020 ze zm.) – dalej „ustawa Pzp”. Postępowanie ogłoszono w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 3 listopada 2017 r. pod numerem 610972-N-2017.

W dniu 12 grudnia 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę: Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C. 32-084 Morawica, Mników 389, informując o tym Wykonawców.

Odwołujący: **M&J BUD INVEST Sp. z o.o. EU Sp. komandytowa 25-365 Kielce, ul. Słowackiego 12** wniósł, w dniu 18 grudnia 2017 r., odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu, wskazując na naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia – dalej „SIWZ” w szczególności określonych w pkt 22.7. SIWZ, przejawiający się w przyznaniu Wykonawcy - Zakładowi Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C. punktów w kryterium: Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, pomimo iż wymagania Zamawiającego w SIWZ dla przyznania 20 punktów w ww. kryterium nie zostały spełnione,
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego niezastosowanie w odniesieniu do Wykonawcy - Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C., pomimo złożenia przez tegoż Wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, o uwzględnienie odwołania w całości i uchylenie skutków prawnych zaskarżonych czynności zamawiającego poprzez nakazanie mu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C.;
- 2) niezwłoczne powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenie wykonawcy - Zakładu Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C.;
- 4) odrzucenie oferty Zakładu Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C., jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego;
- 5) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty odwołania oraz swoje żądania odwołujący wskazał, co następuje:

Zamawiający prowadząc niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ustanowił następujące kryteria oceny ofert: cena brutto, wydłużony okres udzielonej gwarancji jakości oraz doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Zamawiający, zastosowawszy powyższe kryteria oceny ofert, wskazał sposób dokonywania oceny ofert w ramach poszczególnych kryteriów oraz określił zasady przyznawania punktów w poszczególnych kryteriach. Ustalając zasady przyznawania punktacji, określając sposób oceny ofert w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”, uczynił to w sposób pozwalający na różnorodną interpretację oceny przedmiotowego kryterium. Zgodnie bowiem z pkt 5. SIWZ Zamawiający nie dopuścił w niniejszym postępowaniu składania ofert częściowych, jednakże określając kryterium oceny ofert „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”, dokonał wyłącznie w powyższym zakresie podziału zamówienia na zadanie nr 1 i zadanie nr 2, wskazując, iż w zadaniu nr 1 będzie oceniał doświadczenie dwóch kierowników: kierownika robót, zdobyte przy inwestycji związanej z zabezpieczeniem osuwiska/skarpy i w powyższym postanowił o przyznaniu maksymalnej liczbie punktów - 10 oraz doświadczenie kierownika budowy zdobyte przy budowie, przebudowie lub rozbudowie ścieżek rowerowych/ciągów pieszo-rowerowych lub drogi przyznając osobie posiadającej takie doświadczenie maksymalną liczbę punktów w wysokości 10, łącznie 20 pkt w powyższym kryterium. Jednocześnie dla zadania nr 2 określił, iż w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych

do realizacji zamówienia” będzie punktował wyłącznie doświadczenie Kierownika budowy zdobyte przy realizacji budowy, przebudowy lub rozbudowy ścieżek rowerowych/ciągów pieszo-rowerowych lub drogi - przyznając osobie posiadającej takie doświadczenie maksymalną liczbę punktów w wysokości 20 pkt. Dokonując w ten sposób określenia kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” oraz sposobu jego oceny, Zamawiający mógł przyznać łącznie 40 pkt, co po zsumowaniu z pozostałymi kryteriami oceny ofert w łącznej punktacji pozwala na przyznanie 120 pkt ofercie najkorzystniejszej, jak również pozwala na przyznanie maksymalnie 20 pkt przy wskazaniu w ofercie wyłącznie Kierownika budowy posiadającego doświadczenie w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy ścieżek rowerowych/ciągów pieszo-rowerowych lub drogi, a jednocześnie pozwala na przyznanie analogicznej ofercie wskazującej wyłącznie osobę posiadającą ww. doświadczenie w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy ścieżek rowerowych/ciągów pieszo-rowerowych lub drogi 10 pkt. Określając w powyższy sposób kryteria oceny ofert, przesądzające o wyniku postępowania, zamawiający doprowadził do sytuacji w której miał możliwość w sposób subiektywny dokonać oceny ofert w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”, tym samym naruszył zasadę, zgodnie z którą sposób oceny ofert powinien być tak opisany, aby nie dopuścić do sytuacji, w której brak jednoznaczności opisu sposobu przyznawania punktacji w poszczególnych kryteriach oceny ofert.

Abstrahując od nieprawidłowości w zakresie ustanowionych kryteriów ofert, mając na uwadze, iż obaj wykonawcy składający oferty w niniejszym postępowaniu w zakresie kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”, wykazali dysponowanie zarówno Kierownikiem robót posiadającym doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót (od rozpoczęcia do zakończenia inwestycji) przy inwestycji związanej z zabezpieczeniem osuwiska/skarpy, jak i Kierownikiem budowy posiadającym doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy budowie, przebudowie lub rozbudowie ścieżek rowerowych/ciągów pieszo-rowerowych lub drogi, odwołujący zarzuca zamawiającemu, wadliwą ocenę ofert w zakresie ustanowionych kryteriów, poprzez przyznanie wykonawcy - Zakładowi Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C., 20 punktów w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”, pomimo powinności powzięcia wątpliwości co do prawidłowości przedstawionych przez ww. wykonawcę w zakresie oświadczenia objętego treścią Załącznika nr 1b do formularza ofertowego - Wykaz osób, które będą uczestniczyć

w wykonywaniu zamówienia (do punktacji).

Mając na uwadze wskazane powyżej rozbieżności w zakresie kryterium oceny ofert „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”, przyjmując za podstawę oceny, punktację określoną dla Zadania nr 1, wykonawca - Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C., powinien w powyższym kryterium uzyskać 15 pkt, w miejsce przyznanych 20 pkt. Jeżeli natomiast przyjmujemy dla oceny ofert reguły ustanowione w kryterium oceny ofert „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”, punktację ustanowioną dla Zadania nr 2 to w powyższym kryterium wykonawcy - Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C., winno zostać przyznane 10 pkt. Każdy z możliwych do zastosowania w świetle zapisów SIWZ, wariant oceny ofert w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”, przy założeniu dochowania przez zamawiającego należytej staranności w zakresie badania i oceny ofert, która to zasada nakazuje zamawiającemu wykonywanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób wnikliwy, przy zachowaniu wyczerpującego wyjaśnienia wszelkich wątpliwości co do treści złożonych ofert, powoduje, iż jako najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu winna zostać wybrana oferta odwołującego. Uzasadniając swoje stanowisko odwołujący wskazał, iż zgodnie z ustaloną punktacją, zamawiający w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”, przyznawał poszczególne ilości punktów z tytułu pełnienia funkcji Kierownika robót/Kierownika budowy w odniesieniu do określonej ilości inwestycji obejmujących określonego rodzaju roboty budowlane. Ustalone w SIWZ ilości punktów zamawiający przyznawał na podstawie złożonych oświadczeń zgodnie z treścią Załącznika nr 1b do Formularza ofertowego - Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (do punktacji). Przedkładając powyższy Wykaz, wykonawca - Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C., wskazał, iż w realizacji zamówienia w charakterze Kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności drogowej, będzie brał udział Pan Ł.W.. Ponadto wskazał, że Pan Ł.W., legitymuje się następującym doświadczeniem:

1. Przebudowa układu drogowego SM Bocianek 11-2016 do 07-04-2017
2. Przebudowa drogi leśnej Zagnańsk 07-2015 do 24-09-2015
3. Przebudowa Dróg Folwark Kielce 03-2011 do 09-2012
4. Budowa ścieżki rowerowej Gmina Jędrzejów 04-11-2013 do 21-05-2014.

Zapoznawszy się z wskazanym powyżej oświadczeniem odwołujący, pismem z dnia

29.11.2017 r., wskazał zamawiającemu wątpliwości w zakresie doświadczenia Pana Ł.W., które miał on zdobyć pełniąc funkcję Kierownika budowy na inwestycji Przebudowa układu drogowego SM Bocianek 11-2016 do 07-04-2017. W odpowiedzi na zgłoszone wątpliwości zamawiający, pismem z dnia 08.12.2017 r. wskazał, iż Wykonawca Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego potwierdził, iż Pan Ł.W. pozostaje w dyspozycji ww. wykonawcy. Ponadto Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C. oświadczył, że dysponował osobą Pana Ł.W. w dniu składania ofert. Dodatkowo wykonawca Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C., złożył ponowne oświadczenie własne oraz oświadczenie generalnego wykonawcy prac drogowo-brukarskich dla i na terenie SM Bocianek, zgodnie z treścią, których Pan Ł.W. był kierownikiem budowy w specjalności drogowej od początku do końca trwania inwestycji pn.: Przebudowa układu drogowego SM Bocianek. Ponadto w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego co do wyjaśnień w zakresie doświadczenia posiadanego przez Pana Ł.W., Zakład Robót Górniczych

i Wysokościowych „AMC” A.C., przedłożył referencje wystawione przez SM Bocianek, na rzecz Zakładu Remontowo - Budowlanego „W.”, obejmujące poświadczenie prawidłowości realizacji remontu osiedlowych chodników wraz z wykonaniem rekultywacji terenu po asfaltowych placach oraz wykonania układu drogowego w rejonie pawilonów handlowych przy ul. Konopnickiej 5, nie odnoszącego się natomiast w ogóle do osoby Pana Ł.W. i ewentualnie pełnionych przez niego funkcji w trakcie realizacji ww. inwestycji. Mając na uwadze treść przedłożonych na wezwanie zamawiającego dokumentów, mających poświadczać doświadczenie Pana Ł.W., należy w pierwszej kolejności wskazać, że zarówno oświadczenie Zakładu Remontowo - Budowlanego „W.”, jak i referencje wystawionego dla tegoż Zakładu przez Spółdzielnię Mieszkaniową „Bocianek”, nie potwierdzają w swym literalnym brzmieniu jakoby Pan Ł.W. pełnił funkcję kierownika budowy na inwestycji pn.: Przebudowa układu drogowego SM Bocianek. Takie potwierdzenie wynika jedynie z oświadczenia samego wykonawcy, który w powyższym zakresie został wezwany do złożenia wyjaśnień i trudno, aby w powyższym zakresie wykonawca złożony uprzednio w ofercie oświadczenie o takim, a nie innym doświadczeniu Pana Ł.W. w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia wątpliwości w zakresie złożonego oświadczenia zmienił jego merytoryczną treść, tym bardziej, iż przedmiotowe oświadczenie na podstawie którego

zamawiający dokonuje klasyfikacji ofert, nie podlega sanowaniu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli więc zamawiający na podstawie informacji przekazanych mu przez odwołującego powziął wątpliwość co do prawdziwości złożonego w ofercie oświadczenia, to w przypadku dołożenia należytej staranności winien sprawdzić jego prawdziwość i rzetelność w oparciu o informacje obiektywnie weryfikowalne, np. swoje rozstrzygnięcie oprzeć na informacjach uzyskanych bezpośrednio od podmiotu na rzecz którego realizowana była inwestycja wskazana przez Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C. w Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (do punktacji), czyli bezpośrednio od Spółdzielni Mieszkaniowej „Bocianek”, co m.in. uczynił odwołujący. W odpowiedzi na swoje pismo z dnia 11.12.2017 r., odwołujący uzyskał oświadczenie SM Bocianek potwierdzającego jego wątpliwości w zakresie doświadczenia, jakie miał zdobyć Pan Ł.W. realizując na rzecz ww. Spółdzielni inwestycję pn.: Przebudowa układu drogowego SM Bocianek.

Biorąc pod uwagę uzyskane przez odwołującego, a możliwe do uzyskania przez zamawiającego, poprzez właściwe konkretne sformułowanie sygnalizowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wątpliwości, jak również poprzez ich wyjaśnienie w oparciu o obiektywne podstawy, zamawiający w odniesieniu do oferty Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C., winien wziąć pod uwagę w zakresie kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”, doświadczenie Kierownika budowy, posiadającego doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy budowie, przebudowie lub rozbudowie ścieżek rowerowych/ciągów pieszo-rowerowych lub drogi, wyłącznie w realizacji trzech spośród czterech wskazanych przez ww. wykonawcę w Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (do punktacji), wykluczając spośród wskazanych inwestycję zrealizowaną na rzecz SM Bocianek. W przypadku dokonania przez zamawiającego wyczerpującego badania prawdziwości i rzetelności złożonych ofert, wykonawca - Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C., winien otrzymać w kryterium oceny ofert „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” - 15 pkt - jeżeli weźmiemy pod uwagę punktację ustaloną dla Zadania nr 1, jeżeli natomiast weźmiemy pod uwagę punktację ustaloną dla Zadania nr 2 - 10 pkt. W ten sposób prawidłowo ustalona punktacja w sposób bezpośredni przełoży się na ustalony w mniejszym postępowaniu ranking ofert, bowiem, bez względu na Zadanie w odniesieniu do którego będziemy ustalać punktację, łączna liczba punktów przyznanych Wykonawcy - Zakład Robót Górniczych

i Wysokościowych „AMC” A.C., wyniesie, biorąc pod uwagę punktację ustaloną dla Zadania nr 1 - 95,00 pkt, biorąc natomiast pod uwagę punktację ustaloną dla Zadania nr 2 - 90,00 pkt, co w obu przypadkach klasyfikuje ofertę odwołującego z przyznaną punktacją 98,99 pkt jako najkorzystniejszą. Tym samym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób niezgodny z kryteriami ocen ofert opisanymi w SIWZ, tj. przyznał ofercie Wykonawcy - Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C., punkty za spełnienie wymagań, których w rzeczywistości nie spełnia. W niniejszym stanie faktycznym zamawiający naruszył art. 7 ust 1 ustawy Pzp, przez przyznanie ofercie Wykonawcy - Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C. zbyt wysokiej punktacji w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”.

Odwołujący podkreślił, że Pan Ł.W., wskazany w Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (do punktacji), nie posiada doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika budowy przy realizacji inwestycji Przebudowa układu drogowego SM Bocianek, co potwierdza w sposób nie budzący wątpliwości, załączone do niniejszego odwołania oświadczenie złożone przez Spółdzielnię Mieszkaniową „Bocianek”. Co więcej Wykonawca Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C. miał pełną świadomość przedmiotowej sytuacji i pomimo wezwania zamawiającego, obejmującego wątpliwości co do kwestionowanego doświadczenia Pana Ł.W. wykonawca podtrzymał swoje oświadczenie objęte treścią oferty. Ponadto przedstawiona przez wykonawcę Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C. informacja w zakresie doświadczenia Pana Ł.W., miała istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pozwoliła bowiem przyznać wykonawcy Zakładowi Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C., w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” zawyżonej punktacji, a tym samym informacja ta miała wpływ na podjęcie przez zamawiającego decyzji o uznaniu oferty wykonawcy - Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C., za najkorzystniejszą i wybór tej oferty w postępowaniu. Tym samym wykonawca ten w sposób oczywisty wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, stanowiących podstawę oceny ofert w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”, przy czym bez znaczenia w powyższym zakresie pozostaje forma winy odpowiedzialnego za wprowadzenie w błąd.

W opinii odwołującego nie ulega wątpliwości, że złożenie Wykazu osób, które będą

uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (do punktacji), wskazującego informację w zakresie doświadczenia mającego uczestniczyć w realizacji zamówienia kierownika budowy, miało bezpośredni wpływ na wynik przeprowadzonego postępowania, bo bez podania informacji w zakresie doświadczenia Pana Ł.W., które miał uzyskać w toku inwestycji realizowanej na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej „Bocianek”, wykonawca Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C. nie uzyskałby, przyznanej mu liczby punktów, a w konsekwencji jego oferta nie mogłaby być wybrana jako najkorzystniejsza. Zdaniem odwołującego, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni szczególnie zwrócić uwagę na to, czy wskazywane przez nich osoby przeznaczone do pełnienia funkcji kierowniczych mają doświadczenie na wskazanych realizacjach. Powyższe powoduje, że wykonawca Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C. powinien być wykluczony z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą.

Jak wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej okres przeznaczony na opracowanie oferty, czyli okres od opublikowania lub zamieszczenia ogłoszenia o postępowaniu do upływu terminu składania ofert powinien być wykorzystany przez wykonawcę nie tylko do sporządzenia i złożenia oferty, ale także do sprawdzenia czy podane w ofercie informacje odpowiadają prawdzie i nie będą mogły wprowadzić zamawiającego w błąd w zakresie mogącym mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. - Wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1085/17. Tak więc skoro wykonawca wezwany do wyjaśnienia wątpliwości w zakresie doświadczenia Pana Ł.W. podtrzymał swoje oświadczenie objęte treścią złożonej uprzednio oferty, a oświadczenie to nie tylko mogło mieć, ale w rzeczywistości miało, istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to trudno mu przypisać należyłą staranność w sprawdzeniu prawdziwości informacji zamieszczonych w ofercie.

Mając na uwadze powyższe niezależnie od faktu, iż w świetle przedstawionych dowodów, a w szczególności informacji Spółdzielni Mieszkaniowej Bocianek z dnia 14.12.2017 r., zmianie winna ulec klasyfikacja ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, ale co więcej oferta Zakładu Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C., winna zostać odrzucona, jako złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, zgodnie z którym „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”.

Co bardzo istotne, w niniejszym postępowaniu, dla uznania, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje wystarczy zwykła lekkomyślność lub niedbalstwo. Praktycznie w każdym przypadku nieumyślnego złożenia nieprawdziwej informacji, wykonawca powinien być wykluczony z postępowania. Ustawodawca założył bowiem, że profesjonalny charakter podmiotów biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązuje do weryfikowania każdej informacji składanej w postępowaniu. Nawet więc drobne niedopatrzenie, może oznaczać wykluczenie z dalszego udziału w postępowaniu. Jedyną możliwością uchylenia się od sankcji wykluczenia, będzie wykazanie przez wykonawcę, że nieprawdziwa informacja została złożona w postępowaniu w sposób całkowicie niezawiniony, co w mniejszym postępowaniu ze względu na przeprowadzone postępowanie wyjaśniające nie ma miejsca.

Wykonawca - Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C. w pełni wyczerpał przesłanki ustanowione art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Przywołany przepis, co potwierdza zapadłe na tle jego stosowania orzecznictwo wymaga, aby informacja przekazywana przez wykonawcę zamawiającemu, spowodowała odmienne od rzeczywistego wyobrażenie zamawiającego o istniejącej sytuacji faktycznej, przy czym podmiotem kreującym mylne wyobrażenie zamawiającego o rzeczywistości winien być wykonawca. Koniecznym ponadto jest wystąpienie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy zachowaniem wykonawcy, a wprowadzeniem w błąd i wystąpieniem u zamawiającego mylnej oceny rzeczywistości. Skutkiem takiej konstrukcji jest to, że wykonawca nie będzie mógł być wykluczony z postępowania, jeżeli przedstawione przez wykonawcę informacje, nie wywołają u odbiorcy, tj. zamawiającego, błędnej oceny stanu faktycznego (wyrok KIO z dnia 4 maja 2017 r., sygn. akt KIO 734/17). Jeżeli więc Wykonawca przedłożył oświadczenie, iż Pan Ł.W. pełnił funkcję kierownika budowy w trakcie realizacji inwestycji na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej Bocianek, czemu wprost przeczy oświadczenie inwestora, dodatkowo wykonawca w wyniku wezwania do wyjaśnienia wątpliwości w powyższym zakresie potwierdził swoje oświadczenie co do doświadczenia Pana Ł.W., a przedmiotowe doświadczenie w sposób bezpośredni wpłynęło na miejsce jakie Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C., zajął w ogólnej klasyfikacji ofert, to w sposób jednoznaczny należy stwierdzić wypełnienie wszystkich przesłanek ustanowionych

art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp.

Zamawiający, w dniu 20 grudnia 2017 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił, w dniu 27 grudnia 2017 r. **Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych A.C. 32-084 Morawica, Mników 389** – zwany dalej „Przystępującym”. Przystępujący w złożonym piśmie procesowym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uzasadniając powyższe wskazał, że w zakresie doświadczenia posiadanego przez Pana Ł.W. złożył on oświadczenie o posiadaniu przez tę osobę doświadczenia przy realizacji czterech inwestycji. W wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień przedłożył on, wraz z pismem z dnia 7 grudnia 2017 r., referencje oraz przedłożył pisemne oświadczenie Zakładu Remontowo-Budowlanego W. z dnia 5 grudnia 2017 r., z którego wynika, że Pan Ł.W. był kierownikiem budowy w specjalności drogowej na zadaniu polegającym na wykonaniu prac drogowo-brukarskich dla i na terenie SM Bocianek od początku prac do ich zakończenia. W związku z powyższym, jako nieuprawnione należy traktować stwierdzenie odwołującego, że przedłożone przez Przystępującego dokumenty nie potwierdzają w swym literalnym brzmieniu, że Pan Ł.W. pełnił funkcję kierownika budowy na tej inwestycji a oświadczenie w tym względzie złożył dopiero Przystępujący.

Przystępujący wskazał, że Zakład Remontowo-Budowlany „W.” z siedzibą w Woli Kopcowej na etapie składania ofert udzielił referencji Panu Ł.W. i poparł powyższe pisemnym oświadczeniem z dnia 5 grudnia 2017 r. Jak się okazało SM w trakcie realizacji inwestycji nie wymagała kierownika budowy podczas, gdy w wymaganiach do swojej oferty żądała wskazania uprawnionego kierownika budowy z ramienia wykonawcy, którym był Zakład Remontowo-Budowlany „W.”. Przy realizacji inwestycji SM Bocianek osobą do kontaktu ze strony Zakładu Remontowo-Budowlanego „W.”, odbiorach oraz podpisywaniu dokumentacji powykonawczej był właściciel firmy Pan C.W.. Natomiast Pan Ł.W. faktycznie brał czynny udział w wykonaniu zadania dla SM Bocianek, dbając o należyte wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z posiadaną wiedzą oraz sztuką budowlaną.

Tym samym Przystępujący, działając z należytą starannością, polegając w pełni na referencjach oraz jednoznacznym oświadczeniu z dnia 5 grudnia 2017 r. wydanym przez Zakład Remontowo-Budowlany „W.”, w piśmie z dnia 7 grudnia 2017 r., kierowanym do zamawiającego udzielił wyjaśnień zgodnych z treścią otrzymanych oświadczeń. Nie mając

wątpliwości co do złożonych przez SM Bocianek oświadczeń sam potwierdził doświadczenie Pana Ł.W..

Przystępujący wskazał ponadto na bogate doświadczenie Pana Ł.W. w zakresie wymaganym przez zamawiającego tj. przy pełnieniu funkcji kierownika budowy przy budowie, przebudowie lub rozbudowie ścieżek rowerowych/ ciągów pieszko-rowerowych lub dróg.

Zamawiający w piśmie wniesionym do akt sprawy (mailem) w dniu 4 stycznia 2018 r., przed otwarciem posiedzenia wyznaczonego na dzień 5 stycznia 2018 r. (następnie potwierdzone w formie pisemnej – pismo procesowe złożone na posiedzeniu do akt sprawy), wniósł odpowiedź na odwołanie, składając oświadczenie o uwzględnieniu w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Zamawiający uznał zarzuty dotyczące:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C.;
- 2) niezwłocznego powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Swoje stanowisko sprecyzował na posiedzeniu w dniu 5 stycznia 2017 r., składając oświadczenie do protokołu, iż:

- 1) uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z postanowieniami SIWZ, w szczególności określonych w pkt 22.7. SIWZ, przejawiający się w przyznaniu Wykonawcy - Zakładowi Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C. punktów w kryterium: Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, pomimo iż wymagania Zamawiającego w SIWZ dla przyznania 20 punktów w ww. kryterium nie zostały spełnione;
- 2) wnosi o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie w odniesieniu do Wykonawcy - Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C., pomimo złożenia przez tegoż Wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, ofertą złożoną w postępowaniu przez wykonawcę: Zakład Robot Górniczych i Wysokościowych AMC A.C. 32-084 Morawica, Mników 389, wezwaniem do

złożenia dokumentów z dnia 22 listopada 2017 r. kierowanym w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp do Przystępującego, dokumentami złożonymi przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie, pismem odwołującego z dnia 29 listopada 2017 r. kierowanym do zamawiającego w związku z wątpliwościami tego wykonawcy odnoszącymi się do oświadczenia złożonego przez Przystępującego w zakresie doświadczenia posiadanego przez Pana Ł.W., wezwaniem kierowanym do Przystępującego z dnia 5 grudnia 2017 r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie czy wskazany kierownik budowy pozostaje w dyspozycji wykonawcy oraz czy posiada doświadczenie nabyte na inwestycji pn. Przebudowa układu drogowego SM Bocianek w terminie od 11.2016 do 04.2017, odpowiedzią Przystępującego na wezwanie zamawiającego z dnia 7 grudnia 2017 r., dowodem przedłożonym przez odwołującego w postaci umowy zawartej pomiędzy SM Bocianek a Zakładem Remontowo-Budowlanym W. oraz protokołem odbioru wykonanych robót, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w kwestionowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzutów i naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W przypadku gdyby zarzuty odwołania potwierdziły się oferta odwołującego byłaby najkorzystniejszą, złożoną w postępowaniu.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wykonanie kompleksowej infrastruktury turystycznej i edukacyjnej w Parku Kadzielnia w Kielcach”.

Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Postępowanie ogłoszono w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 3 listopada 2017 r. pod numerem 610972-N-2017.

Zamawiający w SIWZ, w pkt 22.6 opisał kryteria, którymi będzie kierował się przy ocenie ofert: cena brutto – 60%, wydłużony okres udzielonej gwarancji jakości – 20%, doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – 20%. Zgodnie z opisem w pkt

22.7 SIWZ wskazał, że ocena w kryterium doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia dokonana zostanie następująco:

Zadanie 1

Kierownik robót: posiadający doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót (od rozpoczęcia do zakończenia inwestycji) przy inwestycji związanej z zabezpieczeniem osuwiska/skarpy w ilości:

- 1 inwestycja – 0 pkt.
- 2-3 inwestycje – 5 pkt.
- 4 i więcej inwestycji – 10 pkt

oraz

Kierownik budowy: posiadający doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy budowie, przebudowie lub rozbudowie ścieżek rowerowych/ciągów pieszo-rowerowych lub drogi w ilości:

- 1 inwestycja – 0 pkt.
- 2-3 inwestycje – 5 pkt.
- 4 i więcej inwestycji – 10 pkt

Zadanie 2

Kierownik budowy: posiadający doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy budowie, przebudowie lub rozbudowie ścieżek rowerowych/ciągów pieszo-rowerowych lub drogi w ilości:

- 1 inwestycja – 0 pkt.
- 2-3 inwestycje – 10 pkt.
- 4 i więcej inwestycji – 20 pkt

Zamawiający wskazał, że informację należy podać w załączniku nr 1b, który należy złożyć wraz z ofertą.

Przystępujący, wraz z ofertą, przedłożył informację na załączniku nr 1b – Wykaz osób które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wyznaczając do jego realizacji: w pkt 1 Pana R.T., w pkt 2 Pana Ł.W.. Wypełniając tabelę, zgodnie z wzorem zamawiającego oświadczył, w stosunku do Pana Ł.W., iż pełnił on będzie funkcję kierownika budowy, posiada uprawnienia budowlane do kierowania budowami w specjalności drogowej, posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy budowie/ przebudowie/ rozbudowie 4 inwestycji związanych z budową, przebudową lub rozbudową ścieżek rowerowych/ ciągów pieszo-rowerowych lub drogi a doświadczenie nabył przy realizacji następujących inwestycji:

1. Przebudowa układu drogowego SM Bocianek 11-2016 do 07-04-2017

2. Przebudowa drogi leśnej Zagnańsk 07-2015 do 24-09-2015
3. Przebudowa Dróg Folwark Kielce 03-2011 do 09-2012
4. Budowa ścieżki rowerowej Gmina Jędrzejów 04-11-2013 do 21-05-2014

Zgodnie z pkt 2 SIWZ, zdanie drugie zamawiający przewidział, że w niniejszym postępowaniu, w oparciu o art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Tym samym zamawiający w pierwszej kolejności, dokonał oceny ofert zgodnie z kryteriami opisanymi w pkt 22.7 SIWZ, w tym na podstawie przedstawionych przez wykonawców informacji na załączniku nr 1 b.

Pismem z dnia 22 listopada 2017 r. zamawiający poinformował Przystępującego, że jego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza i wezwał go, w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów (zgodnie z pkt 13.2 SIWZ).

Pismem z dnia 29 listopada 2017 r. odwołujący, po zapoznaniu się z ofertą Przystępującego, poinformował zamawiającego, iż wątpliwości budzi oświadczenie przystępującego, który wskazał, że Pan Ł.W. pozostaje w dyspozycji tego wykonawcy oraz czy rzeczywiście wykonywał on obowiązki kierownika budowy na budowie polegającej na Przebudowie układu drogowego SM Bocianek wykonywanej w terminie 11-2016 do 07-04-2017. W związku ze złożonym pismem zamawiający zwrócił się do przystępującego, pismem z dnia 5 grudnia 2017 r. w którym wezwał go, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie wyżej wskazanym. W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący, w piśmie z dnia 7 grudnia 2017 r., złożył wyjaśnienia w których potwierdził, że Pan Ł.W. jest pracownikiem Przystępującego oraz był kierownikiem budowy od początku do końca trwania inwestycji pn. „Przebudowa układu drogowego SM Bocianek w terminie od 11.2016 do 04.2017. Do swojego oświadczenia załączył list referencyjny wystawiony przez SM Bocianek, z którego wynika, że firma: Zakład Remontowo-Budowlany „W.” realizowała prace polegające na remoncie osiedlowych chodników wraz z wykonaniem rekultywacji terenu po asfaltowych placach oraz wykonała układ drogowy w rejonie pawilonów handlowych, roboty te wykonała terminowo, odbiór robót odbył się bezusterkowo, zauważono dobry nadzór techniczny ze strony wykonawcy. Z innego załączonego dokumentu – oświadczenia firmy: Zakład Remontowo-Budowlany „W.” wynika ponadto, że Pan Ł.W. był kierownikiem budowy w specjalności drogowej dla zadania objętego referencją, od początku trwania prac aż do ich

zakończenia.

W dniu 12 grudnia 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę: Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C. 32-084 Morawica, Mników 389, informując o tym Wykonawców. Informując o wynikach postępowania, zamawiający wskazał, że wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu otrzymali następującą ilość punktów w każdym kryterium:

- 1) Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C. 32-084 Morawica, Mników 389 – 60,00 pkt w kryterium cena brutto, 20,00 pkt w kryterium wydłużony okres udzielonej gwarancji jakości, 20,00 pkt w kryterium doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, łącznie 100,00 pkt;
- 2) M&J BUD INVEST Sp. z o.o. EU Sp. komandytowa 25-365 Kielce, ul. Słowackiego 12 – 58,99 pkt w kryterium cena brutto 20,00 pkt w kryterium wydłużony okres udzielonej gwarancji jakości, 20,00 pkt w kryterium doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, łącznie 98,99 pkt.

Pismem z dnia 15 grudnia 2017 r. odwołujący poinformował zamawiającego, że zgodnie z pismem SM Bocianek z dnia 14 grudnia 2017 r. Pan Ł.W. nie brał udziału w realizacji inwestycji wskazanej przez przystępującego tj. przebudowie układu drogowego dla SM Bocianek we wskazanym okresie, nie uczestniczył w żadnym z kilku odbiorów, nie podpisywał dokumentacji powykonawczej, nie uczestniczył w żadnych spotkaniach z przedstawicielami SM Bocianek.

Zamawiający pismem z dnia 18 grudnia 2017 r., w związku z informacjami uzyskanymi od odwołującego, wezwał przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wskazując, że wyjaśnienia muszą zostać poparte dokumentami z których jednoznacznie będzie wynikało, że Pan Ł.W. pracował przy przebudowie układu drogowego realizowanego na terenie SM Bocianek. W odpowiedzi na powyższe przystępujący złożył wyjaśnienia (pismo z dnia 21 grudnia 2017 r.), z których wynikało, że umowa pomiędzy SM Bocianek a firmą ZRB W., która realizowała to zadanie nie wymagała kierownika budowy w kontaktach z zamawiającym, uczestniczenia w spotkaniach i podpisywania dokumentacji powykonawczej. Osobą upoważnioną do porozumiewania się z inwestorem była osoba właściciela firmy, Pan Ł.W. został natomiast zatrudniony jako kierownik budowy, celem spełnienia wymagań prawa budowlanego. Do niniejszych wyjaśnień załączył zaświadczenie wystawione przez SM Bocianek z dnia 18 grudnia 2017 r. z którego wynikało, że podmiot ten, jako zamawiający nie wymagał

kierownika budowy dla inwestycji polegającej na przebudowie układu drogowego realizowanego na terenie SM Bocianek, dokumenty Pana Ł.W., uprawniające go do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń zostały załączone do oferty. Natomiast z treści wyjaśnień złożonych przez Zakład Remontowo-Budowlany W. z dnia 18 grudnia 2017 r., realizującego zamówienie dla SM Bocianek wynika ponadto, że na etapie przygotowania oferty do przetargu zostały załączone dokumenty dotyczące osoby Pana Ł.W. (uprawnienia oraz potwierdzenie wpisu do Izby). Z treści tego dokumentu wynika również, że SM Bocianek dla tej inwestycji nie wymagała ustanowienia kierownika budowy. Ponadto z oświadczenia złożonego przez Pana Ł.W., datowanego na dzień 20 grudnia 2017 r. wynika, że brał on „czynny udział w wykonaniu zadania tj. Przebudowa układu drogowego przy ul. Konopnickiej w Kielcach dla SM Bocianek, wykonywanych przez Zakład Remontowo-Budowlany W. przez cały okres trwania inwestycji, dbając o należyte wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z posiadaną wiedzą oraz sztuką budowlaną”.

Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 18 grudnia 2017 r., w związku z wyborem oferty Przystępującego w niniejszym postępowaniu.

Na rozprawie strony postępowania odwoławczego przedstawiły następujące stanowiska: zamawiający sprecyzował swoje stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie stwierdzając, iż uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z postanowieniami SIWZ, w szczególności określonych w pkt 22.7. SIWZ, przejawiający się w przyznaniu Wykonawcy - Zakładowi Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C. punktów w kryterium: Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, pomimo iż wymagania zamawiającego w SIWZ dla przyznania 20 punktów w ww. kryterium nie zostały spełnione jednocześnie nie przesądzając w jaki sposób ww. czynności zostaną dokonane. Złożył również do protokołu oświadczenie, że na obecnym etapie nie można przesadzić czy po dokonaniu powtórnej oceny oferty Przystępującego uznane zostałyby doświadczenie Pana Ł.W. przy realizacji inwestycji dla SM Bocianek. Jednocześnie wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie tj. odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie w odniesieniu do Wykonawcy - Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C., stojąc na stanowisku, iż na podstawie posiadanych dokumentów nie można jednoznacznie przesądzić, że Przystępujący wprowadził

zamawiającego w błąd, bowiem trzy różne oświadczenia składane przez SM Bocianek prowadzą do odmiennych wniosków, a zatem zarzut ten jest zarzutem przedwczesnym.

Wobec stanowiska zamawiającego odwołujący podtrzymał zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Izba odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, zważyła co następuje:

- I. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z postanowieniami SIWZ, w szczególności określonych w pkt 22.7. SIWZ, przejawiający się w przyznaniu Wykonawcy - Zakładowi Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C. punktów w kryterium: Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, pomimo iż wymagania Zamawiającego w SIWZ dla przyznania 20 punktów w ww. kryterium nie zostały spełnione.

Zamawiający uwzględnił zarzuty w wyżej wymienionym zakresie. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.

Bezczelowe jest rozstrzygnięcie odwołania w części, której spór pomiędzy stronami już nie dotyczy. Jednocześnie informację o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego należy zamieścić w sentencji orzeczenia, nie w uzasadnieniu. Ustawodawca w art. 196 ust. 4 ustawy Pzp w sposób wyczerpujący określił elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę. Nie znalazła się tam wzmianka o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 17 lutego 2016 r. (sygn. akt III CZP 111/15), uznając za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego identyczne stanowisko podzielono w wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16, wyroku KIO z 28 czerwca 2017 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1123/17.

- II. Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie w odniesieniu do Wykonawcy - Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C., pomimo złożenia przez tego Wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, uwzględniając odwołanie w tym zakresie i nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie wykonawcy Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych AMC A.C. 32-084 Morawica, Mników 389 z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się do wskazanej przez odwołującego przesłanki Izba w pierwszej kolejności zwraca uwagę, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego następuje w sytuacji łącznego wystąpienia następujących elementów:

- 1) przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego;
- 2) przedstawiane informacje mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu;
- 3) przedstawienie tych informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

Zdaniem Izby wszystkie one wystąpiły w niniejszym postępowaniu w odniesieniu do Przystępującego, co winno skutkować zastosowaniem wobec niego cytowanego przepisu ustawy Pzp.

Przystępujący złożył oświadczenie w załączniku nr 1b – Wykaz osób które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wskazując w pkt 2 w stosunku do osoby Pana Ł.W., że ten posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy budowie/ przebudowie/ rozbudowie 4 inwestycji związanych z budową, przebudową lub rozbudową ścieżek rowerowych/ ciągów pieszo-rowerowych lub drogi a doświadczenie w tym zakresie nabył przy realizacji czterech inwestycji, z czego odwołujący kwestionował doświadczenie w odniesieniu do realizacji zadania polegającego na przebudowie układu drogowego SM Bocianek w okresie 11-2016 do 07-04-2017. Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego jednoznacznie przesądzić można, iż rzeczywisty stan rzeczy w niniejszej sprawie odbiega od stanowiska zaprezentowanego przez Przystępującego w dołączonym do oferty załączniku nr 1b.

Bezspornie z treści przedstawionego przez odwołującego pisma SM Bocianek z dnia 14 grudnia 2017 r. wynika, że Pan Ł.W. nie pracował przy realizacji ww. inwestycji, ponadto

nie uczestniczył w odbiorach, nie podpisywał dokumentacji powykonawczej i nie uczestniczył w spotkaniach z Inwestorem. Pismem z dnia 15 grudnia 2017 r. odwołujący poinformował zamawiającego o wątpliwościach związanych z rolą jaką pełnił Pan Ł.W. w realizacji tej inwestycji, w wyniku czego zamawiający wezwał Przystępującego do przedstawienia stosownych wyjaśnień i dowodów. W odpowiedzi na to (pismo z dnia 21 grudnia 2017 r.) sam przystępujący oświadczył, pomimo składania wcześniej wyjaśnień o odmiennej treści, że umowa pomiędzy SM Bocianek a firmą ZRB W., która realizowała to zadanie nie wymagała kierownika budowy w kontaktach z zamawiającym, uczestniczenia w spotkaniach i podpisywania dokumentacji powykonawczej. Z załączonego zaświadczenia wystawionego przez SM Bocianek z dnia 18 grudnia 2017 r. również wynikało, że jako zamawiający nie wymagała ona kierownika budowy dla tej inwestycji. Już zatem w świetle złożonych oświadczeń, które uzyskane zostały w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, należy stwierdzić, iż wskazane przez przystępującego doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy, jest niezgodne z prawdą.

Wskazać w tym miejscu należy, że prezentowane przez zamawiającego stanowisko, który w trakcie rozprawy twierdził, że nie wymagał aby osoby wskazane przez wykonawców posiadały doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy, zgodnie z art. 22 ustawy Prawo budowlane, nie znajduje potwierdzenia w treści SIWZ. Zarówno z opisu kryteriów oceny ofert – pkt 22.7, jak też załącznika nr 1b do SIWZ, który zobligowany był złożyć wykonawca jednoznacznie wynika, że wymieniona osoba musi posiadać doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy. Inna interpretacja, polegające na uznaniu, że dla oceny doświadczenia nie ma znaczenia jaką rolę pełniła dana osoba przy realizacji wskazanych w tabeli inwestycji – jest wykładnią w warunkach niniejszego postępowania – nieuprawnioną.

Następnie należy wskazać, iż kwestia oceny ofert w postępowaniu, zgodnie z przyjętymi kryteriami określonymi przez zamawiającego w SIWZ jest, obok oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, jednym z najistotniejszych elementów, albowiem w wyniku tej czynności dochodzi do wyboru oferty najkorzystniejszej w danym postępowaniu. Po jej dokonaniu, w procedurze odwróconej jaką zastosował zamawiający, zgodnie z art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca który uzyskał najwyższą liczbę punktów zostaje wezwany do złożenia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 1 lub art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie bezspornym jest, iż to złożone pierwotnie przez Przystępującego oświadczenie na załączniku nr 1b posłużyło zamawiającemu do oceny jego oferty w ramach kryteriów oceny ofert określonych w postępowaniu. W oparciu o informację,

iż Pan Ł.W. pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji czterech inwestycji, zamawiający przyznał tej ofercie maksymalną ilość punktów.

Dopiero w wyniku działań odwoławczego, który najpierw zwracał uwagę na wątpliwości w tym zakresie, a następnie przedstawiał dowody na okoliczność tego, że osoba wskazana przez Przystępującego nie posiada odpowiedniego doświadczenia, zamawiający wzywał Przystępującego do udzielenia stosownych wyjaśnień. W wyniku tych działań sam Przystępujący przedłożył oświadczenie, że umowa zawarta ze SM Bocianek nie wymagała kierownika budowy dla tej inwestycji, a zatem osoba ta doświadczenia w tym zakresie nie posiada.

Ponadto należy wskazać, że ustawodawca przewidział w art. 24 ust. 1 dwie przesłanki dla wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku wprowadzenia w błąd zamawiającego, przy czym przesłanka wykluczenia zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest bardziej pojemna i zawiera w sobie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, które określić można jako kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd (w przepisie jest bowiem mowa o zamierzonym działaniu wykonawcy i rażącym niedbalstwie). Tymczasem dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 wystarczającym jest stwierdzenie lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy i przez pryzmat tego należy oceniać jego działania.

W ocenie Izby, mając na uwadze przedstawione dowody, jak też łatwość pozyskania informacji wskazujących na prawdziwy stan rzeczy, Izba uznała, że Przystępującemu można przypisać choćby niedbalstwo lub brak dołożenia należytej staranności. W tym miejscu należy wskazać, iż zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do oceny czynności dokonywanych przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego – dalej kc, a zgodnie z jego art. 355 § 1 dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przez należyłą staranność rozumie się określony sposób postępowania, mający prowadzić do spełnienia świadczenia, pewien model czy wzorzec skonstruowany z reguł postępowania (Kodeks cywilny – komentarz; red. E. Gniewek, p. Machnikowski CH BECK Warszawa 2017 r.) Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak w Wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (tak w Wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do

profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż zgodnie z art. 355 §2 kc należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, a zatem konstruując wzorzec należytej staranności przedsiębiorcy w stosunkach jednostronnie i obustronnie profesjonalnych należy brać pod uwagę to, że jego działalność ma charakter profesjonalny (zawodowy), co oznacza między innymi, że prowadzona jest stale i przynajmniej w założeniu, oparta na szczególnej wiedzy i umiejętnościach. Prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania otoczenia co do wiedzy, skrupulatności i rzetelności podmiotu prowadzącego taką działalność (Kodeks cywilny – komentarz; red. E. Gniewek, p. Machnikowski CH BECK Warszawa 2017 r.). Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. W tym wypadku wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości bowiem te, składane w toku przetargu, zmierzają do udzielenia zamówienia publicznego temu właśnie wykonawcy i mają wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Zatem jeżeli Przystępujący przedstawił w złożonym przez siebie oświadczeniu informacje odnośnie osoby Pana Ł.W., pozostające w sprzeczności z faktami, zaś odwołujący w sposób nie wymagający specjalnego nakładu pracy i środków dotarł do właściwych informacji uznać należy, że przystępujący co najmniej wykazał się niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Izba wskazuje ponadto, że zamawiający swoją decyzję odnośnie przyznania określonej ilości punktów w kryteriach oceny ofert a tym samym wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego podejmował wyłącznie w oparciu o dokumenty i oświadczenia składane w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Zatem to przedstawienie przez przystępującego nieprawdziwych informacji w toku prowadzonego postępowania i ich wpływ na wynik prowadzonego postępowania jest kluczowe dla oceny czy w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostają zatem wyjaśnienia Przystępującego składane wraz z przystąpieniem, iż Pana Ł.W. legitymuje się bogatym doświadczeniem w zakresie wymaganym przez zamawiającego tj. przy pełnieniu funkcji kierownika budowy przy budowie, przebudowie lub rozbudowie ścieżek rowerowych/ ciągów pieszo-rowerowych lub dróg oraz załączone dowody mające ten fakt potwierdzać. Wszystkie wskazane inwestycje w których Pan Ł.W. brał udział nie zostały bowiem wymienione przez Przystępującego w odpowiednim formularzu składanym wraz

z ofertą. Wszelkie dowody przedstawione na etapie postępowania odwoławczego, nie mają zatem znaczenia dla oceny wypełnienia się przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Przystępujący co najmniej w wyniku niedbalstwa przedstawił zamawiającemu nieprawdziwe, wprowadzające w błąd informacje, które następnie zostały przez odwołującego podważone w oparciu o dowody. Informacje te miały wpływ na dokonaną ocenę ofert, a w konsekwencji wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 600,00 zł., stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: