

Sygn. akt: KIO 2345/18

**WYROK**  
z dnia 04 grudnia 2018 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 27 i 30 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2018 r. przez wykonawcę **Garden Designers D. i Wspólnicy sp. j.** (ul. Grenadierów 13/1, 20-331 Lublin), w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie** (ul. Reymonta 20, 30-059 Kraków)

przy udziale wykonawcy **Flora sp. z o.o. sp.k.** (ul. Siwka 40, 31-588 Kraków), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie czynności wykluczenia z postępowania Wykonawcy **Flora sp. z o.o. sp.k.**
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie** (ul. Reymonta 20, 30-059 Kraków) i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Garden Designers D. i Wspólnicy sp. j.** (ul. Grenadierów 13/1, 20-331 Lublin) tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego **Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie** (ul. Reymonta 20, 30-059 Kraków) na rzecz Odwołującego **Garden Designers D. i Wspólnicy sp. j.** (ul. Grenadierów 13/1, 20-331 Lublin) kwotę **13600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

UZASADNIENIE

Zamawiający Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych w zakresie przebudowy Parku im. Anny i Erazma Jerzmanowskich, dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 września 2018 r. pod numerem 615585-N-2018.

Odwołujący Garden Designers D. i Wspólnicy spółka jawna wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na nieuprawnionym wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez FLORA sp. z o.o. spółka komandytowa, która winna być odrzucona ze względu na niespełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez PARK M Poland sp. z o.o., która winna być odrzucona ze względu na niespełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez FLORA mimo, że FLORA nie wykazała, że cena jej oferty nie jest rażąco niska, zaniechanie wykluczenia firmy FLORA z postępowania, mimo że wykonawca ten nie spełnił warunków określonych w SIWZ, zaniechanie wykluczenia wykonawcy FLORA z postępowania, mimo przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego co do spełnienia postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i przejrzystości, art. 7 ust. 3 Pzp poprzez niedokonanie wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy, art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez wybór oferty rzekomo najkorzystniejszej, mimo że treść oferty złożonej przez FLORA nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, art. 90 ust. 3 Pzp poprzez przyjęcie odpowiedzi FLORA za wyjaśnienie rażąco niskie ceny oferty, mimo że złożonych przez FLORA dokumentów w istocie nie można uznać za wyjaśnienia z dołączonymi dowodami, art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez przyjęcie, że dokumenty załączone przez firmę FLORA wykazują spełnienie warunku doświadczenia, mimo że w istocie dokumenty te nie potwierdzają spełnienia tego warunku, art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp poprzez przyjęcie, że dokumenty załączone przez firmę FLORA wykazują spełnienie warunku doświadczenia wymaganego od kierownika budowy, mimo że w istocie dokumenty te nie potwierdzają spełnienia tego warunku.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia wykonawcy FLORA z postępowania, odrzucenia oferty złożonej przez FLORA, przeprowadzenia ponownej oceny i wyboru ofert z pominięciem oferty złożonej przez FLORA.

Przedmiot zamówienia został określony w pkt 3 SIWZ jako zakres podstawowy oraz ewentualnie zakresy objęte prawem opcji. Zamawiający wyszczególnił w SIWZ zakresy objęte prawem opcji. Zamawiający wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera dokumentacja projektowa, STWiOR, instrukcja programu R3 Trees, wzory protokołów i oświadczeń, jak i przedmiar, stanowiące Załącznik B do SIWZ i będący jej integralną częścią (...) Zamawiający zaznaczył, iż załączony przedmiar stanowi jedynie materiał pomocniczy, a podstawą do sporządzenia oferty oraz określenia zakresu i wyliczenia ceny ryczałtowej, a następnie rozliczeń umowy jest dokumentacja projektowa oraz STWiOR”.

Zamawiający żądał dołączenia do ofert kosztorysu ofertowego wraz z podaniem czynników cenotwórczych. W tym zakresie w SIWZ znalazło się postanowienie: „3. Wykonawca musi dołączyć do oferty obliczenie ceny oferty dla całości zamówienia wyliczonej w oparciu o własną kalkulację, a przedstawić w formie kosztorysów uproszczonych. Cena musi uwzględniać wymagania i zapisy niniejszej SIWZ oraz jej załączników, w szczególności dokumentacji projektowej”. W pkt 4 SIWZ znajduje się następujące stwierdzenie: „4. Wykonawca musi zaoferować przedmiot zamówienia zgodny z wymogami Zamawiającego określonymi w SIWZ i jej załącznikach, przy czym zobowiązany jest dołączyć do oferty kosztorysy uproszczone plus zestawienie materiałów, urządzeń i wyposażenia z nośnikami cenotwórczymi stanowiącymi podstawę do wykonania kosztorysów. Ewentualne braki w wycenach pozycji robót oraz materiałów i sprzętu w kosztorysie uproszczonym nie stanowią podstawy do żądania dodatkowego wynagrodzenia i przyjmuje się, że Wykonawca zobowiązał się wykonać wszystkie roboty wynikające z SIWZ i jej załączników w cenie oferty. Kosztorysy uproszczone i zestawienia materiałów wraz z opisem oferowanych elementów oraz urządzeń i z dokumentami potwierdzającymi spełnienie wymagań SIWZ, stanowią jedynie podstawę do oceny zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami SIWZ oraz do rozliczenia ewentualnych robót zamiennych lub zaniechanych.” Wykonawca został zobowiązany do: podpisania oraz wypełnienia formularz oferty wraz z załącznikami lub złożenia ofertę odpowiadającej ich treści, przy czym może podpisać oraz dołączyć do oferty wzór umowy, stanowiący integralną część SIWZ (pkt 7 SIWZ).

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie z dnia 26.09.2018r. potwierdził, że żąda dołączenia do oferty kosztorysów plus czynników cenotwórczych. Wyjaśnił również co rozumie pod pojęciem czynników cenotwórczych, tj.: R, Kp, Z, Kz.

Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę Wykonawcy FLORA sp. z o.o. spółka komandytowa. Odwołujący zakwestionował poprawność dokonanego przez Zamawiającego wyboru uznając, że mimo że Zamawiający wymagał wskazania w załączonych kosztorysach uproszczonych nośników cenotwórczych, Wykonawca ten nie wskazał w złożonym wraz z ofertą kosztorysie czynnika kosztu zakupu tj. Kz.

Zamawiający po upływie terminu składania ofert, wezwał firmę FLORA do wskazania, w którym miejscu w ofertach są wskazane kaszty zakupu. W odpowiedzi na to wezwanie firma Flora stwierdziła, że ujęła te koszty w kosztorysie i że są one różne. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie był uprawniony do przyjęcia wyjaśnienia oferty w przedmiotowym zakresie bowiem w konsekwencji odpowiedzi firmy FLORA doszło do zmiany treści oferty.

Odwołujący wskazał także, że również Wykonawca PARK M został wezwany przez Zamawiającego do podania kosztów zakupu materiałów po złożeniu oferty, nie zamieszczając tej informacji w złożonym wraz z ofertą kosztorysie.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał przekazania po podpisaniu umowy kosztorysu szczegółowego sporządzanego na podstawie określonych w ofercie czynników cenotwórczych, w związku z czym brak któregokolwiek czynnika cenotwórczego może prowadzić do dowolności i modyfikacji elementów szczegółowych obecnych pozycji uproszczonych w których to obecnie nie widać kalkulacji szczegółowej.

Zdaniem Odwołującego, wezwanie wyżej wskazanych wykonawców celem wyjaśnienia braku czynników cenotwórczych jest niedopuszczalne, bowiem w wyniku złożenia oświadczenia w drodze wyjaśnień w kwestii tych czynników i ich wykazania w terminie nie będącym terminem złożenia oferty spowodowałoby zmianę merytoryczną treści oferty, co jest nie zgodne z przepisami Pzp. Zaniechania tego, zdaniem Odwołującego nie sposób konwalidować, skoro bowiem Zamawiający wymagał wskazania czynników cenotwórczych w tym Kosztów Zakupu, które pozwalają zindywidualizować czy oferta została złożona zgodnie z treścią SIWZ, uznać należy, że w przypadku niewskazania powyższych informacji - nie sposób na późniejszym etapie podnosić, że wykonawca będzie wykonywał zamówienie przy zastosowaniu wysokości tego czynnika, który powinien być wskazany w treści oferty. W ocenie Odwołującego, kosztorys ofertowy stanowi merytoryczną treść oferty, w związku z czym niedopuszczalna jest jakkolwiek modyfikacja w tym zakresie po terminie składania ofert. Odwołujący podkreślił, że kosztorys ofertowy nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust 3 PZP.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego oferty wykazanych Wykonawców podlegają odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem

zawierają niezgodność z treścią SIWZ - brak podania wymaganych czynników cenotwórczych i brak możliwości uzupełnienia tych informacji w drodze wyjaśnień.

Ponadto Odwołujący sformułował zarzut, zgodnie z którym oferta złożona przez FLORA zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący wycofał zarzut w trakcie posiedzenia z udziałem stron.

Odwołujący sformułował także zarzut braku wykazania spełnienia wymogu doświadczenia określonego w pkt 5 ppkt 1.3.2.1. Również ten zarzut został przez Odwołującego wycofany w trakcie posiedzenia z udziałem stron.

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca FLORA sp. z o.o. sp. k. wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełnienia określonego w pkt. 5 ppkt 1.3.1.1. SIWZ „Warunku udziału w postępowaniu” w zakresie doświadczenia kierownika budowy.

W pkt 5 SIWZ Zamawiający zawarł opis warunków udziału w postępowaniu, w tym m.in. w zakresie potencjału kadrowego wykonawca musiał dysponować: „1.3.1.1. osobą przeznaczoną do pełnienia funkcji kierownika budowy w zakresie branży konstrukcyjno-budowlanej, posiadającą uprawnienia budowlane w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia oraz odbytą co najmniej 18-miesięczną praktykę na obiektach lub obszarach wpisanych do rejestru zabytków, zgodnie z wymaganiami wynikającymi z ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (art. 37c), oraz posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe liczone od dnia uzyskania uprawnień oraz doświadczenie w kierowaniu dwoma robotami budowlanymi w zakresie budowy/przebudowy/rozbudowy/remontu obiektów budowlanych wraz z zagospodarowaniem terenu i obiektami małej architektury o powierzchni łącznej prac objętych wykazanymi dwoma robotami nie mniejszej niż 3 hektary, w tym co najmniej jedna z wykazanych robót musiała być zrealizowana na terenie objętym wpisem do rejestru zabytków lub inną formą ochrony zabytków w rozumieniu zapisów art. 7 ustawy z dn. 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (tekst jedn.: Dziennik Ustaw z 2017r. poz. 2187 z późn. zm.)”

W dokumentach złożonych na wezwanie z dnia 29.10.2018 r. Wykonawca FLORA sp. z o.o. sp. k. zamieścił wykaz osób przeznaczonych do pełnienia m.in. funkcji kierownika budowy w zakresie branży konstrukcyjno-budowlanej. Jak wskazał Odwołujący, na pierwszy rzut oka doświadczenie kandydata na kierownika budowy p. A. D. spełnia wszystkie wymogi warunku opisanego przez Zamawiającego. Jednak wskazane realizacje w doświadczeniu kierownika nie obejmowały prac na łącznej powierzchni 3 ha. Wskazane trzy realizacje w tabeli doświadczenia kierownika budowy wskazują na budowę tężni solankowej w parkach, przy

czym to parki mają powierzchnię ok. 3 ha, nie zaś teren objęty pracami kierownika budowy. Prace w zakresie budowy tężni obejmowały jedynie budowę tężni z jej bezpośrednim otoczeniem, co nie daje dla wszystkich trzech robót powierzchni prac min 3 ha, nie daje nawet powierzchni zbliżonej do 1 ha.

Jak wyjaśnił Odwołujący, doświadczenie kierownika budowy A. D. w ramach prac przy budowie tężni solankowej z zagospodarowaniem terenu i obiektami małej architektury w Parku Miejskim w Nowym Tomysłu o powierzchni powyżej 2 ha dotyczy jedynie prac polegających na dostawie i montażu tężni na terenie parku, podczas gdy powierzchnia parku to ok 2 ha, a powierzchnia prac w związku z budową tężni dotyczyła jej gabarytów ok 8,6 m szerokości wraz z bezpośrednim otoczeniem. Analogicznie budowa tężni z zagospodarowaniem terenu i obiektami małej architektury w Parku Miejskim w Głubczycach o powierzchni powyżej 2 ha dotyczy jedynie prac polegających na dostawie i montażu tężni na terenie parku, podczas gdy powierzchnia parku to ok 2 ha, a powierzchnia prac w związku z budową tężni dotyczyła jej gabarytów ok 8,6 m szerokości wraz z bezpośrednim otoczeniem, co odczytać można z projektu załączonego do niniejszego odwołania. Budowa tężni z zagospodarowaniem terenu i obiektami małej architektury w Parku Miejskim we Wrześni o powierzchni powyżej 1 ha dotyczy jedynie prac polegających na dostawie i montażu tężni na terenie parku, podczas gdy powierzchnia parku to ok 1 ha, a powierzchnia prac w związku z budową tężni dotyczyła jej gabarytów, które według wizualizacji projektu określić można jako ok 10 m szerokości wraz z ustawieniem ławek wokół tężni. Zatem, jak wskazał Odwołujący, fakt realizowania robót w niewielkim zakresie na powierzchni całego obiektu, tylko w jego części nie spełnia wymogu jaki postawił Zamawiający dla spełnienia wymogu doświadczenia kierownika budowy. Forma w jakiej Wykonawca FLORA wykazał doświadczenie kierownika jest w istocie wprowadzeniem Zamawiającego w błąd celem wpłynięcia na wynik postępowania.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający co najmniej winien skorzystać z uprawnienia przewidzianego w przepisie § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie wykazu dokumentów, a w przypadku potwierdzenia się złożenia przez wykonawcę FLORA sp. z o.o. sp. k. informacji nieprawdziwych - odrzucenie tego wykonawcy bez wezwania do uzupełniania wykazu usług na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z zasadą, że niedopuszczalnym jest, aby informacje nieprawdziwe mogły zostać zastąpione informacjami prawdziwymi.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stan sprawy na chwilę**

**zamknięcia rozprawy, oświadczenia, stanowiska i dowody Stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy wskazać, że uprawnieniem do skorzystania ze środków ochrony prawnej legitymuje się przede wszystkim wykonawca, który wziął udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i złożył ofertę w postępowaniu. Odwołanie można wnieść od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Od tej właśnie czynności Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w punkcie 4 SIWZ zawarł wymaganie, zgodnie z którym wykonawcy byli zobowiązani dołączyć do oferty kosztorysy uproszczone oraz zestawienie materiałów, urządzeń i wyposażenia z nośnikami cenotwórczymi stanowiącymi podstawę do wykonania kosztorysów. Dalej Zamawiający wskazał, że kosztorysy uproszczone i zestawienia materiałów wraz z opisem oferowanych elementów oraz urządzeń i z dokumentami potwierdzającymi spełnienie wymagań SIWZ, stanowią jedynie podstawę do oceny zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami SIWZ oraz do rozliczenia ewentualnych robót zamiennych lub zaniechanych.

Z powyższego wynika przede wszystkim, że wykonawcy byli zobowiązani dołączyć do oferty kosztorysy uproszczone. Bezsporne jest, że każdy z wykonawców przedstawił w ofercie kosztorys uproszczony.

Z postanowienia SIWZ wynika także, że Zamawiający oczekiwał przedstawienia nośników cenotwórczych. Powyższe wymaganie potwierdził w odpowiedzi na pytanie do SIWZ zadane przez jednego z wykonawców z dnia 26 września 2018 roku. W odpowiedzi na zadane pytanie, Zamawiający określił także, co rozumie przez pojęcie czynniki cenotwórcze.

Wykonawcy FLORA sp. z o.o. sp.k. i Park M Poland sp. z o.o. nie przedstawili w treści swoich ofert wyodrębnionych (osobno) kosztów zakupu – okoliczność tę potwierdza nawet fakt, że Zamawiający skierował do tych wykonawców pismo, w którym prosił o wyjaśnienie, czy wykonawcy uwzględnili w treści kalkulacji oferty koszty zakupu materiałów (a jeśli tak, to w którym miejscu i w jakiej wysokości). W piśmie tym jednocześnie Zamawiający powołał się na fakt, że wymagał podania w kosztorysie uproszczonym nośników cenotwórczych kalkulacji oferty.

Z postanowienia SIWZ, odpowiedzi na pytanie nr 3 do SIWZ z dnia 26 września 2018 roku, jak również z treści pisma Zamawiającego wzywającego do wyjaśnienia oferty (skierowanego do Wykonawców FLORA sp. z o.o. sp.k. i Park M Poland sp. z o.o.) wynika, że Zamawiający wymagał, aby wykonawcy podali w kosztorysie uproszczonym nośniki cenotwórcze.



Oznacza to, że zarówno Wykonawca FLORA sp. z o.o. sp.k., jak i wykonawca Park M Poland sp. z o.o. powinni przedstawić wyodrębnione informacje dotyczące kosztów zakupu w swoich ofertach. Skoro bowiem Zamawiający przedstawił takie wymaganie w treści SIWZ, to wszyscy składający oferty wykonawcy zobowiązani byli je spełnić.

Należy mieć jednak na uwadze, że z treści SIWZ nie wynika jednoznacznie, czemu miałyby służyć przedstawienie nośników cenotwórczych w treści oferty. SIWZ nie zawiera jednoznacznego uzasadnienia postawienia przez Zamawiającego tego wymogu. Jak wynika z powyżej przytoczonego postanowienia SIWZ, dokumenty w postaci kosztorysów uproszczonych, zestawienia materiałów i urządzeń, miały stanowić jedynie podstawę do oceny zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami SIWZ. Brak jest jednak jednoznacznego wskazania, że także nośniki cenotwórcze miałyby służyć do oceny zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami SIWZ.

Odwołujący w treści odwołania wyjaśniał, że nośniki cenotwórcze miały służyć do rozliczenia ewentualnych robót zamiennych lub zaniechanych. Odwołujący w trakcie rozprawy stwierdził, że brak przedstawienia kosztów zakupu może prowadzić do manipulacji czynnikami cenotwórczymi. Oznacza to, że gdy na etapie realizacji umowy zaistnieje konieczność zamiany lub zaniechania wykonania określonej pracy, będzie istniała możliwość jej rozliczenia w oparciu o informacje (dotyczące ceny), przedstawione w treści kosztorysu. Powyższe oznacza, że będą to informacje niezbędne Zamawiającemu do rozliczenia prac w trakcie ich realizacji.

Z powyższych ustaleń wynika, że Wykonawcy byli zobowiązani do przedstawienia niezależnej informacji dotyczącej kosztów zakupu. Jednakże w ocenie Izby, czynnik w postaci kosztów zakupu miał jedynie walor informacyjny. Odwołujący nie wykazał, że nośniki cenotwórcze stanowią merytoryczną treść oferty, tzn. że zaoferowany przez wykonawców FLORA sp. z o.o. sp.k. i Park M Poland sp. z o.o. przedmiot zamówienia nie odpowiada zakresowi przedmiotu zamówienia opisanemu w SIWZ. Wykonawcy przedstawili kosztorysy uproszczone, zestawienia materiałów, które określają zaoferowany przedmiot zamówienia. Odwołujący nie wykazał, aby nośniki cenotwórcze miały wpływ na zakres przedmiotowy zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Co najwyżej, nośniki cenotwórcze będą mogły służyć do rozliczenia prac w określonych sytuacjach (jeśli w ogóle zaistnieją). Zawierają zatem dodatkowe informacje, nie stanowiące podstawy do oceny zgodności zaoferowanego przedmiotu zamówienia z przedmiotem zamówienia opisanym w treści SIWZ.

Odwołujący nie przedstawił w ocenie Izby zarzutu merytorycznej niezgodności treści oferty wykonawców FLORA sp. z o.o. sp.k. i Park M Poland sp. z o.o. z treścią SIWZ. Nie wskazał, że przedmiot zamówienia zaoferowany przez obu wykonawców nie odpowiada treści SIWZ. Niezgodność ofert Wykonawców FLORA sp. z o.o. sp.k. i Park M Poland sp. z o.o. z treścią SIWZ ma zatem w ocenie Izby charakter formalny. Dotyczy bowiem tego elementu, który ma

charakter informacyjny. Uzupełnienie go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wpływa na zmianę przedmiotu zamówienia, gdyż kosztorysy ofertowe i zestawienia materiałów i urządzeń, zostały już złożone w treści oferty. Nie zmienia to także ceny oferty – gdyż ta wynika zarówno z formularza ofertowego, jak i kosztorysu. Co istotne, obaj wykonawcy oświadczyli, że nośniki cenotwórcze zostały zawarte w ich ofertach. Poszczególne koszty zakupu dotyczą wewnętrznych cen jednostkowych poszczególnych pozycji, zatem mają charakter informacyjny. Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej, tj. w jaki sposób podanie samych kosztów zakupu miałyby zmienić przedmiot zamówienia. Zdaniem Izby, Odwołujący w treści odwołania formułuje stwierdzenia na bardzo wysokim poziomie abstrakcji. Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób w wyniku uzupełnienia informacji, polegającego na podaniu samych kosztów zakupu, miałyby dojść do zmiany przedmiotu zamówienia. Nie wiadomo zatem, na czym miałyby ewentualnie polegać jakakolwiek manipulacja na etapie składania i oceny ofert w postępowaniu.

Dodatkowo należy zauważyć, że Wykonawca Park M Poland sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wskazał, że: koszty zakupu zostały uwzględnione w cenie oferty, „są one w cenie materiałów i stanowią 5% ich wartości”.

Odwołujący w treści odwołania podniósł zarzut względem oferty Wykonawcy Park M Poland sp. z o.o. „jedynie na marginesie”. I jedynie na marginesie wskazał, że Wykonawca Park M Poland sp. z o.o. został wezwany przez Zamawiającego do podania kosztów zakupu materiałów po złożeniu oferty, nie zamieszczając tej informacji w złożonym wraz z ofertą kosztorysie. Zarzut Odwołującego sprowadza się zatem wyłącznie do oceny, czy było możliwe przedstawienie informacji o kosztach zakupu po złożeniu oferty. Z uwagi na okoliczność, że koszty zakupu posiadają walor informacyjny, a Odwołujący nie dowiódł, że z tej informacji wynika brak zgodności zaoferowanego przedmiotu zamówienia z tym, jaki został opisany w treści SIWZ, okoliczność złożenia przez Wykonawcę Park M Poland sp. z o.o. wyjaśnień w zakresie wskazania ich wysokości po złożeniu oferty, nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty tego Wykonawcy. Tym bardziej, że Wykonawca ten jednoznacznie wskazał, że takie koszty w jego ofercie zostały uwzględnione.

Ponownie należy podkreślić że w odniesieniu do oferty Wykonawcy Park M Poland sp. z o.o., Odwołujący nie podnosi argumentacji w zakresie niezgodności zaoferowanego przedmiotu zamówienia z treścią SIWZ, a jedynie zwraca uwagę, że Wykonawca ten złożył informację o kosztach zakupu w drodze wyjaśnień treści oferty.

W ocenie Izby, przy rozstrzygnięciu przedmiotowego zarzutu znaczenie ma treść art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z artykułu tego wynika, że wykonawca może złożyć inne dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania w sytuacji, gdy nie złożył ich wraz z treścią oferty. Wykonawca Park M Poland sp. z o.o. złożył wyjaśnienia na

wezwanie Zamawiającego, co nie stanowiło naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowo należy wskazać, że Odwołujący nie wykazał także, że złożenie informacji w postaci nośników cenotwórczych stanowiło o nieporównywalności ofert, czy też że istnieje możliwość zmiany merytorycznej treści oferty w zakresie przedmiotu zamówienia na skutek złożonych wyjaśnień.

W konsekwencji Izba uznała za nieuzasadniony zarzut zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Park M Poland sp. z o.o. z postępowania, z uwagi na brak spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

Natomiast Wykonawca FLORA sp. z o.o. sp. k., wobec braku wskazania informacji o wysokości kosztów zakupu, winien zostać wezwany do podania takiej informacji. Jednakże Izba nie nakazywała wezwania Wykonawcy FLORA sp. z o.o. sp. k. do uzupełnienia informacji dotyczących kosztów zakupu z uwagi na fakt, że nakazała wykluczenie tego wykonawcy z postępowania. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający nie wzywa wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, gdy mimo ich złożenia, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Izba ustaliła, także że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w ramach potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego, wykonawcy zobowiązani byli do wypełnienia formularza, w którym należało wpisać odpowiednio dla danej osoby: rodzaj prac, lokalizacje i zakresy robót.

Wykonawca FLORA sp. z o.o. sp.k. w opisie doświadczenia w zakresie realizacji robót potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu wpisał:

1. Budowa tężni solankowej wraz z zagospodarowaniem terenu i obiektami małej architektury w Parku Miejskim w Nowym Tomyślu, powierzchnia powyżej 2 ha, (teren objęty wpisem do rejestru zabytków),
2. Budowa tężni solankowej wraz z zagospodarowaniem terenu i obiektami małej architektury w Parku Miejskim w Głubczycach, powierzchnia powyżej 2 ha, (teren objęty wpisem do rejestru zabytków),
3. Budowa tężni solankowej wraz z zagospodarowaniem terenu i obiektami małej architektury w Parku Miejskim we Wrześni, powierzchnia powyżej 1 ha, (teren objęty wpisem do rejestru zabytków).

Ponadto Izba ustaliła, że Wykonawca FLORA sp. z o.o. sp.k. zamieścił wykaz osób przeznaczonych do pełnienia m.in. funkcji kierownika budowy w zakresie branży konstrukcyjno-budowlanej.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że teren objęty pracami kierownika budowy nie posiada wymaganej przez Zamawiającego powierzchni. Prace w zakresie budowy tężni obejmowały jedynie budowę tężni z jej bezpośrednim otoczeniem, co nie daje dla wszystkich trzech robót powierzchni prac min. 3 ha, a nawet nie daje nawet powierzchni zbliżonej do 1 ha.

Podane w tabeli doświadczenie kierownika budowy A. D. w ramach prac przy budowie tężni solankowej z zagospodarowaniem terenu i obiektami małej architektury w Parku Miejskim w Nowym Tomyślu o powierzchni powyżej 2 ha, dotyczy jedynie prac polegających na dostawie i montażu tężni na terenie parku, podczas gdy powierzchnia parku to ok 2 ha, a powierzchnia prac w związku z budową tężni dotyczyła jej gabarytów, wynoszących ok. 8,6 m szerokości wraz z bezpośrednim otoczeniem.

Odwołujący przedstawił dowody, z których wynika, że inwestycja w Nowym Tomyślu nie została zakończona na dzień składania ofert. W tym zakresie Odwołujący przedłożył umowę zawartą w dniu 20 czerwca 2018 roku przez Gminę Nowy Tomyśl, której przedmiotem jest opracowanie dokumentacji projektowej oraz budowa tężni solankowej zasilanej wodami solankowymi w ramach zadania inwestycyjnego: „Budowa zewnętrznej tężni solankowej” zgodnie z ofertą i opisem przedmiotu zamówienia stanowiącymi załączniki do umowy. W treści tej umowy Pan A. D. został ustanowiony kierownikiem budowy. Nadto Odwołujący przedłożył aneks do umowy z 20 czerwca 2018 roku, z którego wynika przedłużenie terminu zakończenia przedmiotu umowy do 19.10.2018 r. Należy wskazać, że termin składania ofert w niniejszym postępowaniu miał miejsce 28 września 2018 roku, a więc termin zakończenia prac nastąpić miał po terminie składania ofert w niniejszym postępowaniu. Z opisu przedmiotu zamówienia (stanowiącego załącznik nr 1) wynika, że prace dotyczyły zaprojektowania i wybudowania tężni o wymiarach 587 cm i szerokość 860 cm. Ponadto Odwołujący przedstawił mapę, wskazującą niewielki obszar stanowiący przedmiot zamówienia, z przedstawionym punktem będącym obiektem, na którym wykonywano prace. Powyższe oznacza, że powierzchnia prac realizowanych przez kierownika budowy A. D. w budowy tężni solankowej z zagospodarowaniem terenu i obiektami małej architektury w Parku Miejskim w Nowym Tomyślu dotyczy mniejszego obszaru, nie zaś 2 ha, na które wskazywał wykaz przedstawiony przez Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego.

W zakresie inwestycji dotyczącej budowy tężni solankowej w Parku Miejskim w Głubczycach, Odwołujący przedstawił Projekt Architektoniczno – Budowlany ze Starostwa Powiatowego w Głubczycach oraz Opis do Planu Zagospodarowania Terenu, w którym w pkt. 3.8 wpisana została powierzchnia pod inwestycję wynosząca 96,32 m<sup>2</sup>, zaś powierzchnia działki - 1 116 m<sup>2</sup>. Powyższe oznacza, że powierzchnia prac w związku z budową tężni była mniejsza niż wymagana przez Zamawiającego i mniejsza niż 2 ha.

Odwołujący wskazał na pierwszą stronę opracowania - załącznik nr 1 do decyzji o pozwoleniu na budowę. Wskazano tutaj datę 27.09.2018 r. Oznacza to także, że inwestycja nie mogła być zakończona do dnia składania ofert, tj. do 28 września 2018 r., bowiem w tym terminie została dopiero wydana decyzja o pozwoleniu na budowę.

W zakresie kolejnej inwestycji dotyczącej budowy tężni w Parku Miejskim we Wrześni, Odwołujący przedstawił wyciąg dokumentacji ze Starostwa Powiatowego we Wrześni, w tym mapę stanowiącą projekt zagospodarowania, w której wymieniono powierzchnię działki 7 296 m<sup>2</sup> oraz powierzchnię zajęłą pod inwestycję 110,32 m<sup>2</sup>. Powyższe oznacza, że budowa tężni nie stanowiła powierzchni powyżej 1 ha.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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.

Zarówno zatem w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawodawca wskazał na „błąd” jako skutek działania wykonawcy. Jak wynika z orzecznictwa, „przez błąd należy rozumieć rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości gospodarza postępowania”. W przypadku dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, niezbędne jest zaistnienie sytuacji, w której *„wykonawca poprzez przedstawienie informacji wywołał w świadomości zamawiającego fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości.”*

Zdaniem Izby, Wykonawca FLORA sp. z o.o. sp.k. przedstawił informacje w zakresie wyliczenia wykonanych prac w taki sposób, aby wywołać u Zamawiającego przekonanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, mimo rzeczywistego niespełnienia tego warunku. Jak wskazano powyżej, wykonawca (zgodnie z brzmieniem wiersza tabeli) miał przedstawić informacje w kolejności rodzaj prac, lokalizację i zakres robót. Wykonawca FLORA sp. z o.o. sp. k. kolejno przedstawiał prace np. budowa tężni solankowej wraz z zagospodarowaniem terenu i obiektami małej architektury, dalej lokalizację, np. w Nowym

Tomyślu, a następnie podał zakres robót, który decydował o spełnieniu warunku i tu Wykonawca wpisał: powierzchnia powyżej 2 ha. Powyższy sposób podania informacji wskazywał na zakres wykonanych robót o powierzchni 2 ha, podczas gdy rzeczywista powierzchnia wykonanych prac wynosiła mniej. Co ważne, z opisu nie wynika także, aby to powierzchnia parku wynosiła 2 ha. Wykonawca zataił zatem informację, że to powierzchnia parku wynosiła powyżej 2 ha, a powyższe informacje miały wpływ na ocenę przez Zamawiającego spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Oznacza to, że Wykonawca podał informację w taki sposób, aby u Zamawiającego wywołać przekonanie, że zakres wykonanych robót stanowi powierzchnię powyżej 2 ha w zakresie tej pracy. W ocenie Izby, w niniejszej sprawie spełnione więc zostały przesłanki wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co miało wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje.

Zdaniem Izby, spełnione zostały przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca FLORA sp. z o.o. sp.k. wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dla zaistnienia przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych wystarczające jest samo przedstawienie informacji „wprowadzających w błąd” zamawiającego, które to informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego (z czym niewątpliwie mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu). Z powyższego wynika, że po stronie Zamawiającego mogło powstać mylne wyobrażenie o faktach, na skutek przedstawionych przez Przystępującego informacji.

Ponadto, w ocenie Izby okolicznością uzasadniającą wprowadzenie w błąd Zamawiającego jest chociażby okoliczność że Zamawiający do chwili rozprawy pozostawał w przekonaniu, że Wykonawca FLORA sp. z o.o. sp.k. spełnia warunki. Przedstawione przez Wykonawcę FLORA sp. z o.o. sp.k. informacje odczytywał zatem jako powierzchnię wykonywanych prac, nie zaś powierzchnię parku. Potwierdza to zatem, że Wykonawca w taki sposób przedstawił informacje dotyczące spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia kierownika budowy, aby w świadomości Zamawiającego powstało przekonanie o tym, że powierzchnie prac przekraczają 3 ha, a więc o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy Wykonawca ten nie spełnia warunku, bowiem powierzchnie, na których wykonywane były prace nie przekraczają wymaganych 3 ha.

Powyższe oznacza, że Zamawiający winien wykluczyć Wykonawcę FLORA sp. z o.o. sp.k. z postępowania, co Izba nakazała w treści sentencji.

Wykonawca FLORA sp. z o.o. sp.k. w trakcie rozprawy powoływał się na oświadczenie złożone przez Pana A. D. i wymianę korespondencji e-mailowej z tą osobą. Argumentował, że dochował należytej staranności, bowiem upewniał się u Pana A. D., że wykonał on przedmiotowe prace. Należy mieć jednak na uwadze okoliczność, że wykonawca opierając

się na doświadczeniu podmiotu trzeciego, zobowiązany jest do dochowania szczególnej staranności. Za działania i zaniechania takiego podmiotu, Wykonawca odpowiada wobec Zamawiającego jak za działania i zaniechania własne. Tym bardziej Wykonawca FLORA sp. z o.o. sp.k. winien sprawdzić informacje pochodzące od podmiotu trzeciego. W przeciwnym razie jest narażony na zarzut niedbalstwa przy przekazywaniu informacji, które mają wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu, co z kolei wypełnia przesłankę określoną w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto trafnie zauważył Odwołujący, że Wykonawca FLORA sp. z o.o. sp.k. odebrał oświadczenie od p. D. w dniu 19.09.2018 r., a zatem na 9 dni przed upływem terminu składania ofert. Do upływu terminu składania ofert (28.09.2018 r.) nie sprawdził informacji zawartych w oświadczeniu pod kątem spełnienia określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Dopiero w dniu 25.10.2018 r., jak wynika z przedstawionego w trakcie rozprawy e-maila, przedstawiciel Wykonawcy FLORA sp. z o.o. sp. k. zażądał potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu i zacytował ten warunek. Słusznie zauważył także Odwołujący, że drukiem wytłuszczonym zaznaczono fragment warunku odnoszący się do łącznej powierzchni prac, co oznacza, że Wykonawca FLORA sp. z o.o. sp.k. musiał zdawać sobie sprawę z tego, że w warunku Zamawiający odnosił się do powierzchni objętej inwestycją, a nie do powierzchni parków, na terenie których zbudowano tężnie solankowe.

Zamawiający w piśmie procesowym wskazał, że złożone przez Odwołującego dokumenty potwierdziły, że osoba przewidziana do pełnienia funkcji kierownika budowy nie spełnia wymaganego w SIWZ warunku wiedzy i doświadczenia.

Przystępujący FLORA sp. z o.o. sp.k. nie wykazał za pomocą dowodów okoliczności przeciwnych. Izba odroczyła rozprawę (na prośbę Zamawiającego), umożliwiając tak stronie, jak i uczestnikowi postępowania odniesienie się do dowodów przedstawionych przez Odwołującego, ewentualnie w tym zakresie, zainteresowani wynikiem postępowania mogli przedstawić dodatkowe dowody, które zaprzeczyłyby dowodom Odwołującego. Takie działanie ze strony Przystępującego nie nastąpiło.

Wykonawca zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego. Oznacza to, że zdecydował się aktywnie wspierać Zamawiającego i aktywnie wykazać prawidłowość podjętej przez Zamawiającego decyzji. Postępowanie przed Izłą ma charakter kontradyktoryjny. Strony postępowania przedstawiają dowody na poparcie swojego stanowiska. Za pomocą twierdzeń i dowodów wykazują prawidłowość swoich racji. Przystępujący, chcąc dowieść swojej racji, miał możliwość samodzielnego przedłożenia jednoznacznych dowodów, które potwierdziłyby jego stanowisko. Złożenie dowodu na

określoną okoliczność, jak również okoliczność nie złożenia dowodu niesie za sobą prawne konsekwencje – takie działanie lub jego brak jest przedmiotem oceny Izby.

Wbrew twierdzeniu Przystępującego FLORA sp. z o.o. sp.k., Odwołujący sformułował w treści odwołania, na czym polega zarzut wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Odwołujący w treści odwołania wskazał: Fakt realizowania robót w niewielkim zakresie na powierzchni całego obiektu, tylko w jego części nie spełnia wymogu jaki postawił Zamawiający dla spełnienia wymogu doświadczenia kierownika budowy. Forma, w jakiej Wykonawca FLORA sp. z o.o. sp.k. wykazał doświadczenie kierownika, jest w istocie wprowadzeniem Zamawiającego w błąd celem wpłynięcia na wynik postępowania. Odwołujący w pełni opisał stan faktyczny, wskazał na różnice pomiędzy danymi wpisanymi przez Wykonawcę FLORA sp. z o.o. sp.k. w treści formularza (w zakresie doświadczenia) oraz tym, że dane te różnią się od stanu rzeczywistego. Zatem Przystępujący miał pełną wiedzę co brzmienia zarzutu. Ponownie należy wskazać, że Izba umożliwiła tak stronie, jak i uczestnikowi postępowania odniesienie się do dowodów przedstawionych przez Odwołującego, ewentualnie w tym zakresie, przedstawienia dodatkowych dowodów, które zaprzeczyłyby dowodom Odwołującego.

W ocenie Izby, wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowiłoby niebezpieczny precedens, osłabiający rolę wyjaśnień treści oferty, jak i zwalniający wykonawcę z odpowiedzialności za składane oświadczenia, decydujące o wyniku postępowania. Wykonawca jest zobowiązany składać dokumenty odpowiadające rzeczywistości na etapie postępowania przetargowego.

Ustawodawca nakazuje wykluczyć wykonawcę, który wprowadził zamawiającego w błąd, bez wzywania go do wyjaśnień, czy do ponownego uzupełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby bezprzedmiotowe pozostają rozważania co do podniesienia przez Odwołującego w treści odwołania zarzutu dotyczącego braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zasobów kadrowych, w sytuacji gdy zasadny okazał się zarzut wprowadzenia w błąd Zamawiającego w zakresie spełnienia tego warunku. Zarzut ten (wprowadzenia zamawiającego w błąd) jest zarzutem dalej idącym niż zarzut niespełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Mając powyższe okoliczności na uwadze orzeczono jak w sentencji.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1).

**Przewodniczący:**

.....