

Sygn. akt: KIO 1654/22

WYROK
z dnia 19 lipca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kurowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2022 roku przez **Wykonawcę EBS BUD Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Instytut Ogrodnictwa – Państwowy Instytut Badawczy** z siedzibą w Skierniewicach,

przy udziale **Wykonawcy Grupa Ekoenergia Sp. z o.o.** z siedzibą w Skierniewicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Wykonawcę EBS BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – Wykonawcę EBS BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego - Wykonawcy EBS BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego – Instytutu Ogrodnictwa – Państwowego Instytutu Badawczego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset

złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Ogrodnictwa – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Skierniewicach – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego mającego za przedmiot *Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla inwestycji pn.: Centrum innowacyjnych i zrównoważonych technologii ogrodniczych (cizto).*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 lutego 2022 r. pod numerem: 2022/S 028-070317.

W dniu 10 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przedmiotowego postępowania.

W dniu 20 czerwca 2022 r. Wykonawca EBS BUD Sp. z o.o. (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. uznaniu, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności i niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie prezentacji doświadczenia jednej z osób skierowanych do realizacji zadania, tj. projektanta w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, podczas gdy B. J. spełnia warunki postawione w SWZ przez Zamawiającego, tj. posiada doświadczenie uprawniające Odwołującego do uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryteriów oceny ofert wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w SWZ, co w ocenie Odwołującego stanowi naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp;

w konsekwencji

2. odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego w wyniku uznania Odwołującego za wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu, podczas gdy w ocenie Odwołującego prawidłowa ocena oferty złożonej przez Odwołującego (Wykazu osób) winna prowadzić do konkluzji, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, co w ocenie Odwołującego stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp;

3. zaniechaniu przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty (Wykazu Osób) w zakresie prezentowanego doświadczenia projektanta w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, o ile zaprezentowane doświadczenie wzbudziło wątpliwości Zamawiającego, co w ocenie Odwołującego stanowi naruszenie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp

w związku z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. zw. z art. 16 i 17 ust. 2 ustawy Pzp;

4. unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, podczas gdy dokonanie oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób prawidłowy powinno prowadzić do przekonania, że w stosunku do Odwołującego nie zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania, oferta złożona przez Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia, jest ofertą najkorzystniejszą w zakresie ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert oraz jej cena nie przekracza kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co w ocenie Odwołującego stanowi naruszenie art. 255 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Podstawowe żądanie Odwołującego to uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty;
2. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
3. dokonania ponownego badania i oceny ofert;
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że „(...) W ramach opisanych w SWZ (...) kryteriów oceny ofert, w ramach wymagań opisanych dla Doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia, Zamawiający wskazał, że dodatkowe punkty w przedmiotowym kryterium zostaną przyznane, jeśli wskazany przez wykonawcę projektant będzie posiadał następujący zakres doświadczenia:

Nabył dodatkowe doświadczenie (ponad zakres minimalny określony w warunku udziału w postępowaniu) w pełnieniu funkcji projektanta do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w okresie ostatnich 5 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upłynął termin składania ofert w realizacji usług polegających na wykonaniu dokumentacji technicznej budowy lub przebudowy budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł brutto (słownie złotych: pięć milionów 00/100) każdy z nich.

Zamawiający wskazał, że przyzna dodatkowe 2 pkt za każdy projekt według powyższego opisu.

Dodatkowo należy zauważyć, że w ramach opisanych w SWZ zasad przyznawania punktów w kryterium, Zamawiający wskazał, w ust. 2, że:

1) Punkty zostaną przyznane za doświadczenie uzyskane podczas należytej realizacji funkcji w odniesieniu do zrealizowanych (zakończonych) inwestycji.

A w następnym ustępie odwołuje się do wymagań niezbędnych dla kierownika budowy i kierowników branż, wskazując, że:

2) Do uznania doświadczenia wymagane jest pełnienie funkcji kierownika budowy i kierowników poszczególnych branż na danej inwestycji w sposób nieprzerwany przez okres co najmniej 6 miesięcy z wyjątkiem projektantów wszystkich branż.

W przygotowanym przez Odwołującego i złożonym wraz z ofertą w dniu 22 marca 2022 r. Wykazie Osób (zał. nr 6 do SWZ), w ramach dodatkowego doświadczenia (kryterium punktowanego) wskazanym na potwierdzenie doświadczenia nabytego przez Projektanta w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, Odwołujący wskazał wykonanie projektu hali widowiskowo-sportowej w Mielcu, w ramach Budowy hali widowisko-sportowej, której projekt wykonany przez biuro architektoniczne Metropolis Sp. z o.o. Sp. k. (...) na rzecz MOSiR Mielec (...). Projekt ten został zakończony i wykonany należyście, a potwierdzenie powyższego stanowi referencja z dnia 06.06.2019 r. podpisana przez Dyrektora MOSiR w Mielcu (...).

Z treści przywołanej referencji wynika w sposób niekwestionowany, że zakres prac wskazany przez Odwołującego w Wykazie osób, obejmujący wykonanie dokumentacji technicznej budowy (tj. potwierdzenie zdobycia przez wskazanego projektanta wymaganego przez Odwołującego doświadczenia w zakresie wykonania dokumentacji z elementami BIM oraz niezbędnymi sprawami formalno-prawnymi, włącznie z pozyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę), został zrealizowany należyście i terminowo, i zakończył się w roku 2019 r.

(...).

Treść warunku z dokumentów zamówienia nigdzie nie stawiała wymogu legitymowania się przez projektanta w specjalności konstrukcyjno-budowlanej wyłącznie projektami, na bazie których „zakończono” budowę danego budynku użyteczności publicznej. Nigdzie też dokumenty zamówienia nie zdefiniowały takiego rozumienia zwrotu „zrealizowanych (zakończonych) inwestycji”. Nie zdefiniowano też co należy rozumieć tak pod pojęciem „zrealizowanych inwestycji”, jak i pod pojęciem „zakończonych inwestycji”. Sam Zamawiający używa tu dwóch pojęć obok siebie. Należałoby precyzyjnie zdefiniować to już w SWZ, jeśli rzeczywiście Zamawiający oczekiwałby, aby projekty dotyczyły budynków następnie wybudowanych.

Odwołujący nie mógł zatem nadawać warunkowi takiego znaczenia, jakie nadał mu Zamawiający w dniu 10 czerwca 2022 r. (dopiero po wielu miesiącach oceny ofert). Podkreślamy również, że Odwołujący nigdzie w treści oferty nie oświadczył, jak obecnie stara się „awansować” wywieść Zamawiający, że hala widowisko-sportowa w Mielcu została czy to „zrealizowana” czy „zakończona” (niezależnie od każdorazowego domniemywanego znaczenia tych potocznych określeń). Odwołujący wskazał p. B. J. z uwagi na zakończenie

przez niego, „inwestycji polegającej na „zakończeniu” i odbiorze wszelkich zleconych przez MOSiR Mielec prac projektowych w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.

Kierując się literalnym opisem warunków skonstruowanych przez Zamawiającego i wyrażonych w SWZ, Wykonawca prawidłowo przygotował ofertę, w tym opisał dodatkowe doświadczenie projektanta. Działania Wykonawcy zostały niesłusznie zakwestionowane przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu z dnia 10 czerwca 2022 r.

(...).

Odwołujący pragnie przy tym podkreślić, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy ewentualną, najdalej idącą konsekwencją tego, że kryteria oceny ofert zostały sformułowane w sposób niejednoznaczny, mogłaby być odmowa przyznania Odwołującemu punktów w tym zakresie.

Należy zauważyć, że zgodnie z opisanymi w SWZ Zasadami przyznawania punktów w kryterium s. 34 pkt 6):

„W przypadku braku załączenia do oferty Wykazu osób w zakresie dotyczącym kryterium oceny ofert lub załączenia Wykazu osób niepotwierdzającego informacji ujętych w kryterium Wykonawca nie otrzyma punktów w kryterium”

Zatem, w świetle wskazanych wyżej zapisów SWZ, w sytuacji, gdyby ewentualnie Zamawiający uznał, że w zakresie dodatkowego doświadczenia proponowanego projektanta w specjalności konstrukcyjno- budowlanej informacje wskazane w załączonym do oferty Wykazie osób nie potwierdzają doświadczenia zdobytego w ramach realizacji na rzecz MOSiR w Mielcu, to powinien ewentualnie nie przyznać dodatkowych punktów Odwołującemu za przedmiotową inwestycję w ramach kryterium doświadczenia, nie zaś uznać to za wprowadzenie w błąd i wykluczyć Odwołującego z przedmiotowego Postępowania.

Wykluczenie Odwołującego z Postępowania, w sytuacji gdy kryteria oceny ofert można rozumieć co najmniej dwojako, nie może prowadzić do tak poważnych dla wykonawców konsekwencji jak wykluczenie z postępowania. Bowiem taka czynność Zamawiającego niesie za sobą dla Odwołującego wyjątkowo ważne konsekwencje, rozciągające się również na inne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podjęcie decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania winna być poprzedzona gruntowną analizą stanu faktycznego sprawy, w tym treści własnej SWZ, gdyż swoiste błędy, niejednoznaczności i nieścisłości nie mogą rzutować negatywnie na sytuację wykonawcy w Postępowaniu.

(...).”

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści Wykazu Osób w odniesieniu do projektanta do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej Odwołujący wskazał, że „(...) jeżeli

Zamawiający powziął wątpliwości co do realizacji projektu na rzecz MOSiR w Mielcu, który został wskazany jako dodatkowe doświadczenie Projektanta w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, zasadne byłoby skierowanie do Odwołującego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, którego celem jest uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących całości lub części oferty, jak również przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, które są nieprecyzyjne, niejasne, dwuznaczne, budzą wątpliwości interpretacyjne, tak aby możliwa była ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez zamawiającego. (Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. red. H. Nowak, M. Winiarz. UZP, Warszawa 2021).”

W odniesieniu do naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że w sposób prawidłowy i rzetelny przygotował ofertę, w oparciu o opis warunków sformułowanych przez Zamawiającego w treści SWZ. Odwołujący podniósł, że w sposób prawidłowy wskazał kwestionowaną inwestycję na potwierdzenie kryterium dodatkowego opisanego w SWZ. W ocenie Odwołującego fakt, że przedmiotowa inwestycja została zakończona w zakresie prac projektanta nie powinien budzić wątpliwości. Odwołujący zanegował również, by dopuścić się niedbalstwa lub lekkomyślności w tym zakresie.

Na potwierdzenie powyższego Odwołujący złożył oświadczenie wydane przez prezesa biura architektonicznego Metropolis Sp. z o.o. sp. k., wskazując, że oświadczenie to zostało uzyskane przed terminem składania ofert.

W ocenie Odwołującego ww. oświadczenie zaprzecza lekkomyślności czy niedbalstwu w działaniach Odwołującego.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że „(...) nie sposób uznać, że spełnione zostały przesłanki wprowadzenia Zamawiającego w błąd w treści złożonego przez Odwołującego wraz z ofertą w Postępowaniu Wykazu osób. (...). Brak jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych definicji inwestycji w odniesieniu do doświadczenia projektanta nie może obciążać negatywnymi konsekwencjami Odwołującego. (...)”

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego bezpodstawnego unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący wskazał, że przed otwarciem ofert Zamawiający udostępnił informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia: 41 820 000,00 zł brutto.

Następnie Odwołujący wskazał, że złożona przez niego oferta jest ofertą mieszczącą się w budżecie określonym przez Zamawiającego, a w związku z wykluczeniem wykonawcy Grupa Ekoenergia Sp. z o. o. w wyniku wyroku KIO z dnia 29 kwietnia 2022 r. (sygn. akt KIO 1002/22) oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Zamawiający pismem z dnia 13 lipca 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której

wniósł o oddalenie odwołania oraz przedstawił argumentację na poparcie złożonego wniosku.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność Zamawiającego.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca Grupa Ekoenergia Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach

Izba ustaliła następujące okoliczności stanu faktycznego jako istotne.

W rozdziale IV SWZ Zamawiający wskazał, że wykluczy z udziału w postępowaniu Wykonawcę, wobec którego zachodzi, co najmniej jedna z przesłanek określonych w art. 108 ust. 1 ustawy Pz oraz art. 109 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z rozdziałem XII ust. 2 pkt 3 SWZ Zamawiający postanowił, że oferty będzie oceniał na podstawie m.in. kryterium o nazwie „doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” – kryterium o wadze 10%. W ramach ww. kryterium punktacji podlegało doświadczenie m.in. osoby pełniącej funkcję projektanta na następujących zasadach:

Nabył dodatkowe doświadczenie (ponad zakres minimalny określony w warunku udziału w postępowaniu) w pełnieniu funkcji jako Projektant do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w okresie ostatnich 5 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert w realizacji usług polegających na wykonaniu dokumentacji technicznej budowy lub przebudowy budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł brutto (słownie złotych: pięć milionów 00/100) każdy z nich. Maksymalna

liczba projektów (inwestycji) podlegająca punktacji: maksymalnie dwa projekty. Liczba punktów: maksymalnie 4,00 pkt za 2 dodatkowe projekty (po dwa punkty za każdy projekt).

Zamawiający ustanowił następującą zasadę przyznawania punktów w ww. kryterium: punkty zostaną przyznane za doświadczenie uzyskane podczas należytej realizacji funkcji w odniesieniu do zrealizowanych (zakończonych) inwestycji (ust. 2 na stronie 34 SWZ).

Odwołujący w złożonym Wykazie osób w części uzupełnionej na potrzeby uzyskania dodatkowej punktacji w odniesieniu do doświadczenia projektanta – B. J. – wskazał dwie inwestycje, w tym:

1. INWESTYCJA 1:

1) Nazwa: Budowa hali widowiskowo-sportowej w Mielcu

2) Podmiot (odbiorca), na rzecz którego inwestycja została wykonana: MOSiR Mielec, ul. Solskiego 1, 39-300 Mielec

Dane teleadresowe podmiotu: norbert.jackowski@mosir.mielec.pl

3) Pełnienie funkcji jako Projektanta : TAK

4) Rodzaj robót budowlanych: budowa

5) Wartość zamówienia: powyżej 5 mln zł brutto

6) Nazwa i adres podmiotu, we współpracy z którym lub na zlecenie którego osoba pełniła funkcję: METROPOLIS Sp. z o.o. Sp. k., ul. Narutowicza 12, 70- 240 Szczecin

Dane teleadresowe podmiotu: m.rachowska@biurometropolis.pl.

Zamawiający wystąpił do podmiotu, na rzecz którego zostało zrealizowane kwestionowane zadanie – Budowa hali widowiskowo-sportowej w Mielcu, podane w Wykazie osób: do MOSiR Mielec, kierując pytania dotyczące podanej inwestycji.

Pismem z dnia 1 czerwca 2022 r. Dyrektor MOSiR Mielec udzielił m.in. następującej odpowiedzi:

Ad 1: Inwestycja „Zaprojektowanie i budowa hali sportowej na terenie MOSiR przy ulicy Solskiego 1 w Mielcu” na dzień udzielenia przedmiotowej odpowiedzi nie została zakończona.

Pismem z dnia 10 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Wykonawców, odrzuceniu ofert oraz o unieważnieniu postępowania wskazując m.in., co następuje.

W odniesieniu do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty Zamawiający zawiadomił o wykluczeniu z postępowania Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) Ustawy Pzp oraz o odrzuceniu oferty ww. Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, że „(...) w toku badania i oceny ofert

Zamawiający w ramach informacji publicznej wystąpił do MOSiR Mielec, ul. Solskiego 1, 39-300 Mielec, podmiotu na rzecz, którego Wykonawca realizował inwestycję pn.: „Budowa hali widowiskowo-sportowej w Mielcu” wskazaną w załączniku nr 6 do SWZ – „Wykaz Osób”, w celu potwierdzenia dodatkowego doświadczenia projektanta w branży konstrukcyjno - budowlanej. Z odpowiedzi otrzymanej od MOSiR Mielec, Zamawiający uzyskał informację, że wskazana inwestycja nie została zakończona. Wobec otrzymanej informacji, że jedna z inwestycji wskazanych w ramach kryterium oceny ofert dotycząca projektanta nie została zakończona Zamawiający stwierdził, że wykaz osób w zakresie tego kryterium został uzupełniony nieprawdziwymi informacjami w tym zakresie co najmniej w wyniku niedbalstwa i informacja ta mogła mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ponieważ dotyczyła kryterium oceny ofert. Stanowi to przesłankę wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) Ustawy Pzp. (...) W świetle powyższego, Zamawiający wyklucza Wykonawcę EBS BUD Sp. z o. o. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) Ustawy Pzp, tj.: „Z postępowania wyklucza się wykonawcę który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd co mogło mieć istotny wpływ na decyzję podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.” (...).

Działając na podstawie art. 260 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, z późn. zm., zwana dalej „Pzp”) Zamawiający zawiadamia o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla inwestycji pn.: „Centrum Innowacyjnych i Zrównoważonych Technologii Ogrodniczych” (CIZTO)”. Podstawa prawna: art. 255 pkt 3 Pzp Zgodnie z art. 255 pkt 3 Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Uzasadnienie faktyczne: W przedmiotowym postępowaniu w wymaganym terminie, tj. do dnia 22 marca 2022 r. do godz. 11.00 złożono 3 oferty od:

- 1) Grupa Ekoenergia Sp. z o. o. , ul. Sierakowice Prawe 141D , 96-100 Skierniewice, (cena oferty brutto 41 010 651,50)
- 2) ZAB-BUD Sp. z o. o. ul. Nowosielecka 14a/2 00-466 Warszawa, (cena oferty brutto 46 463 250,00)
- 3) EBS BUD Sp. z o. o. ul. Kostki Potockiego 2B/39 , 02-958 Warszawa, (cena oferty brutto 41 328 000,00).

Zamawiający udostępnił przed otwarciem ofert informację, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 41 820 000,00 zł. brutto). Stosownie do art. 255 pkt 3 ustawy

Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że Zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. (...) Zamawiający podejmując decyzję o braku możliwości zwiększenia kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty brał pod uwagę celowość i efektywność gospodarowania środkami publicznymi. (...).”

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z poglądem doktryny „(...) Lekkomyślność będzie polegać na tym, że wykonawca przedstawia informacje, przewidując możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, ale bezpodstawnie sądzi, że skutku tego uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności. Natomiast niedbalstwo zachodzi, jeżeli wykonawca nie ma w ogóle wyobrażenia co do możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, choć przy dołożeniu należytej staranności powinien był skutek ten sobie wyobrazić¹. Regulacja nie przewiduje ograniczenia do rażącego niedbalstwa, zatem wystarczy zwykłe niedbalstwo. (...) przedstawione informacje muszą charakteryzować się tym, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Decyzjami podejmowanymi przez zamawiającego są – oprócz decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty – tylko te czynności zamawiającego, które mają charakter oświadczeń woli i jako takie bezpośrednio kształtują stosunek prawny łączący zamawiającego i wykonawców, czyli prowadzą do jego nawiązania, zmiany lub rozwiązania. (...) Nie ma zatem znaczenia, czy przedstawione informacje skutecznie wpłynęły na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Konieczne jest, aby przedstawione informacje mogły istotnie wpłynąć na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Wpływ jest istotny, jeżeli mógłby spowodować, że zostałaby wybrana inna oferta lub postępowanie zostało unieważnione. Wpływ ten nie musi nastąpić. Wystarczy możliwość wywarcia takiego wpływu².” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. H. Nowaka. M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 413-414).

¹ Por. W. Czachórski, [w:] Z. Radwański [red.], System prawa cywilnego. Zobowiązania. Część ogólna, Wrocław-Warszawa-Kraków-Łódź 1981, s. 546 i 547.

² Por. Wyrok SO w Warszawie z 20 lipca 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 849/18, niepubl.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należy wskazać, że działanie Odwołującego polegające na wskazaniu w Wykazie osób dodatkowego doświadczenia osoby pełniącej funkcję projektanta w postaci pełnienia funkcji projektanta w ramach inwestycji mającej za przedmiot Budowę hali widowiskowo-sportowej w Mielcu stanowiło przedstawienie informacji wprowadzającej Zamawiającego w błąd co do tego, że wskazane doświadczenie w projektowaniu zostało uzyskane podczas realizacji funkcji projektanta w odniesieniu do zrealizowanej (zakończonej) inwestycji. Tymczasem, jak wynika z ustaleń dokonanych przez Zamawiającego w oparciu o informacje uzyskane od podmiotu, na rzecz którego kwestionowana inwestycja jest realizowana – MOSiR w Mielcu – inwestycja mająca za przedmiot „Zaprojektowanie i budowę hali sportowej na terenie MOSiR w Mielcu” nie została zakończona na dzień udzielenia odpowiedzi – 1 czerwca 2022 r.

W ocenie Izby w stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający słusznie uznał, że Odwołujący podlega wykluczeniu z udziału w przedmiotowym postępowaniu z uwagi na podanie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, zawartych w Wykazie osób w odniesieniu do doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia, tzn. osoby pełniące funkcje projektanta.

W ocenie Izby Zamawiający w sposób jasny i jednoznaczny określił, że punkty zostaną przyznane za doświadczenie w zakresie doświadczenia uzyskanego podczas należytej realizacji funkcji w odniesieniu do zrealizowanych (zakończonych) inwestycji. Inwestycja mająca za przedmiot Budowę hali widowiskowo-sportowej w Mielcu, wskazana przez Odwołującego jako jedna z dwóch inwestycji w złożonym Wykazie osób w celu wykazania doświadczenia osoby pełniącej funkcję projektanta, na dzień składania ofert nie została zakończona.

Jednocześnie treść złożonego przez Odwołującego Wykazu osób – załącznika nr 6 do SWZ – wskazuje jako „inwestycję” budowę hali widowiskowo-sportowej w Mielcu, nie ogranicza się wyłącznie do sporządzenia dokumentacji projektowej, tj. projektu budowlanego obejmującego budowę ww. obiektu. Tym samym Izba za niezasadny uznała argument Odwołującego sprowadzający się do twierdzenia, że wobec niejednoznaczności i braku definicji pojęcia „inwestycja”, Odwołujący odniósł je do wykonanych i zakończonych prac projektowych. W ocenie Izby ograniczenie pojęcia „inwestycja” na gruncie okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy wyłącznie do sporządzenia dokumentacji projektowej jest działaniem nieuprawnionym. Po pierwsze sprzeciwia się temu utrwalone znaczenie słowa „inwestycja”, które zwłaszcza w odniesieniu do zamówienia mającego za przedmiot *wykonanie inwestycji polegającej na zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych (...)*, oznacza nie tylko wykonanie prac projektowych, ale także wykonanie robót budowlanych. Po drugie, postulowanemu przez Odwołującego znaczeniu pojęcia „inwestycja” przeczy treść złożonego przez

Odwołującego Wykazu osób – załącznika nr 6 do SWZ, w którym sam Odwołujący słowem „inwestycja” określa Budowę hali widowiskowo-sportowej w Mielcu, nie zaś dotyczące jej prace projektowe.

Wobec jednoznacznych zasad przyznawania punktów w kryterium o nazwie Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia, a także jednoznacznej treści złożonego przez Odwołującego Wykazu osób – załącznika nr 6 do SWZ – Izba uznała, że działanie Odwołującego polegające na wskazaniu w złożonym Wykazie osób inwestycji, która nie została zakończona – Budowy hali widowiskowo-sportowej w Mielcu – w celu uzyskania punktów w ramach kryterium o nazwie Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia, wynika z lekkomyślności lub niedbalstwa. Działanie to bez wątpienia mogło wprowadzać w błąd Zamawiającego, powodując u niego mylne przekonanie co do zasadności przyznania Odwołującemu punktów w ramach kryterium o nazwie Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia za doświadczenie uzyskane w odniesieniu do inwestycji mającej za przedmiot Budowę hali widowiskowo-sportowej w Mielcu. Tymczasem zgodnie z ustaleniami Zamawiającego punkty mogły być przyznane wyłącznie w odniesieniu do zrealizowanych (zakończonych) inwestycji, co nie miało miejsca w odniesieniu do inwestycji mającej za przedmiot Budowę hali widowiskowo-sportowej w Mielcu.

Tym samym, wobec ziszczenia się przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w odniesieniu do Odwołującego, Izba uznała, że podlega on wykluczeniu z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp.

Na skutek nieuwzględnienia zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp oraz wobec braku odrębności zarzutu naruszenia art. 255 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niezasadne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba uznała, że podlega on oddaleniu jako zarzut o charakterze wynikowym.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie prezentowanego doświadczenia projektanta, Izba uznała, że ww. zarzut jest niezasadny i podlega oddaleniu.

W okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy Zamawiający, kierując wezwaniem bezpośrednio do podmiotu, na rzecz którego kwestionowana inwestycja była realizowana, uzyskał informację, że inwestycja ta nie została zakończona. Kwestia ta nie była sporna pomiędzy stronami. Jednocześnie Izba uznała, że wobec jednoznaczności zasad przyznawania punktów w ramach kryterium o nazwie Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz wobec jednoznaczności treści Wykazu osób złożonego przez Odwołującego, w którym Odwołujący powołał się na inwestycję mającą za przedmiot Budowę hali widowiskowo-sportowej w Mielcu, brak było podstaw do dodatkowego kierowania do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie prezentowanego doświadczenia w odniesieniu do projektanta uzyskanego w zakresie inwestycji o nazwie Budowa hali widowiskowo-sportowej w Mielcu.

Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, zgodnie z którym bez znaczenia dla oceny ziszczenia przesłanki wykluczenia uregulowanej w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w stosunku do Odwołującego pozostawałby fakt, na który powołuje się Odwołujący: „Odwołujący nie stwierdziłby, że sam budynek hali został zrealizowany (zakończony)”.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: