

Sygn. akt: KIO 1468/18

WYROK
z dnia 9 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **KPPM Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** oraz **A.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Stradom A.P. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Lubelskie w Lublinie**,

przy udziale wykonawcy **ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1468/18 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **KPPM Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** oraz **A.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Stradom A.P. z siedzibą w Krakowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **KPPM Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** oraz **A.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Stradom A.P. z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **KPPM Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** oraz **A.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Stradom A.P. z siedzibą w**

Krakowie na rzecz Zamawiającego – **Muzeum Lubelskiego w Lublinie** kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Muzeum Lubelskie w Lublinie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie kompleksowej usługi polegającej na pełnieniu funkcji Inwestora zastępczego w zakresie nadzoru budowlanego w imieniu Zamawiającego nad realizacją inwestycji w ramach projektu współfinansowanego z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014 – 2020 VIII Oś priorytetowa (działanie 8.1) Ochrona dziedzictwa kulturowego i rozwoju zasobów kultury pn. „Muzeum Lubelskie – ochrona dziedzictwa przeszłości i nowe wyzwania przyszłości: edukacja, nauka, innowacyjność, promocja regionu, turystyka” nr POIS.08.01.00-00-0073/17.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 czerwca 2018 r. pod numerem 577191-N-2018.

W dniu 24 lipca 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego KPPM Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz A.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Stradom A.P. z siedzibą w Krakowie [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. błędny brak wykluczenia wykonawcy ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, jako podmiotu, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;
ewentualnie, w razie nieuwzględnienia zarzutu określonego w pkt. 1 powyżej;
2. błąd w dokonaniu oceny w kryterium oceny ofert „doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia”, określonym w Rozdziale XIII 2 SIWZ, poprzez nieuzasadnione przyznanie wykonawcy ZDI Sp. z o.o. 20 pkt, podczas gdy wykonawca ten, powinien był otrzymać mniej punktów w ww. kryterium, co miało znaczący wpływ na wynik postępowania.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wnieśli o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zaskarżonym postępowaniu;
3. nakazanie Zamawiającemu:

- a) ponowienie czynności badania i oceny ofert;
- b) wykluczenia wykonawcy ZDI Sp. z o.o. z postępowania ewentualnie, w razie uwzględnienia wyłącznie zarzutu określonego w pkt 2 odwołania, w miejsce wykluczenia określonego w pkt b) powyżej;
- c) uwzględnienia przy dokonywaniu oceny ofert w części 2 postępowania, konieczności przyznania wykonawcy ZDI Sp. z o.o. mniejszej ilości punktów w kryterium „doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia”, określonym w rozdziale XIII 2 SIWZ.

W uzasadnieniu odwołania, w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że w wykazie doświadczenia p. R. wskazano nieprawdziwe informacje powodujące zawyżenie krotności pełnienia ww. funkcji, a tym samym zawyżenie punktacji. Odwołujący kwestionował doświadczenie ww. osoby w zakresie pozycji 5 i 7 wykazu doświadczenia.

Odwołujący podał, że w treści punktu 5. wykazu, wykonawca ZDI Sp. z o.o. wskazał inwestycję p.n. „Dostosowanie do aktualnych przepisów ppoż budynku Starostwa Powiatowego w Lublinie przy ul. Spokojnej”, realizowanej przez Starostę Powiatu Lubelskiego w latach 2016-2017, wskazując jednocześnie, że wartość tej inwestycji miała jakoby wynieść powyżej 3 mln zł. Tymczasem, z ogólnie dostępnych informacji zamieszczonych w Biuletynie Informacji Publicznej Starostwa Powiatowego w Lublinie wynika, że wykonawca wybrany w postępowaniu na wykonanie ww. inwestycji złożył ofertę na kwotę 822 747 PLN brutto. Jako dowód Odwołujący złożył: 1) wydruk ogłoszenia o zamówieniu nr 63342 - 2016; data zamieszczenia: 21.03.2016 - załącznik nr 5 do odwołania; 2) wydruk ogłoszenia o udzieleniu zamówienia nr 122508 - 2016; data zamieszczenia: 16.05.2016 - załącznik nr 6 do odwołania. Dalej wskazał, że biorąc powyższe pod uwagę, nawet jeśliby uznać, że p. R. pełniła funkcję Głównego Inspektora w ramach ww. inwestycji, czego Odwołujący nie przyznaje, wartość tej inwestycji, znacząco niższa niż wskazane przez Zamawiającego 3 mln złotych brutto, nie kwalifikuje jej do uzyskania punktów w kryterium doświadczenia.

Przechodząc do inwestycji wskazanej w punkcie 7 wykazu doświadczenia p. R. Odwołujący podał, że wykonawca ZDI Sp. z o.o. wskazał, jakoby wykonanie: 1) modernizacji budynku Szkoły Podstawowej w Woli Gałęzowskiej; 2) budowa hali sportowej przy Szkole Podstawowej w Woli Gałęzowskiej; miało stanowić jedną inwestycję o wartości przekraczającej 3 mln PLN brutto, podczas gdy w rzeczywistości były to dwie odrębne inwestycje, wykonywane przez różnych wykonawców, wyłonionych w różnych postępowaniach, co więcej finansowane z różnych źródeł. Odwołujący posługuje się pojęciem inwestycji wynikającym z powszechnego rozumienia, kładącego nacisk przede

wszystkim na tożsamość podmiotową i ekonomiczną, w mniejszym stopniu na czasową. Odwołujący uważał, że każda inwestycja ma dwie strony - Inwestora (wraz z Projektantem i ew. Nadzorem Inwestorskim) i Generalnego Wykonawcę. Taki układ potwierdza zresztą Ustawa Prawo budowlane. W powyższym stanie faktycznym, mielibyśmy do czynienia z jednym Inwestorem, ale już dwoma Generalnymi Wykonawcami. Zdaniem Odwołującego nie da się obronić tezy, jakoby w ramach jednej inwestycji mogli występować dwaj Generalni Wykonawcy, byłoby to nie tylko sprzeczne z przepisami prawa jak i elementarną logiką.

Odwołujący wskazał, że inwestycja ad. 1) została wykonana przez TOKBUD T. K., wyłonionego w postępowaniu wszczętym ogłoszeniem nr 261012 - 2013; data zamieszczenia: 04.07.2013. Zamówienie to było dofinansowane ze środków Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w ramach V konkursu programu priorytetowego pn.: System zielonych inwestycji (GIS) Część 1) Zarządzanie energią w budynkach użyteczności publicznej. Jako dowód Odwołujący złożył: 1) wydruk ogłoszenia o zamówieniu nr 261012 - 2013 data zamieszczenia: 04.07.2013 - załącznik nr 7 do odwołania, 2) wypełniona umowa z wykonawcą TOKBUD opublikowana przez Zamawiającego na podmiotowej stronie BIP - załącznik nr 8 do odwołania.

Z kolei inwestycja ad. 2) została wykonana przez Zakład Remontowo-Budowlany Z. R., wyłoniony w postępowaniu wszczętym ogłoszeniem nr 165295 - 2013, data zamieszczenia 20.08.2013. W tym przypadku zamówienie było finansowane ze środków własnych Zamawiającego. Jako dowód Odwołujący złożył: 1) wydruk ogłoszenia o zamówieniu nr 165295 - 2013, data zamieszczenia 20.08.2013 - załącznik nr 9 do odwołania, 2) wypełniona umowa z wykonawcą ZRB Z. R. opublikowana przez Zamawiającego na podmiotowej stronie BIP - załącznik nr 10 do odwołania.

Odwołujący wskazał, że przypuszcza, iż umowa na wykonanie hali sportowej nie spełniała samodzielnie warunku wartości określonego przez Zamawiającego (jej wartość to ok. 2,4 mln PLN brutto), dlatego też wykonawca ZDI Sp. z o.o. najprawdopodobniej celowo zestawiał ją z drugą inwestycją realizowaną równolegle, w celu przekroczenia progu 3 mln PLN brutto. Na marginesie Odwołujący wskazał na fakt, że wykaz doświadczenia stanowi dokument, w oparciu o który dokonywana jest ocena ofert w kryterium pozacenowym. Jako taki powinien być uzupełniony przez wykonawców z najwyższą starannością, nie może on bowiem podlegać uzupełnieniom, co potwierdza liczne orzecznictwo KIO. Dlatego też wykluczyć należy możliwość sanowania pozycji 7 wykazu doświadczenia poprzez doprecyzowanie jej treści.

Odwołujący zaznaczył, że wykonawca ZDI Sp. z o.o. przekazał w treści swojej oferty informacje mogące wprowadzić Zamawiającego w błąd. Informacje te dotyczyły istotnych elementów oferty - zakresu posiadanego doświadczenia przez personel wykonawcy ocenianego w ramach kryteriów oceny ofert. Odwołujący podkreślił, że wykonawca

ZDI Sp. z o.o. jest przedsiębiorcą posiadającym, jak wynika z treści wykazu wykonanych usług dołączonego do oferty, doświadczenie w profesjonalnym obiegu rynkowym. Dlatego też jego czynności lub zaniechania w niniejszym postępowaniu winny być oceniane przez miarę najwyższej profesjonalnej staranności. Ponadto wskazał, że zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Powyższa norma nie wymaga zatem złej woli ani nawet wykazania winy po stronie wykonawcy. Wystarczająca jest lekkomyślność, czyli najniższy stopień niedochowania ostrożności. W zestawieniu z profesjonalnym charakterem wykonawcy, powyższe nakazuje surowo oceniać nawet nieznaczne błędy po stronie wykonawcy. Ponadto Odwołujący wskazał, iż powyższe rozumowanie popiera chociażby Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 lutego 2015 r. sygn. akt: KIO 177/15 oraz w wyroku z dnia 2 maja 2018 r. sygn. akt: KIO 596/18.

Podsumowując podniósł, że zachowanie wykonawcy ZDI Sp. z o.o. należy ocenić jako co najmniej lekkomyślność. Ponieważ podanie nieprawdziwych informacji nie tylko mogło, ale i miało wpływ na wynik postępowania (poprzez zawyżenie punktacji wykonawcy i pokonanie drugiej w kolejności oferty o niecałe 0,5 pkt.). Tym samym wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania.

Odnosnie drugiego zarzutu odwołania Odwołujący w pierwszej kolejności podtrzymał wnioski płynące z części dotyczącej zarzut pierwszego odwołania, w szczególności ocenę nieprzydatności informacji wskazanych w pkt. 5 i 7 wykazu doświadczenia p. R., do przyznania punktów w kryterium doświadczenia. Tym samym, gdyby nawet błędnie przyjąć, że wykonawca ZDI Sp. z o.o. nie podlega wykluczeniu z postępowania, nadal niezbędne pozostaje zweryfikowanie punktacji mu przyznanej. W ocenie Odwołującego, wykonawca ZDI Sp. z o.o. nie powinien otrzymać punktów za doświadczenie wyrażone w pozycji 5 i 7 wykazu doświadczenia. Tym samym punktacja jego oferty powinna zostać obniżona o łącznie 4 punkty, co plasowałoby go na drugiej pozycji, zaraz za ofertą Odwołującego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 sierpnia 2018 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający uzasadniał, że w wybranej ofercie badane było doświadczenie osoby Głównego Inspektora, tj. p. B.R. wskazanej przez ZDI Sp. z o.o. na podstawie informacji zawartych w przedłożonym formularzu ofertowym.

ZDI Sp. z o.o. w złożonej ofercie przedstawił 10 inwestycji spełniających w ocenie Zamawiającego wymagania określone w SIWZ, w ramach których wskazany Główny Inspektor – p. B.R. pełniła funkcję głównego inspektora. Zdaniem Zamawiającego, wskazane

w ofercie ZDI Sp. z o.o. doświadczenie ww. osoby nie budziło żadnych wątpliwości i w pełni odpowiadało wymogom specyfikacji. W konsekwencji Zamawiający przyznał ofercie ww. wykonawcy 20 pkt z tytułu kryterium pozacenowego dokonując tym samym prawidłowej oceny złożonej oferty.

Nadto Zamawiający wskazał, iż wykonawca ZDI Sp. z o.o. po przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, przekazał Zamawiającemu dwie referencje p. B.R. wystawione przez WDI Sp. z o.o., a poświadczone i pisemnie potwierdzone przez instytucje, dla których wykonywane były przedmiotowe usługi (odpowiednio uprawnionych przedstawicieli Starostwa Lubelskiego oraz Gminy Bychawa). Zdaniem Zamawiającego dokumenty te poświadczają należyte wykonanie kwestionowanych i podważanych przez Odwołującego usług oraz wartość powyżej 3 mln złotych jako inwestycji nadzorowanych przez ww. osobę w charakterze koordynatora czynności wykonywanych przez inspektorów nadzoru inwestorskiego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Izba oceniła, że Odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 25 lipca 2018 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 30 lipca 2018 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, ofertę wykonawcy ZDI Sp. z o.o., zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, jak również pismo wykonawcy ZDI Sp. z o.o. z dnia 1 sierpnia 2018 r. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do

protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 9 sierpnia 2018 r. Ponadto Izba wzięła pod uwagę pismo wykonawcy ZDI Sp. z o.o. z dnia 16 lipca 2018 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 8 sierpnia 2018 r.) złożone w toku rozprawy przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem XIII SIWZ, kryteriami oceny ofert w niniejszym postępowaniu były: cena o wadze 60 pkt oraz doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia o wadze 40 pkt. W ramach pozacenowego kryterium oceny ofert Zamawiający badał doświadczenie członka zespołu przeznaczanego do wykonania zamówienia, kluczowego z punktu widzenia charakteru zamówienia, tj. osoby Głównego Inspektora.

W ramach ww. kryterium oceny ofert wykonawca zobowiązany był do przedłożenia informacji o doświadczeniu Głównego Inspektora – brak informacji powodował przyznanie wykonawcy w ramach tego kryterium 0 pkt. Zamawiający wskazał, że nie uzupełnia treści dotyczących doświadczenia Głównego Inspektora. Nadto Zamawiający przyznawał punkty wg metodologii oceny tylko za wykazane doświadczenie, które w sposób całkowity spełniało warunki opisane w kryterium. Za częściowe spełnienie wymogów przyznawał 0 pkt.

Ponadto Zamawiający wskazał, iż przyzna dwa punkty za każdy udział w realizacji projektu polegający na pełnieniu funkcji Głównego Inspektora (tj. Koordynatora czynności wykonywanych przez inspektorów nadzoru inwestorskiego w zakresie różnych specjalności) przy realizacji inwestycji w fazie realizacji i odbioru o wartości co najmniej 3.000.000,00 zł brutto.

Wykonawca ZDI Sp. z o.o. w pkt 11 formularza ofertowego zawierającym informacje o doświadczeniu personelu wykonawcy w zakresie dotyczącym doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia zgodnie z pkt XIII 2 SIWZ wskazał na stanowisko Głównego Inspektora Panią B.R. podając 10 inwestycji, przy realizacji których ww. osoba brała udział. W poz. 5 i 7 formularza ofertowego wykonawca ZDI Sp. z o.o. podał, iż ww. osoba wykonywała czynności koordynatora nadzoru inwestorskiego w różnych specjalnościach w fazie realizacji i odbioru oraz inspektora nadzoru w branży konstrukcyjno – budowlanej odpowiednio przy: pkt 5) dostosowaniu do aktualnych przepisów ppoż budynku Starostwa Powiatowego w Lublinie przy ulicy Spokojnej – Inwestor Starosta Powiatu Lubelskiego – 2016 – 2017 o wartości inwestycji powyżej 3 mln zł brutto oraz pkt 7) modernizacji budynku Szkoły Podstawowej wraz z budową hali sportowo – widowiskowej z łącznikiem tj. 2 salami lekcyjnymi i zapleczem socjalno – technicznym w Woli Gałęzowskiej gm. Bychawa – 2013 – 2014 (prace wykonywane na czynnym obiekcie) o wartości inwestycji powyżej 4 mln zł brutto.

Za najkorzystniejszą w ww. postępowaniu Zamawiający uznał ofertę wykonawcy ZDI Sp. z o.o., która otrzymała 72,16 pkt, w tym 20 punktów w kryterium pozacenowym. Z kolei oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert z 71,69 pkt w kryterium pozacenowym.

W dniu 1 sierpnia 2018 r. wykonawca ZDI Sp. z o.o. złożył Zamawiającemu poświadczony przez Zamawiających, tj. Gminę Bychawa oraz Powiat Lubelski referencje potwierdzające, że inwestycje wskazane w pkt. 5 i 7 formularza ofertowego podczas realizacji których Pani B.R. pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego branży konstrukcyjno – budowlanej wraz z koordynacją branż spełniają warunki postawione przez Zamawiającego w SIWZ.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy ZDI Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania, jako podmiotu, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, jak również zarzut dotyczący błędnej oceny oferty ww. wykonawcy w kryterium „doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia”, dla którego Odwołujący nie wskazał podstawy prawnej w treści odwołania, zdaniem składu orzekającego Izby, nie potwierdził się.

Istota przedmiotowej sprawy sprowadzała się do oceny, czy wykonawca ZDI Sp. z o.o. w poz. 5 i 7 formularza ofertowego w zakresie doświadczenia personelu wykonawcy ocenianego w ramach kryteriów oceny ofert przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Zdaniem Odwołującego wartość inwestycji, o której mowa w punkcie 5 wykazu doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Głównego Inwestora była znacząco niższa niż wymagane przez Zamawiającego 3 mln złotych brutto. Z kolei w zakresie inwestycji wskazanej w punkcie 7 wykazu doświadczenia Odwołujący podnosił, iż wykonanie modernizacji budynku Szkoły Podstawowej w Woli Gałęzowskiej oraz budowy hali sportowej przy Szkole Podstawowej w Woli Gałęzowskiej stanowiło dwie odrębne inwestycje, wykonywane przez różnych wykonawców, wyłonionych w różnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz finansowane z różnych źródeł.

W świetle powyższych okoliczności Odwołujący stał na stanowisku, iż działanie wykonawcy ZDI Sp. z o.o. należy ocenić co najmniej jako lekkomyślność, ponieważ podanie nieprawdziwych informacji w zakresie ww. pozycji formularza ofertowego nie tylko mogło, ale

w okolicznościach przedmiotowej sprawy miało wpływ na wynik postępowania, a zatem wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący, jako alternatywny, podniósł zarzut błędnej oceny oferty ww. wykonawcy w kryterium – doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia, co też winno skutkować obniżeniem punktacji ofercie wykonawcy o 4 punkty.

Izba wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej możliwe jest w przypadku łącznego wystąpienia okoliczności, o których mowa w tej regulacji. Powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania znajdzie zatem zastosowanie, jeżeli wykonawcy będzie można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązań.

Ponadto w kontekście rozpoznawanej przez Izbę sprawy należy odkodować zwrot „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego”. Izba wskazuje, że za informacje wprowadzające w błąd zamawiającego uważa się takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego zamawiającego. Ponadto do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty.

W tym miejscu podkreślić należy, iż zastosowanie przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, może mieć miejsce w sytuacji, gdy niezgodność oświadczeń wykonawcy z rzeczywistym stanem rzeczy jest jednoznaczna, zaś wymagania określone przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia są jasne i nie podlegają odmiennym interpretacjom (tak KIO w wyroku z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt: KIO 2481/17).

Uwzględniając powyższe rozważania prawne wskazać należy, iż Zamawiający badał oferty wykonawców w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert opierając się wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy zawartym w treści formularza ofertowego. Następnie zauważyć należy, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zdefiniował pojęcia inwestycji, którym posłużył się w punkcie XIII 2 SIWZ dotyczącym sposobu oceny ofert w ramach kryterium pozacenowego.

W ocenie Izby odmienne rozumienie przez wykonawców tych samych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wobec braku nadania im znaczenia przez zamawiającego w dokumentacji postępowania nie może prowadzić do stwierdzenia, iż wykonawca w wyniku lekkomyślności czy niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w toku postępowania. Zgodnie bowiem z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej wszelkie wątpliwości, niejasności czy też błędy wynikające z treści dokumentacji postępowania nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy ubiegającego się o dane zamówienie publiczne, w tym wpływać na jego status w postępowaniu.

Zdaniem składu orzekającego Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie sposób przyjąć za jedyne słuszne rozumienie pojęcia inwestycji prezentowane przez Odwołującego, który owe pojęcie utożsamiał z jedną umową zawartą pomiędzy inwestorem a generalnym wykonawcą, wyłonionym w ramach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i finansowaną z jednego źródła.

W opinii Izby skoro bowiem Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie zdefiniował tegoż pojęcia, dopuszczalnym było jego szerokie rozumienie. Nie można tym samym podzielić stanowiska Odwołującego, jakoby wykonawca ZDI Sp. z o.o. w sposób nieuprawniony zsumował wartości różnych inwestycji wskazanych w pozycji 5 i 7 formularza ofertowego, po to aby ich łączna wartość określona przez Zamawiającego w specyfikacji przekraczała wysokość 3 milionów złotych brutto. Wskazać także należy, iż brak jest definicji legalnej „inwestycji” w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2018 r. poz. 1202 ze zm.), do której referował Odwołujący. Biorąc pod uwagę powyższe nie sposób podważyć stanowiska Przystępującego i Zamawiającego, iż pod omawianym pojęciem można rozumieć sumę nakładów wydatkowanych na dany przedmiot, która wieńczy całość prac służących wspólnemu celowi w jego szerokim znaczeniu, czy też danemu zamierzeniu inwestycyjnemu.

Za szczególnie istotne dla rozpoznania niniejszej sprawy Izba uznała złożone przez wykonawcę ZDI Sp. z o.o. dokumenty w postaci referencji wystawionych przez Wschodnią Dyskrecję Inwestycji WDI Sp. z o.o. na rzecz p. B.R., potwierdzone przez podmioty, na rzecz których wykonywane były sporne usługi, tj. przez przedstawicieli Powiatu Lubelskiego oraz Gminy Bychawa. Dokumenty te poświadczają należyte wykonanie kwestionowanych przez Odwołującego usług, o których mowa w poz. 5 i 7 formularza ofertowego oraz wartość ww. inwestycji powyżej 3 mln złotych brutto, jako inwestycji nadzorowanych przez ww. osobę w charakterze koordynatora czynności wykonywanych przez inspektorów nadzoru inwestorskiego. Podkreślić również należy, iż Odwołujący w toku postępowania

odwoławczego przed Izbą nie podważał wiarygodności referencji potwierdzonych przez podmioty będące końcowymi odbiorcami usług.

W końcu odnosząc się do argumentacji Odwołującego w zakresie ewentualnej omyłki pisarskiej zawartej w ofercie wykonawcy ZDI Sp. z o.o. dotyczącej wskazania, iż inwestycja, o której mowa w punkcie 5 formularza ofertowego realizowana była w latach 2016 – 2017, podczas gdy jak podał wykonawca ZDI Sp. z o.o. w piśmie z dnia 16 lipca 2018 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 8 sierpnia 2018 r.) w istocie była realizowana w latach 2014 – 2017 Izba stwierdza, że kwestia dat realizacji inwestycji jest kwestią irrelewaną dla oceny oferty wykonawcy ZDI Sp. z o.o. w świetle tego, że Zamawiający nie badał w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert okresu w jakim dana inwestycja była realizowana.

Podsumowując powyższe - w okolicznościach przedmiotowej sprawy – Odwołujący nie wykazał, że wykonawca ZDI Sp. z o.o. przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie doświadczenia Głównego Inspektora, które badane w ramach kryterium oceny ofert mogło mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania, a w konsekwencji by ww. wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Z kolei analiza oświadczenia złożonego przez ZDI Sp. z o.o. w formularzu ofertowym w ww. zakresie prowadzi do wniosku, iż wykonawca dysponował osobą spełniającą wymogi postawione przez Zamawiającego w SIWZ w ramach kryterium pozacenowego, co też determinowało przyznanie ofercie ww. wykonawcy 20 punktów za 10 przedstawionych inwestycji.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 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. z 2018 r. poz. 972 t.j.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: