

WYROK

z dnia 8 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie **3 sierpnia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **20 lipca 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa węzła przesiadkowego – węzeł Zawodzie w ramach zadania inwestycyjnego „Katowicki System Zintegrowanych Węzłów Przesiadkowych – węzeł Zawodzie”* (nr postępowania BZB.271.1.39.2017)

prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Katowice** działającego również w imieniu i na rzecz zamawiającego: **Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Katowicach**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, Construciones y Promociones BALZOLA S.A. z siedzibą w Bilbao, BALZOLA POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

B. BANIMEX sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, AZI-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Miastu Katowice, działającemu również w imieniu i na rzecz zamawiającego Tramwajów Śląskich S.A. z siedzibą w Katowicach: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności – wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: po pierwsze – NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, Construciones y Promociones BALZOLA S.A. z siedzibą w Bilbao, BALZOLA POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, po drugie – BANIMEX sp. z**

o.o. z siedzibą w Będzinie, AZI-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, za przedstawienie zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji odnośnie doświadczenia osoby zaproponowanej do wykonania zamówienia posiadającej uprawnienia w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, przez wskazanie inwestycji, które w rzeczywistości nie odpowiadały opisowi zawartemu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym w ramach kryterium oceny ofert dotyczącego doświadczenia osób dla takiej osoby należało podać w ofercie inwestycje polegające na budowie obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej, w którym występowały elementy o rozpiętości między słupami min. 20 m oraz o powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 2400 m², co miało wpływ na wynik postępowania prowadzonego przez zamawiającego.

2. Kosztami postępowania obciąża **zamawiających Miasto Katowice i Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Katowicach** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie oraz UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim** wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

2.2. zasądza od **zamawiających Miasta Katowic i Tramwajów Śląskich S.A. z siedzibą w Katowicach** na rzecz **odwołującego ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie oraz UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim** wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kwotę **23600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Katowice, działający również w imieniu i na rzecz zamawiającego Tramwajów Śląskich S.A. z siedzibą w Katowicach prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Budowa węzła przesiadkowego – węzeł Zawodzie w ramach zadania inwestycyjnego „Katowicki System Zintegrowanych Węzłów Przesiadkowych – węzeł Zawodzie”* (nr postępowania BZB.271.1.39.2017).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S_061 pod nr 113411 28 marca 2017 r.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

10 lipca 2017 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim, wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia {dalej również: „Konsorcjum ZUE”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, Constructiones y Promociones BALZOLA S.A. z siedzibą w Bilbao, BALZOLA POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia {dalej również: Konsorcjum NDI”}, a także o sklasyfikowaniu oferty Odwołującego na trzecim miejscu, za ofertą złożoną przez BANIMEX sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, AZI-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia {dalej również: „Konsorcjum Banimex”}.

29 lipca 2017 r. Odwołujący wniósł w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności, a także od zaniechania wykluczenia konsorcjów sklasyfikowanych na 1 i 2 miejscu, względnie od nieuzasadnionego przyznania im zawyżonej punktacji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (jeżeli poniżej nie zaznaczono inaczej) {lista zarzutów}:

1. Art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art 7 ust 1 – przez: a) brak wykluczenia Konsorcjum NDI

z postępowania, mimo że Wykonawca ten lekkomyślnie lub niedbale przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, że inwestycja pn. „Rozbudowa Teatru Muzycznego im. Danuty Baduszkowej w Gdyni” spełnia wymogi opisane w pkt 47.2.1 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} odnośnie budowy obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej, co spowodowało przyznanie ofercie konsorcjum NDI pełnej liczby punktów w ramach kryterium „doświadczenie osób”, a tym samym przyznanie konsorcjum MDI najwyższej liczby punktów w ramach wszystkich kryteriów oceny ofert i sklasyfikowanie jej oferty na pierwszym miejscu. Tymczasem przedmiotowa inwestycja nie dotyczyła budowy obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej. b) brak wykluczenia Konsorcjum Banimex z Postępowania, pomimo że Wykonawca ten lekkomyślnie lub niedbale przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, że inwestycja „Budowa mostu stalowego w km 167,561 na linii 068 Lublin – Przeworsk” spełnia wymogi opisane w pkt 47.2.1 lit. b) SIWZ odnośnie a budowy obiektu budowlanego o powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 2400 m², co spowodowało przyznanie ofercie konsorcjum Banimex pełnej liczby punktów w ramach kryterium „doświadczenie osób” i sklasyfikowanie jej na drugim miejscu. Tymczasem przedmiotowa inwestycja nie dotyczyła budowy obiektu budowlanego o powierzchni zabudowy co najmniej 2400 m².

2. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez: a. przyznanie Konsorcjum NDI 30 pkt w ramach kryterium doświadczenie osób za doświadczenie opisane punktem 47.2.1 lit b) SIWZ, a tym samym przyznanie konsorcjum NDI całościowo 100 punktów w ramach kryterium doświadczenie osób (47 SIWZ), co przekłada się (z uwagi na przyjęcie 40% wagi dla kryterium doświadczenie osób) na przyznanie konsorcjum MDI w ramach punktacji ofertowej 40 punktów za to kryterium, co po zsumowaniu z punktacją za cenę spowodowało przyznanie konsorcjum NDI maksymalnej liczby 100 punktów w ramach wszystkich kryteriów oceny ofert. Tymczasem Konsorcjum NDI powinno otrzymać 10 pkt w ramach kryterium doświadczenie osób za doświadczenie opisane punktem 47.2.1 lit. b) SIWZ, a tym konsorcjum NDI winno całościowo otrzymać 80 pkt w ramach kryterium doświadczenie osób, co powinno przełożyć się na przyznanie Konsorcjum NDI w ramach punktacji ofertowej 32 punktów za to kryterium, co po zsumowaniu z punktacją za cenę powinno powodować przyznanie konsorcjum NDI 92 punktów w ramach

wszystkich kryteriów oceny ofert – gdyż osoba wskazana przez Konsorcjum NDI nie posiada doświadczenia dla dwóch inwestycji, a wyłącznie dla jednej, bo w odniesieniu do drugiej ze wskazanych inwestycji nie mamy do czynienia ze spełnieniem przesłanki „budowy obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej”. b) przyznanie Konsorcjum Banimex 30 pkt w ramach kryterium doświadczenie osób za doświadczenie opisane punktem 47.2.1 lit. b) SIWZ, a tym samym przyznanie konsorcjum Banimex całościowo 100 punktów w ramach kryterium doświadczenie osób {47 SIWZ}, co przekłada się (z uwagi na przyjęcie 40% wagi dla kryterium doświadczenie osób) na przyznanie Konsorcjum Banimex w ramach punktacji ofertowej 40 punktów za to kryterium, co po zsumowaniu z punktacją za cenę spowodowało przyznanie konsorcjum Banimex liczby 95,719 punktów w ramach wszystkich kryteriów oceny ofert. Tymczasem Konsorcjum Banimex winno było otrzymać 10 pkt w ramach kryterium doświadczenie osób za doświadczenie opisane punktem 47.2.1 lit. b) SIWZ, a całościowo winno otrzymać 80 pkt w ramach kryterium doświadczenie osób, co powinno przełożyć się na przyznanie konsorcjum Banimex w ramach punktacji ofertowej 32 punktów za to kryterium, co po zsumowaniu z punktacją za cenę powinno powodować przyznanie 87,719 pkt w ramach wszystkich kryteriów oceny ofert – gdyż osoba przez nie wskazana nie posiada doświadczenia dla dwóch inwestycji, a wyłącznie dla jednej, bo w odniesieniu do drugiej ze wskazanych inwestycji nie mamy do czynienia ze spełnieniem przesłanki „powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 2400 m²”

3. Art. 87 ust. 1 – przez poprzez zaniechanie wezwania: a) Konsorcjum NDI do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w odniesieniu do inwestycji pn. „Rozbudowa Teatru Muzycznego im. Danuty Baduszknoej w Gdyni” w zakresie spełnienia przesłanki opisanej w pkt 47.2.1 lit. b) SIWZ, a polegającej na „budowie obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej”; b. Konsorcjum Banimex do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w odniesieniu do inwestycji pn. Budowa mostu stalowego w km 367,562 na linii 068 Lublin - Przeworsk w zakresie spełnienia przesłanki opisanej w pkt 47.2.1 lit. b) SIWZ a polegającej na „budowie obiektu budowlanego o powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 2.400 m²”

{zarzut ewentualny – w sytuacji uznania, że obniżenie punktacji lub wykluczenie ww. wykonawców w niniejszej sprawie musi być poprzedzone wezwaniem ww. wykonawców do wyjaśnienia treści złożonych ofert, a więc, że ww. zarzuty są przedwczesne}

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie

Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz przyznania punktacji.
2. Powtórzenia oceny i wyboru ofert.
3. Wykluczenia Konsorcjum NDI.
4. Wykluczenia Konsorcjum Banimex.
5. {w sytuacji nieuwzględnienia zarzutu uzasadniającego wykluczenie konsorcjum NDI} prawidłowego obliczenia punktacji dla oferty Konsorcjum NDI, czyli przyznania mu 10 punktów w ramach kryterium doświadczenie osób za doświadczenie opisane punktem 47.2.1 lit b) SI W Z, 80 pkt za kryterium doświadczenie osób, czyli 32 pkt za to kryterium, a w sumie – 92 pkt.
6. {w sytuacji nieuwzględnienia zarzutu uzasadniającego wykluczenie Konsorcjum Banimex} prawidłowego obliczenia punktacji dla oferty Konsorcjum Banimex, czyli przyznania mu 10 pkt w ramach kryterium doświadczenie osób za doświadczenie opisane punktem 47.11 lit. b) SIWZ, 80 pkt, czyli 32 pkt za to kryterium, a w sumie – co 87,719 pkt.
7. {w sytuacji uznania, iż przedstawione zarzuty są przedwczesne} wezwania Konsorcjum NDI do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w odniesieniu do inwestycji pn, „Rozbudowa Teatru Muzycznego im. Danuty Baduszkowej w Gdyni” w zakresie spełnienia przesłanki opisanej w pkt 47.2.1 lit. b) SIWZ, a polegającej na „budowie obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej”
8. wezwania Konsorcjum Banimex do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w odniesieniu do inwestycji pn. Budom mostu stalowego w km 167,561 na linii 068 Lublin - Przeworsk w zakresie spełnienia przesłanki opisanej w pkt 47.11 lit. b) SIWZ a polegającej na „budowie obiektu budowlanego o powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 2.400 m²”

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował odnośnie możliwości uzyskania punktów za doświadczenie zaproponowanej do wykonania zamówienia osoby posiadającej uprawnienia w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, że według SIWZ zamawiający miał przyznać punkty jeżeli taka osoba pełniła funkcję kierownik robót lub kierownika budowy na:

– jednej inwestycji polegającej na budowie obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej,

w którym występowały elementy o rozpiętości między słupami min. 20 m oraz o powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 2400 m² – 10 pkt;

– dwóch i więcej inwestycjach polegających na obiekcie budowlanego o konstrukcji stalowej, w którym występowały elementy o rozpiętości między słupami min. 20 m oraz o powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 2400 m² – 30 pkt.

Tym samym można było uzyskać 0 punktów za brak takiej inwestycji, 10 punktów za 1 taką inwestycję lub 30 punktów za dwie lub więcej takich inwestycji.

Odnośnie oferty Konsorcjum NDI Odwołujący podał, że wskazało ono na dysponowanie osobą z odpowiednimi uprawnieniami, która pełniła funkcje kierownika budowy lub kierownika robót na inwestycji polegającej na budowie obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej, gdzie zostały spełnione dalsze wymogi wynikające z SIWZ, a doświadczenie to osoba ta uzyskała w dwóch zadań inwestycyjnych:

- 1) „Doprojektowanie w zakresie projektu wykonawczego i rozbudowa terminalu pasażerskiego w Porcie Lotniczym im. Lecha Wałęsy w Gdańsku”;
- 2) „Rozbudowa Teatru Muzycznego im. Danuty Baduszkowej w Gdyni”.

Odwołujący wskazał, że jak wynika z informacji dotyczących drugiego z ww. zadań inwestycyjnych, nie polegało ono na budowie obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej, ale na budowie obiektu budowlanego o konstrukcji mieszanej (stalowej i żelbetowej), a jako głównej konstrukcji żelbetowej:

– *Architektura obiektu oraz jego funkcja wymusiła zaprojektowanie konstrukcji w technologii mieszanej – występują konstrukcje żelbetowe monolityczne, ze stropami żelbetowymi, zespolonymi oraz konstrukcje stalowe – głównie jako przykrycia projektowanej widowni i sali kameralnej oraz jako podkonstrukcje drugorzędne dla potrzeb mechanizacji teatralnej, podwieszania ustrojów akustycznych oraz pomostów i wież oświetleniowych (ogłoszenie o zamówieniu dot. wykazanej inwestycji).*

– *Główna konstrukcje nośna rozbudowy stanowi ustroi żelbetowy ścianowo-słupowo-belkowy. Projektowany obiekt jest posadowiony bezpośrednio na ławach i stopach żelbetowych, oraz lokalnie na płytach fundamentowych (str. 7 pkt 13 projektu wykonawczego, tom 3 konstrukcja)*

Zdaniem Odwołującego opis ten wskazuje jednoznacznie, że nie mamy do czynienia z budową (rozbudową) obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej, co było wymogiem przyznania punktacji za doświadczenie osób, ale obiektu o konstrukcji mieszanej, a

dokładniej – z obiektem budowlanym o konstrukcji żelbetowej z elementami konstrukcji stalowych (w zakresie dachu).

Dla Odwołującego nie może budzić żadnych wątpliwości, że osoba, która wykonała budowę (rozbudowę) obiektu o konstrukcji mieszanej, nie posiada doświadczenia wymaganego dla wykonania obiektu o konstrukcji stalowej.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił zarówno dosłowność sformułowania wymogu, jak i jego jednoznaczność dla wykonawców będących podmiotami profesjonalnymi. Pojęcie obiektu o konstrukcji stalowej jest pojęciem oczywistym, zrozumiałym dla każdej osoby posiadającej stosowne wykształcenie, nawet bez większego doświadczenia w wykonywaniu zawodu. Dla wykonawców jest oczywiste, że gdy mamy mieć do czynienia z obiektem budowlanym o konstrukcji stalowej, właśnie ta konstrukcja stalowa ma przenosić obciążenia obiektu. Natomiast w tym przypadku konstrukcją nośną jest ustrój żelbetowy.

Odnosnie oferty Konsorcjum Banimex Odwołujący podał, że wskazało ono na dysponowanie osobą ze stosowanymi uprawnieniami, następująco precyzując doświadczenie tej osoby z tytułu pełnienia kierownika budowy na inwestycji polegającej na budowie obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej, w którym występowały elementy o rozpiętości między słupami min. 20 metrów oraz o powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 2400 m²:

- 1) „Budowa mostu stalowego w km 167,561 na linii 068 Lublin – Przeworsk”;
- 2) „Przebudowa wiaduktu drogowego nad linią kolejową PKP Gliwice - Opole w ciągu Alei Jana Nowaka Jeziorańskiego (DK88) w Gliwicach wraz z przebudową dojazdów. Budowa nowej kanalizacji deszczowej, z przejściem pod torami kolejowymi i pod ul. Portową z odprowadzeniem do rz. Kłodnicy, stanowiącej integralną część przebudowywanego wiaduktu”.

Według Odwołującego nie sposób uznać, aby obiekt budowlany w postaci mostu wskazany w ramach inwestycji z pkt 1) powyżej miał powierzchnię zabudowy wynoszącą nie mniej niż 2400 m². Powierzchnia zabudowy to obszar (powierzchnia), którą taki obiekt zajmuje, a z danych jakie są uwidocznione na stronie internetowej Pana W.N. wynika, że most ten miał następujące wymiary: długość całkowita – 209,14 m oraz szerokość całkowita – 7,30 m, co daje po przemnożeniu 1.526,722 m², a więc zasadniczo mniej niż wymagane 2.400 m².

Odwołujący zarzucił, że przesłanki opisane w art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP ziściły się zarówno w odniesieniu do Konsorcjum NDI, jak i Konsorcjum Banimex.

Odnosząc się do pojęcia lekkomyślności oraz niedbalstwa Odwołujący zauważył, że jak można przeczytać chociażby w publikacji autorstwa Hanny Gajewskiej-Kraczkowskiej, M. Wojciechowskiego pt. „Zamówienia publiczne: fakultatywne przestanki wykluczenia”, zamieszczonej w Rzeczpospolitej z 15 listopada 2016 r. w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 17 *nie ma już potrzeby wykazywania zamiaru wykonawcy. Dla zastosowania tego przepisu wystarczy bowiem jego wina nieumyślna. Zgodnie z przytoczonym przepisem, zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (kiedy jest świadomy, że może podać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego jednak nie dojdzie) lub niedbalstwa (podaje nieprawdziwe informacje nawet nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

Tym samym nawet błąd nieświadomy, wywołany z przyczyn niezależnych od wykonawcy, stanowi podstawą do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, o ile błąd ten może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Odwołujący zauważył, że ocena, czy zachowanie miało cechy lekkomyślności lub niedbalstwa musi być dokonywana w odniesieniu do treści art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego {dalej również: „kc”}, a więc z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru wykonawcy (podmiotów składających się na Konsorcjum NDI oraz Konsorcjum Banimex). Profesjonalizm podmiotu, jak wskazuje się w orzecznictwie (por. np. wyrok SN z 22 września 2005 r., sygn. IV CK 100/05) winien przejawiać się w dwóch podstawowych cechach jego zachowania: postępowaniu zgodnym z regułami fachowej wiedzy oraz sumienności. Wzorzec należytej staranności musi, jak już było to wcześniej wskazane, uwzględnić zwiększone oczekiwania co do zawodowych kwalifikacji dłużnika specjalisty, co do jego wiedzy i praktycznych umiejętności skorzystania z niej. Obejmuje również znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (wyrok SA w Poznaniu z 8 marca 2006 r. sygn. I ACa 1018/05).

W konsekwencji według Odwołującego badanie, czy podmiot zobowiązany do postępowania zgodnie z art. 355 § 2 kc spełnił warunki tamże opisane musi być przeprowadzone z uwzględnieniem faktu, że mamy do czynienia z podmiotem, od którego wymaga się działania profesjonalnego, który posiada stosowną wiedzę i który tak winien zorganizować swoją działalność, aby można było mówić o niej w kategoriach profesjonalnej. Co jednakże najważniejsze – w odniesieniu do art. 24 ust. 1 pkt 17 wystarcza samo

niedbalstwo, a więc podanie nieprawdziwych informacji bez jakiegokolwiek zamiaru w wyniku zwykłego błędu.

Odnośnie drugiej z przesłanek wymaganych w art. 24 ust. 1 pkt 17, aby nieprawdziwe informacje wprowadzały zamawiającego z błąd, w tym postępowaniu została ona spełniona, gdyż na ich podstawie (oświadczeń Wykonawców) Zamawiający został wprowadzony w błąd odnośnie dysponowania – zarówno przez Konsorcjum NDI, jak i Konsorcjum Banimex – osobami posiadającymi doświadczenie wymagane według SIWZ dla przyznania maksymalnej liczby punktów. Skoro Zamawiający przyznał Wykonawcom największą liczbę punktów w zakresie pkt 47.2.1 lit. b) SIWZ, z całą pewnością nieprawdziwe informacje przedstawione przez Konsorcjum NDI i Konsorcjum Banimex wprowadziły go w błąd.

Odwołujący stwierdził również spełnienie trzeciej przesłanki opisanej w tym przepisie, aby przedstawione informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Na podstawie otrzymanych informacji Zamawiający uznał, że obaj Wykonawcy posiadają doświadczenie pozwalające im na uzyskanie maksymalnej ilości punktów w zakresie kryterium doświadczenia osób, co spowodowało uplasowanie oferty Konsorcjum NDI na pierwszym miejscu, a Konsorcjum Banimex na drugim miejscu. Gdyby nie nieprawdziwe informacje Wykonawcy nie uzyskaliby ww. liczby punktów, a tym samym nie byłoby umiejscowieni na pierwszym i drugim miejscu.

Ponadto Odwołujący podniósł, że zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w pełni aktualnym po nowelizacjach (por. wyrok z dnia 24 października 2008 r. KIO/UZP 1098/08, wyrok z 20 maja 2016 r. KIO 780/16, wyrok z 15 grudnia 2015 r., KIO 2653/15, wyrok z 11 lutego 2015 r. KIO 177/15, wyrok z 15 lipca 2014 r. KIO 1343/14, wyrok z 25 lipca 2013 r. KIO 1637/13) złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega uzupełnieniu nawet w sytuacji, gdy dokument ten jest dokumentem co do zasady podlegającym uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 pzp. Orzecznictwo pokazuje, w jaki sposób należy oceniać podanie nieprawdy w postępowaniach, w ramach których następuje wydatkowanie środków publicznych, jako powodujące nieodwracalne skutki dla wykonawcy. Uzasadnione jest to koniecznością bezwzględnego stosowania obowiązku eliminacji takiego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący dodał, że w tej sprawie i tak przedmiotowe oświadczenia nie podlegają uzupełnieniu, a to z uwagi na okoliczność, że odnoszą się do kryterium oceny ofert, przesądzając o liczbie punktów przyznanych wykonawcy.

24 lipca 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły w formie pisemnej zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez Konsorcjum NDI i Konsorcjum Banimex.

Wobec dokonania tych zgłoszeń w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

1 sierpnia 2017 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie (datowana na 31 lipca 2017 r.), w której Zamawiający oświadczył, że odwołanie podlega oddaleniu w odniesieniu do oferty Konsorcjum NDI, a uwzględnieniu w odniesieniu do oferty Konsorcjum Banimex.

Zamawiający podał w pierwszej kolejności, że w związku z zarzutami odwołania pismami z 21 lipca 2017 r. zwrócił się do obu konsorcjów o wyjaśnienia.

Według Zamawiającego skoro określił, że przyzna punkty za dysponowanie osobą posiadającą doświadczenie na inwestycjach polegających na budowie obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej (nie zastrzegając, że musi to być obiekt w całości o konstrukcji stalowej), należało przyznać Konsorcjum NDI również punkty za doświadczenie w inwestycji polegającej na rozbudowie teatru, gdzie, jak wynika z opisu projektu wykonawczego w budowie zadaszania widowni teatru, konstrukcja stalowa o rozpiętości między słupami min. 20 m opiera się na dźwigarach stalowych, które są głównym elementem nośnym zadaszania.

Zamawiający dodał, że przedmiotem zamówienia jest wiata peronowa obejmująca zasięgiem budynek i część terenu wokół niego, w tym perony komunikacji tramwajowej, którą zaprojektowano jako stalową w konstrukcji przestrzennej ze stali. Natomiast słupy zamocowano przegubowo w fundamencie – stopach żelbetowych zbrojonych dwukierunkowo prętami stalowymi. Tak więc wszyscy wykonawcy, którzy wykazali, że dysponują osobą posiadającą doświadczenie przy inwestycjach polegających na budowie obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej, w których również wykonywano elementy żelbetowe, otrzymali punkty w kryterium oceny ofert.

Zamawiający podał, że Konsorcjum Banimex oświadczyło jakoby powierzchnia zabudowy wynosiła 10.300,48 m², nie wyjaśniając, w jaki sposób została obliczona taka powierzchnia zabudowy.

Zamawiający wskazał, że powierzchnię zabudowy według § 8 ust. 2 pkt 9 rozporządzenia w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego należy liczyć zgodnie z normą PN-ISO 9836:1997, aktualnie zastąpioną przez PN-ISO 9836:2015. Według definicji tam zawartej przez powierzchnię zabudowy rozumie się powierzchnię terenu zajęta przez budynek w stanie wykończonym, wyznaczaną przez rzut wymiarów zewnętrznych budynku na powierzchnię terenu.

Zamawiający dodał, że według wynikających ze str. 19 projektu budowlanego w rozdziale 3.2. „Przebudowa mostu”, który jest dostępny jako załącznik do ogłoszenia o zamówieniu dla wykonania robót budowlanych dla zadania, na które powołało się Konsorcjum Banimex, danych powierzchnia zabudowy wynosi tyle, ile podano w odwołaniu.

Na posiedzeniu przed Izbą Zamawiający wycofał się z uznania za zasadne zarzutów dotyczących Konsorcjum Banimex.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępujących, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, dalszym piśmie odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpień i dalszym piśmie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, która wedle kryteriów oceny może się okazać najkorzystniejsza. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi zaniechania wykluczenia lub przyznania zawyżonej liczby punktów ofertom, które zostały przez Zamawiającego sklasyfikowane wyżej, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba uznała następujące okoliczności za istotne dla sprawy:

Po pierwsze, odnośnie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Sformułowanie „inwestycja polegająca na budowie obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej, w którym występowały elementy o rozpiętości pomiędzy słupami min. 20 m oraz o powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 2400 m²” z opisu sposobu oceny w kryterium doświadczenia osób dla kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych (część IX s.i.w.z. pkt 47 lit. b) jest niemal tożsame ze sformułowaniem „zamówienie polegające na budowie obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej, w którym występowały elementy o rozpiętości pomiędzy słupami min. 20 m oraz o powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 2400 m²” użytym w ramach opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej wykonawcy (część III s.i.w.z. pkt 14 ppkt 2 pkt I lit. c). Zatem znajduje tu zastosowanie powszechnie uznawana zasada interpretacyjna, że takie same sformułowania użyte w tekście prawnym należy rozumieć w taki sam sposób.

Tymczasem z punktu widzenia reguł znaczeniowych języka polskiego sformułowanie „obiekt budowlany o konstrukcji stalowej” należy rozumieć jako odnoszące się do obiektu budowlanego w całości o takiej konstrukcji.

Kierując się tymi regułami wyłącznie sformułowania typu „obiekt budowlany o konstrukcji w większości stalowej”, „obiekt budowlany o konstrukcji częściowo stalowej” czy „obiekt budowlany o konstrukcji stalowo-żelbetowej” odnoszą się do desygnatów, którymi są obiekty budowlane o konstrukcji nie w całości stalowej, przy czym tylko w przypadku ostatniego sformułowania wiadomo, że drugim elementem konstrukcji jest żelbet.

Analogicznie uważał Zamawiający, gdy w ramach wyjaśnień treści specyfikacji z 27 kwietnia 2017 r. na pytanie oznaczone nr 248 lit. b, na pytanie, czy przez sformułowanie użyte w ramach opisu warunku udziału uznaje, że cała konstrukcja musi być stalowa, udzielił

odpowiedzi twierdzącej. Należy zaznaczyć, że druga ewentualność sugerowana przez pytającego (aby dla spełnienia warunku wystarczające było wybudowanie obiektu, w ramach którego występowały stalowe elementy konstrukcyjne o rozpiętości powyżej 20 m) była w istocie wnioskiem o taką zmianę warunku, aby możliwe było wykazanie zamówienia polegającego na budowie obiektu budowlanego o konstrukcji ramowej, w której dźwigary o konstrukcji stalowej oparte na słupach żelbetowych (na taką konstrukcję wprost wskazano w treści pytania).

Ponadto skoro Zamawiający udzielił takich wyjaśnień treści s.i.w.z., oczywiste jest, że nie widział potrzeby wprowadzania żadnych zmian, a wprowadzone przez siebie określenie uważał za jednoznaczne i precyzyjne.

Niespójna z powyższym stanowiskiem jest argumentacja przyjęta bezkrytycznie przez Zamawiającego w ślad za otrzymanymi po wniesieniu odwołania wyjaśnieniami Konsorcjum NDI, jakoby udzielenie powyższej odpowiedzi wyłącznie w odniesieniu do sformułowania użytego w ramach opisu warunku uniemożliwiało egzekwowanie przy ocenie ofert takiego samego znaczenia analogicznego sformułowania użytego w ramach opisu kryterium oceny ofert. Samo zadanie pytania przez wykonawcy nie świadczy o tym, że jakieś postanowienie było obiektywnie niejasne lub niejednoznaczne, często pytania, tak jak w tym przypadku, zmierzają *de facto* do uzyskania zmiany treści s.i.w.z., na co Zamawiający nie wyraził zgody. Innymi słowy miarą jasności i jednoznaczności treści s.i.w.z. nie są pytania wykonawców, którzy często są zainteresowani zmianą tej treści według własnych interesów, ale zobiektywizowane według reguł znaczeniowych języka polskiego znaczenie konkretnych sformułowań.

Ponadto Izba stwierdza, że z brzmienia przywołanych na wstępie niemal tożsamy sformułowań wynika jednoznacznie, że wykonany w ramach inwestycji czy zadania (jedyna różnica pomiędzy opisem warunku i kryterium, która jednak nie ma żadnego znaczenia dla sprawy) obiekt budowlany o konstrukcji stalowej ma się cechować, po pierwsze – rozpiętością pomiędzy słupami min. 20 m, po drugie – powierzchnią zabudowy nie mniejszą niż 2400 m² (*obiekt budowlany, w którym...*) *De facto* zatem konstrukcja stalowa obiektu budowlanego miała cechować się skalą skwantyfikowaną przez wymaganą rozpiętość słupów i powierzchnią zabudowy, którą Zamawiający uznał za adekwatne wymaganie w stosunku do konstrukcji stalowej wiaty peronowej objętej tym zamówieniem.

W tym kontekście zmiana stanowiska Zamawiającego pod wpływem otrzymanych od Konsorcjum Banimex po przesłaniu odpowiedzi na odwołanie wyjaśnień jest niezrozumiała, gdyż wyjaśnienia te zasadzają się na błędnym i nieznajdującym oparcia w brzmieniu

przywołanych na wstępie postanowień s.i.w.z. twierdzeniu, że owe kwantyfikatory, w tym powierzchnia zabudowy, odnoszą się do inwestycji, a nie do obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej. Konsekwencją przyjęcia takiego oczywiście błędnego założenia przez Konsorcjum Banimex jest uznanie przez nie, że może wykazać powierzchnię zabudowy nie mostu o konstrukcji stalowej, a całej inwestycji, wynoszącą ponad 10 tys. m².

Konsorcjum Banimex nie było przy tym konsekwentne, gdyż jednocześnie twierdzi, że powierzchnia zabudowy wykonanego w ramach tej inwestycji obiektu budowlanego wyniosła 4.681,66 m², co stanowi zsumowanie powierzchni zabudowy samego mostu (1527,76 m²) i umocnień brzegów rzeki (3153,9 m²). Cytuje ponadto wynikającą z art. 3 okt 1 Prawa budowlanego definicję, zgodnie z którą przez budowlę należy rozumieć każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak: m.in. mosty, a także części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni jądrowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny i urządzenia jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów składających się na całość użytkową, nie wyjaśniając jednak, w jaki sposób miałyby to przemawiać za uznaniem, że most i umocnienia brzegów stanowią jeden i ten sam obiekt budowlany. Zauważyć należy, że druga część przywołanej definicji odnosi się do odrębnych od wymienionej na wstępie kategorii obiektów budowlanych, do których zalicza się mosty, części budowlanych urządzeń technicznych (druga kategoria) oraz fundamentów pod maszyny i urządzenia jako odrębnych pod względem technicznym części przedmiotów składających się na całość użytkową (trzecia kategoria).

Ze specyfikacji wynika ponadto, że ustalenie punktacji w kryterium doświadczenia miało nastąpić wyłącznie w oparciu o zapewnienie wykonawcy o posiadaniu przez poszczególne osoby wymaganego doświadczenia składane w ramach pkt 10 formularza ofertowego, w tym w lit. b) w odniesieniu do osoby posiadającej uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, że pełniła funkcję kierownika robót lub kierownika budowy na inwestycji polegającej na budowie obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej, w którym występowały elementy o rozpiętości pomiędzy słupami min. 20 m oraz o powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 2400 m, ze wskazaniem gdzie dana osoba nabyła doświadczenie {porównanie treści części IX pkt 47 i załącznika nr 1 do s.i.w.z.}.

Po drugie, odnośnie treści ofert Konsorcjum NDI i Konsorcjum Banimex.

W formularzach ofert zawarły one nieprawdziwe informacje odnośnie spełniania

następującego elementu kryterium oceny ofert doświadczenia wykazywanego dla osoby posiadającej uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń:

- budowy obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej w odniesieniu do rozbudowy Teatru Muzycznego im. Danuty Baduszkowej w Gdyni, gdyż rozbudowa dotyczyła wykonania konstrukcji stalowej przykrycia widowni dla budynku o konstrukcji żelbetowej (Konsorcjum NDI);
- budowie obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej o powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 2400 m², gdyż powierzchnia zabudowy mostu stalowego zbudowanego w km 167,561 na linii 068 Lublin – Przeworsk wynosiła 1.526,722 m².

Izba stwierdziła również, że ponieważ rzeczywisty stan rzeczy wynika m.in. z dokumentacji zgłoszonej w postępowaniu odwoławczym jako dowody przez Przystępujących, dopuścili się oni co najmniej rażącego niedbalstwa składając Zamawiającemu powyższe nieprawdziwe zapewnienia.

Po trzecie, odnośnie wpływu powyższych informacji na decyzje podjęte przez Zamawiającego.

Poza wszelkim sporem jest fakt, że Zamawiający w oparciu o powyższe nieprawdziwe informacje przyznał punktację, co spowodowało, że oferta Konsorcjum NDI została wybrana jako najkorzystniejsza, a oferta Konsorcjum Banimex została sklasyfikowana na drugim miejscu.

Ponadto Izba ustaliła, że w odniesieniu do warunku udziału dotyczącego doświadczenia wymaganego od wykonawcy Zamawiający egzekwował od wszystkich wykonawców, aby zamówienia polegały na budowie obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej, co świadczy o tym, że było to możliwe również w odniesieniu do kryterium oceny ofert.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawi informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba uznała za celowe odwołanie się do linii orzeczniczej wypracowanej na tle poprzednio obowiązującego art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, według którego z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp wynikało zatem, że wykluczenie na tej podstawie wykonawcy z postępowania możliwe jest w razie łącznego zaistnienia dwóch przesłanek: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe, czyli nieodpowiadające rzeczywistości informacje, po drugie – informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, czyli na wybór oferty najkorzystniejszej.

Art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp (podobnie jak aktualnie obowiązujący art. 24 ust. 1 pkt 17) nie ustala jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w przypadku informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego również na gruncie wskazanego przepisu ustawy pzp adekwatny jest {na co Krajowa Izba Odwoławcza wskazała uprzednio w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 372/10} pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. (sygn. akt II CKN 1095/99; opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Hipoteza art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp obejmuje takie nieprawdziwe informacje, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Przy czym rozróżnienie poczynione w brzmieniu przepisu służy wyłącznie usunięciu wątpliwości, że jego zastosowanie obejmuje także nieprawdziwe informacje składane w postępowaniach wieloetapowych na etapie kwalifikacji podmiotowej. W takim przypadku, w odróżnieniu od postępowań jednoetapowych lub etapu złożenia oferty, takie nieprawdziwe informacje co

najwyżej mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Reasumując, w zależności od trybu postępowania lub etapu, na którym się aktualnie znajduje nieprawdziwe informacje albo mają wpływ albo mogą mieć wpływ na jego wynik. Podobnie hipoteza aktualnie obowiązującego art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp wskazuje na informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania, czyli na podejmowane przez niego w tym postępowaniu czynności.

Z obu powyżej wyszczególnionych przesłanek traktowanych łącznie wynika z kolei związek przyczynowo-skutkowy, polegający na tym, że nieprawdziwe informacje wypaczyły lub mogą wypaczyć wynik postępowania, który przedstawiałby się inaczej, gdyby wykonawca nie podał nieprawdziwych informacji, a zamawiający nie wziął ich pod uwagę jako odpowiadających rzeczywistości stanowi rzeczy.

Wskazywano, że wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp powinna być dokonywana przy uwzględnieniu treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.; dalej: „dyrektywa 2004/18/WE” lub „dyrektywa”). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można było wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji.

Porównanie z pierwszą przesłanką art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp prowadziło do wniosku, że hipoteza przywołanego przepisu dyrektywy obejmuje zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym w obu przypadkach ma to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Z kolei wpływ nieprawdziwych informacji na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp można uznać za przesłankę odpowiadającą poważnemu wprowadzeniu w błąd zamawiającego, o którym mowa w przepisie dyrektywy. W zakresie tych przesłanek, pomimo różnic sformułowań, interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp w zgodzie z przepisem dyrektywy nie budziła większych wątpliwości.

Jednakże art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, w odróżnieniu od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, wprost odwoływał się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. Konieczność uwzględnienia tej przesłanki przy stosowaniu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp potwierdzało orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych.

W orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp z uwzględnieniem art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE zajęto również stanowisko,

że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) wskazał, że przepis ten ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z powyższego Sąd wywiódł, że nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd.

O ile nie budziło wątpliwości w orzecznictwie Izby, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy klasycznej, wymaga przypisania winy wykonawcy, o tyle wskazywano, że przepis dyrektywy nie zawęża postaci tej winy wyłącznie do winy umyślnej (zamiaru bezpośredniego i ewentualnego). Stąd nie ma podstaw, aby wyłączać spod zakresu zastosowania tej podstawy wykluczenia przypadków poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwymi informacjami złożonymi w wyniku niedbalstwa wykonawcy.

Wskazywano również, że należy wziąć pod uwagę stanowisko, jakie zajął Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej. Ta ostatnia w prowadzonym przez siebie na podstawie rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1; z późn. zm) wykluczyła tych wykonawców na podstawie 94 lit. b tego rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji. Sąd stwierdził, że w przypadku gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru

oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. (...) Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego... {por. pkt 75 i 119 wyroku}.

Zwracano uwagę, że co prawda powyższy wyrok dotyczył stosowania przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak treść przepisu art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego, tak jak art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, odwołuje się do winy wykonawcy (kandydata) składającego nierzetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy. Wydawało się więc uzasadnione, aby winę, o której mowa w obu tych przepisach dotyczących analogicznej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, interpretować w taki sam sposób.

Reasumując, dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp konieczne było stwierdzenie, że: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, po drugie – stanowiło to poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, po trzecie – wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa.

Wskazywano, że w praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż wymaga dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Natomiast wykonawca z łatwością może uwolnić się od odpowiedzialności oświadczając, że nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd, a podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem omyłki lub też niesprawdzenia informacji uzyskanej od podmiotu trzeciego.

Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od

właściwego dla niej miernika należytej staranności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03}. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02}. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Powyższe stanowisko było prezentowane m.in w uzasadnieniach wyroków wydanych: 11 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 177/15), 27 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 491/15), 13 stycznia 2016 r. (sygn. akt KIO 2809/15), 26 stycznia 2016 r. (sygn. akt KIO 1/16), 17 maja 2016 r. (sygn. akt KIO 673/15) czy 24 czerwca 2016 r. (sygn. akt KIO 1010/16).

Powyższe stanowisko okazało się słuszne w świetle udzielonej przez Trybunał w wyroku z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 odpowiedzi na pytanie, czy art. 45 ust 2 lit. g) dyrektywy 2004/18, wskazujący, że z postępowania można wykluczyć wykonawcę winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, można interpretować w ten sposób, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, uznając, że winą we wprowadzeniu w błąd jest samo przekazanie instytucji zamawiającej informacji niezgodnych ze stanem faktycznym, a mających wpływ na decyzję instytucji zamawiającej w zakresie wykluczenia wykonawcy (i odrzucenia jego oferty) niezależnie od tego, czy wykonawca dokonał tego umyślnie i celowo, czy też z winy nieumyślnej, poprzez lekkomyślność, niedbalstwo lub niezachowanie należytej staranności? Według Trybunału artykuł 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18, umożliwiający wykluczenie z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy „winnego poważnego” wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania żądanych przez instytucję zamawiającą informacji, należy interpretować w ten sposób, że przepis ten można zastosować, jeżeli dany wykonawca dopuścił się pewnego stopnia niedbalstwa, a mianowicie niedbalstwa mogącego mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia

zamówienia publicznego, bez względu na to, czy stwierdzone zostanie umyślne naruszenie przepisów przez tego wykonawcę.

Dodać należy, że powyższe rozważania odnośnie interpretacji przesłanki winy pozostają tym bardziej aktualne w kontekście art. 57 ust. 4 lit. h obowiązującej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 94, str. 65), który również operuje kategorią wykonawcy winnego poważnego wprowadzenia w błąd, jak sprecyzowano dalej, przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów potwierdzających.

Izba zważyła, że w tej sprawie Przystępujący nie przedstawili żadnych okoliczności, które pozwalałyby na przyjęcie, że złożenie przez nich nieprawdziwych informacji odnośnie punktowanego doświadczenia nie miało charakteru zawinionego. W szczególności wyrażone dopiero po wniesieniu odwołania stanowisko odnośnie rozumienia mających znaczenie w sprawie postanowień s.i.w.z. Izba uznała za element taktyki procesowej, a nie rzeczywiste wykazanie, że obiektywnie profesjonalista na rynku zamówień dotyczących zamówień publicznych mógł interpretować te postanowienia specyfikacji wbrew ich literalnemu brzmieniu. Podobnie jak zgłoszone na rozprawie dowody mające rzekomo wykazać, że również Odwołujący rozumiał postanowienia s.i.w.z. w ten sposób, czemu przeczą stanowisko i dowody przedstawione na rozprawie przez Odwołującego odnośnie wykazanych przez niego inwestycji.

Odnosnie art. 26 ust. 3 pzp w kontekście podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp skład orzekający Izby podziela stanowisko, wyrażone uprzednio wielokrotnie w orzecznictwie Izby w kontekście uprzednio obowiązującego art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, że nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania nie można zastępować inną informacją prawdziwą. Jeżeli wykonawca winny jest poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawierają błędy dotyczące braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna. Należy zauważyć, że ustawa pzp statuuje odrębne i niezależne od siebie podstawy wykluczenia z postępowania, a zatem wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełniania

warunków udziału w postępowaniu nie zawsze musi się wiązać z wykluczeniem za niewykazanie spełniania tych warunków. Odmienne stanowisko oznaczałoby również, że w ramach przesłanki wpływu na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 17 pzp mieści się badanie, czy wykonawca składający nieprawdziwą informację był już wzywany do uzupełnienia dokumentów. W konsekwencji prowadziłoby to do takiej interpretacji normy art. 24 ust. 2 pkt 17 pzp, zgodnie z którą nie podlega wykluczeniu wykonawca (winny poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego), który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli uczynił to po raz pierwszy tzn. nie był wzywany do zastąpienia nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnianie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnianie tego warunku. Interpretacja taka jest nie do zaakceptowania z punktu widzenia naczelnych zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp, zgodnie z którym zamawiający ma przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Podobnie w stanie faktycznym tej sprawy nie można premiować składania nieprawdziwych informacji odnośnie elementów ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert przez przyznanie punktacji z ich pominięciem, czyli przyznając liczbę punktów odpowiadającą stanowi rzeczy wynikającym z prawdziwych informacji zawartych w ofercie. Takie postępowanie również naruszałoby zasady wynikające z art. 7 ust. 1 pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: