Sygn. akt KIO 2725/20

WYROK
z dnia 17 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Magdalena Grabarczyk
Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2020 r. przez wykonawcę INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o. w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Kujawsko-Pomorskie - Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego w Toruniu działające przez Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne sp. z o. o. w Toruniu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BBC Best Building Consultans sp. z o.o. sp.k. w Warszawie i Ł. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BBC Best Building Consultans Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. w Żyrardowie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz wykonawcy GRAPH'IT Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o. w Gdańsku i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o. w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o. w Gdańsku na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BBC Best Building Consultans sp. z o.o. sp.k. w Warszawie i BBC Best Building Consultans Nadzory i Ł. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Doradztwo Budowlane Ł. Z. w Żyrardowie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset sześćdziesiąt 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 (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Toruniu.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 2725/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Kujawsko-Pomorskie - Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego w Toruniu działające przez Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne sp. z o. o. w Toruniu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa" lub „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest rozbudowa i modernizacja Zespołu Głównego Centrum Onkologii w Bydgoszczy w zakresie działalności podstawowej: diagnostyki i leczenia. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 18 maja 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 096-229796. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania w związku z czym 23 października 2020 r. wykonawca INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o. w Gdańsku wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 ustawy przez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów ustawy;
2) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BBC Best Building Consultans sp. z o.o. sp.k. w Warszawie i Ł. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BBC Best Building Consultans Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. w Żyrardowie dalej jako: „Konsorcjum BBC Best Building Consultans", którzy w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu - tj. w zakresie doświadczenia Pana M. S. wskazanego do pełnienie funkcji projektanta i osoby sprawdzającej branży sanitarnej (gazy medyczne), które to doświadczenie stanowiło warunek udziału w postępowaniu;
3) art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór oferty Konsorcjum BBC Best Building Consultans, pomimo że wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania

ewentualnie:

4) art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum BBC Best Building Consultans, który to wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu - poprzez podanie nieprawdziwych informacji w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Pana M. S. wskazanego do pełnienie funkcji projektanta i osoby sprawdzającej branży sanitarnej (gazy medyczne)

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum BBC Best Building Consultans;
2) przeprowadzenie ponownej oceny i badania ofert;
3) wykluczenie z postępowania Konsorcjum BBC Best Building Consultans;
4) wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wywodził, że Konsorcjum BBC Best Building Consultans wprowadziło w błąd zamawiającego, gdyż Pan M. S. wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego uzyskał dopiero w dniu 1 września 2015 r., co przesądza, iż na dzień składania ofert, tj. na dzień 19 czerwca 2020 r., Pan M. S. nie posiadał wymaganego dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale III ust. 2, pkt 3), lit. b) tiret 4

specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „SIWZ", minimalnego 5-letniego doświadczenia w wykonywaniu zawodu projektanta. Podniósł, że niezbędnym jest, aby rozpoczęcie wykonywania zawodu projektanta rozpoczęło się najpóźniej w dniu 19 czerwca 2015 r. Zgodnie bowiem z art. 6 ust. 1 ustawy z 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa prawo wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz samodzielnego projektowania przysługuje wyłącznie osobom wpisanym na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, tzn. izby architektów lub izby inżynierów budownictwa. Podobnie na mocy art. 12 ust. 7 ustawy z 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, podstawą do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie stanowi wpis, w drodze decyzji, do centralnego rejestru osób posiadających uprawnienia budowlane oraz - zgodnie z odrębnymi przepisami - wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez tę izbę, z określonym w nim terminem ważności. Tymczasem wpis na listę właściwego samorządu Pan M. S. uzyskał dopiero 1 września 2015 r.

Konsorcjum BBC Best Building Consultansprzystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wykonawca GRAPH'IT Sp. z o.o. w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Przystępujący zachowali termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Wnieśli odpowiednio o oddalenie odwołania i o uwzględnienie odwołania.

4 października 2020 r. zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, w związku z czym Konsorcjum BBC Best Building Consultans wniosło sprzeciw.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale III ust. 2 pkt 3) lit. b) tiret 4 SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców dysponowaniaprojektantem i osobą sprawdzającą branży sanitarnej (gazy medyczne), z aktualnym wpisem na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego i minimum 5-letnim doświadczeniem zawodowym. Informację w tym zakresie wykonawca powinien złożyć w wykazie osób, którego wzór stanowił załącznik nr 3 do SIWZ.
Termin składania ofert upływał 19 czerwca 2020 r.
Zamawiający najwyżej ocenił ofertę Konsorcjum BBC Best Building Consultans i działając na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp wezwał do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi celem wykazania spełniania warunku opisanego w rozdziale III ust. 2 pkt 3) lit. b) tiret 4 SIWZ Konsorcjum BBC Best Building Consultans wskazałona stanowisko projektanta w specjalności instalacyjnej - sanitarnej (gazy medyczne) Pana M. S. Podano, że posiada on uprawnienia do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych nr LOD/2686/PWOS/15 oraz 5 lat doświadczenia zawodowego. KonsorcjumBBC Best Building Consultans opisało doświadczenie Pana S. wskazując projekty referencyjne i daty ich realizacji.

Pismem z 8 września 2020 r. zamawiający zwrócił się do Konsorcjum BBC Best Building Consultanso wyjaśnienia dotyczące doświadczenia Pana M. S.. Wskazał, że z podanych inwestycji nie wynika spełnienie wymaganego minimum pięcioletniego doświadczenia zawodowego, gdyż część przedstawionych projektów pokrywa się w czasie z innymi projektami.

W odpowiedzi Konsorcjum BBC Best Building Consultans oświadczyło, że PanM. S. spełnia wymagania w zakresie minimum 5 lat doświadczenia zawodowego dla stanowiska Projektanta z uprawnieniami bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej-sanitarnej (gazy medyczne), Oświadczył, że przez omyłkę wskazał realizacje, które pokrywały się w czasie z innymi wskazanymi projektami - zostały one z wykazu usunięte (choć są one neutralne dla wykazu), a wykaz uzupełniono o dodatkowe posiadane przez projektantów doświadczenie. Konsorcjum BBC Best Building Consultans złożyło nowy wykaz, w którym doświadczenie zawodowe Pana S. opisało w następujący sposób:

1. Projekt budowy budynku hotelowo - usługowego z częścią gastronomiczną, konferencyjno - rekreacyjną oraz basenem - 12.06.2015 r. - 23.09.2015 r.
2. Projekt instalacji sanitarnych dla budynku usługowego, zamieszkania zbiorowego w Tuszynie 05.09.2015 r. - 11.03.2016 r.
3. Projekt budowlano - wykonawczy budynku magazynowo – biurowo warsztatowego w Częstochowie 20.02.2016 - 09.06.2016 r.
4. Projekt wykonawczy remontu części budynku szkolnego w Łodzi - 27.05.2016 r. - 21.07.2016 r.
5. Projekt budowlany budynku mieszkalnego wielorodzinnego w Łodzi - 20.07.2016- 20.11.2017 r.
6. Budowa wielofunkcyjnego obiektu dla uczelni wyższej w Zabrzu, 28.04.2017 r. -15.06.2018 r.
7. Projekt budowlany instalacji centralnego ogrzewania, wody lodowej, wentylacji, instalacji wody i kanalizacji dla budynku w Kielcach 08.06.2018 r. - 20.02.2019 r.
8. Budowa hali magazynowej z towarzyszącymi obiektami i infrastrukturą w Pawlikowicach 04.01.2019 r. - 28.06.2019 r.
9. Przebudowa budynku (koszarowy) Poznań - 04.06.2019 r. - 19.06.2020 r.

Po otrzymaniu tych wyjaśnień zamawiający wybrał ofertę Konsorcjum BBC Best Building Consultans, o czym poinformował 14 października 2020 r.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp stanowi, że zamawiający wyklucza z udziału w postępowaniu wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp zamawiający wyklucza z udziału w postępowaniu wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Lektura obu przepisów pozwala na wyodrębnienie przesłanek, które w danych okolicznościach faktycznych powinny zostać wykazane łącznie. Są nimi wprowadzenie w błąd zamawiającego, zawinione przez wykonawcę, które nastąpiło dla wywołania określonego skutku oraz dotyczy informacji mających znaczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Choć zakres przedmiotowy wymienionych przesłanek różni się w obu przepisach, elementem wspólnym art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp jest wprowadzenie w błąd zamawiającego. Polega ono na podaniu przez wykonawcę informacji niezgodnych z rzeczywistością, które w praktyce określa się jako nieprawdziwe informacje. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99 pojęcie „prawda„ rozumiane jest jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z "faktami" i "danymi"). Wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Odniesienie tego poglądu do badanego postępowania jasno wskazuje, że zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp uznać należy za całkowicie chybione. Żaden z faktów wskazanych przez Konsorcjum BBC Best Building Consultans dotyczących doświadczenia Pana M. S. nie jest niezgodny z rzeczywistością. Odwołujący kwestii zgodności oświadczeń dotyczących faktów związanych z doświadczeniem Pana M. S. nie uczynił podstawą zarzutów. Odwołujący zarzuty naruszenia przepisów ustawy opiera na dokonanej przez siebie wykładni warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale III ust. 2 pkt 3) lit. b) tiret 4 SIWZ.

W tej mierze Izba zważyła, że *conditio sine qua non* wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp jest zrozumiały i jednoznaczny opis wymagań zawartych w SIWZ. Jeśli postanowienia SIWZ mogą być wykładane w różny sposób, nie można przypisać winy wykonawcy, który działając z należytą starannością opiera się na jednej z interpretacji.

W okolicznościach sprawy wymaganie zamawiającego w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko projektanta w specjalności instalacyjnej-sanitarnej (gazy medyczne) nie zostało zredagowane jednoznacznie. W rozdziale III ust. 2 pkt 3) lit. b) tiret 4 SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców dysponowania projektantem i osobą sprawdzającą branży sanitarnej (gazy medyczne), z aktualnym wpisem na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego i minimum 5-letnim doświadczeniem zawodowym. O ile nie można mieć wątpliwości, co do posiadania przez projektanta aktualnego wpisu na stosowną listę samorządu zawodowego, o tyle wymaganie posiadania doświadczenia zawodowego mogą być rozumiane jako okres posiadania uprawnień budowlanych lub okres wpisania do okręgowej izby inżynierów budownictwa lub okres rzeczywistego wykonywania funkcji projektanta w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane, czy szeroko rozumiany okres pracy w budownictwie związany z wykonywaniem czynności projektanta. Potwierdza to pismo Łódzkiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z 30 października 2020 r. złożonego przez zamawiającego do akt sprawy. Ponieważ zamawiający nie określił ani terminu początkowego, od którego należy liczyć okres wymaganego doświadczenia, ani też nie sprecyzował go co do przedmiotu Izba uznała, że brak jest podstaw do przyjmowania restrykcyjnej wykładni prezentowanej przez odwołującego. Niejasne postanowienia SIWZ nie powinny być bowiem wykładane na niekorzyść wykonawców, którzy przyjmują odmienną niż zamawiający racjonalną wykładnię tych postanowień.

Odwołujący twierdził, że Pan M. S. wpis na listę samorządu zawodowego uzyskał 1 września 2015 r. Z powołanego pisma Łódzkiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z 30 października 2020 r. wynika, że Pan S. legitymuje się decyzją Komisji z dnia 12 czerwca 2015 r. o nadaniu uprawnień budowlanych do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacje i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych o numerze ewidencyjnym LOD/2686/PWOS/15, która jest ostateczna od 17 lipca 2015 r. Od 1 września 2015 r. Pan M. S. został wpisany na listę członków pod numerem ewidencyjnym (członkowskim) ŁOD/IS/0186/15. Pierwszy projekt wskazany w poczet jego doświadczenia w wykazie osób był wykonywany w okresie od 12 czerwca 2015 r. do 23 września 2015 r. Izba uznała zatem, że Pan M. S. posiada doświadczenie wymagane przez zamawiającego, rozumiane jako wykonywanie czynności projektanta lub związanych z projektowaniem.

Skoro odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, wybór złożonej przez niego oferty był prawidłowy i nie naruszał art. 91 ust. 1 Pzp. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp nie został uzasadniony przez odwołującego i został uznany za niepotwierdzony.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł, zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 oraz § 3 pkt 2 lit. b 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)

Przewodniczący:.....