

WYROK
z dnia 6 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Comfort-Therm Ł. K., Wróblewo-Osiedle 11/17, **09-152 Naruszewo [pełnomocnik]** i [2] **Comfort-Therm Sp.**

z o.o. z siedzibą w Płońsku, ul. Piaskowa 9B, 09-100 Płońsk w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Naruszewo, Naruszewo 19A, 09-152 Naruszewo

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie:

- 1) **unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy SGW Budownictwo W. S. Sp. K. z siedzibą ul. Idalińska 53, 26-600 Radom (dalej - wykonawca SGW) jako oferty najkorzystniejszej;**
- 2) ponownego badania i oceny złożonych ofert;
- 3) w konsekwencji ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gmina Naruszewo, Naruszewo 19A, 09-152 Naruszewo i:

- 3.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Comfort-Therm Ł. K., Wróblewo-Osiedle 11/17, 09-152 Naruszewo [pełnomocnik]** i **[2] Comfort-Therm Sp. z o.o. z siedzibą w Płońsku, ul. Piaskowa 9B, 09-100 Płońsk** tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2) zasądza od zamawiającego **Gmina Naruszewo, Naruszewo 19A, 09-152 Naruszewo** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Comfort-Therm Ł. K., Wróblewo-Osiedle 11/17, 09-152 Naruszewo [pełnomocnik]** i **[2] Comfort-Therm Sp. z o.o. z siedzibą w Płońsku, ul. Piaskowa 9B, 09-100 Płońsk** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów 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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Płocku**.

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Naruszewo, Naruszewo 19A, 09-152 Naruszewo wszczął postępowanie na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego na »Wymianę urządzeń grzewczych w ramach lokalnych źródeł ciepła wraz z termomodernizacją budynków oraz Instalacją OZE celem ograniczenia „niskiej emisji” w gminie Naruszewo«.

19.02.2020r. zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nrem

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

22.05.2020r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy SGW Budownictwo W. S. Sp. k. z siedzibą w Radomiu, ul. Idalińska 53, 26-600 Radom.

27.05.2020r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] Comfort- Therm Ł. K., Wróblewo-Osiedle 11/17, 09-152 Naruszewo [pełnomocnik] i [2] Comfort-Therm Sp. z o.o. ul. Piaskowa 9B, 09-100 Płońsk (dalej odwołujący), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1)czynność wyboru oferty wykonawcy SGW Budownictwo W. S. Sp. K. z siedzibą ul. Idalińska 53, 26-600 Radom (dalej wykonawca „SGW”) jako najkorzystniejszej;
- 2)zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy SGW z postępowania;
- 3)czynność wezwania wykonawcy SGW do dokonania procedury „samooczyszczenia” w trybie art. 24 ust. 8 Pzp;
- 4)zaniechania dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ważnych i niepodlegających odrzuceniu ofert.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

- 1)art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w związku z art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SGW z postępowania oraz zaniechanie uznania oferty wykonawcy SGW za odrzuconą, pomimo że wykonawca SGW w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz pomimo że wykonawca SGW w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;
- 2)art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 24 ust. 8 Pzp przez bezpodstawne i wielokrotne wezwanie wykonawcy SGW do dokonania procedury „samooczyszczenia”;
- 3)art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy SGW jako najkorzystniejszej oferty oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty spośród pozostałych ważnych i niepodlegających odrzuceniu ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu aby zamawiający:

- 1)unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy SGW jako oferty najkorzystniejszej;
- 2)dokonał ponownego badania i oceny złożonych ofert;
- 3)wykluczył wykonawcę SGW z postępowania z przyczyn wskazanych w odwołaniu oraz uznał ofertę wykonawcy SGW za odrzuconą;
- 4)w konsekwencji dokonał ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

W związku z zastosowaniem w postępowaniu przez zamawiającego tzw. procedury odwróconej pozwoli odwołującemu na dalsze kwestionowanie czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu i wnoszenie kolejnych środków ochrony prawnej. Odwołujący zwrócił jednak szczególną uwagę, że z udostępnionej przez zamawiającego w 25.05.2020 r. dokumentacji postępowania wynika wprost, że tylko 3 wykonawcy (odwołujący, wykonawca SGW oraz wykonawca LEBART B. Ł. i wspólnik Sp. J.) złożyli oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą (z zastrzeżeniem, że w ocenie odwołującego wykonawca SGW uczynił to nieskutecznie, o czym mowa szerzej w ostatnim zarzucie uzasadnienia odwołania), co powoduje, że po wykluczeniu wykonawcy SGW z postępowania to właśnie oferta odwołującego uplasuje się najwyżej w rankingu oceny, spośród ważnych ofert.

Przez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności zamawiający doprowadził do sytuacji, w której odwołujący

utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów Pzp niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 Pzp KIO powinna uwzględnić odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego, bądź innej oferty niż oferta wykonawcy SGW, jako najkorzystniejszej, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

Odwołujący 22.05.2020 r. otrzymał od zamawiającego drogą elektroniczną „ZAWIADOMIENIE O PONOWNY WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY”. Zgodnie z ww. informacją zamawiający ponownie wybrał ofertę wykonawcy SGW jako najkorzystniejszą ofertę. Natomiast oferta złożona przez odwołującego została sklasyfikowana na 4 miejscu w rankingu ofert.

Odwołanie jest wnoszone 27.05.2020 r., co oznacza, że odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp kopia odwołania została przesłana zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania.

Odwołujący wskazuje, że odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia nie przekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 Pzp odwołanie uznać należy za dopuszczalne.

Na wstępie odwołujący wskazał, że zamawiający w postępowaniu dwukrotnie dokonywał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający po raz pierwszy dokonał wyboru oferty wykonawcy SGW jako najkorzystniejszej zawiadomieniem z 3.04.2020 r. Po dokonaniu tej czynności odwołujący skierował do zamawiającego pismo z zastrzeżeniami lub zarzutami do czynności dokonanych przez zamawiającego, w efekcie czego zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzeniu czynności badania i oceny ofert (zawiadomienie z 27.04.2020 r.). Następnie zamawiający dwukrotnie, pismem z 27.04.2020 r. oraz pismem z 08.05.2020 r., wystosował do wykonawcy SGW wezwanie zatytułowane jako wezwanie do udzielenia wyjaśnień (szczegółowa treść wezwań zostanie omówiona poniżej), a w konsekwencji 18.05.2020 r. ponownie zastosował procedurę odwróconą i wezwał wykonawcę SGW do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania. W efekcie dokonanych czynności zamawiający 22.05.2020 r. zawiadomił o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty.

I. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy

SGW z postępowania oraz zaniechanie uznania oferty wykonawcy SGW za odrzuconą, pomimo że wykonawca SGW w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, oraz pomimo że wykonawca SGW w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, odwołujący stwierdził należy, co następuje:

1. Zgodnie z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp zamawiający w treści SIWZ sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

„Wykonawca zobowiązany jest wykazać osoby, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia publicznego, posiadające uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi:

a) w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń - 1 osoba (osoba ta będzie pełnić funkcję kierownika budowy),

b) w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych - 1 osoba,

c) w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych - 1 osoba

(Załącznik nr 7 do SIWZ)".

W odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wykonawca SGW złożył wykaz osób (datowany na 30.03.2020 r.) wraz z kopią posiadanych przez te osoby uprawnień budowlanych dla każdej z branż.

Wykaz ten został zakwestionowany przez odwołującego. Odwołujący w piśmie z 8.04.2020r. podniósł, że osoby wskazane w poz. 1 wykazu (p. F. W.) i poz. 3 wykazu (p. D. M.) nie spełniają ww. warunku udziału w postępowaniu, bowiem posiadają uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie. Ponadto, w odniesieniu do osoby wskazanej w poz. 1 wykazu osób wykonawca SGW podał wykształcenie jako „wyższe” pomimo, że wskazana osoba jest technikiem budownictwa, a zatem posiada wykształcenie techniczne - średnie. Szczegółowe uzasadnienie tego zarzutu, wraz z orzecznictwem, znajduje się w piśmie odwołującego z 8.04.2020 r.

2. Jak już wyżej wskazano, po wniesieniu przez odwołującego pisma z 8.04.2020 r. zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i przystąpił do ponownego badania i oceny złożonych ofert.

27.04.2020r. zamawiający wystosował do wykonawcy SGW wezwanie do udzielenia wyjaśnień, z prośbą o ustosunkowanie się do kwestii zakresu uprawnień budowlanych panów F. W. i D. M. oraz do kwestii wykształcenia p. F. W. . Treść przedmiotowego wezwania stanowi zał. nr 6 do dowołania. Co istotne, zamawiający wzywając do udzielenia wyjaśnień poprosił wykonawcę SGW o „jednoznaczne wskazanie, czy w załączonych dokumentach został popełniony błąd”.

Pismem z 30.04.2020 r. (zał. nr 7 do dowołania) wykonawca SGW już na wstępie oświadczył zamawiającemu, że w przekazanych mu uprzednio dokumentach, w szczególności wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia, został popełniony błąd. Dalej wykonawca SGW wskazał, że „błędna interpretacja oceny uprawnień wynikała z niewiedzy dotyczącej zakresu, jaki upoważnia kierownika robót do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie” (...). „Powyższe wprowadziło w błąd osoby przygotowujące dokumenty dla zamawiającego i na skutek niedostatecznego sprawdzenia powyższych informacji przed dniem złożenia dokumentów według wezwania zamawiającego z 30.03.2020 r. doprowadziło do przekazania niewłaściwych informacji”.

3. Wykonawca SGW w złożonej ofercie jednoznacznie oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (Załącznik nr 4 do SIWZ, datowany na 3.03.2020 r.) oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania (Załącznik nr 5 do SIWZ, datowany na 3.03.2020 r.). Następnie w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego wykonawca SGW przedstawił wykaz osób zawierający osoby nie spełniające warunku udziału w postępowaniu w zakresie - poz. 1 (p. F. W.), poz. 3 (p. D. M.), posiadające uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie, dodatkowo z błędną informacją o wykształceniu „wyższym” p. F. W. . Okoliczności te zostały wprost przyznane przez wykonawcę SGW w wyjaśnieniach złożonych pismem z 30.04.2020 r.

W świetle tych informacji, w szczególności właśnie wyjaśnień pochodzących od wykonawcy SGW, nie ma żadnych wątpliwości, że informacje przedstawione przez wykonawcę SGW w złożonych wraz z ofertą oświadczeniach (Załącznik nr 4 i 5 do SIWZ), jak również w złożonym później Wykazie osób, są niezgodne z prawdą i wprowadzają w błąd, gdyż w rzeczywistości wykonawca SGW nie wykazał dysponowania osobami spełniającymi warunek udziału w postępowaniu.

Zestawienie oświadczenia złożonego przez wykonawcę SGW w ofercie (Załącznik nr 4 do SIWZ) z wyjaśnieniami oraz dokumentami przedstawionymi przez wykonawcę SGW zarówno w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego (procedura odwrócona - złożenie Wykazu osób), jak i drugie wezwanie (do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp) nie pozostawia żadnych wątpliwości, że wykonawca SGW przedstawił informacje nieprawdziwe, tj. niezgodne z obiektywnie istniejącą rzeczywistością. Gdyby wykonawca SGW przedstawił informacje na temat zakresu uprawnień budowlanych ww. dwóch osób i wykształcenia p. W. zgodnie z prawdą, to nie wykazałby spełniania warunku. Wykonawca SGW składając ofertę wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu i jednocześnie przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Zamawiający bowiem na podstawie nieprawdziwych informacji przedstawionych przez wykonawcę SGW uznał (podjął decyzję), że wykonawca SGW spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej i że tym samym nie podlega wykluczeniu z postępowania.

4. W okolicznościach sprawy nastąpiło spełnienie wszystkich trzech przesłanek wykluczenia zgodnie z art. 24 ust. 1

pkt 16 Pzp. Odnosnie przesłanki 1 odwołujący wskazał, że przez wprowadzenie w błąd zamawiającego przy przedstawieniu informacji należy rozumieć w szczególności przekazanie przez wykonawcę informacji, w wyniku których zamawiający pozostaje w błędnym przekonaniu co do rzeczywistego stanu rzeczy. Błędne postrzeganie przez zamawiającego określonych okoliczności musi zatem bezpośrednio wynikać z zachowania wykonawcy (tak w wyroku KIO 2056/17). W wyniku przedstawienia w ofercie oświadczenia wg Załącznika nr 4 do SIWZ zamawiający pozostawał w błędnym przekonaniu co do spełnienia przez wykonawcę SGW warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, pomimo, że w rzeczywistości wykonawca SGW składając ofertę przetargową tego warunku nie spełniał.

Co do przesłanki 2, to nie sposób przyjąć, że składając ofertę i wypełniając oświadczenie wg Załącznika nr 4 do SIWZ, a następnie składając Wykaz osób, wykonawca SGW nie wiedział, że osoby, które zamierza skierować do realizacji zamówienia nie posiadają wymaganych uprawnień budowlanych. Okoliczności sprawy nie pozostawiają żadnych wątpliwości, że wykonawca SGW chciał wprowadzić zamawiającego w błąd, podając, przez złożenie oświadczenia w Załączniku nr 4 oraz Wykazie osób, nieprawdziwe informacje, mimo że wykonawca SGW miał (a przynajmniej powinien mieć) pełną wiedzę w kwestii zakresu uprawnień budowlanych i wykształcenia osób wskazanych w wykazie. W ocenie odwołującego wykonawca SGW działał świadomie, a składając nieprawdziwe informacje w oświadczeniu oraz Wykazie osób chciał uniknąć wykluczenia z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp).

Co do przesłanki 3, to błąd, w który został wprowadzony zamawiający, dotyczy informacji co do spełniania warunków udziału w postępowaniu.

5. W ocenie odwołującego zachowanie wykonawcy SGW wypełnia też przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Wykonawca SGW co najmniej nie dołożył należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazuje, że jeśli nawet przyjąć, że wykonawca SGW nie działał w sposób zamierzony, to niewątpliwie zachowanie wykonawcy SGW cechowało co najmniej niedbalstwo, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Wykonawca SGW powinien był dochować należytej staranności wymaganej od przedsiębiorców składających oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Złożenie Załącznika nr 4 do SIWZ oraz Wykazu osób zawierających oświadczenia w sposób tak dalece odbiegający od rzeczywistości należy uznać za zachowanie zdecydowanie odbiegające od obowiązującego w tym zakresie miernika należytej staranności, co w konsekwencji należy ocenić co najmniej jako niedbalstwo.

W ocenie odwołującego wykonawca SGW miał pełną świadomość tego, że w rzeczywistości nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Niemniej jednak wykonawca SGW przedstawił informacje (w oświadczeniu i Wykazie osób) wskazujące, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i spełnia warunek udziału w postępowaniu, chcąc oczywiście uniknąć wykluczenia z postępowania, przez co wprowadził w błąd zamawiającego i w istotny sposób wpłynął na decyzję zamawiającego, że nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Co istotne, do błędu przyznał się sam wykonawca SGW w swoich wyjaśnieniach złożonych 30.04.2020 r., wskazując na swoją niewiedzę w zakresie przepisów prawa budowlanego i aktów wykonawczych odnoszących się do podziału i zakresu uprawnień budowlanych. W kontekście brzmienia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp warto zauważyć, że jest także stwierdzenie wykonawcy SGW, że jego działanie „nie prowadziło do celowego wprowadzenia w błąd zamawiającego”.

Wreszcie, na konieczność wykluczenia wykonawcy SGW z postępowania wskazują wprost słowa użyte przez samego zamawiającego w jego kolejnym wezwaniu - z 8.05.2020 r. (zał. nr 8 do odwołania), cyt.: „Udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia pismem z 30.04.2020r. dają podstawę do wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp”.

W tych okolicznościach za bezprawne odwołujący uznał działanie zamawiającego, który wysyłał kolejne wezwania do wykonawcy SGW i zmierzał do ponownego wyboru oferty wykonawcy SGW jako najkorzystniejszej.

6. Niezależnie od powyższego odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający pismem z 18.05.2020r. wezwał wykonawcę SGW do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie

warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania (zał. nr 9 do odwołania). W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca SGW pismem z 19.05.2020 r. (zał. nr 10 do odwołania) przedstawił m.in. Wykaz osób, w treści którego w pozycjach nr 1 i 3 wskazał dwie nowe osoby - p. A. G. oraz p. M. O.

. Odwołujący zwrócił uwagę, że zastępowanie informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą jest niedopuszczalne na gruncie przepisów Pzp, co potwierdza liczne i jednolite orzecznictwo KIO.

Z uzupełnionego Wykazu osób nie wynika spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Spełnianie warunków udziału w postępowaniu powinno ocenian się wg stanu na dzień, w którym upłynął termin składania ofert. Złożony, zmodyfikowany Wykaz osób został sporządzony 19.05.2020 r. (co samo w sobie nie jest zarzutem odwołującego), przedstawia dwie nowe osoby ujawnione dopiero na etapie składania zamawiającemu wyjaśnień, dla których to osób jako podstawę dysponowania wskazano umowę zlecenie. Jednak ani z treści Wykazu osób, ani z innego dokumentu złożonego w odpowiedzi na wezwanie z 18.05.2020 r., nie wynika, że wykonawca SGW dysponował tymi osobami (zawarł z nimi umowy zlecenia) już w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Zatem z uzupełnionego Wykazu osób nie wynika spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co powoduje dodatkowo wypełnienie przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

II Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 8 przez bezpodstawne i wielokrotne wezwanie wykonawcy SGW do dokonania procedury „samooczyszczenia”, stwierdzić należy, co następuje:

7. Stosownie do przepisu art. 24 ust. 8 Pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5 Pzp, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

Uprzedzając ewentualną argumentację zamawiającego, że przed wykluczeniem wykonawcy z postępowania należy umożliwić wykonawcy skorzystanie z instytucji przewidzianej w art. 24 ust. 8 Pzp, czyli z tzw. samooczyszczenia [SO], odwołujący wskazał, że warunkiem niezbędnym dla zastosowania instytucji SO jest uprzednie, samodzielne i dobrowolne przyznanie przez wykonawcę SGW faktu, że popełnił delikt, którego ma dotyczyć SO. Takie przyznanie powinno nastąpić przez zamieszczenie odpowiednich informacji np. w ofercie bądź oświadczeniu lub dokumencie złożonym po upływie terminu składania ofert, lecz przed wyborem oferty, a nie dopiero wskutek wniesienia pisma (zastrzeżeń) bądź odwołania przez konkurencyjnego wykonawcę po wyborze najkorzystniejszej oferty, co więcej wyłącznie z inicjatywy i na wezwanie zamawiającego.

Ponieważ wykonawca SGW nie wskazał ani w ofercie, ani w jakimkolwiek momencie przed dokonaniem pierwszego wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej (3.04.2020 r.), że ma do niego zastosowanie przesłanka wykluczenia opisana w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17

Pzp, a ponadto z własnej inicjatywy nie opisał czynności podjętych przez wykonawcę SGW w celu „samooczyszczenia”, to tym samym pozbawił się możliwości skorzystania z dobrodziejstwa art. 24 ust. 8 Pzp. W związku z powyższym działanie zamawiającego polegające *de facto* na wezwaniu wykonawcy SGW do dokonania „samooczyszczenia” (pismo z 27.04.2020 r.) oraz umożliwieniu wykonawcy SGW przedstawienia dowodów na podjęcie środków gwarantujących jego rzetelność, należy ocenić krytycznie. Działanie to zostało dokonane z naruszeniem powołanych wyżej przepisów Pzp.

8. Z ostrożności procesowej oraz przyjmując hipotetycznie, że zamawiający miał prawo dopiero na tym etapie postępowania przetargowego wezwać i umożliwić wykonawcy SGW dokonanie samooczyszczenia, odwołujący stwierdził, że wykonawca SGW zadaniu temu nie sprostał. Odwołujący podkreślił, że zamawiający w wezwaniu z 27.04.2020 r. wyraźnie wskazał, na czym polega procedura samooczyszczenia, a w szczególności wskazał na obowiązek przedstawienia „wiarygodnych i wysokiej jakości dowodów, potwierdzających uczciwość i solidarność wykonawcy”. Tymczasem wykonawca SGW w odpowiedzi na to wezwanie nie podjął żadnej sensownej próby dokonania samooczyszczenia, nie wspominając już o przedstawieniu stosownych dowodów na tę okoliczność. Za takie działanie nie może być uznane wskazanie przez wykonawcę SGW nowych dwóch osób w pozycjach 1 i 3 Wykazu osób, złożenie „dowodów” w postaci uprawnień budowlanych tych osób, ani też lakoniczne stwierdzenie, że wykonawca SGW jest

„podmiotem rzetelnym, wiarygodnym, uczciwym i gwarantującym solidność” oraz wskazanie, że „wobec naszego przedsiębiorstwa od dnia rozpoczęcia działalności nie zastosowano żadnej z przesłanek wykluczenia, w szczególności podlegającej art. 24 ust. 8 i 9 Pzp”. „Podmiana” osób na nowe oraz umieszczenie w piśmie dwóch krótkich zdań wyjaśnienia nie stanowi procedury samooczyszczenia w rozumieniu art. 24 ust. 8 Pzp.

Za naruszające przepisy Pzp odwołujący uznał wezwanie zamawiającego wystosowane do wykonawcy SGW pismem z 8.05.2020 r. Zamawiający w piśmie tym po raz kolejny wezwał do złożenia wyjaśnień „związanych z podaniem nieprawdziwych danych wprowadzających zamawiającego w błąd” (co już samo w sobie dobitnie podkreśla fakt istnienia przesłanki wykluczenia wykonawcy SGW z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp), jak również do ponownego przedstawienia dowodów i dokonania tzw. samooczyszczenia przez wykonawcę SGW.

Abstrahując od tego, że procedura samooczyszczenia nie mogła zostać w ogóle zastosowana, w szczególności ze względów podanych w pkt 8 powyżej, to dwukrotne wzywanie przez zamawiającego do dokonania samooczyszczenia nie wytrzymuje krytyki. Taki sposób procedowania nie znajduje oparcia w przepisach Pzp, stanowi nierówne traktowanie wykonawców i świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób, który nie gwarantuje zachowania uczciwej konkurencji. W efekcie, odpowiedź udzielona przez wykonawcę SGW (zał. nr 11 do odwołania) na drugie wezwanie do dokonania „samooczyszczenia” jest nieskuteczna i nie może przesądzać o braku istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy SGW z postępowania. Można odnieść wrażenie, że zamawiający stosował procedurę wezwań „do skutku”, tak aby za wszelką cenę dokonać wyboru oferty wykonawcy SGW jako najkorzystniejszej.

III Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy SGW jako najkorzystniejszej oferty oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, odwołujący stwierdził:

Zarzut stanowi konsekwencję zarzutów postawionych i opisanych powyżej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Ponieważ, jak to zostało wykazane, zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę SGW z postępowania i uznać jego ofertę za odrzuconą, to w konsekwencji zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę powinien wybrać kolejną ofertę w rankingu. Taką ofertą będzie właśnie oferta odwołującego, gdyż wykonawca P.H.U. PREMIUM M. P. oraz wykonawca Defero Sp. z o.o. nie przedłużyli terminu związania złożonej oferty. Jeśli chodzi zaś o przedłużenie terminu związania ofertą przez wykonawcę SGW, to wykonawca ten - zdaniem odwołującego - nie złożył skutecznie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Z informacji uzyskanej od zamawiającego drogą elektroniczną 27.05.2020 r. wynika, że oświadczenie wykonawcy SGW dotyczące wydłużenia terminu związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu 9.04.2020 r. stanowi wydruk skanu w formacie PDF z wiadomości e-mail. Pismo w oryginale wpłynęło do siedziby urzędu 20.04.2020 r.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonawca jest związany ofertą przez okres 30 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, który został wyznaczony na 11.03.2020 r. Termin związania złożoną przez wykonawcę SGW ofertą upływał zatem 9.04.2020 r.

Forma porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami została opisana w rozdz. VII ust. 1 SIWZ. Zamawiający wskazał tam wyraźnie, że komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywać się będzie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną na adres e-mail: ale jedynie w zakresie wskazanym postanowieniami SIWZ tj. zapytania, wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, wnioski o przekazanie protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia).

Złożenie oświadczenia o przedłużenie terminu związania ofertą nie mieści się w katalogu zakreślonym przez zamawiającego w rozdz. VII ust. 1 pkt 1c SIWZ, zatem przesłanie go emailiem w formie skanu w świetle postanowień SIWZ jest nieskuteczne. Ponieważ oświadczenie wykonawcy SGW we właściwej formie dotarło do adresata dopiero 20.04.2020 r., brak jest zachowania ciągłości terminu związania ofertą wykonawcy SGW. Mamy zatem do czynienia z przesłanką określoną w art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 27.05.2020 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 29.05.2020 r. (art. 185 ust. 1 in initio

Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 31.07.2020 r. (art. 186 ust. 1 Pzp).
Argumentacja zamawiającego: Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy - Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w związku z art. 24 ust. 4 Pzp - przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy

SGW z postępowania oraz zaniechanie uznania oferty wykonawcy SGW za odrzuconą, pomimo że wykonawca SGW w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz pomimo że wykonawca SGW w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu - zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów«.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia«.

Przepis art. 24 ust. 4 Pzp brzmi »Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą«.

Izba stwierdza, że zamawiający w SIWZ zgodnie z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp wymagał cyt. aby wykonawca wykazał »[...] osoby, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia publicznego, posiadające uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi« w odpowiednich specjalnościach. Wykonawca SGW przedstawił takie osoby, ale niemające odpowiednich uprawnień, gdyż wykonawca SGW nie wziął pod uwagę zmian z 1994 r. w prawie budowlanym i kubatury budynku przekraczającej 1000 m³. Na pewno takie tłumaczenie wykonawcy SGW nie może być wzięte pod uwagę, gdyż zapewne nie można tłumaczyć swojej omyłki zmianami w Prawie budowlanym sprzed ponad 25 lat. Również nie wzięcie pod uwagę kubatury budynku przeznaczonego do wykonania zamówienia nie można potraktować jako zachowania w pełni profesjonalnego. Takie mylne podejście do zamówienia do zamówienia może się kwalifikować jako naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, tym bardziej gdy zamawiający wzywa do przedstawienia jakiegokolwiek dokumentu (w tym przypadku do przedstawienia wykazu osób) wykonawca musi ze szczególną wnikliwością zastanowić się nad sporządzeniem najważniejszego dokumentu, aby spełnić pod każdym względem wymagania zamawiającego. W tym przypadku wykonawca SGW nie sprostął wezwaniu i przedstawił wykaz osób niespełniający warunku w zakresie

posiadania właściwych uprawnień budowlanych. Dlatego czynność zamawiającego w zakresie oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zakwalifikowania oferty wykonawcy SGW do badania i oceny ofert nie może być uznana za czynność dokonaną właściwie i z tego powodu Izba musi uwzględnić zarzut pierwszy.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 24 ust. 8 Pzp - przez bezpodstawne i wielokrotne wezwanie wykonawcy SGW do dokonania procedury „samooczyszczenia” - zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że procedura samooczyszczenia powinna być inicjowana przez samego wykonawcę, a nie po wezwaniu przez zamawiającego do wyjaśnień czy uzupełnień oferty. To sam zamawiający na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp powinien wskazać swoje niedoskonałości i dowodnie wykazać jak te elementy u siebie wyeliminował, aby w przyszłości nie mogły one mieć miejsca.

Art. 24 ust. 8 Pzp brzmi »Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie [art. 14] ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5 [Pzp], może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu«. Wobec tego Izba musi przychylić się do zarzutu drugiego.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp - przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy SGW jako najkorzystniejszej oferty oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty spośród pozostałych ważnych i niepodlegających odrzuceniu ofert - zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SGW na etapie oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i późniejszy wybór oferty tego wykonawcy podczas badania i oceny ofert nie może być poczytany jako zgodny z art. 91 ust. 1 Pzp. Przepis ten brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. W związku z tym Izba uwzględnia również zarzut trzeci.

Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, art. 24 ust. 4 i 8 Pzp.
Z powyższych przyczyn uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: