

WYROK

z dnia 18 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2020 r. przez wykonawcę: Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Katowicką Infrastrukturę Wodociągowo-Kanalizacyjną Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach

przy udziale wykonawcy: TKS Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego zastosowanie i wykluczenie odwołującego z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp pomimo, że odwołujący nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie doświadczenia wskazanego w ofercie kierownika budowy i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą oraz dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Katowicką Infrastrukturę

Wodociągowo-Kanalizacyjną Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę:

Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o.
z siedzibą w Rudzie Śląskiej, tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego: Katowickiej Infrastruktury Wodociągowo

- Kanalizacyjnej Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach na rzecz wykonawcy:
Zakładu Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o.
z siedzibą w Rudzie Śląskiej kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy
tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania
odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 Katowicach.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 675/20

UZASADNIENIE

Katowicka Infrastruktura Wodociągowo-Kanalizacyjna Sp. z o.o. z siedzibą
w Katowicach - dalej „zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego
postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest:
Uporządkowanie systemu odprowadzania wód opadowych w zlewni ul. Dytrycha, ul. Pod
Młynem i ul. Milowickiej w Katowicach (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”); znak sprawy
zamawiającego KIWK/PN/08/1/2019/POIŚ/WNIÓSEK_VIZAD.4_POD_MŁYNEM.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych
na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych
(Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. W dniu 13 listopada 2019 r. ogłoszenie
o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem
2019/ S 219-538433.

W dniu 30 marca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie
wniesione przez wykonawcę: Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL
Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej „odwołujący”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie
wobec czynności dokonanych przez zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których
zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, zarzucając
zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów ustawy Pzp:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy
Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i wykluczenie
odwołującego z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1
pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, pomimo że odwołujący nie przedstawił
informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ
na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia
w zakresie doświadczenia Kierownika Budowy Pana M. S.;

2. art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego
niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy TKS Sp. z o.o. z siedzibą
w Katowicach (dalej „TKS” lub „przystępujący”) z postępowania, pomimo iż wykonawca
ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził
zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że osoba wskazana do pełnienia
funkcji Kierownika Budowy, Pan L. W. posiada doświadczenie oceniane przez
zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert doświadczenie personelu wykonawcy
wyznaczonego do realizacji zadania lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub
niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające
istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert
w ramach kryterium doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji
zadania;

z ostrożności:

3. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez poprawienie w ofercie TKS omyłek, pomimo że brak było podstaw do dokonania tej czynności, gdyż omyłki występujące w ofercie tego wykonawcy nie stanowią żadnej z omyłek stypizowanych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, a ich poprawienie doprowadziło do niedopuszczalnej na tym etapie postępowania zmiany treści oferty TKS;

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez TKS, pomimo że jest ona niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w zakresie, w jakim w pozycji 4.2.36, 4.2.37, 4.2.38 Przedmiaru robót PR-2 wykonawca ten podał inną cenę jednostkową i inną wartość za całą pozycję przy jednym komplecie zespołu zbiorników, gdyż nie jest możliwe ustalenie ceny za wykonanie robót ujętych w tych pozycjach przedmiaru;

5. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez TKS pomimo, że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny w zakresie, w jakim w pozycji 4.2.36, 4.2.37, 4.2.38 Przedmiaru robót PR-2 wykonawca ten podał inną cenę jednostkową i inną wartość za całą pozycję przy jednym komplecie zespołu zbiorników, a zatem nie jest możliwe ustalenie ceny za realizację przez TKS robót ujętych w tych pozycjach przedmiaru.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
2. unieważnienia czynności uznania oferty odwołującego za odrzuconą;
3. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu;
4. wykluczenia TKS z udziału w postępowaniu i uznania oferty TKS za odrzuconą;
5. odrzucenia oferty złożonej przez TKS;
6. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

W zakresie, w jakim podnosił, że zamawiający niezasadnie wykluczył go z postępowania wskazał, że zgodnie z Zawiadomieniem o wykluczeniu wykonawcy z postępowania i odrzuceniu oferty z 19 marca 2020 r. zamawiający wykluczył odwołującego wskazując, że w odniesieniu do osoby podanej na stanowisko kierownika budowy w pkt 4c formularza oferty - doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania, odwołujący przedstawił niezgodne ze stanem faktycznym informacje dotyczące doświadczenia tej osoby, wprowadzające w błąd zamawiającego, dzięki którym mógłby uzyskać więcej punktów w kryterium oceny ofert. Z powyższym nie sposób się jednak zgodzić, albowiem stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W przedmiotowym stanie faktycznym w stosunku do odwołującego nie zaistniała żadna z przesłanek wskazanych w tym przepisie.

Odwołujący w pkt 4 c formularza ofertowego - doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania - wskazał Pana M. S. jako kierownika budowy. W pozycji 4 wykazu dotyczącego doświadczenia zawodowego Pana M. S. wpisał, że osoba ta pełniła funkcję kierownika budowy, w okresie od 21 sierpnia 2018 r. do 30 października 2019 r. dla inwestycji: Budowa obiektu tłoczni ścieków P32 wraz z zagospodarowaniem terenu na terenie przyległym do istniejącej pompowni ścieków RS w Tychach - część A i B, Część A, której przedmiotem była budowa zespołu zbiorników żelbetonowych retencyjnych o pojemności $V=261\text{ m}^3$. Odwołujący wskazał, że w ramach całego zadania/ inwestycji w okresie pełnienia funkcji kierownika budowy przez Pana M. S., został wybudowany 1 kpl. zbiorników o pojemności $V = 261\text{ m}^3$. Wbrew twierdzeniom zamawiającego, przedstawionym w uzasadnieniu wykluczenia fakt, że zadanie wskazywane

w ramach doświadczenia Pana M. S. dotyczyło obiektu tłoczni ścieków, a zatem kanalizacji deszczowo- sanitarniej (ogólnospławnej) wynikał już z informacji podanych w pkt 4c formularza oferty. Odpowiedź odwołującego, złożona na wezwanie zamawiającego i przekazana w dniu 17 lutego 2020 r. stanowi jedynie potwierdzenie złożonego wcześniej oświadczenia. Tym samym zamawiający dysponował tą informacją od dnia składania ofert.

Nawet gdyby uznać, że odwołujący nie mógł - czemu jednak zaprzeczył - powołać się w celu uzyskania punktów na doświadczenie kierownika budowy związane z realizacją zbiornika retencyjnego związanego z kanalizacją deszczowo-sanitarną (ogólnospławną), to nie może być mowy o przedstawieniu informacji niezgodnej z rzeczywistością, wprowadzeniu zamawiającego w błąd i zaktualizowaniu się przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący przywołał w tym miejscu wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1417/18 w którym Izba wskazała, że nie można przypisywać wykonawcy przedstawienia nieprawdziwych informacji w sytuacji, gdy weryfikacja potencjalnie błędnej informacji następuje w oparciu o treść samej oferty, podobnie jak nie można mówić o wprowadzeniu w błąd w sytuacji, gdy zamawiający z urzędu dysponuje informacjami pozwalającymi zweryfikować oświadczenia wykonawców.

Odwołujący w wyjaśnieniach przedstawionych zamawiającemu w swej odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia treści oferty (na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) nie ukrywał faktu, że wskazana inwestycja dotyczyła zbiornika kanalizacji deszczowo - sanitarniej (ogólnospławnej). Sam zamawiający potwierdził w uzasadnieniu wykluczenia, że zarówno z wyjaśnień, jak i z dołączonych do nich dokumentów technicznych jednoznacznie wynika, że omawiana inwestycja dotyczyła zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowo - sanitarniej (ogólnospławnej).

Odnosząc się z kolei do szeroko cytowanego przez zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 21 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 247/20 odwołujący zwrócił uwagę, że jest to wyrok, który zapadł z odwołania odwołującego, złożonego w równoległe prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu, którego przedmiotem jest Budowa kanalizacji deszczowej w rejonie ulicy Gospodarczej oraz Górniczego Dorobku w Katowicach, numer referencyjny: KWK/PN/07/I/2019/MRÓ WCZA GÓRKA KD. Umknęły jednak uwadze zamawiającego istotne różnice co do stanu istniejącego w postępowaniu i stanu faktycznego ustalonego przez KIO w sprawie o sygn. akt 247/20. Izba uwzględniła odwołanie wniesione przez odwołującego i nakazała zamawiającemu wykluczenie jednego z wykonawców na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołanie dotyczyło oceny ofert, dokonanej przez zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania, które to kryterium było ukształtowane analogicznie jak w przedmiotowym postępowaniu. Izba nie rozstrzygała wówczas kwestii możliwości powołania się na doświadczenie zdobyte w budowie zbiornika retencyjnego związanego z kanalizacją deszczowo-sanitarną (ogólnospławną) i nie to było powodem wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Powodem nakazanego przez Izbę wykluczenia wykonawcy było przedstawienie niezgodnych ze stanem faktycznym informacji, dotyczących ilości zbiorników retencyjnych podanych przez wykonawcę w ramach doświadczenia osoby dedykowanej do pełnienia funkcji kierownika budowy (wykonawca podał, że inwestycja obejmowała 9 zbiorników, podczas gdy w rzeczywistości był to 1 zbiornik składający się z zespołu 9 równoległych przewodów - komór).

W dalszej części odwołujący wskazywał, że w postępowaniu sporne zbiorniki retencyjne dla ścieków deszczowo-sanitarnych (ogólnospławnych), podane w ramach doświadczenia osoby dedykowanej do pełnienia funkcji kierownika budowy w poz. 4 tabeli,

spełniają identyczną funkcję jak zbiorniki związane z kanalizacją deszczową. Tą funkcją jest retencja ścieków deszczowo-sanitarnych (ogólnospławnych) w przypadku ich zbyt dużego napływu. Tym samym powinny być one oceniane przez zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert jak zbiorniki retencyjne kanalizacji deszczowej. Wszystkie zbiorniki wskazane przez odwołującego w pozycji 4 wykazu dotyczącego doświadczenia zawodowego kierownika budowy są (zgodnie z wymaganymi przepisami o wyrobach budowlanych Aprobatach Technicznymi) przeznaczone w inżynierii komunikacyjnej do wbudowania w sieci kanalizacyjne m.in. jako zbiorniki retencyjne. Konstrukcja zbiorników retencyjnych kanalizacji deszczowej jest identyczna, co zbiorników kanalizacji deszczowo-sanitarniej

(ogólnospławnych). Składają się one z przygotowywanych poza terenem budowy elementów prefabrykowanych, które są następnie łączone na budowie za pomocą dźwigów samojezdnych o wysokim tonażu. Zbiornik deszczowo-sanitarny (ogólnospławny), wykonany w ramach zadania Budowa obiektu tłoczni ścieków P32 wraz z zagospodarowaniem terenu na terenie przyległym do istniejącej pompowni ścieków RS w Tychach - część A i B jest bardziej skomplikowany, bardziej zaawansowany technologicznie w stosunku do zbiorników 1, 2, 3 wskazanych przez odwołującego w pozycji 4 wykazu dotyczącego doświadczenia zawodowego kierownika budowy. Montaż zbiornika był bardziej skomplikowany z uwagi na jego głębsze posadowienie - ok. 6 m poniżej poziomu terenu w bardzo trudnych warunkach

gruntowych, co wymagało zarówno od wykonawcy jak i od kierownika budowy większych umiejętności i wiedzy technicznej. Zbiorniki były dodatkowo zabezpieczone od wewnątrz specjalistyczną powłoką epoksydową, którą należało uzupełnić w miejscach połączeń poszczególnych prefabrykatów. Zastosowanie takiej technologii wymaga większej wiedzy technicznej od kierownika budowy niż budowa standardowych zbiorników retencyjnych kanalizacji deszczowej.

Tym samym, uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację, należy stwierdzić, że odwołujący przedstawił informację zgodną z rzeczywistością, nie wprowadził zamawiającego w błąd, a co za tym idzie nie zaktualizowały się przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W istniejących w sprawie okolicznościach faktycznych wykluczenie odwołującego z postępowania jest nadmierną i bezprawną sankcją. Odwołujący nie powinien być wykluczony z postępowania, co więcej, ponieważ winien otrzymać maksymalną liczbę punktów w tym kryterium (dot. kierownika budowy) oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

W zakresie, w jakim odwołujący podnosił zarzuty zaniechania wykluczenia wykonawcy TKS z postępowania wyjaśnił, że do dnia wniesienia odwołania zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i nie przekazał wykonawcom zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp informacji o punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert oraz łącznej punktacji.

Jeśli do ustalenia liczby punktów jakie mogą uzyskać wykonawcy w ramach wszystkich kryteriów oceny ofert uwzględnić dane zadeklarowane przez nich w ofertach, to oferta złożona przez TKS plasuje się na pierwszej pozycji rankingu ofert, a oferta złożona przez odwołującego na drugiej pozycji rankingu. Skoro zamawiający weryfikował ofertę odwołującego, która klasyfikuje się na drugiej pozycji rankingu w zakresie kryterium doświadczenia personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania i dokonywał jej oceny w zakresie tego kryterium oceny ofert to oznacza, że musiał taką weryfikację przeprowadzić i zakończyć również w odniesieniu do oferty TKS. W udostępnionym odwołującemu protokole postępowania, w pkt 27 - Załączniki do protokołu, ppkt 17 wymieniono dokument pod nazwą: ocena ofert - zestawienie ofert wraz z punktacją, a w ppkt 18 dokument: wezwanie do przedłożenia dokumentów w trybie art 26 ust. 1 ustawy Pzp, co potwierdza że zamawiający zakończył badanie i ocenę ofert pod kątem punktacji przyznanej w ramach poszczególnych kryteriów. Zamawiający nie udostępnił odwołującemu wyżej wymienionych dokumentów, wskazując w piśmie z 20 marca 2020 r., iż na obecnym etapie postępowania udostępnia się protokół postępowania z wyłączeniem załączników do protokołu, gdyż zgodnie z art 96 ust. 3 pzp (...) Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania (...). Tym samym, odwołujący nie mógł zapoznać się z ustalonym przez zamawiającego rankingiem ofert i liczbą punktów, przyznaną wykonawcom w ramach poszczególnych kryteriów.

Pomimo tego, że zamawiający nie przekazał informacji o wykluczeniu lub odrzuceniu oferty innego wykonawcy, możliwa jest interpretacja zgodnie z którą od momentu poinformowania wykonawców o wykluczeniu odwołującego rozpoczął bieg termin na kwestionowanie w drodze środków ochrony prawnej oceny dokonanej przez zamawiającego w zakresie poszczególnych kryteriów oceny ofert. Odwołujący z ostrożności procesowej - chcąc uniknąć w przyszłości zarzutu uchybienia terminu na wniesienie odwołania - przyjmuje, że skoro zamawiający skierował do jednego z wykonawców (prawdopodobnie TKS) wezwanie do uzupełnienia dokumentów trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, a wezwanie w tym trybie jest kierowane do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona to oznacza, że zakończył ocenę ofert pod kątem punktacji przyznanej wykonawcom w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert.

W dalszej części odwołujący wskazał, że TKS w pkt 4c formularza oferty na stanowisko kierownika budowy wyznaczył Pana L. W. oraz podał informacje dotyczące doświadczenia tej osoby, mające potwierdzać zrealizowanie przez nią inwestycji/ zadań punktowanych przez zamawiającego w ramach kryterium doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania. W tabeli zawartej w pkt 4c formularza, TKS wskazał, że Pan L. W. pełnił w okresie od 10 marca 2016 r. do 24 lipca 2019 r. funkcję kierownika robót sanitarnych w ramach inwestycji Budowa autostrady A1 na odcinku Tuszyn - Pyrzowice, odcinek : węzeł Rząsawa (z węzłem) - węzeł Blachownia (z węzłem), w ramach którego wybudowano zbiorniki retencyjne podziemne o pojemnościach: 1. 2908 m³, 2. 1125 m³, 3. 1745 m³, 4. 997 m³ (kolumna 5 tabeli - ilość oraz pojemność wybudowanych podziemnych zbiorników retencyjnych kanalizacji deszczowej w ramach całego zadania/ inwestycji). Analogiczna informacja została zamieszczona przez TKS w kolumnie 6 tabeli, w której należało podać ilość oraz pojemność wybudowanych podziemnych zbiorników retencyjnych kanalizacji deszczowej (w okresie pełnienia funkcji, jednak nie wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert). Informacje podane przez TKS, dotyczące doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy zdobytego w ramach zadania wymienionego w pkt 4c formularza oferty, są niezgodne z rzeczywistością, gdyż z informacji posiadanych przez odwołującego wynika,

że w okresie, w którym Pan L. W. pełnił funkcję kierownika robót związanych z budową zbiorników retencyjnych podziemnych na wspomnianym zadaniu nie zostały odebrane zbiorniki retencyjne podziemne. Zgodnie z informacjami przekazanym odwołującemu przez inwestora - GDDKiA: (a) Pan L. W. pełnił funkcję kierownika robót dla zbiorników wymienionych w pkt 4c formularza oferty w okresie od 10 marca 2016 r. do 24 lipca 2019 r.; od 25 lipca do 29 lipca 2019 r. stanowisko kierownika robót nie było obsadzone; od 30 lipca 2019 r. funkcję kierownika robót dla tych zbiorników pełnił Pan P. P. W okresie od 10 marca 2016 r. do 24 lipca 2019 r., czyli w okresie pełnienia funkcji przez Pana L. W., na zadaniu nie zostały odebrane zbiorniki retencyjne podziemne. Zbiorniki, podane przez TKS jako wybudowane w okresie pełnienia funkcji przez Pana L. W., zostały odebrane Decyzją Śląskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego nr 23/20 z dnia 17 lutego 2020 r., a zatem już po upływie terminu składania ofert w postępowaniu, który przypadał na dzień 8 stycznia 2020 r. Decyzja o odbiorze została wydana w związku z wnioskiem inwestora - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 16 stycznia 2020 r., uzupełnionym w dniu 30 stycznia 2020 r. o udzielenie pozwolenia na użytkowanie, przed zakończeniem wszystkich robót dla zbiorników (w tym zbiorników wskazanych w ramach doświadczenia Pana L. W.). Z decyzji o odbiorze wynika, iż organ udzielił pozwolenia na użytkowanie, określając jednocześnie termin wykonania pozostałych robót budowlanych dla zbiorników objętych wnioskiem (termin wykonania robót odpowiednio: 29 lutego 2020 r. lub 31 sierpnia 2020 r.). Podsumowując, skoro na dzień składania ofert w przedmiotowym postępowaniu zbiorniki retencyjne, podane w ramach doświadczenia Pana L. W. nie zostały odebrane i nie zostały na nich zakończone wszystkie roboty budowlane (nie zostały wybudowane - proces ich budowy nie uległ zakończeniu) to należy stwierdzić, że wskazanie ich przez TKS w tabeli zawartej w

pkt 4c formularza oferty, jako zbiorników wybudowanych w okresie pełnienia funkcji przez Pana L. W., stanowi podanie informacji niezgodnej z rzeczywistością.

W ocenie odwołującego, profesjonalny charakter działalności TKS wskazuje na rażące niedbalstwo, o ile nie celowe działanie wykonawcy, zmierzające do wprowadzenia zamawiającego w błąd co do posiadania przez osobą wskazaną do pełnienia funkcji kierownika budowy doświadczenia punktowanego przez zamawiającego w ramach kryterium doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania (art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 ustawy Pzp). Jest o tyle istotne, że TKS podał 4 zbiorniki retencyjne, a zatem mógł liczyć na uzyskanie maksymalnej liczby punktów w ramach tego kryterium (10 punktów, po 2,5 pkt za zbiornik). Uzyskanie 10 punktów w ramach tego kryterium bezpośrednio przekłada się na pozycję tego wykonawcy w rankingu, gdyż gdyby TKS uzyskał 0 punktów w tym kryterium to złożona przez niego oferta byłaby klasyfikowana na drugiej, a nie na pierwszej pozycji w rankingu ofert.

Zdaniem odwołującego informacje podawane w postępowaniu o zamówienie są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, zatem ich podanie winno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego, zawodowego charakteru prowadzonej przez wykonawców działalności. Podanie w zakresie kryterium oceny ofert informacji niezgodnych ze stanem faktycznym (wywołujących mylne wrażenie co do doświadczenia posiadanego przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji kierownika budowy) musi skutkować wykluczeniem TKS z postępowania. Nawet jeśli uznać, że wykonawca opierał się na informacjach o posiadanym doświadczeniu, przekazanych mu przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji kierownika budowy, to okoliczność ta nie zwalnia TKS z obowiązku weryfikacji rzetelności przekazanych mu informacji. Z całą pewnością działanie TKS wypełnia znamiona co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa w przedstawianiu informacji zamawiającemu, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Obowiązkiem wykonawcy jest bowiem upewnienie się, czy informacje przekazane zamawiającemu odpowiadają rzeczywistości, gdyż informacje składane w toku postępowania przetargowego zmierzają do udzielenia zamówienia właśnie temu wykonawcy, który je składa i w związku z tym mają wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje (por. wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 531/18).

Powyższe okoliczności wypełniają dyspozycję zarówno art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, powodując konieczność wykluczenia TKS z postępowania.

Odnosząc się do kwestii poprawienia omyłek w ofercie TKS i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, odwołujący wskazał, że część omyłek występujących w ofercie TKS nie może zostać poprawionych w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż nie spełnia przesłanek do uznania ich za jedną z omyłek o których mowa w tym przepisie. Oprócz szeregu omyłek rachunkowych, polegających na podaniu nieprawidłowego wyniku przemnożenia ilości przez ceny jednostkowe, w przedstawionym przez TKS Przedmiarze Robót PR-2 występują również

następujące omyłki (fragment oferty TKS Przedmiar Robót PR-2):

4.2.36	45111000-8	ST-01	Zespół 14 zbiorników GRP dn: 1800 mm - ul. Pod Młynem/	kpl	1,00	3 405 491,59	3 369 981,34
	45231000-5	ST-02	Milowicka wraz z robotami ziemnymi i towarzyszącymi				
4.2.37	45111000-8	ST-01	Zespół 3 zbiorników GRP dn: 1500 mm - ul. Pod Młynem/	kpl	1,00	505 933,57	500 658,03
	45231000-5	ST-02	Milowicka wraz z robotami ziemnymi i towarzyszącymi				
4.2.38	45111000-8	ST-01	Zespół 6 zbiorników GRP dn: 1500 mm - ul.	kpl	1,00	1 385 209,99	1 370 762,95
	45231000-5	ST-02	Dytrycha wraz z robotami ziemnymi i towarzyszącymi				

Zdaniem odwołującego przedmiotowe omyłki nie stanowią omyłek pisarskich w rozumieniu art. 89 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Wykonawca nie popełnił czeskiego błędu, polegającego na przestawieniu szyku cyfr przy przepisaniu ich z jednej kolumny do drugiej. Wartości wskazane przez niego w obu kolumnach to dwie zupełnie różne wartości. Nie stanowią one również omyłek rachunkowych, o których mowa w art. 89 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ramach tego wiersza przedmiaru wykonawcy nie wykonywali żadnych działań matematycznych, a jedynie powinni byli podać taką samą kwotę zarówno w kolumnie cena jednostkowa, jak i w kolumnie wartość przedmiaru. Pozycja dotyczy jednego kompletu zbiornika, dlatego dla ustalenia jej wartości nie było konieczne wykonywanie żadnego działania matematycznego.

Nie mogą one, zdaniem odwołującego, zostać poprawione również w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż sposób ich poprawy nie jest oczywisty i niebudzący jakichkolwiek wątpliwości, oraz nie wynika z danych zawartych w ofercie, tak aby zamawiający mógł samodzielnie dokonać tej korekty. Zamawiający nie jest w stanie poprawić tych omyłek samodzielnie lub po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień jedynie o charakterze pomocniczym. W tym przypadku, skorzystanie przez zamawiającego ze złożonych wyjaśnień sprowadzałoby się bowiem de facto do prowadzenia pomiędzy zamawiającym, a TKS niedopuszczalnych w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp negocjacji. Negocjacje dotyczyłyby co najmniej cen poszczególnych pozycji, gdyż TKS musiałby wskazać, którą z podanych w przedmiarze kwot zamawiający powinien uznać za wiążącą, a w efekcie prowadziłoby do wprowadzenia zmian w treści złożonej oferty. Działanie takie jest niedopuszczalne co potwierdza np. wyrok KIO z 13 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UPZ 60/08. Biorąc pod uwagę przedstawioną powyżej argumentację należy stwierdzić, że jeżeli zamawiający dokonał poprawienia w/w omyłek to dopuścił się naruszenia szeregu przepisów ustawy Pzp, a w szczególności art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro wspomniane omyłki nie mogą zostać poprawione w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, to nie pozostawia wątpliwości, że oferta złożona przez TKS powinna była zostać odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Na jej podstawie nie jest możliwe ustalenie jaką cenę wykonawca zaoferował za realizację robót uwzględnionych w tej pozycji przedmiaru. Jest to o tyle istotne, że w przedmiotowych pozycjach należało wycenić komplety zespołu zbiorników stanowiące bardzo istotny element kosztotwórczy w ramach zadania, a wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia ma charakter kosztorysowy.

Omyłki występujące w ofercie TKS powodują, że zaktualizowała się również dyspozycja przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Podanie dwóch różnych cen w przedmiarze robót dla tej samej pozycji, niewątpliwie stanowi niezastosowanie się przez wykonawcę do sposobu określenia ceny, a co za tym idzie błąd w obliczeniu ceny.

Zamawiający, w dniu 31 marca 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego przystąpił, w dniu 3 kwietnia

2020 r. wykonawca: TKS Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, na posiedzeniu w dniu 16 czerwca 2020 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Przystępujący, na posiedzeniu w dniu 16 czerwca 2020 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe, prezentujące jego stanowisko w sprawie, wnosząc o przeprowadzenie dowodów z dokumentów:

1. Listów referencyjnych z 23 grudnia 2019 r. oraz 27 marca 2020 r., wystawionych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad oddział w Katowicach na okoliczność, że w czasie kiedy Pan L. W. pełnił funkcję kierownika robót branżowych sanitarnych w

ramach kontraktu: Budowa autostrady A1 na odcinku Tuszyń - Pyrzowice, odc. F węzeł

Rzęsawa (z węzłem) - węzeł „Blachownia” (z węzłem), zrealizowane zostały roboty budowlane polegające na wykonaniu zbiorników retencyjnych podziemnych z rur GRP o

pojemnościach: 2908 m³, 1125 m³, 1745 m³, 997 m³ (w zakresie sieci kanalizacji deszczowej);

2. Protokołów odbioru technicznego robót na okoliczności opisane w pkt 1 powyżej;

3. Oświadczenia Pana L. W. z 15 czerwca 2020 r., zgodnie z którym w czasie kiedy pełnił on funkcję kierownika robót branżowych sanitarnych w ramach kontraktu: Budowa autostrady A1 na odcinku Tuszyń - Pyrzowice, odc. F węzeł Rzęsawa (z węzłem) - węzeł „Blachownia” (z węzłem), zrealizowane zostały roboty budowlane polegające na wykonaniu zbiorników retencyjnych podziemnych z rur GRP o pojemnościach:

2908 m³, 1125 m³, 1745 m³, 997 m³ (w zakresie sieci kanalizacji deszczowej).

Odwołujący, na potwierdzenie okoliczności wskazanych w treści złożonego odwołania, złożył na posiedzeniu następujące dowody i wniosł o ich przeprowadzenie:

1. Opinii z 14 kwietnia 2020 r., dotyczącej zakresu czynności oraz odpowiedzialności kierownika budowy/ robót w ramach budowy podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowej i kanalizacji deszczowo-sanitarnej (ogólnospławnej), sporządzonej przez prof. nzw. dr hab. inż. P. P. - Instytut Badań Stosowanych Politechniki Warszawskiej, celem wykazania, że zakres czynności oraz odpowiedzialności kierownika budowy/ robót w ramach budowy podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowej o pojemności co najmniej 200 m³ jest taki sam jak w przypadku wybudowania podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowo-sanitarnej (ogólnospławnej) o pojemności co najmniej 200 m³, wraz z załącznikami - aprobaty techniczne;

2. Zapytań kierowanych do Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział

Katowice z 17 stycznia 2020 r. oraz z 21 lutego 2020 r. wraz z udzielonymi odpowiedziami (pisma z 24 stycznia 2020 r. i z 5 marca 2020 r.) na okoliczność wykazania, że w okresie kiedy Pan L. W. był kierownikiem robót sanitarnych zbiorniki wymienione w formularzu oferty nie zostały odebrane;

3. Decyzji nr 23/20 z 17 lutego 2020 r. i decyzji nr 12/20 z 18 lutego 2020 r., wydanych przez

Śląskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Katowicach, udzielających pozwolenia na użytkowanie dla wymienionych w decyzjach zbiorników retencyjnych na okoliczność wykazania, że Inwestor wystąpił o pozwolenie na użytkowanie zbiorników w terminie późniejszym niż Pan L. W. był kierownikiem robót sanitarnych.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią ofert złożonych w postępowaniu przez wykonawców, treścią korespondencji prowadzonej przez zamawiającego w toku postępowania pomiędzy zamawiającym a odwołującym, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, treścią pisma procesowego złożonego przez przystępującego TKS, a także po wysłuchaniu

oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

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

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu. Odwołujący został wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona. W wyniku naruszenia przez zamawiającego opisywanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego wykonawca TKS zostałby wykluczony z udziału w postępowaniu a odwołujący, który złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu, miałby szansę uzyskania zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, treści korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z odwołującym i przystępującym.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów, wnioskowanych przez odwołującego i przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miały wpływ lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie, w jakim odwołujący sformułował zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego zastosowanie i wykluczenie odwołującego z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp pomimo, że odwołujący nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie, w jakim odwołujący w formularzu oferty opisał doświadczenie kierownika budowy - Pana M. S. .

Na wstępie skład orzekający pragnie wskazać, że brzmienie warunku udziału w postępowaniu, który został opisany przez zamawiającego w rozdziale VII SIWZ pkt 1 ppkt 2 b) A, w odniesieniu do osób, którymi wykonawca dysponuje, lub będzie dysponować, w odniesieniu do doświadczenia zawodowego kierownika budowy nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych. Zgodnie z wymaganiami zamawiającego, kierownik budowy winien posiadać doświadczenie w pracy na stanowisku kierownika budowy lub robót przy realizacji co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowej o pojemności co najmniej 200 m³. Jednocześnie, w ramach kryteriów oceny ofert, opisanych w rozdziale XVIII pkt 2 SIWZ zamawiający postanowił przyznawać dodatkowe punkty za „doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania” w następujący sposób: za każdy wybudowany podziemny zbiornik retencyjny kanalizacji deszczowej o pojemności co najmniej 200 m³ - 2,5 pkt, przy budowie którego osoba, o której mowa w wyżej opisywanym warunku udziału w postępowaniu pełniła, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, funkcję kierownika budowy lub robót. Zamawiający postanowił również, że maksymalna ilość punktów jaką może uzyskać wykonawca, wynosi 10 pkt, w przypadku wskazania czterech lub więcej wybudowanych podziemnych zbiorników. Tym samym nie ulega wątpliwości, że zamawiający przesądził, że ocenie punktowej podlegały będą tylko te zadania, które wiązały się z nadzorowaniem robót polegających na budowie kanalizacji deszczowej.

Nie było sporne między stronami, że kanalizacja deszczowa nie jest, w rozumieniu pojęciowym, tym samym co kanalizacja ogólnospławna. Kanalizacja deszczowa służy bowiem

wyłącznie odprowadzaniu wody deszczowej, podczas gdy w kanalizacji ogólnospławnej ścieki bytowo-gospodarcze i opadowe płyną wspólnym kanałem. Nie ulega wątpliwości, że oczekiwaniem zamawiającego było zawężenie możliwości przyznawania punktów w kryterium jedynie do określonego doświadczenia.

W tym kontekście bez znaczenia pozostaje argumentacja odwołującego, który wskazywał, na co przedłożył dowód w postaci opinii z 14 kwietnia 2020 r. sporządzonej przez prof. nzw. dr hab. inż. P. P. z Instytutu Badań Sosowanych Politechniki Warszawskiej, że zakres czynności oraz odpowiedzialności kierownika budowy/ robót w ramach budowy podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowej o pojemności co najmniej 200 m³ jest taki sam, jak w przypadku wybudowania podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowo-sanitarnej (ogólnospławnej) o pojemności co najmniej 200 m³. Nie ma również znaczenia okoliczność, że analogiczne są warunki pracy obu zbiorników w obu systemach tj. w kanalizacji deszczowej i ogólnospławnej, w związku z czym w praktyce w obu przypadkach stosowane są tożsame rodzaje komór, a także okoliczność, że w świetle przepisów Prawa budowlanego nie zostały wydzielone oddzielne uprawnienia dla instalacji i sieci kanalizacji deszczowej oraz dla instalacji i sieci kanalizacji ogólnospławnej (deszczowo-sanitarnej), co również wynika z treści opinii. Zamawiający w sposób precyzyjny i nie pozostawiający wątpliwości interpretacyjnych opisał jakie doświadczenie będzie punktował w kryterium oceny ofert „doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania”. Jeśli odwołujący nie zgadzał się z takim zawężeniem możliwości wykazania się doświadczeniem, miał możliwość kwestionowania cytowanych zapisów SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie zwracała uwagę w swoich orzeczeniach, że SIWZ, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego i wykonawcy i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. W wyroku z 22 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 18/18, Izba zwróciła uwagę, że „Udostępnienie s.i.w.z. jest czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SIWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.” Z kolei w wyroku z 24 maja 2016 r., sygn. akt KIO 737/16, Izba podkreśla, że „Na etapie oceny ofert niedopuszczalna jest zmiana sposobu oceny w stosunku do ostatecznej treści s.i.w.z., co zawsze musi nastąpić przed upływem terminu składania ofert. Prowadzenie postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i przestrzeganie uczciwej konkurencji (a także pisemność postępowania wynikająca z art. 9 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp) wymagają, aby potencjalni wykonawcy w pełni mogli zapoznać się przed złożeniem oferty ze sposobem oceny ofert w ramach przyjętych kryteriów. Jest to jeden z kluczowych aspektów, który ma wpływ nie tylko na treść składanych ofert, ale i na decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu, gdyż potencjalny

wykonawca może ocenić swoje szanse na uzyskanie zamówienia. Treść SIWZ jest wiążąca zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawców.”

Izba podziela zatem pogląd zamawiającego, że niedopuszczalne jest aby ten oceniał oferty w sposób odmienny od opisanego w SIWZ. Wykonawcy mają prawo oczekiwać, że ich oferta będzie podlegała ocenie w oparciu o określone w SIWZ kryteria oceny ofert oraz opis sposobu ich oceny. Każdy wykonawca ocenia bowiem adekwatność swoich zdolności czy to technicznych czy kadrowych do oczekiwań zamawiającego i decyduje o tym czy może ubiegać się o dane zamówienie.

Jednocześnie jednak skład orzekający Izby uznał, że nie można stwierdzić, że odwołujący przedstawił zamawiającemu jakiekolwiek informacje nieprawdziwe, wprowadzające zamawiającego w błąd co do doświadczenia Pana M. S., opisanego w pkt 4c formularza oferty, w poz. 4. Odwołujący wskazał, że osoba ta pełniła funkcję kierownika budowy dla inwestycji „Budowa obiektu tłoczni ścieków P32 wraz z zagospodarowaniem terenu na terenie przyległym do istniejącej przepompowni ścieków RS w Tychach - część A i B. Część A” w okresie od 21.08.2018 r. do 30.10.2019 r., w ramach której wybudowano zespół zbiorników żelbetowych retencyjnych o pojemności V=261 m³. Jednocześnie wykonawca, wezwany przez zamawiającego, pismem z 12 lutego 2020 r., do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, odpowiadając na pytanie: „czy wybudowany w ramach wyżej oznaczonego zadania inwestycyjnego 1 kpl. zbiorników retencyjnych składa się ze współpracujących i połączonych ze sobą technologicznie zbiorników, stanowiących jedną całość? Jeśli nie, prosimy o wskazanie pojemności każdego niezależnego podziemnego zbiornika retencyjnego”, w sposób precyzyjny opisał na czym polegało zadanie, które wskazana osoba nadzorowała jako kierownik budowy. Doprecyzował zatem, że „komplet składa się z dwóch identycznych współpracujących i połączonych ze sobą technologicznie elementów. Ścieki (sanitarne i deszczowe), trafiające do projektowanej tłoczni kierowane są jednocześnie do dwóch połączonych ze sobą zbiorników. Tryb normalny pracy tłoczni to praca obu zbiorników jednocześnie. Zbiorniki zaprojektowano jako dwa połączone ze sobą, aby umożliwić ciągłość pracy tłoczni w przypadku prowadzenia prac serwisowych na jednym ze zbiorników”.

Izba zgadza się w tej kwestii z odwołującym, że fakt, iż Pan M. S. nadzorował zadanie polegające na budowie obiektu tłoczni ścieków, a zatem kanalizacji deszczowo-sanitarnej (ogólnospławnej) wynikał z pkt 4c formularza oferty. Nie sposób przyjąć argumentacji zamawiającego, że skoro z treści tabeli (jej nagłówek) wynikało, że wykonawca miał obowiązek wpisać wyłącznie zadania, w ramach których nadzorowane były zadania polegające na budowie kanalizacji deszczowej - wykonawca, mając tego świadomość, celowo umieścił tam zadanie, które nie odpowiadało wymaganiom opisanym SIWZ, czyniąc to w celu uzyskania punktów w kryterium oceny ofert.

Twierdzenia zamawiającego, że nie musi „domyślać się” zakresu zamówienia i badając ofertę winien opierać się wyłącznie na złożonym przez wykonawcę oświadczeniu, są nie do zaakceptowania. W przedmiotowym postępowaniu odwołujący wpisał bowiem nazwę zadania, która sugerowała co było objęte zakresem zrealizowanego zamówienia. Zamawiający, jako podmiot, jest spółką wykonującą zadania w zakresie wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, urządzeń sanitarnych, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, a zatem jest profesjonalistą, który nie powinien mieć wątpliwości co do tego, że jeśli w nazwie zadania mowa jest o „tłoczni ścieków”, nie mamy do czynienia z wykonaniem kanalizacji deszczowej. Ponadto, skoro zamawiający sam w SIWZ sformułował warunek udziału w postępowaniu w sposób „wąski”, ograniczając możliwość posługiwania się doświadczeniem przy nadzorowaniu budowy zbiorników retencyjnych związanych wyłącznie z kanalizacją deszczową - winien te kwestie szczegółowo weryfikować, a w przypadku wątpliwości w tym zakresie - wyjaśniać.

Nie doszło zatem, w ocenie Izby, do sytuacji w której odwołujący podał nieprawdziwe informacje w treści złożonej oferty co do doświadczenia kierownika budowy. W tym kontekście wyjaśnienia odwołującego, że skoro zakres czynności oraz odpowiedzialności kierownika budowy/ robót w ramach budowy podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowej o pojemności co najmniej 200 m³ jest taki sam, jak w przypadku wybudowania podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowo-sanitarnej (ogólnospławnej) o pojemności co najmniej 200 m³ oraz, że w świetle przepisów Prawa budowlanego nie zostały wydzielone oddzielne uprawnienia dla instalacji i sieci kanalizacji deszczowej oraz dla instalacji i sieci kanalizacji ogólnospławnej (deszczowo-sanitarnej), pozwala uznać, że wykazując spełnienie przez Pana M. S. warunku udziału w postępowaniu, nie miał na celu wprowadzenia w błąd zamawiającego, lecz pozostawał w przekonaniu, że osoba ta określone w SIWZ wymagania spełnia. Mając na uwadze sposób sformułowania SIWZ przez zamawiającego w tym zakresie Izba zauważa, że zawężenie możliwości legitymowania się doświadczeniem wyłącznie do zbiorników retencyjnych kanalizacji deszczowej, mogło być nie dla wszystkich wykonawców wystarczająco czytelne.

W świetle zebranych w sprawie dowodów Izba uznała, że zasadny jest zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego zastosowanie i wykluczenie odwołującego z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, w związku z czym nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności

wykluczenia odwołującego z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą oraz dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Izba oddaliła natomiast odwołanie w zakresie, w jakim odwołujący podnosił, że zamawiający naruszył przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy TKS z postępowania, pomimo iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że osoba wskazana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, Pan L. W. posiada doświadczenie oceniane przez zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert: doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert w ramach kryterium doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania.

Wykonawca TKS w pkt 4c Formularza oferty, na stanowisko kierownika budowy wskazał Pana L. W., oraz podał informacje dotyczące doświadczenia tej osoby, mające potwierdzać zrealizowanie przez nią inwestycji/zadania punktowane przez zamawiającego w ramach kryterium „doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania”. W tabeli przystępujący opisał, że wyżej wymieniona osoba pełniła funkcję kierownika budowy dla zadania: Budowa autostrady A1 na odcinku Tuszyń- Pyrzowice, odc. F, węzeł „Rzasa” (z węzłem) - węzeł „Blachownia” (z węzłem), okres pełnienia funkcji: 10.03.2016 r. - 24.07.2019 r., w ramach którego wybudowano zbiorniki retencyjne podziemne

o pojemnościach: 2908 m³, 1125 m³, 1745 m³, 997 m³ (kolumna 5 tabeli - ilość oraz pojemność wybudowanych podziemnych zbiorników retencyjnych kanalizacji deszczowej w ramach całego zadania/inwestycji). Analogiczna informacja została zamieszczona w kolumnie 6, gdzie należało podać ilość oraz pojemność wybudowanych podziemnych zbiorników retencyjnych kanalizacji deszczowej (w okresie pełnienia funkcji, jednak nie wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert).

Odwolujący podnosił, że w okresie pełnienia funkcji przez Pana L. W. na przedmiotowym zadaniu nie zostały odebrane zbiorniki retencyjne podziemne, a zatem nie można mówić o tym, że zostały one wybudowane, jak wymagał zamawiający w SIWZ. Tym samym istota sporu między stronami sprowadzała się w tym przypadku do kwestii sposobu rozumienia zarówno treści warunku udziału w postępowaniu opisanego w SIWZ, w konsekwencji także sposobu, w jaki zamawiający będzie oceniał posiadane przez

kierownika budowy doświadczenie, albowiem odwołujący utożsamiał fakt wybudowania zbiorników z ich odbiorem.

Tymczasem jak wyjaśniał przystępujący, składając oświadczenie w Formularzu oferty, wskazał na doświadczenie Pana L. W., zdobyte w ramach przedmiotowego zadania, mając na uwadze brzmienie warunku sformułowanego przez zamawiającego w SIWZ, w którym mowa o „wybudowanym podziemnym zbiorniku retencyjnym kanalizacji deszczowej”. Nie ulega wątpliwości, że w okresie, kiedy wskazany przez przystępującego kierownik budowy pełnił swoją funkcję zostały wykonane roboty polegające na budowie wymienionych w formularzu oferty czterech zbiorników retencyjnych o pojemnościach: 2908 m³, 1125 m³, 1745 m³, 997 m³. Potwierdzają to dowody złożone przez TKS w postaci: referencji wystawionych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach z 23 grudnia 2019 r. i 27 marca 2020 r., protokołów odbioru technicznego montażu rur i zasypania zbiorników, z których wynika, że w okresie kiedy Pan L. W. był kierownikiem robót branżowych - sanitarnych wykonane zostały roboty budowlane polegające na wybudowaniu zbiorników retencyjnych o określonych przez TKS parametrach (pojemności). W końcu okoliczność ta wynika również z treści oświadczenia, złożonego przez Pana L. W. z 15 czerwca 2020 r.

Skład orzekający, oceniając przedmiotowy zarzut, miał na uwadze przede wszystkim literalne brzmienie warunku udziału w postępowaniu oraz opis w jaki sposób oceniane będzie doświadczenie w ramach kryteriów oceny ofert. W obydwu miejscach mowa była jedynie o wybudowaniu podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowej o określonej pojemności. Zamawiający nie zawarł w tym zakresie w treści SIWZ żadnych dodatkowych wymagań np. co do tego, że zbiorniki mają zostać odebrane, aby można było uznać, że zostały wybudowane.

Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego, że z treści SIWZ należało wywieść, że zamawiający mówiąc o „wybudowaniu zbiornika” miał na myśli sytuację, w której zbiorniki zostały jednocześnie odebrane przez Inwestora. Zauważyć należy, że ustawa Prawo budowlane nie definiuje pojęcia zakończenia budowy. Dopiero w orzecznictwie, które przytaczał odwołujący na rozprawie wskazuje się, że w sensie techniczno-budowlanym można mówić o zakończeniu budowy obiektu budowlanego, gdy odpowiada on warunkom, jakie przewiduje Prawo budowlane, po zawiadomieniu organu nadzoru budowlanego o zakończeniu budowy. Obiekt powinien być w takim stanie, by mógł zostać przeprowadzony jego odbiór i by można było przekazać go do normalnej eksploatacji i użytkowania (tak m.in. w cytowanym wyroku NSA z dnia 20 czerwca 1996 r., sygn. akt SA/Wr 2735/95). Nie sposób jednak uznać, że takie właśnie rozumienie tego pojęcia przyjął zamawiający, co wynikało również z wyjaśnień, złożonych przez pełnomocnika zamawiającego na rozprawie.

Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko zamawiającego i TKS, że w przypadku szerokiego zakresu robót, co miało miejsce w zadaniu polegającym na budowie autostrady, wykonuje się poszczególne zakresy prac, natomiast ich odbiory mogą mieć miejsce w terminie późniejszym. Nie oznacza to jednak, że wcześniej nie zostały już zakończone wszystkie prace polegające na wybudowaniu (tu zbiorników). Jak wynika z wyjaśnień pełnomocnika TKS, co potwierdzają dowody przedłożone przez niego na posiedzeniu, w czasie kiedy pełnił swoją funkcję Pan L. W., zakończono wszystkie prace polegające na montażu zbiorników i ich zasypaniu. Izba przyjęła w tym zakresie również wyjaśnienia TKS, że nie ma on wiedzy co działo się na budowie po zakończeniu pełnienia funkcji przez wskazaną przez niego osobę, a zatem okoliczność, że w późniejszym okresie wykonany został montaż włączów żeliwnych i dwóch regulatorów (co wynikało z dowodu przedłożonego przez odwołującego - odpowiedź na pytanie 3, pismo GDDKiA z 5 marca 2020 r.), jest bez znaczenia dla oceny w niniejszej sprawie.

W szczególności Izba uznała, że nie sposób wywieść, że TKS, przedstawiając

informacje odnośnie doświadczenia Pana L. W., mając na uwadze brzmienie warunku udziału w postępowaniu, jak też opis w zakresie kryteriów oceny ofert, gdzie również mowa jest o wybudowaniu, a nie odbiorze wykonanych zbiorników retencyjnych, świadomie wprowadził zamawiającego w błąd odnośnie posiadanego przez kierownika budowy doświadczenia.

Nie potwierdziły się ponadto, w ocenie Izby, również zarzuty naruszenia przez zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp: art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez poprawienie w ofercie TKS omyłek; art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez TKS jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez TKS pomimo, że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny w zakresie, w jakim w pozycji 4.2.36, 4.2.37, 4.2.38 Przedmiaru robót PR-2 wykonawca ten podał inną cenę jednostkową i inną wartość za całą pozycję.

Izba ustaliła w tym zakresie, że zamawiający w rozdziale XVII SIWZ opisał w jaki sposób wykonawca winien skalkulować cenę oferty. Zgodnie z pkt 1: Cenę oferty należy wyliczyć w oparciu o dołączony do SIWZ opis przedmiotu zamówienia, w tym dokumentację projektową, STWiORB, rysunki, opisy, wytyczne, przedmiar robót oraz przeprowadzoną wizję w terenie. Wyliczona w ten sposób cena będzie rozliczona w oparciu o koszty rzeczywiste obmiary wykonanych robót). Wykonawca, sporządzając ofertę nie może samodzielnie dokonywać zmian w stosunku do zamieszczonego w SIWZ przedmiaru robót. Jednocześnie, zgodnie z pkt 6 zamawiający określił w jaki sposób wykonawca winien wypełnić załączony do SIWZ przedmiar robót: Wykonawca uzupełni przedmiar robót o ceny jednostkowe netto i wartości, będące iloczynem jednostek miar i ceny jednostkowej. Wszystkie pozycje przedmiaru robót muszą być wycenione. Oferty z cenami lub błędami niemożliwymi do poprawienia zgodnie z zapisami SIWZ i ustawy Prawo zamówień publicznych zostaną odrzucone. Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą wypełnionego przedmiaru robót.

Ponadto Izba ustaliła, że przystępujący w pozycjach: 4.2.36, 4.2.37, 4.2.38 Przedmiaru robót PR-2 podał inną cenę jednostkową i inną wartość za całą pozycję, przy czym ilość wskazana w przedmiarze to jeden komplet zespołu zbiorników. Zamawiający, pismem z 4 lutego 2020 r. zawiadomił TKS o poprawieniu w jego ofercie oczywistych omyłek rachunkowych, wynikających z błędnego przemnożenia cen jednostkowych przez ilości określone w przedmiarze robót, a w konsekwencji o zmianie wyliczonej ceny w ofercie przystępującego.

Odwolujący argumentował, że w niniejszym przypadku brak było podstaw do dokonania tej czynności, gdyż omyłki występujące w ofercie TKS nie stanowią żadnej z omyłek stypizowanych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, a ich poprawienie doprowadziło do niedopuszczalnej na tym etapie postępowania zmiany treści oferty. Jego zdaniem, w przypadku gdy ilość określona w przedmiarze to jeden komplet nie mogło dojść do pomyłki przy wykonywaniu działania matematycznego, a zatem trudno ustalić cenę za wykonanie robót ujętych w spornych pozycjach przedmiaru.

Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego, mając na uwadze w szczególności jednoznaczne i precyzyjne zapisy SIWZ w tym zakresie. Zamawiający w rozdziale XVII pkt 6 SIWZ opisał sposób, w jaki winien zostać wypełniony przedmiar robót i wskazał, że wartość wpisana w przedmiarze jest wynikiem mnożenia określonej przez wykonawcę ceny jednostkowej przez ilość jednostek z przedmiaru. Wyściową zatem wielkością dla ustalenia ceny za daną pozycję jest, w tym przypadku, cena jednostkowa.

Ponadto, wskazać należy, że oczywiste omyłki rachunkowe to błędy wynikające z niewłaściwego przeprowadzenia działań arytmetycznych, w szczególności błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji (tak w postanowieniu SN z 21 czerwca 1967 r., sygn. II CZ 48/67). W tym przypadku wykonawca również wykonywał działania matematyczne, polegające na przemnożeniu ceny jednostkowej przez ilość. Izba dostrzega wprawdzie, że mamy do czynienia z najprostszym działaniem, gdyż przemnożenie danej wartości przez jeden nie jest skomplikowane, jednak nie można wykluczyć, że i przy najprostszych działaniach wykonawca mógł popełnić błąd.

Jak podkreśla w swojej opinii Urząd Zamówień Publicznych: „Oczywistą omyłką rachunkową jest omyłka wynikająca z błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, nie tylko wtedy, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka. Tę cechę można przypisać

wyłącznie omyłkom dotyczącym prostych działań na małych liczbach. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia (tak w wyroku KIO z dnia 1 września 2011 r., sygn. akt 1787/11, a także w wyroku KIO z dnia 28 września 2010 r., sygn. akt KIO 1978/10). Nie stanowi przy tym ograniczenia dla poprawy oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp ilość omyłek rachunkowych występujących w ofercie, ani też ich istotność". Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Podkreślić należy ponadto, że zamawiający zawsze, badając i oceniając złożone oferty, przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, w każdym indywidualnym przypadku powinien ustalić, czy w złożonej ofercie nie została popełniona omyłka możliwa do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Wystąpienie w ofercie omyłek, o których mowa w tym przepisie, zawsze powoduje powstanie obowiązku zamawiającego w zakresie jej poprawienia. Powyższy przepis bowiem wprost stanowi: „zamawiający poprawia”, a sformułowanie to ma charakter kategoriyczny. Tym samym zamawiający w sposób prawidłowy, mając na uwadze zapisy SIWZ, poprawił błędy rachunkowe w ofercie TKS, o czym następnie zawiadomił wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1). Nie potwierdziły się wprawdzie, podnoszone przez odwołującego, zarzuty dotyczące wykluczenia TKS z postępowania i odrzucenia jego oferty, jednakże w wyniku uwzględnienia odwołania zamawiający zobligowany został do dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego, a w konsekwencji może również ulec zmianie wynik przedmiotowego postępowania.

Przewodniczący: