

Sygn. akt: KIO 993/20

WYROK

z dnia 6 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2020 r. przez wykonawcę I. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą S. I. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GretaSport w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Infrastruktury Sportowej w Krakowie

przy udziale wykonawcy Eversport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 300 zł 00 gr (słownie: trzysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 993/20

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Infrastruktury Sportowej w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa kompleksu sportowo-rekreacyjnego przy ZS Nr 1 - ul. Ułanów 3 w Krakowie”. Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwoty, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie

art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 stycznia 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 506791-N-2020.

I. W dniu 11 maja 2020 r. I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą S. I. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GretaSport wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- 1) dokonania wykluczenia z postępowania odwołującego na podstawie art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp,
- 2) dokonania odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp,
- 3) zaniechania sporządzenia uzasadnienia faktycznego wykluczenia odwołującego z postępowania,
- 4) zaniechania wezwania odwołującego do złożenia dokumentów i wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 2 i 3 ustawy Pzp,
- 5) zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp, (dotyczy informacji - formularz oferty - tabela - kierownik budowy Z. G.),
- 6) dokonania błędnej oceny oferty Eversport Sp. z o. o. poprzez przyznanie 20 pkt w kryterium 3 - Doświadczenie zawodowe osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia,
- 7) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Eversport Sp. z o. o., pomimo niespełnienia warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej wynikającego z rozdziału V pkt 1 ppkt 2 lit. a SIWZ i pomimo podania błędnych informacji dotyczących doświadczenia kierownika budowy Pana T. Z. - formularz ofertowy - tabela,
- 8) zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Eversport Sp. z o. o. pomimo niespełnienia warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej wynikającego z rozdziału V pkt 1 ppkt 2 lit a SIWZ,
- 9) zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Eversport Sp. z o. o. pomimo podania błędnych informacji dotyczących doświadczenia kierownika budowy Pana T. Z. - formularz ofertowy - tabela,
- 10) zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Eversport Sp. z o. o. pomimo niewykazania spełnienia warunku dotyczącego niekaralności Pani I. M. - prokurenta,
- 11) zaniechania odrzucenia oferty Eversport Sp. z o. o., gdyż jako wykonawca powinien być wykluczony z postępowania,
- 12) zaniechania dokonania wyboru oferty odwołującego pomimo iż oferta odwołującego spełnia wszystkie warunki postępowania i jej treść jest zgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wykluczenia i odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia uzasadnienia faktycznego, umożliwiającego ocenę przez oferenta czy faktycznie zamawiający miał podstawy do przyjęcia, iż oferent nie wykazał podstaw do udziału w postępowaniu,
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Eversport Sp. z o. o. pomimo, iż jako wykonawca podlega wykluczeniu a jego oferta odrzuceniu oraz pomimo bezpodstawnego przydzielenia maksymalnej ilości punktów (20) w kryterium 3,
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez wykluczenie z postępowania odwołującego pomimo iż nie zostały spełnione przesłanki z niniejszego przepisu,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo braku zaistnienia przesłanek do wykluczenia odwołującego z postępowania,

6) art. 26 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dokumentów i wyjaśnień co do spełnienia warunków postępowania,

7) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Eversport Sp. z o. o. do złożenia dokumentów i wyjaśnień co do spełnienia warunku postępowania wynikającego z rozdziału V pkt 1 ppkt 2 lit a SIWZ,

8) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty (dotyczy kierownika Pana Z. G.),

9) art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Eversport Sp. z o. o., gdyż nie wykazał on spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej i zawodowej do realizacji przedmiotu zamówienia,

10) art. 24 ust. 1 pkt 14 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Eversport Sp. z o. o. z postępowania, gdyż nie wykazał on spełnienia warunku niekaralności osoby Pani I. M. na dzień składania ofert tj. 14.02.2020 r.,

11) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania i zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Eversport Sp. z o. o., gdyż w wyniku świadomego działania wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących kierownika budowy Pana T. Z. wskazanych w formularzu ofertowym (tabela) jakoby posiadał on doświadczenie na poziomie pełnienia funkcji kierownika budowy lub kierownika robót na dwóch robotach budowlanych polegających na budowie lub przebudowie minimum dwóch boisk o nawierzchni z trawy syntetycznej i powierzchni minimum 1500 m² wraz z oświetleniem i drenażem (każde z boisk) oraz dwóch nawierzchni poliuretanowych o powierzchni minimum 2500 m² (każda z nich).

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i jednocześnie unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty,

2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jaką złożył wykonawca Eversport Sp. z o. o.,

3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym oferty odwołującego, z uwzględnieniem art. 26 ust. 2 i 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,

4) powtórzenia czynności badania i oceny oferty wykonawcy Eversport Sp. z o. o.,

5) wykluczenia wykonawcy Eversport Sp. z o. o., gdyż nie wykazał on spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej i zawodowej, co do posiadania doświadczenia w zakresie realizacji dwóch robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie minimum dwóch boisk o nawierzchni z trawy syntetycznej i powierzchni minimum 1500 m² wraz z oświetleniem i drenażem (każde z boisk) oraz dwóch nawierzchni poliuretanowych o powierzchni minimum 2500 m² (każda z nich) i nie wykazał spełnienia warunku o niekaralności Pani I. M. - prokurenta oraz wprowadził zamawiającego w błąd poprzez podanie nieprawdziwych informacji (formularz oferty - tabela) jakoby Pan T. Z. posiadał doświadczenie dające uprawnienie do uzyskania maksymalnej ilości punktów 20 w kryterium nr 3 i tym samym odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

6) dokonania wyboru oferty odwołującego, gdyż odwołujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i tym samym jego oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i jest ofertą najkorzystniejszą,

II. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie ustnie do protokołu rozprawy. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za bezzasadne i wniósł o oddalenie odwołania.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 15 maja 2020 r. wykonawca Eversport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. W dniu 2 lipca 2020 r. wykonawca Eversport Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Izby pismo zawierające jego stanowisko w sprawie. Wykonawca Eversport Sp. z o.o. wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

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

Izba stwierdziła, że odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Zgodnie z jednym z warunków udziału w postępowaniu wskazanych w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. a SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej polegający na tym, iż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie minimum dwóch boisk o nawierzchni z trawy syntetycznej i powierzchni minimum 1500 m² wraz z oświetleniem i drenażem (każde z boisk) oraz dwóch nawierzchni poliuretanowych o powierzchni minimum 2500 m² (każda z nich).

Kryterium 3: Doświadczenie zawodowe osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia 20% zostało przez zamawiającego opisane w SIWZ w następujący sposób: Wykonawca, który w formularzu oferty stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ wykaże że, skierowany przez Wykonawcę do realizacji zamówienia kierownik budowy posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej wraz z aktualnym zaświadczeniem z właściwej Izby Samorządu Zawodowego potwierdzającym, że osoba której uprawnienia dotyczą jest wpisana na listę członków tej izby i nadzorował - pełniąc funkcję kierownika robót lub kierownika budowy (w ciągu ostatnich 5 lat) budowę lub przebudowę boiska o nawierzchni z trawy syntetycznej i powierzchni minimum 1500 m² wraz z oświetleniem i drenażem oraz nawierzchni poliuretanowej o powierzchni minimum 2500 m² otrzyma 10 punktów.

LUB

Wykonawca, który w formularzu oferty stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ wykaże że skierowany przez Wykonawcę do realizacji zamówienia kierownik budowy posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej wraz z aktualnym zaświadczeniem z właściwej Izby Samorządu Zawodowego potwierdzającym, że osoba której uprawnienia dotyczą jest wpisana na listę członków tej izby i nadzorował - pełniąc funkcję kierownika robót lub kierownika budowy (w ciągu ostatnich 5 lat) dwie roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie minimum dwóch boisk o nawierzchni z trawy syntetycznej i powierzchni minimum 1500 m² wraz z oświetleniem i drenażem (każde z boisk) oraz dwóch nawierzchni poliuretanowych o powierzchni minimum 2500 m² (każda z nich) otrzyma 20 punktów.

Informacje podlegające ocenie w kryterium 3 wykonawcy obowiązani byli zawrzeć w formularzu ofertowym - pkt 4. „Doświadczenie zawodowe osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia (do oceny w kryterium 3)” - w jednej z dwóch tabel do wyboru. W pierwszej tabeli kolumna „Przedmiot zamówienia data i podmiot, na rzecz którego roboty zostały wykonane” zawierała dwa wiersze do wypełnienia (oznaczone numerami 1. i 2.), a w drugiej tabeli kolumna ta zawierała cztery wiersze do wypełnienia (oznaczone numerami od 1. do 4.).

Odwołujący w załączniku do formularza ofertowego zawierającym informacje do oceny w kryterium 3 wskazał Pana Z. G. . W kolumnie dotyczącej doświadczenia zostały wypełnione cztery wiersze, w którym zostały wpisane dwa zadania (każde na potwierdzenie zarówno doświadczenia odnoszącego się do budowy lub przebudowy boisk o nawierzchni z trawy syntetycznej jak i odnoszącego się do nawierzchni poliuretanowych). W pierwszym i drugim wierszu zostało wpisane zadanie: „Modernizacja kompleksu sportowego położonego przy ul. Św. Marcina w Swarzędzu”, w ramach którego wykonano m.in.: budowę boiska o nawierzchni z trawy sztucznej i powierzchni 7840 m² wraz z oświetleniem i drenażem (pierwszy wiersz) oraz nawierzchnię poliuretanową o powierzchni 2786,10 m² (drugi wiersz).

Punkt 4 formularza ofertowego zawierający informacje do oceny w kryterium 3 został przez pozostałych wykonawców wypełniony w następujący sposób: 1) wykonawca Eversport Sp. z o.o. wskazał 4 różne zadania; 2) wykonawca „Bud-Mat” L. M. wskazał 4 różne zadania; 3) wykonawca Tamex Obiekty Sportowe S.A. nie wskazał żadnego zadania; 4) wykonawca InterHall Sp. z o.o. wskazał trzy różne zadania; 5) wykonawca Arkadia Sp. z o.o. wskazał dwa zadania.

Wykonawca Eversport Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 16 kwietnia 2020 r. wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp złożył informację z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 16 kwietnia 2020 r. dotyczącą prokurenta Pani I. M. .

Pismem z dnia 6 maja 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Eversport Sp. z o.o. Jednocześnie zamawiający przekazał następujące informacje w zakresie odrzucenia oferty i wykluczenia z postępowania odwołującego:

„Oferta 2 złożona przez P.W. GRETASPORT I. S. (...) została odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wykonawca został wykluczony z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, ponieważ 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.

Wskazany w formularzu oferty kierownik budowy nie posiada opisanego w ofercie

doświadczenia zawodowego - pkt 4 Formularza oferty Doświadczenie zawodowe osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia (do oceny w kryterium 3) ppkt 1 i 2.”

Okoliczność, iż Pan Z. G. nie pełnił funkcji kierownika robót ani kierownika budowy na zadaniu: „Modernizacja kompleksu sportowego położonego przy ul. Św. Marcina w Swarzędzu” - była bezsporna pomiędzy stronami (została przyznana przez odwołującego zarówno w treści odwołania jak i na rozprawie).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut niezasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Zgodnie z tym przepisem 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. W ocenie składu orzekającego Izby zamawiający słusznie uznał, iż wobec odwołującego ziszczyły się wszystkie przesłanki składające się na ww. podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Po pierwsze: okoliczność przedstawienia informacji niezgodnych z rzeczywistością jest bezsporna, albowiem została ona przyznana przez samego odwołującego. Treść kryterium w zakresie pełnienia funkcji kierownika robót lub kierownika budowy była jednoznaczna. Natomiast sam odwołujący - zarówno w treści odwołania, jak i w ramach przedstawiania stanowiska ustnego na rozprawie - przyznał, iż Pan Z. G. nie pełnił funkcji kierownika robót ani kierownika budowy na zadaniu: „Modernizacja kompleksu sportowego położonego przy ul. Św. Marcina w Swarzędzu”. Informacje przekazane przez odwołującego były to informacje wprowadzające w błąd zamawiającego co do posiadania przez Pana Z. G. - w odniesieniu do zadań wskazanych w formularzu ofertowym (gdyż tylko takie mogą być brane pod uwagę, a nie jakiegokolwiek inne) - doświadczenia kwalifikującego ofertę odwołującego do przyznania jej 20 pkt a nie 10 pkt w ramach kryterium nr 3.

Po drugie: wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

obowiązany jest do zachowania należytej staranności, w tym obowiązany jest do uprzedniego zweryfikowania informacji przekazywanych w postępowaniu zamawiającemu. Szczególnej staranności wykonawca winien dołożyć w odniesieniu do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a za takie uważa się między innymi - jak to miało miejsce w niniejszej sprawie - informacje w ramach kryterium oceny ofert. Odwołujący niezasadnie w treści odwołania podnosi, iż w jego przypadku nie może być mowy ani o zamierzonym działaniu, ani o rażącym niedbalstwie, gdy chodzi o nieprawdziwe informacje przekazane zamawiającemu odnośnie Pana Z. G. . Zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo jest przesłanką wchodzącą w skład podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Tymczasem zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, w którym jest mowa o lekkomyślności lub niedbalstwie. W ocenie składu orzekającego Izby w odniesieniu do zachowania odwołującego można mówić co najmniej o niedbalstwie. Odwołujący był bowiem obowiązany do dokonania rzetelnej weryfikacji informacji przekazywanych zamawiającemu do oceny w ramach kryterium, a tego nie uczynił. Potwierdzeniem tego jest również treść uzasadnienia odwołania, gdzie odwołujący stwierdza: „Dlatego też Odwołujący wypełniając tabelę dotyczącą doświadczenia zawodowego osób skierowanych do realizacji zamówienia mając na względzie czynny udział pana Z. G. w realizacji zamówienia w Swarzędzu miał przekonanie, że to on właśnie był kierownikiem budowy, robót na tym zadaniu.”

Po trzecie: informacje przekazywane do oceny w ramach kryterium niewątpliwie stanowią informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

W odniesieniu do odwołującego zostały zatem spełnione wszystkie przesłanki składające się na podstawę wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Decyzję zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania należy zatem uznać za prawidłową.

Należy dodać, iż sankcją za przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego mogących mieć istotny wpływ na jego decyzje podejmowane w postępowaniu jest bezwzględne wykluczenie wykonawcy z postępowania. Absolutnie niedopuszczalne byłoby w takiej sytuacji jedynie poprzestanie na przyznaniu wykonawcy mniejszej ilości punktów. Celem regulacji art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 jest między innymi zapobieganie nierzetelnym i niestarannym zachowaniom wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest możliwe zastosowanie w takiej sytuacji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczącego uzupełniania dokumentów, choć i tak w niniejszej sprawie nie mógłby on mieć zastosowania z uwagi na to, że wprowadzające w błąd informacje stanowiły treść oferty sensu stricto. Uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp mogą podlegać wyłączenie oświadczenia i dokumenty wskazane w tym przepisie. Z kolei do wystosowania wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest w sytuacji, w której ma wątpliwości co do treści oferty mającej istotne znaczenie. Jeżeli istotna treść oferty wykonawcy nie budzi wątpliwości zamawiającego, to nie ma on obowiązku wystosowania do wykonawcy wezwania, o którym mowa w tym przepisie.

Natomiast za zasadny Izba uznała zarzut zaniechania przedstawienia odwołującemu wyczerpującego uzasadnienia faktycznego decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania. Zamawiający wprawdzie wskazał, iż wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp dotyczy informacji zawartych w formularzu oferty w odniesieniu do doświadczenia zawodowego kierownika budowy położonego w ppkt 1 i 2., a zatem chodziło o zadanie „Modernizacja kompleksu sportowego położonego przy ul. Św. Marcina w Swarzędzu”, jednakże zamawiający nie podał w jakim konkretnie zakresie kwestionuje prawdziwość oświadczenia zawartego w tym zakresie w ofercie odwołującego. Sam fakt niespełnienia danego wymogu w ramach kryterium oceny ofert nie jest tożsamy z zaistnieniem podstawy wykluczenia z postępowania wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Na wymagane doświadczenie kierownika budowy składało się kilka wymogów i w

związku z tym zamawiający obowiązany był wskazać, w odniesieniu do którego z nich uznaje

oświadczenie odwołującego za nieprawdziwe - wprowadzające go w błąd co do przyznania odwołującemu 20 pkt na podstawie danych wypełnionych w tabeli zawartej w pkt 4 formularza ofertowego. Treść informacji przekazanej odwołującemu w ww. zakresie nie stanowiła wypełnienia dyspozycji przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Dodatkowo jedynie należy zauważyć, iż przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ma zastosowanie w postępowaniach dwuetapowych. Natomiast w przypadku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zastosowanie ma przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Uznanie zasadności ww. zarzutu nie miało jednak wpływu na rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Należy bowiem wskazać, iż odwołujący nie ograniczył się jedynie do podniesienia zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, lecz postawił również zarzut dotyczący niezasadnego wykluczenia go z postępowania. Przy czym odwołujący nie wnosił o rozpoznania drugiego z wymienionych zarzutów wyłącznie w przypadku uznania braku zasadności zarzutu dotyczącego uzasadnienia decyzji o wykluczeniu go z postępowania. W tej sytuacji Izba miała obowiązek rozpoznać także zarzut dotyczący wykluczenia odwołującego z postępowania, który uznała za niezasadny, co oznacza, iż odwołujący nie podlega przywróceniu do postępowania. Dodatkowo należy zauważyć, iż jak wynika z treści odwołania odwołujący nie miał problemów z postawieniem i uzasadnieniem zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Na rozprawie w odpowiedzi na pytanie, czy gdyby znał bardziej szczegółowe uzasadnienie wykluczenia go z postępowania podniósłby jakieś inne dodatkowe okoliczności, na które nie wskazał w treści odwołania, stwierdził jedynie, iż w takiej sytuacji w ogóle rozważałby zasadność wnoszenia odwołania.

Zarzuty dotyczących oferty wykonawcy Eversport Sp. z o.o. Izba uznała za niezasadne.

Niewątpliwie zamawiający mógł dołożyć większej staranności sporządzając opis warunku udziału w postępowaniu jak i opis kryterium oceny ofert, niemniej jednak Izba stwierdziła, iż podniesione w tym zakresie zarzuty nie potwierdziły się. Należy w tym miejscu poczynić uwagę, iż treść warunku jak i kryterium nr 3 była niemal tożsama, co uzasadnia dokonanie łącznej analizy i wykładni ich treści. Nie jest zasadne dokonywanie odmiennej interpretacji postanowień SIWZ, które w ramach jednego postępowania zostały sformułowane prawie identycznie. Należy zatem zauważyć, iż z treści warunku udziału w postępowaniu jak i z treści kryterium nie wynikało wprost, iż roboty dotyczące boiska z trawy syntetycznej jak i powierzchni poliuretanowych miały być wykonane wyłącznie w ramach jednej roboty budowlanej. Brak wymogu połączenia ww. prac w ramach jednej roboty potwierdza sposób sporządzenia przez zamawiającego formularza ofertowego w odniesieniu do kryterium nr 3 (tabela za 10 punktów zawierała dwa wiersze do wypełnienia, natomiast tabela za 20 pkt - cztery wiersze do wypełnienia) oraz sposób jego wypełnienia przez większość wykonawców. Należy również wziąć pod uwagę odpowiedź udzieloną przez zamawiającego na pytanie nr 1 w zestawie nr 6. Pytanie to brzmiało następująco: „Czy Zamawiający uzna za spełniony warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał dwa boiska z trawy naturalnej i powierzchni minimum 1500 m² wraz z oświetleniem i drenażem (każde z boisk) oraz dwie nawierzchnie poliuretanowe o powierzchni minimum 2500 m² (każda z nich), gdzie każde z boisk i nawierzchni zostały wykonane w ramach oddzielnych robót budowlanych?”, natomiast zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zamawiający nie uzna spełnienia warunku, o którym mowa w zapytaniu (boiska z trawy naturalnej)”, co oznacza, iż nie zgadza się na przedstawioną w pytaniu propozycję zmiany treści warunku w zakresie boiska z trawy naturalnej - zamawiający nie musiał odnosić się do kwestii oddzielnego wykonania boisk i nawierzchni poliuretanowych, przy założeniu, że wynikało to już z aktualnych postanowień SIWZ. Z odpowiedzi na pytanie nr 2 w zestawie 6 („Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.”) nie można w ocenie Izby wyciągać żadnych konkretnych wniosków w odniesieniu do powyższego zagadnienia z uwagi na to, że ww. pytanie dotyczyło przede wszystkim wykreślenia 5 letniego okresu w jakim kierownik robót lub kierownik budowy miał się wykazać nadzorowaniem robót budowlanych. Ponadto należy zauważyć, iż przyjęcie wykładni proponowanej przez odwołującego co do konieczności połączenia w ramach jednej roboty zarówno prac dotyczących boiska jak i prac dotyczących powierzchni poliuretanowej - przy uwzględnieniu brzmienia opisu warunku jak i kryterium nr 3 w celu uzyskania 20 punktów - prowadziłoby do nieracjonalnych wniosków, iż w ramach jednej roboty budowlanej należało wykonać prace polegające na budowie lub przebudowie minimum dwóch boisk i minimum dwóch nawierzchni poliuretanowych.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut odnoszący się do informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej prokurenta Pani I. M. . Należy w tym miejscu wyjaśnić, że na gruncie aktualnego stanu prawnego warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień składania ofert (w przetargu nieograniczonym) i trwać przez cały okres postępowania. To samo dotyczy braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Natomiast oświadczenia i dokumenty składane na potwierdzenie tych warunków jak i braku podstaw do wykluczenia mają być aktualne na dzień ich złożenia (art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). Zgodnie zatem z konstrukcją przyjętą przez ustawodawcę wystarczające jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia lub dokumentu aktualnego na dzień jego składania, albowiem ma on potwierdzać określony stan rzeczy (spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia z postępowania), który ma trwać przez cały czas od momentu złożenia oferty aż do momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie

art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: