Sygn. akt: KIO 1161/22, KIO 1167/22

WYROK

z dnia 18 maja 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2022 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2022 roku przez wykonawców:

1) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. z siedzibą w Podlesiu (Odwołujący);

2) Tamex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (Odwołujący 1)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Miejski Ośrodek Sportu

i Rekreacji w Koninie z siedzibą w Koninie

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego:

1) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. z siedzibą w Podlesiu (KIO 1167/22);

2)

3) Tamex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (KIO 1161/22)

orzeka:

A.

1. Oddala w całości odwołanie w sprawie KIO 1161/22;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S.z siedzibą w Podlesiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. z siedzibą w Podlesiu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego - Przedsiębiorstwa Wielobranżowego GRETASPORT

I. S. z siedzibą w Podlesiu na rzecz Zamawiającego - Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Koninie z siedzibą w Koninie kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset siedemnastu złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej.

B.

1. oddala w całości odwołanie w sprawie KIO 1167/22;

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Odwołującego 1 - Tamex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego 1 - Tamex Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego 1- Tamex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego - Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Koninie z siedzibą w Koninie kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset siedemnastu złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Syn. akt KIO 1161/22; KIO 1167/22

UZASADNIENIE

Sygn. akt KIO 1161/22

Zamawiający: Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Koninie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. „Przebudowa stadionu im. M. Paska w Koninie przy ul. Dmowskiego". Ogłoszenie o zamówieniu nr 2022/BZP 00084868/01 opublikowano dnia 2022-03-14.

Dnia 27 kwietnia 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w prowadzonym postępowaniu, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 514 ust. 1, art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp", odwołanie złożył Wykonawca I.S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S.z siedzibą w Podlesiu (dalej jako „Odwołujący" lub „Gretasport").

Odwołanie dotyczy czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz w konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego, która to czynność została dokonana przez Zamawiającego w dniu 22 kwietnia 2022 roku, co w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego unieważnienia postępowania. Termin na złożenie odwołania upływał w dniu 27 kwietnia 2022 roku, zatem został zachowany. Odwołujący uiścił wpis od odwołania

w odpowiedniej wysokości na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący, zgodnie z treścią art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, przekazał odwołanie do Zamawiającego dnia 27 kwietnia 2022 roku.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp - poprzez bezpodstawne uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z uwagi na to, że - zdaniem Zamawiającego - w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu,

2. w konsekwencji powyższego również art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a ustawy Pzp - poprzez bezpodstawne uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu jako złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,

3. w konsekwencji powyższego również art. 255 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na to, że wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu, mimo że oferta Odwołującego jest ofertą prawidłową - niepodlegającą odrzuceniu, a sam Odwołujący nie podlega wykluczaniu z postępowania, co pozwala na wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,

- unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty,

- ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, - wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

W zakresie spełnienia przesłanki interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej Odwołujący podniósł, że z informacji z otwarcia ofert wynika, że w postępowaniu oferty złożyło dwóch Wykonawców: Odwołujący oraz TAMEX Obiekty Sportowe S.A. Wykluczenie Odwołującego oraz w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego doprowadziło do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, w tym poprzez narażenie go na szkodę związaną z utratą uzyskania zamówienia, gdyż Zamawiający unieważnił postępowanie (bowiem Zamawiający dokonał również wykluczenia i odrzucenia oferty Wykonawcy TAMEX - co jednakże pozostaje bezsporne dla Odwołującego).
Zatem Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą, jednakże czynności Zamawiającego w postaci unieważnienia postępowania oraz wykluczenia Odwołującego (oraz odrzucenia oferty Odwołującego) co powoduje, że Odwołujący nie jest w stanie uzyskać dla siebie zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania zaznaczono, że przedmiotem postępowania jest przebudowa obiektów sportowych wraz z infrastrukturą dla zadania pn. „Przebudowa stadionu im. M. Paska w Koninie przy ul. Dmowskiego" obejmująca:

1) Budowę boiska piłkarskiego głównego z nawierzchnią naturalną sianą, wyposażeniem, ogrodzeniem, piłkochwytami, tablicą wyników i instalacją oświetlenia,

2) Budowę boiska piłkarskiego z nawierzchnią sztuczną wraz z uzyskaniem Certyfikatu min. FIFA Quality oraz wyposażeniem, ogrodzeniem, piłkochwytami, tablicą wyników i instalacją oświetlenia,

3) Budowę boiska piłkarskiego treningowego z nawierzchnią naturalną sianą, wyposażeniem, piłkochwytami i instalacją oświetlenia,

4) Budowę trybun dla boiska piłkarskiego głównego (wraz z ogrodzeniem strefy kibiców gości) oraz trybun dla boiska piłkarskiego z nawierzchnią sztuczną,

5) Budowę systemu instalacji nawadniania i odwodnienia boisk wraz ze zbiornikiem, kanalizacją deszczową i przyłączem kanalizacji deszczowej (z opracowaniem i zatwierdzeniem Projektu tymczasowej organizacji ruchu w celu realizacji robót), 6) Budowę szlaków komunikacyjnych na terenie stadionu, 7) Budowę ogrodzenia terenu stadionu.

W treści SWZ Zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert:

- cena ofertowa - waga 60%,
- wydłużenie okresu gwarancji - waga 30%,

• doświadczenie osoby wyznaczonej do kierowania robotami - waga 10%.

W ramach kryterium „doświadczenie osoby wyznaczonej do kierowania robotami”

Zamawiający wskazał, że będzie oceniał doświadczenie kluczowego personelu Wykonawcy, tj. osoby wskazanej do realizacji zamówienia w zakresie pełnienia funkcji kierownika budowy, posiadającej uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz aktualny wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego (Część II pkt 3.1.2 SWZ). W kryterium tym uzyskać można było maksymalnie 10 punktów. Jeżeli Wykonawca wskaże osobę do kierowania budową z wymaganymi uprawnieniami nieposiadającą doświadczenia w opisanym zakresie, w kryterium tym otrzyma „0” („zero”) punktów.

Liczba wykonanych/zakończonych usług pełnienia funkcji kierownika budowy w zakresie budowy/przebudowy boisk	Liczba punktów
za prawidłowo i fachowo wykonaną usługę polegającą na pełnieniu funkcji kierownika budowy w zakresie budowy/przebudowy boiska naturalnego (warstwa odsączająca, warstwa wegetacyjna, nawierzchnia z trawy wykonanej z siewu) wraz z infrastrukturą towarzyszącą boisku	liczba punktów obliczana wg wzoru: D1 = DBAD x 5 pkt/ DMAX max. 5 punktów
za prawidłowo i fachowo wykonaną usługę polegającą na pełnieniu funkcji kierownika budowy w zakresie budowy/przebudowy boiska z nawierzchnią z trawy syntetycznej w systemie spełniającym wymagania FIFA Quality Concept for Football Turf na poziomie min. FIFA QUALITY (manual 2015) wraz z infrastrukturą towarzyszącą boisku	liczba punktów obliczana wg wzoru: D2 = DBAD x 5 pkt/ DMAX max.5 punktów

D=D1+D2, gdzie:

D - oznacza łączną liczbę punktów, jakie otrzyma oferta oceniana w kryterium „Doświadczenie osoby wyznaczonej do kierowania robotami"

DMAX - oznacza ofertę z najwyższą liczbą wykonanych usług spośród wszystkich ocenianych ofert w danej kategorii realizacji

CBAD - oznacza liczbę wykonanych usług, w danej kategorii realizacji, zawartą w ocenianej ofercie.

Zamawiający wskazał także, że „punktowane w tym kryterium będą wyłącznie realizacje dokonane przez osobę wskazaną przez Wykonawcę do pełnienia funkcji kierownika budowy w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.
W przypadku gdy Zamawiający poweźmie informacje podważające dane zawarte

w sporządzonej przez Wykonawcę „Informacji o doświadczeniu zawodowym kierownika budowy", dane te nie będą kompletne w zakresie pozwalającym na przyznanie punktów lub zamawiający nie będzie w stanie zweryfikować prawdziwości tych danych, wykazane doświadczenie w tym zakresie nie będzie punktowane".

W specyfikacji oraz ogłoszeniu Zamawiający wskazał również, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 i 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7, 8 i 10 ustawy. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 oraz art. 109 ust.1 pkt 4, 5, 7, 8 i 10 ustawy, jeżeli udowodni Zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki wskazane w art. 110 ust. 2 ustawy.

Do dnia upływu terminu do składania ofert, oferty złożyło dwóch Wykonawców - Odwołujący oraz Wykonawca TAMEX Obiekty Sportowe S.A. Odwołujący złożył ofertę korzystniejszą cenowo.

W dniu 22 kwietnia 2022 roku Zamawiający poinformował, że dokonał wykluczenia Wykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe S.A. oraz odrzucenia oferty tego Wykonawcy z postępowania - co nie podlega rozpoznaniu w sprawie.

Zamawiający dokonał jednocześnie wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty. W konsekwencji powyższych czynności Zamawiający dokonał także unieważnienia postępowania z uwagi na to, że w jego ocenie w postępowaniu nie złożono ofert, które nie podlegałyby odrzuceniu. Z takimi czynnościami Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza.

Zamawiający jako podstawę do wykluczenia Odwołującego podał art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, wskazując, że podczas badania i oceny ofert Komisja przetargowa powzięła wątpliwość dot. realizacji zawartych przez Wykonawcę w poz. 1 Tabeli 1, poz. 3 Tabeli 1 i poz. 4 Tabeli 1 załącznika nr 1a do SWZ - informacji o doświadczeniu zawodowym osoby wyznaczonej do kierowania robotami - punktowanych w ramach kryteriów oceny ofert w postępowaniu.

Poz. 1 Tabeli 1: „Zagospodarowanie terenu stadionu w Brusach na cele sportowe w zakresie bieżni i urządzeń lekkoatletycznych z utwardzeniem terenu, boisk piłki siatkowej plażowej 2 szt., piłki nożnej na dz. 512/24, 512/25 i 512/52 w m. Brusy" - Zamawiający powziął informację, że nawierzchnia boiska została pokryta trawą z rolki, nie trawą sianą.

Poz. 3 Tabeli 1: „Budowa stadionu lekkoatletycznego w Tychach" - Zamawiający powziął informację, że nawierzchnia boiska została pokryta trawą z rolki, nie trawą sianą.

Poz. 4 Tabeli 1: „Budowa stadionu lekkoatletycznego w miejscowości Sierakowice" - Zamawiający powziął informację, że boisko piłkarskie zostało poddane przebudowie i wykorzystano przy niej zarówno trawę z rolki (pozyskaną z istniejącego boiska) oraz trawę z siewu.

W dniu 11.04.2022 r. Odwołujący wystosował do Zamawiającego pismo, z którego wynika, że podczas sporządzania informacji o doświadczeniu zawodowym osoby wyznaczonej do kierowania robotami w załączniku nr 1a doszło do omyłkowego wpisania realizacji w poz. 1 Tabeli 1. Wykonawca potwierdził, że nie wykorzystano w tej inwestycji trawy z siewu.

W związku z powyższym, Zamawiający wezwał Wykonawcę w dniu 15.04.2022 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie pozostałych dwóch realizacji budzących wątpliwość (poz. 3 i 4 Tabeli 1). Odwołujący złożył wyjaśnienia, z których wynika, że:

1) w przypadku realizacji pn. „Budowa stadionu lekkoatletycznego w Tychach" przedłożone wyjaśnienia potwierdzają, że na boisku treningowym w ramach budowy stadionu lekkoatletycznego murawa w całości została wykonana z trawy naturalnej z siewu,

2) w przypadku realizacji pn. „Budowa stadionu lekkoatletycznego w miejscowości Sierakowice" przedłożone wyjaśnienia informują, że na boisku pierwotnie została zaprojektowana trawa naturalna z rolki, natomiast w ramach realizacji inwestycji Inwestor podjął decyzję o zmianie sposobu wykonania nawierzchni. Murawa częściowo w miejscu realizacji robót związanych z odwodnieniem liniowym boiska została wykonana z trawy pozyskanej z innej części obiektu inwestora, zaś w pozostałej części murawa została wykonana z trawy z siewu.

Zamawiający uznał, że złożone wyjaśnienia, w zakresie poz. 1 Tabeli 2 wypełniają przesłankę wykluczenia przewidzianą przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu

i SWZ, tj. art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, ponieważ przedstawiona w ofercie informacja, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadzająca Zamawiającego w błąd mogła mieć istotny wpływ na decyzje przez niego podejmowane postępowaniu. Ponadto, Wykonawca w piśmie z dnia 11.04.2022 r. wprost przyznał się do błędu w sporządzonej informacji, nie znajdując dla niego żadnego wyjaśnienia. Zamawiający w konsekwencji wykluczył Odwołującego z postępowania.

Z powyższego wynika, że Zamawiający uznał wyjaśnienia Odwołującego złożone w zakresie poz. 3 tabeli 1 (Tychy) oraz poz. 4 tabeli 1 (Sierakowice) za prawidłowe

i wystarczające, zaś dokonał wykluczenia Odwołującego z uwagi na informacje podane w poz. 1 tabeli 1 (Bursy). Zamawiający co prawda w końcowym fragmencie zawiadomienia wskazał, że „Zamawiający, mając na uwadze powyższe, uznał, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia, w zakresie poz. 1 Tabeli 2 wypełniają przesłankę wykluczenia", jednak zdaniem Odwołującego jest to omyłka Zamawiającego, bowiem zarówno we wcześniejszych fragmentach pisma, jak i w dalszych wywodach Zamawiający odnosi się do realizacji z Burs, która powołana była w poz. 1 tabeli 1, a nie tabeli 2. Realizacja z poz. 1 tabeli 2 nigdy nie była przez Zamawiającego kwestionowana, a zatem w zestawieniu z całością argumentacji Zamawiającego bezsprzecznie nie ma wątpliwości, że Zamawiający chciał wykluczyć Wykonawcę na podstawie realizacji z poz. 1 tabeli 1.

Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący wskazał, że wykluczenie z uwagi na informacje podane w poz. 1 tabeli 2 (Szczecin) jest całkowicie nieuzasadnione, bowiem Zamawiający nie kierował w tym zakresie do Odwołującego żadnego wezwania ani nie wykazał w złożonym zawiadomieniu w jakim zakresie Wykonawca podał w tym zakresie jakiekolwiek nieprawdziwe informacje.

Odnosząc się zaś do realizacji z poz. 1 tabeli 1, o jaką zapewne chodziło Zamawiającemu Odwołujący podkreślił, że omyłka w tym zakresie nie może zostać uznana za podstawę do wykluczenia. Faktycznie, Odwołujący niepoprawnie podał tę realizację w treści załącznika nr 1a do oferty, jednakże okoliczność tę sam Odwołujący wskazał Zamawiającemu w piśmie z dnia 11 kwietnia 2022 roku, kiedy tylko o omyłce tej się zorientował. Zamawiający nie wyjaśniał tej kwestii, nie powziął żadnych wątpliwości, nie badał w ogóle tej kwestii. Odwołujący więc sam podał Zamawiającemu informację, aby za realizację tę nie otrzymał punktów, bowiem została wpisana omyłkowo - i to podał tę informacje przed jakimikolwiek wezwaniami Zamawiającego, z własnej inicjatywy, a więc nie będąc do tego przymuszonym z jakiejkolwiek strony. Oznacza to, że informacja ta nie mogła spowodować, że Zamawiający podejmie jakiekolwiek decyzje na podstawie tej „błędnej" informacji. Kluczowym jest tym samym, że do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp konieczne jest wykazanie, że działanie Wykonawcy, czy to wywołane lekkomyślnością, czy też niedbalstwem, mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. W realiach sprawy nie można mówić o takim wpływie, skoro Odwołujący samodzielnie, niezwłocznie po wykryciu omyłki informację te sprostował - właśnie po to, aby nie wprowadzać Zamawiającego w błąd.

W samej SWZ Zamawiający wskazał, że w przypadku gdy Zamawiający poweźmie informacje podważające dane zawarte w sporządzonej przez Wykonawcę „informacji o doświadczeniu zawodowym kierownika budowy" wykazane doświadczenie w tym zakresie nie będzie punktowane - i właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w tej sprawie. Odwołujący sam podał Zamawiającemu informację, że realizacja z tabeli nr 1 z poz. 1 została wpisana omyłkowo i żeby Zamawiający nie brał jej pod uwagę. Za tę uczciwość i poinformowanie Zamawiającego przed podjęciem jakiekolwiek czynności w sprawie, Odwołujący został wykluczony, mimo że podanie przez niego błędnej realizacji w tabeli było wynikiem wyłącznie ludzkiej omyłki - nie można tego nazwać lekkomyślnością czy niedbalstwem, skoro Wykonawca sam podjął próbę naprawy swojej omyłki, jak tylko się zorientował, że ją popełnił.

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że aby przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp pomogła się ziścić należy wykazać, że podanie nieprawdziwych informacji mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Taka sytuacja nie zaistniała, skoro Zamawiający od Odwołującego bezpośrednio uzyskał wiedzę, aby nie punktować realizacji z poz. 1 tabeli 1, ponieważ została podana omyłkowo.

W ocenie Odwołującego nie tylko sama treść przepisu, ale również zasady współżycia społecznego pokazują, że czynności Zamawiającego są niewłaściwe i niesłusznie traktują Odwołującego, który w żaden sposób nie chciał negatywnie wpłynąć na czynności w postępowaniu - i nie wpłynął, bowiem sam dokonał niezwłocznego sprostowania przekazanych omyłkowo informacji. U Zamawiającego bez wątpienia nie doszło do mylnego przekonania co do istniejącej rzeczywistości.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Sygn. akt KIO 1167/22

W prowadzonym postępowaniu odwołanie złożył również Wykonawca Tamex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący 1" lub „Tamex").

Odwołaniem objęto czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu Odwołującego 1 z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Tamex zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego 1 z uwagi na przedstawienie przez Odwołującego 1 w ofercie informacji, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadzającą Zamawiającego w błąd, która mogła mieć istotny wpływ na decyzje przez niego podejmowane w postępowaniu, podczas gdy Odwołujący 1 nie przedstawił nieprawdziwych informacji, a w przypadku jakichkolwiek wątpliwości w zakresie kwestionowanego doświadczenia w ramach kryterium oceny ofert winien przyznać Tamex zero punktów, a nie wykluczać z postępowania.

Odwołujący 1 wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia,

4. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia wykluczenia Odwołującego 1 z postępowania,

5. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego 1.

Termin na złożenie odwołania został zachowany. Odwołujący 1 uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu.

W zakresie wykazania przesłanki interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej Odwołujący 1 wskazał, że złożył ofertę w postępowaniu, jego oferta nie powinna zostać odrzucona, a Odwołujący 1 nie powinien zostać wykluczony z postępowania. Gdyby Zamawiający wykonał czynności zgodnie z przepisami Pzp, to oferta Odwołującego 1 mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Odwołujący 1 może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. Szkoda pozostaje w tej sytuacji w adekwatnym związku przyczynowo-skutkowym z uchybieniami, których dopuścił się Zamawiający.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 ustawy Pzp Odwołujący 1 podkreślił, że zgodnie z przywołaną regulacją zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W treści pisma o wykluczeniu Odwołującego 1 Zamawiający wskazał, że „Zamawiający, mając na uwadze powyższe, uznał, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia, w zakresie poz. 1 Tabeli 2 wypełniają przesłankę wykluczenia przewidzianą przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ, tj. art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, ponieważ przedstawiona przez Wykonawcę w ofercie informacja, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadzająca Zamawiającego w błąd mogła mieć istotny wpływ na decyzje przez niego podejmowane w postępowaniu. Ponadto, Wykonawca w swoich wyjaśnieniach, wskazując inną inwestycję, z którą pomylił tę wskazaną pierwotnie w informacji o doświadczeniu zawodowym kierownika robót, wprost przyznał, że funkcji kierownika budowy nie pełnił p. P. D., a p. N.U. Funkcja Zastępcy kierownika budowy, o jakiej wspomina Wykonawca, nie ma umocowania w przepisach Prawa budowlanego i nie sposób przyjąć, że jest ona tożsama, co do zakresu obowiązków i odpowiedzialności, w ramach pełnienia funkcji Kierownika budowy, dla której przepisy przewidują, jako dla uczestnika procesu budowlanego, szczególny zakres praw i obowiązków".

Właśnie z treści tego uzasadnienia wynika, że Zamawiający nieprawidłowo wykluczył Odwołującego 1 z postępowania, nie tylko z uwagi na brak zaistnienia przesłanki wykluczenia z przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP, ale również z uwagi na treść SWZ, która powinna determinować zachowanie Zamawiającego w takich sytuacjach.

W ocenie Tamex sytuacja określona w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp nie miała

miejsca i nie mogła mieć miejsca. Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego 1 po przeprowadzeniu procedury wyjaśnienia oferty i złożonych informacji w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert. Odwołujący 1 w kwestionowanej przez Zamawiającego pozycji w żaden sposób nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd. Wprost przeciwnie - w sposób transparentny pokazał, na czym miało polegać doświadczenie wskazywanej osoby. Odwołujący 1 nie mógł wprowadzić Zamawiającego w błąd. Jeżeli, zdaniem Zamawiającego, dana osoba nie posiadała odpowiedniego doświadczenia, to Zamawiający winien przyznać Odwołującemu, za tę pozycję, zero punktów.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, „przepisy dotyczące podstaw wykluczenia, jako normy o charakterze sankcyjnym, podlegają wykładni ścisłej i nie mogą być rozszerzane na stany faktyczne, których norma nie wymienia. Istotnie, przepisy dotyczące wykluczenia wykonawcy, który wprowadził zamawiającego w błąd, mają na celu ochronę zamawiającego przed udzieleniem zamówienia wykonawcy nierzetelnemu. Jednak te względy celowościowe, nie mogą skutkować wykluczeniem, dla którego ustawa nie przewiduje podstawy prawnej. Zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia pisemności i przejrzystości nie pozwalają na to, aby zamawiający po złożeniu ofert wywodził z ustawy konsekwencje, które nie są przewidziane w przepisach. Wymaga tego pewność prawa" (wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1248/21).

Zamawiający winien wykazać w całości spełnienie tej przesłanki, co w ocenie Tamex nie miało miejsca. Co więcej, przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp mówi o „istotnym wpływie" na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę porównanie ofert dwóch wykonawców biorących udział w postępowaniu (przyjmując nawet czysto hipotetycznie, że oferta drugiego wykonawcy byłaby brana pod uwagę przy ocenie ofert), to nie sposób uznać, aby można było mówić o „istotnym wpływie", nawet gdyby Zamawiający twierdził, że Odwołujący 1 podał w pozycji nr 1 informację nieprawdziwą.

Odwołujący 1 przedstawił osobę w ramach kryterium oceny ofert, która posiada większą liczbę wykazanych doświadczeń od konkurencji. Skoro tak, to nawet „odjęcie" jednej pozycji nie zmienia faktu, że oferta Odwołującego w ramach tego kryterium oceny ofert uzyskałaby maksymalną liczbę punktów.

„Ustawodawca wymaga, aby wprowadzenie w błąd zamawiającego mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co oznacza, że wprowadzenie w błąd musi dotyczyć takich czynności zamawiającego, które wpływają na sytuację wykonawcy w postępowaniu, tj. na jego

wykluczenie z postępowania, odrzucenie jego oferty bądź na jego szanse w uzyskaniu zamówienia (pozycję w rankingu ofert)" (wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1576/19).

Nie sposób uznać, aby informacje przedstawione przez Odwołującego 1 w jakikolwiek negatywny sposób mogły wpłynąć na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia.

Wykluczenie Odwołującego 1 w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp byłby sankcją nadmierną, de facto prowadziłoby to do eliminowania wykonawców za błędy formalne, pomimo, iż posiadają oni odpowiednio (na zdecydowanie wyższym poziomie niż wymaga tego Zamawiający) doświadczoną kadrę personalną. Stanowiłoby to naruszenie głównej zasady zamówień publicznych tj. zasady proporcjonalności. Sankcja w postaci wykluczenia Odwołującego 1 z postępowania byłaby niewspółmierna co do ustalanego przez Zamawiającego ewentualnego przewinienia.

Również w orzecznictwie sądów powszechnych prezentowane jest stanowisko,

w ramach którego podkreśla się, że „mając na względzie dorobek orzeczniczy (...) i Sądów Okręgowych, należało przychylić się do stanowiska, zgodnie z którym (tak między innymi w sprawie o sygnaturze akt KIO (...)), by można było mówić o istotnym wpływie informacji wprowadzających w błąd na decyzje zamawiającego w postępowaniu, konieczne jest wykazanie, że zamawiający podjąłby na podstawie informacji niewprowadzających w błąd inną decyzję niż na podstawie informacji wprowadzających w błąd. (...) W stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy Konsorcjum (...) wskazało, jak się okazało, informację nieprawdziwą. Na podstawie wskazanej później informacji prawdziwej Zamawiający nie podjąłby innej decyzji niż ta, którą podjąłby, gdyby nie zauważył nieprawdziwości pierwotnie podanej informacji dotyczącej roli Z. S. (1) w inwestycji dotyczącej budowy o. M. Podanie nieprawdziwej informacji w realiach rozpoznawanej sprawy nie miało zatem wpływu na decyzję Zamawiającego. Należało mieć zatem na względzie to, że ustawa Pzp w jej obecnym brzmieniu stanowi implementację do polskiego porządku prawnego dyrektywy

Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie

zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE. Zgodnie z treścią art. 57 tej

dyrektywy Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, który był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59. Zatem interpretacja przepisów krajowych powinna uwzględniać fakt, że podstawą wykluczenia powinno być tylko "poważne wprowadzenie w błąd". Interpretację tej klauzuli generalnej powinno dokonywać się z uwzględnieniem uwagi wprowadzającej do dyrektywy, zgodnie z którą to uwagą, stosując fakultatywne podstawy wykluczenia instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności, a drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Wykluczenie Konsorcjum (...) w realiach rozpoznawanej sprawy należałoby uznać za nieproporcjonalne w stosunku do zaistniałego uchybienia. Ta przesłanka stanowi odrębną przyczynę, dla której treść art. 24 ust. 1 pkt 17 nie powinna była znaleźć w rozpoznawanej sprawie zastosowania” (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 września 2019 r., sygn. akt XIX Ga 953/19).

W innym wyroku Sąd Okręgowy w Warszawie podkreślił, że „by można było mówić o istotnym wpływie informacji wprowadzających w błąd na decyzje zamawiającego w postępowaniu, konieczne jest wykazanie, że zamawiający podjąłby na podstawie informacji niewprowadzających w błąd inną decyzję niż na podstawie informacji wprowadzających w błąd” (wyrok SO w Warszawie z dnia 11 lutego 2021 r., sygn. akt XXIII Ga 1423/20).

W ocenie Odwołującego 1 nie sposób uznać, aby spełnione zostały wymogi dla zastosowania przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, gdyż:

1) przedstawiona przez Odwołującego 1 informacja nie wprowadza Zamawiającego w błąd - negatywna weryfikacja przekazanych informacji mogłaby polegać na przyznaniu Odwołującemu 1 zero punktów w kwestionowanej pozycji;

2) nie jest to informacja mająca istotny wpływ - negatywna weryfikacja nie zmieni liczby przyznanych punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert.

Gdyby jednak przyjąć argumentację Zamawiającego, to w zasadzie instytucja uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych była „martwa”. Nie jest trudnym wyobrażenie sobie sytuacji, w której wykonawca składa wykaz osób, a Zamawiający weryfikuje negatywnie doświadczenie osób tam wskazanych. W takiej sytuacji, zgodnie z przyjętym sposobem działania przez Zamawiającego, powinno dojść do wykluczenia wykonawcy z postępowania - przecież przekazał nieprawdziwe informacje, gdyż chciał pokazać, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jednakże, przepisy Pzp oraz praktyka mówią coś zupełnie przeciwnego - w takim przypadku należy wezwać wykonawcę do uzupełnienia. Oznacza to, że przesłanka wykluczenia z postępowania wskazana w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp musi być traktowana szczególnie i być stosowana wyłącznie w odpowiednich sytuacjach, a nie w jakiejkolwiek dowolnej sytuacji.

Dodatkowo Tamex zauważył, że Zamawiający sam w SWZ wskazał, że „W przypadku gdy Zamawiający poweźmie informacje podważające dane zawarte w sporządzonej przez Wykonawcę „Informacji o doświadczeniu zawodowym kierownika budowy”, dane te nie będą kompletne w zakresie pozwalającym na przyznanie punktów lub zamawiający nie będzie

w stanie zweryfikować prawdziwości tych danych, wykazane doświadczenie w tym zakresie nie będzie punktowane” (strona 32 SWZ). Nie ulega zatem wątpliwości, że Zamawiający zadziałał, wobec Odwołującego, również w sposób niezgodny z treścią przyjętej przez siebie SWZ.

W świetle powyżej przedstawionej argumentacji, odwołanie w ocenie Tamex zasługuje na uwzględnienie w całości. Naruszenia przepisów Pzp dokonane przez Zamawiającego są istotne oraz wpływają na możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego 1, a przez to powodują naruszenie interesu Odwołującego 1 i narażają go na poniesienie szkody w związku z tymi czynnościami Zamawiającego.

W związku z powyższym Tamex wnosił jak w petitum odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań, odwołania nie zawierały braków formalnych i mogły zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba uznała, iż obaj Odwołujący wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełniono materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji unieważnienie postępowania z powodu braku ważnych ofert, pozbawia Wykonawców możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia, co stanowi ich materialną szkodę.

Do postępowań odwoławczych zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli krzyżowo obaj Odwołujący. Izba uznała oba przystąpienia za skuteczne i dopuściła wykonawców jako Przystępujących.

Na podstawie dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że zgodnie z zapisami SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 i 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7, 8 i 10 ustawy Pzp. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 oraz art. 109 ust.1 pkt 4, 5, 7, 8 i 10 ustawy, jeżeli udowodni Zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki wskazane w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający podał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej oraz skierują do realizacji zamówienia osoby zdolne do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie posiadające odpowiednie uprawnienia oraz aktualny wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego:

1) kierownika budowy posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń, w zakresie zgodnym z przedmiotem zamówienia, w specjalności

konstrukcyjno-budowlanej - 1 osoba;

2) kierownika robót posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń, w zakresie zgodnym z przedmiotem zamówienia, w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych, kanalizacyjnych - min. 1

osoba;

3) kierownika robót posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń, w zakresie zgodnym z przedmiotem zamówienia, w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych -

min. 1 osoba.

Spełnienie warunków należało udokumentować przez złożenie Wykazu osób

1 Wykazu robót.

Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert:

1. cena ofertowa - waga 60%,

2 wydłużenie okresu gwarancji - waga 30%,

3. doświadczenie osoby wyznaczonej do kierowania robotami - waga 10%,

2. Zamawiający do oceny kryteriów pobierze dane z oferty Wykonawcy - Załącznik nr 1 - Formularz oferty (pkt 2 - cena ofertowa, pkt 5 - wydłużenie okresu gwarancji), Załącznik nr 1a - Informacja o doświadczeniu zawodowym kierownika budowy (tabela 1, tabela 2 - doświadczenie osoby wyznaczonej do kierowania robotami).

W ramach kryterium „Doświadczenie osoby wyznaczonej do kierowania robotami

(D) - 10 punktów = 10%" Zamawiający podał, że będzie oceniał doświadczenie kluczowego personelu Wykonawcy, tj. osoby wskazanej do realizacji zamówienia w zakresie pełnienia funkcji kierownika budowy, posiadającej uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz aktualny wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego (zgodnie z Częścią II pkt 3.1.2 w zakresie kwalifikacji zawodowych). W kryterium tym uzyskać można maksymalnie 10 punktów. Jeżeli Wykonawca wskaże osobę do kierowania budową z wymaganymi uprawnieniami nieposiadającą doświadczenia w opisanym zakresie, w kryterium tym otrzyma „0" („zero") punktów.

Liczba wykonanych/zakończonych usług pełnienia funkcji kierownika budowy w zakresie budowy/przebudowy boisk	Liczba punktów
za prawidłowo i fachowo wykonaną usługę polegającą na pełnieniu funkcji kierownika budowy w zakresie	liczba punktów obliczana wg wzoru:

Liczba wykonanych/zakończonych usług pełnienia funkcji kierownika budowy w zakresie budowy/przebudowy boisk	Liczba punktów
budowy/przebudowy boiska naturalnego (warstwa	$D_1 = D_{bad}$ x 5 pkt/
odsączająca, warstwa wegetacyjna, nawierzchnia z trawy	D_{MAX}
wykonanej z siewu) wraz z infrastrukturą towarzyszącą boisku	max.5 punktów
za prawidłowo i fachowo wykonaną usługę polegającą na pełnieniu funkcji kierownika budowy w zakresie	liczba punktów
budowy/przebudowy boiska z nawierzchnią z trawy	obliczana wg wzoru:
syntetycznej w systemie spełniającym wymagania FIFA	$D_2 = D_{BAD}$ x 5 pkt/
Quality Concept for Football Turf na poziomie min. FIFA	D_{MAX}
QUALITY (manual 2015) wraz z infrastrukturą towarzyszącą	max.5 punktów
boisku	

D=D1+D2

gdzie:

D - oznacza łączną liczbę punktów, jakie otrzyma oferta oceniana w kryterium „Doświadczenie osoby wyznaczonej do kierowania robotami"

DMAX - oznacza ofertę z najwyższą liczbą wykonanych usług spośród wszystkich ocenianych ofert w danej kategorii realizacji

CBAD - oznacza liczbę wykonanych usług, w danej kategorii realizacji, zawartą w ocenianej ofercie.

Punktowane w tym kryterium będą wyłącznie realizacje dokonane przez osobę wskazaną przez Wykonawcę do pełnienia funkcji kierownika budowy w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

W przypadku gdy Zamawiający poweźmie informacje podważające dane zawarte w sporządzonej przez Wykonawcę „Informacji o doświadczeniu zawodowym kierownika budowy", dane te nie będą kompletne w zakresie pozwalającym na przyznanie punktów lub Zamawiający nie będzie w stanie zweryfikować prawdziwości tych danych, wykazane doświadczenie w tym zakresie nie będzie punktowane.

W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, oferty złożyło dwóch wykonawców - obaj Odwołujący.

W ofercie Odwołującego Gretasport w załączniku nr 1a „Informacji o doświadczeniu zawodowym osoby wyznaczonej do kierowania robotami" wskazano następujące pozycje dla

kierownika budowy:

1) „Zagospodarowanie terenu stadionu w Brusach na cele sportowe w zakresie bieżni i urządzeń lekkoatletycznych z utwardzeniem terenu, boisk piłki siatkowej plażowej 2 szt., piłki nożnej na dz. 512/24, 512/25 i 512/52 w m. Brusy., 15.09.2017- 08.10.2018.

Przebudowa boiska naturalnego z warstwą odsączającą, warstwą wegetacyjną, nawierzchnią z trawy wykonanej z siewu m.in. wiaty zawodnicze, trybuny, ogrodzenie, oświetlenie, bramki nawierzchnie z kostki brukowej, zieleń. Gmina Brusy.

3) „Budowa stadionu lekkoatletycznego w Tychach", 01.03.2019 -11.09.2020; budowa boiska naturalnego z warstwą odsączającą, warstwą wegetacyjną, nawierzchnią z trawy wykonanej z siewu m.in. trybuna, stanowisko dla sędziów, bieżnie lekkoatletyczne, ciągi komunikacyjne, kontener magazynowy, ogrodzenie, Gmina Tychy,

4) „Budowa stadionu lekkoatletycznego w miejscowości Sierakowice.", 09.06.2020-30.11.2020, przebudowa boiska naturalnego z warstwą odsączającą, warstwą wegetacyjną, nawierzchnią z trawy wykonanej z siewu m.in. ciągi piesze, trybuny, instalacja sanitarna, monitoring, ogrodzenia, wyposażanie sportowe, bieżnie lekkoatletyczne Gmina Sierakowice.

Tamex wskazał w ofercie, w załączniku nr 1a wskazał:

- w pozycji 2 tabeli 2, że an P. D. kierował robotami na zadaniu Budowa boisk wielofunkcyjnych przy Szkole Podstawowej Nr 1 w Puławach z zagospodarowaniem terenu" od 12.05.2017 do 25.09.2017, Budowa boiska z nawierzchnią z trawy syntetycznej System spełniający wymagania FIFA Quality Concept for Football Turf na poziomie min. FIFA QUALITY (manual 2015). Zakres prac obejmował: budowę boiska do piłki nożnej z nawierzchni z trawy syntetycznej tkanej / budowę bieżni okólnej z nawierzchni poliuretanowej / budowę boiska wielofunkcyjnego o nawierzchni poliuretanowej/ plac zabaw/ drogi wewnętrzne i parkingi / chodniki / przebudowa wjazdów na działkę/ zieleń wysoka i niska/ ogrodzenia/ ściany oporowe żelbetowe/ poręcze / balustrady/ instalacja kanalizacji deszczowej i odwodnienie/ maszty oświetleniowe/instalacja elektryczna / wyposażenie sportowe. Gmina Miasto Puławy.

- w pozycji 2 tabeli 2, że Pan P. D. kierował robotami na zadaniu „Budowa boiska piłkarskiego przy ul. Lipowej w Opolu Lubelskim", Od 09.09.2020 r. do 15.06.2021 r. Budowa boiska z nawierzchnią z trawy syntetycznej. System spełniający wymagania FIFA Quality Concept for Football Turf na poziomie min. FIFA QUALITY (manual 2015). Zakres wykonanych robót w ramach zadania: niwelację istniejącego terenu, w tym demontaż urządzeń, ogrodzenia, bramek/ wycinka drzewostanu / wykonanie nasadzeń zieleni / budowa boiska sportowego o nawierzchni z trawy sztucznej o wymiarach 55x85m ze strefami bezpieczeństwa, w tym pole gry 50x75m/ budowa projektowanych ogrodzenia bezpośredniego boiska i montaż piłkochwytów / budowa oświetlenia terenu / budowa monitoringu / budowa utwardzeń terenu oraz wykonanie ciągów pieszych / wykonanie przyłącza kanalizacji deszczowej z drenażem odwadniającym / usunięcie kolizji z wodociągiem i kanalizacją / zakup i montaż wyposażenia boiska, w tym: montaż trybun dla widowni, kabin dla zawodników rezerwowych, bramek sportowych oraz elementów małej architektury. Gmina Opole Lubelskie - Urząd Miejski w Opolu Lubelskim.

W dniu 11 kwietnia wykonawca Gretasport przesłał do Zamawiającego pismo, w którym wskazał, że w ofercie doszło do omyłkowego podania w załączniku nr 1a w poz. 1 tabeli (stadion w Brusach), że nawierzchnia z trawy była wykonana w technologii trawy z rolki. Wykonawca prosił o nie branie pod uwagę tej realizacji w ramach kryterium doświadczenia. Jednocześnie podkreślono, że omyłka ta nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania bowiem oferta Wykonawcy w dalszym ciągu jest najkorzystniejsza przy wyznaczonych kryteriach.

Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Gretasport do złożenia wyjaśnień odnośnie do pozycji nr 3 i 4 załącznika nr 1a. Wykonawca miał wskazać, czy budowa lub przebudowa boiska naturalnego, wykonania nawierzchni z trawy wykonanej z siewu.

Wykonawcę Tamex poproszono w tym samym trybie o złożenie wyjaśnień odnośnie do poz. 1 w tabeli 2 „Budowa boisk wielofunkcyjnych przy Szkole Podstawowej nr 1 w Puławach z zagospodarowaniem terenu oraz w poz. 6 Tabeli 2 „Rewitalizacja wielofunkcyjnego kompleksu sportowo-rekreacyjnego w Ustroniu". Wyjaśnienia miały

jednoznacznie i wyczerpująco potwierdzać spełnienie wymagań dla kryterium „Doświadczenie”.

Odwołujący Gretasport wskazał w wyjaśnieniach, że obie inwestycje spełniają wymagania SWZ w zakresie oceny w ramach kryterium „Doświadczenie” dla osoby pełniącej funkcję kierownika budowy w zakresie budowy/przebudowy boiska naturalnego - nawierzchnia z trawy wykonanej z siewu.

Dla pozycji 3 tabeli 1 podniesiono, że realizacja obejmowała zaprojektowanie i wykonanie robót. Zlecone były dwa boiska, główne wykonane z trawy z roli oraz treningowe, gdzie murawa była wykonana w całości z trawy naturalnej z siewu.

Dla pozycji nr 4 tabeli 1 wyjaśniono, że w założeniach pierwotnych była zaprojektowana trawa naturalna z rolki. W toku realizacji zamawiający podjął decyzję o zmianie sposobu wykonania nawierzchni trawiastej. Ostatecznie w części wykonano trawę z siewu w części boiska z odwodnieniem wykorzystano trawę zdjętą z innej części obiektu. W żadnym miejscu nie kładziono trawy z rolki.

Na obu inwestycjach funkcję kierownika budowy pełnił pan Roman Kik.

Tamex w wyjaśnieniach podał, że w pozycji nr 1 w tabeli 2 (boisko w Puławach) omyłkowo wpisano realizację przy Szkole Podstawowej nr 1, natomiast powinna być wpisana realizacja przy Szkole Podstawowej nr 6, gdzie P.D. jako zastępca kierownika budowy Pana Norberta Urbaniaka pełnił rzeczywisty nadzór nad budową przez cały czas realizacji

inwestycji.

Dla pozycji 6 w Tabeli 2 (boisko w Ustroniu) kierownikiem budowy był Pan P.D., na dowód czego załączono stosowne poświadczenie.

Zamawiający po zapoznaniu się z ofertami i wyjaśnieniami, na podstawie art. 253 ustawy Pzp poinformował Wykonawców o wykluczeniu ich z postępowania, odrzuceniu ich ofert, co w konsekwencji prowadzi do unieważnienia postępowania.

W przypadku wykonawcy Tamex Zamawiający podał, że Wykonawca zostaje wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, ponieważ Wykonawca w pozycji nr 1 pierwotnie wpisał niewłaściwą inwestycję, co przyznał w wyjaśnieniach. Dodatkowo z treści wyjaśnień wynika, że na realizacji funkcję kierownika pełniła inna osoba niż podana w tabeli. Zdaniem Zamawiającego przedstawione informacje wypełniają przesłankę wykluczenia. W wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacje wprowadzały Zamawiającego w błąd i mogły mieć istotny wpływ na decyzje przez niego podejmowane. Funkcja zastępcy kierownika, którą pełnił Pan P.D. na zadaniu nie ma umocowania w przepisach Prawa budowlanego i nie jest ona tożsama co do zakresu obowiązków i odpowiedzialności do funkcji kierownika budowy, dla której przepisy przewidują szczególny zakres praw i obowiązków.

Zamawiający podał, że na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp dokonuje również wykluczenia wykonawcy Gretasport. Zamawiający w przypadku pozycji 1 tabeli 1 powziął informację, że nawierzchnia boiska została pokryta trawą z rolki, nie trawą sianą. Wykonawca powyższe potwierdził w piśmie do Zamawiającego, dodatkowo podnosząc, że doszło do omyłkowego wpisania przedmiotowej inwestycji do tabeli. Zdaniem Zamawiającego takie działanie wypełnia przesłanki wykluczenia, dodatkowo wykonawca nie podał jakie przyczyny spowodowały powyższą sytuację.

Zamawiający podkreślił, że obaj wykonawcy wskazali choć jedną realizację, której opis w ofercie przeczył stanowi faktycznemu w rzeczywistości. Między tymi błędnymi informacjami a stanem wiedzy Zamawiającego zachodzi związek pozwalający na uznanie, że wprowadzenie Zamawiającego w błąd jest wynikiem zachowania wykonawcy.

Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp dokonał odrzucenia oferty wykonawców i unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że odwołania nie

mogły zostać uwzględnione.

Izba zarzuty odwołań rozpoznała łącznie z uwagi na zbieżność podstawy prawnej wykluczenia Wykonawców z postępowania oraz zbliżoną argumentację merytoryczną w zakresie sformułowanych zarzutów.

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp znajduje zastosowanie do wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba uznała, że obaj Odwołujący przedstawiając w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego informacje w Wykazach złożyli Zamawiającemu informacje, które mogły wprowadzać w błąd, miały one istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje, a tym samym słusznie zastosowano wobec Wykonawców przesłankę wykluczenia określoną w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

By Zamawiający mógł zastosować art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp konieczne było ustalenie, czy:

1) Odwołujący przedstawili informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego,

2) informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

3) przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

W przedmiotowej sprawie Izba ustaliła, że ziściły się przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Niewątpliwie bowiem obaj Odwołujący dopuścili się co najmniej niedbalstwa przy przedstawianiu Zamawiającemu wykazu osób, w którym wskazano niewłaściwy zakres robót i niewłaściwe doświadczenie kierownika budowy. Informacje te były istotne dla rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem na ich podstawie Zamawiający miał ustalić ranking ofert i dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej.

W przypadku Odwołującego Gretasport sam wskazał On, że doszło do omyłkowego wskazania inwestycji w wykazie. Odwołujący nie wyjaśniał bliżej czy omyłka ta była spowodowana czynnikiem ludzkim czy innymi okolicznościami. Nawet jeżeli była to ludzka omyłka, to takie działanie stanowi właśnie niedbalstwo w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, zatem doszło do ziszczenia się przesłanki wykluczenia. Wykonawca jako profesjonalista, uczestniczący w szeregu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest do starannego sporządzenia dokumentów istotnych dla danego postępowania i wnikliwej weryfikacji informacji przekazywanych Zamawiającemu. Natomiast samo zauważenie przez Wykonawcę omyłki wcześniej niż Zamawiający zażąda wyjaśnień i poinformowanie o tym fakcie, jeszcze nie powoduje, że informacja obiektywnie przestaje być nieprawdziwa, zaczyna potwierdzać rzeczywisty stan faktyczny. Taka informacja nadal nie odpowiada rzeczywistości, natomiast poziom „zawinienia", „zaniedbania" danego Wykonawcy można oceniać jako lżejszą postać winy.

W przypadku Odwołującego 1 - Tamex bez wątpienia przedstawiono informacje nie odpowiadające rzeczywistości. Tamex w złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach przyznał, że Pan P. D. nie pełnił na wpisanym do tabeli zadaniu funkcji kierownika budowy. Okoliczność, że być może faktycznie w toku realizacji inwestycji wykonywał takie obowiązki pozostaje irrelewantna dla przedmiotu sporu. Podobnie należało uznać co do okoliczności sprawowania przez wskazaną osobę funkcji zastępcy kierownika budowy, czy pełnienia funkcji kierownika robót. Faktem jest, że wskazano osobę, która funkcji opisanej w warunku udziału i kryteriach oceny ofert nie pełniła. Dodatkowo Odwołujący 1 w żaden sposób nie usprawiedliwił i nie wytłumaczył swojego postępowania. Zapisy SWZ w kwestii przyznawania punktacji były jasne i klarowne, nie wymagały dodatkowej interpretacji, czy wykładni. Kryteria klarownie odnosiły się do przyznania punktacji za doświadczenie zdobyte przy wykonywaniu funkcji kierownika budowy. Opis kryterium nie referował do innych funkcji, np. kierowników robót. Ponadto pojęcia użyte w opisie kryterium są powszechnie występującymi w obrocie prawnym, posiadającymi definicje legalną i trudno uwierzyć, iż różnica pojęciowa między pełnieniem funkcji kierownika budowy a pełnieniem funkcji kierownika robót nie jest znana i wiadoma Odwołującemu Tamex. Zatem wskazanie w Wykazie osoby, która nie wykonywała funkcji kierownika budowy uznać należy jako co najmniej niedbałe.

Ziściła się także kolejny element przesłanki wprowadzenia Zamawiającego w błąd, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Należy bowiem zauważyć, że zgodnie z ustalonym orzecznictwem, aby przesłanka ta została spełniona, zamawiający nie musi zostać skutecznie wprowadzony w błąd, ale wystarczy sama możliwość jego wprowadzenia

w błąd. Tym samym wystarczające jest, że treść przedstawionych informacji, bez ich szczegółowego badania i weryfikacji, prowadzi do wniosku, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony, aby przesłanka wprowadzenia w błąd została spełniona (tak: wyrok z dnia 13.04.2017 r. o sygn. akt KIO 618/17). W niniejszej sprawie obaj Odwołujący przedstawili informacje niezgodne ze stanem faktycznym, a zatem nieprawdziwe, co oznacza, że mogły one wprowadzić Zamawiającego w błąd, gdyby ten sam ich nie zweryfikował lub gdyby Odwołujący Gretasport go nie poinformował o swoim błędzie, a Odwołujący Tamex nie przyznał się przez złożenie wyjaśnień. Informacje te skutkowałby przyznaniem poszczególnym wykonawcom punktów w ustalonych kryteriach pozacenowych.

Dostrzeżenia wymaga, że zamawiający co do zasady dokonuje badania i oceny ofert w oparciu o oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawcę. Zatem to przede wszystkim obowiązkiem wykonawcy jest przedstawienie rzetelnych i zgodnych ze stanem faktycznym informacji wymaganych w postępowaniu. Nie zawsze też zamawiający będzie w stanie samodzielnie wykryć nieprawdziwość informacji podanych przez wykonawcę.

Nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia Wykonawców zostały przez Odwołujących złożone celem uzyskania wyższej punktacji w rankingu, a zatem mogły mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego dotyczące oceny zdolności zawodowej, a w konsekwencji - także na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zauważyć również należy, iż art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp stanowi o potencjalnym wpływie na decyzje zamawiającego. Innymi słowy, te decyzje nie musiały być podjęte, być można było stwierdzić, że określone informacje mają charakter nieprawdziwych.

Odpowiadając na pytanie, czy działania Odwołujących nosiły cechy lekkomyślności lub niedbalstwa, podkreślić należy, iż działanie noszące cechy lekkomyślności lub niedbalstwa polegają na nieumyślności, a więc na niezamierzonym działaniu strony, czyli działania wykonawcy cechuje wina nieumyślna. Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie.

Przy wykazaniu wykonawcy niedbalstwa czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji należy mieć na uwadze art. 355 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Jak celnie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż z art. 355 § 2 k.c. wynika, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, a także oświadczenia i podmiotowe środki dowodowe, we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Podkreślić należy, że pojęcie należytej staranności implikuje element działania, podejmowania pewnych czynności, jakich można się spodziewać od uczestnika obrotu profesjonalnego. Jak już podkreślono w niniejszym orzeczeniu, Odwołujący nie zweryfikowali informacji przedstawionych w Wykazie osób lub też uważali, że informacje nie odpowiadające rzeczywistości nie zostaną przez Zamawiającego zauważone, bądź też zweryfikowane. W konsekwencji uznać należało, iż ziściły się wszystkie przesłanki implikujące konieczność wykluczenia Wykonawców ujęte w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Uznanie za bezzasadne zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp było jednoznaczne z oddaleniem zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Wobec tego, że Izba uznała za poprawną i skuteczną czynność wykluczenia Odwołujących z postępowania na wskazywanej podstawie prawnej, czynność odrzucenia ofert również nie budziła wątpliwości Izby. W konsekwencji nie mógł zostać uznany za potwierdzony zarzut odwołującego Gretasport związany z nieprawidłowym unieważnieniem postępowania. Jeżeli Zamawiającemu złożono oferty, które podlegały odrzuceniu a Wykonawcy wykluczeniu i były to jedyne oferty w postępowaniu, to jedyną decyzją pozostawało unieważnienie postępowania z powodu braku ważnych ofert.

Co do zapisów SWZ zamieszczonych w Rozdziale zawierającym opis kryteriów oceny ofert, to w ocenie Izby odnoszą się one do podania informacji prawdziwych ale niepełnych, nie pozwalających na przyznanie punktów albo polegają na podaniu informacji, których zamawiający samodzielnie nie może zweryfikować. Za informacje podważające dane zawarte w wykazie należy rozumieć informacje nie dające odpowiedzi na pytanie, czy można

danemu Wykonawcy przyznać punkty za realizacje wskazane w Wykazie. Z uwagi jednak na to, że informacje te odnoszą się do wprowadzonych kryteriów oceny ofert, to mają one charakter nieuzupełniany, zostają zatem pominięte przy przyznawaniu punktów.
Nie są natomiast uprawnione wnioski obu Odwołujących, że mogli oni otrzymać punkty w ramach ustalonych kryteriów z pominięciem pozycji wykazu zakwestionowanych przez Zamawiającego. Takie rozumienie zapisu SWZ wypaczałoby możliwość zastosowania wprowadzonej do SWZ fakultatywnej przesłanki wykluczenia. Skutkiem podania informacji nie odpowiadających rzeczywistości nie może być pominięcie takiej pozycji przy ocenie oferty, ale właśnie zastosowana przez Zamawiającego instytucja wykluczenia z postępowania.

Analizując zasadność zarzutu naruszenia art. 16 ustawy Pzp, Izba uznała, że nie został on potwierdzony. Oferty obu Odwołujących zostały przez Zamawiającego ocenione w tożsamy sposób, każdy z Wykonawców miał możliwość złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji, wydając w sprawach orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b, § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą.

Przewodniczący: