

WYROK
z dnia 4 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę:

SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Wrocław, reprezentowana przez Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o., ul. Ofiar Oświęcimskich 36, 50-059 Wrocław,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Balzola Polska Spółka z o.o., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa oraz Construcciones y Promociones Balzola S.A. Av. Sabino Arana, 20 3, 48013 Bilbao, Hiszpania** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

1

-
- 2) zasądza kwotę **596 zł 76 gr** (słownie: pięćset dziewięćdziesiąt sześć złotych siedemdziesiąt sześć groszy) od wykonawcy **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Gmina Wrocław, reprezentowana przez Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o., ul. Ofiar Oświęcimskich 36, 50-059 Wrocław** stanowiącą koszty poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający: Wrocławskie Inwestycje sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu działając w imieniu Gminy Wrocław prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „04040- Budowa trasy tramwajowej w ul. Hubskiej na odcinku od ul. Glinianej do ul. Dyrekcyjnej we Wrocławiu: Część 1: Budowa trasy tramwajowej w ul. Hubskiej; Część 2: Docelowa Organizacja Ruchu - oznakowanie poziome i pionowe; Część 3: Poprawa stanu technicznego infrastruktury drogowej - Poprawa nawierzchni ul. Dyrekcyjnej.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2016/S 189

Zamawiający w dniu 5 kwietnia 2017r. przekazał wykonawcom informację o wyniku postępowania, w tym o wykluczeniu z postępowania wykonawcy SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie oraz w konsekwencji - o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Wykonawca Skanska S.A. wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp oraz uznania oferty Odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 2 Pzp, a w konsekwencji wobec zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że wobec naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może stracić możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na pozbawienie go korzyści finansowych z tytułu realizacji zamówienia. Zamawiający, działając na podstawie wyroku Krajowej izby Odwoławczej z dnia 20.03.2017r. sygn. akt KIO 382/17, unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Części 1 i przystąpił do powtórzenia czynności badania ofert i oceny ofert. Jedyną ofertą w postępowaniu podlegającą badaniu i ocenie była oferta Odwołującego. Gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami prawa nie dokonałby wykluczenia Odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą. Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, która stanowi „ofertę najkorzystniejszą”.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez uznanie, że oferta Odwołującego przedstawia informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 2) art. 24 ust 4 Pzp, poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą;

3

-
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania w zakresie Części 1 pomimo, że została złożona oferta nie podlegająca odrzuceniu, tj. oferta Odwołującego;
 - 4) art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń, celem usunięcia wątpliwości co do ich treści i treści oferty;
 - 5) art. 91 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
 - 6) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z brakiem wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty Odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 24 ust. 4 Pzp. I.

W pkt 9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu, w tym wymaganie dysponowania zdolnością techniczną i zawodową (pkt. 9.2 SIWZ), w tym, zgodnie z pkt 9.2.11 należało wskazać do uczestniczenia w wykonaniu niniejszego zamówienia następujące osoby wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, wykształcenia i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywania przez nich czynności oraz podać informację o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Dla Części 1:

9.2.11.1. Kierownik budowy (1 osoba o minimalnych poziomach zdolności określonych poniżej): posiadający co najmniej 5- letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy, w tym podczas realizacji co najmniej 2 zadań w terenie miejskim każde polegające na budowie lub przebudowie skrzyżowania dróg lub ulic wraz z torowiskiem i trakcją oraz budową lub przebudową sieci uzbrojenia terenu: minimum 3 branże spośród następujących: sieci wodociągowe, kanalizacji deszczowej, kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej, sieci

elektroenergetycznej, oświetlenia drogowego, sieci telekomunikacyjnych (przy czym Wykonawca jest zobowiązany wskazać, które branże z ww. były wykonywane) (doświadczenie Wykonawca wykaże wskazując od: miesiąc, rok - do miesiąc, rok; dopuszcza się sumowanie doświadczenia z różnych okresów nienakładających się z różnych zadań) posiadający uprawnienia budowlane uprawniające do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej drogowej, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016, poz. 290 ze zm.) oraz rozporządzeniu Ministra

4

Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 2014 poz. 1278) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub uznane przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. 2016 r., poz. 65) lub zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami dotyczące uznawania kwalifikacji,

9.2.11.2 Kierownik robót drogowych (1 osoba o minimalnych poziomach zdolności określonych poniżej): posiadający co najmniej 2 letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych, w tym podczas realizacji co najmniej 1 zadania w terenie miejskim polegającego na budowie lub przebudowie drogi, lub ulicy o długości co najmniej 500m wraz z wbudowanym torowiskiem tramwajowym o długości co najmniej 500 m (doświadczenie Wykonawca wykaże wskazując od: miesiąc, rok - do miesiąc, rok; dopuszcza się sumowanie doświadczenia z różnych okresów nienakładających się z różnych zadań) posiadający uprawnienia budowlane uprawniające do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej drogowej, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016, poz. 290 ze zm.) oraz rozporządzeniu Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Oz. U, 2014 poz. 1278) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub uznane przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. 2016 r. † poz. 65) lub zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami dotyczące uznawania kwalifikacji.

Zgodnie z pkt 11.1. SIWZ, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy byli zobowiązani przedłożyć Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) odrębny dla każdej Części, jako aktualne na dzień składania ofert wstępne potwierdzenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 9 IDW oraz że nie podlega wykluczeniu z postępowania. W Uwadze, Zamawiający podkreślił, że wykonawca zobowiązany jest zamieścić wszystkie informacje niezbędne do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 9 IDW w JEDZ w zakresie danej części zamówienia.

Przy wypełnianiu JEDZ Zamawiający wymagał podania w Części IV Kryteria kwalifikacji, sekcja C Zdolność techniczna i zawodowa, w pkt 2 wykazu osób, o których mowa w pkt 11.4.2. IDW. W wykazie osób należało podać następujące informacje:
Dla Części 1:

5

a) dla osoby wskazanej w pkt 9.2.11.1. IDW (kierownik budowy): imienia i; nazwiska, zakresu posiadanych uprawnień oraz wskazania co najmniej 5-letniego doświadczenia na stanowisku kierownika w tym podczas realizacji co najmniej 2 zadań w terenie miejskim polegających na budowie lub przebudowie skrzyżowania dróg lub ulic wraz z torowiskiem i trakcją oraz budową lub przebudową sieci uzbrojenia terenu: minimum 3 branże spośród następujących: sieci wodociągowe, kanalizacji deszczowej, kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej, sieci elektroenergetycznej, oświetlenia drogowego, sieci telekomunikacyjnych (przy czym wykonawca był zobowiązany wskazać, które branże z ww. były wykonywane),
b) dla osoby wskazanej w pkt 9.2.11.2. IDW (kierownik robót drogowych): imienia i nazwiska, zakresu posiadanych uprawnień oraz wskazania co najmniej w najmniej 2 - letniego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych, w tym

podczas realizacji co najmniej 1 zadania w terenie miejskim polegającego na budowie lub przebudowie drogi lub ulicy o długości co najmniej 500m wraz z wbudowanym torowiskiem tramwajowym długości co najmniej 500 m.

W JEDZ dla Części 1 Odwołujący w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w części IV, sekcji C pkt 2, lit a) kierownik budowy, kierownik robót drogowych, wskazał p. M. S., podając m.in., że posiada on doświadczenie jako kierownik budowy, zdobyte w ramach zadania: „Modernizacja ul. Powstańców Śląskich i ul. Karkonoskiej na odcinku od ul. Orlej do ul. Przyjaźni we Wrocławiu, wraz z infrastrukturą towarzyszącą Klasa drogi - ulica GP, realizowane w latach od 11.1998 r. do 10.2000 r. (23 miesiące)”.

Zamawiający pismem z dnia 24.03.2017 r. powiadomił Odwołującego, że działając na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20.03.2017 r. sygn. akt KIO 382/17, unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Części 1 i przystępuje do powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Jednocześnie Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia uzupełnienia w zakresie:

- wskazania podstawy dysponowania p. M. S.,
- informacji na temat doświadczenia p. M. S. w zakresie 5-letniego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy lub uzupełnienia części IV sekcji C pkt 2) JEDZ w zakresie wskazania Kierownika budowy - posiadającego wymagane doświadczenie.

Odwołujący pismem z dnia 04.04.2017 r. dokonał uzupełnienia JEDZ, poprzez wskazanie pod lit. a) na stanowisko kierownika budowy p. P. K. oraz uzupełnienia doświadczenia p. M. S. dedykowanego na stanowisko kierownika robót drogowych, poprzez wskazanie, że w zadaniu „Modernizacja ul. Powstańców Śląskich i ul. Karkonoskiej na odcinku od ul. Orlej do ul. Przyjaźni we Wrocławiu, wraz z infrastrukturą towarzyszącą”, klasa drogi - ulica GP, realizowanym w latach od 11.1998 r. do 10.2000 r., pełnił on funkcję

6

kierownika robót drogowych. Wskazany przez Odwołującego p. P.K. na dzień składania ofert spełniał warunek wymagany w SIWZ na stanowisko kierownika budowy.

W dniu 04.04.2017r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w kwestii, czy wskazany w dokumencie JEDZ p. M. S. pełnił funkcję kierownika budowy podczas realizacji zadania pn. „Modernizacja ul. Powstańców Śląskich i ul. Karkonoskiej na odcinku od ul. Orlej do ul. Przyjaźni we Wrocławiu wraz z infrastrukturą towarzyszącą” w okresie 11.1998 - 10.2000. Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 27.03.2017r. Konsorcjum Balzola przedłożyło Zamawiającemu pismo informujące, że w okresie 11.1998 r. -10.2000 r. p. M. S. nie pełnił funkcji kierownika budowy podczas realizacji zadania „Modernizacja ul. Powstańców Śląskich i ul. Karkonoskiej na odcinku od ul. Orlej do ul. Przyjaźni we Wrocławiu wraz z infrastrukturą towarzyszącą”. Wraz z ww. pismem Konsorcjum przedłożyło oświadczenie p. T. P., z którego wynika, iż w latach 1998-2000 p. T. P. pełnił funkcję kierownika budowy podczas modernizacji ul. Powstańców Śląskich i ul. Karkonoskiej na odcinku od ul. Orlej do ul. Przyjaźni we Wrocławiu.

Odwołujący złożył wyjaśnienia w dniu 05.04.2017r., podając, że p. M. S. pełnił funkcję kierownika robót drogowych na zadaniu: „Modernizacja ul. Powstańców Śląskich i ul. Karkonoskiej, na odcinku od ul. Orlej do ul. Przyjaźni we Wrocławiu wraz z infrastrukturą, towarzyszącą”. Odwołujący wyjaśnił jednocześnie, że na kierownika budowy w niniejszym postępowaniu dedykowany był p. P. K., zaś p. M. S. - na stanowisko kierownika robót drogowych. W tym zakresie JEDZ został wypełniony nieprawidłowo, gdyż pominięto dane i doświadczenie osoby dedykowanej na stanowisko kierownika budowy – p. P. K.

Odwołujący wskazał, że biorąc, pod uwagę wymagania Kontraktu - subklauzulę 4.3 w zw. z 1.1.2.14 - nie było możliwe dedykowanie p. M. S. na stanowisko kierownika budowy, ponieważ pełni on taką funkcję na innym realizowanym obecnie zadaniu, którego pierwotny termin zakończenia przypada na połowę lipca 2017r., który to termin zostanie przedłużony.

W związku z powyższym Odwołujący dedykował na stanowisko kierownika budowy p. P. K., który spełniał warunki Zamawiającego na dzień składania ofert. Nie było zatem potrzeby wskazywania innej osoby na stanowisko kierownika budowy. Uzupełnienie JEDZ, poprzez wskazanie p. P. K. na kierownika budowy nastąpiło w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia z dnia 04.04.2017r. (umowa o pracę z dnia 04.10.1994 r. wraz z aneksem z dnia 30.01.2003 r.). Jednocześnie Odwołujący wyjaśnił, że p. M. S. wskazany jest na stanowisko kierownika robót drogowych.

Pismem z dnia 05.04.2017r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego, któremu zarzucił, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ofertę Odwołującego Zamawiający uznał za odrzuconą oraz unieważnił postępowanie w zakresie Części 1 z uwagi na niezłożenie żadnej

7

oferty niepodlegającej odrzuceniu. Zamawiający uznał, że oświadczenie złożone przez Skanska S.A. w JEDZ dotyczące doświadczenia zawodowego p. M. S. zawiera nieprawdziwe informacje w zakresie sprawowania przez ww. osobę funkcji kierownika budowy podczas realizacji zadania „Modernizacja ul. Powstańców Śląskich i ul. Karkonoskiej na odcinku od ul. Orlej do ul. Przyjaźni we Wrocławiu wraz z infrastrukturą towarzyszącą”, tym samym wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu (pkt 9.2.11.1 IDW). Jednocześnie złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji skutkuje brakiem możliwości uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający błędnie zastosował przesłankę z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, gdyż w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z informacją nieprawdziwą. Pan M. S., mimo przypisania mu pierwotnie w dokumencie JEDZ funkcji kierownika budowy na zadaniu, „Modernizacja ul. Powstańców Śląskich i ul. Karkonoskiej na odcinku od ul. Orlej do ul. Przyjaźni we Wrocławiu wraz z infrastrukturą towarzyszącą” w rzeczywistości pełnił funkcję kierownika robót drogowych oraz był dedykowany na stanowisko kierownika robót drogowych w niniejszym postępowaniu. Spełniał warunki określone w SIWZ dla kierownika robót drogowych, biorąc pod uwagę zadanie „Modernizacja ul. Powstańców Śląskich i ul. Karkonoskiej na odcinku od ul. Orlej do ul. Przyjaźni we Wrocławiu wraz z infrastrukturą towarzyszącą”.

Zatem, dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.2:11.2 IDW, informacja podana przez Odwołującego nie miała doniosłego znaczenia, nie wprowadzała Zamawiającego w błąd, bowiem Odwołujący mimo przypisania M. S. funkcji kierownika budowy i tak spełniał warunek udziału w postępowaniu. Nie było zamiarem Odwołującego podanie informacji, dzięki której Odwołujący mógłby osiągnąć korzyść w niniejszym postępowaniu, bowiem Odwołujący na dzień składania ofert dysponował osobą p. P. K. posiadającą wymagane doświadczenie na stanowisko kierownika budowy. Istotne jest, że w trakcie uzupełniania oświadczeń, Odwołujący wskazał w JEDZ, że p. M. S. na ww. inwestycji pełnił funkcję kierownika robót drogowych (przed wezwaniem do złożenia wyjaśnień).

Odwołujący podniósł, iż nie można od strony podmiotowej czynu opisanego w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przypisać Odwołującemu winy umyślnej ani nieumyślnej. Przypisanie p. M. S. funkcji kierownika budowy na zadaniu „Modernizacja ul. Powstańców Śląskich i ul. Karkonoskiej na odcinku od ul. Orlej do ul. Przyjaźni we Wrocławiu wraz z infrastrukturą towarzyszącą” nie było działaniem świadomym Odwołującego, skierowanym na wywołanie u Zamawiającego błędnego przekonania, że M. S. pełnił funkcję kierownika budowy na tym zadaniu.

Ponadto, przy ocenie przesłanek wykluczenia nie można pomijać istnienia w obrocie prawnym Dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych uchylającej dyrektywę

8

2004/18/WE. Przepis art. 57 ust. 4 lit. h ww. Dyrektywy wskazuje jednoznacznie na element zawinienia wykonawcy. Stanowi on bowiem, że z udziału w zamówieniu można wykluczyć wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczeniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji. Wprowadzenie w błąd musi mieć charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy. Nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd.

W trakcie uzupełniania JEDZ Odwołujący wskazał, że na kierownika budowy rekomenduje p. P. K., który spełnia warunki postępowania wymagane przez Zamawiającego, zaś p. M. S. jest dedykowany na stanowisko kierownika robót drogowych. Nie można uznać, że u Zamawiającego występował nadal stan mylnego przekonania o rzeczywistości, gdyż Zamawiający posiadał wiedzę o tym, że p. M. S. został wskazany na kierownika robót drogowych, a na kierownika budowy - P. K. W związku z powyższym Zamawiający naruszył także art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez niezasadne uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą.

II. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp.

Zaistnienie w ofercie sprzeczności treści oświadczeń lub dokumentów i wynikające z tego wątpliwości nie mogą stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Jeżeli oferta nasuwa w tej mierze jakiegokolwiek wątpliwości, informacje są niepełne, nie potwierdzają warunku udziału w postępowaniu bądź też zawierają nieścisłości, to zamawiający zobowiązany jest w pierwszej kolejności do wyjaśnienia wątpliwości w trybie przepisu art. 26 ust. 4 Pzp. Przy ocenie przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, Zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie informacji nieprawdziwej było działaniem wykonawcy skierowanym na wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia.

III. Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Reasumując, w postępowaniu doszło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez przedwczesne i nieuprawnione unieważnienie postępowania mimo, iż w postępowaniu została złożona oferta niepodlegająca odrzuceniu, tj. oferta Odwołującego.

Konsorcjum Balzola Polska Spółka z o.o., Construcciones y Promociones Balzola S.A. (zwane dalej „Konsorcjum Balzola”) zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego.

Zamawiający złożył na posiedzeniu odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wyjaśnił, że Odwołujący na obie funkcje, o których mowa w pkt 9 IDW, tj. kierownika budowy i kierownika robót drogowych, wskazał jedną osobę – p. M. S., podając, że pełnił on funkcję kierownika budowy przy „modernizacji ul. Powstańców Śląskich i ul. Karkonoskiej na odcinku od ul. Orlej do ul. Przyjaźni we Wrocławiu wraz z infrastrukturą

9

towarzyszącą”.

Zamawiający w ramach badania i oceny oferty Odwołującego, pismem z dnia 24 marca 2017 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia informacji na temat podstawy dysponowania p. M. S. oraz posiadania wymaganego 5 letniego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy. Zamawiający jednocześnie przedstawił możliwość uzupełnienia wykazu o inną osobę. Zamawiający uznał, że pozostałe warunki zostały spełnione.

Pismem z dnia 31 marca 2017 r. Odwołujący wskazał na stanowisko kierownika budowy p. P. K. Biorąc pod uwagę informację otrzymaną od Konsorcjum Balzola, iż osoba ta nie pełniła funkcji kierownika budowy na wskazanej w JEDZ inwestycji, Zamawiający zwrócił się do Zarządu Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu z prośbą o informację co do funkcji, którą pełnił p. M. S. na ww. inwestycji. Zamawiający w odpowiedzi otrzymał od ZDIUM informację, że ww. osoba pełniła funkcję kierownika robót, co zostało potwierdzone pismem z dnia 10.04.2017 r. Powołując się na powyższą informację Zamawiający zwrócił się następnie do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w tej sprawie.

Pismem z dnia 5.04.2017 r. Odwołujący potwierdził w odpowiedzi na wezwanie ten fakt oraz dodatkowo wyjaśnił, że dokument JEDZ został wypełniony nieprawidłowo, gdyż nie podano w nim właściwej osoby dedykowanej do pełnienia funkcji kierownika budowy.

Na tej podstawie Zamawiający uznał, że uzasadnione jest wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zdaniem Zamawiającego, oświadczenie złożone przez Odwołującego w JEDZ, co do spełnienia warunku dotyczącego posiadania przez osobę dedykowaną do pełnienia funkcji kierownika budowy doświadczenia podczas realizacji dwóch zadań w terenie miejskim polegających na budowie lub przebudowie skrzyżowania dróg lub ulic wraz z torowiskiem i trakcją oraz budową lub przebudową sieci uzbrojenia terenu – minimum 3 branże wśród wymienionych. Złożone przez Odwołującego oświadczenie wprowadziło w błąd Zamawiającego co do faktu wykazania spełnienia warunku doświadczenia wymaganego od osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy – p. M. S. Zdaniem Zamawiającego, podanie powyższych nieprawdziwych informacji nie nastąpiło przez pomyłkę, gdyż wykonawca wykazywał w JEDZ spełnienie wymogów dotyczących wyłącznie kierownika budowy, a nie kierownika robót. Ponadto, Odwołujący nie wykazał, że nie ponosi winy w podaniu nieprawdziwej informacji w JEDZ, choć miał taką możliwość w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 4.04.2017 r. Brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że Odwołujący dochował należytej staranności, przy składaniu oferty,

w szczególności podając nieprawdziwą informację. Potwierdzeniem faktu, że Zamawiający został w błąd jest okoliczność, że gdyby wiedział wprowadzony Zamawiający o nieprawdziwej informacji, to nie wzywałby Odwołującego do uzupełnienia dokumentów

10

w dniu 24.03.2017 r. Wezwanie to nie może wywoływać żadnych skutków prawnych w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, ze względu na działanie pod wpływem błędu. W tych okolicznościach nie może być też zastosowana procedura z art. 26 ust. 4 Pzp, z uwagi na to, że informacje nieprawdziwe nie mogą być zastąpione przez wykonawcę zupełnie nowymi informacjami

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje. Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Konsorcjum Balzola Polska Spółka z o.o., Construcciones y Promociones Balzola S.A. skutecznie przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W pkt 9 SIWZ zatytułowanym „Warunki udziału w postępowaniu” Zamawiający wskazał, że: „Wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne muszą spełniać niżej wymienione warunki udziału w postępowaniu dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, tj. muszą:

9.2. dysponować zdolnością techniczną i zawodową; aby Zamawiający uznał Wykonawcę za spełniającego warunek dysponowania zdolnością techniczną i zawodową, Wykonawca musi spełniać następujące warunki (w przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, oceniany będzie ich łączny potencjał techniczny i zawodowy):

11

• 9.2.11 wskazać do uczestniczenia w wykonaniu niniejszego zamówienia następujące osoby wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, wykształcenia i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywania przez nich czynności oraz podać informację o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Dla Części 1:

9.2.11.1. Kierownik budowy (1 osoba o minimalnych poziomach zdolności określonych poniżej): posiadający co najmniej 5 - letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy, w tym podczas realizacji co najmniej 2 zadań w terenie miejskim każde polegające na budowie lub przebudowie skrzyżowania dróg lub ulic wraz z torowiskiem i trakcją oraz budową lub przebudową sieci uzbrojenia terenu: minimum 3 branże spośród następujących: sieci wodociągowej, kanalizacji deszczowej, kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej, sieci elektroenergetycznej, oświetlenia drogowego, sieci telekomunikacyjnych (przy czym Wykonawca jest zobowiązany wskazać, które branże z ww. były wykonywane) (doświadczenie Wykonawca wykaże wskazując od: miesiąc, rok - do miesiąc, rok; dopuszcza się sumowanie doświadczenia z różnych okresów nienakładających się z różnych zadań) posiadający uprawnienia budowlane uprawniające do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej drogowej, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016, poz. 290 ze zm.) oraz Rozporządzeniu Ministra

infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 2014 poz. 1278) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub uznane przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. 2016 r., poz. 65) lub zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami dotyczące uznawania kwalifikacji, oraz (...)

9.2.11.2. Kierownik robót drogowych (1 osoba o minimalnych poziomach zdolności określonych poniżej): posiadający co najmniej 2 letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych, w tym podczas realizacji co najmniej 1 zadania w terenie miejskim polegającego na budowie lub przebudowie drogi, lub ulicy o długości .co najmniej 500m wraz z wbudowanym torowiskiem tramwajowym o długości co najmniej 500 m (doświadczenie Wykonawca wykaże wskazując od: miesiąc, rok - do miesiąc, rok; dopuszcza się sumowanie doświadczenia z różnych okresów nienakładających się z różnych zadań) posiadający uprawnienia budowlane uprawniające do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej drogowej, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 **ł**. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016, poz. 290 ze zm.) oraz Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Oz. U, 2014 poz. 1278) lub odpowiadające im ważne

12

uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub uznane przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. 2016 r. t poz. 65) lub zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami dotyczące uznawania kwalifikacji, oraz (...).

Poniżej, w pkt 9.2.11.13 Zamawiający zawarł uwagę, w której poinformował, że w przypadku ubiegania się przez Wykonawcę o część 1 i 2 niniejszego Zamówienia, Zamawiający uzna warunki o których mowa powyżej za spełnione, jeżeli Wykonawca wykaże spełnienie warunków o których mowa w pkt 9.2.11.1-9.2.11.6 powyżej.

Zamawiający wyjaśnił również, że funkcje w zakresie Części 1, o których mowa w pkt 9.2.11.1 - 9.2.11.6 mogą być łączone, jednak jedna osoba nie może pełnić więcej niż 2 funkcji.

W pkt 9.2. lit. g SIWZ Zamawiający podał, że w przypadku wskazania dla osób, o których mowa w pkt 9.2.11.1 oraz 9.2.11.2 lub 9.2.11.8 oraz 9.2.11.9 IDW doświadczenia (od miesiąc-rok do miesiąc-rok) zdobytego podczas realizacji w tym samym czasie (w tym samym okresie kalendarzowym) kilku zadań, Zamawiający podczas oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu uzna doświadczenie tych osób - z okresów nakładających się, ale wyłącznie dla jednego z ww. zadań tj. w powyższym przypadku Zamawiający nie będzie wliczał kilkakrotnie tego samego okresu kalendarzowego do obliczenia lat doświadczenia.

W pkt 11 SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia” ppkt 1 Zamawiający wymagał, aby „w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia oraz potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wykonawcy zobowiązują się przedłożyć następujące dokumenty, przy czym w przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej Wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, żaden z Wykonawców nie może podlegać wykluczeniu i w odniesieniu do każdego z nich musi to zostać wykazane:

11.1.1. Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) odrębny dla każdej Części jako aktualne na dzień składania ofert wstępne potwierdzenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 9 IDW oraz że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, sporządzony i wypełniony zgodnie z rozporządzeniem w sprawie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w zakresie zgodnym z załącznikiem nr 2.1. – dla Części 1 lub 2.2. – dla Części 2 lub 3.2 dla Części 3 do niniejszej IDW.

W Uwadze poniżej, Zamawiający podkreślił, że: „Wykonawca zobowiązany jest zamieścić wszystkie informacje niezbędne do celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 9 IDW w JEDZ w zakresie danej części zamówienia”.

13

Przy wypełnianiu JEDZ Zamawiający wymagał podania w części IV Kryteria kwalifikacji sekcja C Zdolność techniczna i zawodowa w pkt 2 wykaz osób o których mowa w pkt 11.4.2. IDW. W wykazie osób należało podać następujące informacje:

Dla Części 1 (str. 22 SIWZ):

a) dla osoby wskazanej w pkt 9.2.11.1. IDW (kierownik budowy): imienia i nazwiska, zakresu posiadanych uprawnień oraz wskazania co najmniej 5-letniego doświadczenia na stanowisku kierownika w tym podczas realizacji co najmniej 2 zadań w terenie miejskim polegających na budowie lub przebudowie skrzyżowania dróg lub ulic wraz z torowiskiem i trakcją oraz budową lub przebudową sieci uzbrojenia terenu: minimum 3 branże spośród następujących: sieci wodociągowe, kanalizacji deszczowej, kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej, sieci elektroenergetycznej, oświetlenia drogowego, sieci telekomunikacyjnych (przy czym Wykonawca jest zobowiązany wskazać, które branże z ww. były wykonywane) (doświadczenie Wykonawca wykaże wskazując od: miesiąc, rok - do miesiąc, rok; dopuszcza się sumowanie doświadczenia z różnych okresów nienakładających się z różnych zadań), oraz (...)

b) dla osoby wskazanej w pkt 9.2.11.2. IDW (kierownik robót drogowych): imienia i nazwiska, zakresu posiadanych uprawnień oraz wskazania co najmniej w najmniej 2- letniego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych, w tym podczas realizacji co najmniej 1 zadania w terenie miejskim polegającego na budowie lub przebudowę drogi lub ulicy o długości co najmniej 500m wraz z wbudowanym torowiskiem tramwajowym o długości co najmniej 500 m (doświadczenie Wykonawca wykaże wskazując od: miesiąc, rok - do miesiąc, rok; dopuszcza się sumowanie doświadczenia z różnych okresów nienakładających się z różnych zadań) oraz (...).

Odwołujący złożył w ofercie dokument JEDZ dla Części 1, w którym w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w Części IV, w sekcji C pkt 2, lit a) kierownik budowy, kierownik robót drogowych wskazał p. M. S. Opisując doświadczenie tej osoby, Odwołujący podał, że pełnił on funkcję kierownika budowy m.in. w ramach zadania: „Modernizacja ul. Powstańców Śląskich i ul. Karkonoskiej na odcinku od ul. Orlej do ul. Przyjaźni we Wrocławiu, wraz z infrastrukturą towarzyszącą Klasa drogi - ulica GP, realizowane w latach od 11.1998 r. do 10.2000 r. (23 miesiące)”.

W ramach powtórzenia czynności badania i oceny ofert, na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20.03.2017 r. sygn. akt KIO 382/17 Zamawiający pismem z dnia 24 marca 2017 r. wezwał Odwołującego do złożenia uzupełnień w zakresie:

- wskazania podstawy dysponowania p. M. S.,
- uzupełnienia informacji na temat doświadczenia p. M. S. w zakresie 5-letniego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy lub uzupełnienia Części IV sekcji C pkt 2) JEDZ w zakresie wskazania Kierownika budowy - posiadającego wymagane w SIWZ

14

doświadczenie.

W dniu 31 marca 2017 r. Odwołujący dokonał uzupełnienia JEDZ w zakresie Części IV sekcji C pkt 2 lit.a, wskazując na stanowisko kierownika budowy osobę p. P. K. oraz uzupełniając doświadczenie p. M. S. dedykowanego na stanowisko kierownika robót drogowych, poprzez wskazanie, że na zadaniu „Modernizacja ul. Powstańców Śląskich i ul. Karkonoskiej na odcinku od ul. Orlej do ul. Przyjaźni we Wrocławiu, wraz z infrastrukturą towarzyszącą” Klasa drogi - ulica GP, realizowane w latach od 11.1998 r. do 10.2000 r., pełnił on funkcję kierownika robót drogowych.

W dniu 27 marca 2017r. Konsorcjum Balzola przedłożyło Zamawiającemu pismo informujące, że w okresie 11.1998 r. -10.2000 r. p. M. S. nie pełnił funkcji kierownika budowy podczas realizacji zadania „Modernizacja ul. Powstańców Śląskich i ul. Karkonoskiej na odcinku od ul. Orlej do ul. Przyjaźni we Wrocławiu wraz z infrastrukturą towarzyszącą”. Wraz z pismem Konsorcjum przedłożyło oświadczenie p. T. P., że w latach 1998-2000 pełnił on funkcję kierownika budowy w ramach zadania „modernizacja ul. Powstańców Śląskich i ul. Karkonoskiej na odcinku od ul. Orlej do ul. Przyjaźni we Wrocławiu”.

W dniu 4 kwietnia 2017 r. Zamawiający, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w kwestii, czy wskazany w dokumencie JEDZ p. M. S. pełnił funkcję kierownika budowy podczas realizacji zadania pn. „Modernizacja ul. Powstańców Śląskich i ul. Karkonoskiej na odcinku od ul. Orlej do ul. Przyjaźni we Wrocławiu wraz z infrastrukturą towarzyszącą” (zadanie w terenie miejskim polegające na przebudowie ulicy o długości 1404 m i skrzyżowania ulic wraz z wbudowanym torowiskiem tramwajowym o długości -550 m i trakcją

oraz przebudową sieci wodociągowej, kanalizacji deszczowej, kanalizacji sanitarnej, sieci elektroenergetycznej, oświetlenia drogowego i sieci telekomunikacyjnych) w okresie 11.1998 - 10.2000.

Odwołujący złożył wyjaśnienia w dniu 5 kwietnia 2017r. Wyjaśnił, że p. M. S. pełnił funkcję kierownika robót drogowych na powyżej wskazanym zadaniu. Odwołujący wyjaśnił także, że na kierownika budowy w niniejszym postępowaniu dedykowany był p. P. K., zaś p. M. S. - na stanowisko kierownika robót drogowych, a dokument JEDZ w tym zakresie został wypełniony nieprawidłowo, na skutek pominięcia danych i doświadczenia p. P. K. - osoby dedykowanej na stanowisko kierownika budowy.

Na rozprawie Odwołujący wyjaśnił, sprzecznie z oświadczeniem złożonym wcześniej w postępowaniu, że do chwili obecnej nie ma pełnej wiedzy, czy p. M. S. w rzeczywistości pełnił funkcję kierownika budowy czy nie na wskazanej inwestycji.

I. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 24 ust. 4 Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, wykluczenie wykonawcy z postępowania w oparciu o ten przepis wymaga łącznego wystąpienia następujących przestanków:

15

- 1) przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających zamawiającego w błąd,
- 2) informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 3) przedstawienie tych informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

Informacja nieprawdziwa to informacja, która jest niezgodna z rzeczywistością - nie odpowiada obiektywnym faktom. Informacja ta musi jednocześnie wywołać skutek w postaci błędnej oceny stanu faktycznego u odbiorcy – Zamawiającego, podejmującego decyzje w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Oświadczenie złożone przez Odwołującego w JEDZ dotyczące doświadczenia zawodowego posiadanego przez p. M. S. zawiera nieprawdziwe informacje w zakresie pełnienia przez ww. osobę funkcji kierownika budowy podczas realizacji zadania „Modernizacja ul. Powstańców Śląskich i ul. Karkonoskiej na odcinku od ul. Orlej do ul. Przyjaźni we Wrocławiu wraz z infrastrukturą towarzyszącą”. Ten fakt został jednoznacznie przyznany przez Odwołującego w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu w dniu 5 kwietnia 2017 r., w których Odwołujący wprost wskazał, że p. M. S. w tym zadaniu pełnił funkcję kierownika robót drogowych. Okoliczność ta nie budzi wątpliwości, pomimo twierdzeń Odwołującego na rozprawie, że faktycznie do chwili obecnej Odwołujący nie ma pewności, czy p. M. S. pełnił tę funkcję, czy też nie, w ramach ww. zadania. Powyższe sprzeczności i niewyjaśnione wątpliwości dowodzą niezbieżności faktu, że wykonawca zgłosił tę osobę w JEDZ do pełnienia funkcji kierownika budowy powołując się na jej doświadczenie w charakterze kierownika budowy na inwestycji „Modernizacja ul. Powstańców Śląskich i ul. Karkonoskiej na odcinku od ul. Orlej do ul. Przyjaźni we Wrocławiu wraz z infrastrukturą towarzyszącą”, choć nie miał żadnej pewności, że ta informacja odpowiada prawdzie. Na rozprawie ten fakt również nie został wykazany przez wykonawcę.

Podkreślić należy, że z punktu widzenia prawidłowości czynności podjętych przez Zamawiającego istotne znaczenie ma treść wyjaśnień złożonych Zamawiającemu, które nie pozostawiają żadnych wątpliwości, że złożona informacja nie odpowiada prawdzie.

Jako, że informacja podana przez Odwołującego miała na celu potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.2.11.1 i 2 IDW miała ona doniosłe znaczenie w przedmiotowym postępowaniu. Informacja powyższa wprowadziła Zamawiającego w błąd, co do faktu spełniania warunku w zakresie wykazania udziału w realizacji dwóch zadań w charakterze kierownika budowy, o wymaganych przez Zamawiającego cechach. W niniejszej sprawie podana w JEDZ informacja niewątpliwie mogła mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego co do wyniku postępowania.

16

Odwołujący podnosił, że nie można w niniejszej sprawie przypisać Odwołującemu ani winy umyślnej, ani nieumyślnej, gdyż przypisanie p. M. S. funkcji kierownika budowy na

zadaniu „Modernizacja ul. Powstańców Śląskich i ul. Karkonoskiej na odcinku od ul. Orlej do ul. Przyjaźni we Wrocławiu wraz z infrastrukturą towarzyszącą” nie było świadomym działaniem Odwołującego, skierowanym na wywołanie u Zamawiającego błędnego przekonania, że pełnił on funkcję kierownika budowy na ww. zadaniu. Izba nie podzieliła powyższego stanowiska, bo jeśli nawet uznać, że nie było zamiarem Odwołującego wprowadzenie Zamawiającego w błąd, to fakt wprowadzenia w błąd nastąpił, i to w wyniku działania Odwołującego. Działanie to należy oceniać w kategoriach zachowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy - profesjonalisty. Nie sposób przyjąć, że wykonawca działał w powyższym zakresie z należyłą starannością, skoro nie miał pewności co do spełniania warunku udziału w postępowaniu i nie potrafił danych okoliczności wykazać, uwzględniając zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle powyższego należało uznać, że złożenie przez Odwołującego w JEDZ nieprawdziwej informacji co do doświadczenia p. M. S. w charakterze kierownika budowy stanowi wyraz co najmniej niedbalstwa ze strony wykonawcy. Wprowadzenie w błąd nie musi mieć charakteru umyślnego działania ze strony wykonawcy. Powyższa interpretacja przesłanek wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nie jest sprzeczna z art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych uchylającej dyrektywę 2004/18/WE.

Fakt, że Odwołujący na dzień składania ofert spełniał wymagane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, dysponując osobami na stanowisko kierownika budowy oraz na stanowisko kierownika robót drogowych, nie ma istotnego znaczenia, wobec braku prawidłowego wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przed Zamawiającym. Zamawiający swoją decyzję o spełnieniu przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu mógł podjąć tylko i wyłącznie w oparciu o dokumenty złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba, oceniając wpływ nieprawdziwych informacji, w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wzięła pod uwagę dokumenty przedstawione Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - a nie w postępowaniu odwoławczym. Dodatkowo należy wskazać, że Odwołujący na rozprawie przedstawił wyjaśnienia odmienne niż w postępowaniu przed Zamawiającym, wskazując, że na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stan rzeczy był odmienny od tego, jaki wynikał ze złożonych oświadczeń. Powyższe nie wpływa pozytywnie na wiarygodność oświadczeń Odwołującego.

Wobec powyższego, Izba uznała, że oferta Odwołującego przedstawia informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje

17

podejmowane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie należy zauważyć, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W konsekwencji należało uznać, że uzupełnienie JEDZ przez Odwołującego nie wywołuje żadnych skutków, gdyż wezwanie w tym zakresie nie miałyby miejsca, gdyby Zamawiający nie był w błędzie, co do faktu, że złożone pierwotnie w JEDZ informacje są prawdziwe.

W konsekwencji należało stwierdzić, że Zamawiający słusznie dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp oraz w konsekwencji przyjął, że oferta Odwołującego powinna być uznana za odrzuconą w oparciu o art. 24 ust. 4 Pzp. Nie ma zatem podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 91 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

II. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp.

W analizowanym stanie faktycznym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń, celem usunięcia ewentualnych wątpliwości co do ich treści i treści oferty.

Izba w pełni podziela pogląd, że zaistnienie w ofercie sprzeczności treści oświadczeń lub dokumentów i wynikające z nich wątpliwości nie mogą stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a dokumenty zawierające wątpliwości, niepełne informacje, które nie potwierdzają warunku udziału w postępowaniu

bądź też zawierają nieścisłości, podlegają wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.
W niniejszej sprawie Zamawiający wykonał jednak te czynności, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 4 Pzp.

W wyniku powzięcia przez Zamawiającego wiadomości o tym, że p. M. S. nie był kierownikiem budowy na zdaniu „Modernizacja ul. Powstańców Śląskich i ul. Karkonoskiej na odcinku od ul. Orlej do ul. Przyjaźni we Wrocławiu, wraz z infrastrukturą towarzyszącą”, zostało skierowane do Odwołującego wezwanie do wyjaśnienia treści złożonych w JEDZ oświadczeń pismem z dnia 4 kwietnia 2017 r. Zamawiający wypełnił swój obowiązek w tym zakresie, mając na celu uzyskania pewności, że złożone informacje nie odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy, tj. są nieprawdziwe oraz w celu wyjaśnienia, jakie czynniki legły u podstaw złożenia tych informacji w ofercie. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że Zamawiający zaniechał dokonania tej czynności i oparł się na niepełnej wiedzy, wykluczając Odwołującego z postępowania. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę pismem z dnia 5 kwietnia 2017 r. są jednoznaczne – potwierdzają, że p. M. S. nie pełnił

18

funkcji kierownika budowy na zadaniu „Modernizacja ul. Powstańców Śląskich i ul. Karkonoskiej na odcinku od ul. Orlej do ul. Przyjaźni we Wrocławiu, wraz z infrastrukturą towarzyszącą”. Przesłuchany na rozprawie w charakterze świadka p. M. S. wyjaśnił, że jest przekonany o tym, że taką funkcję na ww. zadaniu pełnił, jednak nie był w stanie przedstawić okoliczności, które potwierdzałyby ten fakt. Przyznał, że dokonywał wpisów w dzienniku budowy, jednak nie pamięta w jakim charakterze. Wyjaśnił także, że nie posiada prywatnie żadnych dokumentów potwierdzających ten fakt. Sam Odwołujący wskazywał na rozprawie, że do chwili obecnej nie posiada pewności, czy p. M. S. zatrudniony w SKANSKA S.A. od wielu lat, pełnił funkcję kierownika budowy na wskazanej inwestycji, czy był kierownikiem robót drogowych, gdyż nie udało mu się dotrzeć do jakiegokolwiek dokumentacji tej inwestycji.

W powyższym zakresie oświadczenie Odwołującego złożone Zamawiającemu pismem z dnia 5 kwietnia 2017 r. jest jednoznaczne. Oceniając czynności Zamawiającego podjęte po uzyskaniu tych wyjaśnień należy stwierdzić, że nie wystąpiły wątpliwości, które mogły na tym etapie podlegać dalszemu wyjaśnieniu, dlatego nie można Zamawiającemu zarzucić bezprawnego zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia jakichkolwiek dalszych wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp.

III. Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowaniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 3 Pzp znajduje pełne uzasadnienie w okolicznościach niniejszej sprawy, wobec ustaleń dokonanych powyżej, tj. ustalenia, że złożona przez Odwołującego oferta podlegała odrzuceniu, a tym samym w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Należy tu wziąć pod uwagę fakt, że oferta złożona przez Przystępującego także została uznana za odrzuconą, na skutek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Izba nie stwierdziła także naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niezachowanie w prowadzonym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z brakiem wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku

19

w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....

20