

WYROK
z dnia 25 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **I. S. A (lider) oraz F. J. P. Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. (...), R.** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę D., ul. (...), D.**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **I. S. A (lider) oraz F. J. P. Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. (...), R. i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia –

konsorcjum firm w składzie: **I.**

S. A(lider) oraz F. J. P. Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. (...), R. tytułem wpisu

KIO 1901/17 1

od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **I. S. A (lider) oraz F. J. P. Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. (...), R.** na rzecz **Gminy D., ul. (...), D.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO 1901/17 2

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w R..

Przewodniczący:

KIO 1901/17 3

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Poprawa gospodarki ściekowej na terenie Dębicko-Ropczyckiego Obszaru Funkcjonalnego - etap I. Zadanie 3: Rozbudowa mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków Zawada”, prowadzonym przez Gminę D., ul. Stefana Batorego 13, 39-200 D. (dalej „zamawiający”) ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych (nr ogłoszenia: 531571-N-2017) konsorcjum firm w składzie: I. Sp. z o.o. z siedzibą w R. (lider) oraz F. J. P. Sp. z o.o. z siedzibą w S. (dalej „odwołujący”) złożyło odwołanie od czynności wykluczenia go i uznania jego oferty za odrzuconą, a w konsekwencji unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17) i art. 89 ust. 1 pkt 5), poprzez ich zastosowanie, pomimo braku podstaw faktycznych i prawnych do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i tym samym odrzucenia jego oferty,
2. art. 91 ust. 1 w zw. z ust. 2 pkt 5), poprzez zaniechanie zastosowania w to miejsce unieważnienia postępowania, pomimo że oferta odwołującego jest najkorzystniejsza według ustalonego w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) kryterium oceny ofert i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu,
3. art. 93 ust. 1 pkt 1), poprzez unieważnienie postępowania, podczas gdy nie została spełniona przesłanka dodatnia umożliwiająca unieważnienie postępowania, ponieważ oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego, odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania,
2. dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Wniósł nadto o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego wg. norm prawem przepisanych.

Odwołujący podał, że pismem z dnia 6 września 2017 r. zamawiający poinformował go o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy – konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane „M.” Sp. z o. o. (lider), B. G. Zakład Budownictwa

KIO 1901/17 4

Ogólnego „M.” (partner), na skutek złożonej w trybie art. 181 ustawy Pzp informacji o niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru oferty, oraz o wykluczeniu z postępowania tego wykonawcy i uznania jego oferty za odrzuconą, a nadto o wykluczeniu z postępowania odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp i uznania jego oferty za odrzuconą oraz o unieważnieniu postępowania wobec uznania, że nie złożono w tym postępowaniu żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wskazał także, że w uzasadnieniu czynności wykluczenia go z postępowania zamawiający podał, że w wyniku przeprowadzonej przez niego weryfikacji informacji wskazanych przez odwołującego w „Wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia” (załącznik nr 6 do SIWZ) w zakresie doświadczenia H. B. wyznaczonego do pełnienia funkcji kierownika budowy, wskazanego w rubryce „Doświadczenie zawodowe”, nie potwierdziły się informacje o pełnieniu funkcji inspektora nadzoru w branży sanitarnej na trzech z sześciu inwestycji (str. 6 tiret 2 pisma).

Podał, że zamawiający ponadto stwierdził w ww. piśmie, że: *„ewidentnie próbowano wprowadzić Zamawiającego w błąd przedstawiając ponownie nierzetelne informacje - pismo Konsorcjum I. z 24.08.2017r. dotyczące m.in. inwestycji Oczyszczenia ścieków na Podhalu oraz próba wykazania, że nastąpiła pomyłka w nazwie inwestycji Modernizacja oczyszczalni ścieków w m. P(1) i próba wykazana kolejnej, nowej inwestycji”* (str. 6 tiret 3 pisma).

Odwołujący stanął na stanowisku, że powyższa interpretacja zamawiającego, sprowadzająca się do przypisywania mu zachowań nieudowodnionych, a nawet nieuprawdopodobnionych, jest niedopuszczalna i pozostaje wyłącznie w sferze domniemań zamawiającego, a nie faktów.

Stwierdził, że zamawiający nie wykazał, w oparciu o jakie przesłanki w zachowaniu odwołującego uznał, że ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego.

Wskazał, że zgodnie z dyspozycją art. 14 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej oraz podniósł, że naczelną zasadą prawa cywilnego onus probandi, wynikająca z normy art. 6 Kc, stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, co transponując tę zasadę na grunt postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego, oznacza, że to na zamawiającym dokonującym czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp spoczywa ciężar dowodu następujących przesłanek, które muszą być spełnione łącznie:

1. działania wykonawcy w warunkach winy nieumyślnej, w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa,
2. przedstawione przez wykonawcę informacje wprowadzają zamawiającego w błąd,

KIO 1901/17 5

3. informacje mają decydujący wpływ na decyzje zamawiającego, przez co należy rozumieć, że są warunkiem koniecznym podjęcia nieprawidłowej decyzji przez zamawiającego w danym postępowaniu, czego jednak zamawiający nie wykazał.

W odniesieniu do błędnej oceny dokumentu „Wykaz osób” i braku przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp w zakresie wprowadzenia w błąd odwołujący wskazał, że w SIWZ rozdział XVI „Kryteria oceny ofert i sposób wyboru oferty” w podkryterium „Doświadczenie kierownika budowy” zamawiający określił w sposób następujący:

a) Doświadczenie kierownika budowy max. 15 %- waga 15.

OPIS SPOSOBU OCENY OFERT w tym podkryterium:

Za wykazanie, że w realizacji zamówienia będzie brał udział kierownik budowy posiadający uprawnienia budowlane o specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, posiadający doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru lub kierownika budowy lub kierownika robót na inwestycjach polegających na budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków o przepustowości średniodobowej co najmniej 500 m³/dobę, Wykonawca składający ofertę otrzyma:

za wykazanie doświadczenia wyznaczonego kierownika budowy w 1 w-w inwestycji: 6 pkt;

- za wykazanie doświadczenia wyznaczonego kierownika budowy w 2-3 w-w inwestycjach: 8 pkt;

- za wykazanie doświadczenia wyznaczonego kierownika budowy w 4 i więcej w-w inwestycjach: 15 pkt;

- nie wykazanie doświadczenia wyznaczonego kierownika budowy w żadnej w-w inwestycji: 0 pkt.

Wskazał również, że w myśl art. 91 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp pozacenowe kryterium oceny ofert może stanowić kryterium odnoszące się do przedmiotu zamówienia, to jest mogą to być kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli może mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Uzupełnił, że w myśl dyrektywy ust. 2d, zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców.

Stwierdził (w świetle przywołanych zapisów SIWZ oraz przepisów ustawy Pzp), że zamawiający zastosował pozacenowe kryterium oceny ofert w postaci kwalifikacji zawodowych (uprawnienia budowlane o specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń) oraz doświadczenia kierownika budowy (w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru lub kierownika budowy lub kierownika robót na inwestycjach polegających na budowie,

KIO 1901/17 6

rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków o przepustowości średniodobowej co najmniej 500 m³/dobę), przyznając określoną liczbę punktów za wykazaną ilość inwestycji, w których brał udział wyznaczony kierownik budowy, przy czym z treści kryterium w zakresie doświadczenia wynika, że zamawiający uznaje za równorzędne funkcje inspektora nadzoru lub kierownika budowy lub kierownika robót na inwestycjach, traktując je alternatywnie (alternatywa łączna).

Odwołujący podał, że z informacji pozyskanych przez zamawiającego dotyczących inwestycji wykazanej w pkt. 2 rubryka „Doświadczenie zawodowe” Wykazu osób wynika, że H. B. w ramach zadań inżyniera kontraktu pełnił funkcję Inżyniera Rezydenta, co jednoznacznie dowodzi, że inwestycja ta była prowadzona w oparciu o książkę FIDIC. Dodał,

że fakt pełnienia przez H. B., w ramach roli inżyniera kontraktu, funkcji Inżyniera Rezydenta potwierdza również informacja od przedstawiciela inwestora Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w B. przesłana drogą poczty elektronicznej w 07.09.2017r., z której wynika, że „podczas realizacji projektu pn. „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie miasta i gminy B.” konsorcjum firm M.S.A. oraz D. Polska Sp. z o.o. pełniło funkcję Inżyniera Kontraktu. W ramach tego projektu Pan H. B. jako przedstawiciel konsorcjum pełnił funkcję Inżyniera Rezydenta. Ponadto nazwisko H. B. pojawia się w takich dokumentach jak: Przejściowe Świadcstwo Płatności, Raport Inżyniera Kontraktu oraz wlicznej korespondencji” (dowód: e-mail z 07.09.2017r. załączony do odwołania).

Odwołujący podniósł, że zgodnie z zasadami FIDIC (Fédération internationale des ingénieurs-conseils, w skrócie FIDIC) inżynier kontraktu nie jest osobą, lecz zespołem specjalistów, ponieważ zakres zadań inżyniera kontraktu wyklucza praktycznie jednoosobowe sprawowanie tej funkcji. Stwierdził także, że pojęcie i funkcja inżyniera kontraktu nie wynika z zapisów Prawa budowlanego, lecz została wprowadzona przez Międzynarodową Federację Inżynierów-Konsultantów (Fédération internationale des ingénieurs-conseils), a w Polsce pojęcie inżyniera kontraktu zaczęło funkcjonować w momencie przystąpienia do Unii Europejskiej.

Podał, że podstawowym zadaniem inżyniera kontraktu jest:

nadzór techniczny nad robotami budowlanymi i jakością ich wykonywania,

nadzór nad całością dokumentacji sporządzanej przez wykonawcę,

- sprawowanie kontroli prawidłowości stosowania procedur unijnych oraz dopełnienie w tym zakresie wszelkich formalności.

Uzupełnił, że funkcje inżyniera kontraktu sprawuje grupa specjalistów, która składa się najczęściej z inżyniera rezydenta, inspektorów nadzoru inwestorskiego oraz innych

KIO 1901/17 7

specjalistów, w zależności od specyfiki projektu; inżynier rezydent jest koordynatorem całej inwestycji budowlanej, na stałe przebywa na terenie budowy i uczestniczy we wszystkich ważnych zdarzeniach procesu budowlanego.

Podkreślił, że inżynier rezydent posiadający też odpowiednie uprawnienia, może pełnić funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w danej branży

(informacje z domeny

publicznej(...), zaś w zakresie technicznym pozycja i zadania inżyniera kontraktu oraz inspektora nadzoru inwestorskiego praktycznie się nie różnią. Formalnie – wywodził odwołujący – FIDIC bardziej umacnia pozycję inżyniera kontraktu w procesie budowlanym, niż Prawo budowlane pozycję inspektora nadzoru. Jednak w zakresie technicznym nie ma istotnych różnic (artykuł dr inż. J. C. rzeczoznawcy budowlanego, opublikowany:

(...) Podsumował, że Inżynier Rezydent podczas realizacji inwestycji pełni nadzór nad wszystkimi branżami, w tym: sanitarną, budowlaną, elektryczną oraz drogową.

Oświadczył, że H. B., posiadając uprawnienia budowlane w branży sanitarnej bez ograniczeń uprawniony jest również do pełnienia obowiązków inspektora nadzoru w tej branży.

Zdaniem odwołującego, przedstawiając doświadczenie H. B. na inwestycji pn. „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie miasta gminy B.- Przebudowa i remont oczyszczalni ścieków w S. gm. B.” wykazał doświadczenie tej osoby w charakterze inspektora nadzoru (w warunkach FIDIC Inżyniera Rezydenta) na inwestycji polegającej na budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków o przepustowości średniodobowej co najmniej 500 m³ /dobę, wobec czego zamawiający zobowiązany był uznać to doświadczenie i zaliczyć do kryterium oceny ofert.

Odwołujący podniósł, że w świetle stanu faktycznego i prawnego zamawiający nie był w prawie uznać, że wskazując ww. inwestycję i funkcję H. B. na tej inwestycji podał informację wprowadzającą w błąd zamawiającego i mogącą mieć istotny wpływ na decyzję zamawiającego w postępowaniu, gdyż w rzeczywistości wyznaczona osoba do pełnienia roli kierownika budowy pełniła funkcję obarczoną większą odpowiedzialnością i wymagającą większego doświadczenia i wiedzy zawodowej, niż inspektor nadzoru lub

kierownik robót lub kierownik budowy.

Odwołujący, w zakresie inwestycji wykazanej w pkt. 3 rubryka „Doświadczenie zawodowe”, podał, iż przy piśmie do zamawiającego z 17.08.2017r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wyjaśnił oraz załączył dowody w postaci wyciągu z Raportu Miesięcznego nr 6 za okres od 01.10.2006 do 31.10.2006. w projekcie Nadzór nad zadaniem „Oczyszczanie ścieków na Przystępujący” kontrakt (...)

KIO 1901/17 8

(załącznik do odwołania).

W ocenie odwołującego załączony Raport dowodzi, że w ww. okresie H. B. pełnił na tej inwestycji funkcje inspektora nadzoru w branży sanitarnej. Oświadczył, że w trakcie realizacji tego kontraktu H. B. objął stanowisko Inżyniera Rezydenta, gdyż inwestycja była prowadzona w warunkach książki FIDIC.

Podsumował, że wskazana osoba pełniła na tej inwestycji funkcję inspektora nadzoru branży sanitarnej od 28.02.2006r. do grudnia 2006r., a następnie od grudnia 2006 r. do końca inwestycji w ramach inżyniera kontraktu funkcję Inżyniera Rezydenta – Kierownika Zespołu.

Odwołujący wniósł – na powyższe okoliczności – o przeprowadzenie dowodu z pisma P. Przedsiębiorstwa Komunalnego Sp. z o.o. z 07.09.2017r. w zakresie udzielenia informacji publicznej (pismo znak(...), załącznik do odwołania).

Stwierdził, że przedstawiając doświadczenie H. B. na inwestycji pn. „Oczyszczanie ścieków na Podhalu” kontrakt nr(...), wykazał doświadczenie tej osoby w charakterze inspektora nadzoru w branży sanitarnej, a następnie w warunkach FIDIC Inżyniera Rezydenta.

Nadmienił, że wg. ustalonego kryterium oceny ofert zamawiający nie postawił wymogu, aby przez cały okres realizacji danej inwestycji osoba wykazująca się doświadczeniem zdobytym przy tej inwestycji pełniła funkcję inspektora nadzoru, wobec czego zamawiający zobowiązany był uznać to doświadczenie i zaliczyć jako spełnione kryterium oceny ofert.

Ponownie podniósł, że w świetle stanu faktycznego i prawnego zamawiający nie był w prawie uznać, że odwołujący, wskazując ww. inwestycję i funkcję H. B. na tej inwestycji podał informację wprowadzającą w błąd zamawiającego i mogącą mieć istotny wpływ na decyzję zamawiającego w postępowaniu, gdyż w rzeczywistości wyznaczona osoba do pełnienia roli kierownika budowy pełniła funkcję obarczoną większą odpowiedzialnością i wymagającą większego doświadczenia i wiedzy zawodowej niż inspektor nadzoru lub kierownik robót lub kierownik budowy.

W odniesieniu do braku przesłanki działania odwołującego w warunkach winy nieумыślnej, w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa odwołujący wskazał, że w myśl art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa (postacie winy nieумыślnej) przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wskazał również, że pojęcie lekkomyślności definiuje doktryna prawa karnego (nie jest znane cywilistycznie) jako postać winy nieумыślnej i jest to stan, w którym sprawca nie

KIO 1901/17 9

mając zamiaru popełnienia czynu, popełnia go jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że możliwość popełnienia czynu zabronionego przewidywał albo mógł przewidzieć, ale bezpodstawnie przypuszczał, że popełnienia tego czynu uniknie. Uzupełnił, że niedbalstwo zarówno na gruncie prawa karnego, jak i prawa cywilnego jest nieумыślną postacią winy; niedbalstwo rozumiane

niedołożeniu należytej staranności.

Przenosząc te rozważania na grunt przepisów ustawy należy uznać – wywodził odwołujący – że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17) ustawy Pzp może mieć miejsce, gdy wykonawca nie wykazując profesjonalizmu wymaganego od

cywilistycznie polega na

uczestnika rynku zamówień publicznych przedstawia informacje niezgodne z rzeczywistością, w oparciu o które zamawiający dokonuje czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia (np. wyrok KIO z dnia 10 lipca 2017 r., KIO 1232/17); wykładni terminu „niedbalstwa”, dokonać należy w odniesieniu do dyspozycji art. 355 § 2 Kc, tj. zawodowej staranności – uważa się, że profesjonalizm podmiotu zobowiązanego powinien przejawiać się w dwóch podstawowych cechach jego zachowania: postępowaniu zgodnym z regułami fachowej wiedzy oraz sumienności.

Wskazał, że należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania oraz, że wzorzec należytej staranności ujęty w art. 355 § 2 Kc, oznacza, że staranność wymagana w stosunkach danego rodzaju będzie musiała być uwzględniana w odniesieniu do wiedzy, doświadczenia i umiejętności praktycznych, jakie wymagane są od przedsiębiorcy podejmującego się określonej działalności (np. wyrok SA w Łodzi z dnia 06.10.2016 r., sygn. akt I ACa 246/16).

Stwierdził, odwołując się do poglądów doktryny prawa i orzecznictwa, że można by było przypisać mu winę nieumyślną w przedstawieniu inwestycji z poz. 6 rubryka „Doświadczenie zawodowe” z Wykazu osób w zakresie doświadczenia H. B. tylko wówczas, gdyby odwołujący (Konsorcjum) przewidywał możliwość popełnienia deliktu (złożenia informacji wprowadzających w błąd) albo przy dołożeniu należytej staranności mógł przewidzieć jego popełnienie.

Tymczasem, zdaniem odwołującego, z ustalonego stanu faktycznego wynika, że żaden z uczestników Konsorcjum nie miał podstaw faktycznych choćby do nabrania podejrzeń o błędnym oznaczeniu inwestycji, ani w dacie złożenia do zamawiającego pisma z 08.08.2017r., do którego załączony został przedmiotowy „Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego”, ani 17.08.2017r. kiedy Konsorcjum złożyło przy piśmie dokument w postaci „Oświadczenia” H. B., w treści którego oświadczył i potwierdził, że w wykazanych przez lidera Konsorcjum inwestycjach, tj. cyt: „(...)

KIO 1901/17 10

Modernizacja Oczyszczalni Ścieków oraz sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na terenie gminy P(1) (przepustowość oczyszczalni Q=35410,00 m³/dobę” pełnił funkcję Inspektora Nadzoru w branży sanitarnej” (dowód: Załącznik nr 1 do pisma Konsorcjum z dnia 17.08.2017r., w dokumentacji postępowania). Podniósł, że żaden z konsorcjantów nie brał udziału w realizacji inwestycji wskazanych w Wykazie osób w poz. 1 „Kierownik budowy” rubryka „Doświadczenie zawodowe” i konsorcjum polegało na wiedzy i informacjach nt. doświadczenia (oznaczenia inwestycji) na H. B., ponieważ osoba ta stanowi zasób podmiotu trzeciego w rozumieniu ustawy i podstawą do dysponowania w tym zadaniu będzie stosowna umowa o współpracy.

Stanął na stanowisku, że wobec jednoznacznego, nie budzącego wątpliwości oświadczenia H. B., odwołującemu się nie można przypisać lekkomyślności lub niedbalstwa w przedstawieniu tej informacji do zamawiającego.

Zauważył, że Konsorcjum niezwłocznie po podjęciu informacji o pomyłce H. B. co do inwestycji w gminie P., gdzie pełnił funkcję inspektora nadzoru sanitarnego, pismem z 24.08.2017r. działając sua sponte, bez odrębnego, uprzedniego wezwania zamawiającego, przekazało informację o omyłkowym wskazaniu błędnej inwestycji w gminie P(1), gdzie były realizowane następująco po sobie inwestycje, polegające na modernizacji oczyszczalni ścieków, przy czym inwestycja, przy której doświadczeniem w charakterze inspektora nadzoru legitymował się H. B. realizowana była pn. „Sanitacja rzeki C.– wykonanie kanalizacji sanitarnej dla gmin P., S., R.” w zadaniu 1/7 Modernizacja oczyszczalni ścieków w ramach „Budowy systemu kanalizacji sanitarnej wraz z modernizacją oczyszczalni ścieków i budową oczyszczalni wód deszczowych w gminie P(1)”. Wyjaśnił, że realizowana później druga inwestycja nosiła podobną nazwę „Modernizacja oczyszczalni ścieków oraz sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na terenie gminy P.”, którą to nazwę omyłkowo przytoczył w swym oświadczeniu z 17.08.2017r. H. B..

Na okoliczność powyższą wniósł o przeprowadzenie dowodu z korespondencji e-mail z 08.09.2017r. wysłanej przez inwestora PGK Sp. z o.o. w P., w której przedstawiciel inwestora wyjaśnia rolę H. B. i wskazuje na podobieństwo w nazwach dwóch odrębnych inwestycji (dowód: e-mail przedstawiciela inwestora z 08.09.2017r., w załączeniu do odwołania).

Podsumował na powyższej podstawie, że nie sposób przypisać odwołującemu świadomego działania w przedstawieniu zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd.

Dodatkowo wskazał, że z przyczyn omówionych uprzednio nie można również przypisać odwołującemu winy, choćby w postaci nieumyślności, w zakresie wykazania doświadczenia H. B. w charakterze Inżyniera Rezydenta.

Zdaniem odwołującego doświadczenie H. B. należy uznać za wykazane wg.

KIO 1901/17 11

przyjętego kryterium oceny ofert i przyznać punkty za każdą z tych inwestycji.

Podniósł, iż ze względu na niezasadne wykluczenie odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17) ustawy Pzp i uznanie jego oferty za odrzuconą zamawiający powinien był zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp dokonać czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu na podstawie ustalonego kryterium oceny ofert.

Stwierdził, że zamawiający podjął niezgodną z prawem decyzję wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp, uznając złożoną przez niego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, czym naruszył przywołane przepisy ustawy poprzez ich zastosowanie, tym samym dokonał niezgodnej z prawem czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, a to wobec nie ziszczenia się przesłanki nie złożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 18 września 2017 r., Odwołania z dnia 11 września 2017 r. wraz z załącznikami, Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 21 września 2017 r., umowy nr (...)w sprawie zamówienia publicznego współfinansowanego ze środków Funduszu spójności na pełnienie funkcji inżyniera dla projektu (...) „Oczyszczanie ścieków na P.” z 28 lutego 2016 r., zwartej pomiędzy P. Przedsiębiorstwem Komunalnym Sp. z o.o., z Nowego Targu a konsorcjum firm, którego liderem jest M. S.A. z T., złożonej przez odwołującego na rozprawie, a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny oferty odwołującego, tj. jej bezpodstawne odrzucenia (w konsekwencji wykluczenia wykonawcy) oznacza, że stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp dawałoby odwołującemu szansę na uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia

KIO 1901/17 12

publicznego oraz wykonywania zamówienia (oferta odwołującego mogłaby zostać oceniona najwyżej w przypadku, gdyby decyzja o odrzuceniu oferty drugiego z wykonawców, który złożył ofertę stała się ostateczna).

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zastosowania przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17) oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp pomimo braku podstaw faktycznych i prawnych do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i tym samym odrzucenia jego oferty nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W rozdziale XVI „Kryteria oceny ofert i sposobu wyboru oferty”, jako jedno z trzech

pozacenowych podkryteriów oceny ofert zamawiający wskazał „Doświadczenie kierownika budowy”, przewidując „Za wykazanie, że w realizacji zamówienia będzie brał udział kierownik budowy posiadający uprawnienia budowlane o specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, posiadający doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru lub kierownika budowy lub kierownika robót na inwestycjach polegających na budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków o przepustowości średniodobowej co najmniej 500 m³/dobę, Wykonawca składający ofertę otrzyma:

- za wykazanie doświadczenia wyznaczonego kierownika budowy w 1 w-w inwestycji: 6 pkt;
- za wykazanie doświadczenia wyznaczonego kierownika budowy w 2-3 w-w inwestycjach: 8 pkt;
- za wykazanie doświadczenia wyznaczonego kierownika budowy w 4 i więcej w-w inwestycjach: 15 pkt”.

W toku postępowania do zamawiającego nie skierowano żadnego żądania wyjaśnienia treści SIWZ w zakresie ustalonych kryteriów oceny ofert i sposobu wyboru oferty najkorzystniejszej.

W formularzu „Oferta” odwołujący zawarł oświadczenie o treści: „Wykonawca (w ramach kryterium oceny ofert: Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia), wskazuje, że do realizacji zamówienia skieruje następujące osoby:

a) Kierownik budowy Pan H. B. posiadający uprawnienia budowlane o specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń lub inne odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, posiadający

KIO 1901/17 13

doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru lub kierownika budowy lub kierownika robót na czterech (...) inwestycjach polegających na budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków o przepustowości średniodobowej co najmniej 500 m³/dobę (...).”

W Wykazie osób, złożonym przy piśmie z dnia 8 sierpnia 2017 r. (na wezwanie zamawiającego z dnia 4 sierpnia 2017 r.), który to Wykaz miał być podstawą oceny w podkryterium „Doświadczenie kierownika budowy” odwołujący wskazał H. B., w odniesieniu do którego w kolumnie „Zakres wykonywanych czynności” podał: „Inspektor Nadzoru”, zaś w kolumnie „Doświadczenie zawodowe” 6 pozycji, tj.

1. „Budowa oczyszczalni ścieków w P(1) wraz z siecią kanalizacji sanitarnej wsi F.
2. Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie miasta i gminy B. (przebudowa i remont oczyszczalni ścieków).
3. Oczyszczanie ścieków na Przystępujący (rozbudowa oczyszczalni ścieków w C. oraz w N.).
4. Modernizacja i rozbudowa miejskiej oczyszczalni ścieków dla miasta Krosna.
5. System oczyszczania ścieków Gminy L. – infrastruktura podstawowa dla sektora turystycznego (oczyszczalnie ścieków w m. S.)
6. Modernizacja oczyszczalni ścieków w miejscowości P(1)”.

Pismem z dnia 11 sierpnia 2017 r. zamawiający wezwał odwołującego m.in. do „przedstawienia dokumentów wskazujących jednoznacznie i potwierdzających pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru w wyżej wymienionych inwestycjach przez Pana H. B. tj. np. dokumentów gdzie inspektor nadzoru dokonuje wpisów:

- Protokoły odbioru robót ulegających zakryciu i zanikających;
- Protokoły odbiorów częściowych
- Protokoły odbiorów;

Dzienniki Budowy (kserokopie);

Sprawozdania z rozruchu;

Protokoły z narad i ustaleń;

Protokoły przekazania terenu;

Eventualne Świadczenia Przejęcia.”

Odpowiadając na ww. wezwanie odwołujący w piśmie z dnia 17 sierpnia 2017 r. oświadczył, że „uzyskanie dokumentów poświadczających pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru przez p. H. B. w przedstawionych inwestycjach (...), które są w posiadaniu Zamawiających (Gmin, Przedsiębiorstw Gospodarki Komunalnej, itp.), nie jest

KIO 1901/17 14

możliwe do uzyskania w tak krótkim terminie wskazanym przez Zamawiającego (to jest do dnia 18.08.2017 r.). Jako potwierdzenie pełnienia ww funkcji przez p. H. B. przesyłamy podpisane przez niego oświadczenia”.

W załączonym do pisma z dnia 17 sierpnia 2017 r. oświadczeniu H. B. (także z dnia 17 sierpnia 2017 r.) czytamy: „Oświadczam, że w wykazanych przez I. Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w R. przy ul. (...), inwestycjach, które zostały wyszczególnione w „Wykazie osób” – załącznik nr 7 do oferty, tj.: (...) pełniłem funkcję Inspektora Nadzoru branży sanitarnej.”

W piśmie z dnia 24 sierpnia 2017 r. odwołujący dodatkowo oświadczył: „Nastąpiła omyłka w nazwie inwestycji w przekazanym wykazie: Było: „modernizacja oczyszczalni ścieków w miejscowości P(1); prawidłowa nazwa inwestycji brzmiała: „Sanitacja rzeki C(1) – wykonanie kanalizacji sanitarnej dla gmin: P(1), S(1) i R. – projekt nr (...), w ramach którego wykonano oczyszczalnie: a. „Budowa systemu kanalizacji sanitarnej wraz z modernizacją oczyszczalni ścieków i bodową oczyszczalni wód deszczowych w gminie P(1)” – Zadanie I/7 Modernizacja oczyszczalni ścieków.

b. Modernizacja oczyszczalni ścieków w S(2) – Kontrakt S3”

Pismem z dnia 6 września 2017 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp, uzasadniając:

„Zamawiający podjął decyzję o weryfikacji informacji złożonych przez Konsorcjum I. w piśmie z dnia 17.08.2017r., a w szczególności ww. oświadczenia Pana H. B. o pełnieniu funkcji inspektora nadzoru w branży sanitarnej:

1. W sprawie inwestycji: „Budowa oczyszczalni ścieków w P. wraz z siecią kanalizacji sanitarnej wsi F.” wystąpiono do Inwestora - Gminy F. (pismo z dnia 21.08.2017r) W odpowiedzi (pismo z dnia 23.08.2017r.) Gmina F. potwierdziła, że funkcję Inspektora Nadzoru w branży sanitarnej na ww. inwestycji oraz koordynatora inspektorów pozostałych branż pełnił Pan H. B.
2. W sprawie inwestycji: „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie miasta i gminy B.- Przebudowa i remont oczyszczalni ścieków w S. gm. B. ” wystąpiono do Inwestora - Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. B., (pismo z dnia 21.08.2017r.) W odpowiedzi (pismo z dnia 28.08.2017r.) MPGK Sp. z o.o. w B. poinformowała, że funkcję Inspektora Nadzoru w branży sanitarnej w ww. inwestycji pełnili: mgr inż. W. P. oraz mgr inż. J. K.. Ponadto poinformowano, że Pan H. B. podczas realizacji tej inwestycji w ramach zadań Inżyniera Kontraktu pełnił funkcje Inżyniera Rezydenta.

KIO 1901/17 15

3. W sprawie inwestycji: „Oczyszczanie ścieków na P. (rozbudowa oczyszczalni ścieków w C(1) oraz rozbudowa oczyszczalni ścieków w N.) „ wystąpiono do Inwestora - P. Przedsiębiorstwa Komunalnego Sp. z o.o. w N(1) (pismo z dnia 21.08.2017r.). W odpowiedzi P. Sp. z o.o. w N(1) (pismem z dnia 22.08.2017r) poinformowała, że:
 - a) w zawiadomieniach do PINB w Nowym Targu dot. zarówno oczyszczalni ścieków w N. jak też oczyszczalni ścieków w C(1), złożono oświadczenie o przyjęciu obowiązków Inspektora Nadzoru w branży sanitarnej przez Pana S.C.,
 - b) Pan S. C. pełnił funkcję Inspektora Nadzoru inwestorskiego w branży sanitarnej przez cały okres realizacji robót budowlanych w ramach zadań wymienionych powyżej,
 - c) w dokumentach dot. realizacji inwestycji nazwisko H. B. pojawia się, ale jako pełniącego funkcję Inżyniera Kontraktu, Inżyniera Rezydenta - Kierownika Zespołu.
4. W sprawie inwestycji: „Modernizacja i rozbudowa miejskiej oczyszczalni ścieków dla miasta Krosna” wystąpiono do Inwestora – M. K. Sp. z o.o. (pismo z dnia

21.08.2017r.0.

W odpowiedzi M. K. Sp. z o.o. (pismo z dnia 23.08.2017r.) poinformowało, że Pan H. B. pełnił funkcję Inspektora Nadzoru na zadaniu „Modernizacja oczyszczalni ścieków w Krośnie”, które zostało zakończone w dniu 31.03.2006r.

5. W sprawie inwestycji: „System oczyszczania ścieków Gminy L. - infrastruktura podstawowa dla sektora turystycznego (oczyszczalnia ścieków w m. Siedliska) wystąpiono do Inwestora – Gminy L.(pismo z dnia 21.08.2017r.).
W odpowiedzi Gminy L.(pismo z dnia 22.08.2017r.) poinformowała, że Pan H. B. pełnił funkcję Inspektora Nadzoru w branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych.
6. W sprawie inwestycji: „Modernizacja oczyszczalni ścieków oraz sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na terenie gminy P(1) wystąpiono do Inwestora - Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w P(1) Sp. z o.o. (pismo z dnia 21.08.2017r.).
W odpowiedzi P. w P(1) Sp. z o.o. (e-mail z dnia 23.08.2017r.) poinformowało, że Pan H. B. nie uczestniczył jako Inspektor Nadzoru w branży sanitarnej www. inwestycji.

Jak wykazano powyżej nie potwierdziły się informacje o pełnieniu funkcji Inspektora nadzoru inwestorskiego w branży sanitarnej na 3 inwestycjach wskazanych w Wykazie osób i Oświadczeniu Pana H. B..

Ponadto ewidentnie próbowano wprowadzić Zamawiającego w błąd przedstawiając ponownie nierzetelne informacje - pismo Konsorcjum I. z 24.08.2017 r. dotyczące m.in. inwestycji Oczyszczanie ścieków na P. oraz próba wykazania, że nastąpiła pomyłka w nazwie inwestycji „Modernizacja oczyszczalni ścieków w m. P(1)” i próba wskazania kolejnej

KIO 1901/17 16

nowej inwestycji.

Wskazanie, w Ofercie nr 1 oraz w złożonym Wykazie osób, sześciu inwestycji w których funkcje Inspektora Nadzoru w branży sanitarnej pełnił Pan H. B. miało decydujący wpływ na przyznanie maksymalnej ilości punktów tj. 15 pkt w podkryterium oceny ofert: Doświadczenie kierownika budowy.

Zdaniem Zamawiającego wskazane powyżej dowody w pełni uzasadniają wykluczenie Wykonawcy (...).”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Podstawą wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu był przepis art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Spór dotyczył oceny doświadczenia H. B., wyznaczonego przez odwołującego do realizacji zamówienia jako kierownik budowy. Ponieważ zamawiający przewidział, że za opisane w SIWZ doświadczenie takiej osoby będzie przyznawał punkty, to bezspornie informacje dotyczące tego doświadczenia były informacjami mogącymi mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, tj. na decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W pierwszej kolejności analizy wymaga, czy postanowieniami SIWZ zamawiający „równał” dla celów przyznania punktów funkcje inspektora nadzoru, kierownika robót, kierownika budowy oraz inżyniera rezydenta, ponieważ doświadczeniem przy pełnieniu funkcji inżyniera rezydenta zdobytym na inwestycjach wskazanych w poz. 2 (B.) i 3 (P.) Wykazu osób legitymuje się (co nie było sporne) H. B., a odwołujący utrzymywał, że „w rzeczywistości wyznaczona osoba do pełnienia roli kierownika budowy pełniła funkcje obarczoną większą odpowiedzialnością i wymagającą większego doświadczenia i wiedzy zawodowej, iż inspektor nadzoru lub kierownik robót lub kierownik budowy” (str. 7, czwarty akapit i str. 8, przedostatni akapit odwołania).

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że postanowienia rozdziału XVI SIWZ dotyczące podkryterium oceny ofert – Doświadczenie kierownika budowy, jak wymaga tego przepis art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, były określone przez zamawiającego w sposób

jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

Jednoznaczność ta wynika wprost z literalnego brzmienia postanowienia SIWZ określającego sposób oceny doświadczenia kierownika budowy, w którym posłużono się

KIO 1901/17 17

zamkniętym katalogiem funkcji, przy pełnieniu których wskazana osoba uzyskała doświadczenie pozwalającym na przyznanie punktów. Zamawiający wymienił jako „równorzędne” trzy i tylko trzy funkcje: inspektora nadzoru, kierownika budowy, kierownika robót. Brak w tym katalogu funkcji inżyniera rezydenta, wobec czego doświadczenie zdobyte przy pełnieniu tej funkcji, dla celów przyznania punktów w podkryterium „Doświadczenie kierownika budowy” było bez znaczenia.

Za takim sposobem interpretacji postanowienia SIWZ określającego sposób oceny doświadczenia kierownika budowy przemawia także dyrektywa płynąca z art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, aby kryteria oceny ofert były określone przez zamawiającego w sposób umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

„Sprawdzalność” w tym przypadku należy wiązać z faktem, że wszystkie wskazane przez zamawiającego funkcje i przypisane im zadania (inspektor nadzoru, kierownik budowy, kierownik robót) to samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, przewidziane przepisami ustawy z dnia 7 lipca 2017 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1332, ze zm.), przy czym dostrzeżenia wymaga, że w przedmiotowym stanie faktycznym „problem” identycznie brzmiących funkcji (inspektor nadzoru, kierownik budowy, kierownik robót) w ustawodawstwie innych państw nie wystąpił.

Jak podnosił zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie „Osoby, które pełnią funkcje określone przez zamawiającego w SIWZ, należą do uczestników procesu budowlanego, których obowiązki zostały sprecyzowane w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane i pełnią samodzielne funkcje techniczne, o których mowa w art. 12 Prawa budowlanego” (str. 3 Odpowiedzi, drugi akapit)

„Sprawdzalności” tej nie sposób natomiast doszukać się w przypadku funkcji inżyniera rezydenta, ponieważ zadania inżyniera rezydenta każdorazowo określane są w warunkach kontraktu (mogą być różne, a przez to nieporównywalne).

Jak trafnie podnosił zamawiający: „Inżynier kontraktu jest zespołem specjalistów danej branży, natomiast inżynier rezydent to osoba, która pełni nadzór i w określonym zakresie pomaga inżynierowi kontraktu w realizowaniu inwestycji budowlanej. Zakres zadań inżyniera rezydenta, w zależności od realizowanego przedsięwzięcia, może być bardzo szeroki i niesprecyzowany, co może czynić niemożliwym ustalenie jakimi zadaniami pełniącą tę funkcję osoba zajmowała się konkretnie. Określenie w Prawie budowlanym obowiązków ciążących na inspektorze nadzoru inwestorskiego, kierowniku budowy oraz kierowniku robót, umożliwia wyodrębnienie poszczególnych stanowisk i przypisanie odpowiedzialności za wykonane czynności do ściśle określonej osoby; konstrukcja stanowiska inżyniera kontraktu i jego kolegialny charakter, uniemożliwia dokonanie takiego podziału względem specjalistów wchodzących w jego skład” (str. 3 Odpowiedzi, trzy ostatnie zdania).

KIO 1901/17 18

Za takim sposobem interpretacji postanowienia SIWZ określającego sposób oceny doświadczenia kierownika budowy przemawia nadto, co podnosił zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie, że „postępowanie dotyczy inwestycji, która nie będzie prowadzona w oparciu o FIDIC. W związku z tym, cełowym było niewprowadzanie przez zamawiającego do kryterium doświadczenia kierownika budowy pojęć, które funkcjonują w oparciu o postanowienia FIDIC.” (str. 3 Odpowiedzi, drugi akapit).

Powolywanie się przez odwołującego na ocenę rzeczoznawcy budowlanego (str. 7 odwołania, pierwszy akapit), co do braku różnic („w zakresie technicznym”) pomiędzy pozycją/zadaniami inżyniera kontraktu a pozycją/zadaniami inspektora nadzoru nie jest wystarczająca do uznania, że różnice takie nie występują pomiędzy zadaniami inżyniera rezydenta a zadaniami inspektora nadzoru, zwłaszcza, na co wskazywał sam odwołujący w odwołaniu, że „Funkcje inżyniera kontraktu sprawuje grupa specjalistów, która składa się

najczęściej z inżyniera rezydenta, inspektorów nadzoru inwestorskiego prac innych specjalistów, w zależności od specyfiki projektu” oraz, że „Inżynier rezydent posiadający też odpowiednie uprawnienia, może pełnić funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w danej branży” (str. 6 odwołania, ostatni akapit oraz str. 7 odwołania, pierwszy akapit).

W ocenie składu orzekającego Izby ta możliwa (i występująca w praktyce) odmienność w zakresie zadań inżyniera rezydenta, w sytuacji gdy zamawiający wprost nie dopuścił doświadczenia zdobytego przy pełnieniu tej funkcji, zagrażałaby zasadzie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a to poprzez w istocie przeniesienie oceny adekwatności zadań inżyniera rezydenta i zadań inspektora nadzoru (czy kierownika robót, czy kierownika budowy) na etap po terminie składania ofert.

Niezależnie od powyższego skład orzekający Izby uznał, że twierdzenie, iż H. B. na konkretnych inwestycjach (B., P.) pełnił funkcję inżyniera rezydenta obarczoną większą odpowiedzialnością i wiedzą zawodową niż inspektor nadzoru/kierownik budowy/kierownik robót nie wykazał.

W ocenie składu orzekającego Izby wskazana powyżej interpretacja postanowień SIWZ oznacza, że odwołujący nie był uprawniony traktować doświadczenia zdobytego przy pełnieniu funkcji inżyniera rezydenta tak jak doświadczenia zdobytego przy pełnieniu funkcji inspektora nadzoru, kierownika robót czy kierownika budowy, a w konsekwencji nie mógł podać, że H. B. legitymujący się doświadczeniem inżyniera rezydenta na konkretnych inwestycjach prowadzonych wg warunków kontraktowych FIDIC (czerwony) legitymuje się – jak podał w Wykazie osób – doświadczeniem inspektora nadzoru.

W ocenie składu orzekającego Izby w wyniku braku staranności co najmniej w interpretacji przez odwołującego sposobu rozumienia jednoznacznych postanowień SIWZ,

KIO 1901/17 19

wbrew tym postanowieniom odwołujący przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd.

Odnosząc się do twierdzeń odwołującego, iż na inwestycji z poz. 3 (P.) Wykazu osób H. B. pełnił funkcję inspektora nadzoru w branży sanitarnej w okresie od 28.02.2006 r. do grudnia 2006 roku, skład orzekający Izby wskazuje, że choć z przedłożonej przez odwołującego na rozprawie umowy nr (...) i pism P. Przedsiębiorstwa Komunalnego Sp. z o.o.: z dnia 22 sierpnia 2017 r. (skierowanego do zamawiającego), jak i pisma z dnia 7 września 2017 r. (skierowanego do odwołującego) wynika, że H. B. został wskazany jako inspektor nadzoru „w branży instalacyjnej w zakresie sieci instalacji i urządzeń wodociągowych kanalizacyjnych ciepłych wentylacyjnych i gazowych”, to jednocześnie z treści obu tych pism wywieść należy, że ostatecznie H. B. nie przystąpił do pełnienia tej funkcji, ponieważ wraz z rozpoczęciem robót, co nastąpiło (wedle zgłoszenia do PINB w N(1) w dniu 2 stycznia 2017 r., obowiązki inspektora nadzoru w branży sanitarnej zostały przyjęte przez inną osobą – S. C. (pkt 2, 3 i 6 obu pism).

Trzecią kwestionowaną przez zamawiającego pozycją Wykazu osób była pozycja nr 6 dotycząca inwestycji „Modernizacja oczyszczalni ścieków w miejscowości P(1)”, którą w Oświadczeniu H. B. określono jako „Modernizacja Oczyszczalni Ścieków oraz sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na terenie gminy P(1)”.

Jak wynika zaś z załączonej do odwołania korespondencji elektronicznej pomiędzy specjalistą ds. rozliczeń i zamówień publicznych Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w P(1) Sp. z o.o. (M. W.) a osobą ze strony odwołującego (J. O.) z dnia 8 września 2017 r. godz. 14:22 przedsiębiorstwo to prowadziło dwie odrębne inwestycje:

1. najpierw – „Sanitacja rzeki C.– wykonanie kanalizacji sanitarnej dla gmin P(1) S. i R.” Projekt nr (...), w ramach którego zadanie I/7 to Modernizacja oczyszczalni ścieków w ramach „Budowy systemu kanalizacji wraz z modernizacją oczyszczalni ścieków i budową oczyszczalni wód deszczowych w gminie P(1)”,
2. później – „Modernizacja oczyszczalni ścieków oraz sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na terenie gminy P(1)”, przy czym na tej inwestycji, jak podano w treści tejże korespondencji, „H. B. nie pełnił funkcji Inspektora Nadzoru”.

Stwierdzić ponad wszelką wątpliwość należy, że ani nazwa inwestycji wskazana przez odwołującego w Wykazie osób, ani nazwa podana w Oświadczeniu H. B. z 17 sierpnia

2017 r. („Modernizacja Oczyszczalni Ścieków oraz sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na terenie gminy P(1) (przepustowość ...)” nie odpowiadają żadnej z nazw dwóch inwestycji prowadzonych przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej

KIO 1901/17 20

w P(1) Sp. z o.o. (choć pojawiają się „jakieś elementy wspólne”), wobec czego uznać także należy, że identyfikacja, o którą prowadzoną w rzeczywistości przez to przedsiębiorstwo inwestycję chodzi nie jest ze 100% pewnością możliwa. Identyfikacja ta ma zaś kluczowe znaczenie z tego względu, iż w jednej z nich (wcześniejsza) H. B. pełnił funkcję inspektora nadzoru, w drugiej natomiast (późniejsza) nie.

Odwołujący utrzymywał, że odwołującemu nie można przypisać lekkomyślności lub niedbalstwa, ponieważ – co do oznaczenia inwestycji – polegał na oświadczeniu podmiotu trzeciego (H. B.), a dodatkowo żaden z członków odwołującego się konsorcjum nie brał udziału w realizacji inwestycji wskazanej w pozycji 6.

Stanowiska odwołującego sprowadza się więc w istocie do tego, że o ile nie ma on wiedzy na temat danej inwestycji wynikającej z jego w niej udziału, to nie można przypisać mu lekkomyślności lub niedbalstwa, gdy polega on na oświadczeniu podmiotu trzeciego.

Skład orzekający Izby stanowiska tego nie podziela, wskazując że staranność (ostrożność), jakiej oczekuje się od profesjonalisty, jakim jest wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia obejmuje weryfikację informacji przedstawianych zamawiającemu, a pochodzących od podmiotów trzecich, w tym co do nazwy inwestycji tym bardziej w sytuacji, gdy to sama nazwa (ze względu na brak bardziej szczegółowych danych i opisów inwestycji) decyduje o możliwości jej identyfikacji. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty, oświadczenia, aby deklarowany w nich stan odpowiadał rzeczywistości.

Weryfikacja ta winna zatem nastąpić przed przedstawieniem danej informacji zamawiającemu, wobec czego późniejsze działania podjęte przez odwołującego, nawet te z inicjatywy własnej (pismo z dnia 24 sierpnia 2017 r.), pozostają bez znaczenia dla oceny staranności/braku staranności przy przedstawianiu zamawiającemu informacji o oznaczeniu inwestycji z pozycji 6 *Wykazu osób*.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko wyrażone przykładowo we skazanym przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołaniu wyroku Izby zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 576/17 zgodnie z którym: „przez *przedstawienie nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) należy rozumieć m.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia podmiotu trzeciego), który pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy*” (str. 40 zdanie ostatnie, str. 41 zdanie pierwsze).

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp.

KIO 1901/17 21

Zarzuty:

- zaniechania zastosowania przez zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp, a w to miejsce unieważnienie postępowania, pomimo że oferta odwołującego jest najkorzystniejsza według ustalonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryterium oceny ofert i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu,
 - unieważnienia postępowania, podczas gdy nie została spełniona przesłanka dodatnia umożliwiająca unieważnienie postępowania, ponieważ oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu w niniejszym postępowaniu, czym zamawiający naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp
- nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty złożyło dwóch wykonawców, w tym odwołujący.

Pismem z dnia 6 września 2017 r. zamawiający poinformował obu wykonawców o odrzuceniu ich ofert, a także o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, tj. z tego powodu, że w postępowaniu nie złożono żadnej niepodlegającej odrzuceniu oferty.

Drugi z wykonawców nie zakwestionował czynności odrzucenia jego oferty.

Wobec uznania (zarzut pierwszy), że zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu, czego następstwem było odrzucenie oferty odwołującego, skład orzekający Izby w konsekwencji uznał także, że zamawiający, nie dysponując w przedmiotowym postępowaniu o żadną, udzielenie zamówienia publicznego niepodlegającą odrzuceniu ofertą, nie mógł dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, miał natomiast obowiązek, zgodnie z przepisem art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, unieważnić przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania orzeczono jak w sentencji, oddalając odwołanie.

KIO 1901/17 22

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238, ze zm.).

Przewodniczący:

KIO 1901/17 23