

WYROK

z dnia 22 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2018 r. przez wykonawcę J. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi w zakresie Budownictwa, Hotelarstwa i Turystyki J. M. z siedzibą w Łomży przy ul. Królowej Bony 15 (18-400 Łomża)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Państwową Wyższą Szkołę

Muzyczną I st. im. Witolda Lutosławskiego w Zambrowie z siedzibą w Zambrowie przy Alejach Wojska Polskiego 4 (18-300 Zambrow)

przy udziale wykonawcy T. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BICO GROUP T. P. z siedzibą w Warszawie przy ul. Staniewickiej 1 lok. 2 (03-310 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
2. Kosztami postępowania w wysokości 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - Państwową Wyższą Szkołę Muzyczną I st. im. Witolda Lutosławskiego w Zambrowie i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę J. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi w zakresie Budownictwa, Hotelarstwa i Turystyki J. M. z siedzibą w Łomży tytułem wpisu od odwołania;

2) zasądza od Zamawiającego - Państwowej Wyższej Szkoły Muzycznej I st. im. Witolda Lutosławskiego w Zambrowie na rzecz wykonawcy J. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi w zakresie Budownictwa, Hotelarstwa i Turystyki J. M. z siedzibą w Łomży kwotę w wysokości 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i zastępstwa przed Izbą.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 260/18

Państwowa Wyższa Szkoła Muzyczna I st. im. Witolda Lutosławskiego w Zambrowie, zwana dalej: „zamawiającym” prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Pełnienie funkcji Inwestora Zastępczego przy realizacji inwestycji pod nazwą: Budowa sali koncertowej przy Państwowej Szkole Muzycznej I st. im. W. Lutosławskiego w Zambrowie, zwane dalej: „postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 grudnia 2017 r. pod nr 636374-N-2017. W dniu 7 lutego 2018 r. zamawiający opublikował informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty i przekazał ją wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

W dniu 12 lutego 2018 r. wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia tj. J. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi w zakresie Budownictwa, Hotelarstwa i Turystyki J. M. z siedzibą w Łomży zwany dalej „odwołującym” wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania pomimo braku istnienia przesłanek określonych tym przepisem;
2. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub złożenia wyjaśnień w zakresie przedłożonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, przed podjęciem decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania;
3. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do odwołującego o wyjaśnienie treści złożonej oferty w związku z wątpliwościami jakie powstały w trakcie oceny oferty odwołującego;
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji w zakresie dokonywania oceny ofert tj. dokonanie oceny oferty odwołującego w oderwaniu od warunków ustalonych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej zwaną „SIWZ”.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy T. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BICO GROUP T. P. z siedzibą w Warszawie;
2. powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
3. wykonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania oferty złożonej przez odwołującego za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w postępowaniu w celu potwierdzenia warunków

udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymagał (w rozdz. V pkt 1 ppkt 3 lit. a) tiret 4 SIWZ), aby wykonawca wskazał osoby nadzoru skierowane do realizacji zamówienia (min. po 1 osobie każdej specjalności) posiadającej uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w rozumieniu ustawy z dnia 07.07.1994 r. Prawo Budowlane (Dz. U. z 2016 r. poz. 290 ze zm.) lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów albo uprawnienia równoważne według przepisów w kraju ich uzyskania, do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w specjalności:

- osobę posiadającą doświadczenie w rozliczaniu i kontroli realizacji co najmniej 2 projektów inwestycyjnych o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł.

W treści SIWZ zamawiający nie wskazał i nie określił w oparciu o jakie dokumenty będzie oceniał spełnianie m.in. warunku podanego wyżej. Podał jedynie, że do oferty należy załączyć (rozdział IX, pkt. 2 ppkt 1) wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień i doświadczenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami (na lub wg zał. nr 5 do SIWZ).

Ponadto zamawiający w kryteriach oceny ofert (rozdział XIX SIWZ) ustalił, że oprócz ceny będzie stosował m. in. następujące kryterium:

a) doświadczenie osoby w rozliczaniu i kontroli realizacji projektów inwestycyjnych -15% a szczegółowo:

- 2 projekty inwestycyjne powyżej 3 mln - 0 pkt;
- 4 projekty inwestycyjne powyżej 3 mln - 7,5 pkt;
- 6 projektów inwestycyjnych powyżej 3 mln - 15 pkt.

Maksymalnie w tym kryterium zgodnie z treścią SIWZ można było uzyskać 15 pkt - 1% to 1 pkt.

Odwołujący w wykazie osób wskazał zgodnie z zał. nr 5 do SIWZ między innymi osobę posiadającą doświadczenie w rozliczaniu i kontroli realizacji projektów inwestycyjnych, która jest mgr inż. budownictwa, specjalistą ds. rozliczania projektów inwestycyjnych i posiada doświadczenie w rozliczaniu i kontroli 4 projektów inwestycyjnych.

Odwołujący w odniesieniu do tej osoby wskazał, że będzie pełniła funkcję specjalisty d/s rozliczeń, sprawozdawczości i kontroli projektu inwestycyjnego oraz, że posiada następujące doświadczenie: koordynator projektu (rozliczanie, sprawozdawczość i kontrola projektu inwestycyjnego „Przebudowa Oddziału Kardiologicznego z Pododdziałem Intensywnej Opieki Kardiologicznej, Oddziału Rehabilitacji Kardiologicznej wraz z zakupem aparatury medycznej do oddziałów i poradni leczących choroby układu krążenia w Szpitalu Wojewódzkim w Łomży.” Jest to czwarty projekt wskazany przez odwołującego na potwierdzenie posiadanego doświadczenia przez osobę skierowaną do realizacji zamówienia w rozliczaniu i kontroli realizacji projektu inwestycyjnego.

Zamawiający przyznał odwołującemu 7,5 punktu za kryterium doświadczenie osoby w rozliczaniu i kontroli realizacji projektów inwestycyjnych, ocenił jego ofertę najwyżej i wezwał do złożenia dokumentów (zgodnie z procedurą odwróconą). Wykonawca złożył dokumenty w wyznaczonym terminie.

Następnie zamawiający zwrócił się z wnioskiem do Szpitala Wojewódzkiego w Łomży, na podstawie § 2 ust. 6 Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z prowadzonym postępowaniem i powziętymi wątpliwościami dotyczącymi dokumentów przedłożonych przez odwołującego, o udzielenie informacji czy projekt inwestycyjny „Przebudowa Oddziału Kardiologicznego z Pododdziałem Intensywnej Opieki Kardiologicznej, Oddziału Rehabilitacji Kardiologicznej wraz z zakupem aparatury medycznej do oddziałów i poradni leczących choroby układu krążenia w Szpitalu Wojewódzkim w Łomży.” jest w trakcie realizacji (tj. czy prowadzone jest rozliczenie finansowe, sprawozdawczość z instytucją finansującą) i czy osoba wskazana przez odwołującego w przedmiotowym zakresie pełni funkcję koordynatora ww. projektu?

Szpital w Łomży (pełnomocnik dyrektora) odpowiedział bardzo lakonicznie: "W odpowiedzi(...)informuję, że Pani C. J.-M. [skrót dokonany przez łzbę] jest pracownikiem Działu Utrzymania Ruchu Szp. Woj. w Łomży i w poniższym projekcie została wyznaczona

na koordynatora projektu. Szpital w 2018-2019 realizuje projekt „Przebudowa Oddziału Kardiologicznego z Pododdziałem Intensywnej Opieki Kardiologicznej, Oddziału Rehabilitacji Kardiologicznej wraz z zakupem aparatury medycznej do oddziałów i poradni leczących choroby układu krążenia w Szpitalu Wojewódzkim w Łomży.”

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy Pzp uzasadniając to w następujący sposób:

(...) jednym z kryteriów oceny ofert było doświadczenie osoby w rozliczaniu i kontroli realizacji projektów inwestycyjnych o wartości nie mniejszej niż 3 mln zł. Wykonawca w ofercie wskazał, iż osoba skierowana do realizacji niniejszego zamówienia posiada doświadczenie przy rozliczaniu i kontroli 4 projektów o wymaganej wartości. Zamawiający dokonał weryfikacji złożonego oświadczenia, w wyniku której uzyskał informację, iż jeden ze wskazanych projektów jeszcze się nie rozpoczął, tym samym nie można uznać, że wskazana w ofercie osoba zdobyła doświadczenie we wskazanym zakresie. Informacja na temat doświadczenia podana przez Wykonawcę mogła mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego, gdyż gdyby zamawiający jej nie zweryfikował przyznałby Wykonawcy w tym kryterium 7.5 pkt i jego oferta uznana byłaby za najkorzystniejsza (...)

Odwołujący wskazuje, że zamawiający bezpodstawnie wyciągnął wniosek, że projekt jeszcze się nie rozpoczął. Skoro zamawiający nie otrzymał ze Szpitala Wojewódzkiego w Łomży precyzyjnej odpowiedzi, miał obowiązek zwrócić się do odwołującego o wyjaśnienie treści złożonej oferty i dołożyć wszelkiej staranności w wyjaśnieniu wątpliwości.

Odwołujący wskazuje, że data realizacji projektu w odpowiedzi ze Szpitala Wojewódzkiego w Łomży okazała się zwykłą literówką zamiast "2017-2019" napisano "2018-2019". Skoro zamawiający potraktował pismo Szpitala Wojewódzkiego w Łomży jako analogiczne do referencji/dokumentu potwierdzającego należyte wykonywanie usługi, skoro zamawiający zauważył rozbieżność względem oświadczenia złożonego przez odwołującego, był obowiązany zwrócić się do odwołującego o wyjaśnienie na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy prawo zamówień publicznych. Cytuje tu treść wyroku KIO o sygn. akt KIO 2148/11 - „Zamawiający nie może żądać, aby z dokumentów sporządzonych przez podmioty trzecie wynikało coś więcej poza potwierdzeniem należytego wykonania dostaw (usług)”.

W SIWZ zamawiający wymagał wykazania, aby osoba wyznaczona do realizacji zamówienia posiadała doświadczenie w rozliczaniu i kontroli realizacji projektów inwestycyjnych, a nie samych robót budowlanych i zgodnie z tymi wymaganiami zostało wskazane doświadczenie osoby podanej jako spełniającej postawiony warunek.

Odwołujący wskazuje, że początek realizacji projektu inwestycyjnego nie jest jednoznaczny z wszczęciem postępowania przetargowego na roboty budowlane, jak to twierdzą członkowie komisji przetargowej w protokole z dnia 02.02.2018r. Realizacja projektu inwestycyjnego składa się z wielu etapów, a jeśli chodzi o sprawozdawczość i rozliczenie i kontrolowanie, rozpoczyna się znacznie wcześniej niż wszczęcie postępowania na roboty budowlane.

Wskazuje, że nie wprowadził zamawiającego w błąd lecz podał informacje zgodnie z prawdą i wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ w rozdz. V pkt 1 ppkt 3, tzn. doświadczenie w rozliczaniu i kontroli realizacji projektów inwestycyjnych (obejmujących

wszystkie etapy procesu inwestycyjnego, a nie tylko roboty budowlane).

Wyjaśnia, że gdyby zamawiający wykazał się właściwą starannością i zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie treści oferty (nie naruszyłby wówczas art. 87 ust. 1 ustawy Pzp), a przeglądając stronę internetową Szpitala w Łomży sprawdził przetargi zrealizowane w 2017 roku dowiedziałby się, że działania w ramach projektu rozpoczęły się w marcu 2017r. Przeprowadzono już przetarg na wyłonienie wykonawcy na opracowanie studium wykonalności, opracowanie dokumentacji projektowej dla przedmiotowego projektu inwestycyjnego (zadania ujęte we wniosku o dofinansowanie). Zaś monitoring postępu rzeczowego i finansowego projektu należało przesłać do Instytucji Zarządzającej do końca grudnia 2017r. (koszty poniesione przed podpisaniem umowy o dofinansowanie, a ujęte we wniosku o dofinansowanie muszą być wykazywane we wnioskach sprawozdawczych do IZ bez względu na to czy występuje się o refundację kosztów czy nie). Wskazuje, że dla zamawiającego, który rozpoczyna realizację projektu dofinansowanego ze środków zewnętrznych powinien to być rzeczy oczywiste. Oczywistym też powinno być i to, że wszczęcie każdego postępowania, a zwłaszcza finansowanego ze środków zewnętrznych wymaga długiego procesu przygotowawczego m. in. opracowania dokumentacji przetargowej, kosztorysów inwestorskich, itd., a ponadto działania promocyjne projektu - tablice informacyjne, pamiątkowe, plakietki informacyjne.

Oświadcza, że tym wszystkim zajmuje się osoba podana przez niego jako spełniająca warunek udziału w postępowaniu w ramach realizacji projektu „Przebudowa Oddziału

Kardiologicznego z Pododdziałem Intensywnej Opieki Kardiologicznej, Oddziału Rehabilitacji Kardiologicznej wraz z zakupem aparatury medycznej do oddziałów i poradni leczących choroby układu krążenia w Szpitalu Wojewódzkim w Łomży”.

Wyjaśnia, że w protokole komisji przetargowej z dnia 02.02.2018r. członkowie komisji stwierdzają, że w wyniku dodatkowego rozeznania ustalono jednoznacznie, że projekt inwestycyjny się nie rozpoczął. Na czym polegało to jednoznaczne ustalenie bez wyjaśnień odwołującego - jest to także działanie sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji. Niezrozumiałe jest dla niego, że zamawiający w ramach „dodatkowego rozeznania” nie zwrócił się do niego jako wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty, jak nakazuje ustawa Pzp, gdyż jest w stanie udowodnić dokumentami, iż realizacja projektu inwestycyjnego rozpoczęła się w 2017 r.

Odwołujący podał, że posiada interes prawny do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ gdyby nie został wykluczony z postępowania jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, w tym biorąc pod uwagę pisemne stanowisko zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole stanowiska stron, ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem pismem z dnia 16 lutego 2018 r. w tym w szczególności z treści:

- ogłoszenia o zamówieniu;
 - SIWZ wraz załącznikami;
 - oferty odwołującego;
 - pisma z dnia 22 stycznia 2018 r. wraz z załącznikami stanowiącego uzupełnienie dokumentów przez odwołującego;
 - pisma z dnia 26 stycznia 2018 r. stanowiącego prośbę o wyjaśnienia skierowaną przez zamawiającego do Szpitala Wojewódzkiego w Łomży;
 - pisma z dnia 1 lutego 2018 stanowiącą odpowiedź Szpitala Wojewódzkiego w Łomży na pismo zamawiającego z dnia 26 stycznia 2018 r.;
 - informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 7 lutego 2018 r.;
 - pisma odwołującego z dnia 8 lutego 2018 r. stanowiącego informację o niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego wniesionej na mocy art. 181 ust. 1 ustawy Pzp;
 - pisma zamawiającego z dnia 12 lutego 2018 r. stanowiące odpowiedź na pismo odwołującego z dnia 8 lutego 2018 r.;
- oraz przedstawionych w toku rozprawy przez odwołującego:
- pisma ze Szpitala Wojewódzkiego w Łomży z dnia 19 lutego 2018 r.;
 - planu zamówień tej jednostki na rok 2018;
 - zestawienia wybranych czynności wykonanych w ramach wykonywania projektu;
 - ogłoszenia o zamówieniu na dokumentację projektową (zrzut ekranu);

- kopii pozwolenia na budowę;
- ogłoszenia o zamówieniu na studium wykonalności (zrzut z ekranu);
- ogłoszenia o zamówieniu na tablice informacyjne (zrzut z ekranu);
- zrzutu z ekranu z programu SL2014 potwierdzający złożenie wniosku o płatności w ramach realizowanego projektu;
- korespondencji mailowej z personelem projektu;
- obowiązki koordynatora zgodnie ze studium wykonalności;

stwierdzając, że stan faktyczny sprawy został przedstawiony w ww. pismach procesowych adekwatnie i nie wymaga odrębnego omówienia.

Podkreślić należy, że rolą Krajowej Izby Odwoławczej jest ocena zgodności działań zamawiającego z przepisami ustawy Pzp. W rozpatrywanym postępowaniu odwoławczym przedmiotem oceny była czynność zamawiającego z dnia 7 lutego 2018 r. polegająca na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zamawiający podjął swoją decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie informacji zawartej w piśmie z dnia 1 lutego 2018 stanowiącej odpowiedź Szpitala Wojewódzkiego w Łomży na pismo zamawiającego z dnia 26 stycznia 2018 r. Zamawiający w piśmie z dnia 26 stycznia 2018 r. skierował do Szpitala Wojewódzkiego w Łomży wniosek o udzielenie informacji czy projekt inwestycyjny „Przebudowa Oddziału Kardiologicznego z Pododdziałem Intensywnej Opieki Kardiologicznej, Oddziału Rehabilitacji Kardiologicznej wraz z zakupem aparatury medycznej do oddziałów i poradni leczących choroby układu krążenia w Szpitalu Wojewódzkim w Łomży” jest w trakcie realizacji (tj. czy prowadzone jest rozliczenie finansowe, sprawozdawczość z instytucją finansującą) i czy osoba wskazana przez odwołującego w przedmiotowym zakresie pełni funkcję koordynatora ww. projektu. Szpital Wojewódzki w Łomży pismem z dnia 1 lutego 2018 r. odpowiedział, że osoba wskazana przez odwołującego w formularzu ofertowym jako spełniająca warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej tj. posiadająca doświadczenie w rozliczaniu i kontroli realizacji projektów inwestycyjnych jest pracownikiem Działu Utrzymania Ruchu w Szpitalu Wojewódzkim w Łomży i w poniższym projekcie została wyznaczona na koordynatora. Ponadto Szpital podał, że w 2018-2019 realizuje projekt inwestycyjny „Przebudowa Oddziału Kardiologicznego z Pododdziałem Intensywnej Opieki Kardiologicznej, Oddziału Rehabilitacji Kardiologicznej wraz z zakupem aparatury medycznej

do oddziałów i poradni leczących choroby układu krążenia w Szpitalu Wojewódzkim w

Łomży”.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wskazując, że odwołujący w wyniku co najmniej niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto zamawiający wyjaśnił, że jednym „z kryteriów oceny ofert było doświadczenie osoby w rozliczaniu i kontroli realizacji projektów inwestycyjnych o wartości nie mniejszej niż 3 mln zł. Wykonawca w ofercie wskazał, iż osoba skierowana do realizacji niniejszego zamówienia posiada doświadczenie przy rozliczaniu i kontroli 4 projektów o wymaganej wartości. Zamawiający dokonał weryfikacji złożonego oświadczenia, w wyniku której uzyskał informację, iż jeden ze wskazanych projektów jeszcze się nie rozpoczął, tym samym nie można uznać, że wskazana w ofercie osoba zdobyła doświadczenie we wskazanym zakresie. Informacja na temat doświadczenia podana przez Wykonawcę mogła mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego, gdyż gdyby zamawiający jej nie zweryfikował przyznałby Wykonawcy w tym kryterium 7,5 pkt i jego oferta uznana byłaby za najkorzystniejszą”.

Odwołujący jeszcze przed złożeniem odwołania w piśmie z dnia 8 lutego 2018 r. stanowiącym informację o niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego wniesionej na mocy art. 181 ust. 1 ustawy Pzp wskazywał, że projekt realizowany przez

Szpital Wojewódzki w Łomży trwa od marca 2017 roku, wyjaśniając przy tym, że w informacji przekazanej od Szpitala Wojewódzkiego w Łomży pojawił się błąd tzw. „literówka” - w roku rozpoczęcia realizacji projektu podano 2018-2019, a powinno być 2017-2019.

Zamawiający pismem z dnia 12 lutego 2018 r. przekazał odpowiedź odwołującemu, w której podtrzymał swoje stanowisko o jego wykluczeniu.

Na rozprawie w dniu 22 lutego 2018 r. odwołujący złożył dowód w postaci pisma Szpitala Wojewódzkiego z Łomży z dnia 19 lutego 2018 r. z którego wynika, że:

- 1) realizacja projektu inwestycyjnego pn. „Przebudowa Oddziału Kardiologicznego z

Pododdziałem Intensywnej Opieki Kardiologicznej, Oddziału Rehabilitacji

Kardiologicznej wraz z zakupem aparatury medycznej do oddziałów i poradni leczących choroby układu krążenia w Szpitalu Wojewódzkim w Łomży” - rozpoczęła się w marcu 2017 r.;

- 2) osoba wskazana przez odwołującego jest pracownikiem Działu Utrzymania Ruchu w

Szpitalu Wojewódzkim w Łomży i w powyższym projekcie została wyznaczona na koordynatora projektu i należyte wykonuje zadania związane z pełnieniem funkcji

koordynatora projektu inwestycyjnego.

Przedmiotowe pismo (podobnie jak pismo z dnia 1 lutego 2018 r.) podpisał Pełnomocnik Dyrektora ds. administracyjno-inwestycyjnych.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp dla jego zastosowania wymaga zaistnienia kumulatywnie następujących przesłanek:

1. Przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością;
2. Informacja ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego;
3. Informacja ta wprowadziła w błąd zamawiającego;
4. Przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Izba uznała, że z opisanego powyżej materiału dowodowego wynika, że nie doszło do łącznego zaistnienia ww. przesłanek.

Odwołujący nie przedstawił nieprawdziwych informacji, czyli takich które doprowadziły do zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Zgodnie z orzecznictwem okoliczności podania informacji nieprawdziwych powinny być wykazane w sposób niebudzący wątpliwości. Nie jest wystarczającym zaistnienie pewnego stanu niepewności czy wywołanie wątpliwości co do rzetelności czy kompletności przedstawionych informacji. (zob. wyroki Izby: z dnia 14 marca 2017 r. sygn. akt 348/17, z dnia 12 maja 2017 r. sygn. akt KIO 836/17).

Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego na podstawie dość lakonicznej informacji przekazanej od podmiotu trzeciego i nie dał odwołującemu żadnej szansy na wyjaśnienie powstałej sytuacji, mimo tego, że odwołujący sygnalizował, że mogło dojść do zwykłej pomyłki w informacji tego podmiotu.

Oczywiście Izba zgadza się z twierdzeniem zamawiającego, że należy bardzo ostrożnie podchodzić do kwestii wyjaśniania tych części oferty, które dotyczą kryteriów oceny ofert niemniej nie oznacza to, że jest to niemożliwe.

Izba w tym zakresie przychyliła się do stanowiska zawartego w wyroku z dnia 15 lutego 2013 r. o sygn. akt KIO 214/13, w którym jednoznacznie stwierdzono, że zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty, jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień od wykonawcy. Zamawiający nie może rezygnować z wyjaśnienia budzących jego wątpliwości części treści oferty, z góry zakładając, iż nic nie wniosą do dokonanej przez niego oceny bądź na pewno zmieniają one jej treść.

Nie została także w ocenie Izby spełniona przesłanka zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp dotycząca przedstawienia informacji przez odwołującego w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. Na podstawie też wynikających z dorobku orzeczniczego

Izby należy przyjąć na podstawie art. 14 ustawy Pzp, że do oceny czynności wykonawcy w tym zakresie, stosuje się art. 355 § 1 k.c. dotyczący należytej staranności i przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego miernika staranności, dodatkowo zaznaczając, że w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Zaś, co do zasady, za takiego profesjonalistę należy uznać wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnić się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości (zob. wyroki Izby: z dnia 20 marca 2017 r. sygn. akt KIO 382/17 oraz z dnia 7 czerwca 2017 r. sygn. akt 1004/17).

Po analizie dokumentacji zebranej w przedmiotowej sprawie w kontekście decyzji zamawiającego o wykluczeniu należy stwierdzić, że nie można zarzucić odwołującemu, że nie dochował on należytej staranności przy sporządzaniu oferty. W związku z tym nie można przyjąć, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego.

W związku z powyższym Izba uznała, że nie zostały łącznie spełnione przesłanki zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp co skutkuje uwzględnieniem odwołania.

W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 4, art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała, że stanowisko odwołującego ma charakter uzupełniający wobec zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W związku z tym, że Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego wskazanie w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, wskazanego w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: