

Sygn. akt: KIO 1257/17

WYROK

z dnia 10 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 5 lipca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **M. Sp. z**

o.o. z siedzibą w Ł. G. w postępowaniu prowadzonym przez **Z Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Z**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę M. Sp. z o.o. z siedzibą w Ł. G. i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **M. Sp. z o.o. z siedzibą w Ł. G.**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **M. Sp. z o.o. z siedzibą w Ł. G.** na rzecz **Z Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Z** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1257/17

UZASADNIENIE

Zabrzeńskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Z (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pt. „Przebudowa oczyszczalni ścieków M. w Z”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem ... w dniu 4 lutego 2017 r.

W dniu 7 czerwca 2017 r., za pośrednictwem faksu oraz poczty elektronicznej, Zamawiający przesłał wykonawcy M. Sp. z o.o. z siedzibą w Ł. G. (dalej: „Odwołujący” lub „M.”) zawiadomienie o wyniku postępowania tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej w części pierwszej, za którą została uznana oferta wykonawcy A. z siedzibą w F. (dalej: „A.”).

19 czerwca 2017 r. wykonawca M., w zakresie Części I - Roboty budowlane, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy A. z postępowania;
2. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę A. jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania;
3. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę A.;
4. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zaskarżonym czynnościom oraz zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy A., mimo, iż wykonawca ten celowo lub też w wyniku lekkomyślności

albo niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu, a dotyczące doświadczenia osoby dedykowanej na stanowisko Kierownika Budowy

- Pana K. B.;

ewentualnie, działając z ostrożności:

2. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy A., mimo, iż wykonawca ten

w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd Zamawiającego co do okoliczności przywołanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu;

3.art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 8 Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawcy A. do ewentualnego złożenia dowodów o jakich mowa w art. 24 ust.8 Pzp.

Nadto, działaniu Zamawiającego zarzucam naruszenie:

4.art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej energetyki; transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (dalej „Dyrektywa 2014/25/UE”), poprzez naruszenie w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości, a także dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp i Dyrektywy 2014/25/UE;

5.art. 87 ust. 1 Pzp, przez przyjęcie niedopuszczalnej zmiany treści oferty, polegającej na zmianie osoby desygnowanej na stanowisko Kierownika Budowy;

6.art. 26 ust. 3 Pzp, przez uznanie, iż wykonawca A. był uprawniony do uzupełnienia dokumentu stanowiącego treść oferty i podlegającego ocenie w ramach kryterium oceny ofert (Wykaz osób);

7.art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy A. z postępowania pomimo niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania osób zdolnych do realizacji zamówienia;

8.art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę A., pomimo, iż złożona została przez wykonawcę podlegającego wykluczenia z udziału w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę A.;

2.wykluczenia wykonawcy A. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

3.powtórzenia czynności oceny oferty złożonej przez wykonawcę A. i odrzucenia jej jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania;

4.wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca M. wyjaśniał, że Zamawiający przyznał najwyższą liczbę punktów wykonawcy A. (88,4 punktów) we wszystkich kryteriach oceny ofert. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu osiągając 84,27 punktów. Odwołujący twierdził, iż wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił z rażącym naruszeniem przepisów Pzp, albowiem wykonawca A. winien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona. Zamawiający winien wybrać do realizacji ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą spośród ważnych ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołujący wyjaśniał, iż stosownie do brzmienia pkt. 9.1 ppkt. 2.II dla Części I Instrukcji dla Wykonawców (dalej: „IDW”), Zamawiający wymagał, by w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, wykonawcy wykazali dysponowanie co najmniej jedną osobą desygnowaną na stanowisko Kierownika budowy spełniającą następujące wymogi: „co najmniej 10 letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika budowy, w tym doświadczenie w pełnieniu w ciągu ostatnich 10 lat funkcji Kierownika budowy na zakończonym kontrakcie obejmującym budowę lub przebudowę oczyszczalni ścieków o przepustowości minimum 20.000 RLM o wartości robót budowlanych minimum 20.000.000 PLN (bez podatku od towarów i usług), przy czym funkcja był pełniona przez cały okres wykonywania robót budowlanych objętych odródną umową o roboty budowlane; posiadająca uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

Jednocześnie, zgodnie z brzmieniem pkt. 24.1 IDW Doświadczenie osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia stanowiło kryterium oceny ofert o wadze wynoszącej 10%. Zgodnie z pkt. 24.1 lit. D IDW, Zamawiający przyznawał punkty za dodatkowe doświadczenie Kierownika budowy oraz Programisty PLC wskazanych w Załączniku nr 3 do SIWZ - Wykaz osób (dokumentem składanym również na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu).

Odwołujący podnosił, iż po złożeniu ofert, w dniu 28 kwietnia 2017 r., wezwano A. do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia treści Wykazu osób pełniących dwojaką funkcję w postępowaniu: (i) składanych na potrzebę wykazania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego personelu oraz (ii) na potrzebę oceny ofert w kryterium: Doświadczenie osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia.

Wykonawca M. twierdził, że wątpliwości Zamawiającego wzbudziło doświadczenie Kierownika Budowy - K. B. Zamawiający ustalił w szczególności, iż Pan K. B. nie pełnił funkcji Kierownika Budowy w całym okresie trwania inwestycji pn.: "Oczyszczalnia ścieków Śródmieście w Z-przebudowa", tj. w okresie od 1 czerwca 2007 r. do 31 grudnia 2008 r., a jedynie w okresie zaledwie kilku miesięcy, tj. od 1 czerwca 2007 r. do stycznia 2008 r. Nadto, Zamawiający wskazał, iż powziął wątpliwość, czy Pan K. B. rzeczywiście pełnił funkcję Kierownika Budowy na kontrakcie pn.: "Oczyszczalnia ścieków w W. Ś. - przebudowa". Zamawiający na podstawie doniesień prasowych ustalił bowiem, iż Kierownikiem budowy na tym kontrakcie był Pan B. G., nie zaś K. B. Nadto, Zamawiający powziął wątpliwość dotyczącą wartości realizowanej inwestycji.

Odwołujący wyjaśniał, że w odpowiedzi wykonawca A. potwierdził, iż wprowadził Zamawiającego w błąd co do pełnienia przez Pana K. B. funkcji Kierownika Budowy na kontrakcie pn. "Oczyszczalnia ścieków w W. Ś. - przebudowa". Wskazał, iż w istocie Pan K. B. nie pełnił funkcji Kierownika budowy na rzeczonej inwestycji, a jedynie funkcję Kierownika robót. Nadto, potwierdził, iż Pan K. B. nie pełnił funkcji Kierownika budowy w całym okresie realizacji inwestycji pn. "Oczyszczalnia ścieków Śródmieście w Z - przebudowa". Podnosił, że wykonawca A. załączył przy tym nowy wykaz osób, w którym na Kierownika budowy wyznaczył nową osobę, tj. Pana R. M. (str. 4 Wykazu osób).

Odwołujący wskazywał, iż stosownie do brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, Zamawiający zobligowany jest do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który celowo lub też w wyniku lekkomyślności albo niedbalstwa przedstawia informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wypełnienie dyspozycji tego przepisu następuje zatem przy spełnieniu łącznie następujących przesłanek:

- Y wprowadzenie Zamawiającego w błąd poprzez przedstawienie mu nieprawdziwych lub nierzetelnych informacji;
- Y okoliczności, co do których nastąpiło wprowadzenie w błąd, mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego nie budzi wątpliwości fakt, iż wykonawca A. wprowadził w błąd Zamawiającego co do pełnienia przez K. B. funkcji Kierownika budowy na inwestycji pn. "Oczyszczalnia ścieków w W. Ś. - przebudowa". Wykonawca M. twierdził, że powyższe nie wymaga dowodu, gdyż jest bezsporne między stronami (zostało to wprost przyznane przez wykonawcę A. w piśmie z dnia 8 maja 2017 r.). W ocenie Odwołującego niewątpliwie wykonawca A. - jako profesjonalny podmiot działający w branży budowlanej - dopuścił się w tym zakresie co najmniej rażącego niedbalstwa. Warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego Kierownika budowy był bowiem jasny, oczywisty i nie wymagał żadnych zabiegów interpretacyjnych. Oczywistym jest również, iż składając oświadczenie w tak sformalizowanym postępowaniu jak postępowanie o zamówienie publiczne, zarówno wykonawca A., jak i każdy inny wykonawca ubiegający się o jego udzielenie ma obowiązek uprzednio wewnętrznie zweryfikować i potwierdzić spełnianie wszelkich warunków oraz prawdziwość składanych oświadczeń - nawet jeśli pochodzą one od podmiotu trzeciego. Nie do przyjęcia jest bowiem gratyfikowanie działań i zachowań co najmniej niedbałych i niestarannych, które mogą przyczyniać się do wypaczenia celów i funkcji jakie spełniać ma procedura udzielenia zamówienia publicznego. Dotyczy to w szczególności sytuacji w których Zamawiający opiera się - działając w dobrej wierze i w zaufaniu do wykonawców - wyłącznie o oświadczenie własne wykonawcy. Co do takiej wykładni art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp zgodna jest doktryna:

- Y „Warto również zauważyć, że odmiennie od pkt 16, w pkt 17 dla uznania, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje wystarczy zwykła lekkomyślność lub niedbalstwo. Praktycznie w każdym przypadku nieumyślnego złożenia nieprawdziwej informacji, wykonawca powinien być wykluczony z postępowania. Ustawodawca założył, że profesjonalny charakter podmiotów biorących udział w przetargach zobowiązuje do weryfikowania każdej informacji składanej w postępowaniu. Nawet więc drobne niedopatrzenie, może oznaczać wykluczenie z dalszego udziału w postępowaniu. Jediną możliwością uchylecia się od sankcji wykluczenia, będzie wykazanie przez wykonawcę, że nieprawdziwa informacja została złożona w postępowaniu w sposób całkowicie niezawiniony.” (Komentarz do art. 24 PZP red. Jaworska 2017, wyd. 1/J. Jarnicka, Legalis);
- Y „Aktualne pozostaje stanowisko, zgodnie z którym złożenie dokumentu o nieprawdziwej treści nie może być później konwalidowane przez uzupełnienie kwestionowanego dokumentu w trybie art 26 ust 3 PrZamPubl, gdyż takiemu uzupełnieniu podlega wyłącznie dokument niezłożony lub wadliwy, a dokument zawierający informację nieprawdziwą nie może zostać uznany za dokument wadliwy, a więc zawierający określone błędy. Złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega więc uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w jego miejsce innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia (por. wyr. KIO z: 20.5.2016 r., KIO

780/16:15.12.2015 r., KIO 2653/15:11.2.2015 r., KIO 177/15; 15.7.2014 r., KIO 1343/14; 25.7.2013 r., KIO 1637/13). Tym samym, na skutek podania nieprawdziwych informacji, które mają wpływ na wynik postępowania, wykonawca powinien zostać wykluczony na podstawie art 24 ust. 2 pkt 3 PrZamPubl (por. wyr. KIO z 15.12.2015 r., KIO 2653/15; 27.3.2015 r., KIO 491/15; 11.2.2015 r., KIO 177/15). Zgodnie ze stanowiskiem SO w K. wyrażonym w wyr. z 11.4.2013 r., XIX Ga 179/13, niepubl.: "Podkreślenia wymaga, że wykluczenie wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji może nastąpić jedynie wówczas, gdy zamawiający jest w stanie dokonać weryfikacji nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji o także w sytuacji jednoznacznego stwierdzenia tej nieprawdziwości. Zatem dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma okoliczność; że informacja mająca rzeczywisty realny wpływ na wynik postępowania jest obiektywnie niezgodną z rzeczywistością w sposób nie budzący wątpliwości. Zatem pojęcie "nieprawdziwych informacji" może być odnoszone tylko i wyłącznie do składanych w postępowaniu oświadczeniu wiedzy, a nie do oświadczenia woli". (Komentarz do art. 24 PZP Granecki 2016, wyd. 5, Legalis).

W ocenie M. nie budzi najmniejszych wątpliwości fakt, iż okoliczność co do której wprowadzono Zamawiającego w błąd mogła mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Oferta wykonawcy A. była bowiem ofertą najkorzystniejszą, która otrzymała najwyższą ilość punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Dla wyniku postępowania kluczową była zatem ocena, czy wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz czy nie podlega wykluczeniu. Wprowadzenie w błąd Zamawiającego mogło mieć zatem wpływ na wybór oferty wykonawcy A. jako oferty najkorzystniejszej i zawarcie przez Zamawiającego umowy z tym wykonawcą.

W opinii Odwołującego okoliczność ta powinna zatem skutkować wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy A. z postępowania stanowi naruszenie ww. przepisu.

Jedynie na marginesie (działając z ostrożności), Odwołujący wskazywał, iż działanie wykonawcy A. mogłoby skutkować wykluczeniem również na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący podnosił, iż uzupełnienie dokumentów w postaci Wykazu osób, polegające na zastąpieniu Kierownika budowy inną osobą - nie wskazaną w pierwotnej ofercie - jest niezgodne z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. art. 36 ust. 1 Dyrektywy 2014/25/UE.

Wskazać bowiem należy, iż zgodnie z najnowszym, przełomowym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (jedynego organu uprawnionego do wiążącej wykładni przepisów prawa europejskiego), uzupełnienie dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może polegać wyłącznie na wyjaśnieniu, doprecyzowaniu treści oferty lub poprawieniu omyłki. Trybunał wyraźnie sprzeciwił się możliwości uzupełnienia dokumentów w postępowaniu, w szczególności jeśli przedstawiają one nowe informacje, niezawarte wcześniej w pierwotnie złożonej ofercie. Jednocześnie z orzecznictwa Trybunału wynika niezbicie, iż przez ofertę należy rozumieć nie tylko dokumenty o charakterze przedmiotowym, ale również dokumenty o charakterze podmiotowym (tzw. oferta sensu largo).

Pierwszym z tych orzeczeń jest wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. wydany w sprawie C- 387/14, mającej za przedmiot wniosek o wydanie (na podstawie art. 267 TFUE), orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Krajową Izbę Odwoławczą. W wyroku tym Trybunał stwierdził jednoznacznie, że artykuł 51 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (dalej „Dyrektywa 2004/18/UE”) w związku z art. 2 tej Dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta. Trybunał stwierdził między innymi, że z orzecznictwa wynika, że zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacji między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie, art. 2 Dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistej omyłki (zob. pkt. 37-38 wyroku). W omawianym w wyroku stanie faktycznym przedłożono instytucji zamawiającej po upływie terminu zgłoszeń do udziału w rozpatrywanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumenty, które nie znajdowały się w jego pierwotnej ofercie. Przedmiotowym dokumentem był wykaz dostaw potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia

oraz zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji zamówienia. W ocenie Trybunału uzupełnienie wykazu dostaw wraz z oświadczeniem podmiotu trzeciego nie było wyłącznie zwykłym wyjaśnieniem szczegółów lub sprostowaniem oczywistej omyłki w rozumieniu orzecznictwa TSUE i stanowiły de facto istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominającą raczej przedstawienie nowej oferty. W ocenie Trybunału uzupełnienie dokumentów miało bowiem bezpośredni wpływ na kluczowe elementy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż warunkowały samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie, oraz wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia w rozumieniu art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18. Trybunał ocenił, iż w takich okolicznościach, gdyby instytucja zamawiająca dopuściła, by dany wykonawca złożył omawiane dokumenty w celu uzupełnienia swej pierwotnej oferty, w sposób nieuzasadniony potraktowałaby tego wykonawcę korzystniej w stosunku do innych kandydatów i tym samym naruszyłaby zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców, a także wynikający z nich obowiązek przejrzystości, którym podlegają zgodnie z art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające. W konkluzji Trybunał stwierdził zatem, iż art. 51 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej Dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, (zob. pkt. 39-45 wyroku). Z omawianego wyroku wynika zatem, iż Trybunał uznał, iż zakaz zmiany treści oferty rozciąga się nie tylko na dokumenty przedmiotowe (oferta sensu stricto), ale również na dokumenty podmiotowe (oferta sensu largo), co prowadzi do wniosku, iż nie jest możliwe uzupełnienie nowych dokumentów wykazujących spełnianie warunków udziału w postępowaniu (np. przedłożenie nowych referencji, uzupełnienie nowych osób w wykazie osób, etc.). Podobną tezę zawarł Trybunał w wyroku z dnia 11 maja 2017 r. wydanym w sprawie C-131/16, mającej za przedmiot wniosek o wydanie (na podstawie art. 267 TFUE), orzeczenia w trybie prejudycjalnym, również złożony przez Krajową Izbę Odwoławczą: „Zasadę równego traktowania wykonawców zapisaną w art. 10 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej energetyki, transportu i usług pocztowych należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca wezwała oferenta do dostarczenia oświadczeń lub dokumentów, których przedstawienie wymagała specyfikacja istotnych warunków zamówienia, a których nie dostarczono w terminie składania ofert.”

Jednocześnie należy z całą mocą podkreślić, iż pomimo wejścia w życie nowych Dyrektyw unijnych (Dyrektywy 2014/24/UE oraz Dyrektywy 2014/25/UE) prezentowane orzecznictwo TSUE pozostaje w pełni aktualne. Nie budzi bowiem najmniejszych wątpliwości fakt, iż zarówno na gruncie uchylonych jak i obowiązujących Dyrektyw i to zarówno w reżimie klasycznym, jak i sektorowym, naczelnymi zasadami udzielenia zamówienia pozostają przywołane w obu ww. wyrokach zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców (por. treść art. 2 Dyrektywy 2004/18/UE oraz art. 36 ust. 1 Dyrektywy 2014/25/UE).

Odwołujący wskazywał, iż zasada prounijnej wykładni prawa krajowego wynikająca z treści przepis art. 291 ust. 1 oraz z art. 288 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej statuuje obowiązek interpretowania prawa krajowego zgodnie z prawem unijnym. Zasada ta została sformułowana w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE, a następnie rozwinięta przez orzecznictwo tego Sądu. Powyższe powoduje, iż wykładnia art. 26 ust. 3 PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP powinna uwzględniać wiążącą unijną wykładnię prawa wspólnotowego.

Organy krajowe, w tym Krajowa Izba Odwoławczą powinny zatem uwzględnić nowy kierunek interpretacyjny wyznaczony przez omówione wyżej orzecznictwo TSUE. Powyższe powoduje konieczność oceny, czy i w jakim zakresie dopuszczalne jest uzupełnienie

dokumentów stanowiących ofertę (sensu largo), tj. również dokumentów potwierdzających brak wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego dotyczy to w szczególności możliwości zmiany kluczowej kadry dedykowanej do realizacji Zamówienia - w omawianym przypadku - Kierownika budowy. Warto w tym miejscu wskazać, iż doświadczenie Kierownika Budowy miało nie tylko potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ale równie stanowiło kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu. W konsekwencji udział określonego, wskazanego imiennie Kierownika budowy stanowił również element wiążącej oferty wykonawcy sensu stricto, albowiem wskazywało na udział tej konkretnej osoby w realizacji zamówienia. Zmianie oferty po dacie jej złożenia wyraźnie sprzeciwia się art. 87 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze wszystkie ww. okoliczności, w ocenie Odwołującego, nie sposób zatem pogodzić możliwości zmiany kluczowego personelu wykonawcy z naczelnymi zasadami zamówień publicznych, tj. zasadą równego

traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia. Nie budzi wątpliwości fakt, iż w świetle jednoznacznej interpretacji przepisów Dyrektywy 2014/25/UE przez TSUE, taka zmiana jest niedopuszczalna.

Odwołujący twierdził, że w niniejszym postępowaniu występuje dwie różne, autonomiczne podstawy wykluczenia. Po pierwsze, wykonawca A. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp (ew. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp), w związku z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd co do informacji mogących mieć wpływ na podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu decyzje. Po drugie, zdaniem Odwołującego wykonawca A. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu co do wymaganego personelu: Kierownika budowy. Uzupełnienie wykazu osób było bowiem niedopuszczalne na gruncie prawa krajowego i europejskiego, o czym dowodnie świadczy przywołane w odwołaniu orzecznictwo TSUE. Uwzględnienie przez Zamawiającego uzupełnionych dokumentów doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad zamówienia publicznych: zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości postępowania zawartych w treści art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 Dyrektywy 2014/25/UE.

5 lipca 2017 r. w toku posiedzenia Izby z udziałem stron do Izby, w formie pisemnej, wpłynęła odpowiedź na odwołanie, której odpisy Izba przekazała Odwołującemu.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia stron, złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp Izba po rozpoznaniu merytorycznie zarzutu uznała, że jest on niezasadny.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt. 9.1.2.II IDW dla CZĘŚCI I wymagał, aby wykonawca wykazał się „dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia (osobami, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia), posiadającymi odpowiednie doświadczenie oraz kwalifikacje zawodowe, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Opis sposobu oceny spełniania tego warunku jest następujący:

Warunek ten będzie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wskaże do realizacji niniejszego Zamówienia następujące osoby (Kluczowy personel Wykonawcy) posiadające niżej określone kwalifikacje zawodowe, wykształcenie i doświadczenie, niezbędne do wykonania zamówienia na odpowiednim poziomie jakości:

Kierownik budowy — osoba posiadająca co najmniej 10 lat doświadczenia na stanowisku Kierownika budowy, w tym doświadczenie w pełnieniu w ciągu ostatnich 10 lat funkcji Kierownika budowy na zakończonym kontrakcie obejmującym budowę lub przebudowę

oczyszczalni ścieków o przepustowości minimum 20.000 RLM o wartości robót budowlanych minimum 20.000.000 PLN (bez podatku od towarów i usług), przy czym funkcja była pełniona przez cały okres wykonywania robót budowlanych objętych odnośną umową o roboty budowlane; posiadająca uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych wodociągowych i kanalizacyjnych lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów”.

Zgodnie z brzmieniem pkt. 24.1 IDW „Doświadczenie osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia” stanowiło kryterium oceny ofert o wadze wynoszącej 10%. Zgodnie z pkt. 24.1 lit. D IDW, Zamawiający przyznawał punkty za dodatkowe doświadczenie Kierownika budowy oraz Programisty PLC wskazanych w Załączniku nr 3 do SIWZ - Wykaz osób (dokumentem składanym również na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu).

Wykonawca A. w złożonej ofercie w JEDZ (str. 16 JEDZ) oraz w przedłożonym Zamawiającemu „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia – załącznik nr 3 do IDW” w pkt 2 (str. 5 wykazu) wskazał m.in. doświadczenie Kierownika budowy – Pana K. B. w zakresie dot. przebudowy dwóch oczyszczalni ścieków, tj.:

1.w okresie od 1 czerwca 2007 r. do stycznia 2008 r. Kierownik budowy na oczyszczalni ścieków Śródmieście w Z;

2.w okresie od marca 2003 roku do czerwca 2004 roku Kierownik budowy na oczyszczalni ścieków w W. Ś.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2017 r. (znak ...) Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 i

4 Pzp wezwał wykonawcę A. do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. do:

1. uzupełnienia przedłożonego wraz z ofertą Wykazu osób o niezbędne doświadczenie w zakresie pełnienia funkcji Kierownika Budowy przez cały okres wykonywania robót budowlanych na zakończonym kontrakcie obejmującym budowę lub przebudowę oczyszczalni ścieków o przepustowości minimum 20.000.000 PLN (bez podatku od towarów i usług);
2. wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego dot. przedłożonego wraz z ofertą Wykazu osób w ... zakresie pełnienia funkcji Kierownika Budowy w ... ramach kontraktu „Oczyszczalnia ścieków w W. Ś.- przebudowa”, przez cały okres jego trwania;
3. uzupełnienie Wykazu osób o podanie rzeczywistej, konkretnej wartości robót w ramach kontraktu „Oczyszczalnia ścieków w W. Ś.- przebudowa”.

W uzasadnieniu pisma Zamawiający wyjaśnił m. in., że: „ (...) Wykonawca w Wykazie osób „str. 63 – 64 Oferty) wskazał, że Pan K. B. pełnił funkcję Kierownika budowy w okresie: 1 czerwca 2007 r. do stycznia 2008 roku na Kontrakcie pn.: „Oczyszczalnia ścieków Śródmieście w Z. – przebudowa”. Mając na uwadze fakt, iż przedmiotowa inwestycja realizowana była w ramach projektu pn. „poprawa gospodarki wodno – ściekowej na terenie Gminy Z.”, Zadanie 5 pn.: „Przebudowa oczyszczalni „Śródmieście”, zaś jedną z jej stron był Zamawiający, to Zamawiający dokonał w archiwum weryfikacji podanych przez Wykonawcę informacji. Podany przez Wykonawcę okres pełnienia funkcji Kierownika budowy przez Pana

K. B. jest krótszy niż rzeczywiste trwanie ww. inwestycji, co skutkuje wnioskiem, iż podany przez Państwa Kierownik budowy nie pełnił tej funkcji przez cały okres wykonywania robót budowlanych, bowiem przedmiotowe roboty były wykonywane w okresie od 20 czerwca 2007 roku do 31 grudnia 2008 roku. (...)”.

W piśmie z dnia 28 kwietnia 2017 r. (znak L.dz.: ...) wykonawca A. wskazał, że „mając na uwadze treść wezwania z dnia 28 kwietnia 2017 roku – Wykonawca powziął wątpliwości co do rzeczywistej intencji Zamawiającego w związku z ponownym wezwaniem. (...). Mając na uwadze powyższe – Wykonawca wnosi o doprecyzowanie pisma z dnia 28 kwietnia 2017 roku

–czy Zamawiający żąda wyjaśnienia kwestii co do których powziął wątpliwości czy też uznaje złożony dokument Wykaz osób za dokument zawierający informacje niepotwierdzające spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Powyższe doprecyzowanie jest dla Wykonawcy o tyle istotne, iż zgodnie z treścią pisma z dnia 28 kwietnia 2017 roku

„zamawiający dopuszcza bądź uzupełnienie przedmiotowego wykazu o wskazanie innego doświadczenia Wykonawcy, które będzie potwierdzać ww. warunek bądź uzupełnienie Wykazu osób o inną osobę, niż Pan K. B. (...)”. Mając na uwadze podkreślaną przed nowelizacją z lipca 2016 roku jednokrotność wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp – Wykonawca wnosi o sprecyzowanie, czy wezwanie dotyczące dokumentu pod nazwą Wykaz osób stanowi de facto wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp czy wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp”.

W nawiązaniu do powołanego powyżej pisma A. Zamawiający wyjaśnił, że: „Z treści wezwania z dnia 27 kwietnia 2017 r. znak ... jednoznacznie wynika, iż Zamawiający:

—wezwał Wykonawcę do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp w zakresie:

2. wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego dot. przedłożonego wraz z ofertą Wykazu osób zakresie ... pełnienia funkcji Kierownika Budowy w ramach ... kontraktu „Oczyszczalnia ścieków w W. Ś.- przebudowa”, przez cały okres jego trwania;

a także

—wezwał Wykonawcę do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie:

1. uzupełnienia przedłożonego wraz z ofertą Wykazu osób o niezbędne doświadczenie w zakresie pełnienia funkcji Kierownika Budowy przez cały okres wykonywania robót budowlanych na zakończonym kontrakcie obejmującym budowę lub przebudowę oczyszczalni ścieków o przepustowości minimum 20.000.000 PLN (bez podatku od towarów i usług);
oraz
2. uzupełnienie Wykazu osób o podanie rzeczywistej, konkretnej wartości robót w ramach kontraktu „Oczyszczalnia ścieków w W. Ś.- przebudowa”.

Szczegółowe uzasadnienie poszczególnych punktów wezwania zostało zawarte w treści pisma Zamawiającego z dnia 27.04.2017 roku znak ... Zamawiający, zwraca także uwagę, że iż nie mamy tutaj do czynienia

z „kaskadowym” wyjaśnieniem i uzupełnieniem tej samej kwestii, lecz z równoległym wyjaśnieniem oraz uzupełnieniem odrębnych okoliczności, odnoszących do jednej ze wskazanych przez Wykonawcę osób. (...)”.

Wykonawca A. w odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 8 maja 2017 roku (znak L.dz.: ...) wskazał, m.in. iż „Po ponownym, dogłębnym przeanalizowaniu informacji wzbudzających wątpliwości Zamawiającego, powzieliśmy informację, że

„Oczyszczalnia ścieków w W. Ś.— przebudowa” była realizowana przez dwa oddziały Hydrobudowy Ś. tj. Oddział T. i Oddział B. Oddział T. był odpowiedzialny za realizację części mechanicznej oczyszczalni ścieków. Funkcja Kierownika Budowy pełniona przez p. K. B nie była tożsama z funkcją Kierownika Budowy w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (Dz. U. z 2016 roku, poz. 290 j.t. ze zm.), która to funkcję oficjalnie pełnił p.B. G. z Oddziału B. Hydrobudowy Ś. — wpisany do dziennika budowy. Niemniej jednak Wykonawca potwierdza, że zakres obowiązków p. K. B był analogiczny do Zakresu obowiązków Kierownika Budowy, z tym tylko zastrzeżeniem, że odnosi się do części mechanicznej realizacji.

Wartość robót na kontrakcie „Oczyszczalnia ścieków w W. Ś.— przebudowa” na dzień podpisania umowy jest równa 39.672.868,68 zł (netto) (...).

W związku z powyższym oraz mając na uwadze zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące realizacji „oczyszczalni Ścieków Śródmieście w Z – przebudowa”, a to wskazanie, iż Kierownik Budowy p. K. B. „nie pełnił tej funkcji przez cały okres wykonywania robót budowlanych”, po myśli wezwania z dnia 28 kwietnia 2017 r. (...) przesyłamy w załączeniu uzupełnienie Wykazu osób o inną osobę na stanowisku Kierownika Budowy i spełniającą wszystkie warunki udziału w postępowaniu (...).

W uzupełnionym wykazie na stanowisko Kierownika budowy wskazano Pana R. M.

W toku rozprawy do Izby wpłynęły następujące dowody:

- 1.Pismo Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą we W. Ś. z dnia 13 kwietnia 2017 r. dotyczące potwierdzenia doświadczenia zawodowego;
- 2.Protokół odbioru robót dla obiektów i robót towarzyszących z dnia 31 sierpnia 2004 r.
- 3.Umowa nr 2/II/2003/038 z dnia 17 stycznia 2003 r. zawarta pomiędzy Miastem W. Ś. a Hydrobudową Ś. S.A.

Podając, zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podstawę prawną rozstrzygnięcia zarzutów odwołania w pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp 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.

W celu wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie ww. przepisu Zamawiający jest zobowiązany każdorazowo zbadać, czy w okolicznościach danej sprawy, przesłanki zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp spełniły się kumulatywnie. Tym samym Zamawiający zobowiązany jest ustalić:

- czy wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego,
- czy przekazanie ww. informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy,
- czy przedstawione Zamawiającemu informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu.

Łączne wystąpienie opisanych przesłanek uprawnia Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Jak wynika z powyższego wykluczenie wykonawcy może nastąpić w sytuacji, gdy wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

W opinii Izby za informacje wprowadzające w błąd należy uznać informacje nieprawdziwe lub błędne. Wobec tego w takim przypadku znaczenie ma różnica pomiędzy stanem faktycznym, a informacjami przedstawionymi przez wykonawcę.

Szczegółowa analiza treści przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp prowadzi do jednoznacznego wniosku, że działanie wykonawcy ma mieć charakter zawiniony, który cechuje lekkomyślność lub niedbalstwo.

Pojęcie winy było wielokrotnie przedmiotem opracowań judykatury i doktryny prawa cywilnego, toteż powielanie teoretycznej analizy w tym miejscu jest zbędne. Jedynie dla przypomnienia Izba wskazuje, że wina może być kwalifikowana jako umyślna (sprawca chce wywołać określone skutki lub godzi się na ich wystąpienie) lub jako nieumyślna (niedbalstwo, lekkomyślność) - sprawca przewidywał możliwość wystąpienia bezprawnych następstw swego zachowania, lecz bezzasadnie przypuszczał, że ich uniknie lub nawet nie przewidywał możliwości wystąpienia takich skutków, ale powinien i mógł je przewidzieć.

Izba stanęła na stanowisku, że przeprowadzone postępowanie dowodowe nie doprowadziło do potwierdzenia wystąpienia przesłanek opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Analiza zgłoszonego zarzutu została przez Izbę przeprowadzona dychotomicznie i odnosiła się do spełnienia przez wykonawcę A. warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednią osobą na stanowisko Kierownika budowy jak również dotyczyła możliwości uzyskania przez wykonawcę A. dodatkowych punktów w kryterium „Doświadczenie osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia”.

Z ustaleń poczynionych przez Izbę ustaleń wynika, że wykonawca A. w zakresie pełnienia funkcji Kierownika budowy wskazał osobę Pana K. B (str. 16-17 JEDZ oraz str. 4-5 Wykazu osób).

Nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że w zakresie spełnienia przez wykonawcę A. warunku udziału w postępowaniu, opisanego w siwz w pkt 9.1.2.II IDW dla CZĘŚCI I, z obu kwestionowanych przez Odwołującego doświadczeń Pana K. B, mogło być wzięte pod uwagę jedynie doświadczenie zdobyte w okresie: 1 czerwca 2007 r. do stycznia 2008 r. w zakresie pełnienia funkcji Kierownika budowy, odnoszące się do Kontraktu pn. „Oczyszczalnia ścieków Śródmieście w Z – przebudowa”. Zdaniem Izby oczywistym jest, że doświadczenie Pana K. B, jako Kierownika budowy, zdobyte w okresie: od marca 2003 r. do czerwca 2004 r. w ramach kontraktu pn. „Oczyszczalnia Ścieków we W. Ś. – przebudowa” nie mogło być badane przez Zamawiającego pod uwagę przy ocenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, ponieważ wskazany kontrakt zakończył się ponad 10 lat temu, a zatem wykraczał daleko poza okres wskazany przez Zamawiającego w siwz w pkt 9.1.2.II IDW dla CZĘŚCI I.

Z ustaleń Izby wynika, że doświadczenie Pana K. B było przedmiotem wątpliwości Zamawiającego, który w piśmie z dnia 28 kwietnia 2017 r. wskazał, że okres pełnienia funkcji Kierownika budowy przez Pana K. B w ramach Kontraktu pn. „Oczyszczalnia ścieków Śródmieście w Z – przebudowa” jest krótszy niż rzeczywiste trwanie ww. inwestycji, co skutkuje wnioskiem, iż podany przez Państwa Kierownik budowy nie pełnił tej funkcji przez cały okres wykonywania robót budowlanych, bowiem przedmiotowe roboty były wykonywane w okresie od 20 czerwca 2007 roku do 31 grudnia 2008 r.

Wobec powyższego Izba stanęła na stanowisku, że informacja przekazana przez wykonawcę A., która odnosiła się do doświadczenia Pana K. B, nabytego w ramach realizacji Kontraktu pn. „Oczyszczalnia ścieków Śródmieście w Z – przebudowa” nie może być zakwalifikowana jako informacja nieprawdziwa, a jedynie jako informacja, która nie potwierdza spełnienia przez wykonawcę A. warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim Kierownikiem budowy, zgodnie z wymaganiami siwz. Tym samym - zdaniem Izby - w omawianym stanie faktycznym nie zachodzi sytuacja objęta regulacją art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie mamy do czynienia z przypadkiem, w którym wykonawca A. nie wykazał w sposób prawidłowy warunku udziału w postępowaniu, opisanego w siwz w pkt 9.1.2.II IDW dla CZĘŚCI I, odnoszącego się do dysponowania odpowiednią osobą na stanowisku Kierownika budowy.

Izba wskazuje, że w takim przypadku należy brać pod uwagę przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Jednak podkreślenia wymaga, że czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp jest ściśle powiązana z przepisem art. 26 ust. 3 Pzp, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zgodnie z ustaloną linią orzecniczą Izby w przypadku zaistnienia przesłanek opisanych w art. 26 ust. 3 Pzp, w tym m. in., gdy wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp lub gdy dokumenty te są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości wskazane przez Zamawiającego to Zamawiający jest zobowiązany do wezwania wykonawcy do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy stwierdzić należy, że zgodnie z wymaganiami specyfikacji wykonawca ubiegający się o zamówienie powinien był dysponować osobą Kierownika budowy, który będzie spełniał łącznie następujące wymagania:

- co najmniej 10 lat doświadczenia na stanowisku Kierownika budowy oraz;
- doświadczenie w ciągu ostatnich 10 lat funkcji Kierownika budowy na zakończonym kontrakcie obejmującym budowę lub przebudowę oczyszczalni ścieków o przepustowości minimum 20.000 RLM o wartości robót

budowlanych minimum

20.000.000 PLN (bez podatku od towarów i usług) oraz;

- funkcja Kierownika budowy, o której mowa w pkt 2 powyżej, była pełniona przez cały okres wykonywania robót budowlanych objętych ośmą umową o roboty budowlane oraz;
- posiadająca uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

Izba ustaliła, że wskazany przez wykonawcę A. Kierownik budowy Pana K. B. nie spełniał łącznie wszystkich opisanych powyżej przesłanek, ponieważ funkcję Kierownika budowy na Kontrakcie pn. „Oczyszczalnia ścieków Śródmieście w Z. – przebudowa” pełnił w krótszym okresie (01.06.2007) niż rzeczywiste trwanie ww. inwestycji (20.06.2007-31.12.2008), co skutkuje tym, iż wskazany przez wykonawcę Kierownik budowy nie pełnił tej funkcji przez cały okres wykonywania robót budowlanych.

W związku z powyższym Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca A. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, odnoszącego się do dysponowania odpowiednią osobą na stanowisku Kierownika budowy i wezwał wykonawcę na podstawie art.

26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia przedłożonego wraz z ofertą Wykazu osób o niezbędne doświadczenie w zakresie pełnienia funkcji Kierownika Budowy przez cały okres wykonywania robót budowlanych na zakończonym kontrakcie obejmującym budowę lub przebudowę oczyszczalni ścieków o przepustowości minimum 20.000.000 PLN.

Wykonawca A. na żądanie Zamawiającego w wyznaczonym czasie uzupełnił Wykaz osób, wskazując na stanowisko Kierownika budowy – Pana R. M., spełniającego wymagania siwz w zakresie pkt 9.1.2.II IDW dla CZĘŚCI I.

Wobec powyższego w ocenie Izby nie można mówić o naruszeniu przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp. Izba nie dopatrzyła się także naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Następnie Izba odniosła się do informacji przekazanej przez wykonawcę A. w zakresie pełnienia przez Pana K. B. - w okresie od marca 2003 roku do czerwca 2004 roku – funkcji Kierownika budowy na oczyszczalni ścieków we W. Ś.

Jedynie przypomnienia wymaga, że ww. doświadczenie Pana K. B. mogło być badane tylko w aspekcie uzyskania przez wykonawcę A. dodatkowych punktów w kryterium:

„Doświadczenie osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia, gdyż ww. kontrakt zakończył się ponad 10 lat temu, a zatem ww. doświadczenie nie mogło być brane przez Zamawiającego pod uwagę przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba na podstawie protokołu Komisji Przetargowej z dnia 15 maja 2017 r. znajdującego się w aktach sprawy ustaliła, że A. w kryterium „Doświadczenia osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia” nie otrzymał żadnych punktów (0 pkt). Powyższe zostało potwierdzone w toku rozprawy przez Zamawiającego.

W zakresie doświadczenia Pana K. B. wykonawca A. wyjaśnił, że: „Po ponownym, dogłębnym przeanalizowaniu informacji wzbudzających wątpliwości Zamawiającego, powzięliśmy informację, że „Oczyszczalnia ścieków w W. Ś.— przebudowa” była realizowana przez dwa oddziały Hydrobudowy Ś. tj. Oddział T. i Oddział B. Oddział T. był odpowiedzialny za realizację części mechanicznej oczyszczalni ścieków. Funkcja Kierownika Budowy pełniona przez p. K. B. nie była tożsama z funkcją Kierownika Budowy w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (Dz. U. z 2016 roku, poz. 290 j.t. ze zm.), która to funkcję oficjalnie pełnił p. B. G. z Oddziału B. Hydrobudowy Ś. — wpisany do dziennika budowy. Niemniej jednak Wykonawca potwierdza, że zakres obowiązków p. K. B. był analogiczny do

Zakresu obowiązków Kierownika Budowy, z tym tylko zastrzeżeniem, że odnosi się do części mechanicznej realizacji”.

Natomiast Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie twierdził, m. in., że: „(...) W niniejszym stanie faktycznym Przystępujący dowiedział się o tym, iż wskazany przez niego w Wykazie osób Kierownik budowy w rzeczywistości nie pełnił tej funkcji na kontrakcie pn.:

„Oczyszczalnia ścieków w W. Ś.— przebudowa”, dopiero po wskazaniu przedmiotowych wątpliwości przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 28 kwietnia 2017 roku. Wniosek taki wynika bezpośrednio z pisma Przystępującego z dnia 8 maja 2017 roku. Należy zatem wskazać, iż Przystępujący nie podał celowo przedmiotowych informacji, poza tym ciężko nawet wskazać cel, któremu podanie tych informacji miałoby służyć, skoro przedmiotowe doświadczenie i tak nie spełniało warunku udziału w postępowaniu (przedmiotowy kontrakt zakończył się ponad 10 lat temu).

Przystępujący zaufał, jako pracodawca, informacjom podanym w dokumentach rekrutacyjnych przez Pana K. B. nie miał również żadnych podstaw, ani wątpliwości, by przedmiotowe informacje poddać dogłębnej weryfikacji. Nie można zatem zarzucać Przystępującemu, iż powinien on przewidzieć możliwość podania przez swojego pracownika

danych nie do końca zgodnych z rzeczywistością, bowiem stosunek pracodawca-pracownik oparty jest w szczególności na wzajemnym zaufaniu. Przystępujący zachował zatem należyłą staranność w zakresie prowadzonej przez siebie działalności i do bom pracowników, nie można zatem dopatrzeć się w jego działaniu lekkomyślności bądź niedbalstwa.

Nadto, należy wskazać, iż Pan K. B. jest członkiem samorządu zawodowego Izby Inżynierów Budownictwa, zaś sam jego zawód jest zawodem zaufania publicznego. Zatem, tym bardziej Przystępujący nie miał podstaw do podważania danych podanych przez osobę, obdarzoną takim publicznym zaufaniem. (...)

Kolejną przesłanką, która musi zaistnieć, by móc zastosować dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i wykluczyć wykonawcę z postępowania jest wprowadzenie w błąd Zamawiającego. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie został wprowadzony w błąd, bowiem za taki nie można uznać jedynie powstania po stronie Zamawiającego wątpliwości.

Podobny pogląd do powyższego został wyrażony w doktrynie przez K. R., który wskazał, że „Z drugiej strony należy zaznaczyć, że podanie informacji nieprawdziwej nie zawsze będzie skutkowało wprowadzeniem zamawiającego w błąd. Przekazanie informacji nieprawdziwej może wywołać u gospodarza postępowania odmienny stan, np. wywołać wątpliwości co do stanu faktycznego” (zob. K. Różowicz, Wykluczenie wykonawcy, który wprowadził zamawiającego w błąd, Komentarz praktyczny, LEX).

O wprowadzeniu Zamawiającego w błąd w okolicznościach niniejszej sprawy moglibyśmy mówić jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający rzeczywiście uwierzyłby w zapewnienia Wykonawcy, co do wskazywanego doświadczenia Pana K. B i dokonał wyboru Przystępującego bez wezwania go do wyjaśnień. Zamawiający zachował jednak czujność i nie dał wprowadzić się w błąd, zatem nie miał również możliwości zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i wykluczenia Przystępującego z prowadzonego postępowania.

Podsumowując powyższe, nawet w sytuacji, gdyby intencją Przystępującego rzeczywiście było wprowadzenie w błąd Zamawiającego (czego Zamawiający niniejszym nie potwierdza), to i tak nie zaistniał skutek tego działania, tj. Zamawiający nie został wprowadzony w błąd. Brak zatem drugiej z przesłanek wyszczególnionych w art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp”.

Izba wskazuje, że dowody złożone w toku rozprawy przez Odwołującego, które zostały opisane powyżej jednoznacznie wskazują, że funkcję Kierownika Budowy przy realizacji inwestycji „Oczyszczalnia ścieków w W. Ś.— przebudowa” pełnił Pan B. G.

Izba wskazuje, że w opisywanym przypadku wystąpiła sytuacja, która spowodowała, że Zamawiający powziął wątpliwości co do doświadczenia Kierownika budowy, które następnie na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp zostały wyjaśnione. Izba uznała za wiarygodne i spójne wyjaśnienia wykonawcy A. oraz Zamawiającego, zacytowane powyżej stwierdzając, że w opisywanym przypadku wystąpiła sytuacja, w której wykonawca A. nieświadomie przedstawił Zamawiającemu informacje, które w swojej treści nie do końca odpowiadają okolicznościom realizacji kontraktu.

Jednak za kluczowe należy uznać okoliczności związane z tym, że wykonawca A. nie mógł otrzymać dodatkowych punktów w związku z wykazaniem doświadczenia Pana K. B jako Kierownika budowy przy realizacji inwestycji „Oczyszczalnia ścieków w W. Ś.— przebudowa”, gdyż owo doświadczenie w całości zawierało się w doświadczeniu nabytym przez tą osobę jako Kierownik budowy w okresie: 01.06.2002 – 31.01.2005 na inwestycji pn. „Modernizacja Zapory Czołowej w G.”. Wobec tego zgodzić się należy z Zamawiającym, że nie mógł on dwa razy policzyć doświadczenia Pana K. B jako Kierownika budowy w okresie: od marca 2003 r. do czerwca 2004 r.

Izba stanęła na stanowisku, że informacja, dotycząca pełnienia przez Pana K. B jako Kierownika budowy przy realizacji inwestycji „Oczyszczalnia ścieków w W. Ś.— przebudowa” nie mogła mieć istotnego na decyzję podejmowaną przez Zamawiającego w zakresie przyznania punktów w za dodatkowe doświadczenie Kierownika budowy, co w konsekwencji nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Wobec tego w ocenie Izby w niniejszych okolicznościach nie realizują się zatem łącznie wszystkie przesłanki opisane w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania Izba w ramach prowadzonego postępowania nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, polegającego na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy A. z uwagi na to, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa miałby wprowadzić w błąd Zamawiającego co do okoliczności przywołanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się zaś do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp Izba w pełni podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie. Rację ma Zamawiający twierdząc, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nie może mieć natomiast zastosowania w jednoetapowych procedurach udzielania zamówienia publicznego, co wynika z utrwalonej linii orzeczniczej Izby. W takim przypadku jak rozpoznawany zastosowanie znajduje przepis art. 24 ust. 4 Pzp, który stanowi, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp dotyczy możliwości odrzucenia oferty w postępowaniu wieloetapowym, gdzie prowadzi się odrębnie ocenę wniosków o dopuszczanie do udziału w postępowaniu i odrębnie ocenę złożonych ofert. W takim postępowaniu wykonawca, który nie spełni warunków udziału w postępowaniu podlega wykluczeniu i nie zostaje zaproszony do składania ofert, a gdyby mimo to ofertę złożył to taka oferta podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Dlatego też uregulowanie z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp należy zastosować do wykonawcy niezaproszonego do składania oferty w postępowaniu wieloetapowym.

Podsumowując, Izba nie stwierdziła naruszenia żadnego z powołanych w treści odwołania następujących przepisów ustawy: art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp, art. 26 ust. 3

Pzp, art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....