

Sygn. akt: KIO 2932/13

**WYROK**  
**z dnia 9 stycznia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Agata Mikołajczyk**  
**Jolanta Markowska**  
**Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant:** **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 stycznia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2013 r. przez **Odwołującego** – Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Gdyńskie Centrum Innowacji Jednostka Budżetowa, Al. Zwycięstwa 96/98, 81-451 Gdynia,

przy udziale **Wykonawców**:

- a) ALLCON Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A., Łużycka 6, 81-537 Gdynia,
  - b) Dekpol Sp. z o.o., ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn,
- zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Dekpol Sp. z o.o. oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Gdyńskie Centrum Innowacji Jednostka Budżetowa, Al. Zwycięstwa 96/98, 81-451 Gdynia i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Gdynskie Centrum Innowacji Jednostka Budżetowa, Al. Zwycięstwa 96/98, 81-451 Gdynia na rzecz **Odwołującego** – Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa kwotę **24.468 zł 74 gr** (słownie: dwadzieścia cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt osiem złotych siedemdziesiąt cztery grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. 113, poz. 907 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 Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Gdyńskie Centrum Innowacji Jednostka Budżetowa na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp], w trybie przetargu nieograniczonego w formule zaprojektuj i wybuduj, którego przedmiotem jest „Modernizacja i przebudowa budynku po-stocznioowego G-321 na potrzeby prototypowni.”

Odwołujący - Mostostal Warszawa S. A. z Warszawy podniósł zarzuty dotyczące (1) wyboru oferty Dekpol Sp. z o.o. z Pinczyna, jako oferty najkorzystniejszej; (2) zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Allcon Budownictwo Spółka z o.o. S.K.A. z Gdyni na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z nie wniesieniem w sposób należyty wadium; (3) zaniechania wykluczenia z postępowania Dekpol Sp. z o.o. (a) na podstawie art. 22 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z nie wykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a także zaniechania (b) na podstawie art. 22 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania;(4) zaniechania odtajnienia wyjaśnień Dekpol Sp. z o.o. w sprawie rażąco niskiej ceny;(5) zaniechania odrzucenia oferty Dekpol Sp. z o.o. z uwagi na zaniechanie złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny; oraz (6) zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej. Zdaniem Odwołującego powyższe naruszyło:(1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na jego niezastosowanie, polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;(2) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 86 ust. 4 tej ustawy z uwagi na jego błędne zastosowanie i uznanie, że zastrzeżenie przez Dekpol Sp. z o.o. tajemnicy przedsiębiorstwa było skuteczne, co doprowadziło do zaniechania udostępnienia oferty Dekpol Sp. z o.o. na wniosek Odwołującego; (3) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na jego niezastosowanie skutkujące zaniechaniem dokonania czynności wykluczenia z postępowania Allcon S.K.A.; oraz (4) art. 22 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp z uwagi na jego niezastosowanie, skutkujące zaniechaniem dokonania czynności wykluczenia z postępowania Dekpol Sp. z o.o.; i (5) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na jego niezastosowanie skutkujące zaniechaniem odrzucenia oferty Dekpol Sp. z o.o.; a także (7) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na jego niewłaściwe zastosowanie, przejawiające się wyborem, jako najkorzystniejszej oferty - wykonawcy, który podlega wykluczeniu z postępowania i zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej – oferty złożonej przez Dekpol Sp. z o.o., (2) nakazanie ponownej oceny i badania ofert, oraz (3) nakazanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Dekpol Sp. z o.o., a także wykonawcy Allcon S.K.A. i (4) wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego, (5) jak również zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący stwierdził, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jako że złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp poprzez wybór, jako najkorzystniejszej oferty Dekpol Sp. z o.o., zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Dekpol Sp. z o.o. oraz wykonawcy Allcon S.K.A., a tym samym zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, sprawia, że Odwołujący poniesie określoną szkodę polegającą na nie uzyskaniu zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania – w zakresie zarzutu skierowanego do oferty wykonawcy Allcon S.K.A. - podał, że (...) Zgodnie z sekcją III. 1.1) Ogłoszenia o zamówieniu nr 2013/S 191-328900 (dalej: „Ogłoszenie”) Zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia złożenia wadium w wysokości 300.000,00 zł (słownie: trzysta tysięcy złotych)”. Dalej podał, że wykonawca Allcon S.K.A. złożył wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, a analiza gwarancji ubezpieczeniowej wskazuje, że termin końcowy ważności tejże gwarancji określony na dzień 6 stycznia 2014 r., nie pokrywa się z dniem 7 stycznia 2014 r., na który przypada ostatni dzień terminu związania ofertą. W przedmiotowym postępowaniu, termin składania ofert został określony na dzień 8 listopada 2013 r., minimalny okres, w którym oferent będzie związany ofertą został określony jako 60 dni. Zgodnie z art. 85 ust. 5 ustawy Pzp bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Tym samym obliczając termin związania ofertą, należało uwzględnić dzień 8 listopada 2013 r. jako pierwszy dzień z 60-dniowego terminu. Tym samym okres 60 dni upływałby dnia 6 stycznia 2014 r., przy czym stosownie do regulacji art. 115 KC, termin ten upływa dopiero 7 stycznia 2014 r. Zgodnie bowiem z art. 115 KC, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin upływa dnia następnego. Stosownie do postanowień art. 1 pkt 1 lit. b ustawy z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy dzień „6 stycznia” każdego roku jest dniem wolnym od pracy, zatem termin związania ofertą upływa w następnym dniu roboczym. Zatem – zdaniem wykonawcy zgodnie z orzecznictwem KIO - okres ważności wadium przedstawionego przez Allcon S.K.A. powinien upływać dnia 7 stycznia 2013 r., aby pokrywał się on z terminem związania ofertą. Dalej podał, że (...) W przypadku gwarancji wadialnej

przedstawionej przez Allcon S.K.A. termin jest oznaczony w drodze czynności prawnej gwaranta udzielającego gwarancji, tj. poprzez określenie końcowej daty obowiązywania tej gwarancji. Biorąc powyższe pod uwagę stwierdził, że okres ważności wadium przedstawionego przez Allcon S.K.A. powinien upływać dnia 7 stycznia 2013 r., aby pokrywał się on z terminem związania ofertą, co tym samym stanowi, iż przedstawione wadium jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego a ponadto narusza zasady określone przepisami ustawy Pzp”. W konkluzji wskazał dodatkowo na wyrok KIO z dnia 25 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 238/10, stwierdzając, że „Termin końcowy, w którym gwarancja traci ważność, jest terminem z upływem którego wygasa odpowiedzialność gwaranta (banku, ubezpieczyciela) za zapłatą kwoty wadium a nie terminem dokonania czynności przez beneficjenta gwarancji. Końcowy termin ważności gwarancji może przypadać na dzień wolny od pracy. Do liczenia terminu upływu ważności gwarancji wadium nie ma zastosowania art. 115 KC. ” W związku z powyższym na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP wykonawca Allcon S.K.A. podlegał wykluczeniu z postępowania.

W zakresie zarzutów skierowanych do oferty wykonawcy Dekpol Sp. z o.o. z Pinczyna stwierdził w szczególności, że (...) Warunki oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, zamawiający musi mieć na względzie zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i dotychczasowej praktyki. Zatem wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Ma to na celu zapewnienie lepszej skuteczności wykonania zamówienia publicznego przez wykonawcę poprzez bardziej zaawansowaną weryfikację jego umiejętności i potencjału, a także wyeliminowanie tych wykonawców, którzy nie spełniają wymagań postawionych im przez Zamawiającego, w celu zapewnienia rękojmi należytego wykonania zobowiązania. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Zgodnie z treścią sekcji III.2.3) Ogłoszenia Zamawiający przewidział dla funkcji kierownika robót branżowych następujące warunki: „posiadający uprawnienia budowlane bez ograniczeń o specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych do kierowania robotami budowlanymi, który posiada co najmniej 5 lat praktyki zawodowej przy sprawowaniu samodzielnych funkcji technicznych (kierownika robót, kierownika budowy, inspektora nadzoru), w tym co najmniej przez 1 rok nad inwestycjami

budowlanymi polegającymi na budowie lub remoncie lub przebudowie budynku o wartości, co najmniej 10.000.000,00 zł netto.

W celu potwierdzenia spełnienia warunku dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wykonawca musiał załączyć do oferty: 1) wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia o treści odpowiadającej załącznikowi nr 5 do SIWZ, 2) oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia o treści odpowiadającej załącznikowi nr 6 do SIWZ, 3) pisemne zobowiązanie podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia w przypadku, gdy wykonawca polega na osobach zdolnych do wykonania zamówienia tych podmiotów”.

Odwołujący podał, że jako osobę wyznaczoną do pełnienia funkcji kierownika robót branżowych Dekpol sp. z o.o. wskazał p. Sławomira S.. Dalej stwierdził, że Zamawiający (powołując się formalnie na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) pismem z dnia 3 grudnia 2013 r. wezwał Dekpol Sp. z o.o. m.in. do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ. Zamawiający zwrócił się w tym zakresie o uściślenie przez Dekapol praktyki zawodowej posiadanej przez Pana Sławomira S. do miesięcy z poszczególnych lat wskazanych w Wykazie. Zdaniem Odwołującego, jakkolwiek formalnie wystąpienie zostało wystosowane w oparciu o przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, to materialnie stanowiło wezwanie do uzupełniania dokumentu złożonego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Podniósł, że art. 87 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy treści oferty, a nie wyjaśnienia dokumentu złożonego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu i przede wszystkim instytucja wezwania do wyjaśnienia treści dokumentu sprowadza się do wyeksplikowania treści niejednoznacznej semantycznie. A nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia lub też zmiany złożonego oświadczenia woli. Tymczasem „wyjaśnienia” udzielone przez Dekpol sp. z o.o. określiły nową treść wykazu osób, jako dokumentu złożonego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. De facto i de iure miało zatem miejsce uzupełnienie powyższego dokumentu. Gdyby uznać, iż w aktualnym stanie rzeczy Dekpol sp. z o.o. jest uprawniona uzupełniać jeszcze w tym zakresie Wykaz osób, to złamana zostałaby zasada jednorazowego uzupełnienia dokumentów podmiotowych wypracowana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Dalej Odwołujący podał, że zgodnie z oświadczeniem zawartym

w drugiej kolumnie wykazu osób, p. Sławomir S. ma posiadać uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych do kierowania robotami budowlanymi [upr. Nr POM/0013/PWOE/07] oraz, co najmniej 5 lat praktyki zawodowej przy sprawowaniu samodzielnych funkcji technicznych (kierownika robót, kierownika budowy, inspektora nadzoru), w tym co najmniej przez 1 rok nad inwestycjami budowlanymi, polegającymi na budowie lub remoncie lub przebudowie budynku o wartości, co najmniej 10.000.000,00 zł netto. W złożonym uzupełnieniu wykazu osób wykonawca Dekpol Sp. z o.o. wskazał doświadczenie p. Sławomira S., jako: 02.2006-07.2007 SKOK Stefczyka w Gdyni - biurowiec etap I i II; 07.2007-06.2008 SKOK Stefczyka w Gdyni - biurowiec etap II; 06.2008-07.2009 Hala Widowiskowo-Sportowa w Gdyni; 07.2009-03.2010 Muzeum Historii Żydów Polskich w Warszawie; 09.2010-02.2011 Stadion Arka w Gdyni; 02.2011-01.2012 Budowa Pawilonu Konferencyjno-Wypoczynkowego w Ośrodku Wypoczynkowym „Muza” w Juracie, - 03.2012-04.2013 Budowa Budynku Lotniskowej Straży Pożarnej w Gdyni - Kosakowie - pełnienie funkcji kierownika robót nad inwestycją powyżej 10.000.000,00 zł netto.

Odwołujący stwierdził, że p. Sławomir S. w okresie 2011-2012 nie brał udziału w realizacji inwestycji „Budowa Pawilonu Konferencyjno-Wypoczynkowego w Ośrodku Wypoczynkowym „Muza” w Juracie, „ która to inwestycja była realizowana przez Odwołującego, a zatem Odwołujący ma bezpośrednią wiedzę, który z jego pracowników pełnił funkcję kierownika robót na poszczególnych realizowanych przez niego kontraktach. Odwołujący oświadczył, że p.S. nie pełnił na tej budowie żadnych funkcji, ponieważ był skierowany do nadzoru na innym kontrakcie. Funkcję kierownika robót elektrycznych na przedmiotowej inwestycji pełnił p. Leszek Omilian. Zgodnie z treścią dziennika budowy nr 656 2010 z dnia 13.08.2010 r. oraz dziennika budowy nr 543 z/2011 z dnia 29.06.2011 r. p. Sławomir S. nie został wpisany do dziennika budowy zarówno jako kierownik budowy, jak również jako kierownik robót. Odwołujący stwierdził także, że p. Sławomir S. nie pełnił samodzielnej funkcji przy realizacji inwestycji w okresie 2011-2012 „Stadion Arka w Gdyni”. Zgodnie z wpisami do dziennika tej budowy w zakresie branży odpowiadającej posiadanym przez Pana Sławomira S. uprawnieniom wpisany jest Pan Mariusz M. posiadający uprawnienia budowlane upr. 85/GD/00, a nie p. Sławomir S.. Podał również, że Odwołujący wystąpił do inwestora - inwestycji „Stadion Arki w Gdyni” o udzielenie informacji publicznej poprzez wskazanie czy p. Sławomir S. pełnił samodzielną funkcję w budownictwie (kierownika robót, kierownika budowy, inspektora nadzoru) w ramach tejże inwestycji. Odwołujący podał ponadto, że p. Sławomir S. nie pełnił samodzielnej funkcji przy realizacji inwestycji w okresie 06.2008-07.2009 - „Hala Widowiskowo-Sportowa w Gdyni”. Funkcję kierownika robót na tej budowie pełnił p. Kazimierz Pękała. Odwołujący zwrócił się do inwestora o udostępnienie kopii dziennika

budowy, na potwierdzenie powyższych informacji oraz załącza oświadczenie kierownika budowy - p. Krystyny J.. Zgodnie z informacją uzyskaną przez Odwołującego od Pomorskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa p. Sławomir S. był członkiem ww. Izby i opłacił składki oraz obowiązkowe ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w okresie od 1 października 2007 r. do dnia 30 kwietnia 2013 r. i tylko ten okres może być rozważany przy określeniu możliwości pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie, a więc sprawowania funkcji kierownika robót, jak wymagał tego Zamawiający.

Biorąc pod uwagę powyższe informacje, nie sposób jest uznać, zdaniem Odwołującego, że p. Sławomir S. posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie nabyte po uzyskaniu uprawnień budowlanych bez ograniczeń o specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych do kierowania robotami budowlanymi, który posiada co najmniej 5 lat praktyki zawodowej przy sprawowaniu samodzielnych funkcji technicznych (kierownika robót, kierownika budowy, inspektora nadzoru), w tym co najmniej przez 1 rok nad inwestycjami budowlanymi polegającymi na budowie lub remoncie lub przebudowie budynku o wartości co najmniej 10.000.000,00 zł netto. Przyjmując zatem najbardziej optymistyczną wersję obliczeń, licząc od dnia 1 października 2007 r., do kwietnia 2013 r., czyli zakończenia inwestycji „Budowa Budyńku Lotniskowej Straży Pożarnej w Gdyni-Kosakowie”, przy wykluczeniu inwestycji „2011-2012 - Stadion Arka w Gdyni” oraz „2011-2012 Budowa Pawilonu Konferencyjno-Wypoczynkowego w Ośrodku Wypoczynkowym „Muza” w Juracie”, doświadczenia P. Sławomira S., łączny okres doświadczenia należy określić jako 38 miesięcy. Tym samym wykonawca Dekpol Sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że (...) Zgodnie z treścią sekcji III.2.3) Ogłoszenia Zamawiający przewidział dla funkcji kierownika robót branżowych następujące warunki: „posiadający uprawnienia budowlane bez ograniczeń o specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych do kierowania robotami budowlanymi, który posiada co najmniej 5 lat praktyki zawodowej przy sprawowaniu samodzielnych funkcji technicznych (kierownika robót, kierownika budowy, inspektora nadzoru), w tym co najmniej przez 1 rok nad inwestycjami budowlanymi polegającymi na budowie lub remoncie lub przebudowie budynku o wartości co najmniej 10.000.000,00zł netto ”, a ponadto dla funkcji kierownika robót branżowych: „posiadającym uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną do kierowania robotami budowlanymi,



który posiada co najmniej 5 lat praktyki zawodowej przy pełnieniu samodzielnych funkcji budowlanych (kierownika robót, kierownika budowy, inspektora nadzoru)”.

P. Maciej K. wskazany przez Dekpol Sp. z o.o. jako kierownik robót branżowych posiada uprawnienia nr DTT-TU/2188/01/U, jednakże – zdaniem Odwołującego - treść oświadczenia wskazanego przez Dekpol Sp. z o.o. w kolumnie wykazu osób opisującej uprawnienia p. Macieja K.a nie jest skorelowana z treścią wynikającą z uprawnień. Zgodnie z oświadczeniem Dekpol Sp. z o.o. p. Maciej K. posiada uprawnienia budowlane o specjalności telekomunikacyjnej w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną do kierowania robotami budowlanymi. Jak wynika z uprawnień budowlanych nr DTT- U/2188/01/U p. Maciej K. posiada uprawnienia budowlane w telekomunikacji do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych. P. Maciej K. posiada zatem uprawnienia budowlane jedynie w ograniczonym zakresie. Zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia ministra łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym na podstawie którego wydano uprawnienia Panu Maciejowi K., uprawnienia budowlane w telekomunikacji mogą być wydawane w zakresie ograniczonym do projektowania lub kierowania robotami budowlanymi lub nieograniczonym łącznie do projektowania i kierowania. Podał także, że w paragrafie 4 ust. 2 ww. rozporządzenia ustawodawca ustanowił specjalizacje w ramach specjalności instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń w telekomunikacji: przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, dotyczącej urządzeń liniowych i stacyjnych, radiowej, dotyczącej obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokomunikacyjnych. Ponadto – zdaniem Odwołującego - Pan Maciej K. nie posiada uprawnień w zakresie telekomunikacji radiowej.

W konkluzji stwierdził, że p. Maciej K. zgłoszony przez wykonawcę Dekpol Sp. z o.o. nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego w zakresie osoby przeznaczonej do pełnienia funkcji kierownika robót branżowych. Wykonawca wskazał, że przez potencjał kadrowy rozumie się dysponowanie osobami posiadającymi odpowiednie wykształcenie i kwalifikacje zawodowe, w tym określone uprawnienia, jeżeli są wymagane odrębnymi przepisami, a także doświadczenie w wykonywaniu podobnych zamówień. Tym samym wykonawca Dekpol Sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący podał, że zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie wyjaśnień wykonawcy Dekpol sp. z o.o. złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 listopada 2013 r. (znak: GCI.400-17/2013/AK/6506), stanowiących fragment oferty Dekpol Sp. z o.o., w sprawie rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi Zamawiający pismem z dnia 17 grudnia 2013 r. poinformował Odwołującego, że nie udostępni wyjaśnień Dekpol Sp. z o.o. dotyczących rażąco niskiej ceny, gdyż Dekpol Sp. z o.o. nie wyraził zgody na ich odtajnienie. Odwołujący wskazał, że integralną część oferty stanowią również wyjaśnienia jej treści, uzupełniane dokumenty oraz dokonane przez Zamawiającego poprawki. Tym samym Odwołujący uprawniony był do dokonania analizy złożonych przez Dekpol Sp. z o.o. wyjaśnień, tym bardziej, że jawność ofert nie ogranicza się do jawności oferty w jej postaci pierwotnej. Odwołujący podniósł że informacje zawarte w ww. wyjaśnieniu nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa albowiem dotyczą jedynie wskazania w treści oferty sposobu wykonania umowy, bez wskazywania szczegółowych rozwiązań. Wiedza ta nie ma bowiem żadnej wartości gospodarczej, a jedynie zmierza do ukrycia informacji dla innych wykonawców, uniemożliwiając im zapoznanie się z treścią oferty Dekpol Sp. z o.o., pozwalających w prosty sposób wykazać, że złożona przez Dekpol Sp. z o.o. oferta nie spełnia wymogów SIWZ. Informacje wskazane w ww. wyjaśnieniach mają dotyczyć rażąco niskiej ceny, tym samym Zamawiający zobowiązany był odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp ofertę Dekpol Sp. z o.o., który nie złożył wyjaśnień wystarczających dla dokonania oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie miał możliwości dokonania wglądu do złożonych wyjaśnień, tym samym ich ocena nie podlegała żadnej kontroli, prócz kontroli Zamawiającego. Ujawnione informacje nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż nie mają unikalnego charakteru, zostały opracowane w oparciu o szczegółowe wytyczne przekazane przez zamawiającego. W ocenie Odwołującego zamawiający uprawniony jest do ograniczenia dostępu do informacji ujętych w ofercie jedynie w przypadku, gdy zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednak, aby ustalić, czy oferta obiektywnie jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, zamawiający musi zbadać szczegółowo treść oferty i uzyskać od Dekpol Sp. z o.o. szczegółowe wyjaśnienia w tym zakresie. Podkreślił, że Zamawiający nie może w tym zakresie oprzeć się jedynie na ogólnikowym, arbitralnym stwierdzeniu Dekpol Sp. z o.o., że informacje wskazane w ww. wyjaśnieniu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a zobowiązany jest uzyskać szczegółowe, wyczerpujące dane umożliwiające w sposób obiektywny uznać zasadność stanowiska Dekpol Sp. z o.o. Powołując się na orzecznictwo KIO podkreślił, że (...) Zastrzeżeniu oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa może podlegać tylko niezbędny jej fragment czy nawet określony zapis, chyba, że ujawnienie tej części informacji stanowiłoby podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, ale ten

fakt to wykonawca, winien wykazać zamawiającemu. Ocenie zamawiającego winien podlegać każdy zastrzeżony dokument oferty, każda jego strona.(...) Ochronie w myśl art. 11 ust. 4 u.z.n.k. podlegają wyłącznie informacje, których ujawnienie godzi w interesy przedsiębiorcy przekraczające możliwość uzyskania zamówienia w danym postępowaniu. (...). Nie można akceptować coraz częstszych praktyk, że wykonawcy zajmujący drugą pozycją na listach rankingowych oceny i wyboru ofert, nie są w stanie w żaden sposób sprawdzić, czy inna złożona oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ, gdyż wykonawcy coraz częściej zastrzegają informacje, które przy dokładnej analizie nie spełniają wymogów z art. 11 ust. 4 u.z.n.k.” Odwołujący wskazał, że tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Podkreślił, że zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji staje się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy Pzp (np. art. 96 ust. 3) lub odrębnych przepisów, zobowiązany jest on do ujawnienia ich w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zastosowanie przez Zamawiającego ograniczenia w zakresie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na tajemnicę przedsiębiorcy powinno być dokonywane w sposób uwzględniający zachowanie zasady transparentności i jawności działań administracji publicznej i tym samym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa poczynione przez Dekpol Sp. z o.o., w zakresie wyjaśnień złożonych, stanowiących fragment oferty DEKPOL, będącej załącznikiem do ww. protokołu jest bezskuteczne. Co tym samym powoduje, iż Zamawiający zobowiązany był udostępnić ww. wyjaśnienia zgodnie z wnioskiem Odwołującego. Odmienne postępowanie ze strony Zamawiającego stanowi naruszenie zasady jawności oraz równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, ale przede wszystkim zasady transparentności i jawności działań administracji publicznej.

Odwołujący wskazał także, że niezależnie od nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisane powyżej przedstawienie informacji na temat potencjału kadrowego Dekpol Sp. z o.o. wypełnia znamiona podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Jego zdaniem, w niniejszej sprawie poza sporem pozostaje

okoliczność, czy nieprawdziwe informacje miały wpływ na wynik postępowania, gdyż wpływały na uznanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Kierując się zasadą prymatu wykładni językowej nad innymi metodami interpretacji aktu prawnego, Odwołujący podkreślił, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie przewiduje, aby znajdował zastosowanie tylko w tych stanach faktycznych, w których złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania nastąpiło celowo. Przeciwnie, wśród przesłanek konstruujących normę prawną wyrażoną w treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie ma mowy o ograniczeniu tego przepisu tylko do stanów faktycznych, w których wykonawca działa w warunkach winy umyślnej. Tym samym, powołując się na orzecznictwo KIO, Odwołujący podkreślił, że gdyby intencją ustawodawcy było ograniczenie zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp tylko do przypadków działania w warunkach winy umyślnej, to z pewnością znalazłoby to uzewnętrznienie w treści przepisu. Tym samym brak odwołania się przez ustawodawcę do tej postaci winy jest symptomatyczny w tym znaczeniu, iż postać winy nie jest okolicznością prawnie relewantną na gruncie normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a przepis ten dotyczy każdej postaci winy, zarówno winy umyślnej, jak i winy nieumyślnej.

Za przyjęciem wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp prezentowanej przez Odwołującego przemawiają także względy natury systemowej. Czynności wykonawców podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są ponad wszelką wątpliwość czynnościami cywilnoprawnymi. Z tego też powodu, do czynności tych stosuje się przepisy KC, co jednoznacznie wyraża art. 14 ustawy Pzp. Jak bowiem wynika z treści przywołanego przepisu, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Tym samym ocena dokonanych czynności prawnych wykonawcy następuje poprzez pryzmat przepisów KC. Powołując się na art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego wskazał, że miara należytej staranności powinna być formułowana na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować i jest zaostrzona w stosunku do profesjonalistów. Stwierdził również, że przepis art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, a w istotę aktywności gospodarczej wpisany jest wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej, w tym znajomość przepisów prawa oraz wynikających z nich następstw. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia i składający ofertę wymagane oświadczenia i dokumenty w imieniu własnym ponosi odpowiedzialność za ich treść, stąd przed ich

złożeniem winien się upewnić, czy deklarowany w nich stan rzeczy jest zgodny z rzeczywistością. Wykonawca Dekpol powinien i mógł to uczynić w łatwy sposób, albowiem stosowne wiadomości są publicznie dostępne. Jeżeli więc wykonawca Dekapol sp. z o.o. zaniechał weryfikacji informacji przedstawionych jej przez jej partnera biznesowego, to jest odpowiedzialny za taki stan rzeczy. Będąc przedsiębiorcą (spółką kapitałową) miała możliwość łatwej weryfikacji informacji nieprawdziwej. Dotyczyła ona bowiem wpisu na listę samorządu zawodowego inżynierów budownictwa, który jest jawny formalnie. Z tego też powodu działał bez zachowania należytej staranności, co na gruncie stosunków cywilnoprawnych jest wystarczające do przypisania jej winy, a w konsekwencji - odpowiedzialności. Reguła ta, poprzez odesłanie z art. 14 ustawy Pzp powinna znaleźć zastosowanie również na gruncie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Niezależnie od faktu, że ustawodawca nie sformułował żadnego przepisu, w którym wyraźnie dokonałby ograniczenia odpowiedzialności za podanie nieprawdziwych informacji do przypadków winy umyślnej, to należy zwrócić uwagę na fakt, iż brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia aksjologicznego dla dokonywania takiego ograniczenia w stosunku do czynności prawnych dokonywanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wskazano to powyżej, Kodeks cywilny statuuje odpowiedzialność cywilną na zasadzie winy niezależnie od jej postaci. Tak ukształtowany zakres odpowiedzialności cywilnej w największym stopniu realizuje postulat ochrony obrotu prawnego, gdyż odwołuje się do zobiektywizowanego miernika należytej staranności (art. 355 KC) abstrahując od osobistych kwalifikacji psychicznych oraz strony podmiotowej działań (i zaniechań) uczestnika obrotu prawnego. W efekcie jego przyjęcia, wina dłużnika obejmuje zarówno winę umyślną, jak i winę nieumyślną. Znamienne jest przy tym, iż miernik należytej staranności został przyjęty jako zasadniczy model powinności dłużnika na gruncie wszelkich stosunków cywilnoprawnych. Trudno znaleźć uzasadnienie dla przyjęcia, iż nie należy go stosować w obrocie prawnym poddanym przepisom o zamówieniach publicznych. Oznaczałoby to bowiem, że zamawiający (w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy Pzp) jest chroniony w mniejszym stopniu niż uczestnik obrotu prawnego poddanego jedynie regulacji przepisów Kodeksu cywilnego. Przeciwnie, względ na ochronę interesu publicznego wymaga przyjęcia, iż podmiot będący zamawiającym w rozumieniu PZP nie może być chroniony gorzej niż uczestnik obrotu prywatnego nieregulowanego przepisami tej ustawy.

Odwołujący wskazał także, że (...) Stosownie do postanowień przepisu art. 45 ust. 2 lit. g) Dyrektywy 2004/18/WE z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nie przekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy. Dalej, art. 45 ust. 2 Dyrektywy 2004/18/WE stanowi, że zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz

uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, Państwa Członkowskie określają warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu, czyli również przesłanki z lit. g). Ponad wszelką wątpliwość intencją prawodawcy wspólnotowego było sankcjonowanie wykonawców, którzy w sposób zawiniony dopuścili poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nie przekazania informacji, wymaganych na mocy sekcji 2 dyrektywy. Prawodawca wspólnotowy określając wykonawcę, który podlega wykluczeniu posługuje się bowiem pojęciem "jest winny." Podkreślił, że prawodawca wspólnotowy nie wskazuje jaką postać winy ma na myśli w przepisie art. 45 ust. 2 lit. g) Dyrektywy 2004/18/WE oraz fakt, iż zdanie końcowe art. 45 ust. 2 Dyrektywy 2004/18/WE wskazuje, że zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, Państwa Członkowskie określają warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu, czyli również przesłanki wykluczenia z postępowania, o której mowa w lit. g). W przepisie art. 45 ust. 2 lit. g) Dyrektywy 2004/18/WE w żaden sposób nie wspomina się o tym, aby wprowadzenie w błąd w zakresie przekazania lub nie przekazania informacji, wymaganych na mocy sekcji 2 dyrektywy było sankcjonowane tylko w przypadku winy umyślnej. Nie ma tam bowiem słowa na temat tej postaci winy, zaś sam przepis ogranicza się tylko do stwierdzenia, iż znajduje on zastosowanie do wykonawcy, który „jest winny” poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy sekcji 2 dyrektywy. Wskazania na umyślny charakter winy wykonawcy pochodzą wyłącznie od samego Skarżącego, a nie zaś od prawodawcy wspólnotowego. W konsekwencji oznacza to, iż w świetle Prawa Wspólnotowego, nie jest tak, aby zawinione wprowadzenie w błąd zamawiającego, o którym mowa w art. 45 ust. 2 lit. g) Dyrektywy 2004/18/WE obejmowało tylko winę w postaci umyślnej. Stwierdził także, że dokonując wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP, jako aktu transpozycji do prawa krajowego przepisu art. 45 ust. 2 lit. g) Dyrektywy 2004/18/WE, nie można pomijać delegacji przyznanej Państwu Członkowskiemu. Gdyby intencją prawodawcy wspólnotowego było powiązanie sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania z działaniem w warunkach winy umyślnej to w sposób odmienny uregulowałby omawianą instytucję w treści przepisu art. 45 ust. 2 lit. g) Dyrektywy 2004/18/WE. W konkluzji stwierdził, że okoliczności sprawy wskazują, że wykonawca Dekpol sp. z o.o. działał z pełnym rozmysłem i celowo wprowadził Zamawiającego w błąd. O ile bowiem zawarcie w ofercie informacji niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy można oceniać w kategoriach przypadku lub zbiegu okoliczności, o tylko przedstawienie danych nieprawdziwych z rzeczywistością w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego w sposób jednoznaczny wskazuje na zamiar Wykonawcy.

W konkluzji stwierdził, że wskazane czynności i zaniechania Zamawiającego, naruszały podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,

albowiem zgodnie z tą regułą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

**Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego** przystąpił wykonawca ALLCON Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. z Gdyni [wykonawca Allcon] oraz wykonawca Dekpol Sp. z o.o. z Pinczyna [wykonawca Dekpol], wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Wykonawca Allkon w szczególności podał, że (...) Przyjęcie przez Odwołującego, jakoby ostatni dzień terminu związania ofertą przypadał na dzień 7 stycznia 2014 r., jest wynikiem błędnej interpretacji art. 115 K.c. i nieuprawnionym odniesieniem unormowania zawartego w tym przepisie do okresu związania ofertą. Zgodnie z art. 115 k.c., jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin upływa dnia następnego. Bezsprzecznie, dzień 6 stycznia 2014 r. jest dniem ustawowo wolnym od pracy. Niemniej, regulacja ta nie może znaleźć zastosowania do okresu związania ofertą, tj. nie może prowadzić do przesunięcia ostatniego dnia okresu związania ofertą, przypadającego na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, na dzień następny, albowiem nie jest on „terminem do wykonania czynności” objętym hipotezą art. 115 k.c. Zgodnie z utrwalonym w doktrynie zapatrywaniem, ustawodawca w art. 115 k.c. przewidział przesunięcie upływu terminu w odniesieniu do terminów zakreślających ramy czasowe wykonania czynności, jeżeli koniec takiego terminu przypada na dzień ustawowo wolny od pracy. Pierwszą z przesłanek wykorzystania tej możliwości jest jednak zastrzeżenie terminu dla wykonania czynności. Analizowany przepis nie dotyczy natomiast sytuacji czasowego ograniczenia stosunków prawnych. Jeżeli zatem strony wiąże np. umowa najmu zawarta na czas określony, stosunek ten wygaśnie z upływem ostatniego dnia ustalonego terminu, także wtedy, gdy będzie to dzień uznany ustawowo za wolny od pracy (...). Dalej podał, że okres 60 dni, o którym stanowi art. 85 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp determinuje (...) czasowo stan związania ofertą wykonawcy (stosunek prawny), a nie termin do wykonania jakiegokolwiek czynności, toteż jeżeli ostatni dzień terminu związania ofertą przypada na dzień ustawowo wolny od pracy, nie ulega on - na podstawie art. 115 k.c. - automatycznemu przesunięciu na dzień następny (w tym wypadku na dzień 7 stycznia 2014 r.)”. Podkreślił także, że Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia nie rozciągnął zakresu zastosowania reguły przewidzianej art. 115 k.c. na okres związania ofertą. Podkreślił również, (...) w uzasadnieniu powołanego przez Odwołującego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lipca 2011 r. sygn. KIO 1317/11 próżno szukać treści przytoczonej na stronie 5 odwołania. W szczególności Izba nie stwierdziła w żadnym wypadku, że jeżeli

upływ pierwotnego terminu związania ofertą przypada na dzień wolny od pracy (niedzielę), to z mocy art. 115 k.c. w zw. z art. 14 uPzp termin ten upływa dnia następnego. Przedstawianie przez Odwołującego własnych nadinterpretacji powołanego wyroku jako cytatów z jego treści jest ewidentnym nadużyciem tym bardziej, że wypacza sens powołanego orzeczenia i kontekst, w jakim Izba przyjęła zastosowanie art. 115 k.c. W tej bowiem konkretnej sprawie spór dotyczył tego, czy wykonawca zdołał skutecznie przedłużyć termin związania ofertą. Izba przyjęła mianowicie, że termin do dokonania przez wykonawcę czynności przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawcę uległ przedłużeniu na dzień następny po dniu ustawowo wolnym od pracy. Nie uznała natomiast, by przedłużeniu via art. 115 k.c. uległ także termin związania ofertą. Przeciwnie, podkreśliła, że do przedłużenia terminu związania ofertą jest konieczne skuteczne oświadczenie woli wykonawcy: „Okoliczność bezsporna stanowiło, że okres związania oferta w tym postępowaniu wynosił 60 dni, był liczony łącznie z dniem końcowym terminu składania ofert, tj.: 21 kwietnia 2011 r. zatem upłynął w dniu 19 czerwca 2011 r. Przy liczeniu terminu związania ofertą należy uwzględniać również dzień składania ofert. Jak stanowi art. 85 ust. 1 ustawy p.z.p, wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji. Powyższe oznacza, że chcąc przedłużyć związanie ofertą wykonawca musi skutecznie złożyć oświadczenie woli, w taki sposób, aby dotarło ono do zamawiającego przed upływem tego - pierwotnego terminu. Izba zważyła jednak, iż termin ten przypadał na dzień 19 czerwca 2011 r., który był dniem wolnym od pracy (niedziela), przy czym termin ten został określony w dniach, a nie w konkretnej dacie. Ponadto przy przedłużeniu okresu związania oferta, konieczne jest podjęcie czynności przez wykonawcę. Stąd w sprawie znajduje zastosowanie art. 115 k.c. w związku z art. 14 ustawy p.z.p. Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin upływa dnia następnego. Według stanowiska Kodeks cywilny (...) pierwszą przesłanką wykorzystania tej możliwości jest zastrzeżenie terminu dla wykonania czynności. Wobec braku bliższego określenia charakteru czynności, uprawnione wydaje się twierdzenie, że chodzi o każdą czynność: materialno-prawną, procesową (np. złożenie środka odwoławczego), a nawet faktyczną. Drugi wymóg stanowi to, że koniec terminu przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy. Konsekwencją łącznego spełnienia wszystkich przesłanek jest automatyczne przesunięcie końca biegu terminu, o którym mowa w art. 115 k.c, do upływu następnego dnia roboczego. Przy czym termin ten liczony jest w dniach. Zatem złożenie pisma przez wykonawcę S. sp. z o.o. w dniu 20 czerwca 2011 r. w godzinach urzędowania zamawiającego, pozostaje bez wpływu na skuteczność omawianej czynności”. Przystępujący wskazał także na interpretację KIO zgodnie z którą (...) Za nieuzasadnione należy uznać stanowisko zamawiającego i przystępującego, że końcowy termin ważności gwarancji nie może przypadać na dzień wolny od pracy. Termin końcowy, w którym gwarancja traci ważność, jest terminem z upływem którego wygasa odpowiedzialność



gwaranta (banku, ubezpieczyciela) za zapłatę kwoty wadium, a nie terminem dokonania czynności przez beneficjenta gwarancji”. Dalej podał, że zgodnie z orzecznictwem (...) Termin końcowy gwarancji to termin, o którym mowa w art. 116 § 2 kodeksu cywilnego, w którym ustają skutki czynności prawnej, dokonanej przez gwaranta, polegającej na udzieleniu gwarancji zapłaty wadium, izba wskazuje, że przepis art. 115 kodeksu cywilnego nie znajduje zastosowania do liczenia terminów w przedmiotowym sporze (...), z uwagi na to, że data upływu ważności wadium jest datą wygaśnięcia, ustania skutków czynności prawnej a nie datą, od której uzależnione jest działanie czy podjęcie czynności”. Chybione jest zatem stanowisko, zmierzające do konieczności wydłużenia terminu obowiązywania gwarancji zapłaty wadium na skutek zastosowania art. 115 kodeksu cywilnego, wydłużenie terminów obowiązywania gwarancji może odbywać się wyłącznie w wyniku działania stron”. Ponadto wskazać należy, że skutki prawne wynikłe z upływu terminu ważności gwarancji wadium są tożsame ze skutkami prawnymi upływu terminu związania ofertą. Zatem brak podstaw do twierdzenia, że oferta odwołującego nie jest zabezpieczona wadium na okres związania ofertą.

#### **Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

W odwołaniu, podniesiono zarzut dotyczący wyboru oferty Dekpol Sp. z o.o. z Pinczyna, jako oferty najkorzystniejszej oraz zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Allcon Budownictwo Spółka z o.o. S.K.A. z Gdyni na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z nie wniesieniem w sposób należyty wadium i wykonawcy Dekpol Sp. z o.o. - na podstawie art. 22 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z nie wykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a także na podstawie art. 22 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Podniesiono również zarzut zaniechania - z naruszeniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 86 ust. 4 tej ustawy - odtajnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Dekpol Sp. z o.o. w sprawie rażąco niskiej ceny i odrzucenia oferty tego wykonawcy z naruszeniem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na nie złożenie przez wykonawcę wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał w konkluzji na zarzut naruszenia art. 91 ust.1 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Izba stwierdziła, że wnoszący odwołanie wykonawca ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp, albowiem złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a która to oferta w rankingu ofert uzyskała trzecią lokatę. Zatem potwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp w zakresie zaniechania

wykluczenia z postępowania wykonawcy Dekpol Sp. z o.o. oraz wykonawcy Allcon S.K.A., sprawia, że to oferta Odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą, a zaniechanie wyboru tej oferty skutkowałoby dla wykonawcy określoną szkodą, polegającą na nie uzyskaniu zamówienia.

Rozpoznając odwołanie Izba, miała na uwadze dyrektywę z art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Rozpatrując następnie podnoszone w nim zarzuty, Izba zobowiązana była uwzględniać dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl, której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą kontradyktoryjności, która obowiązuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i w myśl tej zasady strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym, wobec podnoszonego zarzutu braku wykluczenia wykonawcy Allcon S.K.A. oraz wykonawcy Dekpol Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zarzut braku odrzucenia oferty drugiego z wykonawców.

Izba, rozpoznając zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp skierowany do oferty wykonawcy Allcon S.K.A, stwierdziła, że zarzut ten jest niezasadny.

W tym przypadku Izba podzieliła pogląd, zwłaszcza Przystępującego poparty orzecznictwem, że końcowy termin ważności gwarancji może przypadać na dzień ustawowo uznany za wolny od pracy. Termin końcowy, w którym gwarancja traci ważność, jest terminem z upływem którego wygasa odpowiedzialność gwaranta (banku, ubezpieczyciela) za zapłatę kwoty wadium, a nie terminem dokonania przez beneficjenta gwarancji czynności, w rozumieniu art. 115 kc. Izba zwraca także uwagę, że termin końcowy gwarancji - tak jak podnosi się w orzecznictwie - to termin, o którym mowa w art. 116 § 2 kodeksu cywilnego, w którym to terminie ustają skutki, dokonanej przez gwaranta czynności prawnej, polegającej na udzieleniu gwarancji zapłaty wadium. W konkluzji Izba stwierdza, że data upływu ważności wadium jest datą wygaśnięcia, ustania skutków czynności prawnej a nie datą, od której uzależnione jest działanie, czy podjęcie czynności i tym samym w tym zakresie nie ma zastosowania art. 115 k.c. Także regulacja z art. 115 kodeksu cywilnego nie ma – zdaniem Izby - zastosowania do okresu związania ofertą, tj. nie może prowadzić do przesunięcia

ostatniego dnia okresu związania ofertą, przypadającego na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, na dzień następny, albowiem również ten termin nie jest „terminem do wykonania czynności” objętym hipotezą art. 115 k.c. Izba ponadto wskazuje, że skutki prawne wynikłe z upływu terminu ważności gwarancji wadium są tożsame ze skutkami prawnymi upływu terminu związania ofertą. Wobec powyższego brak podstaw do twierdzenia, że oferta wykonawcy Allcom nie została właściwie zabezpieczona wadium w całym okresie związania ofertą i tym samym zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp nie podlega uwzględnieniu.

Rozpoznając, zarzuty skierowane do oferty wykonawcy Dekpol sp. z o.o. Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp podlega uwzględnieniu w części dotyczącej nie potwierdzenia wymagania z sekcji III. 2. 3) Ogłoszenia o zamówieniu, co do osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika robót branżowych p. Sławomira S., a w odniesieniu do p. Macieja K.a - w zakresie wymagania z sekcji III. 2. 5) Ogłoszenia o zamówieniu - podlega oddaleniu.

W tym przypadku Zamawiający – zgodnie z sekcją III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu – wymagał dla osoby wskazanej na kierownika robót branżowych posiadania uprawnień budowlanych bez ograniczeń o specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych do kierowania robotami budowlanymi oraz, co najmniej 5 lat praktyki zawodowej przy sprawowaniu samodzielnych funkcji technicznych, wskazując – w nawiasie - w opisie warunku - na kierownika robót, kierownika budowy, inspektora nadzoru.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że Zamawiający niewątpliwie wymagał praktyki zawodowej polegającej na sprawowaniu przez kandydata samodzielnej funkcji technicznej w rozumieniu ustawy – Prawo budowlane.

Zgodnie z przepisem - art. 12 ust.1 ustawy – Prawo budowlane - za samodzielną funkcję techniczną w budownictwie uważa się działalność związaną z koniecznością fachowej oceny zjawisk technicznych lub samodzielnego rozwiązania zagadnień architektonicznych i technicznych oraz techniczno-organizacyjnych, a w szczególności działalność obejmującą: 1) projektowanie, sprawdzanie projektów architektoniczno-budowlanych i sprawowanie nadzoru autorskiego; 2) kierowanie budową lub innymi robotami budowlanymi; 3) kierowanie wytwarzaniem konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz nadzór i kontrolę techniczną wytwarzania tych elementów; 4) wykonywanie nadzoru inwestorskiego; 5) sprawowanie kontroli technicznej utrzymania obiektów budowlanych; 6) rzeczoznawstwo budowlane.

Izba jednocześnie zwraca uwagę, że tylko w odniesieniu do samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, takich jak projektowanie, sprawdzanie projektów architektoniczno-budowlanych i sprawowanie nadzoru autorskiego, kierowanie budową lub innymi robotami budowlanymi, kierowanie wytwarzaniem konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz nadzór i kontrolę techniczną wytwarzania tych elementów, wykonywanie nadzoru inwestorskiego oraz sprawowanie kontroli technicznej utrzymania obiektów budowlanych ich wykonywanie ustawa uzależnia od posiadania stwierdzonych decyzją, uprawnień budowlanych, wydaną przez organ samorządu zawodowego.

Wobec powyższych ustaleń faktycznych i prawnym - Zamawiający – zgodnie z opisem warunku – wymagał doświadczenia na stanowisku kierownika robót, kierownika budowy, albo inspektora nadzoru. Takie rozumienie warunku potwierdza dodatkowo przyjęty w załączniku nr 5 do SIWZ [formularz - Wykaz osób (...)] jego opis pod poz. 3 kol. 3 pkt 1, gdzie wymagane jest uprawnienie budowlane wraz z podaniem sygnatury tych uprawnień.

Wykonawca w poz. 3 Wykazu wymienił p. S., a w kol. 3 podał numer uprawnień tego kandydata - POM/0013/PWOE/07 oraz wymienił zadania realizowane od lutego 2006 roku do stycznia 2012 [łącznie 5 zadań] tj.: inwestycje realizowane w okresie „02. 2006-07.2007 SKOK Stefczyka w Gdyni - biurowiec etap I i II”, „07.2007-06.2008 SKOK Stefczyka w Gdyni - biurowiec etap II”; „06.2008-07.2009 Hala Widowiskowo-Sportowa w Gdyni”; „09.2010-02.2011 Stadion Arka w Gdyni” oraz „02.2011-01.2012 Budowa Pawilonu Konferencyjno-Wypoczynkowego w Ośrodku Wypoczynkowym "Muza" w Juracie.”

Zamawiający do obliczania 5 letniej praktyki zawodowej p. Sławomira S. przyjął, tak jak podał w toku rozprawy, wszystkie zadania podane pod pozycją 3 kolumna 3.

Przystępujący wykonawca, dla potwierdzenia tego warunku przedłożył dodatkowo na rozprawie świadectwa pracy, informujące o zatrudnieniu w podmiotach, realizujących, [co nie było kwestionowane przez Odwołującego], te inwestycje. Świadectwa te informowały o zatrudnieniu od 22-01-2006 do 30-09-2007 na stanowisku kierownika projektów oraz kierownika instalacji – w okresie, w którym kandydat nie posiadał uprawnień budowlanych, oraz o zatrudnieniu od 1-10 – 2007 do 31-05-2008 na stanowisku kierownika kontraktu, a do 30 czerwca 2009 na stanowisku Kierownika kontraktu LV. Z kolei świadectwa dla dwóch pozostałych inwestycji [09.2010-02.2011 oraz 02.2011-01.2012] - o fakcie zatrudnienia u wykonawcy, nie wymieniając inwestycji z którymi wiązało się zatrudnienie.

Izba stwierdza, że – w okolicznościach niniejszej sprawy – wykonawca Dekpol sp. z o.o. przedkładając w toku rozprawy informacje o wskazanym kandydacie [p. Siwku] nie potwierdził wymaganego warunku zgodnie z sekcją III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu. W zakresie trzech pierwszych zadań, p. S. nie potwierdził sprawowania samodzielnej funkcji technicznej, w rozumieniu warunku z Ogłoszenia o zamówieniu, a w przypadku pierwszego z projektów - kandydat nie posiadał nawet stosownych do tego uprawnień wymaganych przepisami prawa i tego postępowania. W zakresie dwóch pozostałych inwestycji [Stadion Arka w Gdyni oraz Budowa Pawilonu Konferencyjno-Wypoczynkowego w Ośrodku Wypoczynkowym „Muza” w Juracie] przedkładane świadectwa pracy – tak jak podała Izba - potwierdzają tylko fakt zatrudnienia, ale nie potwierdzają sprawowania samodzielnych funkcji technicznych (kierownika robót, kierownika budowy, inspektora nadzoru) na tych obiektach.

Izba dodatkowo zwraca uwagę, że p. Siwek składając wyjaśnienia w piśmie z dnia 5 stycznia 2014 r. - przedłożonym na rozprawie przez wykonawcę Dekpol - poinformował o kierowaniu robotami elektrycznymi na budowie „Hali Widowiskowo-Sportowej w Gdyni”, jednakże przedłożone świadectwo nie potwierdza takiej okoliczności.

W konkluzji Izba stwierdza, że wykonawca Dekpol sp. z o.o. nie potwierdził doświadczenia p. Siwka, wymaganego w sekcji III. 2. 3) Ogłoszenia, w zakresie wskazanym powyżej i tym samym zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp w tym zakresie podlega uwzględnieniu.

W odniesieniu do tych informacji Izba uznała, że nie można uznać, że są one obiektywnie nieprawdziwe i tym samym ich złożenie dla potwierdzenia warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu uzasadniałoby zastosowanie art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Tak jak podnosi się w doktrynie i orzecznictwie, nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem faktycznym, odbiegają od rzeczywistości. Izba stwierdza, że z literalnego brzmienia przepisu art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, można wnosić, że wykluczenie z postępowania następuje, niezależnie od tego, czy złożenie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę było działaniem intencjonalnym, czy też skutkiem niestaranego działania, wymaganego od profesjonalnego podmiotu, chociażby przepisami kodeksu cywilnego, w tym art. 355 kc. w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Zatem rodzaj zawinienia (umyślność czy nieumyślność) na gruncie normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie jest okolicznością prawnie relewantną i tym samym przepis ten może dotyczyć zarówno umyślnego jak i nie umyślnego działania.

Izba, w tym stanie faktycznym sprawy, miała także na uwadze art. 45 ust.2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE, który to przepis także – zdaniem Izby –powinien stanowić wskazówkę interpretacyjną dla omawianej podstawy wykluczenia, wskazując na element zawinienia wykonawcy [w brzmieniu: "Jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji"], jednakże stanowiąc o zawinieniu w poważnym wprowadzeniu w błąd zamawiającego.

W tej sprawie Izba wskazuje również na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który z kolei nakazuje zamawiającemu wystąpienie z żądaniem do wykonawcy uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, jeżeli zawierają błędy. Zatem ustawodawca, także w prawie krajowym, zezwolił na poprawienie dokumentów oraz oświadczeń wiedzy i woli składanych w ofercie, nawet gdy będą zawierały informacje niezgodne z rzeczywistością.

Zdaniem Izby, wobec podnoszonych okoliczności prawnych, można postawić tezę, że podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu tylko taki wykonawca, który przekazuje [celem wykazania spełniania warunku, w tym przypadku przez p. S.]informacje niezgodne z rzeczywistością, mając świadomość nieprawdziwości takich informacji, w celu uzyskania korzyści [uzyskanie zamówienia] oraz podejmując czynności zmierzające obiektywnie do ukrycia rzeczywistego stanu rzeczy.

Zdaniem Izby w stanie faktycznym tej sprawy należy przyjąć, że podane informacje w poz. 3 Wykazu były skutkiem błędnej interpretacji warunku z sekcji III. 2.3) Ogłoszenia o zamówieniu.

W tym przypadku, Izba stwierdza, że już w Wykazie załączonym do oferty wykonawca przede wszystkim wskazał na uprawnienia budowlane wydane w roku 2007, i tym samym można przyjąć, że powołując się na wskazane zadania, warunek z sekcji III. 2. 3) Ogłoszenia odnosił także do pełnionych funkcji, innych niż samodzielne funkcje techniczne, o których także stanowi wskazany art. 12 ust.1 ustawy – Prawo budowlane.

Izba zwraca także uwagę, że w wezwaniu - w piśmie z dnia 3 grudnia 2013 r. - Zamawiający powołał się zarówno na art. 26 ust.2 ustawy Pzp jak i na art. 87 ust.1 tej ustawy Pzp, z tym że w części dotyczącej kandydata p. S. [jak i innych osób wymienionych w tym Wykazie pod poz. 2, 5,7,8,9 i 10] powołał się wyłącznie na art. 87 ust.1 tej ustawy Pzp żądając w pkt II.1 pisma uściślenia (...) do miesięcy poszczególnych lat posiadanej praktyki zawodowej (...).

W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca złożył takie wyjaśnienie uściślając zgodnie z żądaniem „do miesięcy poszczególnych lat posiadanej praktyki zawodowej” z użyciem wzorca tabeli.

Izba zwraca także uwagę, że Zamawiający nie określił w specyfikacji, w tym w załączniku nr 5, jakie dane powinien wykonawca podać dla udokumentowania 5.0 letniej praktyki zawodowej kandydatów.

W okolicznościach faktycznych sprawy fakt wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp - odnośnie danych z Wykazu i ich przedłożenie z użyciem tego formularza nie może - zdaniem Izby – prowadzić do wniosku, że wykonawca Dekpol sp. z o.o. złożył nieprawdziwe informacje. Także użycie formularza Wykazu dla składania wyjaśnień nie pozbawiło wykonawcy Dekpol sp. z o.o. do korzystania z procedury przewidzianej art. 26 ust.4 oraz art. 26 ust.3 ustawy Pzp, która w odniesieniu do oferty tego wykonawcy nie została zastosowana.

Izba zwraca także uwagę, że w niniejszej sprawie – w tych okolicznościach faktycznych i w szczególności wobec błędnej interpretacji warunku z sekcji III. 2.3) Ogłoszenia o zamówieniu –dokonując badania oferty wykonawcy Dekpol sp. z o.o.nie można wyłącznie oprzeć się na informacjach podanych w Wykazie osób. Przedstawiane także dowody zarówno przez wykonawcę Dekpol sp. z o.o. jak i Odwołującego nie potwierdzają spornego warunku. Oparcie się tylko na danych z Wykazu prowadziłoby w konsekwencji do akceptacji oferty wykonawcy, co do którego warunek udziału w postępowaniu w zakresie osoby, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, [co do wymaganego doświadczenia zawodowego] nie został de facto potwierdzony, bądź do wykluczenia wykonawcy z tego postępowania bez umożliwienia mu złożenia na podstawie art. 26 ust.4 ustawy Pzp wyjaśnień, potwierdzających warunek lub uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

Tym samym, w tym przypadku możliwe jest wezwanie wykonawcy na podstawie art. 26 ust.4 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści tego Wykazu po jego modyfikacji, jak również do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających warunek.

Odnośnie drugiego z warunków z sekcji III. 2.5) Ogłoszenia o zamówieniu – Zamawiający – w spornym zakresie wymagał dla kierownika robót branżowych uprawnień budowlanych bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz

z infrastrukturą telekomunikacyjną do kierowania robotami budowlanymi. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, takie uprawnienia [nr DTT - TU/2188/01/U], wskazany kandydat p. Maciej K. posiada. Izba zwraca uwagę, że uprawnienia wydane zostały z datą 31 lipca 2001 r. i tym samym do wydanej decyzji ma zastosowanie rozporządzenie ministra Łączności z dnia 18 czerwca 2001 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym opublikowane w Dz. U. z dnia 10 lipca 2001 r. i zgodnie z którym przepisy tego rozporządzenia weszły w życie po upływie 7 dni od dnia jego ogłoszenia. Zmiana jego § 1 potwierdziła, że uprawnienia budowlane w telekomunikacji wydane do kierowania robotami budowlanymi, o ile nie zawierają dodatkowych warunków, są także uprawnieniami bez ograniczeń. Odnośnie zarzutu braku specjalności w zakresie telekomunikacji radiowej, Izba zwraca uwagę, na przepis § 2 rozporządzenia ministra łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym, który jednoznacznie stanowi, że uprawnienia budowlane mogą dotyczyć albo telekomunikacji przewodowej, wymaganej w tym postępowaniu albo telekomunikacji radiowej. Tym samym zarzuty skierowane do poz. 5 Wykazu - kandydata p. Macieja K.a – nie podlegają uwzględnieniu.

Rozpoznając zarzut, dotyczący naruszenia art. 8 ust.3 ustawy Pzp w związku z odmową odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Dekpol sp. z o.o., dotyczących rażąco niskiej ceny [pismo z dnia 25 listopada 2013 r.] Izba stwierdza, że zarzut ten podlega uwzględnieniu.

Zamawiający w piśmie z dnia 17 grudnia 2013 r. wskazał, że podstawą nie udostępnienia wyjaśnień wykonawcy Dekpol sp. z o.o. było brak zgody tego wykonawcy na „odtajnienie przedstawionych wyjaśnień”.

W tym przypadku Izba stwierdza, że Zamawiający w piśmie z dnia 13 grudnia 2013 r. wystąpił do wykonawcy Dekpol sp. z o.o. o wyrażenie takiej zgody, podając, że zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [ustawa znk] tylko informacje nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zaznaczył jednocześnie, że za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być uznane informacje, które można uzyskać w dozwolony prawem sposób.

Wykonawca Dekpol sp. z o.o. w odpowiedzi [pismo z dnia 16 grudnia 2013 r.] powołał się na orzecznictwo Izby, cytując intencjonalnie wybrane fragmenty wyroków, nie wskazując jednocześnie, które z podanych informacji w wyjaśnieniach mają wartość wymaganą art. 11



ust.4 ustawy znk. W konkluzji podał, że Zamawiający w dniu wyboru jego oferty zatwierdził zastrzeżenie wykonawcy i tym samym jego decyzja w przedmiocie skutecznego zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w odniesieniu do jego wyjaśnień stała się decyzją ostateczną.

W tym przypadku Izba stwierdza, że w toku badania oferty wykonawcy Dekpol sp. z o.o. to na Zamawiającym, w pierwszej kolejności ciążył obowiązek dokonania oceny zastrzeżenia wyjaśnień pod kątem spełniania wymagań w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, mając na uwadze wyjaśnienia tego wykonawcy zawarte w piśmie z dnia 16 grudnia 2013 r.

Izba podkreśla, że o skuteczności zastrzeżeń, aczkolwiek względnej, można mówić tylko wówczas, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy Pzp lub odrębnych przepisów zobowiązany jest, bez względu na stanowisko wykonawcy, do ich ujawnienia w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba zwraca uwagę, że ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Tym samym to wykonawca zobowiązany jest wykazać, że zgodnie z przepisami prawa zastrzeżone informacje zasługują na ochronę oraz, że wykonawca podjął przewidziane prawem działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji

Izba na marginesie stwierdza, że zastosowanie wskazanego przepisu art. 8 ust.3 ustawy Pzp, uwzględniając jego wykładnię celowościową, możliwe jest także do wyjaśnień, uzyskiwanych w trybie przewidzianych ustawą Pzp, a związanych z treścią oferty, które to wyjaśnienia mogą zawierać chronione ustawo informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Dodatkowo Izba stwierdza, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, także ten wykonawca do wyjaśnień udzielonych na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp zastosował instytucję zastrzeżenia z art. 8 ust.3 tej ustawy.

Izba stwierdza, że zastrzeżeniu, jako tajemnica przedsiębiorstwa, może podlegać cały dokument lub tylko niezbędne fragmenty tych wyjaśnień, czy nawet określone postanowienie w nim zawarte, chyba, że ujawnienie takiego fragmentu [element] informacji stanowiłoby

podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, jednakże ten fakt to wykonawca, powinien wykazać. Ocenie zatem powinien podlegać każdy zastrzeżony dokument, w tym przypadku pismo oraz jego załączniki.

Izba podkreśla, że ochronie w myśl art. 11 ust. 4 ustawy znk podlegają wyłącznie informacje, których ujawnienie godzi w obiektywne interesy przedsiębiorcy, przekraczające ramy danego postępowania. Tym samym skorzystanie z instytucji zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może stanowić metody na uniemożliwienie dostępu do treści oferty konkurującym wykonawcom, celem uniemożliwienia zapoznania się z treścią oferty i oceny jej zgodności z wymaganiami Ogłoszenia oraz specyfikacji, albowiem takie korzystanie z uprawnień zmierzałoby do nieuzasadnionego ograniczenia jawności postępowania.

Zdaniem Izby, w niniejszej sprawie mogą podlegać takiemu zastrzeżeniu tylko, wynikające z treści wyjaśnień, bądź z załączników, poufne informacje o stosowanej technologii lub organizacji przedsiębiorstwa, czy dane o planowanych stopach zysku. Także z takiej ochrony mogą korzystać oferty podwykonawców, zawierające np. warunki cenowe. Jednakże nazwy firm podwykonawczych, zdaniem Izby, w stanie faktycznym sprawy nie podlegają takiej ochronie, albowiem obiektywnie nie mogą być one uznane za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, chociażby z faktu, że ich ujawnienie następuje na etapie realizacji umowy.

Izba stwierdza jednocześnie, że zarzut naruszenia art. 90 ust.3 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem wykonawca w żaden sposób nie wykazał, że wykonawca Dekpol sp. z o.o., nie złożył wyjaśnień, wystarczających dla dokonania oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Za taki dowód nie można uznać braku możliwości wglądu do złożonych wyjaśnień przez Odwołującego i dokonanie takiej oceny tylko w ramach kontroli Zamawiającego.

W konkluzji Izba stwierdza, że w związku z uwzględnieniem, we wskazanym zakresie, zarzutu naruszenia art. 8 ust.3 oraz art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp podlega także uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp, albowiem badanie i ocena ofert, a w konsekwencji wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....

.....

.....