

Sygn. akt: KIO 456/18

**WYROK**  
**z dnia 23 marca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Monika Szymanowska

**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AZI – BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, ul. Odkrywkowa 91, 42 – 504 Będzin i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BANIMEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, ul. Energetyczna 10, 42 – 504 Będzin w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Psary, ul. Malinowicka 4, 42 – 512 Psary

przy udziale wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, ul. Chabrowa 21, 44 – 200 Rybnik zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. oraz art. 91 ust. 1 zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p. i nakazuje zamawiającemu unieważnienie

czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. oraz dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Gminę Psary i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AZI – BUD Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BANIMEX” Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego Gminy Psary na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AZI – BUD Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „BANIMEX” Sp. z o.o. kwotę w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów uiszczzonego wpisu.

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

**Przewodniczący:**

.....

## **U z a s a d n i e n i e**

### **do wyroku z dnia 23 marca 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 456/18**

Zamawiający – Gmina Psary - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa żłobka i przedszkola w Psarach” o numerze postępowania nadanym przez zamawiającego ZP.271.26.2017, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 18 grudnia 2017 r. pod numerem 632900-N-2017, dalej zwane jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), dalej jako „p.z.p.”

W dniu 6 marca 2018 r. zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, zaś 12 marca 2018 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum AZI – BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, ul. Odkrywkowa 91, 42 – 504 Będzin i Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „BANIMEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, ul. Energetyczna 10, 42 – 504 Będzin, dalej zwani jako „odwołujący”.

W odwołaniu, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 p.z.p., postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 p.z.p. poprzez brak wykluczenia przez zamawiającego z postępowania wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. pomimo niespełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej spełnienia warunku wskazanego w rozdziale XIII pkt 3.2 ppkt 3 i 4 SIWZ;
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia SKAR-IO Sp. z o.o. z postępowania, pomimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale XIII pkt 3.2 ppkt 3 i 4 SIWZ;
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. poprzez brak wykluczenia wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. pomimo, iż wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd zamawiającego, w zakresie doświadczenia osób

punktowanego w ramach kryteriów oceny ofert, co miało istotny wpływ na decyzję zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty;

4. art. 91 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p. poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ oraz nie uprawnione przyznanie ofercie wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. zawyżonej/nienależnej liczby punktów w kryterium doświadczenia osób i dokonanie wyboru oferty wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej, pomimo, że nie przedstawia ona najkorzystniejszego bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego;
5. art. 87 ust. 1 p.z.p. poprzez nieuprawnione dopuszczenie złożonych przez SKAR-IO Sp. z o.o. wyjaśnień i formularzy stanowiących jednocześnie zmianę treści oferty oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy;
6. art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SKAR-IO Sp. z o.o. pomimo że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę SKAR-IO Sp. z o.o., dokonania ponownego badania i oceny ofert i w efekcie: a) wykluczenia SKAR-IO Sp. z o.o. z postępowania, względnie odrzucenia oferty SKAR-IO, b) dokonania wyboru oferty konsorcjum, albo c) prawidłowego obliczenia punktacji dla oferty złożonej przez SKAR-IO Sp. z o.o. i w konsekwencji dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Ponadto odwołujący wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, tj. zasądzenie od zamawiającego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 10 000,00 zł wraz z kosztami postępowania według spisu dołączonego ewentualnie na rozprawie.

Uzasadniając swoje stanowisko w zakresie zarzutów dotyczących niespełnienia przez SKAR – IO Sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu o których mowa w rozdziale XIII pkt 3.2 ppkt 3) i 4) SIWZ, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, odwołujący wskazał co następuje.

Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia [SIWZ rozdział XIII pkt 3.2 ppkt 3) i 4]):

3.2 „Skieruje do realizacji zamówienia publicznego osoby, w szczególności odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi, posiadające prawo do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, tj. posiadające ważne uprawnienia budowlane w specjalności:

- 1) (...)
- 2) (...)

- 3) Kierownik robót (min. 1 osoba) – posiada uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji/urządzeń, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej lub innych obowiązujących przepisów;
- 4) Kierownik robót (min. 1 osoba) – posiada uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej lub innych obowiązujących przepisów.”

Wykonawca SKAR-IO Sp. z o.o. na potwierdzenie tego warunku w zakresie pkt 3 i 4 powyżej wskazał na:

- Kierownika robót branży sanitarnej – D. K.,
- Kierownika robót branży elektrycznej – A. P..

W ocenie odwołującego osoby te nie spełniają podstawowego warunku jakiego spełnienia oczekiwał zamawiający, a to okazania się osobami posiadającymi uprawnienia w danej specjalności bez ograniczeń.

Kierownik branży sanitarnej – D.K.;

W zakresie warunków udziału w postępowaniu, określonych przez zamawiającego zgodnie z art. 22 ust. 1b p.z.p., kierownik robót branży sanitarnej winien posiadać uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń, wentylacyjnych, gazowych wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej lub innych obowiązujących przepisów.

Decyzja o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wydanych na podstawie § 5 ust. 2 par. 7 i § 13 ust. 1 pkt 4 lit. a i b rozporządzenie Ministra Gospodarki, Pracy i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. nr 8, poz. 46) stwierdza, że Pan D.S.K. technik budowlany - budownictwo ogólne (wykształcenie średnie) posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonania samodzielnych funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie sieci i instalacji sanitarnych, co nie jest tożsame z pojęciem pełnienia funkcji technicznych bez ograniczeń. (Z. Dzierżewicz, J. Smarż, Uprawnienia budowlane w latach 1928 - 2011 wynikające z Prawa budowlanego przepisów wykonawczych, Warszawa 2011, str. 139 - 141).

Powyższe, w ocenie odwołującego, potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2011 r. o sygn. akt KIO 1361/11, KIO 1369/11, z którego wynika, że skoro tylko osoby posiadające wyższe wykształcenie techniczne mogą uzyskać według aktualnie obowiązujących przepisów uprawnienia nieograniczone to osoby ze średnim wykształceniem technicznym, które wcześniej nabyły uprawnienia mogą je realizować nadal, ale według zasad obowiązujących osoby z tym samym wykształceniem czyli średnim wykształceniem, tj. według aktualnie obowiązujących przepisów w ograniczonym zakresie. Takie stanowisko podziela także Polska Izba Inżynierów Budownictwa. „W związku z powyższym p. A.G. posiadający wykształcenie średnie posiada uprawnienia do oceniania i badania stanu technicznego w zakresie ograniczonym do instalacji wod.- kan. i c.o. – o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych (tj. do nieskomplikowanych rozwiązań konstrukcyjnych - zgodnie ze stanowiskiem Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa i KIO) - czyli w ograniczonym zakresie.” ([https://www.piib.org.pl/?option=com\\_content&task=view&id=467&Itemid=154](https://www.piib.org.pl/?option=com_content&task=view&id=467&Itemid=154)).

Kierownik branży elektrycznej – A.P.;

W zakresie warunków udziału w postępowaniu, określonych przez zamawiającego zgodnie z art. 22 ust. 1b p.z.p., kierownik robót branży elektrycznej posiada uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej lub innych obowiązujących przepisów.

Decyzja o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wydanych na podstawie § 5 ust. 1 pkt 2 i § 6 ust. 4 i § 7 i § 13 ust. 1 pkt 4 lit. d rozporządzenie Ministra Gospodarki, Pracy i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. nr 8, poz. 46 z późn.) stwierdza, że Pan A.P. technik elektryk posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonania samodzielnych funkcji kierownika budowy i robót w specjalności sieci i instalacji elektrycznych, co nie jest tożsame z pojęciem pełnienia funkcji technicznych bez ograniczeń.

Decyzja o stwierdzeniu przygotowania zawodowego w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie sieci instalacji elektrycznych o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, uzyskana zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 4 lit. d rozporządzenie Ministra Gospodarki, Pracy i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, upoważnia do wykonywania samodzielnych funkcji kierownika budowy i robót w zakresie określonym w decyzji tj. do:

- 1) Kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz kontrolowania stanu technicznego obiektów w zakresie instalacji elektrycznych, napowietrznych i kablowych linii energetycznych, stacji i urządzeń elektroenergetycznych o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych,
- 2) Sporządzania w budownictwie jednorodinnym, zagrodowym oraz innych budynków o kubaturze do 1000m<sup>3</sup> projektów instalacji elektrycznych.

Decyzja ta upoważnia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w ograniczonym zakresie (Z. Dzierżewicz, J. Smarż, Uprawnienia budowlane w latach 1928 - 2011 wynikające z Prawa budowlanego przepisów wykonawczych, Warszawa 2011, str. 150- 155).

Zgodnie z wyrokiem KIO z dn. 31.08.2010 r. o sygn. 1752/10 obowiązujące w dniu 07.11.1984 r. rozporządzenie Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 1975 r. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.) w § 5 ust. 2 stanowi, że osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogą pełnić funkcje techniczne, o których mowa w ust. 1, wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno - budowlaną, a osoby, o których mowa w ust. 1 pkt 3 i 4 - wyłącznie przy wykonywaniu robót budowlanych objętych danym rzemiosłem.

Choć powyższe rozporządzenia nie posługuje się pojęciem „uprawnienia bez ograniczeń”, wprowadzonym do obrotu prawnego wraz z wejściem w życie rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 30 grudnia 1994 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 1995 r. Nr 8, poz. 38) nie ulega wątpliwości, iż tego rodzaju pojęcie funkcjonowało w nomenklaturze branżowej. Tego rodzaju rozróżnienie funkcjonowało już w rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 16 lutego 1928 r. o prawie budowlanym i zabudowaniu osiedli (Dz. U. z 1928 r. Nr 23, poz. 202), które wprowadzało ograniczenia w pełnieniu technicznych funkcji w zakresie budownictwa dla osób posiadających wykształcenie średnie techniczne. Zatem użycie, zarówno w decyzji potwierdzającej uzyskanie uprawnień budowlanych, jak również w treści przepisów, które zostały przywołane w powyższej decyzji zwrotu „o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych” powoduje, iż niezależnie od użytej w rozporządzeniu Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie terminologii mamy do czynienia z uprawnieniami budowlanymi w ograniczonym zakresie. Ponadto, w ocenie Izby, bez znaczenia dla powyższego rozstrzygnięcia ma fakt, wykazywany przy pomocy powołanych przez Zamawiającego i Przystępującego środków dowodowych, że

dokumentacja projektowa w zakresie branży elektrycznej zawiera opracowania projektowe o powszechnie znanych rozwiązaniach. Tym samym, zdaniem Izby, w odniesieniu do zarzutu podniesionego w treści odwołania oraz argumentacji Przystępującego i Zamawiającego bez znaczenia jest okoliczność, czy osoba przewidziana na stanowisko kierownika robót elektrycznych ma odpowiednie uprawnienia budowlane do pełnienia funkcji kierownika robót nad robotami mieszczącymi się w zakresie przedmiotu zamówienia. Bez znaczenia jest również, podnoszona przez Przystępującego okoliczność, braku adekwatności tego warunku w rozumieniu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Warunek powyższy jest bowiem wiążący dla Zamawiającego i wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Jego wyeliminowanie z postępowania mogło nastąpić jedynie poprzez wniesienie środka ochrony prawnej wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Żaden z wykonawców nie skorzystał z powyższego uprawnienia. Na etapie oceny ofert znaczenie nadrzędne w tym zakresie mają postanowienia SIWZ, nie zaś ocena uprawnień z punktu widzenia ich adekwatności w odniesieniu do przedmiotu zamówienia” (Krajowa Izba Odwoławcza z dn. 31.08.2010 r. o sygn. akt 1752/10).

Podsumowanie: Zasada nadawania uprawnień w określonym zakresie od początku wydawania uprawnień była niezmienna - osoby z wyższym wykształceniem technicznym odpowiednim dla danej specjalności mogły uzyskać uprawnienia budowlane bez ograniczeń, natomiast osoby ze średnim wykształceniem technicznym lub z wyższym wykształceniem, ale pokrewnym dla danej specjalności mogły uzyskać uprawnienia jedynie w ograniczonym zakresie. Zatem zgodnie z § 5 ust. 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46 ze zm.), na podstawie którego A. Ż. uzyskał uprawnienia budowlane, osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogły uzyskać uprawnienia do pełnienia funkcji obejmujących kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót, w tym również do projektowania w zakresie instalacji sanitarnych z ograniczeniami do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych. Konkludując, organ stwierdził, że w omawianym okresie nie występowały uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie w ujęciu formalnym, lecz w ujęciu materialnym. O fakcie ograniczenia uprawnień decydowała zatem każdorazowo treść decyzji o nadaniu uprawnień budowlanych, a nie jej nazwa. Dlatego organ nie zgodził się z twierdzeniem, że treść decyzji nadającej uprawnienia A. Ż. w sposób klarowny i zrozumiały wskazywała, że posiada on uprawnienia bez ograniczeń. (..) W ocenie Sądu w okolicznościach tej sprawy za słuszne należy uznać stanowisko organu. Na wstępie należy podkreślić, że w sprawie nie budzi wątpliwości okoliczność braku wymaganych w przeprowadzonej przez stronę skarżącą



procedurze w trybie ustawy o zamówieniach publicznych uprawnień A. Ż.. Ustalić należało, czy strona skarżąca dopełniła należytej staranności, aby tą okoliczność zbadać." - Wyrok I SA/Bk 828/15 z dnia 2016-02-16 ([http://ilot.edu.pl/wp-content/uploads/2016/07/Uniewa%C5%BCnienie-post%C4%99powania-51\\_ZA\\_AZAZ\\_2016.pdf](http://ilot.edu.pl/wp-content/uploads/2016/07/Uniewa%C5%BCnienie-post%C4%99powania-51_ZA_AZAZ_2016.pdf)).

W zakresie zarzutów dotyczących wadliwej oceny oferty wykonawcy SKAR – IO Sp. z o.o. w kryterium oceny ofert - doświadczenie osób, o którym mowa w rozdziale XIII pkt 3.3 kryterium 3, odwołujący podniósł jak niżej.

1) Doświadczenie punktowane dla kierownika budowy;

Odwołujący przytoczył treść kryterium dla kierownika budowy, w którym nastąpiła sporna ocena i wskazał, że na potwierdzenie doświadczenia osób, którymi dysponuje wykonawca SKAR-IO Sp. z o.o. na stanowisko kierownika budowy została wskazana pani E.S.. Na punktowane zadania w ramach ww. kryterium zostały wskazane m.in. następujące inwestycje:

1. przebudowa Pałacu w Rzuchowie przy ul. Rybnickiej 66 - Kapitałny remont dachu wraz z wymianą konstrukcji poszycia, obejmująca: przebudowę ścian i stropów, izolację fundamentów, roboty wykończeniowe. Wykonano obiekt o kubaturze 3600 m<sup>3</sup>, a proponowany kierownik budowy pani E.S. nadzorowała w/w roboty;
2. przebudowa Centrum Handlowego „NORD” w Rybniku przy ul. Chabrowej 21, obejmująca: dobudowę skrzydła o pow. 400 m<sup>2</sup>, adaptację wewnątrz pod obiekty typu: salon rowerowy, sklep „Żabka”, Fitness, termomodernizację i prace wykończeniowe. Wykonano obiekt o kubaturze 15000 m<sup>3</sup>, a proponowany kierownik budowy pani E.S. nadzorowała w/w roboty;

Następnie odwołujący argumentował, że powyżej zacytowane opisy dotyczące wskazanych inwestycji zostały nadane przez SKAR-IO Sp. z o.o. dopiero w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Z treści oferty nie sposób było wywnioskować żadnych konkretnych danych dotyczących wskazanych zadań. Inwestycje wskazane przez wykonawcę SKAR-IO Sp. z o.o. w celu uzyskania punktów w przedmiotowym postępowaniu, nie spełniają wymagań punktowanych postawionych przez zamawiającego.

W odniesieniu do pierwszej inwestycji - przebudowy Pałacu w Rzuchowie, odwołujący podniósł, że w ramach zadania wykonano remont dachu (część budynku) w budynku o kubaturze 3600 m<sup>3</sup>, tymczasem zamawiający postanowił przyznać wykonawcy punkty za doświadczenie zdobyte podczas budowy lub robót (...) na obiekcie kubaturowym o kubaturze co najmniej 3 000 m<sup>3</sup>. Zatem, w ocenie odwołującego, remont części budynku nie może zostać uznany za wykonanie budowy/robót, zgodnie z warunkiem postawionym przez zamawiającego.

W stosunku co do drugiej inwestycji - przebudowa Centrum Handlowego „NORD”,

odwołujący stwierdził, że przebudowa centrum polegała na dobudowie skrzydła o pow. 400 m<sup>3</sup> (czyli budowa) oraz w pozostałym zakresie adaptacji wewnątrz pod obiekty. Zaś postawione kryterium było jednoznaczne i nie budzi wątpliwości na gruncie prawa budowlanego, gdyż w ustawie zostały zawarte definicje legalne budowy oraz robót budowlanych:

- zgodnie z art. 3 pkt 6) oraz pkt 7) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t. j. Dz. U. 2017 poz. 1332 z późn. zm.) przez budowę - należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego natomiast przez roboty budowlane - należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego;
- pojęcie adaptacji nie wchodzi w zakres definicji budowy lub robót budowlanych, co potwierdza orzecznictwo sądów - zgodnie z wyrokiem WSA w Bydgoszczy z 13.01.2011 r. (sygn. akt II SA/Bd 449/10) prawo budowlane nie zawiera definicji legalnej adaptacji, w związku z czym należy sięgnąć do definicji słownikowej. Zgodnie z słownikiem języka polskiego adaptacja oznacza „przystosowanie czegoś niż pierwotnie użytku”. Przez adaptację należy zatem rozumieć przystosowanie czegoś, co już istnieje. Adaptacją nie może być budowa, rozbudowa, nadbudowa, przebudowa, gdyż są to różne pojęcia zdefiniowane przez prawo budowlane.

Powyższe, zdaniem odwołującego, oznacza, że remont części budynku czy adaptacja obiektu nie może być uznana za spełniająca wymagania postawionego kryterium i uprawniająca zamawiającego do przyznania punktów. Zatem oferta wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. nie powinna otrzymać maksymalnej ilości punktów w tym kryterium jak mogłoby to mieć miejsce przy wskazaniu 5 poprawnych inwestycji. W ocenie odwołującego w tym kryterium ewentualnie mógłby otrzymać 6 punktów za 3 wskazane inwestycje.

2) Doświadczenie punktowane dla kierownika robót w branży drogowej;

Odwołujący zacytował treść kryterium dla kierownika robót w branży drogowej, w którym nastąpiła sporna ocena i podniósł, iż na potwierdzenie doświadczenia osób, którymi dysponuje wykonawca SKAR-IO Sp. z o.o. na stanowisko kierownika robót - branży drogowej został wskazany pan A.J. Na punktowane zadania w ramach ww. kryterium została wskazane m.in. następujące inwestycje:

1. przebudowa drogi powiatowej nr K1948 w powiecie Myśliwieckim,
2. przebudowa drogi wojewódzkiej nr 966 w zakresie budowy chodnika wraz z odwodnieniem, remontem.

W ocenie odwołującego ww. inwestycje wskazane przez wykonawcę SKAR-IO Sp. z o.o.

w celu uzyskania punktów w przedmiotowym postępowaniu, nie spełniają wymagań kryterium punktowanego postawionego przez zamawiającego. W kryterium tym zamawiający, według odwołującego, wskazał na wymóg budowy infrastruktury drogowej. Zgodnie z art. 3 pkt 6) oraz pkt 7) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t. j. Dz. U. 2017 poz. 1332 z późn. zm.) przez budowę - należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Prawo budowlane zawiera więc definicję legalną budowy, gdzie nie została wymieniona przebudowa. Przebudowa została zaliczona do zakresu robót budowlanych (roboty budowlane - należy przez to rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego).

Powyższe oznacza, według odwołującego, że przebudowa obiektu nie może być uznana za spełniająca wymagania postawionego kryterium i uprawniająca do przyznania punktów, zatem oferta wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. nie powinna otrzymać maksymalnej ilości punktów w tym kryterium - w ocenie odwołującego wykonawca mogłoby otrzymać maksymalnie 3 punkty, a nie jak zostało to przyznane przez zamawiającego 5 punktów.

3) Doświadczenie punktowane dla kierownika robót w branży sanitarnej;

Na wstępie rozważań odwołujący wskazał na treść kryterium dla kierownika robót w branży sanitarnej, w stosunku co do którego zamawiający dokonał oceny i stwierdził, że dla wypełnienia rzeczowego kryterium i dla spełnienia warunku podstawowego wykonawca SKAR – IO Sp. z o.o. wskazał tę samą osobę tj. pana D.K. Z przyczyn wskazanych we wcześniejszej części odwołania w zakresie tego kierownika, oczywistym jest, w ocenie odwołującego, że osoba ta nie spełnia również wymagań punktowanych. Kierownik ten jak zostało to wcześniej wykazane - pan D.K., posiada uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie. Zaś zgodnie ze wskazanymi powyżej kryteriami oceny ofert zamawiający w specyfikacji wymagał, by osoba wskazana na kierownika punktowanego nie zależnie od ilości wymaganych zadań okazała się też odpowiednimi uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń. W związku z tym, iż SKAR-IO Sp. z o.o. nie wypełniło już podstawowego warunku w zakresie kierownika robót sanitarnych bez znaczenia pozostaje ilość wskazanych inwestycji, gdyż jasnym jest, iż w tym kryterium wykonawca SKAR-IO Sp. z o.o. winien otrzymać 0 punktów.

4) Doświadczenie punktowane dla kierownika robót w branży elektrycznej;

Odwołujący zacytował treść kryterium oceny ofert dla kierownika robót w branży elektrycznej i wskazał, że dla oceny w przedmiotowym kryterium i dla spełnienia warunku podstawowego wykonawca SKAR – IO Sp. z o.o. wskazał tę samą osobę tj. pana A.P. Zatem z przyczyn wskazanych we wcześniejszej części odwołania w zakresie tego

kierownika, oczywistym dla odwołującego jest, że osoba ta nie spełnia również wymagań punktowanych. Kierownik ten jak zostało to wcześniej wykazane - pan A.P., posiada uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie. Zgodnie ze wskazanymi powyżej kryteriami oceny ofert zamawiający w specyfikacji wymagał, by osoba wskazana na kierownika punktowanego nie zależnie od ilości wymaganych zadań okazała się też odpowiednimi uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń. W związku z tym, iż wykonawca SKAR-IO Sp. z o.o. nie wypełnił już podstawowego warunku w zakresie kierownika robót elektrycznych bez znaczenia pozostaje ilość wskazanych inwestycji, gdyż jasnym jest, iż w tym kryterium SKAR-IO Sp. z o.o. winien otrzymać 0 punktów.

Zarzuty dotyczące niezgodności oferty wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. z treścią SIWZ oraz nieuprawnionego dokonania modyfikacji treści oferty po terminie składania ofert, odwołujący uzasadnił w sposób następujący.

Zgodnie z treścią formularza ofertowego zamawiający wymagał by wykonawcy w sposób precyzyjny wskazywali inwestycje na które się będą powoływali przy wykazywaniu spełnienia kryteriów punktowych dla poszczególnych osób. Następnie odwołujący zacytował treść formularza ofertowego w zakresie doświadczenia personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia w pkt 7.1 – 7.4 w szczególności wskazując na okna formularza nakazujące podanie parametrów inwestycji.

W dalszej części uzasadnienia zarzutu odwołujący stwierdził, że w treści formularza ofertowego wykonawca SKAR-IO Sp. z o.o. poprzestał na lakonicznym wskazaniu nazw inwestycji, na których to wskazane przez niego osoby pełniły dane funkcje techniczne. Z przywołanych opisów brak było możliwości stwierdzenia jakie konkretnie roboty i w jakich ilościach były wykonywane. Intencją zamawiającego, w opinii odwołującego, było aby wykonawcy podali te dane w sposób możliwie precyzyjny, by w trakcie oceny ofert możliwym było stwierdzenie czy podane inwestycje dla poszczególnych osób wypełniają postawione kryteria. Tym samym wykonawca SKAR-IO Sp. z o.o. złożył ofertę nie zgodną z treścią SIWZ. Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący zacytował fragment wyroku Izby z 14 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1345/17.

Następnie odwołujący wskazał, iż potwierdzeniem wątpliwości zamawiającego co do treści złożonej oferty jest fakt, iż pismem z 25.01.2018 r. zamawiający zwrócił się do SKAR-IO Sp. z o.o. z wnioskiem o złożenie wyjaśnień co do treści złożonej oferty. Z tych też względów oferta wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. winna zostać odrzucona jako nie spełniająca wymagań SIWZ. Abstrahując od powyższego, w ocenie odwołującego, wykonawca SKAR-IO Sp. z o.o. pismem z 29.01.2018 r. dokonał nieuprawnionej modyfikacji treści złożonej oferty. W załączeniu do przedmiotowego pisma wykonawca ten dołączył fragment formularza ofertowego w zakresie kadry punktowanej, gdzie dokonało uzupełnienia

brakujących elementów jakie były wymagane w SIWZ. Z tych też względów oferta SKAR-IO Sp. z o.o. winna zostać odrzucona.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości i obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztami dojazdu, zgodnie z przedłożonym na rozprawie spisem kosztów.

Na wstępie pisma procesowego zamawiający przypomniał stan faktyczny sprawy i stwierdził, że zarzuty postawione przez odwołującego są bezpodstawne i nieuzasadnione.

W zakresie zarzutu nr 1, dotyczącego niespełnienia przez wykonawcę SKAR-IO Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale XIII pkt 3.2. ppkt 3 i 4 SIWZ, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający przypomniał treści zapisów dokumentacji postępowania dot. warunku oraz treści oferty wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. – wykonawca wskazał w ofercie: kierownika robót branży sanitarnej – D. K. w zakresie pkt. 3.2 ppkt 3 i kierownika robót branży elektrycznej – A. P. w zakresie pkt. 3.2. ppkt 4 rozdziału XIII SIWZ.

Następnie zamawiający podniósł, że wykonawca SKAR-IO Sp. z o.o. 12 lutego 2018 r. wraz z wyjaśnieniami skierowanymi do zamawiającego przedstawił poświadczoną za zgodność z oryginałem kserokopie uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie osób, które zostały skierowane do realizacji przedmiotowego zamówienia, w tym:

1. uprawnienia pana D.K. - osoba wskazana w ofercie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności sanitarnej pkt 3.2 ppkt 3 SIWZ.

Zamawiający wskazał, że osoba ta posiada uprawnienia „wydane przez Urząd Wojewódzki z dnia 10.04.1987 r. w formie decyzji o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wydanej na podstawie § 5 ust. 2 par. 7 i § 13 ust. 1 pkt 4 lit. a i b rozporządzenie Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8 poz. 46) stwierdzającej, że pan D.S.K. technik budowlany - budownictwo ogólne, posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnych funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie sieci i instalacje sanitarne i upoważnia do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania elementów instalacji i sieci oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie instalacji oraz sieci: wodociągowych, kanalizacyjnych i ciepłych uzbrojenia terenu - o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych.”

W ocenie zamawiającego, wobec treści warunku udziału w postępowaniu opisanego w SIWZ oraz regulacji w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, należy za błędne i niezasadne uznać stanowisko odwołującego jakoby użycie w opisie warunku zwrotu „bez ograniczeń” oznaczało wymaganie przedstawienia uprawnień budowlanych w określonym zakresie bez jakichkolwiek ograniczeń. Zdaniem zamawiającego uprawnienia wydane pod rządami aktualnie obowiązujących przepisów winny być „bez ograniczeń” w zakresie przez te przepisy określonym, natomiast uprawnienia wydane uprzednio mogą zawierać jakiegokolwiek ograniczenia występujące ówczesnie w porządku prawno - administracyjnym pod warunkiem, że nie są to ograniczenia odpowiadające dokładnie ograniczeniom obecnym (kubaturowym), lub ograniczenia te nie są ograniczeniami uniemożliwiającymi posiadającej je osobie sprawowanie funkcji technicznych w budownictwie w zakresie wymaganym na danym przedmiocie zamówienia, czyli wykonywania prac, do których warunek powinien referować.

Zatem w ocenie zamawiającego niecelowym jest hipotetyczne i teoretyczne porównywanie przez odwołującego nadawanych niegdyś i obecnie uprawnień. Przy wszystkich różnicach terminologicznych i historycznych dotyczących ich regulacji wymaganie równości i absolutnej odpowiedniości uprawnień prowadziłoby jedynie do ograniczenia konkurencji w opisach warunków udziału w postępowaniu i w trakcie prowadzenia postępowań przez dyskryminację wykonawców dysponujących osobami zdolnymi do wykonania danego przedmiotu zamówienia, a posiadającymi uprawnienia wydane na podstawie uchylonych przepisów. Ponadto zdaniem zamawiającego uwzględniając treść warunku przez jego związek z przedmiotem zamówienia wprost stwierdzić należy, iż za spełniające warunek zamawiającego muszą być uznane osoby posiadające uprawnienia budowlane we wskazanym przez zamawiającego zakresie umożliwiające wykonanie prac objętych przedmiotem zamówienia. Zatem jedynym racjonalnym sposobem interpretacji spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osób sprawujących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie i wymaganej w warunkach odpowiedniości uprawnień wydawanych niegdyś i obecnie, jest stwierdzenie czy uprawnienia te umożliwiają wykonywanie danych robót.

Mając na uwadze powyższe zamawiający stwierdził, że uprawnienia pana D.K. należy uznać za wystarczające do kierowania robotami budowlanymi przewidzianymi do realizacji przez zamawiającego. W dokumentacji projektowej nie występują żadne roboty budowlane, które wychodziłyby poza powszechnie znane rozwiązania konstrukcyjne. Nadto na uprawnienia pana K. należy również spojrzeć przez pryzmat jego doświadczenia zawodowego - z którego niezbicie wynika, że kierował i nadzorował wiele inwestycji o podobnym zakresie robót, które zostały zatwierdzone przez organy nadzoru budowlanego.

W dalszej części odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że dysponuje opinią z dnia 22.02.2018 r. wydaną przez Śląską Okręgową Izbą Inżynierów Budownictwa (znak pisma: 206/PW/18; ZKK/0056-2/18-(8)), z której wynika, że pan D.K. może pełnić funkcje kierownika robót na wskazanej inwestycji.

Reasumując, według zamawiającego „niezasadne, nielogiczne i niezgodne z przepisami oraz doktryną byłoby uznanie, że pan D.K. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu ponieważ nie posiada uprawnień bez ograniczeń, przy jednoczesnej wiedzy, że na wolnym rynku gospodarczym, gdzie liczą się faktycznie posiadane uprawnienia, wiedza i doświadczenie, nadzoruje i kieruje robotami budowlanymi o porównywalnym zakresie robót i nie budzi to żadnych zastrzeżeń organu nadzoru budowlanego. Analizując dotychczasowe orzecznictwo (za i przeciw) zamawiający przychylił się do argumentacji z Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonej w Uchwale z dnia 17 lutego 2017 r. KIO/KD 7/17, która została zacytowana poniżej.”

2. uprawnienia pana A.P. - osoba wskazana w ofercie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności elektrycznej pkt 3.2. ppkt 4 SIWZ.

Zamawiający stwierdził że „pan A.P. posiada uprawnienia wydane przez Urząd Wojewódzki w Katowicach z dnia 2 września 1992 r. stwierdzające przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na podstawie § 5 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 § 6 ust. 4 i § 7 i § 13 ust. 1 pkt. 4 lit. d, rozporządzenie Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8 poz. 46) z późn.zm (Dz. U. Nr 69) 91 ppoz. 299 ) stwierdzające, że pan A.P. technik elektryk, posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnych funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie sieci i instalacji elektrycznych i jest upoważniony do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów sieci i instalacji elektrycznych oraz oceniania i badania stanu technicznego instalacji elektrycznych, napowietrznych i kablowych linii energetycznych, stacji i urządzeń elektroenergetycznych - o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych.”

Następnie zamawiający podkreślił, że biorąc pod uwagę treść warunku udziału w postępowaniu opisanego w SIWZ oraz regulacje w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, należy za błędne i niezasadne uznać stanowisko odwołującego jakoby użycie w opisie warunku zwrotu „bez ograniczeń” oznaczało wymaganie przedstawienia uprawnień budowlanych w określonym zakresie bez jakichkolwiek ograniczeń. W ocenie zamawiającego uprawnienia wydane pod rządami aktualnie obowiązujących przepisów winny być „bez ograniczeń” w zakresie przez te przepisy określonym, natomiast uprawnienia wydane uprzednio mogą zawierać jakiekolwiek

ograniczenia występujące ówczasie w porządku prawno - administracyjnym pod warunkiem, że nie są to ograniczenia odpowiadające dokładnie ograniczeniom obecnym (kubaturowym), lub ograniczenia te nie są ograniczeniami uniemożliwiającymi posiadającej je osobie sprawowanie funkcji technicznych w budownictwie w zakresie wymaganym na danym przedmiocie zamówienia, czyli wykonywania prac, do których warunków powinien referować. Zatem zdaniem zamawiającego niecelowym jest hipotetyczne i teoretyczne porównywanie, przez odwołującego, nadawanych niegdyś i obecnie uprawnień. Przy wszystkich różnicach terminologicznych i historycznych dotyczących ich regulacji wymaganie równości i absolutnej odpowiedniości uprawnień prowadzioby jedynie do ograniczenia konkurencji w opisach warunków udziału w postępowaniu i w trakcie prowadzenia postępowań przez dyskryminację wykonawców dysponujących osobami zdolnymi do wykonania danego przedmiotu zamówienia, a posiadającymi uprawnienia wydane na podstawie uchylonych przepisów. Zaś przy uwzględnieniu treści warunku przez jego związek z przedmiotem zamówienia, zdaniem zamawiającego, wprost stwierdzić należy, iż za spełniające warunek zamawiającego muszą być uznane osoby posiadające uprawnienia budowlane we wskazanym przez zamawiającego zakresie umożliwiające wykonanie prac objętych przedmiotem zamówienia.

W dalszej kolejności zamawiający stwierdził, że „jedynym racjonalnym sposobem interpretacji spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego osób sprawujących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie i wymaganej w warunkach odpowiedniości uprawnień wydawanych niegdyś i obecnie, jest stwierdzenie czy uprawnienia te umożliwiają wykonywanie danych robót. W ocenie zamawiającego uprawnienia pana A.P. należy uznać za wystarczające do kierowania robotami budowlanymi przewidzianymi do realizacji przez zamawiającego. W dokumentacji projektowej nie występują żadne roboty budowlane, które wychodziłyby poza powszechnie znane rozwiązania konstrukcyjne. Ponadto na uprawnienia Pana A.P. należy również spojrzeć przez pryzmat jego doświadczenia zawodowego z którego niezbiecnie wynika, że kierował i nadzorował wiele inwestycji o podobnym zakresie robót, które zostały zatwierdzone przez organy nadzoru budowlanego.”

Zamawiający dodał również, że dysponuje opinią z dnia 22.02.2018 r. wydaną przez Śląską Okręgową Izbą Inżynierów Budownictwa (znak pisma: 206/PW/18; ZKK/0056-2/I8-(8)), z której wynika, że pan A.P. może pełnić funkcje kierownika robót na wskazanej inwestycji.

W konsekwencji powyższego w ocenie zamawiającego „niezasadne, nielogiczne i niezgodne z przepisami oraz doktryną byłoby uznanie, że pan D.K. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu ponieważ nie posiada uprawnień bez ograniczeń, przy jednoczesnej wiedzy, że na wolnym rynku gospodarczym, gdzie liczą się faktycznie posiadane uprawnienia, wiedza i doświadczenie, nadzoruje i kieruje robotami budowlanymi



o porównywalnym zakresie robót i nie budzi to żadnych zastrzeżeń organu nadzoru budowlanego. Analizując dotychczasowe orzecznictwo (za i przeciw) zamawiający przychylił się do argumentacji z Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonej w Uchwale z dnia 17 lutego 2017 r. KIO/KD 7/17, która została zacytowana poniżej.”

W dalszej części swojego pisma procesowego zamawiający odniósł się do „zarzutów dotyczące kryterium oceny ofert (doświadczenie osób) SIWZ - rozdział XXV pkt 3.3 Kryterium 3”.

Po przypomnieniu stanu faktycznego sprawy i danych złożonych w ofercie przez wykonawcę SKAR-IO Sp. z o.o. zamawiający, w zakresie doświadczenia pani E.S. – osoba wskazana w ofercie wykonawcy jako kierownik budowy posiadający uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno - budowlanej - podniósł co następuję.

„Należy z całą stanowczością podkreślić, że to na podstawie złożonej oferty tj. oświadczenia złożonego na formularzu oferty, w zakresie wykazanego w niej doświadczenia pani E.S. zamawiającym przyznał wykonawcy SKAR-IO maksymalną liczbę punktów jaka była możliwa do przyznania w oparciu o kryterium oceny ofert. Z żadnego zapisu SIWZ i załączników nie wynika dla wykonawcy SKAR-IO obowiązek szczegółowego opisanie i podania kubatury obiektu, który był nadzorowany przez panią E.S. Również z żadnego zapisu SIWZ i załączników nie wynika, że zamawiający wymagał, aby kierownik budowy nadzorował budowę o kubaturze co najmniej 3.000m<sup>3</sup>. Tylko w przypadku kiedy Wykonawca wykonał szerszy zakres usług/robót wskazanego zadania, zobowiązany był do podania m<sup>3</sup>. Jednak z takim przypadkiem do czynienia tutaj nie mamy.” Kolejno zamawiający zacytował fragment odwołania ze str. 9 oraz wskazał, że twierdzenia odwołującego są błędne i pozbawione uzasadnienia.

W ocenie zamawiającego wyłącznie w rozdziale XIII pkt 3 ppkt 3.1. Uwaga. pkt 2) SIWZ zamawiający zdefiniował, co rozumie pod pojęciem „obiekt kubaturowy”. W żadnym innym miejscu SIWZ nie wprowadzono ograniczenia terminologicznego/słowniczka, któremu przypisano by znaczenie pojęć użytych np. w ustawie prawo budowlane, co czyni odwołujący. Ponadto, gdyby zaakceptować tok rozumowania zapisów SIWZ przyjęty przez odwołującego, zdaniem zamawiającego, należałoby zatem wskazać „na formularz ofertowy pkt 7 ppkt 7.1 gdzie zgodnie z wytycznymi zamawiającego obowiązkiem wykonawcy było podanie: imienia i nazwiska (osoby skierowanej do realizacji zamówienia); zakresu wykonywanych czynności przy realizacji wskazanego zamówienia; nazwy zadania; obiektu o kubaturze co najmniej 3.000m<sup>3</sup>, dla którego wydane było pozwolenie na budowę i która została ukończona (bez wymogu podania kubatury obiektu i jego budowy); podmiot na rzecz którego usługi zostały wykonane; oraz podania czy roboty budowlane były prowadzone na podstawie: pozwolenia na budowę lub zezwolenia / zgłoszenia wymagające

pełnienia funkcji kierownika budowy / kierownika robót". Zaś zgodnie z art. 3 pkt 7), 7a) oraz 8) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. 2017 poz. 1332 z późn. zm.) przez roboty budowlane należy rozumieć: „Art. 3. Ilekroć w ustawie jest mowa o: - 7) robotach budowlanych - należy przez to rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego; - 7a) przebudowie - należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego; - 8) remoncie - należy przez to rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym."

Wobec wyżej wskazanego przykładu zamawiający stwierdził, że wykazał, że nie chodziło o „budowę” tak jak sugeruje to odwołujący, a o „roboty budowlane”, w definicji której mieści się również „przebudowa”. Tak więc, w ocenie zamawiającego, wykonawca SKAR-IO Sp. z o.o. wykazując doświadczenia pani E.S. polegające na - przebudowie, budowie i remoncie (zgodnie z formularzem ofertowym) powinien być otrzymać maksymalną liczbę punktów w kryterium, co zamawiający mu przyznał.

Zamawiający podniósł również, że jego obowiązkiem jest ocena ofert w ustanowionych kryteriach w sposób literalnie wynikający z ich treści. Rozszerzająca lub zawężająca wykładnia doprowadziłaby do naruszenia zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co dotyczy również odwołującego. Wobec powyższego zamawiający sprzeciwia się interpretacji czy wręcz nadinterpretacji zapisów SIWZ dokonanej przez odwołującego, gdyż to odwołujący w sposób nieliteralny interpretuje treści kryteriów oceny ofert, kiedy zamawiający nie jest uprawniony do zmiany treści SIWZ po upływie terminu składania ofert - zachowanie takie jest wprost zakazane przez ustawę (art. 38 ust. 4b p.z.p.). Zatem oceniając ofertę wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. zamawiający był zobowiązany do przestrzegania literalnej treści kryteriów oceny ofert, wynikiem czego spółka otrzymała maksymalną liczbę punktów. Dokonując wykładni w sposób nieodnoszący się bezpośrednio do treści kryteriów zamawiający naruszyłby przepisy ustawy. Tym samym zamawiający wybierając najkorzystniejszą ofertę zobligowany był do ścisłej interpretacji kryteriów oceny ofert, które określił w SIWZ, a wykonawca SKAR-IO Sp. z o.o. miał prawo oczekiwać, że otrzyma maksymalną liczbę punktów w przedmiotowym kryterium. Dokonanie oceny ofert na podstawie kryterium oceny ofert, dla którego przyjęto by odmienny sposób oceny niż określony w SIWZ naruszałby art. 91 ust. 1 p.z.p. Na poparcie swojego

stanowiska zamawiający zacytował fragment wyroku Izby z 16.02.2017 r. o sygn. akt KIO 249/17. Zamawiający dodał również, że fakt zwrócenia się do wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. z wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ nie miał żadnego znaczenia dla przyznanych zgodnie z kryterium oceny ofert punktów.

W stosunku co do doświadczenia pana A.J. – osoba wskazana w ofercie wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. jako kierownik robót posiadający uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi – zamawiający, po przytoczeniu treści warunku i treści oferty, wskazał jak niżej.

Zamawiający podniósł, że to na podstawie złożonej oferty w zakresie wykazanego w niej doświadczenia pana J. przyznał Wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. maksymalną liczbę punktów, jaka była możliwa do przyznania w oparciu o kryterium oceny ofert. Zamawiający przyjął, że skoro wykonawca SKAR-IO Sp. z o.o. oświadczył w formularzu oferty, że wykonał zadania: poz. 1 - Przebudowa drogi, droga powiatowa nr K 1948; poz. 2 - Przebudowa drogi, droga wojewódzka nr 966, to w ich zakres wchodziła robota budowlana obejmująca budowę infrastruktury drogowej (drogi, chodniki, parkingi).

Następnie zamawiający wskazał, że „musi w sposób literalny oceniać oferty pod kątem ustanowionych kryteriów. Rozszerzająca lub zawężająca wykładnia doprowadziłaby do naruszenia zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dotyczy to również odwołującego. Dlatego też Zamawiający z całą stanowczością sprzeciwia się interpretacji czy wręcz nadinterpretacji zapisów SIWZ przez odwołującego. To właśnie odwołujący Nieliteralnie interpretuje treści kryteriów oceny ofert, a zamawiający nie jest uprawniony do zmiany treści SIWZ po upływie terminu składania ofert. Zachowanie takie jest wprost zakazane przez ustawę (art. 38 ust. 4b p.z.p.). Oceniając ofertę wykonawcy SKAR-IO, zamawiający był zobowiązany do przestrzegania literalnej treści kryteriów oceny ofert. Wynikiem tego wykonawca SKAR-IO otrzymał maksymalną liczbę punktów. Dokonując wykładni w sposób nieodnoszący się bezpośrednio do treści kryteriów, zamawiający naruszyłby przepisy ustawy. Za argumentacją zamawiającego przemawia orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej - wyrok z dnia 16.02.2017 r., KIO 249/17. Zamawiający wybierając najkorzystniejszą ofertę zobligowany był do ścisłej interpretacji kryteriów oceny ofert, które określił w SIWZ. Wykonawca SKAR-IO miał prawo oczekiwać, że otrzyma maksymalną liczbę punktów w przedmiotowym kryterium. Dokonanie oceny ofert na podstawie kryterium oceny ofert, dla którego przyjęto by odmienny sposób oceny niż określony w SIWZ naruszałby art. 91 ust. 1 p.z.p. Zwrócenie się do wykonawcy SKAR-IO z wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ nie miało żadnego znaczenia dla przyznanych zgodnie z kryterium oceny ofert punktów.”

W dalszej części odpowiedzi na odwołanie zamawiający odniósł się do ocenionego w kryterium doświadczenie, wskazanego w ofercie wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o.

kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności sanitarnej bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi pana D.K.. Zamawiający stwierdził, że zarzuty postawione w stosunku co do doświadczenia ww. osoby, w zakresie za który zamawiający przyznawał dodatkowe punkty zgodnie z kryterium doświadczenie personelu, są błędne i niezasadne. Dalej wskazano: „W myśli argumentacji przedstawionej w pkt I ppkt 1 pan D.K. spełnia warunek udziału w postępowaniu i posiada wymagane przez zamawiającego uprawnienia budowlane, tym samym zamawiający miał prawo i obowiązek ocenić wskazane doświadczenie, w wyniku czego przyznał maksymalną liczbę punktów w kryterium oceny ofert. Przyznanej punktacji odwołujący nie podważa.”

W stosunku co do wskazanego w ofercie wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane w branży elektrycznej bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi - pana A.P., za którego doświadczenie zamawiający przyznawał wykonawcy dodatkowe punkty w kryterium doświadczenie personelu, zamawiający podniósł, że zarzuty w tym zakresie są błędne i niezasadne. Następnie stwierdzono: „W myśli argumentacji przedstawionej w pkt I ppkt 2 pan A.P. spełnia warunek udziału w postępowaniu i posiada wymagane przez zamawiającego uprawnienia budowlane, tym samym zamawiający miał prawo i obowiązek ocenić wskazane doświadczenie, w wyniku czego przyznał maksymalną liczbę punktów w kryterium oceny ofert. Przyznanej punktacji odwołujący nie podważa.”

W odpowiedzi na zarzuty dotyczące niezgodności z treścią SIWZ oraz nieuprawnionego dokonania modyfikacji treści oferty po terminie składania ofert zamawiający uznał za błędne i niezasadne.

Według zamawiającego nie dokonał on „nieuprawnionej modyfikacji” formularza ofertowego, gdyż wyjaśnienia złożone przez wykonawcy nie prowadziły do zmiany treści oferty, a jedynie do jej wykładni. Dokonując oceny oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający posiada uprawnienia wynikające z poszczególnych przepisów ustawy, ale i obowiązki jakie nakłada na niego ustawodawca. Właśnie takim przepisem jest art. 87 ustawy, gdzie ustawodawca przyznał zamawiającemu prawo ale i nałożył na zamawiającego obowiązek. Zamawiający dokonał wyjaśnienia treści oferty w granicach i z poszanowaniem prawa, skorzystał z uprawnienia ustawowego wynikającego z art. 87 ust. 1 p.z.p. i nie ingerował w treść złożonej oferty wykonawcy, zaś złożone wyjaśnienia zamknęły się w granicach oświadczenia woli złożonego przez wykonawcę na formularzu oferty - wyjaśnienia wykonawcy nie miały żadnego wpływu na przyznane zgodnie z kryterium oceny ofert punkty. Ponadto zamawiający argumentował, że jego czynność polegająca na wezwaniu wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści złożonej oferty znajduje swoje poparcie w orzecznictwie KIO i Sądów Okręgowych

oraz zacytował fragmenty wyroków Izby: z 21 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2574/17; KIO 2576/17, z 27 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2383/17, z 15 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2322/17, z 27 października 2017 r. KIO 2143/17, oraz Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 30 marca 2010 r. sygn. akt X Ga 7/10.

Tak określone, na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p., zarzuty i stanowiska stron określiły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem *a contrario* musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu zostały zawarte. Izba jest zatem związana przedstawionymi zarzutami i co do zasady nie może orzekać w zakresie szerszym niż wskazano w odwołaniu, co jednak nie oznacza związania Izby podstawą prawną wskazaną przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Izba jest zatem uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechania zamawiającego wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy i nie budzą jakichkolwiek wątpliwości (*vide* wyrok KIO z 26.04.2012 r., sygn. akt KIO 711/12).

Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związaną go bezpośrednio z zarzutami, które odwołujący stawia zachowaniu zamawiającego był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby (tak KIO w wyrokach: z 08.12.2015 r., sygn. akt KIO 2598/15; z 09.09.2016 r., sygn. akt KIO 1610/16) jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (tak Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 17 lutego 2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15, Sąd Okręgowy w Gdańsku z 25 maja 2012 r. w sprawie o sygn. akt XII Ga 92/12).

W toku postępowania odwoławczego, wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 p.z.p. oraz braku zgłoszenia opozycji stron, dopuszczono do udziału w sprawie - po stronie zamawiającego - wykonawcę SKAR-IO Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, ul. Chabrowa 21, 44 – 200 Rybnik (dalej zwany jako "przystępujący" lub „SKAR-IO Sp. z o.o.”).

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowieniami**

**siwz, korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska przedstawione pisemnie, ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony i dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p. oraz art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności na kanwie wykładni pojęcia wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej przez Sąd Najwyższy – zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu. (tak Sąd Najwyższy w Uchwałach z dnia 17 listopada 2017 r. o sygn. akt III CZP 56/17 oraz sygn. akt III CZP 58/17).

Ponadto Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek materialnoprawnych wskazanych w art. 179 ust. 1 p.z.p., co warunkuje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Jak podniósł odwołujący zaskarżona odwołaniem czynność zamawiającego narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, pozbawiając odwołującego szansy na uzyskaniu zamówienia. Mając na względzie, iż oferta odwołującego plasuje się na drugiej pozycji w ramach bilansu ceny i innych kryteriów oceny ofert ma szansę zostać wybrana przez zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza. Niewłaściwe działanie zamawiającego polegające na zaniechaniu wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. prowadzi tym samym do pozbawienia odwołującego możliwości uzyskania i realizacji zamówienia. Oferta odwołującego jest bowiem ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w niniejszym postępowaniu. Oznacza to tym samym, że odwołujący w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy może ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści, które uzyskałby w związku z realizacją zamówienia.

Izba stwierdziła, iż odwołujący wykazał, a zamawiający nie zakwestionował interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przejawiającego się możliwością poniesienia przez odwołującego szkody, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w szczególności ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania, dostarczonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. oraz art. 91 ust. 1 zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p., zaś konsekwencją uwzględnienia części zarzutów odwołania jest nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. oraz nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W oparciu o określone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia - okoliczności te nie były sporne pomiędzy stronami postępowania:

I. W treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu:

1. Zamawiający przewidział następujący warunek udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej - rozdział XIII pkt 3.2 ppkt 3) i 4) SIWZ (tożsamo sekcja III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu):

wykonawca skieruje do realizacji zamówienia publicznego osoby, w szczególności odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi, posiadające prawo do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, tj. posiadające ważne uprawnienia budowlane w specjalności: 1 (...), 2 (...),

3) kierownik robót (min. 1 osoba) – posiada uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji/urządzeń, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej lub innych obowiązujących przepisów;

- 4) kierownik robót (min. 1 osoba) – posiada uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej lub innych obowiązujących przepisów.
2. Zamawiający w kryterium oceny ofert „doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia” - rozdział XXV pkt 3.3, kryterium 3 oceniał następujące doświadczenie:
- 1) kierownik robót (branża sanitarna) – posiada uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej lub innych obowiązujących przepisów;
  - 2) kierownik robót (branża elektryczna) - posiada uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej lub innych obowiązujących przepisów
- II. W ofercie wykonawcy SKAR- IO Sp. z o.o.:
- 1) w pkt 4 formularza ofertowego, dotyczącego doświadczenia personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia, wskazano:
    - a) 7.1 doświadczenie kierownika budowy – branża konstrukcyjno budowlana – E.S.;
    - b) 7.2 doświadczenie kierownika robót – branża drogowa – A.J.;
    - c) 7.3 doświadczenie kierownika robót – branża sanitarna – D.K.;
    - d) 7.4 doświadczenie kierownika robót – branża elektryczna – A.P.;oraz uzupełniono doświadczenie ww. osób;
  - 2) znajdują się dwa pisemne oświadczenia wykonawcy z 17.01.2018 r. (wypełniony załącznik nr 2 i 3 do SIWZ), że nie podlega on wykluczeniu z postępowania oraz że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ. Oba oświadczenia zawierają treść, że składający je wykonawca oświadcza, „że wszystkie informacje podane w powyższych oświadczeniach są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji.”, podpisane przez prezesa zarządu wykonawcy.



III. Zamawiający prowadził postępowanie wyjaśniające treść oferty przystępującego, w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p.:

1. W dniu 25.01.2018 r. zamawiający zwrócił się do przystępującego o wyjaśnienie, w zakresie doświadczenia kierownika budowy pani E.S., kierownika robót pana A.J., kierownika robót pana D.K., kierownika robót pana A.P., co do podanych w formularzu ofertowym w pkt 7.1, 7.2, 7.2 i 7.4 zadań.

W odpowiedzi na wezwanie pismem z 29.01.2018 r. przystępujący przedstawił zamawiającemu tabele z doświadczeniem ww. osób, z zastrzeżeniem, że wyjaśnienie nie wniosło zmiany treści oferty.

2. W dniu 05.02.2018 r. zamawiający zwrócił się do przystępującego o złożenie wyjaśnień gdyż jak wskazał zamawiający „Informuję, że w trakcie oceny oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu komisja przetargowa powzięła pisemną informację z której wynika, że wykonawca SKAR-IO Sp. z o.o. (...) podał w złożonej ofercie nieprawdziwe informacje. Z pisma wynika między innymi, że w ofercie złożonej przez SKAR-IO, dostrzeżone zostały uchybienia, które winny skutkować wykluczeniem z postępowania lub przynajmniej nie przyznaniem punktów za doświadczenie personelu wyznaczanego do realizacji zadania. (...) z dalszej części pisma zamawiający dowiaduje się, że SKAR-IO podała nieprawdziwe informacje w formularzu oferty w pkt 4, w zakresie poszczególnych osób wskazanych na kierowników poszczególnych branż (...)”.

Zamawiający załączył do wezwania treści pisma z 29.01.2018 r. sporządzonego przez AZI-BUD Sp. z o.o., z którego wynika, że nieprawdziwe informacje dotyczyły osób wskazanych na kierowników poszczególnych branż co do podmiotów na rzecz których wykonano/wykonywano usługi oraz doświadczenia kierownika robót – pana D. K. .

Zamawiający wezwał przystępującego do złożenia „pisemnej odpowiedzi na wszystkie postawione zarzuty wraz z dowodami potwierdzającymi, że podane informacje w złożonej ofercie są prawdziwe. Informuję, że na mocy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału wykonawcę, w stosunku do którego stwierdzi podanie w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.”

W odpowiedzi na wezwanie przystępujący pismem z 12.02.2018 r. potwierdził zadania wskazane w ofercie co do poszczególnych osób, oraz przedłożył dokumenty potwierdzające ich uprawnienia, m.in. co do:

a) pana D.S.K. - „Decyzję o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie” nr UAN.V.8388(29)87, wydaną 10 kwietnia 1987 r. na podstawie § 5 ust. 2, § 7 i § 13 ust. 1 pkt 4 lit. a i b

rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. nr 8 poz. 46), stwierdzającą że pan K. technik budowlany – budownictwo ogólne, posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnych funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno – inżynieryjnej w zakresie sieci i instalacji sanitarnych, do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania elementów instalacji i sieci oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie instalacji oraz sieci: wodociągowych, kanalizacyjnych i ciepłych uzbrojenia terenu - o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych;

b) pana A.P. – „Stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie” nr 640/92, wydane 2 września 1992 r. na podstawie § 5 ust. 1 pkt 2 i ust. 2, § 6 ust. 4 i § 7 i § 13 ust. 1 pkt. 4 lit. d rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. nr 8 poz. 46), stwierdzającą że pan P. technik elektryk, posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno – inżynieryjnej w zakresie sieci i instalacji elektrycznych. Pan A.P. jest upoważniony do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów sieci i instalacji elektrycznych oraz oceniania i badania stanu technicznego instalacji elektrycznych, napowietrznych i kablowych linii energetycznych, stacji i urządzeń elektroenergetycznych - o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, a także sporządzanie w budownictwie jednorodzinym, zagrodowym oraz innych budynków o kubaturze do 1000m<sup>3</sup> projektów instalacji elektrycznych – o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych.

3. W dniu 19.02.2018 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień: „Informuję, że w trakcie oceny wyjaśnień, złożonych na wezwanie zamawiającego z dnia 05.02.2018 r. w sprawie podanie w złożonej ofercie nieprawdziwych informacji, wykonawca złożył dokumenty i oświadczenia (wpływ 12.02.2018 r.) których treść budzi wątpliwości komisji przetargowej. Dokumentami, o których wyjaśnienie wnosi komisja przetargowa są:

1) Decyzja (z dnia 10.04.1987 r.) o stwierdzeniu przygotowania do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wystawiona dla pana D. S. K. (...).” Następnie zamawiający przywołał treść warunku udziału w postępowaniu co do kierownika robót z rozdziału XIII SIWZ pkt 3.2 ppkt 3) i stwierdził:

„Ponieważ ww. warunek udziału w postępowaniu stanowi również kryterium oceny ofert, proszę o jednoznaczne pisemne oświadczenie, że pan K. spełnia w pełnym zakresie wymagania opisane przez zamawiającego w specyfikacji, w szczególności, że posiada uprawnienia bez ograniczeń, w tym uprawnienia w zakresie sieci i instalacji gazowych, które to nie zostały wymienione w przywołanej powyżej decyzji.”

- 2) „Stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie ( z dnia 2 września 1992 r.) wystawione dla pana A.P. (...)”. Następnie zamawiający przywołał treść warunku udziału w postępowaniu co do kierownika robót z rozdziału XIII SIWZ pkt 3.2 ppkt 4) i stwierdził: „Ponieważ ww. warunek udziału w postępowaniu stanowi również kryterium oceny ofert, proszę o jednoznaczne pisemne oświadczenie, że pan P. spełnia w pełnym zakresie wymagania opisane przez zamawiającego w specyfikacji, w szczególności, że posiada uprawnienia bez ograniczeń.”

W odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący pismem z 23.02.2018 r. wskazał: „Informujemy, że panowie D.K. i A.P. posiadają wystarczające uprawnienia budowlane do kierowania robotami odpowiednio dotyczącymi instalacji sanitarnych oraz instalacji elektrycznych. Na potwierdzenie przedstawiamy opinię Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w Katowicach, które w jednoznaczny sposób potwierdza kwalifikacje zawodowe wyżej wymienionych osób. Ponadto informuję, że opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 4 PZP). W omawianym przypadku żądanie dysponowania osobami z uprawnieniami bez ograniczeń świadczy o dokonaniu nieproporcjonalnego w stosunku do zakresu przedmiotu zamówienia sposobu oceny spełnienia warunku, a tym samym taki opis warunku stanowi naruszenie art. 22 ust 4 ustawy PZP oraz dodatkowo powoduje wykluczenie z rynku dużej części grupy zawodowej.”

Z opinii Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dn. 22.02.2018 r. wynika że: „Odpowiadając na zapytanie czy pan D.K. oraz pan A.P. posiadają uprawnienia budowlane upoważniające ich do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie – kierowników robót budowlanych instalacji w obiekcie „żłobek i przedszkole w Psarach” o pow. użytkowej 1500 m<sup>2</sup> Okręgowa Komisja Kwalifikacyjna Śląskiej Izby Inżynierów Budownictwa w Katowicach wyjaśnia (...), że pan K. na podstawie uprawnień budowlanych nr UAN.V.8388(29)87 z 10.04.1987 r. może pełnić funkcję kierownika robót instalacyjnych na wskazanej budowie, a pan P. na

podstawie uprawnień budowlanych nr 640/92 z dnia 2.09.1992 r. może pełnić funkcje kierownika robót elektrycznych na wskazanej budowie.”

W zakresie sporu dotyczącego posiadanych przez pana D.K. i pana A.P. uprawnień, będących podstawą wniesienia zarzutów oznaczonych nr 1, 2, 3 i częściowo 4 w *petitum* odwołania, tj. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 p.z.p. poprzez brak wykluczenia przez zamawiającego z postępowania wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. pomimo niespełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej spełnienia warunku wskazanego w rozdziale XIII pkt 3.2 ppkt 3 i 4 SIWZ; naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia SKAR-IO Sp. z o.o. z postępowania, pomimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale XIII pkt 3.2 ppkt 3 i 4 SIWZ; naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. poprzez brak wykluczenia wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. pomimo, iż wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd zamawiającego, w zakresie doświadczenia osób punktowanego w ramach kryteriów oceny ofert, co miało istotny wpływ na decyzję zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz naruszenia art. 91 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p. poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ oraz nieuprawnione przyznanie ofercie wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. zawyżonej/nienależnej liczby punktów w kryterium doświadczenia osób i dokonanie wyboru oferty wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, pomimo, że nie przedstawia ona najkorzystniejszego bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego; Izba stwierdziła co następuje.

Izba wskazuje, że opisane w pkt III ppkt) 3 a) i b) ustaleń faktycznych dokumenty stwierdzające uprawnienia pana K. i pana P., przedłożone przez przystępującego pismem z 12.02.2018 r. nie spełniają wymogów zamawiającego dotyczących warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w rozdziale XIII pkt 3.2 odpowiednio ppkt 3) i 4) SIWZ oraz nie spełniają wymogu kryterium oceny ofert „doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia”, określonego w rozdziale XXV pkt 3.3, kryterium 3, co do doświadczenia kierownika robót branży sanitarnej i kierownika robót branży elektrycznej.

Z brzmienia wyżej określonych warunku oraz kryterium oceny ofert wynika, że osoby wskazane na kierownika robót branży sanitarnej i kierownika branży elektrycznej powinny legitymować się uprawnieniami budowlanymi w wymaganej specjalności „bez ograniczeń do

kierowania robotami budowlanymi lub odpowiadającymi im uprawnieniami budowlanymi, które zostały wydane na podstawie wcześniej lub innych obowiązujących przepisów”.

Zgodnie z art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r Prawo budowlane "Osoby, które, przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie." Zatem, uprawnienia budowlane uzyskane na podstawie przepisów rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. nr 8 poz. 46) dalej jako „rozporządzenie MGTiOŚ”, uprawniające do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, wydane:

- na podstawie § 5 ust. 2, § 7 i § 13 ust. 1 pkt 4 lit. a i b rozporządzenia MGTiOŚ, o treści, że pan K. technik budowlany – budownictwo ogólne, posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnych funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno – inżynierskiej w zakresie sieci i instalacji sanitarnych, do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania elementów instalacji i sieci oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie instalacji oraz sieci: wodociągowych, kanalizacyjnych i ciepłych uzbrojenia terenu – o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych (vide III ppkt) 3 a) ustaleń faktycznych);
  - na podstawie § 5 ust. 1 pkt 2 i ust. 2, § 6 ust. 4 i § 7 i § 13 ust. 1 pkt. 4 lit. d rozporządzenia MGTiOŚ, o treści że pan P. technik elektryk, posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno – inżynierskiej w zakresie sieci i instalacji elektrycznych, oraz że pan P. jest upoważniony do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów sieci i instalacji elektrycznych oraz oceniania i badania stanu technicznego instalacji elektrycznych, napowietrznych i kablowych linii energetycznych, stacji i urządzeń elektroenergetycznych – o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, a także sporządzanie w budownictwie jednorodzinym, zagrodowym oraz innych budynków o kubaturze do 1000m<sup>3</sup> projektów instalacji elektrycznych – o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych (vide III ppkt) 3 b) ustaleń faktycznych);
- są uprawnieniami budowlanymi w ograniczonym zakresie w ww. specjalnościach.

U podstawy takiego stwierdzenia legła treść ww. dokumentów, potwierdzających uprawnienia obu osób co do ich wykształcenia, zakresu posiadanych uprawnień, zakresu

możliwych pełnionych funkcji, a także na kanwie wskazanych w przedłożonych dokumentach ograniczeniach, w korelacji z podstawą prawną wydanych uprawnień.

Zgodnie z treścią rozporządzenia MGTiOŚ:

- Kierownik robót branża sanitarna (podstawa § 5 ust. 2, § 7 i § 13 ust. 1 pkt 4 lit. a i b):  
§ 5 ust. 2 „Osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogą pełnić funkcje techniczne, o których mowa w ust. 1 [*kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót – przyp. Izba*], wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną, (...)”;  
§ 7 „Osoby posiadające przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnych funkcji obejmujących kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót są uprawnione również w tym samym zakresie do kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz do kontrolowania stanu technicznego obiektów budowlanych”;
- Kierownik robót branża elektryczna (podstawa § 5 ust. 1 pkt 2 i ust. 2, § 6 ust. 4 i § 7 i § 13 ust. 1 pkt. 4 lit. d):  
§ 5 ust. 1 pkt 2 „Do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych obejmujących kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót jest wymagane następujące przygotowanie zawodowe: ukończenie średniej szkoły technicznej, stwierdzone dyplomem lub świadectwem, oraz co najmniej trzyletnia praktyka na budowie”.  
§ 5 ust. 2 „Osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogą pełnić funkcje techniczne, o których mowa w ust. 1, wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną, (...)”.  
§ 6 ust. 3 „Osoby ze średnim wykształceniem technicznym, posiadające przygotowanie zawodowe wymagane do pełnienia funkcji obejmujących kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót w zakresie instalacji sanitarnych i elektrycznych, są uprawnione w budownictwie jednorodzinym, zagrodowym oraz innych budynków o kubaturze do 1000 m<sup>3</sup> również do sporządzania odpowiednio projektów instalacji sanitarnych lub elektrycznych.”  
§ 7 „Osoby posiadające przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnych funkcji obejmujących kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót są uprawnione również w tym samym zakresie do kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz do kontrolowania stanu technicznego obiektów budowlanych.”

Zaś § 13 stanowi o kompetencji wojewody do stwierdzania posiadanego przygotowania zawodowego.

Zatem na podstawie treści powyżej przywołanych podstaw prawnych, na mocy których, wg przedłożonych dokumentów, pan P. i pan K. uzyskali uprawnienia, nie jest możliwym przyjęcie, że osoby te posiadają uprawnienia odpowiadające obecnie unormowanym uprawnieniom bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi, czyli zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 11 września 2014 r. (Dz. U. z 2014 r. poz. 1278 ze zm.), dalej jako „rozporządzenie MliR”:

- Kierownik robót branża sanitarna - § 14 ust. 3 rozporządzenia MliR „Uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, takim jak: sieci i instalacje cieplne, wentylacyjne, gazowe, wodociągowe i kanalizacyjne.”
- Kierownik robót branża elektryczna - § 14 ust. 5 rozporządzenia MliR „Uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, takim jak: sieci, instalacje i urządzenia elektryczne i elektroenergetyczne, w tym kolejowe, trolejbusowe i tramwajowe sieci trakcyjne, sieci trakcyjne metra, wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi zasilania, w tym kolejowej, trolejbusowej i tramwajowej sieci trakcyjnej, sieci trakcyjne metra oraz elektrycznego ogrzewania rozjazdów.”

Ponadto na podstawie załącznika nr 2 do rozporządzenia ww. osoby winny legitymować się wykształceniem wyższym, na odpowiednim wskazanym w załączniku kierunku studiów.

Izba wskazuje, że już literalna treść przepisów na podstawie, których ww. osoby nabyły uprawnienia jednoznacznie wskazuje, że nie są to uprawnienia bez ograniczeń. Następnie, w ocenie Izby, niedopuszczalna jest rozszerzająca wykładnia zakresu uprawnień uzyskanych przez pana P. i pana K., gdyż ich treść należy ocenić w odniesieniu przepisów, na mocy których zostały nadane. Skład orzekający popiera trafne stanowisko wyrażone w wyroku Izby z 13 listopada 2012 r. sygn. akt: KIO 2382/12: „Oceniając zakres uprawnień wydanych na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46 ze zm.) należy mieć na uwadze postanowienie art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn.

zm.), zgodnie z którym osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Ustawodawca z zachowaniem zasady praw nabytych, wykluczył rozszerzającą interpretację co do zakresu uprawnień nabytych przed dniem wejścia w życie ustawy. Z treści tego przepisu nie można również wyprowadzić wniosku o uzyskaniu z mocy prawa uprawnień w szerszym niż wskazany w decyzji o uprawnieniach zakresie. Nie jest możliwa bowiem rozszerzająca interpretacja uprawnień budowlanych (...)

Należy zatem wprost wskazać, że jeśli decyzja nadająca uprawnienia zawierała jednocześnie ich ograniczenie (a tak było w przypadku obu osób, których uprawnienia były sporne w niniejszej sprawie), to były to uprawnienia ograniczone.

Warto przy tym zaznaczyć, że w przedmiocie powyższej problematyki wielokrotnie wypowiadało się orzecznictwo sądownoadministracyjne wskazując, że „Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 290) przewiduje zachowanie uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, ale tylko tych, które zostały stwierdzone stosownym orzeczeniem administracyjnym. O tym, w jakim zakresie dana osoba zachowała uprawnienia budowlane, decyduje treść orzeczenia stwierdzającego nabycie tych uprawnień (por. wyroki: NSA z 1 lutego 1998 r. sygn. akt IV SA 693/96, WSA w Warszawie z 17 maja 2011 r. sygn. akt VII SA/WA 2433/10, WSA w Gdańsku z 22 marca 2007 r. sygn. akt II SA/GD 744/06, WSA we Wrocławiu z 30 listopada 2011 r. sygn. akt II SA/Wr 736/11, WSA w Warszawie z 28 sierpnia 2008 r. sygn. akt VII SA/Wa 761/08).

Zatem przedstawione przez przystępującego dokumenty na okoliczność posiadanych uprawnień dla osób wskazanych na spełnienie warunku udziału w postępowaniu i ocenie w kryterium doświadczenia osób kierowanych do realizacji zamówienia, w ocenie Izby wskazują, że osoby te posiadają uprawnienia w ograniczonym zakresie, zgodnie z treścią przedłożonych dokumentów, według argumentacji zawartej we wcześniejszej części uzasadnienia. Nie jest możliwe dokonane wykładni rozszerzającej opisanych w pkt III ppkt) 3 a) i b) ustaleń faktycznych dokumentów i przyjęcie, że mogą być one ocenione jako dokumenty potwierdzające posiadanie uprawnień bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu i kryterium oceny ofert doświadczenia personelu, zarówno co do kierownika branży sanitarnej jak i kierownika branży elektrycznej. Stanowisko takie znajduje powszechną akceptację w orzecznictwie Izby m.in. w wyrokach: z 27 lipca 2015 r. sygn. akt: KIO 1320/15, 1325/15, 1330/15, z dnia 22 stycznia 2014 r. sygn. akt: KIO 11/14, z 13 listopada 2012 r. sygn. akt: KIO 2382/12, z 17 lipca 2011 r. sygn. akt



KIO: 1361/11, KIO 1369/11, 17 lutego 2011 r., KIO 254/11, z 31 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1752/10.

Ponadto, istotą sporu między stronami było uznanie przez zamawiającego, że przystępujący na podstawie przedłożonych dokumentów i oświadczeń 1) wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu co do zdolności technicznej i zawodowej określony przez zamawiającego w rozdziale XIII pkt 3.2 ppkt 3 i 4 SIWZ, a także że również na tej podstawie 2) zamawiający w sposób właściwy przyznał przystępującemu punkty w kryterium „doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zadania” co do kierowników robót w branży sanitarnej (przyznano 5 punktów) i elektrycznej (przyznano 5 punktów).

Na wstępie rozważań należy zaznaczyć, że nie zasługują na akceptację twierdzenia zamawiającego, że skoro SKAR-IO Sp. z o.o. przedłożyła dokumenty co do kierownika branży sanitarnej i kierownika branży elektrycznej, uprawniające ich do pełnienia funkcji kierowników na budowie będącej przedmiotem zamówienia, to wykazano, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu, a także należy mu przyznać dodatkowe punkty w kryterium oceny ofert doświadczenie personelu.

Po pierwsze przyznawanie wykonawcy dodatkowych punktów w kryterium doświadczenia personelu zamawiający uzależnił od faktu posiadania przez osobę ocenianą w kryterium uprawnień „bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej lub innych obowiązujących przepisów” (*vide* pkt I ppkt 2 ustaleń faktycznych), zarówno co do kierownika branży elektrycznej jak i sanitarnej. Zatem skoro obie osoby wskazane przez przystępującego posiadają uprawnienia, które w aktualnym stanie prawnym odpowiadają uprawnieniom w ograniczonym zakresie, zamawiający nie miał podstaw do przyznania jakichkolwiek dodatkowych punktów za doświadczenie D.K. i A.P. Nie mogła odnieść pozytywnego skutku - sprzeczna wprost z literalną wykładnią brzmienia kryterium - przywołana przez zamawiającego argumentacja, polegająca na powiązaniu przedstawionych dokumentów potwierdzających uprawnienia ww. osób z wystarczającymi do wykonania przedmiotu zamówienia, a tym samym, w ocenie zamawiającego, odpowiednimi w ustanowionym kryterium. Posiadane doświadczenie i uprawnienia obu osób nie są w jakikolwiek sposób związane z przyszłym zamówieniem Gminy Psary.

Zgodnie z wymaganiami zamawiającego, wykonawcy winni wykazać po pierwsze fakt posiadania przez oceniane w kryterium osoby spełnienia wymogu uprawnień bez ograniczeń (lub odpowiadających im uprawnień uzyskanych na podstawie innych/wcześniejszych przepisów), a następnie doświadczenie w pełnieniu odpowiednich funkcji przy realizacji inwestycji, za co otrzymywano dodatkowe punkty. Zatem co najmniej budzi wątpliwość i nie mogła odnieść skutku, uchylającego dokonaną przez zamawiającego wadliwą ocenę

w kryterium, ferowana przez zamawiającego wykładnia kryterium posiadanego doświadczenia - polegająca na próbie połączenia doświadczenia osób wskazanych przez przystępującego na ukończonych inwestycjach z przyszłym zamówieniem, polegającym na budowie żłobka i przedszkola. Ponadto fakt, że wykonywano zadania, na których uprawnienia pana K. i P. były wystarczające do ich realizacji nie powoduje, że osoby te legitymują się uprawnieniami odpowiadającymi uprawnieniom bez ograniczeń, nawet, jak próbował wywieść zamawiający, przy uwzględnieniu, że dla wykonania przedmiotu zamówienia posiadane przez ww. osoby uprawnienia są wystarczające. To do zamawiającego należało wyznaczenie jakie uprawnienia i doświadczenie będą punktowane przy ocenie i zamawiający swoją decyzję w tym zakresie ujął w sposób klarowny, wymagając uprawnień bez ograniczeń. Zamawiający nie był uprawniony do odstąpienia od wprost wskazanego kryterium oceny na etapie oceniania ofert i upatrywania poprawy swojej sytuacji procesowej w twierdzeniu, że finalnie decydujące było nie to, czy dane osoby spełniały sformułowane przez niego wymogi, a to, czy mogły zgodnie z prawem pełnić funkcje kierowników budowy na konkretnej budowie.

Wobec braku spełnienia wymogu kryterium - posiadania „uprawnień bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi lub odpowiadających im uprawnień budowlanych, które zostały wydane na podstawie wcześniej lub innych obowiązujących przepisów” co do wskazanego w ofercie przystępującego kierownika branży sanitarnej – D.K. i kierownika branży elektrycznej – A.P., Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p. poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ oraz nieuprawnione przyznanie ofercie wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. nienależnej liczby punktów w kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zadania, co skutkowało nieprawidłowym wyborem oferty najkorzystniejszej.

Po wtóre proponowana przez zamawiającego wykładnia warunku zdolności technicznej i zawodowej dla kierownika robót branży sanitarnej i branży elektrycznej (*vide* pkt I ppkt 1 ustaleń faktycznych) przez pryzmat przedmiotu zamówienia, nie znajduje oparcia w literalnym brzmieniu warunku i jest sprzeczna z naczelnymi zasadami prawa zamówień publicznych - art. 7 ust. 1 p.z.p.

Izba stwierdziła, że wobec dokonania wykładni językowej spornego warunku, która prowadzi do jednoznacznych rezultatów – zarówno kierownik robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji/urządzeń, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, jak też kierownik robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych – powinni posiadać zgodnie z obecnie obowiązującym stanem prawnym „uprawnienia bez ograniczeń”, zaś kiedy posiadają uprawnienia uzyskane na podstawie uchylonych przepisów, uprawnienia

te powinny odpowiadać (słownik PWN odpowiadać - spełniać określone warunki, być zgodnym z czymś) uprawnieniom bez ograniczeń - przystępujący, poprzez przedłożone oświadczenia i dokumenty, obiektywnie nie wykazał spełnienia spornego warunku (choć przekonywał zamawiającego, że jest inaczej – o czym dalej). Ponadto, na obecnym etapie postępowania, po złożeniu ofert, próba dokonania wykładni warunku przez pryzmat uprawnień wystarczających do wykonania przedmiotu zamówienia (dla którego wystarczą uprawnienia w ograniczonym zakresie, kiedy w warunku zamawiający wymagał uprawnień bez ograniczeń) jest sprzeczna z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Gdyby przyjąć, że dokumenty przedłożone przez przystępującego, odpowiadające obecnie uprawnieniom w ograniczonym zakresie, za wystarczające do spełnienia warunku spowodowałyby to dysproporcję polegającą na niższych wymogach dla wykonawców posiadających personel z uprawnieniami wydanymi na podstawie uchylonych przepisów, przy wymogach warunku znacznie wyższych dla wykonawców, których personel posiada uprawnienia wydane na podstawie obecnie obowiązujących przepisów, co wprost prowadzi do nierównego traktowania wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. Należy również zaznaczyć, że wymóg posiadania uprawnień personelu był oceniany przez zamawiającego w kryterium oceny ofert, gdzie również za tożsamo sformułowane kryterium posiadania uprawnień - „bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej lub innych obowiązujących przepisów”, zamawiający przyznawał wykonawcom dodatkową punktację. Istotnym jest, że punkty były przyznawane na podstawie formularza oferty – tabele z pkt 4 (7.1 – 7.4), gdzie wykonawcy jednocześnie wskazywali personel na spełnienie warunku zdolności technicznej i zawodowej, a które to osoby zamawiający również oceniał w kryterium oceny ofert pn. „doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zadania”. Zatem gdyby przyjąć wykładnię przez pryzmat przedmiotu zamówienia, wskazywaną przez zamawiającego to również oznaczałoby, że w kryterium osoby wyznaczone do realizacji zadania w sposób nieuprawniony otrzymują dodatkowe punkty, kiedy *de facto* posiadają uprawnienia odpowiadające uprawnieniom z ograniczeniami. Takie zachowanie mogłoby być sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji – premiowałoby wykonawców, których personel posiada niższe uprawnienia wydane na podstawie uchylonych przepisów (z ograniczeniami), kiedy punkty w kryterium można uzyskać wyłącznie przy skierowaniu do realizacji inwestycji osób z uprawnieniami bez ograniczeń lub im odpowiadającymi.

Podsumowując, przy analizie i rekonstrukcji wymagań zamawiającego należy mieć na uwadze zachowanie podstawowych zasad konstrukcji kryteriów i warunków oraz zmierzać do ich interpretacji w zgodzie z brzmieniem językowym, ale też przy uwzględnieniu systemowej roli i teleologicznego aspektu naczelnych zasad p.z.p., które są dyrektywami

interpretacyjnymi co do szczegółowych norm p.z.p. – art. 22 ust. 1b pkt 3 p.z.p. oraz art. 91 ust. 1 p.z.p. Przyjęcie innego modelu interpretacyjnego obarczone byłoby wadą przyjęcia *a priori*, że zamawiający, dokonując czynności, nie chciał zachować się zgodnie z prawem. Założenie takie należy zatem z góry odrzucić jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego oraz kryterium minimum staranności zachowywanej w profesjonalnym obrocie.

Mając na uwadze powyższe Izba uwzględniła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p. W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 p.z.p. Izba stwierdziła - przy uwzględnieniu, że zasadne okazały się zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. skutkujące najdalej idącym następstwem, tj. wykluczeniem z postępowania wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. - że naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 p.z.p. nie może prowadzić do nakazania zamawiającemu, zgodnie z art. 26 ust. 3 p.z.p., który przy wykazaniu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu ma zastosowanie, wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów dot. warunku zdolności technicznej lub zawodowej co do uprawnień kierowników robót branży sanitarnej i elektrycznej, gdyż skład orzekający w niniejszej sprawie, popierając jednolite stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, wskazuje, że nie ma możliwości zastąpienia informacji nieprawdziwej, mającej wpływ na wynik postępowania (tutaj spełnienie warunku i przyznanie punktów w kryterium), informacją prawdziwą (tak Izba m.in. w wyrokach: z 4 maja 2017 r. sygn. akt 734/17, z 7 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1004/17, z 19 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1058/17, z 4 października 2017 r. sygn. akt 1987/17, z 10 października 2017 r. sygn. akt 2003/17).

Izba stwierdziła, że znalazły potwierdzenie w ustalonym stanie sprawy zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia SKAR-IO Sp. z o.o. z postępowania, pomimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale XIII pkt 3.2 ppkt 3 i 4 SIWZ, jak również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. poprzez brak wykluczenia wykonawcy SKAR-IO Sp. z o.o. pomimo, iż wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzające w błąd zamawiającego, w zakresie doświadczenia osób punktowanego w ramach kryteriów oceny ofert, co miało istotny wpływ na decyzję zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Wypełniając wymóg wskazany w art. 196 ust. 4 p.z.p. Izba, zgodnie z jednolitą linią orzecniczą, celnie określoną m.in. w wyrokach z 14 marca 2017 r. sygn. akt 348/17, z 18 kwietnia 2018 r. sygn. akt 576/18, z 12 maja 2017 r. sygn. akt KIO 836/17, z 19 czerwca

2017 r. sygn. akt KIO 1058/17, z 10 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1257/17, wskazuje co następuje.

Dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki:

1. przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd,
2. błąd polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu,
3. przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa;

natomiast art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. dla jego zastosowania wymaga łącznego zaistnienia poniższych przesłanek:

1. przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd,
2. przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa,
3. informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Na wstępie rozważań skład orzekający w niniejszej sprawie stwierdza, co do interakcji pomiędzy mającymi zastosowanie podstawami wykluczenia, że hipoteza art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., będąca kwalifikowanym wprowadzeniem zamawiającego w błąd, absorbuje hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy p.z.p.

Następnie Izba przyjmuje, że pierwszą i wspólną przesłanką stwierdzenia, że zastosowanie znajdzie sankcja połączona z wyczerpaniem hipotezy obu ww. przepisów jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, które polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim.

W ocenianym stanie faktycznym stan taki powstał z powodu wprowadzenia zamawiającego przez przystępującego w błąd co do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej w stosunku do uprawnień posiadanych przez przedstawionego w ofercie przystępującego kierownika branży sanitarnej – D.K. i kierownika branży elektrycznej – A.P. (*vide* pkt II ppkt 1) ustaleń faktycznych). Uprawnienia te były również podstawą do przyznania 10 punktów ofercie

przystępującego w kryterium pn. „doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zadania”.

W ustalonym stanie rzeczy na podstawie oferty przystępującego Izba stwierdziła, że oświadczenia przystępującego wskazane w pkt II ppkt 2) ustaleń faktycznych, w powiązaniu z przedstawionymi na wezwanie zamawiającego dokumentami na okoliczność posiadanych uprawnień ww. kierowników, wprowadzają zamawiającego w błąd, gdyż osoby te nie posiadają uprawnień odpowiadających uprawnieniom bez ograniczenia w obecnym stanie prawnym.

Izba ustaliła, na podstawie dokumentacji postępowania, że SKAR-IO Sp. z o.o. ujawnił wprost swoją wiedzę w przedmiocie tego, że przedstawione przez spółkę osoby wymagań zamawiającego nie spełniają. Warto zauważyć, że w toku czynności podejmowanych w postępowaniu, stanowisko przystępującego było bardzo płynne i składał on wszelkie wymagane przez zamawiającego oświadczenia – nie tylko w oświadczeniach złożonych w ofercie potwierdzał on spełnienie przedmiotowego warunku, przy faktycznym braku wymaganych uprawnień - zamawiający prowadził postępowanie wyjaśniające, w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. (szczegółowo opisane w pkt III ppkt 1 - 3 ustaleń faktycznych), gdzie pismem z 29.01.2018 r. przystępujący złożył ponowne oświadczenie o spełnieniu rzeczowego wymagania, zaś pismem z 12.02.2018 r. na pytanie zamawiającego wprost, że wobec podejrzania, że przystępujący podał nieprawdziwe informacje (*vide* pkt III ppkt 2) ustaleń faktycznych) przystępujący oświadczył, że „wszystkie osoby wskazane w pkt 4 oferty posiadają stosowne uprawnienia (...) więc podważanie ich kwalifikacji zawodowych przez naszą konkurencję jest bezpodstawne.” i załączył kserokopie uprawnień ww. osób wskazanych w ofercie na kierownika branży sanitarnej i branży elektrycznej.

W wezwaniu zamawiającego z 19.02.2018 r., po otrzymaniu dokumentów potwierdzających uprawnienia ww. kierowników, zamawiający zażądał od przystępującego wyjaśnień (zgodnie z treścią ustaleń faktycznych pkt III ppkt 3), czy pan K. spełnia warunek udziału w postępowaniu co do kierownika robót z rozdziału XIII SIWZ pkt 3.2 ppkt 3): „Ponieważ ww. warunek udziału w postępowaniu stanowi również kryterium oceny ofert, proszę o jednoznaczne pisemne oświadczenie, że pan K. spełnia w pełnym zakresie wymagania opisane przez zamawiającego w specyfikacji, w szczególności, że posiada uprawnienia bez ograniczeń, (...)”, tożsamo zamawiający zażądał wyjaśnień co do pana P., czy spełnia on warunek udziału w postępowaniu co do kierownika robót z rozdziału XIII SIWZ pkt 3.2 ppkt 4): „Ponieważ ww. warunek udziału w postępowaniu stanowi również kryterium oceny ofert, proszę o jednoznaczne pisemne oświadczenie, że pan P. spełnia w pełnym zakresie wymagania opisane przez zamawiającego w specyfikacji, w szczególności, że posiada uprawnienia bez ograniczeń.”

W odpowiedzi na powyższe wezwanie w piśmie z dnia 23.02.2018 r. prezes zarządu przystępującego (*vide* pkt III ppkt 3) ustaleń faktycznych) wprost wskazał, że „opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (...). W omawianym przypadku żądanie dysponowania osobami z uprawnieniami bez ograniczeń świadczy o dokonaniu nieproporcjonalnego w stosunku do zakresu przedmiotu zamówienia opisu sposobu (...)”. Jednocześnie, w załączonym do wyjaśnień piśmie Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 22.02.2018 r. wskazano wprost, że są one ograniczone („bez skomplikowanych obiektów inżynierskich” i odpowiednie dla kubatury o „pow. użytkowej 1500m<sup>2</sup>”). Oświadczeniem tym przystępujący ujawnił po swojej stronie świadomość, że przedstawione osoby nie spełniają wymagań w zakresie warunków i kryteriów określonych w SIWZ – próbując przy tym zastosować formułę odpowiedzi na inne pytanie niż to, które zostało zadane – przystępujący bowiem wskazał, że panowie D.K. i A.P. posiadają nie uprawnienia bez ograniczeń (a o to pytał zamawiający), a że „posiadają wystarczające uprawnienia budowlane do kierowania robotami odpowiednio (...)”. Przystępujący, aby wzmocnić swoją argumentację, zarzucił zamawiającemu, że wymagania postawione w SIWZ nie są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia – ujawniając w ten sposób, że zna warunki SIWZ, wie, że przedstawione osoby tych warunków nie spełniają, ale uważa on, że spełniać ich nie muszą, ponieważ w jego ocenie postanowienie SIWZ na podstawie którego zamawiający wymagał uprawnień bez ograniczeń jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia (zapominając, że postanowienie to nie zostało w ustawowym terminie zaskarżone i że składając ofertę wyraził zgodę na jego zastosowanie w stosunku do siebie).

Z powyższego, w zestawieniu z brakiem zaskarżenia treści dot. spornego warunku i kryterium oceny ofert ad. doświadczenia personelu, wskazanych w dokumentacji postępowania, a także brakiem zainicjowania jego jakiegokolwiek zmiany w trybie przewidzianym przepisami ustawy jednoznacznie wynika, że SKAR-IO Sp. z o.o. pierwotnie już dysponowała wiedzą, że ustalonego przez zamawiającego warunku nie spełnia, tym samym nie powinna uzyskać punktów w kryterium oceny ofert. Przystępujący jednak, choć był tego – jak wynika wprost z zacytowanych oświadczeń jego reprezentanta w osobie prezesa zarządu, w pełni świadomy, zdecydował się na potwierdzenie faktu dysponowania przez przedstawione osoby uprawnieniami określonymi w SIWZ – a więc nie „dysponowanie uprawnieniami pozwalającymi na kierowanie tą konkretną budową”, a „dysponowanie uprawnieniami bez ograniczeń”. Dokonując tej czynności (odpowiadając twierdząco na zadane przez zamawiającego pytanie, ale z jednoczesną zmianą zakresu odpowiedzi w stosunku do zakresu pytania), przystępujący w sposób ewidentny zmierzał do wywołania u zamawiającego przeświadczenia, że wskazane osoby spełniają wymogi określone

w warunku i kryterium, a zatem, że odpowiedź przystępującego na zadane mu pytanie jest twierdząca.

Mając na uwadze całość zacytowanych oświadczeń, oraz wynikający z dokumentów stan wiedzy przystępującego, z podjętych czynności w sposób jednoznaczny wynika, że przystępujący działał w pełni świadomie i w z góry podjętym zamiarze uzyskania zamówienia poprzez wywołanie u zamawiającego niezgodnego ze stanem faktycznym przekonania, że przedstawione osoby dysponują uprawnieniami bez ograniczeń, pomimo, iż z dokumentów przedstawionych przez przystępującego na okoliczność posiadanych uprawnień, jednoznacznie wynikało, że tak nie jest. Przystępujący swój zamiar zrealizował i wywołał u zamawiającego przekonanie, że w istocie warunki określone w SIWZ spełnia – nigdy nie podejmując żadnych czynności, aby stan błędu wywołany po stronie zamawiającego uchylić.

Powyższe okoliczności wskazują, że fakt podania informacji nieprawdziwych w oświadczeniach przystępującego został wykazany w sposób niebudzący wątpliwości, zgodnie z wyżej wskazanymi dowodami wynikającymi z akt sprawy, ponadto charakter informacji wprowadzających zamawiającego w błąd dotyczy uprawnień kierowników wskazanych przez przystępującego na wykazywanie spełnianiu warunku udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.), jak też mających wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu – na podstawie tychże informacji zamawiający również przyznawał punkty ofertom w kryterium „doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zadania” – przystępujący uzyskał 10 punktów (art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.). Ponadto jak już Izba stwierdziła powyżej przystępujący działał umyślnie, z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd, poprzez świadome zachowanie ukierunkowane na uzyskanie zamówienia poprzez wywołanie po stronie zamawiającego przekonania, że spełnia warunek udziału w postępowaniu a także, iż powinien uzyskać dodatkowe punkty w kryterium (art. 24 ust. 1 pkt 16), co wypełnia również przesłankę działania w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.), które są mniej ukierunkowanymi typami winy (nieumyślnej, w odróżnieniu od umyślnej, stwierdzonej w niniejszej sprawie).

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania, pomimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale XIII pkt 3.2 ppkt 3 i 4 SIWZ. Zamawiający naruszył również art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. poprzez brak wykluczenia przystępującego, pomimo, iż wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, w zakresie doświadczenia osób punktowanego w ramach kryteriów oceny ofert, co miało istotny wpływ na decyzję zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty.



Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p. w stosunku co do przyznania ofercie przystępującego nienależnej ilości punktów za doświadczenie pani E.S. i pana A.J.

Przystępujący nie wykazał, że w dokumentacji postępowania zamawiający w kryterium doświadczenia personelu oceniał zadania według definicji zawartych w prawie budowlanym. Jak trafnie wskazał zamawiający w żadnym miejscu SIWZ w zakresie oceny w przedmiotowym kryterium nie wprowadzono ograniczenia terminologicznego/słowniczka, któremu przypisano by znaczenie pojęć użytych w ustawie prawo budowlane, a odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

W konsekwencji powyższego Izba nie uwzględniła zarzutów mających swoje źródło w zaprezentowanej przez odwołującego wykładni kryterium doświadczenia punktowanego dla kierownika budowy i doświadczenia punktowanego dla kierownika robót w branży drogowej, gdyż wykładania taka nie znajduje odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania.

Odwołujący nie wykazał również, że zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 p.z.p. poprzez nieuprawnione dopuszczenie złożonych przez przystępującego wyjaśnień i formularzy stanowiących również zmianę treści oferty, co w konsekwencji miałyby prowadzić do zaniechania odrzucenia oferty SKARI-IO Sp. z o.o.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał w jaki sposób doszło do zmiany treści oferty przystępującego, pozostawiając postawiony zarzut gołosłownym. Odwołujący poświęcił wiele uwagi opisując postępowanie wyjaśniające prowadzone przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p., jednakże umknęło jego uwadze, jak słusznie wskazał zamawiający, że jest to jego ustawowe uprawnienie, które może przerodzić się w obowiązek przy powzięciu wątpliwości co do treści oferty. Zatem skoro *a priori* nie wykazano, że doszło do jakiegokolwiek nieuprawnionej zmiany treści oferty, zarzut ten nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony. Ponadto skład orzekający wskazuje, że popiera adekwatne w sprawie stanowisko wyrażone w wyrokach Izby podanych przez zamawiającego tj. wyroki z 21 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2574/17; KIO 2576/17, z 27 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2383/17, z 15 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2322/17, z 27 października 2017 r. KIO 2143/17, oraz Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 30 marca 2010 r. sygn. akt X Ga 7/10. Wobec nie uwzględnienia powyższego zarzutu nie mógł również odnieść pozytywnego skutku związany z nim zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SKAR-IO Sp. z o.o. pomimo że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ, oparty na tych samych okolicznościach faktycznych co zarzut dokonania nieuprawnionej zmiany treści oferty przystępującego, do której zgodnie z ustalonym stanem rozpoznawanej sprawy, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie doszło.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 p.z.p., orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, który należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7a p.z.p., a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy z którym zamawiający zawrze umowę (*vide* postanowienie Sądu Najwyższego z 12 lutego 2014 r. sygn. akt IV CSK 291/13). Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., gdyż wadliwe czynności zamawiającego miały bezpośredni wpływ na przedwczesny wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Rozstrzygnięcie w zakresie kosztów postępowania, stosownie do jego wyniku, wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. w zw. z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 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 ze zm.), obciążając zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w postaci uiszczzonego przez odwołującego wpisu.

**Przewodniczący:**

.....