

Sygn. akt: KIO 1371/21, KIO 1379/21

WYROK

z dnia 29 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2021 r. przez:

- A. wykonawcę **Prokom Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu** (sygn. akt: KIO 1371/21),
- B. wykonawcę **BBC Best Building Consultants spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 1379/21),

w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach,

przy udziale:

- A. wykonawcy **BBC Best Building Consultants spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1371/21 po stronie Zamawiającego,
- B. wykonawcy **Er Grupa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach** zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1371/21 oraz KIO 1379/21 po stronie Zamawiającego,
- C. wykonawcy **Prokom Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1379/21 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołujących: **Prokom Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu** oraz **BBC Best**

Building Consultants spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie i :

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – **Prokom Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu** (sygn. akt: KIO 1371/21) oraz Odwołującego – **BBC Best Building Consultants spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 1379/21) tytułem wpisu od odwołań,
- 2.2 zasądza od Odwołującego – **Prokom Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu** (sygn. akt: KIO 1371/21) na rzecz Zamawiającego – **Zarządu Dróg Miejskich w Gliwicach** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.3 zasądza od Odwołującego **BBC Best Building Consultants spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 1379/21) na rzecz Zamawiającego – **Zarządu Dróg Miejskich w Gliwicach** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1371/21, KIO 1379/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania pn.: Zachodnia Brama Metropolii Silesia - Centrum Przesiadkowe w Gliwicach - roboty budowlane (część po południowej stronie dworca PKP).

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) zwanej dalej "ustawa Pzp" lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 listopada 2020 r. pod nr 2020/S 233-575513.

Odwołanie o sygnaturze akt: KIO 1371/21

W dniu 10 maja 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę PROKOM Construction Sp z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, (zwanego dalej „Odwołującym”), od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu w dniu 8 kwietnia 2021 r. Odwołującego Prokom z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2019.1843 t.j.; dalej: "ustawa Pzp") w związku z bezpodstawnym przyjęciem, że:

- a. Odwołujący działając lekkomyślnie lub niedbale wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie informacji, dotyczących Pana K. B. - osoby wskazanej na stanowisko Inspektora nadzoru w branży drogowej, wskazanych w pkt 1- 4 Formularza ofertowego Odwołującego w części dotyczącej opisu doświadczenia w ramach kryterium oceny ofert określonego w pkt 19.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: "SIWZ") oraz poz. 2 Wykazu osób złożonego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 3.2 SIWZ, które to informacje miały mieć istotny wpływ na wynik postępowania,
- b. Odwołujący działając lekkomyślnie lub niedbale wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie informacji dotyczącej Pana T. P. - osoby wskazanej w poz. 2 Wykazu osób złożonego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 3.3 SIWZ, które to informacje miały mieć istotny wpływ na wynik postępowania,
- a w konsekwencji również uznania oferty Odwołującego 1 za ofertę odrzuconą zgodnie

z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący 1 Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez:

1. bezpodstawne przyjęcie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z uwagi na fakt, że działając lekkomyślnie lub niedbale wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie informacji dotyczących: Pana K. B. - osoby wskazanej na stanowisko Inspektora nadzoru w branży drogowej wskazanych w pkt 1- 4 Formularza ofertowego Odwołującego w części dotyczącej opisu doświadczenia w ramach kryterium oceny ofert określonego w pkt 19.1 SIWZ oraz poz. 2 Wykazu osób złożonego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 3.2 SIWZ, które to informacje miały mieć istotny wpływ na wynik postępowania,
2. bezpodstawne przyjęcie, że Odwołujący działając lekkomyślnie lub niedbale wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie informacji dotyczących Pana T. P. - osoby wskazanej w poz. 2 Wykazu osób złożonego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 3.3 SIWZ, które to informacje miały mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia w dniu 29 kwietnia 2021 r. Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za ofertę odrzuconą; oraz
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; oraz
- 3) dokonanie wyboru oferty Odwołującego 1 jako najkorzystniejszej.

Ponadto, Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

Zamawiający w pkt 8.3. SIWZ wymagał wykazania się od wykonawców dysponowania osobą Inspektora nadzoru branży drogowej (pkt 2) *"posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej (lub posiadającym uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, wydane na podstawie wcześniej obowiązujących*

przepisów, uprawniające do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej) oraz posiadający co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu samodzielnej funkcji technicznej w zakresie posiadanych uprawnień licząc od daty ich uzyskania oraz z doświadczeniem polegającym na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru nad co najmniej dwoma zadaniami obejmującymi budowę, rozbudowę lub przebudowę drogi lub ulicy w klasie technicznej min. Z (zbiorcza) wraz z sygnalizacją świetlną, o wartości nie mniejszej niż 20.000,000 zł brutto każde."

oraz osobą Inspektora nadzoru branży sanitarnej (pkt 3) "posiadającą uprawnienia budowlaną bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz posiadający co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu samodzielnej funkcji technicznej w zakresie posiadanych uprawnień licząc od daty ich uzyskania oraz z doświadczeniem polegającym na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru nad co najmniej dwoma zadaniami obejmującymi budowę lub przebudowę kanalizacji deszczowej o długości co najmniej 1 km o średnicy nie mniejszej niż DN 250 mm (każde) w ramach budowy, rozbudowy lub przebudowy drogi."

3. W pkt 19.1. SIWZ zostało ustanowione kryterium oceny ofert pn. **Doświadczenie zawodowe inspektora nadzoru branży drogowej.** Zamawiający określił następujące zasady punktacji w ramach przedmiotowego kryterium:

„niewskazanie posiadania większego doświadczenia niż wymagane do spełnienia warunku udziału w postępowaniu - 0 pkt

- doświadczenie zawodowe w pełnieniu nadzoru inwestorskiego nad co najmniej trzema zadaniami obejmującymi budowę lub przebudowę drogi min. klasy Z o wartości robót, co najmniej 20 mln PLN brutto z sygnalizacją świetlną, o wartości nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto każde - 10 pkt.
- doświadczenie zawodowe w pełnieniu nadzoru inwestorskiego nad co najmniej czterema zadaniami obejmującymi budowę lub przebudowę drogi min. klasy Z o wartości robót, co najmniej 20 mln PLN brutto z sygnalizacją świetlną, o wartości nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto każde - 20 pkt (Uwaga: doświadczeni[e] powyżej 4 zadań nie będzie dodatkowo punktowane i w takiej sytuacji Wykonawca otrzyma 20 pkt.)"

Jednocześnie w SIWZ Zamawiający nie określił definicji dla pojęcia "sygnalizacja świetlna".

W postępowaniu oferty złożyło 10 wykonawców, w tym Odwołujący.

Zamawiający w dniu 1 lutego 2021 r. uznając ofertę Odwołującego za najwyższą ocenioną wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wyżej wskazane wezwanie Odwołujący w terminie określonym w wezwaniu przedstawił Zamawiającemu żądane dokumenty, w tym Wykaz osób potwierdzający fakt dysponowania przez Odwołującego kadrą spełniającą wymagania SIWZ,

Odwołujący wskazał w Wykazie osób na stanowisko Inspektora nadzoru w branży sanitarnej Pana T. P., gdzie zostało wskazane, że:

"doświadczenie w pełnieniu samodzielnej funkcji technicznej w zakresie posiadanych uprawnień licząc od daty ich uzyskania: 10 lat (proszę wpisać liczbę)

*zadanie nr 1 doświadczenie polegające na pełnieniu **funkcji inspektora nadzoru** nad zadaniem: **Przebudowa ul. Igołomskiej w Krakowie** (wpisać nazwę zadania, które obejmowało budowę/przebudowę (niepotrzebne skreślić), kanalizacji deszczowej o długości co najmniej 1 km (wpisać odpowiednią długość) o średnicy nie mniejszej niż DN 250 mm (wpisać odpowiednią wartość) w ramach budowy/rozbudowy/przebudowy drogi (niepotrzebne skreślić).*

*zadanie nr 2 doświadczenie polegające na pełnieniu **funkcji inspektora nadzoru** nad zadaniem: **Przebudowa DW nr 783** na odcinku Wolbrom - Miechów (wpisać nazwę zadania, które obejmowało budowę/przebudowę (niepotrzebne skreślić), kanalizacji deszczowej*

o długości co najmniej 1 km (wpisać odpowiednią długość) o średnicy nie mniejszej niż DN 250 mm (wpisać odpowiednią wartość) w ramach budowy/rozbudowy/przebudowy drogi (niepotrzebne skreślić)."

W dniu 15 kwietnia 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie: *"W załączonym przez Państwa wykazie osób wskazali Państwo jako zadanie nr 2 usługę, którą świadczył Pan T. P., polegającą na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru nad zadaniem: Przebudowa DW nr 783 na odcinku Wolbrom - Miechów, które to zadanie obejmowało przebudowę kanalizacji deszczowej o długości co najmniej 1 km o średnicy nie mniejszej niż DN 250 mm w ramach przebudowy drogi. Zamawiający jest w posiadaniu informacji, że Pan T. P. nie nadzorował wskazanej inwestycji w branżach odnoszących się do robót dotyczących kanalizacji sanitarnej czy kanalizacji deszczowej o długości co najmniej 1 km i średnicy nie mniejszej niż DN 250 mm."*

Odwołujący w odpowiedzi wskazał, że: "Pan T. P. pełnił funkcję Inspektora nadzoru robót branży sanitarnej nad zadaniem „Przebudowa DW nr 783 na odcinku Wolbrom - Miechów” co wydają się być faktem bezspornym.

Z informacji, z których posiada PROKOM Construction Sp. z o. o. wynika również, iż w ramach inwestycji wykonywana była kanalizacja deszczowa. Nie wchodząc w spór z Zamawiającym informuję, że Pan T. P. posiada znacznie większe doświadczenie niż wskazano

w ofercie, polegające na nadzorowaniu kanalizacji sanitarnej i kanalizacji deszczowej o długości co najmniej 1 km i średnicy nie mniejszej niż DN 250 mm. Przykładami są:

- 1) Budowa odcinka trasy N-S od ul. 1-go Maja do ul. Bukowej w Rudzie Śląskiej wraz z węzłem dwupoziomowym i budową odcinka drogi od ul. Bukowej do ul. Ks. Niedzieli - ul. Nowobukowa" - Inwestor Zastępczy
- 2) „Kanał deszczowy w ul. Kłodnickiej w Rudzie Śląskiej - Halembie. Odcinek KD-1”,
- 3) Porządkowanie gospodarki ściekowej Gminy Knurów - budowa i przebudowa systemów kanalizacyjnych W51 W5A"

Powyższe wskazuje, iż wykonawca nie wprowadził w błąd Zamawiającego co do faktycznie posiadanego doświadczenia Pana T. P., gdyż posiada on wymagane doświadczenie, znacznie większe niż wskazane w ofercie i wymaganiach SIWZ. Wskazane doświadczenie w tabeli wg załącznika nr 9 - Zadanie 2, należy ewentualnie traktować jako błąd. Niniejsze pismo stanowi uzupełnienie oferty w trybie art. 26 ust 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych."

Procedura wyjaśniająca w zakresie doświadczenia Inspektora nadzoru w branży drogowej

Odwołujący w złożonym przez siebie Formularzu ofertowym wskazał na stanowisko Inspektora nadzoru branży drogowej Pana **K. B.** informując, że świadczył on nadzór inwestorski nad następującymi zadaniami:

1. Budowa odcinka trasy N-S od ul. 1-go Maja do ul. Bukowej w Rudzie Śląskiej wraz z węzłem dwupoziomowym i budową odcinka drogi do ul. Bukowej do ul. ks. Niedzieli – ul. Nowobukowa (wpisać nazwę zadania, które obejmowało budowę/~~rozbudowę~~/~~przebudowę~~ drogi/ulicy (niepotrzebne skreślić), w klasie technicznej G, Z (wpisać klasę techniczną drogi) wraz z sygnalizacją świetlną o wartości zadania 54 900 000,00 zł brutto (wpisać odpowiednią wartość).
2. Budowa obwodnicy Jastrzębia w ciągu drogi wojewódzkiej nr 933 wraz z budową 6-ciu wiaduktów kolejowych" (wpisać nazwę zadania, które obejmowało budowę/~~rozbudowę~~/~~przebudowę~~—drogi/ulicy (niepotrzebne skreślić), w klasie

technicznej G (wpisać Masę techniczną drogi) wraz z sygnalizacją świetlną o wartości zadania 50 256 487,22 zł brutto (wpisać odpowiednią wartość).

3. Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku od DK 1 do DK 78, etap I, „Budowa obwodnicy miejscowości Myszków” (wpisać nazwę zadania, które obejmowało budowę/~~rozbudowę/przebudowę~~ drogi/ulicy (niepotrzebne skreślić), w klasie technicznej G (wpisać Masę techniczną drogi) wraz z sygnalizacją świetlną o wartości zadania 92 017 555,02 zł brutto (wpisać odpowiednią wartość).
4. Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 793 na odcinku Żarki - Myszków od km 26+975 do km 32+408” (wpisać nazwę zadania, które obejmowało budowę/~~rozbudowę/przebudowę~~ drogi/ulicy (niepotrzebne skreślić), w klasie technicznej G (wpisać klasę techniczną drogi) wraz z sygnalizacją świetlną o wartości zadania 36 050 468,02 zł brutto (wpisać odpowiednią wartość).

Zamawiający w dniu 1 lutego 2021 r. uznając ofertę Odwołującego za najwyższą ocenioną wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wyżej wskazane wezwanie Odwołujący w terminie zakreślonym w wezwaniu przedstawił Zamawiającemu żądane dokumenty, w tym Wykaz osób potwierdzający fakt dysponowania przez Odwołującego kadrą spełniającą wymagania SIWZ,

Odwołujący wskazał w Wykazie osób na stanowisko Inspektora nadzoru w branży sanitarnej Pana T. P., gdzie zostało wskazane, że (pisownia oryginalna):

- *doświadczenie zarodowe w pełnieniu samodzielnej funkcji technicznej w zakresie posiadanych uprawnień licząc od daty ich uzyskania: 10 lat (proszę wpisać liczbę)*

*zadanie nr 1 doświadczenie polegające na pełnieniu **funkcji inspektora nadzoru** nad zadaniem: Przebudowa ul. Igołomskiej w Krakowie (wpisać nazwę zadania, które obejmowało budowę/przebudowę (niepotrzebne skreślić), kanalizacji deszczowej o długości co najmniej 1 km (wpisać odpowiednią długość) o średnicy nie mniejszej niż DN 250 mm (wpisać odpowiednią wartość) w ramach budowy/rozbudowy/przebudowy drogi (niepotrzebne skreślić).*

*zadanie nr 2 doświadczenie polegające na pełnieniu **funkcji inspektora nadzoru** nad zadaniem: Przebudowa DW nr 783 na odcinku Wolbrom - Miechów (wpisać nazwę zadania, które obejmowało budowę/przebudowę (niepotrzebne skreślić), kanalizacji deszczowej o długości co najmniej 1 km (wpisać odpowiednią długość) o średnicy nie mniejszej niż DN*

250 mm (wpisać odpowiednią wartość) w ramach budowy/rozbudowy/przebudowy drogi (niepotrzebne skreślić)."

Zamawiający w dniu 4 marca 2021 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty dotyczącej doświadczenia zawodowego Inspektora nadzoru branży drogowej. W treści wezwania wskazano, że: *"W złożonej ofercie wskazali Państwo, że Pan K. B. pełnił funkcje inspektora nadzoru inwestorskiego nad zadaniem: "Budowa odcinka trasy N-S od ul. 1-go Maja do ul. Bukowej w Rudzie Śląskiej wraz z węzłem dwupoziomowym i budowa odcinka drogi d ul. Bukowej do ul. Ks. Niedzieli - ul. Nowobukowa", które obejmowało budowę drogi, w klasie technicznej G, i Z wraz z sygnalizacją świetlną o wartości zadania powyżej 20 000 000,00 zł brutto Zamawiający wszedł w posiadanie dokumentów, z których wynika, że w ramach ww. inwestycji nie została wybudowana ani przebudowana sygnalizacja świetlna.*

W zaistniałej sytuacji zamawiający jest zobowiązany zbadać czy ewentualne wprowadzenie w błąd przez Wykonawcę ma charakter umyślny czy nieumyślny, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) celem podjęcia dalszych kroków prawnych."

Powyższe stanowisko Zamawiający obrał na podstawie informacji otrzymanej od inwestora przedmiotowej inwestycji, który potwierdził w dniu 12 marca 2021 r. fakt wykonania świateł ostrzegawczych U-35 przez Odwołującego. W przedmiotowym dokumencie zostało jednakże wskazane, że *w ocenie inwestora sygnalizacja świetlna wykonana na potrzeby tymczasowej organizacji ruchu nie może być utożsamiana z budową/przebudową sygnalizacji świetlnej.*

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący udzielił wyjaśnień, w których wskazał, że (pisownia oryginalna): *"Dokument na który powołuje się Zamawiający, mający świadczyć iż realizacja "Budowy odcinka trasy N-S od ul. 1-go Maja do ul. Bukowej w Rudzie Śląskiej" nie obejmowała budowy sygnalizacji świetlnej, jest nierzetelny lub błędnie interpretowany. Firma Prokom Construction sp. z o.o. (Prokom) realizowała usługę Inwestora Zastępczego podczas realizacji zadania i posiada pełną wiedzę na temat realizowanego zakresu. W załączeniu przekazuję fragment dokumentacji powykonawczej - rozliczenie wykonanych robót budowlanych przez Wykonawcę w zakresie Organizacja ruchu - przejściowa, z której wynika, iż realizacja obejmowała budowę sygnalizacji świetlnej w zakresie sygnalizacji ostrzegawczej, o której mowa w ROZPORZĄDZENIU MINISTRA INFRASTRUKTURY z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów*

drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach (Dz. U. 2019 poz. 2311) załącznik nr 4 pkt 13.1 tiret czwarty. Rozliczenie to dotyczy faktycznie wykonanych robót. Badanie Zamawiającego w kierunku sugerowanego wprowadzenia w błąd przez Prokom jest więc bezprzedmiotowe."

Zamawiający w dniu 22 kwietnia 2021 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień: "W załączonym przez Państwa wykazie wskazali Państwo jako zadanie nr 2 usługę, którą świadczył Pan K. B., polegającą na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru nad zadaniem: Przebudowa ul. Igołomskiej w Krakowie, które obejmowało przebudowę ulicy, w klasie technicznej G wraz z sygnalizacją świetlną o wartości zadania powyżej 20.000.000 zł brutto.

Zamawiający jest w posiadaniu informacji tj. odpowiedź Zarządu Dróg Miasta Krakowa, iż Pan K. B. nie pełnił funkcji inspektora branży drogowej wskazanej inwestycji (pismo w załączeniu).

Dodatkowo Zamawiający jest w posiadaniu oświadczenia Pana K. B., w którym oświadcza, iż do spełniania między innymi warunków oceny ofert posiada wyłącznie dwie inwestycje."

Do wezwania dołączono odpowiedź Zarządu Dróg Miasta Krakowa:

W odpowiedzi na korespondencję z 19 kwietnia 2021 r. dotyczącą przebudowy ul. Igołomskiej w Krakowie, Zarząd Dróg Miasta Krakowa uprzejmie informuje

Ad. 1. Pan K. B. nie pełnił funkcji Inspektora branży drogowej.

oraz oświadczenie Pana B., które zostało złożone na rzecz innego oferenta biorącego udział w przedmiotowym postępowaniu:

- doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru branży drogowej nad zadaniami obejmującymi budowę, rozbudowę lub przebudowę drogi lub ulicy w klasie technicznej min. Z (zbiorcza) wraz z sygnalizacją świetlną, o wartości nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto każde,

oświadczam, że w ramach mojego doświadczenia zawodowego posiadam wyłącznie dwie inwestycje, spełniające w/w kryteria, wyszczególnione poniżej:

1. Budowa odcinka drogi od ul. Daszyńskiego do ul. Rybnickiej w Gliwicach - zachodnia cz. obwodnicy miasta,
2. Budowa południowej części obwodnicy miasta, przebudowa i rozbudowa układu drogowego pomiędzy ul. Boikowską i Pszczyńską w Gliwicach wraz
z infrastrukturą towarzyszącą. Etap II

Odnosząc się do powyższego wezwania Odwołujący wskazał, że: "W odpowiedzi na Państwa pismo nr kor. ZDM.31777.2021 z dnia 22.04.2021r. w sprawie wyjaśnień dotyczących doświadczenia Pana K. B., informuję iż Pan B. pełnił funkcję Inspektora Nadzoru nad zadaniem „Przebudowa ul. Igołomskiej w Krakowie”. Pełnienie funkcji

Inspektora nadzoru na ww. zadaniu Pan B. rozpoczął z dniem 19.04.2017 r. poprzez podpisanie Oświadczenia, które świadczy o przejęciu obowiązków - dowód w załączeniu. Jednocześnie informujemy, iż Zarząd Dróg Miasta Krakowa został wezwany do sprostowania przekazanych informacji.

Przekazane oświadczenie Pana K. B. dotyczy wyłącznie zadań realizowanych dla firmy eR Grupa Sp. z o. o. i nie uwzględnia innych zadań, np. realizowanych dla firmy PROKOM Construction Sp. z o.o."

Do wyjaśnień dołączono dowody potwierdzające fakt wykonywanych przez Pana K. B. nad zadaniem „Przebudowa ul. Igołomskiej w Krakowie”.

Podstawy faktyczne wykluczenia Odwołującego z postępowania

W dniu 29 kwietnia 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty eR Grupa Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Jako uzasadnienie faktyczne wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał, że: "Zamawiający w toku postępowania powziął informacje, iż w ramach jednej z wykazanych inwestycji (pod numerem 1) nie została wybudowana ani przebudowana sygnalizacja świetlna, a jedynie na czas prowadzenia robót w związku z wprowadzeniem tymczasowej organizacji ruchu zostały ustawione światła ostrzegawcze U-35. Indagowany w tej kwestii wykonawca podtrzymując stanowczo swoje stanowisko wyrażone w postaci oświadczenia w ofercie, iż wskazana pod numerem 1 inwestycja obejmowała sygnalizację świetlną, wprowadził zamawiającego w błąd, ponieważ wykazywanie się ustawieniem światel ostrzegawczych jakimi są U-35 w tymczasowej organizacji ruchu podczas wykonywania robót, nie można uznać za spełnienie wymogu kryterium w zakresie tego, iż inwestycja miała obejmować budowę/przebudowę/rozbudowę drogi/ulicy wraz z sygnalizacją świetlną. Zamawiający opisując przedmiotowe kryteria oceny ofert jak i warunki udziału w postępowaniu wyraźnie i świadomie wpisał sformułowanie "sygnalizacja świetlna", a nie jak podkreśla Wykonawca w swoich wyjaśnieniach, sam nazywając swoją usługę "sygnalizacja ostrzegawcza". Oba wymienione sygnalizatory pełnią zupełnie inną funkcję, **choć są wymienione w jednym rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach** ĆDz.U. z 2019 r. poz. 2311 z oózn.zm.).

Gdyby Zamawiającemu chodziło wprost o sygnalizację ostrzegawczą to taki zapis znalazłby się w SIWZ, ewentualnie opis kryterium w tym zakresie dopuszczałby opcjonalnie

sygnalizacje świetlna trójkolorowa lub sygnalizacje ostrzegawcza, a takiego nie było.

Nie można więc utożsamiać poprzez analogię, że sygnalizacja ostrzegawcza spełnia funkcje sygnalizacji świetlnej w kontekście oraz wymogu w jakim ten został zapisany przez Zamawiającego. Dodatkowo w aspekcie realizowanej inwestycji jaka są roboty budowlane dla "Budowa odcinka drogi od ul. Daszyńskiego do ul. Sowińskiego w Gliwicach - Zachodnia część obwodnicy miasta" (wartość robót ok. 42.000.000,00 zł) dla jakiej przedmiotowy przetarg

na wyłonienie Inżyniera Kontraktu został wszczęty, postawienie przez Zamawiającego wymogu w kryterium lub w warunku oceny oferty, wykazania się doświadczeniem w ustawieniu na placu budowy świateł ostrzegawczych byłoby co najmniej nieadekwatne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, oraz celu w jakim kryteria i warunki udziału w postępowaniu należy stawiać, aby wyłonić najbardziej doświadczonego Wykonawcę, który posiada odpowiednie doświadczenie w danym zakresie.

Przyjęcie przez zamawiającego za prawidłowe w tym przyznanie punktów wykonawcy w kryterium w tym zakresie wskazanej inwestycji ze światłami ostrzegawczymi jakimi są wykazywane U-35, byłoby w stosunku do innych wykonawców, naruszeniem głównej zasady przy udzielaniu zamówień publicznych jaka jest zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców.

W tym stanie rzeczy zamawiający dokonał oceny ofert w oparciu o zapisy SIWZ, uznając, iż Wykonawca Prokom Constructions Sp. z o. o. powinien otrzymać zmniejszona ilość punktów w kryterium "doświadczenie zawodowe inspektora nadzoru branży drogowej, adekwatnie

do ilości wykazanych prawidłowo inwestycji.

Zachowanie wykonawczy wyczerpało jednakże znamiona działania z art.24 ust. 1 pkt 17) ustawy PZP Zmuszając tym samym Wykonawcę do wykluczenia go z postępowania. Ofertę wykonawcy wykluczonego uważa się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy PZP).Zamawiający w toku postępowania powziął informację, iż osoba wskazana w wykazie osób pod pozycją nr 2 jako inspektor nadzoru branży drogowej wskazując swoje doświadczenie jako zadanie nr 2, nie pełnił funkcji inspektora branży drogowej nad tym zadaniem. Poproszony o wyjaśnienia wykonawca nie odniósł się do zadanego pytania o funkcje inspektora branży drogowej, a jedynie wskazał, iż osoba ta pełniła nad tym zadaniem funkcje inspektora nadzoru. Pełnienie funkcji inspektora nadzoru nie jest tożsame z pełnieniem funkcji inspektora branży drogowej, jak wymagał Zamawiający w warunku udziału

w postępowaniu.

Dalej, Zamawiający w toku postępowania powziął informację, iż osoba wskazana w wykazie

osób pod pozycją nr 3 jako inspektor nadzoru branży sanitarnej wykazując swoje doświadczenie jako zadanie nr 2, nie pełnił funkcji inspektora branży sanitarnej obejmującej kanalizację deszczową, ale świadczył usługi nadzoru inwestorskiego w zakresie innych branż. Nadzór nad branżą sanitarną obejmującą kanalizację deszczową w tym zadaniu pełniła osoba inwestora zlecającego zadanie. W ramach wyjaśnień Wykonawca podtrzymał dalej swoje stanowisko, iż osoba ta pełniła funkcję inspektora nadzoru branży sanitarnej, a w ramach

tej inwestycji była wykonywana kanalizacja deszczowa. Natomiast w dalszej części wyjaśnień sam przyznał, iż podane doświadczenie dla tej osoby na zadaniu 2 należy interpretować jako błąd i na potwierdzenie tego uzupełnia ofertę w tym zakresie w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp. (...)

Dodatkowo, Zamawiający dysponuje kserokopią oświadczenia osoby wskazanej przez Wykonawcę jako inspektor nadzoru branży drogowej, iż do spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert w niniejszym postępowaniu, w ramach swojego doświadczenia, posiada wyłącznie dwie inwestycje (...). Wykonawca poproszony o odniesienie się do tego doświadczenia, nie przedstawił żadnych dodatkowych argumentów, a jedynie stwierdził, że oświadczenie to nie uwzględnia zadań realizowanych dla firmy Procom Construction Sp. z o.o., a zawiera zadania realizowane dla innej firmy. W związku z powyższym Zamawiający uznał, iż Wykonawca nie odniósł się do tak wprost złożonego oświadczenia. W tym stanie rzeczy zamawiający dokonał ponownej oceny ofert w oparciu o zapisy SIW uznając, że Wykonawca Prokom Constructions Sp. z o.o. powinien otrzymać zmniejszoną ilość punktów w kryterium "doświadczenie nadzoru branży drogowej" adekwatne do ilości Wskazanych prawidłowo inwestycji, natomiast zachowanie Wykonawcy wyczerpało, jednakże znamiona działania z art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy PZP zmuszając tym samym Wykonawcę do wykluczenia go z postępowania. Ofertę wykonawcy wykluczonego uważa

się za odrzuconą. Odwołujący całkowicie nie zgadza się z decyzją Zamawiającego wskazując, że została ona podjęta z i naruszeniem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Nadmienić również należy, że Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania (i) nie określa w sposób precyzyjny jakie informacje i jakie dokumenty stały u podstaw podjętej przez niego decyzji o wyeliminowaniu Odwołującego z postępowania, (ii) nie wskazuje, że w sprawie zaistniały wszystkie przesłanki uprawniające Zamawiającego do skorzystania z wyżej wskazanego przepisu, (iii) że istnieje ciąg przyczynowo - skutkowy pomiędzy stwierdzeniem przez Zamawiającego (w ocenie Odwołującego całkowicie bezzasadnym), że Odwołujący przedstawił informacje niezgodne z rzeczywistością, a rzeczywistym wpływem na wynik postępowania.

Wskazania wymaga, że sporządzenie ogólnikowego uzasadnienia wykluczenia wykonawcy z postępowania, odnosząc się do stwierdzeń, że "zamawiający powziął informację" czy "zamawiający dysponuje dokumentem" bez wskazania konkretnych okoliczności sprawy uniemożliwia kompleksowe i merytoryczne odniesienie się do sprawy. Odwołujący pragnie wskazać, że przedstawienie tych okoliczności w odpowiedzi na niniejsze odwołanie czy też w replice na argumenty przedstawione przez Odwołującego bezpośrednio na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą będzie działaniem spóźnionym - i jako takie nie powinno być brane pod uwagę przy wydaniu wyroku w sprawie. Wskazania bowiem wymaga, że przedmiotem zaskarżenia jest konkretna czynność Zamawiającego, zawierająca sprecyzowane podstawy prawne oraz uzasadnienie faktyczne. Tak jak Odwołujący jest związany treścią sformułowanych przez siebie zarzutów, tak Zamawiającego wiąże treść zapadłej w postępowaniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Uzasadnienie zarzutów odwołania

Słowem wstępu, w celu usystematyzowania zarzutów jakie Zamawiający czyni Odwołującemu, należy wskazać, że podstawą wykluczenia są informacje dotyczące:

- 1) Inspektora nadzoru w branży drogowej - doświadczenia Pana K. B.:
 - a. Doświadczenie wskazane w poz. 1 Wykazu osób na potrzeby kryterium oceny ofert - dokument złożony wraz z ofertą. Sporna kwestia dotyczy interpretacji pojęcia "sygnalizacja świetlna";
 - b. Doświadczenie wskazane w poz. 2 Wykazu osób na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu;
 - c. Doświadczenie wskazane w poz. 2 Wykazu osób na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a także całość doświadczenia wskazanego w Wykazie osób na potrzeby kryterium oceny ofert - pkt 1-4 Formularza ofertowego.
- 2) Inspektor nadzoru w branży sanitarnej - doświadczenie Pana T. P. - dotyczy doświadczenia wskazanego w pkt 2 Wykazu osób składanego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający dokonał całkowicie arbitralnej, nie popartej zarówno obowiązującymi przepisami, jak i treścią SIWZ, oceny zdolności podmiotowej Odwołującego. Działania Zamawiającego, który kreuje na etapie badania i oceny ofert nowe, nieokreślone w SIWZ warunki udziału w postępowaniu oraz wymagania w zakresie kryteriów oceny ofert pozwala na ich sklasyfikowanie jako działania ukierunkowane na określony cel - wyeliminowanie Odwołującego z postępowania w celu dokonania wyboru oferty określonego oferenta. Odwołujący wskazuje, że w przypadku zamówień realizowanych w oparciu o przepisy

ustawy Pzp wszelkie preferencje czy też sympatie do określonego wykonawcy czy też grupy wykonawców ustępują miejsce jasnym i określonym wprost regułom wynikającym z ustawy Pzp oraz SIWZ. Każda decyzja Zamawiającego o wyeliminowaniu danego podmiotu z postępowania musi mieć swoje potwierdzenie w przepisach prawa. W ocenie Odwołującego w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie posiada podstaw tak natury prawnej, jak i faktycznej, do wykluczenia Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. i pkt 17 ustawy Pzp.

Ad pkt 1a - doświadczenia Inspektora nadzoru w branży drogowej - dot. POZ . 1 Wykazu osób na potrzeby kryterium oceny ofert

A. Arbitralna i subiektywna ocena Zamawiającego pojęcia "sygnalizacja świetlna"

Odwołujący całkowicie nie zgadza się z decyzją Zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania wskazując, że została ona podjęta z rażącym naruszeniem przepisów prawa. Zamawiający wyciąga wobec Odwołującego negatywne skutki związane brakiem dookreślenia swoich wymagań i oczekiwań względem doświadczenia Inspektora nadzoru branży drogowej przez Zamawiającego.

Odwołujący przygotował i złożył ofertę w postępowaniu w oparciu o literalne, dosłowne brzmienie opisu sposobu oceny ofert określone w pkt 19.1. SIWZ, gdzie Zamawiający wskazał wprost, że przedmiotem oceny będzie "doświadczenie zawodowe w pełnieniu nadzoru inwestorskiego nad zadaniami obejmującymi budowę lub przebudowę drogi min. klasy Z o wartości robót, co najmniej 20 mln PLN brutto z sygnalizacją świetlną, o wartości nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto każde¹."

Innymi słowy Zamawiający określił, że przyzna ofercie wykonawcy dodatkowe punkty jeśli nadzorowane przez Inspektora nadzoru w branży drogowej zadanie będzie obejmowało budowę / przebudowę drogi z sygnalizacją świetlną. Przy czym Zamawiający nie wskazał i nie określił co rozumie pod pojęciem "sygnalizacja świetlna", tj. czy w SIWZ mowa jest o sygnalizacji wyłącznie stałej czy może również i tymczasowej; czy sygnalizacji trzykolorowej, dwu czy jednokolorowej, czy o sygnalizacji na skrzyżowaniu czy na rondzie, czy sygnalizacji dla samochodów czy dla pieszych, czy może o sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu drogi i linii kolejowej (sygnalizacja informująca o najeżdżającym pociągu) etc.

Sam Program Funkcjonalno - Użytkowy dla robót budowlanych, których projekt i budowa ma stanowić przedmiot nadzoru uwzględnia wykonanie kilku rodzajów sygnalizacji: stałej (pkt 1.3, strona 7 PFU), tymczasowej - akomodacyjnej oraz sygnalizacji przeznaczona do

sterowania ruchem wahadłowym - średnica soczewki 300 mm - sygnalizacja trzykomorowa (pkt 1.7.1.15.2.2 lit. c , strona 32 PFU), oraz sygnalizacji ostrzegawczej (tj. rodzaj, który nie został zaakceptowany przez Zamawiającego; pkt 1.7.1.15.2.2 lit. e, strona 32 PFU). Wszystkie powyższe sygnalizacje zostały objęte przedmiotem zamówienia, mają spełniać określone wymagania, a Zamawiający dokona zapłaty za ich projekt i budowę.

W świetle powyższego nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że w ślad za zasadą proporcjonalności należało uznać za spełniający wymagania określone w SIWZ określony typ sygnalizacji świetlnej (stała trójkolorowa na skrzyżowaniu).

Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazał, że opis kryterium oceny ofert należało interpretować w zgodzie z opisem przedmiotu zamówienia, tj. zakresem nadzorowanych robót i na tej podstawie wywodzi, że doświadczenie wskazane przez Odwołującego w poz. 1 dla Inspektora nadzoru branży drogowej nie spełnia jego oczekiwań (*"postawienie przez Zamawiającego wymogą w kryterium lub w warunku oceny oferty, wykazania się doświadczeniem w ustawieniu na placu budowy świateł ostrzegawczych byłoby co najmniej nieadekwatne) nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia"*).

Z uwagi na fakt, że PFU określa obowiązek zaprojektowania i wykonania kilku rodzajów sygnalizacji świetlnych to należy uznać, że wykazanie się doświadczeniem w nadzorowaniu budowy jednej z rodzajów sygnalizacji wymienionych w PFU spełnia kryterium *adekwatności*

i *proporcjonalności* do przedmiotu zamówienia, na które konsekwentnie powołuje się Zamawiający.

Wskazania również wymaga, że sygnalizacja świetlna, na którą powołuje się Odwołujący w Formularzu ofertowym, była zestawem urządzeń, które zostało objęte projektem wykonania robót (urządzenie nie miało funkcji pomocniczej, a sygnalizacja nie została ustawiona

w ramach podjętej samodzielnie podjętej decyzji przez wykonawcę robót budowlanych), co do którego inwestor określił szczegółowe wymagania w dokumentacji projektowej, którego budowa została odebrana i rozliczona z wykonawcą robót budowlanych.

Wszystkie te czynności na linii inwestor - wykonawca robót stanowiły przedmiot nadzoru przez osobę dedykowaną na stanowisko Inspektora nadzoru robót budowlanych. Wskazania wymaga, że w przypadku niniejszego zamówienia osoba wskazana na powyższe stanowisko nie ma się wykazać doświadczeniem w budowie określonego urządzenia technicznego - sygnalizacji świetlnej, ale doświadczeniem w nadzorze w jej budowy.

Zarówno w przypadku sygnalizacji stałej, jak i tymczasowej rolą inżyniera jest weryfikacja poprawności systemu sterowania ruchem takiego urządzenia, sprawdzenie zgodności

urządzenia pod kątem norm prawa krajowego i europejskiego oraz potwierdzenie, że urządzenie to zapewnia bezpieczeństwo ruchu drogowego (i mowa tutaj zarówno o bezpieczeństwie w trakcie wykonywania robót budowlanych, jak i po ich zakończeniu, tj. w okresie eksploatacji drogi).

Jeśli Zamawiający stoi na stanowisku, że nabyte przez Inspektora nadzoru w branży drogowej doświadczenie jest nieadekwatne do przedmiotu zamówienia to winien wykazać różnice pomiędzy nadzorem nad budową stałą i tymczasową (ostrzegawczą) sygnalizacji w celu wykazania niuansów uniemożliwiających przypisanie takiej osobie wiedzy i doświadczenia dającego rękojmię wykonania zamówienia na wymaganym poziomie. Zamawiający nie dokonał w tym zakresie żadnej analizy, a jego twierdzenia należy uznać za niepoparte żadnymi miarodajnymi argumentami.

Uprzedzając działania Zamawiającego Odwołujący wskazuje, że wskazanie tych różnic na etapie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą będzie działaniem spóźnionym, gdyż czynnością Zamawiającego będącą podstawą zaskarżenia jest czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania opartą na określonym stanie faktycznym wskazanym przez Zamawiającego.

Zasada adekwatności i proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, o której wspomina Zamawiający ma swoje źródło w art. 91 ust. 2c ustawy Pzp który stanowi, że: *"kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz w odniesieniu do poszczególnych etapów ich cyklu życia, w tym procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia."*

W świetle powyższego przyjmowana przez Zamawiającego interpretacja, że uwzględnienie doświadczenia w nadzorze zadania dotyczącego budowy drogi obejmującej sygnalizację świetlną ostrzegawczą nie będzie odpowiadać powyższym zasadom jest całkowicie niezasadna.

Przepis wprost określa, że kryteria nie muszą dotyczyć głównego aspektu / części przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo wskazać należy, że zasady, na które powołuje się Zamawiający są kierowane do podmiotów publicznych sporządzających dokumentację przetargową i stanowią wytyczne co do sposobu kształtowania zasad premiowania ofert wykonawców (w celu wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie). Zasady te winny zostać wdrożone przez zamawiających na etapie przygotowania postępowania, a nie stosowane wobec wykonawców na etapie badania i oceny ofert, jak przyjmuje Zamawiający, jako metoda na eliminację wykonawców,

których doświadczenie Inie spełnia subiektywnych oczekiwań Zamawiającego.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: *"Zmiana założeń po terminie składania ofert jest niedopuszczalną zmianą treści oferty po terminie jej złożenia. 2. Stawiane przez zamawiającego warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia muszą być adekwatne/proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, jednak po ich ustanowieniu przez zamawiającego nie powinny być dodatkowo odczytywane przez pryzmat przedmiotu zamówienia – mogłoby to prowadzić do poszerzania ustanowionych już przez zamawiającego warunków."* (KIO 855/15).

Dalej, Odwołujący pragnie odnieść się do twierdzenia Zamawiającego, że: *"Gdyby Zamawiającemu chodziło wprost o sygnalizację ostrzegawczą to taki zapis znalazłby się w SIWZ, ewentualnie opis kryterium w tym zakresie dopuszczałby opcjonalnie sygnalizację świetlną trójkolorową lub sygnalizację ostrzegawczą, a takiego nie było."*

Referując do powyższego stanowiska Zamawiającego Odwołujący w pierwszej kolejności pragnie wskazać, że obowiązkiem Zamawiającego było określenie w SIWZ w sposób konkretny i nie budzący żadnych wątpliwości swoich intencji co do doświadczenia referencyjnego mającego stanowić przedmiot oceny ofert w ramach analizowanego kryterium oceny ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza w analogicznym stanie faktycznym wydała wyrok, w którym wskazała, że to nie wykładnia celowościowa, ale wykładnia językowa jest wykładnią w oparciu, o którą należy dokonywać interpretacji treści postanowień dokumentacji przetargowej: *"Treść SIWZ powinna być interpretowana z poszanowaniem **zasady pierwszeństwa wykładni gramatycznej**. Próba dokonania zawężającej wykładni postanowień SIWZ na etapie po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalna."* (KIO 2051/19)

Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazuje, że gdyby dopuszczał możliwość wykazania się doświadczeniem w nadzorze w wykonaniu robót budowlanych w ramach których wykonano sygnalizację ostrzegawczą (która *nota bene* jest sygnalizacją świetlną czego zdaje się Zamawiający nie rozumieć) do dopuściłby taką ewentualność w SIWZ. Z drugiej strony należy podkreślić i zaakcentować, że Zamawiający również nie określił, że wymaga wykazania się przez Inspektora nadzoru w branży drogowej doświadczeniem związanym z określonym typem / rodzajem sygnalizacji świetlnej - tj. sygnalizacją świetlną trójkolorową na skrzyżowaniu. W toku postępowania przetargowego Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o doprecyzowanie wymagań

w powyższym zakresie, ale Zamawiający zaniechał ustosunkowania się do dostrzeżonej wątpliwości. Zamawiający nie udzielając odpowiedzi na pytanie wykonawcy wziął na siebie ryzyko związane z możliwością wystąpienia rozbieżności interpretacyjnych powyższego pojęcia.

Sygnalizacja świetlna trójkolorowa nie jest jedynym typem sygnalizacji świetlnej - co więcej sama sygnalizacja trójkolorowa może mieć charakter sygnalizacji stałej (na skrzyżowaniu, drodze), jak również mieć charakter tymczasowy (wykorzystywana na potrzeby wykonywanych robót budowlanych przy zamknięciu jednego pasa ruchu). W przypadku sygnalizacji tymczasowej - będzie ona spełniała wymóg trójkolorowości ale nie będzie sygnalizacją, która będzie wbudowana na stałe w infrastrukturę drogową. Powstaje zatem wątpliwość czy w takiej sytuacji Zamawiający również kwestionowałby posiadane przez daną osobę doświadczenie?

Odnosząc się do samego pojęcia sygnalizacji świetlnej wskazania wymaga, że Odwołujący analizując czy doświadczenie osoby dedykowanej przez nią na stanowisko Inspektora nadzoru w branży drogowej kierował się postanowieniami SIWZ oraz przepisami obowiązującymi prawa, które będą mieć zastosowanie przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia.

Wskazać bowiem należy, że w pkt 1.4 OPZ zostało wskazane, że: *"Szczegółowy zakres rzeczowy zadania inwestycyjnego, nad którym nadzór będzie sprawował Inżynier Kontraktu został przedstawiony w ogłoszeniu o zamówieniu pn.: „Budowa odcinka drogi od ul. Daszyńskiego do ul. Sowińskiego w Gliwicach - Zachodnia część obwodnicy miasta - w systemie zaprojektuj i wybuduj” dostępnym w Biuletynie Informacji Publicznej Zarządu Dróg Miejskich na stronie internetowej: <https://zdm.bip.gliwice.eu/zamowieniaPubliczne/10299> wraz ze wszystkimi modyfikacjami wprowadzonymi w trakcie trwania ww. postępowań o udzielenie zamówienia oraz udzielonymi odpowiedziami na pytania."*

Z kolei pkt 1.7.1.15.1.8 PFU stanowiącym Załącznik nr 7 do SIWZ na roboty budowlane wskazuje że: *"Należy zastosować urządzenia organizacji i bezpieczeństwa ruchu, które spełniają warunki techniczne zawarte w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach (Dz. U. z 2003f. nr 220 poz.2181)."*

Przywołane powyżej *Rozporządzenie* wyróżnia się - w podziale na przeznaczenie, powtarzalność pracy, trwałość instalacji i współpracy z innymi sygnalizacjami – kilkadziesiąt rodzajów urządzeń wpisujących się w definicję pojęcia sygnalizacji świetlnej.

Sama sygnalizacja świetlna jest rozumiana jako "zestaw urządzeń służących

do sterowania ruchem, obejmujący: urządzenie sterujące (sterownik), urządzenia wykonawcze (sygnalizatory wraz z konstrukcjami wsporczymi i instalacją kablową) oraz urządzenia detekcyjne (detektory, przyciski), informacyjne (wyświetlacze prędkości, wyświetlacze czasu), transmisji danych (modemy, linie kablowe, radiowe urządzenia nadawczo-odbiorcze) i pomocnicze (ekrany kontrastowe, sygnalizatory akustyczne i wibracyjne dla pieszych itp.)." - vide Załącznik 3 pkt 2.2 Rozporządzenia.

Co ważne sam sygnał świetlny sygnalizacji świetlnej może być jedno, dwu lub trójkolorowy, co wynika również z Załącznika 3 pkt 2.2 Rozporządzenia – sygnał świetlny odznacza się "jednoznacznie określona (barwą, ewentualnie zestawem barw, kształtem lub sposobem nadawania) informacja przekazywana uczestnikom ruchu."

W pkt 3.2.1. Załącznika nr 3 do Rozporządzenia wskazuje się natomiast, że rozróżnia się następujące rodzaje sygnalizatorów przeznaczonych do nadawania odpowiednich sygnałów:

- a. sygnalizatory ogólne do kierowania ruchem.
- b. sygnalizatory z sygnałem dopuszczającym skręcanie w kierunku wskazanym strzałką,
- c. sygnalizatory kierunkowe,
- d. sygnalizatory określające sposób korzystania z pasa ruchu,
- e. sygnalizatory ostrzegawcze.

Załącznik nr w pkt 5.2 do Rozporządzenia wprost określa na podział "sygnalizacji świetlnej" na (ze względu na przeznaczenie):

- a. Pkt 5.2.1. Sygnalizacja na skrzyżowaniu - *"Sygnalizacja na skrzyżowaniu jest to sygnalizacja przeznaczona do sterowania co najmniej dwoma strumieniami kolizyjnymi pojazdów przy pomocy sygnalizatorów ogólnych lub kierunkowych."*
- b. 5.2.2. Sygnalizacja ostrzegawcza - *"Sygnalizacja ostrzegawcza jest to sygnalizacja zlokalizowana na skrzyżowaniach, przejściach dla pieszych poza skrzyżowaniami i innych miejscach szczególnie niebezpiecznych, które jednak nie kwalifikują się jeszcze do zainstalowania sygnalizacji pełnej (trójbarwnej). Szczególnymi przypadkami sygnalizacji ostrzegawczej są: (...) żółte światła ostrzegawcze nadające sygnały stałe, migające lub w postaci fali świetlnej", umieszczone na barierach ograniczających powierzchnię drogi dostępną dla ruchu pojazdów."*

Dodatkowo w pkt 5.1 Załącznika wskazuje się na dodatkowy podział sygnalizacji świetlnych ze względu na trwałość instalacji, gdzie wyróżniono sygnalizację stałą, tympczasową, przenośną.

W Załączniku 4 w Rozdziale 13 zatytułowanym: "sygnalizacja świetlna" wyróżnia się podrozdział 13.1. [Zasady ogólne], który brzmi: "Do urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego z zakresu sygnalizacji zalicza się następujące elementy:

- sygnalizację przenośną,
- znaki drogowe o zmiennej treści informujące o warunkach pogodowych i stanie nawierzchni, - tablice świetlne przekazujące komunikaty tekstowe,
- sygnalizację ostrzegawczą stosowaną przy wszelkiego rodzaju przeszkodach stałych i tymczasowych,
- aktywne punktowe elementy odblaskowe,
- urządzenia sygnalizacyjne do ograniczania prędkości."

W świetle powyższego nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że jedynym urządzeniem, które wpisuje się w pojęcie sygnalizacji świetlnej jest sygnalizacja trójkolorowa na skrzyżowaniach. Odwołujący nie kwestionuje, że w języku potocznym dokonywana jest tego rodzaju klasyfikacja i używane nazewnictwo. Natomiast wskazania wymaga, że przygotowany przez Zamawiającego SIWZ skierowany był do profesjonalnych podmiotów, którzy odczytują poszczególne sformułowania w niej użyte zgodnie ze znaczeniem wynikającym albo z przepisów prawa, do których stosowania są zobowiązani albo ze znaczeń powszechnie używanych w danej branży. Zatem oczekiwanie przez Zamawiającego, że wykonawcy "domyślą się" jaka była intencja autora zacytowanych powyższej wymagań wydaje się całkowicie nieuprawnione.

Zamawiający jako z jeden z argumentów przemawiających za wykluczeniem Odwołującego z postępowania wskazuje ryzyko naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców - "Przyjęcie przez zamawiającego za prawidłowe w tym przyznanie punktów wykonawcy w kryterium w tym zakresie wskazanej inwestycji ze światłami ostrzegawczymi jakimi są wykazywane U-35, byłoby w stosunku do innych wykonawców, naruszeniem głównej zasady przy udzielaniu zamówień publicznych jaką jest zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców." Przy tym Zamawiający nie wskazuje i nie udowadnia, że pozostali oferenci biorący udział w postępowaniu nie zrozumieli wymagań Zamawiającego w sposób analogiczny jak Odwołujący. Stanowisko to należy uznać zatem za nieudowodnione przez Zamawiającego.

Dodatkowo wskazać należy, że to właśnie działanie Zamawiającego, który nieprecyzuje i nie wyjaśnia w SIWZ wymagań stawianym wykonawcom, a następnie dokonuje w sposób całkowicie dowolny i arbitralny ich interpretacji (wyjaśnienia swoich intencji) dopiero na etapie badania i oceny ofert - stanowi naruszenie powyższych zasad zamówień publicznych względem Odwołującego. Zaistniała w sprawie sytuacja stawia Odwołującego w krzywdzącej

dla niego sytuacji, gdyż ponosi on ciężar związany z brakiem należytej staranności Zamawiającego w przygotowanie dokumentacji przetargowej. Gdyby Zamawiający wprost wskazał jakiego rodzaju doświadczenia referencyjne oczekuje od Inspektora w branży (tj. nadzór nad budową drogi posiadającej sygnalizację drogową stałą trójkolorową na skrzyżowaniu) sytuacja w jakiej znajduje się ocenie Odwołujący nigdy nie miałaby miejsca.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w momencie wykluczenia Odwołującego z postępowania dokonał niedozwolonej na gruncie prawa zamówień publicznych zmiany treści SIWZ po terminie składania ofert.

Udostępnienie SIWZ jest czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SIWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (KIO 1593/14).

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że: *"Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie pozwala na to, aby zamawiający badał okoliczności, których nie określił w ogłoszeniu czy siwz, tak w zakresie dokumentów i oświadczeń służących potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i dokumentów potwierdzających że roboty budowlane, usługi lub dostawy spełniają wymagania zamawiającego."* (KIO 268/16)

Izba wskazuje również, że: *"Rozszerzająca interpretacja postanowień SIWZ po terminie składania ofert, ze względu na dotkliwe dla wykonawców konsekwencje w postaci eliminacji z udziału w postępowaniu, jest niedopuszczalna jako naruszająca zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji."* (KIO 292/16)

Na zakończenie wywodów w powyższym zakresie należy wskazać, że w sytuacji, w której zamawiający nie określił w sposób wystarczający swoich wymagań, a wykonawca zinterpretował je w sposób odmienny niż czyni to zamawiający to zamawiający nie ma prawa wyciągać wobec wykonawcy z tego tytułu negatywnych skutków.

Powyższe wynika z jednolitej i ugruntowanej w tym zakresie linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. Jako reprezentatywne należy przytoczyć następujące orzeczenia:

- a. *"Wątpliwości i niejasności w zakresie treści SIWZ **nie mogą** skutkować negatywnymi konsekwencjami w stosunku do wykonawców."* (KIO 1612/20) i
- b. *"Wszelkie niejasności w formułowaniu warunków oceny w ramach kryterium*

niewątpliwie nie powinny być interpretowane na niekorzyść wykonawcy (KIO 2154/19)

- c. *„W przypadku możliwości interpretacji zapisów SIWZ w różny sposób, wszelkie niejasności, które mogą odnosić się do złożonych w postępowaniu ofert, odczytywać należy na korzyść wykonawców.” (KIO 2100/18)*

W świetle powyższego nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że przedstawione powyżej argumenty, są zasadne i potwierdzają brak legalności działań Zamawiającego.

B. Brak wykazania w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania istnienia przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Kolejną kwestią na którą należy zwrócić uwagę to fakt, że Zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania, że wobec Odwołującego zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zważyć bowiem należy, że sam fakt przyjęcia przez Zamawiającego, że dana usługa / doświadczenie referencyjne członka zespołu Odwołującego nie spełnia jego wymagań nie powoduje automatycznie, że Zamawiający posiada skuteczny instrument do wyeliminowania wykonawcy z postępowania. Zamawiający jest zobowiązany udowodnić w uzasadnieniu swojej decyzji, że w danym stanie faktycznym ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w przywołanym powyżej przepisie.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp: *“Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”,*

W świetle powyższego Zamawiający był zobowiązany wykazać, że Odwołujący działał w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa przy przedstawianiu opisu doświadczenia Inspektora nadzoru w branży drogowej, tj. np. że nie zweryfikował w sposób właściwy czy doświadczenie referencyjne tej osoby spełnia literalne wymagania z SIWZ etc.

Informacja niezgodna z rzeczywistością, informacja nieprawdziwa (informacja wprowadzająca w błąd) to złożone przez wykonawcę oświadczenie wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego, którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowane jest stanowisko w zakresie tego co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, niezgodna z rzeczywistością (KIO 1633/11). „Informacja nieprawdziwa” nie ma definicji legalnej.

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r., II CKN 1095/99, czytamy, iż pojęcie „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312).

Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie i zdaniem Sądu Najwyższego wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Zaznaczenia wymaga, że podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością odpowiada podaniu informacji nieprawdziwych, chodzi tym samym o obiektywną niezgodność treści podanego oświadczenia z rzeczywistością.

Do czynności zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 14 ustawy Pzp, mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego. Tym samym czynność wykonawcy polegająca na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego należy oceniać w pryzmacie cywilistycznym, a więc dokonując oceny dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 października 2003 r., V CK 311/02 wskazał, że *„wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny. Jego zastosowanie w praktyce polega najpierw na dokonaniu wyboru modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania się dłużnika z takim wzorcem postępowania. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można osobie zobowiązanej postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje nie tylko niezgodność jego postępowania z modelem, lecz także uwarunkowana doświadczeniem życiowym możliwość / powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Miernik postępowania dłużnika, którego istota tkwi w zaniechaniu dołożenia staranności, nie może być formułowany na poziomie obowiązków nie dających się wyegzekwować, oderwanych od doświadczeń i konkretnych okoliczności”*.

Na kanwie omawianej sprawy powyższe okoliczności nie uległy materializacji. W niniejszym stanie faktycznym osią sporu pomiędzy stronami nie jest kwestia związana ze sposobem działania Odwołującego (wykazanie informacji obiektywnie nieprawdziwej),

ale sposób rozumienia opisu kryterium oceny ofert określonego w pkt 9.1.1 SIWZ i pojęcia "sygnalizacja świetlna". Powyższa okoliczność nie stanowi podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania, ale najwyżej może stanowić podstawę do przyznania ofercie Odwołującego mniejszej liczby punktów w ramach wyżej wskazanego kryterium (z czym Odwołujący oczywiście się nie zgadza).

Wskazać należy, że Zamawiający nie kwestionuje, że w przedmiotowej inwestycji wybudowano sygnalizację ostrzegawczą (co potwierdza sam inwestor tego zamówienia). Zatem nie sposób stwierdzić, że Odwołujący przedstawił – lub przedstawia nadal - informacje nieprawdziwe.

Wykluczenie wykonawcy z postępowania jest jednym z najdalej idących działań zamawiającego, a zamawiający podejmując decyzję w tym zakresie powinien mieć pewność, że w danym stanie faktycznym mamy do czynienia z informacją obiektywnie nieprawdziwą, a nie z informacją, która nie czyni zadość wymaganiom zamawiającego z uwagi na błędne zrozumienie przez wykonawcę intencji autora dokumentacji przetargowej.

Drugą przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie wyżej wskazanego przepisu jest wprowadzenie zamawiającego w błąd - w niniejszym stanie faktycznym trudno mówić o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd skoro informacje, które stanowią podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający powziął od samego Odwołującego. Odwołujący na żadnym etapie postępowania, jak również w niniejszym odwołaniu, nie ukrywał informacji dotyczących posiadanego przez Inspektora Nadzoru w branży drogowej doświadczenia, jak również nie zatajał jaki cel i intencje przyświecały mu składając ofertę w postępowaniu. Przyjęte przez Odwołującego rozumienie pojęcia "sygnalizacji świetlnej" nie stanowi jego interpretacji własnej, nie zostało wykreowane na potrzeby wykazania tezy odwołania, ale ma swoje źródło w przepisach obowiązującego prawa - w przepisach, które również będą miały zastosowanie w przypadku przedmiotowej inwestycji. Dlatego też w ocenie Odwołującego nie można mu zarzucać wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co eliminuje możliwość zastosowania wobec niego sankcji wykluczenia, o którym mowa w powyżej wskazanym przepisie.

Okoliczność braku wykazania powyższych przesłanek powoduje, że należy uznać, że działanie Zamawiającego nosi znamiona naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z uwagi na jego zastosowanie w sytuacji której brak było ku temu podstaw natury prawnej i faktycznej. Korzystając z powyższej wskazanej przesłanki wykluczenia Zamawiający był zobowiązany wykazać związek pomiędzy zachowaniem Odwołującego a dyspozycją powyższego przepisu. Brak działań w tym zakresie winno prowadzić do uznania, że odwołanie zasługuje w powyżej wskazanym zakresie na uwzględnienie.

!

Ad pkt 1b - doświadczenia Inspektora nadzoru w branży drogowej - dot. poz. 2 Wykazu osób złożonego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Odnosząc się do drugiego z zarzutów dotyczących doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Inspektora nadzoru w branży drogowej, Odwołujący pragnie wskazać, że został wykluczony z Postępowania na podstawie okoliczności, które nie zostały określone w SIWZ.

Zamawiający w uzasadnieniu odwołania jako podstawę w wykluczeniu Odwołującego z postępowania podał: *"Zamawiający w toku postępowania powziął informację, iż osoba wskazana w wykazie osób pod pożycia nr 2 jako inspektor nadzoru branży drogowej wskazując swoje doświadczenie jako zadanie nr 2, nie pełniła funkcji inspektora branży drogowej nad tym zadaniem. Poproszony o wyjaśnienia wykonawca nie odniósł się do zadanego pytania o funkcję inspektora branży drogowej a jedynie wskazał, iż osoba ta pełniła nad tym zadaniem funkcję inspektora nadzoru. Pełnienie funkcji inspektora nadzoru nie jest tożsame z pełnieniem funkcji inspektora branży drogowej, iak wymagał Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu."*

Tymczasem zgodnie SIWZ osoba wskazana na powyższe stanowisko miała legitymować się:

- a. Uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej (lub posiadającym uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, uprawniające do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej); oraz
- b. co najmniej 5-letnie doświadczeniem zawodowym w pełnieniu samodzielnej funkcji technicznej w zakresie posiadanych uprawnień licząc od daty ich uzyskania; oraz
- c. doświadczeniem polegającym na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru nad co najmniej dwoma zadaniami obejmującymi budowę, rozbudowę lub przebudowę drogi lub ulicy w klasie technicznej min. Z (zbiorcza) wraz z sygnalizacją świetlną, o wartości nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto każde.

Innymi słowy - o ile dla zasad zliczania i wykazania ilości lat pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie Zamawiający wymagał, aby dotyczyły one piastowania funkcji inspektora nadzoru w branży drogowej, to w przypadku doświadczenia nad pełnieniem usługi nadzoru nad dwoma inwestycjami - Zamawiający takiego wymagania nie ustanowił.

Wskazać należy, że gdyby intencja Zamawiającego na etapie przygotowania postępowania była taka jak przyjmowana obecnie to Zamawiający, dałby temu wyraz wprost w postanowieniach SIWZ kształtujących warunki udziału w postępowaniu (tak w przypadku wymagania przywołanego w pkt b powyżej). Zamawiający nie posiada podstaw prawnych do dokonywania na tym etapie postępowania zmiany treści warunków udziału w Postępowaniu, zwłaszcza dokonywania takiej interpretacji, która pozwalałaby w sposób całkowicie arbitralny i subiektywny wykluczać oferentów z postępowania.

Wskazać należy, że Zamawiający nie kwestionuje, że Pan P. brał wskazana osoba brała udział w realizacji wyżej wskazanej inwestycji jako inspektor nadzoru - a zatem należy uznać, że spełnia on literalny wymóg określony dla Inspektora nadzoru w branży drogowej określony w pkt 3.2 SIWZ.

Dalej, zauważyć należy, że Odwołujący w Wykazie osób w celu wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu wprost wskazał, że pełniona przez Pana B. funkcja to "inspektor nadzoru" (bez wskazywania branży).

Trudno zatem przyjąć, że doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd poprzez przedstawienie informacji niezgodnej z rzeczywistością. To z treści dokumentu pochodzącego

od samego Odwołującego Zamawiający powziął informacje na temat sprawowanej przez Pana B. roli na przedmiotowej inwestycji. Zatem, bez względu na powyższe, Odwołujący nie przedstawił w Wykazie osób informacji wprowadzającej Zamawiającego w błąd. W świetle powyższego odpada jedna z podstawowych przesłanek do wykluczenia wykonawcy z postępowania na 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Zatem nie powinno budzić wątpliwości, że odwołanie zasługuje w powyższym zakresie na uwzględnienie.

Ad pkt 1c - doświadczenia Inspektora nadzoru w branży drogowej - dot. DOZ. 2 Wykazu osób w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz doświadczenie wskazywane w Wykazie osób na potrzeby kryterium oceny ofert

Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazuje, że: "Dodatkowo, Zamawiający dysponuje kserokopią oświadczenia osoby wskazanej przez Wykonawcę jako inspektor nadzoru branży drogowej, iż do spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert w niniejszym postępowaniu, w ramach swojego doświadczenia, posiada wyłącznie dwie inwestycje (...). Wykonawca poproszony o odniesienie się do tego doświadczenia nie przedstawił żadnych dodatkowych

argumentów, a jedynie stwierdził, że oświadczenie to nie uwzględnia zadań realizowanych dla firmy Procom Construction Sp. z o.o., a zawiera zadania realizowane dla innej firmy. W związku z powyższym Zamawiający uznał, iż Wykonawca nie odniósł się do tak wprost złożonego oświadczenia."

Odnosząc się do powyższych zarzutów słowem wstępu podkreślenia wymaga, że treść wezwania do złożenia wyjaśnień kierowanego do Odwołującego przez Zamawiającego nie wskazywała w jaki sposób Odwołujący ma odnieść się do formułowanych wobec niego zastrzeżeń, tj. czy Zamawiający oczekuje potwierdzenia / zaprzeczenia treści oświadczenia, o którym mowa powyżej, czy wymaga, żeby Odwołujący przedstawił dodatkowe dowody etc. Z uwagi na brak sprecyzowanego wymagania w tym zakresie i określenia żądań, Zamawiający nie może na tym etapie postępowania czynić wobec Odwołującego zarzutów, że nie zachował się w określony sposób. Wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może *domyślać się* czego wymaga od niego Zamawiający. Treść wezwania do złożenia wyjaśnień powinna określać kierunek działań wykonawcy w celu uczynienia zadość oczekiwaniom jego odbiorcy.

W niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z sytuacją, w której ta sama osoba została wskazana jako Inspektor nadzoru w branży drogowej przez dwóch wykonawców biorących udział w tym samym postępowaniu - przez Odwołującego oraz wykonawcę eR Grupa Sp. z o.o.

Pana B. z każdą z tych firm wiązą inne stosunki prawne, uzgodnienia oraz zobowiązania w zakresie poufności informacji jakimi może posługiwać się w kontaktach z innymi podmiotami (w tym w zakresie faktu uczestniczenia w określonych inwestycjach z ramienia danej firmy). Powyższe działanie jest normalnym, typowym działaniem rynkowym i mieści się w zakresie uprawnień jakie posiada osoba prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą (swoboda działalności gospodarczej).

Zamawiający poprosił Odwołującego o ustosunkowanie się do faktu, że Pan B. złożył oświadczenie eR Grupie Sp. z o.o., że posiada wyłącznie dwie inwestycje spełniające wymagania określone w SIWZ. Odwołujący, zgodnie z prawdą, wskazał, że oświadczenie to nie obejmuje tych zadań, które były realizowane przez Pana B. w ramach inwestycji, które wykonywał sam Odwołujący. Odwołujący bowiem będący podmiotem świadczącym usługi inżyniera kontraktu dla każdego z zadań referencyjnych wskazanych w Wykazie osób zatrudnił Pana B. na stanowisko inspektora nadzoru i dlatego też Odwołujący - uzyskując aprobatę Pana B. do wzięcia udziału w przedmiotowym zamówieniu z jego ramienia - miał możliwość ustalenia, które z inwestycji wspólnie realizowanych spełniają warunek udziału w Postępowaniu, a następnie uzupełnienia Wykazów o wymagane dane i przekazania ich Zamawiającemu.

Przykładowo wskazać należy, że jedna z inwestycji wskazywanych w oświadczeniu

eR Grupy Sp. z o.o. nie pojawia się w dokumentach Odwołującego (z uwagi na brak wiedzy Odwołującego w tym zakresie) - tj. nadzór nad Budową ulicy Daszyńskiego na rzecz Miasta Gliwice. Powyższe pokazuje w sposób niezbity, że każdy z oferentów bazował na innym źródle danych stąd pojawiła się różnica pomiędzy zakresem doświadczenia Pana B. przez każdego z wykonawców.

W świetle powyższego oświadczenie złożone innemu podmiotowi nie może stanowić miarodajnego dowodu w tej sprawie. Zamawiający - co najistotniejsze dla sprawy - nie pokusił się o podjęcie żadnych działań w celu ustalenia tzw. *prawdy obiektywnej*, tj. podjęcia próby ustalenia który z wykonawców - Odwołujący czy eR Grupa Sp. z o.o. - przedstawia prawdziwe oświadczenia. Zamawiający miał możliwość zwrócenia się do samego Pana B. o zajęcie stanowiska w sprawie. Zamawiający nie podjął żadnego z takich działań odgórnie przyjmując, że oświadczenie jakim dysponuje konkurent Odwołującego jest jedynym wiarygodnym dowodem.

Powyższe działanie Zabawiającego w sposób bezpośredni narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż premiuje i wyżej klasyfikuje oświadczenia i dokumenty przedkładane przez konkurenta Odwołującego – eR Grupę Sp. z o.o.

Zatem, nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że odwołanie w wyżej wskazanym zakresie zasługuje na uwzględnienie.

Ad pkt 2 - doświadczenie Inspektora nadzoru w branży sanitarnej wskazanego w pkt 2 Wykazu osób składanego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazał, że: *"Zamawiający w toku postępowania powziął informację, iż osoba wskazana w wykazie osób pod pozycją nr 3 jako inspektor nadzoru branży sanitarnej wykazując swoje doświadczenie jako zadanie nr 2, nie pełnił funkcji inspektora branży sanitarnej obejmującej kanalizację deszczową, ale świadczył usługi nadzoru inwestorskiego w zakresie innych branż. Nadzór nad branżą sanitarną obejmującą kanalizację deszczową w tym zadaniu pełniła osoba inwestora zlecającego zadanie. W ramach wyjaśnień Wykonawca podtrzymał dalej swoje stanowisko, iż osoba ta pełniła funkcję inspektora nadzoru branży sanitarnej, a w ramach tej inwestycji była wykonywana kanalizacja deszczowa. Natomiast w dalszej części wyjaśnień sam przyznał, iż podane doświadczenie dla tej osoby na zadaniu 2 należy interpretować jako błąd i na potwierdzenie tego uzupełnia ofertę w tym zakresie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp."*

Zamawiający - co należy podkreślić - nie kwestionuje udziału Pana P. w realizacji

przedmiotowej inwestycji jako inspektora nadzoru. Powyższy fakt został sam przyznany przez zamawiającego w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania ("*nie pełnił funkcji inspektora branży sanitarnej obejmującej kanalizację deszczową, ale świadczył usługi nadzoru inwestorskiego w zakresie innych branż*") i jako taki nie stanowi przedmiotu sporu pomiędzy stronami.

Analogicznie jak w przypadku Pana B. wskazać należy, że Zamawiający na etapie wykluczenia Odwołującego z postępowania dokonał nieuprawnionej na gruncie prawa zamówień publicznych zmiany treści SIWZ po dacie składania ofert.

Zgodnie z pkt 8.3 SIWZ Zamawiający ukształtował następujące wymagania względem osoby Inspektora nadzoru branży sanitarnej:

- a. Posiadanie uprawnień budowlanych bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie wodociągowych i kanalizacyjnych; oraz
- b. Co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu samodzielnej funkcji technicznej w zakresie posiadanych uprawnień licząc od daty ich uzyskania; oraz
- c. Doświadczenie polegającym na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru nad co najmniej dwoma zadaniami obejmującymi budowę lub przebudowę kanalizacji deszczowej o długości co najmniej 1 km o średnicy nie mniejszej niż DN 250 mm (każde) w ramach budowy, rozbudowy lub przebudowy drogi.

Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie wskazał, że wymaga, aby usługa świadczenia nadzoru nad zadaniami była wykonywana jako inspektor nadzoru w określonej branży – w przeciwieństwie do wymogu dotyczącego zliczenia wymaganej ilości lat doświadczenia zawodowego.

W świetle powyższego należy wskazać, że doświadczenie Pana P. wskazane w pierwotnie złożonym Wykazie osób na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu potwierdzało wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. W świetle powyższego wszystkie dalsze dywagacje oraz prowadzona w sprawie korespondencja czy Pan P. pełnił funkcję inspektora w branży sanitarnej - czy też pełniła ją inna osoba pozostają bez znaczenia w sprawie.

W sprawie istotne jest to, że (i) Zamawiający określił wymóg wykazania się doświadczeniem w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru nad dwoma zadaniami, (ii) Odwołujący wykazał, że dysponuje osobą o takim doświadczeniu.

Dalej, Odwołujący pragnie wskazać, że abstrahując od powyższego Zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania z art. 24ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, że zaistniały wszystkie przesłanki do skorzystania z jej dyspozycji w celu wykluczenia Odwołującego z postępowania.

W treści przepisu wynika, że Zamawiający jest zobowiązany przede wszystkim wykazać, że dana informacja ma charakter informacji nieprawdziwej. Z uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania trudno stwierdzić na podstawie jakich dokumentów lub na podstawie jakich okoliczności Zamawiający doszedł do przekonania, że Odwołujący przedstawił informacje niezgodne z rzeczywistością.

Samo wskazanie, że Zamawiający wszedł w posiadane informacji uniemożliwia Odwołującemu sformułowanie skutecznych zarzutów, jak również zrewidowanie podstaw zasadności wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający nie posiada również uprawnienia do rozszerzenia czy też uzupełnienia podstaw faktycznych odwołania na dalszym etapie postępowania odwoławczego, gdyż przedmiotem i zaskarżenia jest decyzja Zamawiającego określona konkretnymi ramami prawnymi i faktycznymi.

Wskazać należy, że w Wykazie osób składanym w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie przypisano Panu P. funkcji Inspektora nadzoru w branży sanitarnej. Wręcz przeciwnie - w Wykazie wskazano, że: posiada on doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru nad zadaniem (...)

Przyjmując zatem retorykę Zamawiającego za zasadną wskazania wymaga, że informacje wskazane w Wykazie osób nie zawierają danych niezgodnych z rzeczywistością.

Dalej, Zamawiający był zobowiązany wykazać, że Odwołujący działał lekkomyślnie lub niedbale przedstawiając analizowane informacje. Zamawiający był zatem zobowiązany przedstawić dowody, że Odwołujący miał możliwość zweryfikowania prawdziwości danych informacji (np. były one publicznie dostępne), a mimo tego, tego nie uczynił, czym naraził się na ryzyko wykluczenia z Postępowania w oparciu o analizowaną przesłankę. Taka argumentacja nie została przedstawiona w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania.

W niniejszym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z sytuacją, która na ogół ma miejsce w przypadku dokonywanej przez Izbę oceny działań oferentów, którzy przypisują danej osobie doświadczenie, którego rzeczywiście ona nie posiada (nie spełnia warunków udziału w postępowaniu), a następnie będąc dopytani dokonują jej "*podmiany*" na inną osobę. W analizowanym przypadku Pan P. od początku spełniał warunki udziału w Postępowaniu, co Odwołujący był w stanie wykazać przedstawiając uzupełniony Wykaz

osób składany w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Okoliczność powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości, co do posiadanego przez prawdziwości przedstawionych informacji pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Odwołanie o sygnaturze akt: KIO 1379/21

W dniu 10 maja 2021 roku do Prezesa krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione kolejne odwołanie dotyczącego tego samego postępowania przetargowego, wniesione przez wykonawcę BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie od czynności Zamawiającego polegających na:

1. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez ER GRUPA sp. z o.o. [dalej zwanym ER GRUPA], pomimo iż oferta ER GRUPA nie była najkorzystniejszą,
2. odrzuceniu oferty BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. K., pomimo iż oferta BBC nie podlegała odrzuceniu z uwagi na brak terminu związania z ofertą,
3. prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów Ustawy).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 182 ust. 6 Ustawy PZP w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - prawo zamówień publicznych, poprzez uznanie, że oferta BBC podlegała odrzuceniu, gdyż BBC w zakreślonym przez Zamawiającego terminie nie złożyło oświadczenia o przedłużeniu związania ofertą w sytuacji, gdy BBC złożyło oświadczenie o przedłużeniu związania ofertą w dacie, w której nie upłynął jeszcze okres na który złożona przez BBC oferta została udzielona, tj. w dacie złożenia oświadczenia o przedłużeniu oferty, złożona w postępowaniu oferta była nadal ważna i wiążąca (co więcej, w tej dacie bieg terminu związania ofertą był zawieszony). Z uwagi bowiem na odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2021 r. (sygn. akt: KIO 537/21) bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu na okres od dnia wniesienia odwołania do dnia 12 marca 2021 r. tj. pierwotny termin związania ofertą został wydłużony o 22 dni. Termin ten rozpoczął swój dalszy bieg dopiero z dniem 12 marca 2021 r. tj. z chwilą wydania przez KIO wyroku w sprawie o sygn. akt: KIO 537/21;
2. Naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 Ustawy PZP w związku z art. 89 ust. 1 Ustawy PZP i w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów Ustawy oraz kryteriów oceny ofert i odrzucenie oferty BBC, pomimo iż oferta

pozostawała nadal ważna oraz poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

3. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów Ustawy).

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. unieważnienie czynności odrzucenia oferty BBC,
4. dokonanie ponownej oceny ofert,
5. Wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert poprzedzony wezwaniem do złożenia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu złożył na czynności Zamawiającego odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.02.2021 roku Zamawiający podczas rozprawy przed KIO w dniu 12 marca 2021 podnosił, iż Odwołujący nie ma interesu prawnego we wniesieniu poprzedniego z uwagi na fakt, iż Odwołujący nie dokonał przedłużenia ważności oferty. Izba zarówno w trakcie postępowania jak i w wyroku wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 537/21 z dnia 12 marca 2021 r. nie znalazła przesłanki do braku posiadania przez Odwołującego interesu prawnego w skutek braku przedłużenia związania z ofertą.

Skład orzekający w postępowaniu o sygn. akt: KIO 537/21 ustalił również, iż do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy dotychczasowej tj. przepisy ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych.

Faktem jest, iż Zamawiający pismem z dnia 4 marca 2021 r. wezwał Wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą, który upływał w dniu 7 marca 2021 r. Odwołujący BBC wyraził zgodę na jego przedłużenie w dniu 8 marca 2021 r. o godz. 09:42 i przesłał do Zamawiającego pismo informujące o woli takiego przedłużenia.

Odwołujący, jednakże zarówno w dniu 7 marca 2021 jak i w dniu 8 marca 2021 pozostawał związany ofertą, gdyż w dniu 18 lutego 2021 w skutek wniesienia przez BBC Odwołania do KIO został zawieszony bieg okresu związania z ofertą.

Jak stanowi art. 182 ust. 6 Ustawy PZP w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia

przez Izbę orzeczenia. Przepis ten koresponduje z art. 85 ustawy PZP, który określa terminy związania ofertą, stanowiąc przepis szczególny względem ww. regulacji zawartej w art. 85 Ustawy PZP, wprowadzając szczególny okres w którym terminy określone w art. 85 Ustawy PZP nie biegną, tj. de facto ulegają wydłużeniu o czas trwania postępowania. Artykuł 182 ust. 6 Ustawy PZP dotyczy więc materii związanej z trybem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego i nie jest przepisem proceduralnym stosowanym w postępowaniu odwoławczym. Innymi słowy przepisu tego nie stosuje Krajowa Izba Odwoławcza w postępowaniu prowadzonym na skutek wniesienia odwołania,

lecz jest on adresowany do Zamawiającego. To Zamawiający po zakończonym postępowaniu odwoławczym zobowiązany jest stosować ten przepis do ustalenia faktycznego okresu ważności ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający stosując ten przepis ma możliwość precyzyjnego określenia aktualnego terminu związania ofertą. Krajowa Izba Odwoławcza może co najwyżej rozpatrywać naruszenie tego przepisu przez Zamawiającego, natomiast sama na żadnym stadium postępowania nie będzie tej normy prawnej stosować. Tym samym, w ocenie Odwołującego, pomimo wejścia w życie NPzp, przepis ten nadal pozostaje obowiązujący w niniejszym postępowaniu i obowiązkiem Zamawiającego było zastosować się do tej normy prawnej. Do art. 182 Ustawy PZP należy bowiem stosować art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - prawo zamówień publicznych, nie zaś art. 92 ust. 2 tej ustawy. Ustawodawca w art. 92 ust. 2 ustawy przepisy wprowadzające ustawę - prawo zamówień publicznych, posłużył się bowiem zwrotem „*do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r.* Skoro więc, art. 182 ust. 6 ustawy PZP nie jest stosowany przez Krajową Izbę Odwoławczą w postępowaniu odwoławczym jako przepis proceduralny, a izba co najwyżej może badać prawidłowość jego zastosowania/lub niezastosowania przez Zamawiającego, nieuprawnionym byłoby stwierdzenie, że miałby być to przepis „*stosowany do postępowań odwoławczych*”, Ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy przepisy wprowadzające ustawę - prawo zamówień publicznych posługuje się zwrotem „*Do postępowań o udzielenie zamówienia*” co potwierdza ww. twierdzenie o tym, że pomimo, iż art. 182 ust. 6 ustawy PZP zamieszczony został w Rozdziale 5 Ustawy PZP, Dziale VI Środki Ochrony Prawnej, Rozdziale 2 Odwołanie, jest to przepis, który mimo wszystko znajduje zastosowanie tylko i wyłącznie do postępowań o udzielenie zamówienia, a nie postępowania odwoławczego. Odmienna interpretacja ww. przepisów prowadziłaby bowiem do oczywiście nieakceptowanej sytuacji, w której Zamawiający nie mógłby stosować przepisów szczególnych Ustawy PZP dotyczących biegu terminu związania ofertą tylko

dlatego, że odwołanie zostało złożone po dniu 31 grudnia 2020 r., w sytuacji, gdy do tego samego postępowania przepis ten mógłby być stosowany przez Zamawiającego, gdyby odwołanie złożono najpóźniej w dniu 31 grudnia 2020 r. Taka interpretacja doprowadziłaby do oczywiście sprzecznej z art. 90 ust. 1 ustawy przepisy wprowadzające ustawę - prawo zamówień publicznych sytuacji w której do postępowania wszczętego przed dniem 31 grudnia 2020 r. Zamawiający zobowiązany byłby stosować w zakresie terminu związania ofertą zarówno przepisy Ustawy PZP, jak też przepisy NPzp. Takie działanie byłoby także sprzeczne z celem wprowadzonych przepisów przejściowych. Jak bowiem wskazano w treści uzasadnienia do ww. ustawy wprowadzającej przepisy przejściowe (str. 9), *„Z uwagi na specyfikę materii zamówień publicznych, a także generalną potrzebę jasnego i jednoznacznego ustalenia stanu prawnego mającego zastosowanie do sytuacji przejściowych powstających w wyniku tak gruntownej zmiany obowiązujących przepisów, jaka przewidziana została w związku wejściem w życie nowej ustawy - Prawo zamówień publicznych, w ustawie przewidziano, że do postępowań o udzielenie zamówienia, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe”*. Pomimo, że nie zostało to wskazane wprost w treści uzasadnienia, należy stwierdzić, że intencją ustawodawcy było takie ukształtowanie przepisów przejściowych, aby Zamawiający w przypadku postępowań wszczętych przed 1 stycznia 2021 r. zawsze (bez wyjątków) stosował wszystkie przepisy Ustawy PZP, tj. przepisy obowiązujące do 31 grudnia 2021 r., natomiast przepisy NPzp miałyby być stosowane do tych postępowań tylko przez Krajową Izbę Odwoławczą i tylko w takim zakresie w jakim regulują postępowanie przed Izbą, nie zaś w kwestiach dotyczących zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym Oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, gdyż w dacie złożenia oświadczenia o przedłużeniu związania ofertą dotychczasowa oferta była nadal obowiązująca. Uzupełniająco należy także wskazać, że Zamawiający w postępowaniu toczącym się pod sygn. akt: KIO 537/21 powoływał się na brak interesu prawnego Odwołującego w tym postępowaniu z uwagi na nieprzedłużenie związania ofertą w terminie, niemniej jednak zarzut ten nie został przez Izbę uwzględniony. Powyższe potwierdza więc, że wyrażone powyżej stanowisko Odwołującego w zakresie zastosowania art. 182 ust. 6 Ustawy PZP do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest zbieżne

z interpretacją przepisów przejściowych stosowaną przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Stosownie do przepisu art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Biorąc pod uwagę okoliczność, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych i wynikających z niniejszego odwołania, za w pełni uzasadnione

należy uznać także twierdzenie o naruszeniu przez niego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający - poprzez niezastosowanie w sposób prawidłowy powołanych przepisów - dopuścił się bowiem naruszenia fundamentalnych dla prawa zamówień publicznych zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Mając na względzie przedstawioną powyżej argumentację, podkreślenia wymaga, iż działanie Zamawiającego skutkuje istotnymi wadami postępowania.

Wobec powyższego zarzut należy uznać za zasadny.

W dniu 11 maja 2021 roku do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1371/21 zgłosił przystąpienie wykonawcy BBC Best Building Consultants spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 12 maja 2021 roku do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1379/21 zgłosił przystąpienie wykonawca Prokom Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 13 maja 2021 roku do postępowań odwoławczych w sprawie o sygn. akt: KIO 1371/21 i w sprawie o sygn. akt: KIO 1379/21 zgłosił przystąpienie wykonawca Er Grupa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 23 czerwca 2021 roku Zamawiający złożył odpowiedź na oba odwołania, w której wniósł o ich oddalenie w całości.

W dniu 23 czerwca 2021 roku Przystępujący eR Grupa złożył pismo procesowe w post. o sygn. KIO 1371/21, w którym wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

W dniu 24 czerwca 2021 roku Odwołujący Prokom złożył pismo procesowe, w którym wniósł o przeprowadzenie dowodu w postępowaniu o sygn. KIO 1371/21 z akt sprawy KIO 1164/21, KIO 1187/21, tj:

- a. Wyroku z dnia 7 czerwca 2021 r. w sprawie KIO 1164/21, KIO 1187/21, strona 22 i nast.;
- b. Pisma procesowego Odwołującego z dnia 26 maja 2021 r.;
- c. Protokołu z rozprawy z dnia 26 maja 2021 r. w sprawie KIO 1164/21, KIO 1187/21, Odwołujący Prokom złożył również pismo procesowe z dnia 24 maja 2021 r. jako odpowiedź na stanowisko zawarte w piśmie procesowym przystępującego eR Grupa.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożonej do akt sprawy, odpowiedzi na odwołanie,

zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”)

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego Procom o odrzucenie odwołania 1379/21 w zakresie zarzutu nr 1 na podstawie art. 528 pkt 3. nPzp, wskazując, że informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego BBC w związku z brakiem przedłużenia terminu związania ofertą została odwołującemu przekazana pismem z 29 kwietnia 2021 r. Zatem dopiero w tej dacie odwołujący powziął wiedzę o czynności zamawiającego będącej podstawą odrzucenia jego oferty. Zatem odwołanie wniesione z dacie 10 maja 2021 r. zostało wniesione zgodnie z terminem na jego wniesienia. Nie zaistniała zatem przesłanka odrzucenia odwołania wskazana w art. 528 pkt 3 nPzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazali posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazali w ustawowym terminie kopie odwołań Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania.

Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpień do postępowania odwoławczych po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawców do udziału w postępowaniach odwoławczym w charakterze Uczestników postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie, dowody złożone przez Strony i Przystępującego a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu, oraz wyrok z dnia 7 czerwca 2021 r. w sprawie KIO 1164/21, KIO 1187/21,

pisma procesowego Odwołującego z dnia 26 maja 2021 r., protokół z rozprawy z dnia 26 maja 2021 r. w sprawie KIO 1164/21, KIO 1187/21,

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, iż stan faktyczny przedstawiony w treści odwołania o sygn. KIO 1371/21 i KIO 1379/21 został prawidłowo przedstawiony, i w tym zakresie poczynione ustalenia Izba przyjęła za własne.

Biorąc pod uwagę zgromadzoną w sprawie dokumentację, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie o sygn. KIO 1371/21 oraz odwołanie o sygn. KIO 1379/21 nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołanie o sygnaturze akt: KIO 1371/21

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie że Odwołujący Prokom podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na fakt, że działając lekkomyślnie lub niedbale wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie informacji dotyczących Pana K. B. – osoby wskazanej na stanowisko Inspektora nadzoru w branży drogowej oraz w zakresie informacji dotyczących Pana T. P. – osoby wskazanej na stanowisko Inspektora nadzoru w branży sanitarnej, w ocenie Izby zarzut potwierdził się w zakresie informacji dotyczących Pana K. B., natomiast nie potwierdził się w zakresie informacji dotyczących Pana T. P..

Powyższe oznacza, że czynności podjęte przez Zamawiającego w zakresie wykluczenia Odwołującego Prokom na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w związku z art. 24 ust. 4 Pzp były zasadne, z uwagi na potwierdzenie się okoliczności wprowadzenia Zamawiającego

w błąd, poprzez podanie informacji, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, w odniesieniu do informacji dotyczących doświadczenia Pana T. P. – osoby wskazanej na stanowisko Inspektora nadzoru w branży sanitarnej.

Natomiast, za niezasadne Izba uznała stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym Odwołujący Prokom wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczących doświadczenia Pana K. B. – osoby wskazanej na stanowisko Inspektora nadzoru w branży drogowej.

Jednakże, z uwagi na potwierdzenie się okoliczności uzasadniających wykluczenie Odwołującego Prokom na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 w związku z art. 24 ust. 4 Pzp, odwołanie, w części zarzutów dotyczących Pana K. B. nie mogło zostać uwzględnione z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania. Zatem, pomimo nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego informacji podanych w ofercie dla Pana K. B., Odwołujący Prokom w dalszym ciągu podlega wykluczeniu z postępowania, a zatem częściowe uznanie przez Izbę zarzutów odwołania za zasadne, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, co przekłada się na brak możliwości jego uwzględnienia w części. Zgodnie bowiem z art.554 ust. 1 pkt 1 nPzp *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikacji wykonawców.*

Izba podkreśla, że dla możliwości zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp zgodnie z którym, *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawi informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia* wymagane jest łączne zaistnienie przesłanek, tj.:

1. przedstawienia 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.

Zawarta w przepisie przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd 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 obiektywnie nieprawdziwe, 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.

Wskazanie w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp informacji wprowadzających zamawiającego w błąd i mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu oznacza, że jest to norma o charakterze generalnym, którą należy wyklądać mając na uwadze systemowo uregulowane zasady prawa zamówień publicznych i każdorazowo oceniać przez pryzmat zaistniałych okoliczności postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego (wyrok z 8 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2705/17). Dla stwierdzenia podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, błędne przekonanie zamawiającego powinno mieć znaczenie dla przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba wypowiedziała się o tej przesłance m.in. w wyrokach z 18 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 576/17 i 30 października 2017 r. sygn. akt KIO 2151/17.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp stanowi o wykluczeniu wykonawcy, gdy informacje wprowadzające zamawiającego w błąd przedstawione zostaną w sposób zawiniony, przy czym wystarczające jest wykazanie winy nieumyślnej w postaci lekkomyślności – rozumianej jako brak zamiaru co do bezprawnego działania, jednak przy świadomości, że działanie może naruszać prawo, lub niedbalstwa – kiedy wykonawca wprost nie przewiduje skutku, jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, podczas gdy skutek ten mógł i powinien być przewidzieć. Stosownie do art. 14 Pzp do oceny czynności wykonawcy w tym zakresie, stosuje się art. 355 § 1 k.c., zatem przypisanie wykonawcy niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy ten zachował się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego miernika staranności, podwyższonego zgodnie z art. 355 § 2 k.c. w związku z zawodowym charakterem działalności wykonawcy. Należyta staranność profesjonalisty nakłada

na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Pogląd taki został wyrażony w wyrokach z: 20 marca 2017 r. sygn. akt KIO 382/17, 7 czerwca 2017 r. sygn. akt 1004/17 oraz z 3 lipca 2017 r. sygn. akt 1243/17.

Okoliczności podania informacji nieprawdziwych powinny być wykazane w sposób niebudzący wątpliwości. Nie jest wystarczające zaistnienie pewnego stanu niepewności lub wywołanie wątpliwości co do rzetelności czy kompletności przedstawionych informacji. Aby mogło dojść do podważenia zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy informacji przedstawionych przez wykonawcę, powinny zostać przedstawione dowody, najczęściej spoza dokumentacji postępowania – wówczas dochodzi do wykazania rzeczywistego stanu rzeczy, podważającego stan wiedzy oparty na dokumentacji postępowania (wyrok z 18 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 576/17) (por. Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2017 r.)

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy, Izba wskazuje, że podstawą oceny czy Odwołujący Prokom przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd są wymagania postawione w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, których interpretacja musi zostać dokonana ściśle z ich treścią oraz informacje podane przez Przystępującego Prokom w treści załączników do oferty.

Odnosząc się do informacji dotyczących doświadczenia dla osoby wskazanej jako Inspektor nadzoru branży drogowej Pana K. B., nabytego przy realizacji inwestycji wskazanej w poz. 1 Wykazu osób składanego wraz z ofertą, na potrzeby kryterium oceny ofert Budowa odcinka trasy N-S od ul. 1 Maja do ul. Bukowej w Rudzie Śląskiej wraz z węzłem dwupoziomowym i budową odcinka drogi od ul. Bukowej do ul. Ks. Niedzieli – ul. Nowobukowa, Izba w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, podziela stanowisko wyrażone

w wyroku z dnia 27 maja 2021 roku o sygn. akt KIO 1164/21 i KIO 1187/21, w którym Izba rozpoznawała tożsamy zarzut, w innym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Rozpoznając zarzut, *po analizie kryterium opisanego w pkt. 19 ppkt 1) SIWZ dotyczącego doświadczenia zawodowego inspektora nadzoru branży drogowej (właściwego również dla rozpoznawanej sprawy) Izba stwierdziła, że powinno być ono interpretowane przez pryzmat przedmiotu zamówienia (art. 91 ust. 2 ustawy Pzp). Izba uznała, że przedmiotowe kryterium należy czytać w ten sposób, że w celu otrzymania dodatkowych punktów należało wykazać się doświadczeniem w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru branży drogowej przy budowie/przebudowie drogi wraz z budową/przebudową sygnalizacji świetlnej. Inna interpretacja treści ww. kryterium pozostawałaby w oderwaniu od przedmiotu zamówienia.*

W świetle powyższego, Izba stwierdziła, że doświadczenie K. B. wskazane przez Odwołującego Prokom w pozycji 1 wykazu nie spełnia wymogów dla pozyskania dodatkowych punktów w ww. kryterium oceny ofert. Z dokumentów przekazanych przez Odwołującego Prokom Zamawiającemu wynika, że w ramach inwestycji wskazanej w pozycji 1 wykonano montaż świateł ostrzegawczych U-35 na kwotę 3 480 zł. Nie ulega wątpliwości, że nadzór nad montażem czterech lamp ostrzegawczych U-35 w związku z wprowadzeniem tymczasowej organizacji ruchu nie spełnia wymagania wykazania się doświadczeniem w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru nad budową/przebudową sygnalizacji świetlnej. Izba zgodziła się z Zamawiającym, że przyznanie Odwołującemu Prokom punktów z tytułu wykonania zadania z pozycji 1 wykazu dotyczącego doświadczenia pana K. B. stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Potwierdzeniem okoliczności, że ww. inwestycja wskazana w pozycji 1 wykazu nie spełnia wymagań Zamawiającego jest również oświadczenie złożone przez K. B..

Izba nie dopatrzyła się jednak podstaw do wykluczenia Odwołującego Prokom z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Izba miała na uwadze, że Odwołujący Prokom nie zataił zakresu zadania ujętego w pozycji 1 wykazu doświadczenia zawodowego inspektora nadzoru branży drogowej. Odwołujący Prokom w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień treści oferty przekazał Zamawiającemu rzetelną informację o montażu świateł ostrzegawczych w ramach spornej inwestycji. Na skutek powyższego,

nie zaistniały przesłanki do stwierdzenia, że Odwołujący Prokom wprowadził Zamawiającego w błąd.

W ocenie Izby, nie można wykluczyć, że stanowisko Odwołującego Prokom, który utrzymywał, że inwestycja pn. „Budowa odcinka trasy N-S od ul. 1-go Maja do ul. Bukowej w Rudzie Śląskiej wraz z węzłem dwupoziomowym i budową odcinka drogi od ul. Bukowej do ul. Ks. Niedzieli – ul. Nowobukowa” wpisuje się w wymagania opisane w kryterium oceny ofert, jest wynikiem błędnego rozumienia treści kryterium. Tym samym, potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W konsekwencji, znalazł potwierdzenie również zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, potwierdzając tożsamość istotnych dla rozpoznania zarzutu okoliczności, Izba doszła do przekonania, iż Odwołujący Prokom nie wprowadził Zamawiającego w błąd, przy przedstawieniu informacji dotyczących Pana K. B. – osoby wskazanej na stanowisko Inspektora nadzoru w branży drogowej, tym samym zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i 24 ust.4 Pzp był zasadny.

Odnosząc się do informacji dotyczących doświadczenia Pana K. B., wskazanych w Załączniku nr 9 jako zadanie nr 2 – doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji Inspektora nadzoru nad zadaniem: Przebudowa ul. Igołomskiej w Krakowie, które obejmowało przebudowę ulicy w klasie technicznej G wraz z sygnalizacją, Izba również uznała, iż zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i 24 ust.4 Pzp był zasadny.

Izba podziela argumentację Odwołującego Prokom, co do sposobu interpretacji warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w pełnieniu funkcji Inspektora nadzoru.

Dokonując literalnej wykładni warunku udziału dla Inspektora nadzoru branży drogowej, Zamawiający wymagał m.in. doświadczenia polegającego na pełnieniu funkcji Inspektora nadzoru nad co najmniej dwoma zadaniami o określonych warunkach. W treści warunku, udziału w postępowaniu Zamawiający nie wymagał iż doświadczenie to ma polegać

na pełnieniu funkcji Inspektora nadzoru w branży drogowej, lecz ograniczył się do wymogu doświadczenia w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru (bez wskazania branży) nad co najmniej dwoma zadaniami o określonym, wskazanym zakresie. Wobec tak ukształtowanych warunków udziału w postępowaniu, wykonawca wskazujący osobę posiadającą doświadczenie

w pełnieniu funkcji Inspektora nadzoru w innej branży, w zadaniu obejmującym wymagany zakres, nie może być negatywnie traktowany przez Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, co jest istotne, że Odwołujący Prokom nie wskazał branży, w jakiej Pan B. pełnił funkcję Inspektora nadzoru, lecz ograniczył się do podania informacji o pełnieniu funkcji Inspektora

nadzoru nad zadaniem (...). Twierdzenie Zamawiającego, iż wymagał doświadczenia w pełnieniu funkcji Inspektora nadzoru w branży drogowej, nie znajduje potwierdzenia w zapisach SIWZ, a ponadto stanowi rozszerzającą interpretację warunku udziału w postępowaniu, dokonana przez Zamawiającego, po upływie terminu składania ofert, co jest czynnością niedopuszczalną w świetle przepisów prawa zamówień publicznych.

Odnosząc się do informacji uzyskanych od Zarządu Dróg Miasta Krakowa, iż Pan B. nie pełnił funkcji Inspektora w branży drogowej przy przebudowie ul. Igołomskiej, Izba wskazuje, że taka informacja nie została przez Odwołującego Prokom wskazana w Załączniku nr 9. Odwołujący Prokom wskazał, iż Pan K. B. pełnił funkcje Inspektora nadzoru (bez wskazania branży), co nie stoi w sprzeczności z informacją zawartą w piśmie z dnia 22 kwietnia 2021 r. od Zarządu Dróg Miasta Krakowa. Co więcej, dalsza korespondencja z Zarządem Dróg Miasta Krakowa w zakresie przebudowy ul. Igołomskiej potwierdza zgłoszenie Pana K. B. jako Inspektora nadzoru w branży drogowej w ramach ww. inwestycji, co w ocenie Izby stanowi potwierdzenie pełnienia funkcji Inspektora nadzoru w branży drogowej, choć w niewielkim zakresie. Nie można więc całkowicie wykluczyć udziału Pana K. B. jako Inspektora nadzoru w realizacji inwestycji przebudowy ul. Igołomskiej, ponieważ jego niewielki udział w inwestycji potwierdził sam inwestor.

W tym miejscu Izba podkreśla, że sam Zamawiający w treści SIWZ nie określił, czy dla wykazania się warunkiem udziału w postępowaniu niezbędne jest pełnienie funkcji Inspektora nadzoru w realizacji całej inwestycji (od początku do jej zakończenia), czy możliwe jest wykazanie się doświadczeniem jedynie na jakimś etapie tej inwestycji.

Zestawiając powyższe okoliczności z zapisami SIWZ, gdzie Zamawiający nie określił czy pełnienie funkcji inspektora nadzoru ma obejmować całą wykazaną inwestycję od początku do końca, mając potwierdzenie o niewielkim udziale pana B. w danej inwestycji, Izba doszło do przekonania, że nie można Odwołującemu zarzucić wprowadzenia Zamawiającego w błąd, ponieważ przedstawiona przez Odwołującego Prokom informacja znajduje potwierdzenie w rzeczywistości.

Co do oświadczenia złożonego przez wykonawcę ER Grupa w zakresie doświadczenia p. B., Izba za wiarygodne uznała wyjaśnienia Odwołującego Prokom, że wskazane w oświadczeniu realizacje, nie obejmowały inwestycji wykonywanych przez Prokom, w których pan B. pełnił funkcję inspektora nadzoru. Odwołujący Prokom wyjaśnił, iż nie posiadał wiedzy o inwestycji nadzorowanej przez Pana K. B. „Budowa odcinka drogi od ul. Daszyńskiego do ul. Rybnickiej w Gliwicach – zachodnia część obwodnicy miasta”, którą sam Pan B. wskazał w oświadczeniu, jako spełniającą warunek udziału w postępowaniu. Gdyby posiadał wiedzę o tym zadaniu, wskazałby je w wykazie osób.

Jednakże,

z

uwagi

na to, że zadanie to nie było realizowane przez Odwołującego, nie miał o nim wiedzy.

W ocenie Izby, żadna z informacji podanych w wykazie osób w poz. 2 nie była informacją nieprawdziwą, co przeczy stanowisku Zamawiającego o wprowadzeniu go w błąd. Aby zaistniała okoliczność uzasadniająca zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, informacja nieprawdziwa, która może Zamawiającego wprowadzić w błąd musi wynikać z dokumentacji ofertowej. W przedmiotowej sprawie, taka sytuacja nie miała miejsca, bowiem Odwołujący Prokom podał w ofercie informacje odpowiadające prawdzie.

W ocenie Izby, Zamawiający wykluczył Odwołującego Prokom w oparciu o własną, rozszerzającą interpretację warunku udziału w postępowaniu co do wymogu doświadczenia Inspektora nadzoru w branży drogowej, która nie znajduje potwierdzenia w zapisach SIWZ.

Wobec powyższego Izba uznała zarzut bezpodstawnego przyjęcia przez Zamawiającego, że Odwołujący Prokom działając lekkomyślnie lub niedbale wprowadził Zamawiającego w błąd, w zakresie informacji dotyczących Pana K. B. za zasadny.

Odnosząc się do informacji dotyczącej doświadczenia wskazanego w Wykazie osób dla Pana T. P. – osoby wskazanej na stanowisko Inspektora nadzoru branży sanitarnej, Izba stwierdziła, że potwierdziły się okoliczności, z których wynika że Odwołujący Prokom działając lekkomyślnie lub niedbale wprowadził Zamawiającego w błąd, przy przedstawieniu informacji dotyczących pełnienia funkcji Inspektora nadzoru nad zadaniem: Przebudowa DW nr 783 na odcinku Wolbrom-Miechów, które obejmowało przebudowę kanalizacji deszczowej o długości 1 km o średnicy nie mniejszej niż DN 250 mm w ramach przebudowy drogi”.

W treści SIWZ pkt 8.3.3. Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej:

3) Inspektor nadzoru branży sanitarnej (1 osoba)

- a) posiadający uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz
- b) posiadający co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu samodzielnej funkcji technicznej w zakresie posiadanych uprawnień licząc od daty ich uzyskania oraz
- c) z doświadczeniem polegającym na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru nad co najmniej dwoma zadaniami obejmującymi budowę lub przebudowę kanalizacji deszczowej o długości co najmniej 1 km o średnicy nie mniejszej niż DN 250 mm (każde) w ramach budowy, rozbudowy lub przebudowy drogi.

Sporne między stronami są informacje podane przez Odwołującego Prokom, dotyczące wymagań wskazanych powyżej w pkt 3 c).

Z treści w warunku udziału (powyższy pkt 3 c) wynika, że Zamawiający wymagał aby osoba wskazana jako Inspektor nadzoru w branży sanitarnej posiadała doświadczenie (i) w pełnieniu funkcji Inspektora nadzoru, (ii) nad co najmniej dwoma zadaniami obejmującymi budowę lub przebudowę kanalizacji deszczowej o długości co najmniej 1 km o średnicy nie mniejszej niż DN 250 mm (każde) w ramach budowy, rozbudowy lub przebudowy drogi.

Odwołujący Prokom, w ramach wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu wskazał m.in., iż Pan T. P. pełnił funkcję Inspektora nadzoru nad dwoma zadaniami, w tym nad spornym zadaniem: Przebudowa DW nr 783 na odcinku Wolbrom-Miechów, które obejmowało przebudowę kanalizacji deszczowej o długości 1 km o średnicy nie mniejszej niż DN 250 mm w ramach przebudowy drogi.

W zakresie wymogu wykazania się doświadczeniem w pełnieniu funkcji Inspektora nadzoru nad co najmniej dwoma zadaniami, Izba przywołuje argumentację tożsamą, jaką przedstawiła przy wymaganym doświadczeniu dla Inspektora nadzoru branży drogowej. Z literalnego brzmienie treści warunku udziału w postępowaniu, określonego w SIWZ nie wynika, aby osoba wskazana na stanowisko Inspektora nadzoru branży sanitarnej musiała pełnić funkcję inspektora w tej branży. Spełnienie warunku udziału w postępowaniu zostanie więc wykazane, poprzez co najmniej dwa zadania, na których osoba wskazana

na stanowisko Inspektora nadzoru w branży sanitarnej, pełniła funkcję Inspektora nadzoru, w ramach inwestycji obejmującej zadania określone w SIWZ. Zamawiający nie wymagał również aby wskazany zakres, tj. budowa lub przebudowa kanalizacji deszczowej o długości co najmniej 1 km o średnicy nie mniejszej niż DN 250 mm musiał być nadzorowany przez tegoż Inspektora nadzoru, a jedynie, że w ramach wskazanego zadania taki zakres robót był wykonywany.

Co więcej, sam inwestor potwierdził, że Pan P. świadczył usługi Inspektora nadzoru we wskazanym, przez Odwołującego Prokom zadaniu, w zakresie sieci i instalacji urządzeń wodociągowych i w zakresie sieci i instalacji urządzeń gazowych.

Zatem zgodnie z wymogiem w SIWZ Odwołujący Prokom wykazał doświadczenie w pełnieniu funkcji Inspektora nadzoru.

W ocenie Izby nie został jednak spełniony drugi z wymaganych przez Zamawiającego elementów tego warunku, tj. iż wskazane zadanie obejmowało budowę lub przebudowę kanalizacji deszczowej o długości co najmniej 1 km o średnicy nie mniejszej niż DN 250 mm w ramach budowy, rozbudowy lub przebudowy drogi.

Odwołujący Prokom, w Wykazie osób podał informację, że Pan T. P. pełnił funkcję Inspektora nadzoru nad zadaniem: Przebudowa DW nr 783 na odcinku Wolbrom-Miechów, które obejmowało przebudowę kanalizacji deszczowej o długości 1 km o średnicy nie mniejszej niż DN 250 mm w ramach przebudowy drogi.

Zamawiający dokonując weryfikacji wskazanego doświadczenia, uzyskał informację od inwestora, iż w ramach ww. zadania została wykonana kanalizacja deszczowa o długości ok. 310 m. Stanowiło to informację odmienną, od informacji podanej w wykazie osób, dlatego Zamawiający wystąpił do Odwołującego Prokom pismem z dnia 15 kwietnia 2021 r. w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z wezwaniem do wyjaśnienia m.in. powyższej rozbieżności. W odpowiedzi, pismem z dnia 16 kwietnia 2021 r. Odwołujący Prokom nie odniósł się do długości nadzorowanej kanalizacji deszczowej, potwierdził jedynie że w ramach ww. inwestycji kanalizacja deszczowa była wykonana. Wskazał jednak: *Nie wchodząc w spór z Zamawiającym informuję, że Pan T. P. posiada znacznie większe doświadczenie niż wskazano w ofercie, polegające na nadzorowaniu kanalizacji sanitarnej i kanalizacji deszczowej o długości co najmniej 1 km i średnicy nie mniejszej niż DN 250 mm, (...)* wskazując na potwierdzenie trzy nowe inwestycje.

Dalej dodał: *Wskazane doświadczenie w tabeli wg załącznika nr 9 – Zadanie 2, należy ewentualnie traktować jako błąd. Niniejsze pismo stanowi uzupełnienie oferty w trybie art. 26 ust 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.*

Powyższe oświadczenie nie mogło ująć uwadze ani Zamawiającego ani Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem stanowi ono potwierdzenie ze strony Odwołującego Prokom, czyli w sposób niebudzący wątpliwości, że w załączniku nr 9 – Zadanie 2 Odwołujący podał informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd. Informacje te stanowią potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a więc należą do kategorii informacji mających wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Izba podkreśla, iż Odwołujący Prokom podając informację o realizacji inwestycji z w ramach przebudowy drogi DW nr 783 na odcinku Wolbrom-Miechów z kanalizacją deszczową o długości co najmniej 1 km, wypełnił łącznie wszystkie przesłanki skutkujące koniecznością wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 24 Pzp, tj:

- przedstawił informację niezgodną z rzeczywistością dotyczącą długości kanalizacji deszczowej, ponieważ faktycznie wykonano ok. 310 m, - co wynika z dokumentacji inwestora - a nie jak wskazał Odwołujący Prokom co najmniej 1 km, czym wprowadził Zamawiającego w błąd co do posiadanego doświadczenia,
- przedstawiona informacja jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa, o czym świadczy brak staranności w składanych oświadczeniach, a co potwierdza pismo Odwołującego Prokom z dnia 16 kwietnia 2021 r. odnoszące się do doświadczenie P. P., wskazujące, że podane informacje należy potraktować jako błąd

i przedstawiające nowe zadania na potwierdzenie doświadczenia P. P.. Wskazać należy, że wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości bowiem te, składane w toku przetargu, zmierzają do udzielenia zamówienia publicznego temu właśnie wykonawcy i mają wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Zatem jeżeli Odwołujący Prokom przedstawił w złożonym przez siebie oświadczeniu informacje, odnośnie osoby którą dysponuje pozostające w sprzeczności ze stanem faktycznym, zaś Zamawiający dotarł do właściwych informacji uznać należy, że Odwołujący wykazał się co najmniej niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp."

- jako informacja dotycząca warunku udziału w postępowaniu ma istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, bowiem na jej podstawie Zamawiający dokonuje oceny czy zaistniały lub nie zaistniały podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Dodać również należy, że informacja o długości kanalizacji deszczowej co najmniej 1 km. wynika bezpośrednio z treści Załącznika nr 9, została podana przez Odwołującego Prokom na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Jej wskazanie przez Odwołującego Prokom wprowadziło Zamawiającego w błąd, poprzez przedstawienie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji. Zaistniała zatem sprzeczność pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę,

a rzeczywistością, ponieważ Odwołujący Prokom podał informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania.

Na skutek podania tych informacji Zamawiający został wprowadzony w błąd, tzn. nabrał mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym.

Potwierdzenie okoliczności uzasadniających wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wyklucza możliwość zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez wezwanie wykonawcy do uzupełnienia, złożenia czy poprawienia dokumentów. Nie można bowiem informacji nieprawdziwych zastąpić informacjami prawdziwymi. Ponadto, na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, a zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 Zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Wobec powyższego, w okolicznościach, w których wykonawca sam wskazuje, że podane przez niego informacje są błędne, wnosząc o ich zmianę, a dowody którymi dysponuje Zamawiający potwierdzają ten fakt, wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 było uzasadnione.

Odwołanie należało zatem oddalić.

Odwołanie o sygnaturze akt: KIO 1379/21

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 182 ust. 6 Ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - prawo zamówień publicznych, poprzez uznanie, że oferta BBC podlegała odrzuceniu, gdyż BBC w określonym przez Zamawiającego terminie nie złożyło oświadczenia o przedłużeniu związania ofertą w sytuacji, gdy BBC złożyło oświadczenie o przedłużeniu związania ofertą w dacie, w której nie upłynął jeszcze okres na który złożona przez BBC oferta została udzielona, tj. w dacie złożenia oświadczenia o przedłużeniu oferty, złożona w postępowaniu oferta była nadal ważna i wiążąca z uwagi na zwieszenie terminu związania ofertą poprzez wniesienie odwołania, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z treścią art. 182 ust. 6 Pzp w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia.

Spór jaki zaistniał między stronami w przedmiotowej sprawie dotyczy kwestii, czy w postępowaniu odwoławczym wszczętym po 1 stycznia 2021 r. wniesionym wobec odrzucenia oferty Odwołującego BBC na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp z uwagi na brak przedłużenia terminu związania ofertą na wezwanie Zamawiającego, w terminie przez niego wyznaczonym, dokonanego w postępowaniu przetargowym prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zastosowanie znajdzie przepis art. 182 ust. 6 Pzp. Odwołujący BBC wywodzi, iż w związku z wniesieniem w dniu 18 lutego 2021 r. odwołania w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, termin związania ofertą uległ zawieszeniu na podstawie art. 182 ust. 6 Pzp do czasu wydania przez Izbę orzeczenia. A zatem składając na wezwanie Zamawiającego oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w dacie 8 marca 2021 r. (dzień po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego) prawidłowo dokonał przedłużenia terminu związania – pozostając w terminie związania ofertą zawieszonym wniesieniem wcześniejszego odwołania, pomimo iż zgodnie z SIWZ upływał on 7 marca 2021 r.

W ocenie Izby, do postępowań o udzielenie zamówień publicznych prowadzonych na podstawie ustawy z 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych, w ramach których wniesiono odwołanie już po 31 grudnia 2020 r. nie będzie miał zastosowania przepis art. 182 ust. 6 dotyczący zawieszenia terminu związania ofertą, wywołanego wniesieniem odwołania. Przepis ten znajduje się w Rozdziale VI Ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zatytułowanym Środki ochrony prawnej, Rozdział 2 Odwołanie i ma bezpośredni związek z wniesieniem odwołania, polegający na tym, iż możliwość jego zastosowania wywołana jest wyłącznie okolicznością wniesienia przez wykonawcę odwołania. Pomimo, iż wywołuje on skutek w postaci zawieszenia terminu związania ofertą złożoną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to do jego zaistnienia niezbędne jest wniesienie odwołania, zgodnie z wymaganiami ustawy Pzp. Żadna z okoliczności dotycząca samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, żadna czynność Zamawiającego w postępowaniu, bezpośrednio nie wywoła zawieszenia terminu związania ofertą, o którym mowa w art. 182 ust. 6 Pzp. Ponadto, zawieszenie terminu związania ofertą na podstawie art. 182 ust. 6 Pzp wywołane jest wniesieniem odwołania zgodnie z ustawą Pzp, i to wyłącznie dlatego, że ustawa ta zawiera regulację, nakazującą wprost zawieszenie terminu związania ofertą wywołanego wniesieniem odwołania.

W analizowanym stanie faktycznym, w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej nPzp) zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U.2019 poz.1086). Zgodnie z art. 92 ust. 2 przepisów przejściowych *Do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.* tj. przepisy ustawy Pzp z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Zestawiając powyższe wskazać należy, iż do postępowań odwoławczych wszczętych po 31 grudnia 2020 r. nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. lecz przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r, która regulują kwestie związane

z postępowaniem odwoławczym, jak też i skutki jakie wywołuje wniesienie odwołania.

Zgodnie z ustawą Pzp skutek w postaci zawieszenia terminu związania ofertą wynikał bezpośrednio z art. 182 ust. 6 i był wywołany wniesieniem odwołania. W Ustawie nPzp brak jest podstawy prawnej wskazującej na możliwość zawieszenia terminu związania ofertą w wyniku wniesienia odwołania.

Przepisy odnoszące się do postępowań odwoławczych wniesionych po 31 grudnia 2020 r. nie przewidują zatem możliwości zawieszenia terminu związania ofertą wywołanego wniesieniem odwołania.

Wobec powyższego, odwołanie wniesione po 31 grudnia 2020 r nie wywoła skutku w postaci zawieszenia terminu związania ofertą, ponieważ podlega ono regulacji prawnej, która nie przewiduje instytucji zawieszenia terminu związania ofertą wywołaną wniesieniem odwołania.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący BBC wniósł odwołania, które podlega regulacji ustawy z dnia 11 września 2019 r. nieprzewidującej instytucji zawieszenia terminu związania ofertą wywołanego wniesieniem odwołania.

W związku z powyższym, wobec braku podstawy prawnej umożliwiającej zawieszenie terminu związania ofertą w związku z wniesieniem odwołania po 31.12.2020 r., do którego zastosowanie znajdują przepisy, które nie przewidujące instytucji zawieszenia terminu związania ofertą, w analizowanym stanie faktycznym art. 182 ust. 6 Pzp nie znajdzie zastosowania.

Zarzut należy uznać zatem za niezasadny.

W ocenie Izby nie nastąpiło również naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 Ustawy PZP w związku z art. 89 ust. 1 Ustawy Pzp i w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów Ustawy oraz kryteriów oceny ofert i odrzucenie oferty BBC. Izba nie dopatrzyła się również naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 Ustawy PZP w związku z art. 89 ust. 1 Ustawy PZP i w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez dokonanie oceny ofert

z naruszeniem przepisów Ustawy oraz kryteriów oceny ofert i odrzucenie oferty BBC.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r.

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

