

Sygn. akt: KIO 1430/21

WYROK
z dnia 1 lipca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2021 roku przez wykonawcę **BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu**

przy udziale wykonawcy **Sweco Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części zarzutu dotyczącego naruszenia art. 239 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 i w związku z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) w zakresie odnoszącym się sprzeczności treści oferty Sweco Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu z treścią specyfikacji warunków zamówienia oraz w zakresie odnoszącym się do prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z powodu cofnięcia zarzutu w przedmiotowym zakresie.
2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, a w jej ramach wykluczenie wykonawcy Sweco Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.).

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika tego wykonawcy w kwocie 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy);

3.2. zasądza od zamawiającego Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu na rzecz wykonawcy BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, kwotę w wysokości 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych, zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 ze 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:

Uzasadnienie

Zamawiający Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego w ramach realizacji projektu pn. „Budowa Centrum Obsługi Odwiedzających Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu - etap III i etap IV”. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Pzp” lub „ustawą”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2021/BZP 00027424/01 z dnia 2021-04-02.

W dniu 11 maja 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej „Odwołującym”) wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Sweco Polska Sp. z o.o., ul. Franklina Roosevelta 22,60-829 Poznań [dalej zwanym SWECO],
2. zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy SWECO, pomimo iż SWECO przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego,
3. zaniechanie odrzucenia oferty SWECO z postępowania pomimo niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu,
4. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty SWECO, pomimo iż treść oferty jest sprzeczna z treścią SWZ,
5. prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów Ustawy).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 239 Ustawy PZP w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy PZP i w związku z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 Ustawy poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów Ustawy oraz kryteriów oceny ofert i zaniechanie odrzucenia oferty SWECO, pomimo iż treść oferty jest sprzeczna z treścią SWZ oraz poprzez

- prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy SWECO, pomimo iż SWECO przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;
 3. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Ustawy PZP w zw. z art. 112 ust. 1 i 2 Ustawy PZP i art. 116 Ustawy PZP poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów Ustawy oraz kryteriów oceny ofert i zaniechanie odrzucenia oferty SWECO, pomimo niewykazania spełniania przez SWECO warunku udziału w postępowaniu.
 4. naruszenie art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 Ustawy PZP 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 wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. wykluczenie z postępowania wykonawcy SWECO,
4. odrzucenia oferty SWECO,
5. dokonanie ponownej oceny ofert,
6. 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.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 Ustawy PZP oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów Ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 Ustawy i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności Zamawiającego wskazanych powyżej Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu. Ponadto w wyniku ww. naruszeń przepisów Ustawy może dojść do następczego unieważnienia postępowania, co także naraziłoby Odwołującego na poniesienie szkody.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący odniósł się do powyższych zarzutów.

Naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia SWECO z postępowania pomimo, iż SWECO przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego

Na wstępie Odwołujący wskazuje że Zamawiający podniósł rangę uprawnień bez ograniczeń, gdyż wielokrotnie w treści SIWZ wskazywał na konieczność zapewnienia personelu posiadającego uprawnienia bez ograniczeń.

Powyższe obrazuje, iż SWECO miało pełną świadomość konieczności zapewnienia osób z uprawnieniami bez ograniczeń oraz konsekwencji udzielania nieprawdziwych informacji.

Przedstawienie informacji niezgodnych ze stanem faktycznym w zakresie Projektanta branży telekomunikacyjnej

SWECO w Załączniku nr 6 Do SIWZ - Wykaz Osób, w pozycji inspektor w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych oświadczyło, iż Pan T. K. posiada uprawnienia budowlane do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń.

SWECO w Załączniku nr 1A Do SIWZ- (dotyczy Kryterium nr 4 „Zastępowalność kluczowego personelu”), w pozycji inspektor w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych oświadczyło, iż Pan A. W. posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych

Zamawiający w dziale 5 SIWZ pkt.3.1.1.2. wskazał warunki jakimi powinien dysponować Wykonawca (kluczowy personel) w zakresie inspektora branży telekomunikacyjnej:

3.1.1.2.5. jedną (1) osobą, która będzie wykonywała nadzór inwestorski w branży telekomunikacyjnej, spełniającą łącznie następujące minimalne wymagania:

3.1.1.2.5.1. posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych:

.1.1.2.5.2. posiada co najmniej 3 letnie doświadczenie (nabyte po uzyskaniu uprawnień do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych - liczone jako suma miesięczna wskazanych w wykazie kontraktów) w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego;

3.1.1.2.5.3. przynależy do właściwej izby samorządu zawodowego (legitymuje się aktualnym zaświadczeniem o przynależności do właściwej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa).

Zamawiający w dziale XV SWZ pkt. 3.5.2. wskazał Kryterium nr 4: W ramach niniejszego kryterium Zamawiający będzie oceniać wskazanie osób mogących zastępować czasowo lub stale osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia i które będą wskazane przez Wykonawcę w Wykazie osób jako kluczowy personel. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z działem XV SWZ w pkt. 3.5.4.3.S. za jedną osobę na zastępstwo inspektora

w specjalności telekomunikacyjnej przyznał punkt.

Wzór załącznika nr 1A zgodnie z SIWZ nakazywał konieczność wskazania rodzaju uprawnień/kwalifikacji w tym również specjalność oraz wskazanie czy posiadane uprawnienia zostały wydane z ograniczeniami czy bez ograniczeń.

W załączniku nr 1A SWECO oświadczył, iż Pan A. W. posiada uprawnienia bez ograniczeń.

Wzór załącznika nr 6 zgodnie z SIWZ nakazywał wskazanie: numer uprawnień i datę nadania, specjalność i zakres oraz czy uprawnienia sa bez ograniczeń

W załączniku nr 6 SWECO oświadczył, iż Pan K. posiada uprawnienia bez ograniczeń.

Zarówno oświadczenie firmy Sweco w zakresie Pana W. jak i Pana K. jest nieprawdziwe i wprowadziło Zamawiającego w błąd w zakresie czynności badania oferty jak i w zakresie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

Zgodnie z załączonym dokumentem (Decyzja nr DT/WBT/02375/02/U) Pan K. uprawniony jest do „projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych”.

Zgodnie z tą decyzją Pan K. nie posiada uprawnień bez ograniczeń, gdyż posiada uprawnienia jedynie w zakresie instalacji przewodowych oraz nie posiada uprawnień w zakresie sieci.

Zgodnie z załączonym dokumentem (Decyzja nr DT-WBT/02389/02/U) P. W. uprawniony jest do „projektowania i kierowania robotami w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą”.

Zgodnie z tą decyzją Pan W. nie posiada uprawnień bez ograniczeń, gdyż posiada uprawnienia jedynie w zakresie instalacji przewodowych oraz nie posiada uprawnień w zakresie sieci.

Na podstawie rozporządzenia Ministra Łączności z 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz. U. Nr 120, poz. 581 z późn. zm.), na podstawie którego zostały wydane uprawnienia Pana L.,

uprawnienia budowlane w telekomunikacji były bowiem nadawane bez ograniczeń lub w ograniczonym zakresie do m.in. projektowania i kierowania robotami budowlanymi, w specjalnościach wyodrębnionych w ramach specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń telekomunikacji:

- a) przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą dotyczącej urządzeń liniowych i stacyjnych,
- b) radiowej, dotyczącej obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokomunikacyjnych.

Jednocześnie zgodnie z art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Zakres uprawnień budowlanych należy odczytywać zgodnie z treścią decyzji o ich nadaniu i w oparciu o przepisy będące podstawą ich nadania. Z przywołanego przepisu nie wynika zatem możliwość rozszerzającej interpretacji zakresu uprawnień budowlanych nadanych przez poprzednio obowiązujące przepisy, lecz konieczność oparcia się na treści dokumentu (tak KIO w wyroku z dnia 12 grudnia 2017 r., KIO 2481/17).

Powyższe potwierdza dr J. S. (główny specjalista Krajowego Biura PIIB), wskazując jednocześnie, iż o uprawnieniach nadanych bez ograniczeń w określonym zakresie można mówić wyłącznie wówczas, gdy w treści decyzji oznaczono to wprost i literalnie (http://www.inzynierbudownictwa.pl/biznes.prawo.artykuł.uprawnienia_w_specjalnościach_instalacyjnych_w_telekomunikacji_przewodowej_wraz_z_infrastruktura_towarzysząca,4221): *Na podstawie rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz.U. Nr 120poz. 581 z późn. zm.) uprawnienia budowlane w telekomunikacji nadawane były bez ograniczeń lub w ograniczonym zakresie do: 1) projektowania, 2) kierowania robotami budowlanymi, 3) projektowania i kierowania robotami budowlanymi, w specjalizacjach wyodrębnionych w ramach specjalności instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń w telekomunikacji:*

- a) przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, dotyczącej urządzeń liniowych i stacyjnych,
- b) radiowej, dotyczącej obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokomunikacyjnych.

Podstawą wydania ww. rozporządzenia był art. 16 ust. 2 pierwotnego tekstu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz.U. Nr 89, poz. 414), którego przepisy przewidywały podział uprawnień na uprawnienia bez ograniczeń i w ograniczonym zakresie. A zatem,

biorąc pod uwagę stosowaną wówczas terminologię, przy wyjaśnianiu treści decyzji o nadaniu uprawnień należy uwzględnić jej treść. Przy czym obowiązuje tu następująca zasada - decyzja o nadaniu uprawnień budowlanych jest decyzją bez ograniczeń; jeżeli zawiera wprost taki zapis w treści decyzji. Natomiast, jeżeli decyzja nie zawiera wprost stwierdzenia „bez ograniczeń”, to znaczy, że jest decyzją w ograniczonym zakresie, który wynika bezpośrednio z treści decyzji. Powyższe potwierdził Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, który jako następca prawny Głównego Inspektora Państwowej Inspekcji Telekomunikacyjnej i Pocztovej wskazane stanowisko wyraził m.in. w piśmie z dnia 23 września 2008 r., znak: DT-WST- 6120-4/08(6). oraz potwierdził w piśmie z dnia 27 października 2010 r., znak: DT-WOT- 612-6/10(2), w podobnej sprawie.

W związku z powyższym opisane w pytaniu uprawnienia budowlane upoważniające do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych są uprawnieniami w zakresie ograniczonym w telekomunikacji przewodowej. Powyższe potwierdza brak wyraźnie zapisanego wyrażenia „bez ograniczeń” oraz dokładne określenie zakresu wynikającego z treści decyzji; który ogranicza się wyłącznie do telekomunikacji przewodowej w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych (bez sieci). (...)"

Mając na uwadze oświadczenie SWECO oraz treść ww. dwóch decyzji, z której - zgodnie z powyższymi interpretacjami KIO oraz dr S. - wynika jednoznacznie, iż Pan K. oraz Pan W. nie posiadają uprawnień bez ograniczeń:

- w zakresie sieci,
- w zakresie instalacji radiowych,
- bez ograniczeń,

wskazać należy, iż SWECO składając oświadczenie o uprawnieniach Pana W. i Pana . w treści zawartej w ofercie wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i kryterium punktowego.

Jak wynika z wyboru oferty SWECO jako najkorzystniejszej - Zamawiający uznał powyższe informacje jako wystarczające. Tymczasem przedmiotowe doświadczenie SWECO nie spełnia wymagań SWZ. Zatem wprowadzenie w błąd Zamawiającego spowodowało konsekwencje w zakresie czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Mając na względzie nieposiadanie przez Pana K. uprawnień telekomunikacyjnych bez ograniczeń, SWECO nie spełnia również warunków udziału w postępowaniu.

Z uwagi na oczekiwanie na uzyskanie wglądu do informacji publicznej Odwołujący zastrzega prawo do wykazania przed KIO kolejnych zastrzeżeń w zakresie informacji nieprawdziwych.

Wskazać należy, że przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy PZP ziszczają się w każdej sytuacji, w której możliwe jest, że Zamawiający może zostać wprowadzony w błąd, w ogóle nie musi dojść do takiego wprowadzenia w błąd. Już samo podanie informacji, które mogłyby u Zamawiającego spowodować mylne wyobrażenie - niezależnie od tego, jaki skutek te informacje spowodują - jest wystarczające, aby uznać, że ziściła się przesłanka wykluczenia z postępowania. Tak też uznała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 marca 2018 roku, sygn. akt KIO 444/18: *„Co istotne, dla wypełnienia normy art. 24 ust. 1 pkt 17 po stronie zamawiającego nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach, na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji, wystarczającym jest, iż takie wyobrażenie mogło powstać. Istotna jest sama treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło.”*

Z kolei dla ustalenia, że zachodzi przesłanka wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt 8 Ustawy wystarczające jest ustalenie rażącego niedbalstwa. Zdaniem Odwołującego każda z ww. opisanych okoliczności faktycznych jest przykładem rażącego niedbalstwa. SWECO zna bowiem doskonale zakres doświadczenia personelu, którym posługuje się przy realizacji projektów. Skoro zaś zna ten stan faktyczny, to wpisanie innych okoliczności do dokumentów przekazywanych do Zamawiającego, jest rażącym niedbalstwem.

Z kolei, aby uznać daną informację za wprowadzającą w błąd nie jest istotne ustalenie, jaka była przyczyna podania danej informacji w wykazie. Wystarczające jest bowiem stwierdzenie nawet najmniejszego stopnia winy - tj. lekkomyślności czy niedbalstwa. Z całą pewnością działanie SWECO wypełnia znamiona co najmniej lekkomyślności czy niedbalstwa w przedstawianiu Zamawiającemu informacji, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Obowiązkiem wykonawcy jest upewnienie się, czy informacje przekazane Zamawiającemu odpowiadają rzeczywistości, gdyż informacje składane w toku postępowania zmierzają do udzielenia zamówienia właśnie temu wykonawcy, który je składa i w związku z tym mają wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje. Tak też Izba w wyroku z dnia 9 kwietnia 2018 roku, sygn. akt KIO 531/18: *„Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. W tym wypadku 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 przedstawił w złożonym przez siebie oświadczeniu*

informacje odnośnie osób którymi dysponuje, pozostające w sprzeczności z faktami, zaś podmiot trzeci dotarł do właściwych informacji uznać należy, że wykazał się on co najmniej niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp."

Podkreślić też należy znaczenie oświadczeń własnych wykonawców, jakim właśnie jest przedmiotowy wykaz. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 maja 2018 roku, sygn. akt 596/18 wskazała: „W tym miejscu wskazać bowiem należy, że na skutek implementacji do krajowego porządku prawnego dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE *wzrosło znaczenie oświadczeń własnych wykonawców*. Jest to wynikiem, zarówno wprowadzenia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, jak również faktu przemodelowania przebiegu procedury o udzielenie zamówienia publicznego w jej podstawowej formie, jak również wprowadzenia rozwiązania w postaci tzw. procedury odwróconej (art. 139 ustawy Pzp). Te kilka znaczących zmian doprowadziło do zwiększenia znaczenia oświadczeń wiedzy składanych przez wykonawców, w tym nałożyło na nich obowiązek większej staranności przy weryfikacji prawdziwości danych prezentowanych w toku postępowania. Tym samym wobec wykonawców należy obecnie stosować wyższy miernik oceny związany z rzetelnością prezentowanych przez nich danych.". Zgodnie z aktualnym stanem prawnym głównym źródłem wiedzy zamawiającego odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, elementów mogących mieć wpływ na ocenę w kryteriach oceny ofert, jak też związanych z przedmiotem zamówienia, staną się oświadczenia własne wykonawcy. Wynika z tego większe niż dotychczas znaczenie kwestii prawdziwości oświadczeń składanych przez wykonawcę w toku postępowania, jak też rzetelność przekazywanych informacji.

Krajowa Izba Odwoławcza zidentyfikowała powyższą zmianę stanu prawnego i od czasu jego wejścia w życie bardzo restrykcyjnie orzeka w zakresie przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy PZP. Między innymi zwracana jest uwaga na konieczność dołożenia należytej staranności przy sporządzaniu oferty oraz podkreślany jest zawodowy i profesjonalny charakter wykonawców. W wyroku z dnia 7 marca 2019 roku, sygn. akt KIO 271/19 wskazano: „*Przepis ten (art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy PZP - dopisek Odwołującego) dopuszcza zatem wykluczenie wykonawcy w sytuacji wprowadzenia w błąd zamawiającego w wyniku zachowań nieumyślnych wykonawcy tj. lekkomyślności lub niedbalstwa. W tym miejscu Izba wskazuje, że zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do oceny czynności dokonywanych przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego - dalej kc. a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przez należytą staranność rozumie się określony sposób postępowania, mający prowadzić do spełnienia świadczenia, pewien model czy wzorzec skonstruowany z reguł postępowania (Kodeks cywilny - komentarz; red.*

E. Gniewek, p. Machnikowski CH BECK Warszawa 2017 r.) Przepisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak w Wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (tak w Wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo, w stosunku do profesjonalistów, miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż zgodnie z art. 355 §2 kc należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, a zatem konstruując wzorzec należytej staranności przedsiębiorcy w stosunkach jednostronnie i obustronnie profesjonalnych należy brać pod uwagę to, że jego działalność ma charakter profesjonalny (zawodowy), co oznacza między innymi, że prowadzona jest stale i przynajmniej w założeniu, oparta na szczególnej wiedzy i umiejętnościach. Prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania otoczenia co do wiedzy, skrupulatności i rzetelności podmiotu prowadzącego taką działalność (Kodeks cywilny - komentarz; red. E. Gniewek, P. Machnikowski CH BECK Warszawa 2017 r.). Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. W tym wypadku 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."

Podanie ww. informacji niezgodnych ze stanem faktycznym należy zakwalifikować jako lekkomyślność lub niedbalstwo właśnie przy uwzględnieniu obiektywnego wzorca profesjonalisty, jaki to przymiot posiada SWECO.

Zgodnie z przepisem art. 110 ust. 2 i 3 Ustawy PZP w przypadku podania nieprawdziwych informacji zaniechanie wykluczenia jest możliwe tylko wtedy, gdy dany wykonawca w trybie art. 110 ust. 2 Ustawy PZP złoży samooczyszczenie. Podkreślić jednak należy, że samooczyszczenie złożyć można skutecznie jedynie w przypadku, gdy dany wykonawca składa je z własnej inicjatywy - jeszcze przed otrzymaniem wezwania do wyjaśnień czy też podniesienia zarzutu. Tak też wielokrotnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza, przykładowo:

a. Wyrok z dnia 14.06.2018r., sygn. akt KIO 1102/18: „*Institucja samooczyszczenia jest podejmowana z inicjatywy samego wykonawcy, w sytuacji, gdy ten ma świadomość*

i wie że podlega wykluczeniu. Samooczyszczenie winno być dokonane najpóźniej wraz ze złożeniem dokumentu JEDZ, czyli wraz z upływem terminu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Późniejsze, następcze w wyniku wezwania zamawiającego czy po podjęciu przez niego decyzji o wykluczeniu samooczyszczenie wykonawcy wypaczałoby sens tej instytucji"

- b. Wyrok z dnia 28.02.2018r., sygn. akt KIO 274/18: „Łączna interpretacja art. 24 ust 8 i 9 p.z.p. prowadzi do wniosku, że to wykonawca ma wystąpić z inicjatywą samooczyszczenia i przedstawić zamawiającemu dokumenty dające mu podstawę do odstąpienia od obowiązku wykluczenia tego wykonawcy. Procedura wskazana w art. 24 ust. 8 p.z.p. służy dobrowolnemu naprawieniu szkody - wykonawca winny wprowadzenia w błąd musi się do tego przyznać, zanim fakt ten uświadomi sobie zamawiający. W przeciwnym wypadku zastosowanie ma art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. Przepis ten nie przewiduje możliwości zaoferowania wykonawcy "drugiej szansy".

Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Ustawy PZP w zw. z art. 112 ust. 1 i 2 Ustawy PZP i art. 116 Ustawy PZP poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów Ustawy i zaniechanie odrzucenia oferty SWECO, pomimo niewykazania spełniania przez SWECO warunku udziału w postępowaniu.

Powyżej Odwołujący wskazał, że SWECO nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie inspektora branży telekomunikacyjnej, wobec czego oferta złożona przez tego wykonawcę powinna być odrzucona przez Zamawiającego stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b).

Naruszenie art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Stosownie do przepisu art. 16 pkt 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. 16 pkt 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 zarzuty należy uznać za zasadne.

W dniu 14 maja 2021 r. do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Sweco Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej jako Przystępujący), wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 28 czerwca 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 28 czerwca 2021r. Przystępujący złożył pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 29 czerwca 2021 r. na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania Odwołujący złożył pismo procesowe, będące repliką na odpowiedź na odwołanie oraz na pismo procesowe Przystępującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożonej do akt sprawy, odpowiedzi na odwołanie, pism procesowych, zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp. Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Sweco Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i dopuściła wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej SWZ), Dział V Podstawy wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu, w pkt 2 Zamawiający ustanowił przesłanki wykluczenia z postępowania:

2. Zamawiający wykluczy z postępowania Wykonawcę w przypadkach, o których mowa w:
 - 2.1. art. 108 ust. 1 pkt 1) - 6) Pzp (obligatoryjne przesłanki wykluczenia),
 - 2.2. art. 109 ust. 1 pkt 1), 4), 6), 8) i 10) Pzp (fakultatywne przesłanki wykluczenia).

Izba ustaliła, iż Istotne dla analizowanej sprawy jest to, że Zamawiający ustanowił fakultatywne przesłanki wykluczenie, m.in. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 Pzp.

W punkcie 3 Rozdziału V Zamawiający ustanowił warunki udziału w postępowaniu, w tym warunek istotny dla sprawy, określony w pkt 3.1.1.2.5.1 oraz w 3.1.1.2.6:

3. Warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego

- 3.1. W przedmiotowym postępowaniu udział mogą brać Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w zakresie:

3.1.1. zdolności technicznej lub zawodowej.

W tym zakresie Zamawiający wymaga, aby Wykonawca:

3.1.1.2. dysponował co najmniej (kluczowy personel):

3.1.1.2.5. jedną (1) osobą, która będzie wykonywała nadzór inwestorski w branży telekomunikacyjnej, spełniającą łącznie następujące minimalne wymagania:

3.1.1.2.5.1. posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych;

3.1.1.2.5.2. posiada co najmniej 3 letnie doświadczenie (nabyte po uzyskaniu uprawnień do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych -liczone jako suma miesięczna wskazanych w wykazie kontraktów) w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego;

3.1.1.2.5.3. przynależy do właściwej izby samorządu zawodowego (legitymuje się aktualnym zaświadczeniem o przynależności do właściwej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa).

3.1.1.2.6. Inspektor nadzoru powinien posiadać uprawnienia budowlane, o których mowa w niniejszej SWZ i powinny być zgodne z ustawą z dnia 07 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz rozporządzeniem Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Zgodnie z art. 12a ustawy Prawo budowlane samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, określone w art. 12 ust. 1 ustawy mogą również wykonywać osoby, których odpowiednie kwalifikacje zawodowe zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych. Regulację odrębną stanowią przepisy ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej.

W SWZ w Rozdziale VII, pkt 2 Zamawiający wskazał:

2. W związku z bezpośrednim powiązaniem warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej oraz kryterium nr 2, na podstawie art. 126 ust 2 Ustawy Pzp Zamawiający wzywa do złożenia wraz z ofertą Wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usługi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu doświadczenia oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wzór wykazu osób stanowi załącznik nr 6 do SWZ.

W SWZ w Dziale XV Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, Zamawiający ustanowił w pkt 3 następujące kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej (istotne dla sprawy kryterium nr 4):

3. Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej:

3.1. Kryterium nr 1: Cena - waga kryterium 60 %

3.2. Kryterium nr 2: Dodatkowe doświadczenie kluczowego personelu-waga kryterium 20%

3.3. Kryterium nr 3: Termin stawienia się Inspektora nadzoru inwestorskiego na budowie, w skutek wezwania Zamawiającego w sprawach niecierpiących zwłoki – waga kryterium 10 %

3.4. Kryterium nr 4: Zastępowalność personelu - waga kryterium 10 %.

Zgodnie z pkt 3.5.4. SWZ Kryterium nr 4:

W ramach niniejszego kryterium Zamawiający będzie oceniać wskazanie osób mogących zastępować czasowo lub stale osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia i które będą wskazane przez Wykonawcę w Wykazie osób jako kluczowy personel.

(...)

3.5.4.2. Maksymalna liczba uzyskanych punktów może wynieść 10. Liczba punktów zostanie przyznana za wskazanie osób mogących zastępować czasowo lub stale osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia i które będą wskazane przez wykonawcę w Wykazie osób jako kluczowy personel. Dla każdej osoby wskazanej w Wykazie osób, mającej uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, jako kluczowy personel można wskazać co najwyżej jedną inną osobę na zastępstwo, spełniającą minimalne wymagania zamawiającego dla danej osoby kluczowego personelu w zakresie kwalifikacji i doświadczenia, określonych w dziale V pkt 3.1.1.2. SWZ.

3.5.4.3. Punkty (Xz) będą przyznawane w następujący sposób:

(...)

3.5.4.3.5. za jedną osobę na zastępstwo inspektora w specjalności telekomunikacyjnej

-

1 punkt.

3.5.4.4. W ramach kryterium zastępowalności kluczowego personelu osoby wskazane przez Wykonawcę nie mogą się powtarzać.

3.5.4.5. W celu oceny oferty w powyższym kryterium (Kryterium nr 4) Wykonawca sporządzi Wykaz – zastępowalność kluczowego personelu stanowiący załącznik nr 1A do Formularza oferty. Wypełniony i opatrzony w formie elektronicznej (w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym) lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym załącznik nr 1A do formularza ofertowego należy złożyć wraz z ofertą.

3.5.4.6. Zamawiający informuje, że załącznik nr 1A do formularza oferty zawierający oświadczenie wykonawcy w zakresie Kryterium nr 2 nie będzie podlegał uzupełnieniu lub zmianie na etapie oceny i badania oferty.

W postępowaniu złożone zostały 3 oferty:

1. Oferta nr 1: Sweco Polska Sp. z o.o., ul. Franklina Roosevelta 22, 60-829 Poznań,
2. Oferta nr 2: BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k., Aleje Jerozolimskie 155 lok. U3, 02-326 Warszawa,

3. Oferta nr 3: Konsorcjum firm: MBI spółka z o.o., ul. Wojskowa 11, 87-800 Włocławek (lider konsorcjum), AMP spółka z o.o., ul. Barska 44, 87-800 Włocławek (członek konsorcjum).

Wykonawca Sweco Polska Sp. z o.o. w treści załącznika nr 6 – Wykaz osób, w poz. 5 wskazał na stanowisko inspektora w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych Pana T. K.. Wykonawca Sweco Polska Sp. z o.o. wskazał, iż osoba ta posiada uprawnienia budowlane nr DT/WBT/02375/02/U do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, wydane dnia 28.10.2002 r.

W treści Załącznika nr 1A wykonawca wskazał jako osobę wyznaczoną do zastępowania ww. osoby, która będzie wykonywała nadzór inwestorski w branży telekomunikacyjnej Pana A. W., wskazując, iż posiada on uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanym bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych o nr DT-WBT/02389/02/U.

Izba zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzoną w sprawie dokumentację, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy SWECO, pomimo iż SWECO przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, w pierwszej kolejności należy odnieść się do treści warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 3.1.1.2.5.1. SIWZ tj.

posiada uprawnienie budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacji w zakresie wymaganych uprawnień dla inspektora w branży telekomunikacyjnej Izba podziela argumentację przedstawioną przez Odwołującego w zakresie postawionych przez Zamawiającego wymagań. Z treści warunku jednoznacznie wynika, iż osoba wskazana na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności telekomunikacyjnej musi posiadać uprawnienia:

- do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń,
- w specjalności instalacyjnej,
- w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacji.

Posiadane uprawnienia powinny być zgodne z ustawą z dnia 07 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz rozporządzeniem Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

Istota sporu między stronami, sprowadza się do tego, czy uprawnienia budowlane posiadane przez Pana K. i Pana W. odpowiadają wymaganiom postawionym przez Zamawiającego w postępowaniu oraz, czy informacje podane przez Przystępującego dotyczące tych uprawnień wprowadziły Zamawiającego w błąd.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie (str. 5,6) wskazuje, że w treści dokumentacji przetargowej, *precyzując wymagania udziału w postępowaniu nie posłużył się w sposób bezwzględny definicjami legalnymi ustawy prawo budowlane czy aktualnie obowiązującego rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. Biorąc pod uwagę, że wskazane wyżej uprawnienia nadane zostało inspektorom pod rządami wcześniej obowiązujących przepisów, przypisanie treści w nich zawartej znaczenia zgodnie z przepisami aktualnie obowiązującymi jest nieuprawnione.*

W ocenie Izby, powyższa argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Po pierwsze, Zamawiający precyzyjnie określił, iż uprawnienia mają dotyczyć kierowania robotami bez ograniczeń, określił specjalność i wymagany zakres. Po drugie, dopuścił możliwość legitymowania się uprawnieniami budowlanymi, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, pod warunkiem że będą one odpowiadały uprawnieniom wymagany. Zamawiający, poprzez niedoprecyzowanie określenia „odpowiadające” musi przyjąć znaczenie tego słowa, jakie nadaje mu Słownik Języka Polskiego (SJP). Zgodnie ze SJP odpowiadający - odpowiadać to (...) *spełniać określone*

warunki, być zgodnym z czymś, być podobnym lub takim samym jak coś innego, (<https://sjp.pwn.pl/szukaj/odpowiadaj%C4%85cy.html> dostęp 07.07.2021).

Natomiast sięgając do słownika wyrazów bliskoznacznych, pod pojęciem „odpowiedni” czytamy: *bliski, bratni, równy, trafny, zgodny, dobrany, jednaki, podobny, akuraty, pokrewny, stosowny, tożsamy, wspólny, zbieżny, adekwatny, jednakowy, paralelny, tego typu, zbliżony, dopasowany, identyczny, odpowiedni, siostrzany, właściwy, analogiczny, bliźniaczy, kongruentny, uśredniony, ekwiwalentny, jednoznaczny, kompatybilny, niesprzeczny, przybliżony, równoczesny, równoległy, równoprawny, równoważny, tego rodzaju, porównywalny, równorzędny, równoznaczny, współmierny, proporcjonalny, równobrzmiący, równokształtny, pokrywający się* (<https://bliskoznaczny.pl/synonim/odpowiadaj%C4%85cy> dostęp 07.07.2021).

Wobec powyższego, nawet bez odniesienia się do definicji legalnych, których Zamawiający nie dookreślał, w ocenie Izby, za uprawnienia odpowiadające wymaganym przez Zamawiającego, należy uznać takie uprawnienia (bez względu na posługiwana się wcześniej terminologią), na podstawie których inspektor w danej specjalności, będzie uprawniony do wykonania takich samych czynności i w takim samym zakresie jak inspektor posiadający uprawnienia wydane na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów, tzn. uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacji.

Zgodnie z art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawa budowlanego, *osoby które, przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie.*

Wobec powyższego, porównanie wymagań w zakresie uprawnień określonych w SWZ, z uprawnieniami wydanymi na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, z uprawnieniami posiadanymi przez osoby wskazane na dane stanowisko jest nie tylko celowe, ale i konieczne. Zamawiający bowiem musi mieć pewność, że osoby wskazane przez wykonawcę, spełniają postawione w SWZ wymagania, tzn. Zamawiający musi mieć pewność, że zachowany dotychczasowy zakres posiadanych przez te osoby uprawnień, uprawnia je do:

- kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń,
- w specjalności instalacyjnej,
- w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacji.

Stanowisko Zamawiającego, że jego zamiarem było aby wykonawcy dysponowali osobą posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej, a nie radiowej/bezprzewodowej, bowiem zakres prac nie obejmuje wykonania elementów komunikacji radiowej/bezprzewodowej, nie znajduje potwierdzenia w zapisach SWZ – co wykazał podczas rozprawy Odwołujący. Jednocześnie Izba podkreśla, że jeżeli treść warunku udziału w postępowaniu, obejmuje większy zakres wymagań, niż konieczny do wykonania danego zakresu robót, może to prowadzić do wniosku, że warunek udziału w postępowaniu został określony z naruszeniem zasady proporcjonalności, ale nie oznacza to, iż Zamawiający przy jego ocenie może stosować łagodniejsze kryterium, niż ustanowił w treści SWZ, powołując się na zasadę proporcjonalności. Zasada proporcjonalności odnosi się do określania warunków udziału w postępowaniu a nie do oceny ich spełnienia. Określając warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający przekazuje wykonawcom precyzyjną informację co do tego, jakie wymagania są niezbędne aby ubiegać się o dane zamówienie. Na tej podstawie wykonawca podejmuje decyzję o możliwości ubiegania się o dane zamówienie. Zatem treść warunku udziału w postępowaniu ma wpływ na krąg podmiotów, które złożą w ofertę postępowaniu.

Jeżeli zamiarem Zamawiającego, jak twierdzi w odpowiedzi na odwołanie, było ustanowienie warunku udziału w postępowaniu, który obejmuje jedynie pewien zakres czynności, wpisujących się w zakres wymaganych uprawnień, to winien ten zamiar wyraźnie i jednoznacznie wyrazić w treści SWZ. W ten sposób, Zamawiający umożliwiłby wykonawcom posiadającym uprawnienia jedynie w ograniczonym zakresie, ale właściwym dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, możliwość ubiegania się dane zamówienia. Brak takiego zastrzeżenia przez Zamawiającego, oznacza, że treść warunku udziału w postępowaniu należy odczytywać zgodnie z jego literalnym brzmieniem.

Odnosząc się do uprawnień Pana T.K., wskazać należy, że zostały wydane na podstawie decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty nr DT-WBT/02375/02/U z dnia 28 października 2002 r. na podstawie rozporządzenia Ministra Łączności z 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz. U. z1995 r. Nr 120, poz. 581 ze zm.), czyli na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Zgodnie z przepisami tego rozporządzenia uprawnienia budowlane w telekomunikacji do projektowania i kierowania nadawane były bez ograniczeń lub w ograniczonym zakresie w specjalizacjach, o których mowa w ust. 2 (§ 4 ust. 1 i 1a). Natomiast ust. 2 ww. paragrafu ustanawiał następujące specjalizacje w ramach specjalności instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń w telekomunikacji:

- a) przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, dotyczącej urządzeń liniowych i stacyjnych;

- b) radiowej, dotyczącej obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokomunikacyjnych.

Przedmiotowe rozporządzenie, na podstawie którego wydano decyzję nadającą uprawnienia dla Pana T. K., wyraźnie stwierdzało, że uprawnienia budowlane do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w telekomunikacji nadawane były bez ograniczeń lub w ograniczonym zakresie w specjalizacjach, o których mowa w ust. 2. Ponadto jeśli Zamawiający w treści warunku postawił wymóg posiadania przez wskazaną osobę uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych to oznacza

to, że wymagał uprawnień bez ograniczeń w danej specjalności (bez ograniczenia do specjalizacji), a ponieważ ww. rozporządzenie rozróżniało uprawnienia bez ograniczeń lub w ograniczonym zakresie, tzn. że chodzi o uprawnienia, które wydane na podstawie ww. rozporządzenia były bez ograniczeń. Skoro rozporządzenie wymieniało uprawnienia bez ograniczeń lub w ograniczonym zakresie w specjalnościach instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń dla: 1) telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszą,

2) telekomunikacji radiowej, a obecne przepisy ustanawiają uprawnienia bez ograniczeń, w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, których wymagał Zamawiający, to uprawnione było stanowisko Odwołującego, że uprawnienia odpowiadające wymaganym przez Zamawiającego, to uprawnienia bez ograniczeń, obejmujące zakresem sieci, instalacje i urządzenia, dla telekomunikacji przewodowej

wraz z infrastrukturą towarzyszą i telekomunikacji radiowej/przewodowej. Izba uznała za słuszne stanowisko odwołującego, który cytując stanowisko pani J. S. wskazał, że *przy wyjaśnianiu treści decyzji o nadaniu uprawnień należy uwzględnić jej treść. Przy czym obowiązuje tu następująca zasada – decyzja o nadaniu uprawnień budowlanych jest decyzją bez ograniczeń, jeżeli zawiera wprost taki zapis w treści decyzji. Natomiast, jeżeli decyzja nie zawiera wprost stwierdzenia „bez ograniczeń”, to znaczy, że jest decyzją w ograniczonym zakresie, który wynika bezpośrednio z treści decyzji. Powyższe potwierdził Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, który jako następca prawny Głównego Inspektora Państwowej Inspekcji Telekomunikacyjnej i Pocztovej wskazane stanowisko wyraził m.in. w piśmie z dnia 23 września 2008 r., znak: DT-WST- 6120-4/08(6), oraz potwierdził w piśmie z dnia 27 października 2010 r., znak: DT-WOT- 612-6/10(2), w podobnej sprawie.*

W związku z powyższym opisane w pytaniu uprawnienia budowlane upoważniające do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych

w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych są uprawnieniami w zakresie ograniczonym w telekomunikacji przewodowej. Powyższe potwierdza brak wyraźnie zapisanego wyrażenia „bez ograniczeń” oraz dokładne określenie zakresu wynikającego z treści decyzji, który ogranicza się wyłącznie do telekomunikacji przewodowej w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych (bez sieci).

W ocenie Izby, uprawnień wydanych dla Pana K. nie można uznać za odpowiadające wymaganym przez Zamawiającego w treści SWZ. Treść uprawnień odnosi się do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych i wyłącznie taki zakres uprawnień został potwierdzony przez Śląską Okręgową Izbę Inżynierów Budownictwa (dalej ŚOIIB) w piśmie z dnia 6 czerwca 2013 r. Zamawiający podnosi, że w treści ww. pisma, wskazane jest że są to uprawnienia „bez ograniczeń”, co potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Izba wskazuje, że powyższa informacja „bez ograniczeń” nie może być interpretowana rozszerzająca, tzn. w oderwaniu od dalszego zapisu określającego, że są to uprawnienia bez ograniczeń do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń technicznych. Izba dostrzega pewną niekonsekwencję w treści powyższego stanowiska, bowiem z jednej strony ŚOIIB wskazuje, że uprawnienia Pana K. są uprawnieniami bez ograniczeń, a z drugiej strony potwierdza konkretny zakres, w jakim zostały one wydane zgodnie z treścią decyzji, wskazującą ścisły zakres uprawnień, co z kolei stoi w sprzeczności z uprawnieniami bez ograniczeń. Wobec powyższego, Izba pominęła dowód z pisma ŚOIIB z dnia 6 czerwca 2013 r. złożony przez Przystępującego, jako nieprzydatny w sprawie, prowadzący do wzajemnie wykluczających się wniosków.

Zgodnie ze stanowiskiem zawartym w piśmie z dnia 14 kwietnia 2021 r. Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa Krajowej Komisji Kwalifikacyjnej (stanowiącym dowód Odwołującego) *zakres uprawnień budowlanych należy odczytywać zgodnie z treścią decyzji o ich nadaniu i w oparciu o przepisy będące podstawą ich nadania. Decyzja o nadaniu uprawnień budowlanych określa każdorazowo zakres prac projektowych lub robót budowlanych w konkretnej specjalności budowlanej, do których uprawniona jest dana osoba. (...) w przypadku powstania wątpliwości odnośnie zakresu uprawnień budowlanych, osoba legitymująca się tymi uprawnieniami powinna zwrócić się z wnioskiem do organu, który wydał taką decyzję o nadaniu uprawnień budowlanych, z wnioskiem o wyjaśnienie zaistniałych wątpliwości. Obecnie organem uprawnionym do dokonywania wyjaśnień odnośnie treści decyzji o nadaniu uprawnień budowlanych jest właściwa miejscowo okręgowa komisja*

kwalfikacyjna okręgowej izby inżynierów budownictwa (...). Uprawnienia budowlane nadawane na podstawie rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz. U. Nr 120, poz. 581 z późn. zm.) były wydawane oddzielnie w zakresie telekomunikacji przewodowej lub telekomunikacji radiowej. Podkreślenia wymaga fakt, że decyzje o nadaniu uprawnień budowlanych, wydane na podstawie ww. rozporządzenia MŁ, obejmujące pełny zakres telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, bądź telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, posiadały stosowny zapis „bez ograniczeń”. Natomiast każdy określony w decyzji zakres jak np.: „linie, instalacje i urządzenia liniowe oraz stacyjne” czy „obiekty nadawcze radiofonii i TV naziemnej” wskazuje na ograniczony zakres uprawnień budowlanych. Nadmieniam, że pełen zakres uprawnień budowlanych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą obejmował: sieci, linie, instalacje i urządzenia liniowe oraz urządzenia stacyjne (vide § 4 ust. 2).

Wobec powyższego, uprawnienia Pana K. uprawniające do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych, nie obejmują sieci oraz nie są to uprawnienia obejmujące specjalizację radiową, dotyczącą obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokomunikacyjnych. Nie są zatem uprawnieniami, które odpowiadają uprawnieniom wymaganym w SWZ, bowiem osoba legitymująca się takimi uprawnieniami nie może nadzorować robót budowlanych w zakresie robót radiowych/bezprzewodowych i sieci, których wykonanie wynika z dokumentacji postępowania - co wykazał Odwoływający podczas rozprawy.

Odnosząc się do uprawnień budowlanych dla Pana A. W., które również zostały wydane na podstawie na podstawie decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty nr DT-WBT/02375/02/U z dnia 27 listopada 2002 r. na podstawie rozporządzenia Ministra Łączności z 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz. U. z1995 r. Nr 120, poz. 581 ze zm.), (czyli na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów), to zgodnie z treścią Decyzji Nr DT-WBT/02389/02/U o ich nadaniu, upoważniają one do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń. Są to zatem, uprawnienia bez ograniczeń w specjalizacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, lecz nie obejmują specjalizacji radiowej, dotyczącej obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokomunikacyjnych.

Wobec powyższego uprawnienia Pana K. oraz uprawnienia Pana W. nie uprawniają do nadzorowania robót budowlanych w takim samym zakresie, jaki wynika z obecnie nadawanych uprawnień bez ograniczenia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, zatem nie można uznać że są to uprawnienia odpowiadające uprawnieniom wymaganym przez Zamawiającego.

Izba za nieprzydatne dla sprawy uznała dowody złożone przez Zamawiającego, które nie stanowiły potwierdzenia, że ww. osoby spełniają wymagania Zamawiającego.

Izba pominęła okoliczności dotyczące uprawnień Pana T. B., do których referował Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wskazując na brak ich związku z treścią objętą odwołaniem.

Odnosząc się zatem do zarzutu naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy SWECO, pomimo iż SWECO przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, w ocenie Izby zarzut został potwierdzony.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba wskazuje, że dla zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki:

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

Natomiast art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp wymaga łącznego zaistnienia przesłanek:

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 obu przepisach 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. Istotne znaczenie ma charakter informacji, gdyż zaznaczyć należy, że w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp ustawodawca wskazał wprost, że norma ta dotyczy wprowadzenia zamawiającego w błąd wyłącznie przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia, spełnianiu warunków lub kryteriów selekcji, a zatem informacji w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu. Z kolei wskazanie w art. 109 ust. 1 pkt 10 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.

Dla stwierdzenia podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, błędne przekonanie zamawiającego powinno mieć znaczenie dla przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba podkreśliła, że dla zbadania czynności wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp niezbędne jest ustalenie, czy wykonawca działał umyślnie, z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd (wina umyślna), czy też nieumyślnie, jednakże z naruszeniem w sposób rażący standardu wymaganej ostrożności wymaganej od podmiotu działającego na rynku w sposób profesjonalny (kwalifikowany stopień winy nieumyślnej). Pojęcie „zamierzone działanie” wymaga wykazania, że jest to świadomie zachowanie się podmiotu, zmierzające do wywołania określonych skutków. Z kolei „rażące niedbalstwo” odnoszone jest do naruszenia reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania

podstawowych zasad ostrożności. Jest to szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania wykonawcy, kiedy stopień naganności czynności tak znacząco odbiega od modelu właściwego w danym stanie faktycznym, że nie można go pogodzić nawet z miernikiem typowym dla zwykłej formy winy nieumyślnej. Zatem o przypisaniu winy w tej postaci decyduje zachowanie się wykonawcy, w określonych warunkach sprawy, w sposób znacząco odbiegający od właściwego miernika staranności. Natomiast art. 109 ust. 1 pkt 10 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 był przewidzieć. Stosownie do art. 8 ust. 1 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.

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. Ocena wpływu naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania następuje na moment przedstawienia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, w oparciu o zgromadzone na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego materiały. To na podstawie przedstawionych przez wykonawców w postępowaniu o zamówienie dokumentów następuje bowiem decyzja zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Przenosząc powyższe rozważania na okoliczności analizowanej sprawy wskazać należy, że Przystępujący w zakresie uprawnień dla Pana K. oraz Pana W. podał w ofercie informacje nieprawdziwe, które wprowadziły Zamawiającego w błąd w zakresie

spełnienia warunku udziału w postępowaniu (Pan K.) a także w zakresie decyzji co do przyznanej Przystępującemu ilości punktów, w ramach kryterium oceny ofert (Pan W.).

Przystępujący wskazał w zakresie uprawnień dla Pana K., w Załączniku nr 6 informacje, iż posiada on uprawnienia bez ograniczeń – co, jak wyżej zostało wykazane, nie jest prawdą. Ponadto, nie podając informacji o zakresie posiadanych uprawnień, pomimo,

iż zakres taki należało podać, nie przekazał Zamawiającemu informacji, zataił te informacje, że posiadane uprawnienia nie obejmują sieci – które były wymogiem SWZ.

W ocenie Izby, taki wybiórczy sposób przekazywania informacji (tzn. wskazanie, że uprawnienia są bez ograniczeń oraz brak odniesienia się do zakresu, który nie obejmuje wymaganej sieci) stwarza mylne, nieprawdziwe przekonanie, że dana osoba posiada uprawnienia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, tj. uprawnienia bez ograniczeń oraz obejmujące sieci, a co za tym idzie spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Wskazać należy, że powyższe informacje wynikają bezpośrednio z treści oferty Przystępującego (z Załącznika nr 6), a nie są to informacje wynikające z innych dokumentów posiadanych przez Zamawiającego.

Izba wskazuje również, że Przystępującemu można przypisać co najmniej rażące niedbalstwo, przy przedstawianiu informacji co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, polegające na nieprzestrzeganiu podstawowych zasad ostrożności i staranności przy przedstawianiu powyższych informacji.

Wobec powyższego, Izba doszła do przekonania, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa przy przedstawianiu informacji że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, bowiem na podstawie tych informacji Zamawiający uznał że Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Co do Informacji dotyczących uprawnień dla Pana W., w ocenie Izby potwierdził się również zarzut przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, mających wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, dotyczące oceny w ramach kryterium oceny ofert.

W Załączniku nr 1A Formularza ofertowego Przystępujący wskazał, że Pan W. posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, podając numer uprawnień i datę ich nadania. Jednakże zestawiając powyższą treść z treścią Decyzji na mocy której Pan W. uzyskał uprawnienia budowlane, wskazać należy, że powyższe uprawnienia odnoszą się wyłącznie do telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą

towarzyszącą. Uprawnienia nie obejmują specjalizacji radiowej, dotyczącej obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokomunikacyjnych, które należą do specjalności instalacyjnej objętych uprawnieniami wydawanymi na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów. Zatem treść wskazana w Załączniku nr 1A nie jest zgodna z rzeczywistym stanem rzeczy, natomiast na podstawie tej treści można wyprowadzić wniosek, że Pan W. posiada uprawnienia obejmujące pełen zakres należący do specjalności telekomunikacyjnej. Również i w tym przypadku, Izba doszła do przekonania, że wprowadzenie w błąd jest wynikiem co najmniej niedbalstwa ze strony Przystępującego, polegającego na braku przewidzenia skutku, jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, podczas gdy skutek ten mógł i powinien być przewidzieć.

Reasumując, Przystępujący podał w załącznikach do oferty informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Na skutek podania tych informacji, Zamawiający został wprowadzony w błąd, tj. nabrał mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, w ocenie Izby potwierdziły się okoliczności określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, uzasadniające wykluczenie wykonawcy z postępowania, a zatem zarzut Odwołującego jest zasadny.

W ocenie Izby potwierdził się również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp i art. 116 Ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów Ustawy oraz kryteriów oceny ofert i zaniechanie odrzucenia oferty SWECO, pomimo niewykazania spełniania przez SWECO warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wykazał, że Przystępujący w zakresie inspektora w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych wskazał osobę, która nie spełnia warunków udziału określonych w SWZ w zakresie posiadanych uprawnień.

Izba nie podziela stanowiska Przystępującego (strona 7 pisma procesowego), iż zarzut nie zawiera żadnych faktów odnoszących się do niewykazania przez Sweco spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a Odwołujący poprzestał jedynie na odniesieniu się do pozostałej treści odwołania. Odwołujący wykazał poprzez dowody, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a na potwierdzenie przywołał zacytowaną już w odwołaniu argumentację.

Izba podziela również stanowisko Odwołującego co do naruszenia art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 Ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby, zamawiający uznając uprawnienia dla ww. osób za odpowiadające uprawnieniom wymaganym, określonym w SWZ, dokonał zmiany warunków udziału w postępowaniu już po terminie składania ofert, bowiem za potwierdzające spełnienia warunku udziału w postępowaniu uznał węższy zakres uprawnień niż wymagał tego w SWZ, czym naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W konsekwencji rozpoznania wszystkich powyżej opisanych zarzutów, Izba uwzględniła także zarzut naruszenia art. 239 Pzp uznając, że Zamawiający niezgodnie z przepisami dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie części zarzutu dotyczącego naruszenia art. 239 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 i w związku z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) w zakresie odnoszącym się sprzeczności treści oferty Przystępującego z treścią specyfikacji warunków zamówienia oraz w zakresie odnoszącym się do prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z powodu cofnięcia zarzutu w przedmiotowym zakresie.

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 § 7 ust. 1 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:

