

WYROK

z dnia 23 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Matecka**
Aneta Mlącka
Izabela Niedziałek - Bujak

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2021 r. przez odwołującego: wykonawcę BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Katowice

przy udziale:

- A. wykonawcy eR Grupa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. 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 zakresie: zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Sweco Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 16.2) a) Specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania ww. wykonawcy z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających zamawiającego w błąd w zakresie kryterium oceny ofert określonego w pkt 40.2) Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, 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 - Miasto Katowice prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa stadionu miejskiego w Katowicach”*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 252-636676. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy Pzp. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

I. W dniu 31 maja 2021 r. wykonawca BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

1. niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Sweco Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej także jako „wykonawca Sweco Polska”);
2. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Sweco Polska, pomimo że ten wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego;
3. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Sweco Polska 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 wykonawcy Sweco Polska, pomimo że treść oferty jest sprzeczna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”);
5. oraz wobec prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sweco Polska, pomimo że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z ustawą, a treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a nie jest to omyłka podlegająca poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;

2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu wyjaśnień RNC, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto wykonawca Sweco Polska nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji zamieszczonych w tych dokumentach;
3. *[zarzut ewentualny]* art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i w związku z art. 90 ust. 1 - 3 ustawy Pzp oraz w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sweco Polska, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Sweco Polska i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
4. art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy i zaniechanie wykluczenia wykonawcy Sweco Polska z postępowania, pomimo niewykazania spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu;
5. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Sweco Polska, pomimo że ten wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego;
6. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
7. ponadto, działając z ostrożności procesowej - na wypadek uznania przez Izbę, że wykonawca Sweco Polska nie podlega wykluczeniu, a oferta złożona przez tego wykonawcę nie podlega odrzuceniu – odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy i zaniechanie wezwania wykonawcy Sweco Polska do uzupełnienia wykazu usług - inspektor branży telekomunikacyjnej, pomimo że ten wykonawca nie złożył takiego dokumentu na wezwanie zamawiającego.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

3. wykluczenia z postępowania wykonawcy Sweco Polska,
4. odrzucenia oferty wykonawcy Sweco Polska,
5. dokonania ponownej oceny ofert,
6. odtajnienie dokumentów wyjaśnień RNC,
7. 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 ustawy Pzp.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Sweco Polska z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 16.2) a) SIWZ (pkt 41-46 uzasadnienia odwołania) oraz zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania ww. wykonawcy z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających zamawiającego w błąd w zakresie kryterium oceny ofert określonego w pkt 40.2) SIWZ (pkt 55-61 uzasadnienia odwołania).

II. Pismem wniesionym w dniu 17 czerwca 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. W pierwszej kolejności zamawiający stwierdził, że odwołanie powinno zostać odrzucone z uwagi na niewykazanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia. Zamawiający wskazał, że oferta odwołującego zajęła trzecie miejsce w rankingu ofert, natomiast w treści odwołania nie zostały podniesione zarzuty wobec oferty, która zajęła drugie miejsce w rankingu ofert. Niezależnie od powyższego, w treści ww. pisma zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sweco Polska, pomimo że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z ustawą, a treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a nie jest to omyłka podlegająca poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Pozostałe zarzuty odwołania zamawiający uznał za niezasadne i w tym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. Pismem wniesionym w dniu 2 lipca 2021r. zamawiający dokonał zmiany swojego stanowiska co do uwzględnienia jednego z zarzutów odwołania i również w tym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili: wykonawca eR Grupa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach (po stronie odwołującego) oraz wykonawca Sweco Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (po stronie zamawiającego).

Wykonawca eR Grupa Spółka z o.o. wniósł o uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutów oznaczonych numerami 2, 4, 5, 6 i 7.

Wykonawca Sweco Polska stanowisko w sprawie przedstawił w piśmie procesowym wniesionym w dniu 16 lipca 2021 r. oraz w dwóch pismach procesowych wniesionych w dniu 19 lipca 2021 r. Wykonawca Sweco Polska wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze, że odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2021 r., do postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp z 2019 r.”.

Izba za niezasadne uznała stanowisko zamawiającego co do wystąpienia podstawy do odrzucenia odwołania z uwagi na brak interesu w uzyskaniu zamówienia. Po pierwsze, stwierdzenie braku legitymacji do wniesienia odwołania, na którą zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r. składa się posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, stanowi przesłankę oddalenia odwołania, a nie jego odrzucenia. Po drugie, podniesienie w odwołaniu wyłącznie zarzutów skierowanych przeciwko ofercie znajdującej się na pierwszym miejscu w rankingu ofert przez wykonawcę, którego oferta zajęła trzecie miejsce w rankingu ofert, nie stanowi o braku legitymacji do wniesienia odwołania, jeżeli wykonawca, którego oferta uplasowała się na drugim miejscu nie składał jeszcze oświadczeń i dokumentów w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp. Ponieważ tego rodzaju sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie (dowód: protokół postępowania w aktach sprawy) ww. stanowisko zamawiającego nie zasługiwało na uwzględnienie.

Ponadto Izba uznała za niezasadny wniosek odwołującego o nieuwzględnienie zmiany stanowiska zamawiającego w zakresie uwzględnienia jednego z zarzutów odwołania. Ustawa Pzp z 2019 r. jak i rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przed Krajową Izbą Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) nie zawierają przepisu zakazującego zamawiającemu zmianę stanowiska odnośnie zarzutów podniesionych w odwołaniu. Przepis art. 521 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., zgodnie z którym zamawiający do czasu otwarcia rozprawy może wnieść odpowiedź na odwołanie, nie uniemożliwia zamawiającemu ani dokonania zmiany udzielonej odpowiedzi na odwołanie, ani przedstawienia stanowiska w sprawie po otwarciu rozprawy.

W odniesieniu do zarzutów odwołania:

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sweco Polska, pomimo że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z ustawą, a treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a nie jest to omyłka podlegająca poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że z postanowienia zawartego w pkt 12 ppkt 8 SIWZ wynika, że wykonawca powinien w formularzu cenowym w pozycji 2b) pracownik kancelaryjny przyjąć stawkę miesięczną netto nie mniejszą niż koszt pracodawcy w przypadku zatrudnienia pracownika na pełen etat z minimalnym miesięcznym wynagrodzeniem. Odwołujący podał, że zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1596) od dnia 1 stycznia 2021 r. obowiązuje minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2 800,00 zł brutto. Oznacza to, że dla pracodawcy koszt zatrudnienia za minimalną stawkę miesięczną w wymiarze pełnego etatu to 3 373,44 zł. Odwołujący stwierdził, że wykonawca Sweco Polska w złożonym formularzu ofertowym wykazał wprost, że zamierza rozliczać pracownika kancelaryjnego w stawce miesięcznej niższej od minimalnego wynagrodzenia za pracę zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. bądź, rozliczając zgodnie z przepisami prawa, będzie ponosił comiesięczną stratę. W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołujący powołał się na przepis art. 90 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, przepisy ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177) oraz przepisy ww. rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że koszt zatrudnienia na poziomie 2 800 zł został przez wykonawcę Sweco Polska wskazany również w odniesieniu do etatu Kierownika Zespołu. Zauważył, że zgodnie z wymaganiami zamawiającego Kierownik Zespołu oraz jego zespół inspektorów nadzoru muszą odznaczać się odpowiednim doświadczeniem w branży.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że zgodnie z postanowieniem pkt 12 ppkt 8 SIWZ, na który powołał się odwołujący: *„Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę co jednej osoby w pełnym wymiarze czasu pracy, z co najmniej minimalnym miesięcznym wynagrodzeniem tj. osoby wykonującej pracę kancelaryjno-administracyjną.”* W treści formularza cenowego wykonawcy Sweco Polska wpisał kwotę 2 800,00 zł jako miesięczną stawkę netto m.in. dla następujących stanowisk: pracownik kancelaryjny (poz. 2b), kierownik zespołu (poz. 2a) oraz inspektor nadzoru – branża konstrukcyjno-budowlana (poz. 2c).

Ww. zarzuty Izba uznała za niezasadne.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy wyjaśnić, że skuteczne podniesienie zarzutu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty na podstawie ww. przepisu wymaga podania w treści odwołania postanowienia SIWZ, z którym zdaniem odwołującego niezgodna jest wskazana treść oferty konkurencyjnego wykonawcy. Rozpoznając taki zarzut Izba dokonuje oceny wskazanej treści oferty z konkretnym postanowieniem lub postanowieniami SIWZ zidentyfikowanymi przez odwołującego, a nie innymi postanowieniami, których odwołujący nie wskazał. Zgodnie z przepisem art. 555 ustawy Pzp z 2019 r. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W tym przypadku oznacza to między innymi, że Izba nie może samodzielnie poszukiwać postanowienia SIWZ, z którym niezgodna mogłaby być wskazana przez odwołującego treść oferty innego wykonawcy. W odniesieniu do pracownika kancelaryjnego odwołujący powołał się na postanowienie zawarte w pkt 12 ppkt 8 SIWZ, w którym zamawiający sformułował wymogi odnośnie zatrudnienia osoby wykonującej pracę kancelaryjno-administracyjną: 1) zatrudnienie na podstawie umowy o pracę 2) co najmniej jednej osoby w pełnym wymiarze czasu pracy, 3) z co najmniej minimalnym miesięcznym wynagrodzeniem. Spełnienie przez wykonawcę Sweco Polska wymogów oznaczonych (na potrzeby niniejszego uzasadnienia) numerami 1) i 2) nie było przez odwołującego kwestionowane. Zarzut odwołania dotyczył natomiast spełnienia wymogu wskazanego pod nr 3), tj. zatrudnienia za co najmniej minimalne miesięczne wynagrodzenie. Ponieważ zgodnie z ww. rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę od 1 stycznia 2021 r. wynosi 2 800,00 zł nie można uznać, że podana przez wykonawcę kwota 2 800,00 zł jako miesięczna stawka netto stanowi o niezgodności oferty z ww. postanowieniem SIWZ i w związku z tym zachodzi podstawa do odrzucenia oferty wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Kwota podana przez wykonawcę Sweco Polska w formularzu cenowym nie jest bowiem niższa od kwoty stanowiącej od 1 stycznia 2021 r. minimalne wynagrodzenie za pracę. W konsekwencji tego nie zachodzi również niezgodność treści oferty wykonawcy Sweco Polska ze wskazanymi przez odwołującego przepisami dotyczącymi wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, co wyklucza stwierdzenie podstawy do odrzucenia oferty tego wykonawcy określonej w art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (niezgodność oferty z ustawą). W odniesieniu do wynagrodzenia kierownika zespołu odwołujący nie wskazał żadnego postanowienia SIWZ, z którym oferta wykonawcy Sweco Polska miałyby być niezgodna – uzasadnienia zarzutu w odniesieniu do pracownika kancelaryjnego oraz kierownika zespołu zostały przedstawione odrębnie. Jeżeli jednak także w tym zakresie odwołujący miał na myśli postanowienie zawarte w pkt 12 ppkt 8 SIWZ, to należy powtórzyć stanowisko sformułowane powyżej w odniesieniu do pracownika kancelaryjnego. Aktualne w tym zakresie pozostaje również uzasadnienie przedstawione powyżej w odniesieniu do

zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Jeżeli zaś chodzi o wynagrodzenie inspektora nadzoru branży konstrukcyjno-budowlanej, to w odniesieniu do tego stanowiska odwołujący w zasadzie nie przedstawił żadnego uzasadnienia dotyczącego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy Pzp – wskazał jedynie, że zespół inspektorów nadzoru musi odznaczać się odpowiednim doświadczeniem w branży.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu wyjaśnień RNC, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto wykonawca Sweco Polska nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji zamieszczonych w tych dokumentach.

W ocenie odwołującego wykonawca Sweco Polska nie dokonał skutecznego zastrzeżenia treści wyjaśnień dotyczących ceny oferty, natomiast zamawiający bezkrytycznie przyjął oświadczenie złożone przez tego wykonawcę, nie dokonując żadnej analizy skuteczności zastrzeżenia. Odwołujący podniósł, że wykonawca Sweco Polska przede wszystkim nie sprostął ciężarowi dowodu w kwestii charakteru zastrzeganych informacji, w tym w szczególności posiadania przez te informacje wartości gospodarczej. W pozostałym zakresie uzasadnienie ww. zarzutu stanowi przytoczenie orzecznictwa Izby.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że wykonawca Sweco Polska składając wyjaśnienia dotyczące ceny oferty, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego (wystosowane na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z powołaniem się na regulację art. 90 ust. 1a ustawy Pzp), podzielił je na dwie części: jawną oraz niejawną, tj. zawierającą informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Część jawna, poza ogólnym wstępem, zawiera jedynie zastrzeżenie oraz uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa pozostałej części wyjaśnień dotyczących ceny oferty oraz dowodów załączonych do uzasadnienia (uzasadnienie od strony 4 do końca pisma, tj. strony 18).

Ww. zarzut Izba uznała za niezasadny.

Należy podkreślić, że o tym, czy dane informacje zostały skutecznie zastrzeżone przez wykonawcę jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny, co do zasady decyduje treść przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia wraz z dowodami. Zgodnie bowiem z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania

ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jedynie w zakresie informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, ustawodawca zastrzegł brak możliwości zastrzeżenia ich przez wykonawcę jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z powyższym, skuteczne podniesienie zarzutu dotyczącego niezgodnego z przepisami ustawy Pzp uznania przez zamawiającego za skuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez konkurencyjnego wykonawcę wymaga odniesienia się w ramach uzasadnienia odwołania do treści przedstawionego przez tego wykonawcę uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Poprzestanie na ogólnych stwierdzeniach odnośnie braku wykazania ustawowych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa może być uznane za wystarczające tylko w przypadku, gdy takie uzasadnienie nie zawiera żadnej konkretnej treści (np. przytoczono wyłącznie treść przepisu oraz orzecznictwo Izby). Natomiast w niniejszej sprawie wykonawca Sweco Polska przedstawił bardzo obszerne uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Oczywiście, okoliczność przedstawienia obszernego uzasadnienia nie oznacza, że jest ono wystarczające i w związku z tym zastrzeżenie zostało dokonane skutecznie. O skuteczności zastrzeżenia przesądza bowiem treść uzasadnienia, a nie ilość stron, na których to uzasadnienie zostało spisane. Jednakże to odwołujący, podnosząc ww. zarzut obowiązany był w sposób konkretny odnieść się do całej treści uzasadnienia wykonawcy Sweco Polska i wykazać, że jest ono niewystarczające do uznania skuteczności poczynionego zastrzeżenia. Taka sytuacja nie miała jednak miejsca. W treści odwołania, poza przytoczeniem licznych fragmentów wyroków Izby, odwołujący ograniczył się do ogólnego stwierdzenia odnośnie braku wykazania przez wykonawcę Sweco Polska charakteru zastrzeganych informacji, w tym w szczególności posiadania przez te informacje wartości gospodarczej. Tymczasem uzasadnienie w tym zakresie zostało przedstawione przez wykonawcę Sweco Polska na stronach 5 – 12 pisma stanowiące jawną część wyjaśnień. Podnosząc taki zarzut odwołujący obowiązany był zatem szczegółowo uzasadnić, dlaczego w jego ocenie przedstawione w tym zakresie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest niewystarczające. Takie uzasadnienie ww. zarzutu nie zostało przez odwołującego przedstawione. Natomiast Izba nie tylko nie jest zobowiązana, ale przede wszystkim nie jest uprawniona, do samodzielnego poszukiwania uzasadnienia do postawionej przez odwołującego tezy sformułowanej jako zarzut odwołania.

Zarzut (ewentualny) naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i w związku z art. 90 ust. 1 - 3 ustawy Pzp oraz w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sweco Polska, pomimo że

oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Sweco Polska i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Stawiając ww. zarzut odwołujący oświadczył, że ma on charakter ewentualny, tj. wnosi o jego nierozpoznawanie w przypadku uznania za zasadny zarzutu wskazanego w pkt 2. W części uzasadnienia odwołania dotyczącej ww. zarzutu odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia merytorycznego. Natomiast do tego zarzutu w pewnym zakresie odnosi się uzasadnienie przedstawione przez odwołującego na poparcie zarzutu wskazanego pod pkt 1 (zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp).

W związku z tym, że zarzut wskazany pod pkt 2 nie został przez Izbę uwzględniony, zarzut (ewentualny) naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i w związku z art. 90 ust. 1 - 3 ustawy Pzp oraz w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp podlegał rozpoznaniu.

Izba uznała zarzut za niezasadny.

Słuszne jest stanowisko odwołującego, że kalkulując cenę oferty wykonawca obowiązany jest uwzględnić wszystkie koszty osobowe, tj. nie tylko kwotę wypłacanego pracownikowi wynagrodzenia, ale również wszelkie inne kwoty obciążające z tego tytułu pracodawcę. Należy jednak zauważyć, że w przypadku takiego zamówienia, jak to na które prowadzone jest postępowanie, o jednorodnym charakterze, za które przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe, analizy pod kątem wystąpienia podstawy do odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dokonuje się w odniesieniu do ceny całkowitej oferty. Ponadto, podstawowym dokumentem, na podstawie którego dokonuje się takiej oceny, są wyjaśnienia dotyczące ceny złożone przez wykonawcę. Udzielając odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 90 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp wykonawca obowiązany jest wyjaśnić wszystkie istotne elementy kalkulacji ceny, w tym w odniesieniu do kwestii wskazanych przez zamawiającego w treści wezwania. Podnosząc zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, jako zawierającej rażąco niską cenę lub z powodu nieprzedstawienia rzetelnych, konkretnych i kompletnych wyjaśnień, odwołujący musi odnieść się do treści złożonych wyjaśnień ceny. Rozpoznając tego rodzaju zarzut Izba dokonuje oceny wyjaśnień ceny w takim zakresie jak to zostało zakreślone w odwołaniu przez odwołującego. Wyjaśnienia te mają na tyle istotne znaczenie, że nie jest możliwe odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp bez uprzedniego wystosowania do wykonawcy wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp. Natomiast podniesiony przez odwołującego w niniejszej sprawie zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i w związku z art. 90 ust. 1 -

3 ustawy Pzp oraz w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp odnosi się jedynie do dwóch pozycji formularza cenowego, pomijając treść wyjaśnień ceny przedstawionych przez wykonawcę Sweco Polska, jak i pozostałe elementy kształtujące cenę całej oferty. Nie podjęto nawet próby wykazania, jaki wpływ na cenę oferty może mieć ewentualne zniżenie ww. pozycji formularza cenowego. Tak ograniczony zakres zarzutu poddany pod rozpoznanie Izby nie pozwala na dokonanie oceny odnośnie wystąpienia podstawy do odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy i zaniechanie wykluczenia wykonawcy Sweco Polska z postępowania, pomimo niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu [w odniesieniu do wykazu osób].

Uzasadniając ww. zarzut odwołujący wskazał, że wykonawca Sweco wyznaczył do pełnienia roli inspektora nadzoru branży telekomunikacyjnej Pana T. K., posiadającego uprawnienia budowlane nr DT/WBT/02375/02/U do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych oraz oświadczył, że Pan K. posiada uprawnienia bez ograniczeń. Jednakże, jak podniósł odwołujący, zgodnie z decyzją nr DT-WBT/02375/02/U o nadaniu Panu K. uprawnień budowlanych, Pan K. nie posiada uprawnień bez ograniczeń, gdyż posiada uprawnienia jedynie w zakresie instalacji przewodowych oraz nie posiada uprawnień w zakresie sieci. Odwołujący wyjaśnił, że na podstawie rozporządzenia Ministra Łączności z 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz. U. Nr 120, poz. 581, ze zm.), stanowiącego podstawę wydania uprawnień Panu K., uprawnienia budowlane w telekomunikacji były 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. Odwołujący powołał się na art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane. W związku z powyższym odwołujący stwierdził, że Pan K. nie posiadają uprawnień bez ograniczeń: w zakresie sieci, w zakresie instalacji radiowych, bez ograniczeń.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że w treści SIWZ zamawiający ustalił warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania inspektorem nadzoru branży

telekomunikacyjnej (pkt 16.2) f) SIWZ), w odniesieniu do którego postawił następujące wymagania: uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie w specjalności telekomunikacyjnej, bez ograniczeń [bez ograniczeń – podkreślone i pogrubione], wydane na podstawie obowiązujących przepisów prawa tj. zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U.2020.1333 j.t. ze zm.). W przypadku, gdy wskazana osoba będzie posiadała uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów to winna wykazać, że posiada uprawnienia budowlane w telekomunikacji przewodowej. Dodatkowo osoba wskazana do pełnienia tej funkcji winna posiadać min. 5-cio letnie doświadczenie w kierowaniu i/lub nadzorowaniu robotami telekomunikacyjnymi. Zgodnie z przedstawioną przez wykonawcę Sweco Polska decyzją Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty z dnia 28 października 2002 r. nr DT-WBT/02375/02/U Panu T. K. zostały nadane uprawnienia budowlane w telekomunikacji do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych.

Izba uznała zarzut za niezasadny.

Na gruncie obecnie obowiązującego stanu prawnego uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych wydawane są na podstawie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Natomiast w latach 1995 - 2004 uprawnienia budowlane w zakresie telekomunikacji wydawane były na podstawie ww. rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym. Wydanie uprawnień na podstawie ww. rozporządzenia stanowi zatem wydanie uprawnień „na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów” zgodnie z treścią ww. opisu warunku udziału w postępowaniu. Z treści decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty z dnia 28 października 2002 r. nr DT-WBT/02375/02/U wynika, że Panu T. K. uprawnienia budowlane zostały wydane na podstawie ww. rozporządzenia z dnia 1995 r., a zatem zastosowanie w tym przypadku ma dodatkowa uwaga poczyniona przez zamawiającego w opisie warunku o treści następującej: *W przypadku, gdy wskazana osoba będzie posiadała uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów to winna wykazać, że posiada uprawnienia budowlane w telekomunikacji przewodowej. Z treści ww. decyzji z dnia 28 października 2002 r. wynika, że Pan T. K. posiada uprawnienia budowlane w telekomunikacji przewodowej („uprawnienia budowlane w telekomunikacji do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych”) – wymóg postawiony przez zamawiającego w odniesieniu do osób posiadających uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów został zatem*

spełniony. W konsekwencji należy uznać, że wykonawca Sweco Polska wykazał spełnianie warunku udziału w zakresie dysponowania inspektorem nadzoru branży telekomunikacyjnej (pkt 16.2) f) SIWZ). Należy podkreślić, że sformułowane przez zamawiających opisy warunków udziału w postępowaniu podlegają wykładni językowej. Niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca, prowadząca do uzupełnienia opisu warunku o treści, które nie zostały w nim zawarte. Jak wskazuje się w orzecznictwie *„postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego.”* (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 28 sierpnia 2018 r. sygn. akt KIO 1612/18). W świetle powyższego argumentację przedstawioną przez odwołującego w ramach ww. zarzutu należy uznać za nietrafioną, gdyż została ona oparta na rozszerzającej wykładni warunku udziału w postępowaniu. W związku z tym przedstawione przez odwołującego dowody na poparcie ww. zarzutu (pisma: Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 23 września 2008 r., pismo Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 14 kwietnia 2021 r. oraz wyciąg z publikacji autorstwa Zbigniewa Dzierżewicza i Joanny Smarż) Izba oceniła jako niemające istotnego znaczenia dla sprawy. Za niezasadne Izba uznała powoływanie się przez odwołującego oraz wykonawcę eR Grupa Spółka z o.o. na inne wyroki oraz uchwałę Izby, w ocenie tych podmiotów wydane w analogicznych sprawach (KIO 1430/21, KIO 92/15, KIO 620/21, KIO 627/21, KIO/KD 57/17). Jak wynika z lektury uzasadnień wyroków oraz uchwały stany faktyczne tych spraw w sposób istotny różniły się od obecnej, a różnica ta polegała na zawarciu w opisie warunku udziału w postępowaniu w niniejszej sprawie zastrzeżenia co do możliwości wykazania posiadania uprawnień budowlanych w telekomunikacji przewodowej w przypadku wydania uprawnień na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Zastrzeżenie o takiej treści w sposób istotny różni od najczęściej spotykanych zastrzeżeń o konieczności wykazania, że uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa odpowiadają uprawnieniom wydawanym na podstawie obecnie obowiązujących przepisów prawa.

Zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Sweco Polska, pomimo że ten wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Po pierwsze, odwołujący powołał się na podnoszoną uprzednio okoliczność nieposiadania przez Pana T. K. uprawnień telekomunikacyjnych bez ograniczeń. Po drugie, odwołujący wskazał że wykonawca Sweco Polska w treści wykazu usług podał, że usługa wskazana pod pozycją pierwszą została realizowana w okresie: 16.01.2015 r. - 26.10.2018 r. natomiast jak wynika z treści pisma PGE z dnia 15.03.2019 r. załączonego przez wykonawcę Sweco Polska jest ona w trakcie realizacji i ma być realizowana do zakończenia okresu gwarancji. Ponadto odwołujący zarzucił, że zarówno ta usługa, jak i druga wskazana pod pozycją drugą, nie obejmują budowy budynku o wartości, zgodnie z SIWZ, powyżej 160 mln PLN brutto.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że ustanowiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dotyczył wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usługi w zakresie: pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji co najmniej jednego zadania, polegającego na budowie budynku kubaturowego (min. 4 branż tj. branża sanitarna, konstrukcyjno-budowlana, elektryczna, telekomunikacyjna) o wartości inwestycji co najmniej 160.000.000,00 zł brutto. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawca Sweco Polska przedstawił wykaz usług, w treści którego wskazał *Usługa doradztwa i nadzoru w zakresie pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji inwestycji pn.: „Budowa Instalacji Termicznego Przetwarzania z odzyskiem Energii (ITPOE)” (...) o wartości inwestycji powyżej 160 000 000,00 złotych brutto, terminy wykonania: 16.01.2015 - 26.10.2018.* Wraz z wykazem usług wykonawca Sweco Polska złożył pismo PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna Oddział Elektrociepłownia w Rzeszowie z dnia 15 marca 2019 r. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 28 kwietnia 2021 r. wykonawca Sweco udzielił wyjaśnień co do zakończenia okresu gwarancji dla ww. usługi oraz braku możliwości przedstawienia referencji, złożył oświadczenie o należyтым wykonaniu tej usługi i jednocześnie z ostrożności przedstawił inną usługę, pn. *Inżynier Kontraktu dla zadania pn.: „Budowa Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów (ZTUO) dla Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego” (...) o wartości inwestycji powyżej 160 000 000,00 złotych brutto.*

Ww. zarzuty Izba uznała za niezasadne.

W odniesieniu do zarzutu przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego w związku z nieposiadaniem przez Pana T. K. uprawnień budowlanych w

specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń należy wskazać, że zgodnie ze stanowiskiem Izby przedstawionym powyżej wykonawca Sweco Polska wykazał spełnianie warunku udziału w zakresie dysponowania inspektorem nadzoru branży telekomunikacyjnej (pkt 16.2) f) SIWZ). Nie mogło zatem dojść do wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu – o czym mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, jak również wykluczone jest stwierdzenie przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia – o czym z kolei stanowi przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wprowadzenia zamawiającego w błąd w zakresie podanych dat wykonania usługi wskazanej w pierwszym wykazie usług, po pierwsze, należy wskazać, że nie każdy przypadek niewykazania przez wykonawcę spełniania warunku w postępowaniu podlega kwalifikacji jako wprowadzenie w błąd zamawiającego na gruncie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp. Należy dokonać analizy pod kątem wystąpienia wszystkich przesłanek składających się na ww. podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania. Izba dokonała takiej analizy i stwierdziła, że nie zaistniała żadna z podstaw wykluczenia wykonawcy w odniesieniu do podanych przez wykonawcę Sweco Polska dat realizacji pierwszej usługi. Po pierwsze, istotne znaczenie ma ustalenie, czy przyjęta przez wykonawcę wykładnia warunku znajduje oparcie w jego treści. Wykonawca Sweco Polska podnosił, że opis warunku referował wyłącznie do okresu budowy. Jak wynika z pisma zamawiającego z dnia 28 kwietnia 2021 r. taka wykładnia była przyjmowana również przez samego zamawiającego, skoro w piśmie tym stwierdził: *W przypadku gdy okaże się że okres gwarancji na dzień składania dokumentów nadal się nie zakończył i w dalszym ciągu wykonawca nie będzie w stanie uzyskać referencji to winien na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przesłać swoje oświadczenie zawierające informację, że wykonywane usługi w ramach inwestycji „Budowa Instalacji Termicznego Przetwarzania z odzyskiem Energii (ITPOE)” zostały wykonane należycie i że w dalszym ciągu nie jest możliwe uzyskanie od PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Elektrociepłownia w Rzeszowie referencji.* Po drugie, z dokumentacji postępowania nie wynika, aby mogło, choć potencjalnie, dojść do wprowadzenia w błąd zamawiającego, skoro wykonawca Sweco Polska jednocześnie z wykazem usług złożył pismo PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna Oddział Elektrociepłownia w Rzeszowie z dnia 15 marca 2019 r., w treści którego podano informacje odnośnie stanu zrealizowania umowy na usługę doradztwa i nadzoru w zakresie pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji inwestycji pn. „Budowa Instalacji Termicznego Przetwarzania z odzyskiem Energii (ITPOE)”. Po trzecie, w piśmie z dnia 5 maja 2021 r. wykonawca Sweco oświadczył, że okres gwarancji dla usługi wskazanej w pierwszym wykazie zakończył się w dniu 30 października 2020 r. Taka data widnieje

również w treści protokołu odbioru końcowego złożonego przez przystępującego Sweco Polska na rozprawie. Również na rozprawie wykonawca ten oświadczył, że na dzień składania ofert okres rękojmi i gwarancji został zakończony. Natomiast odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów przeczących powyższemu twierdzeniu wykonawcy Sweco Polska, a jedynie powołał się na treść pisma PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna Oddział Elektrociepłownia w Rzeszowie z dnia 15 marca 2019 r., w którym przedstawiono informacje na dzień 14 lutego 2019 r. Brak możliwości przedstawienia referencji nie świadczy o wprowadzeniu w błąd zamawiającego przez wykonawcę. Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że w odniesieniu do podanych dat wykonania usługi wskazanej w pierwszym wykazie usług nie zostały przez odwołującego wykazane przesłanki składające się na podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy Pzp, dotyczące zawinienia wykonawcy jak i przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego.

Natomiast w odniesieniu do zarzutu dotyczącego wprowadzenia w błąd zamawiającego w związku z brakiem spełnienia przez obydwie usługi, przedstawione przez wykonawcę Sweco Polska w ramach wykazu usług, wymogu co do wartości budynku powyżej 160 mln PLN brutto, należy odwołać się do wcześniej przedstawionego stanowiska Izby, zgodnie z którym sformułowane przez zamawiających opisy warunków udziału w postępowaniu podlegają wykładni językowej. Niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca, prowadząca do uzupełnienia opisu warunku o treści, które nie zostały w nim zawarte. W ramach opisu warunku udziału w postępowaniu zamawiający wyraźnie wskazał, że wymóg wartości co najmniej 160.000.000,00 zł brutto dotyczy inwestycji. Prezentowane przez odwołującego stanowisko nie jest oparte na wykładni językowej postanowienia SIWZ, lecz na własnym wyobrażeniu co do tego jak ten warunek powinien zostać sformułowany. Mając zatem na uwadze że w treści opisu warunku udziału w postępowaniu zamawiający nie postawił wymogu co do wartości budynku co najmniej 160.000.000,00 zł, analizowanie wartości budynków w ramach inwestycji przedstawionych przez wykonawcę Sweco Polska należy uznać za bezcelowe. W związku z powyższym złożone w tym zakresie przez odwołującego dowody w postaci pism Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Sp. z o.o. wraz z zapytaniem nie miały istotnego znaczenia dla sprawy. Z kolei zarzut braku spełnienia wymaganej wartości inwestycji nie został przez odwołującego podniesiony i w związku z tym kwestia ta nie stanowiła przedmiotu rozpoznania przez Izbę.

W związku ze stanowiskiem Izby przyjętym w odniesieniu do omówionych powyżej zarzutów odwołania, także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców oraz podniesiony z ostrożności procesowej - zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy i zaniechanie wezwania wykonawcy Sweco Polska do uzupełnienia wykazu usług - inspektor branży telekomunikacyjnej, pomimo że ten wykonawca nie złożył takiego dokumentu na wezwanie zamawiającego – zostały przez Izbę uznane za niezasadne.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie drugim sentencji, na podstawie przepisu art. 553 ustawy Pzp z 2019 r. oraz przepisu art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z 2019 r. *a contrario*.

Wobec złożenia przez odwołującego oświadczenia o wycofaniu zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Sweco Polska z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 16.2) a) SIWZ (pkt 41-46 uzasadnienia odwołania) oraz zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania ww. wykonawcy z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających zamawiającego w błąd w zakresie kryterium oceny ofert określonego w pkt 40.2) SIWZ (pkt 55-61 uzasadnienia odwołania) - postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp z 2019 r. stosowanego odpowiednio w przypadku wycofania części zarzutów odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp z 2019 r. oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....